

THÈSE  
POUR  
LE DOCTORAT



## FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE.

- MM. BONFILS, ✨, DOYEN, professeur de Droit commercial.  
MOLINIER, O. ✨, professeur de Droit criminel.  
BRESSOLLES (G.), ✨, professeur de Code civil.  
GINOULHIAC, professeur de Droit français, étudié dans  
ses origines féodales et coutumières.  
POUBELLE, O ✨, professeur de Code civil, en congé.  
ARNAULT, ✨, professeur d'Économie politique.  
DELOUME, professeur de Droit romain.  
PAGET, professeur de Droit romain.  
CAMPISTRON, Professeur de Procédure civile.  
BRESSOLLES (Joseph), agrégé, chargé du cours de Droit  
international privé.  
VIDAL, agrégé, chargé du cours de Droit criminel.  
WALLON, agrégé, chargé du cours de Droit administratif.  
HAURIOU, agrégé, chargé du cours d'Histoire générale du  
Droit.  
SAINT-MARC, agrégé, chargé d'un cours de Code civil.  
MOUSSU, secrétaire.  
DUFOUR, ✨, Doyen honoraire.  
MASSOL, ✨, professeur honoraire.  
HUMBERT, O. ✨, sénateur, professeur honoraire.  
HUC, ✨, Conseiller à la Cour de Paris, Professeur honoraire.

PRÉSIDENT DE LA THÈSE : M. MOLINIER.

SUFFRAGANTS : { MM. G. BRESSOLLES,  
DELOUME,  
HAURIOU,  
SAINT-MARC.

*La Faculté n'entend approuver ni désapprouver les opinions  
particulières du candidat.*

17793

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE

---

ÉTUDE  
SUR  
LA BONORUM VENDITIO  
EN DROIT ROMAIN  
ET  
LA BANQUEROUTE  
EN DROIT FRANÇAIS

---

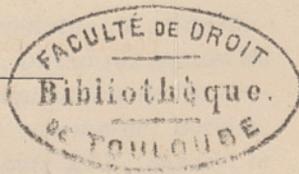
THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE

Par M. Georges BONNANS

AVOCAT

Lauréat de la Faculté.



TOULOUSE  
IMPRIMERIE DOULADOURE-PRIVAT  
RUE SAINT-ROME, 39

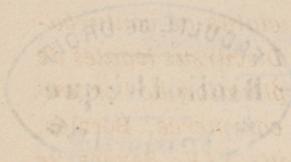
1884



A MON PÈRE

A MA MÈRE

A CEUX QUE J'AIME



## BIBLIOGRAPHIE

---

DROIT ROMAIN. — Diodore; Denys d'Halicarnasse; Cicéron, *de Oratore, pro Roscio, pro Quintio*; Aulu-Gelle, *Nuits Attiques*; Varron, *de Lingua latinâ*; Tite-Live; Plaute, *Pœnulus*; Théophile, *Paraphrase des Institutes*; Godefroy; Cujas; Doneau; Pothier; Jhéring, *Esprit du Droit romain*; Zimmern, *Traité des actions*; Niebuhr, *Histoire romaine*; Bonjean, *Traité des actions*; Savigny, *Traité de Droit romain*; Keller, *des Actions*; Mühlenbruch, *Doctrina Pandectarum*; Etienne, *Institutes de Justinien* traduites et expliquées; Accarias, *Précis de Droit romain*; Demangeat, *Cours élémentaire de Droit romain*; Tambour, *des Voies d'exécution*; Garraud, *de la Déconfiture*; Montesquieu, *Esprit des Lois*.

DROIT FRANÇAIS. — Straccha, *Tractatus de conturbataribus sive decoctoribus*; Casa-Regis, *Discursus legales de commercio*; François de Boutaric, *Explication de l'ordonnance de Louis XIV concernant le commerce*; Bornier, *Conférences des ordonnances de Louis XIV*; Savary, *le Parfait négociant*; Jules Toubeau, *Institutes du droit consulaire*; Jousse, *Traité de la justice criminelle de France*; Muyart de Vouglans, *Lois criminelles de France*; Locré, *Esprit du Code de Commerce*; Travaux préparatoires; Pardessus, *Cours de droit commercial*; Bravard, *Traité de*

*droit commercial*; Demangeat, suite de Bravard; Delamarre et Lepoitvin, *Traité théorique et pratique de droit commercial*; Boulay-Paty, *Traité des faillites*; Renouard, *Traité des faillites*; Bédarrides, *Traité des faillites*; Merlin, *Répertoire*; Legraverend, *Traité de la législation criminelle*; Carnot, *Commentaire sur le Code pénal*; Hoffman, *Questions préjudicielles*; Bertauld, *Questions préjudicielles*; Bouniceau-Gesmon, tomes XXXI, XXXII et XXXIV de la *Revue pratique*; Blanche, *Études pratiques sur le Code pénal*; Trébutien, *Cours élémentaire de Droit criminel*; Chauveau et Hélie, *Théorie du Code pénal*; F. Hélie, *Instruction criminelle*; Recueil de l'Académie de législation (année 1869, Mémoire de M. Molinier); F. Hélie, *Pratique criminelle des cours et tribunaux*; Dalloz, *Répertoire et Recueil d'arrêts*; Sirey, *Recueil d'arrêts*; Annuaire et Bulletin de législation comparée (renseignements très insuffisants); Code allemand des faillites; Code pénal espagnol; Code pénal portugais; Code pénal italien; Code commercial italien.

## AVANT-PROPOS

---

On peut affirmer, sans craindre de commettre une erreur, que, sous toutes les civilisations un peu avancées, le législateur a compris le besoin d'établir l'égalité entre les créanciers d'un insolvable. Mais, pour donner satisfaction à ce besoin, on a employé des moyens différents, selon les époques. Tantôt, au début du Droit romain, sous la loi des Douze Tables, les créanciers devaient partager la personne physique du débiteur en parties égales, autant que possible; tantôt, sous l'influence du progrès, la législation offrait un ensemble de règles qui assuraient le partage égal du patrimoine du débiteur et la *bonorum venditio* apparaissait.

C'est cette idée d'égalité dans le partage du patrimoine de l'insolvable qui rapproche la *bonorum venditio* de la faillite et de la banqueroute qui n'est, elle-même, qu'une faillite punie par la loi pénale. Mais, et faisons-en la remarque tout de suite, la faillite, état du commerçant qui a cessé ses paiements, n'existait pas en Droit romain. Car à Rome, chez ce peuple essentiellement agriculteur et soldat, le commerce était méprisé et laissé aux affranchis et aux esclaves. « Leur génie, leur gloire, leur éducation militaire, la forme de leur gouvernement les

éloignaient du commerce, dit Montesquieu (*Esprit des Lois*, liv. 21, chap. 14.) » Nous voyons une constitution placer sur le même rang les femmes qui tiennent une boutique et les filles du *Leno* (l. 1, Code, V, 27). Le législateur, s'inspirant de ce dédain de l'opinion, ne s'occupait guère que des relations entre particuliers, et la *bonorum venditio* s'appliquait aussi bien aux civils qu'aux commerçants. On n'avait pas jugé ces derniers dignes que l'on s'occupât de régler spécialement et différemment le cas de leur insolvabilité.

Nous retrouvons à peu près les mêmes idées dans l'ancien Droit : le noble dérogeait qui sans l'autorisation royale se livrait au commerce. Autres temps, autres mœurs. De nos jours, le commerce, justement honoré, contribue puissamment à la prospérité de notre patrie et mérite bien le mot de Sully. Mais l'idée d'égalité en présence du malheur commun, qui domine la situation des créanciers d'un insolvable, a survécu aux vieux préjugés du Droit romain et de l'ancien Droit. On trouve ainsi, à travers les siècles, un lien commun entre deux institutions qui paraissent au premier abord assez dissemblables : la *bonorum venditio* et la faillite. Nous allons donc commencer par l'étude de la *bonorum venditio* qui est de toutes les institutions du Droit romain celle qui se rapproche le plus de la faillite et par suite de la banqueroute.

---

## DROIT ROMAIN

---

### DE LA BONORUM VENDITIO

---

La *bonorum venditio* est la vente de l'ensemble du patrimoine du débiteur et, en quelque sorte, de sa personne juridique, vente faite par l'un de ses créanciers, tant en son nom qu'au nom des autres. Gaius appelle cette vente une *successio*, un mode de transmission du patrimoine : *Videamus autem et de eâ successione quæ nobis ex emptione bonorum competit* (C. III, § 77).

La *bonorum venditio*, contemporaine de la période formulaire, est d'origine prétorienne. Étant donné le procédé du prêteur qui s'inspirait toujours, pour légitimer son rôle de législateur, d'une institution du Droit civil, nous allons rechercher si la *bonorum venditio* n'a pas ses racines dans le Droit antérieur.

## CHAPITRE PREMIER

### ORIGINE DE LA BONORUM VENDITIO

C'est dans deux institutions du Droit civil : la *manus injectio* et la *bonorum sectio* que l'on retrouve le germe de la *bonorum venditio*.

La *bonorum sectio* était la vente aux enchères publiques de biens appartenant au peuple ou au fisc. (Gaius IV, § 146.) Elle s'appliquait ou à des choses déterminées ou à l'ensemble d'un patrimoine. C'est surtout dans ce dernier cas qu'elle se présente comme source de la *bonorum venditio* et alors elle s'applique à des biens confisqués, par exemple : 1° aux biens d'un citoyen condamné pour crime dans une accusation publique; 2° aux biens des proscrits ou des individus qui avaient été tués en combattant contre la patrie. (V. Cicéron, *pro Roscio*.) Elle fonctionnait de la manière suivante : les questeurs se faisaient envoyer en possession des biens et, après des affiches préalables, ils opéraient la vente aux enchères publiques, en présence d'une lance, symbole de la propriété quiritaire, *signo quodam justi dominii, quia maximè sua esse credebant quæ ex hostibus cæpissent*. (Gaius, c. IV, § 16.) »

La *bonorum sectio*, transférant l'ensemble d'un patrimoine, transmettait à l'acheteur (*bonorum sector*), les créances et les dettes que renfermait ce patrimoine, avant d'appartenir à l'État. Mode de transfert du Droit civil, elle lui faisait acquérir le *dominium ex jure quiritium*.

Quant à la *manus injectio*, c'est une *legis actio*, c'est-à-dire une de ces procédures rigoureuses, exigeant l'emploi de formules sacramentelles et qui étaient en vigueur dans les premiers siècles de Rome. Elle était établie comme voie d'exécution sur la personne; elle consistait, selon les expressions de Ihéring, dans la mainmise sur la personne du débiteur <sup>1</sup>. Tandis qu'une autre *legis actio*, la *pignoris capio*, qui servait, elle aussi, à exécuter les jugements, ne s'appliquait qu'à des cas tout à fait exceptionnels, la *manus injectio* formait le droit commun et existait déjà à l'époque de la loi des Douze Tables. (Gaius, IV, §§ 21 et 28.)

Le procédé de la *manus injectio*, assurément fort grossier et bien digne du temps barbare où la loi permettait de couper le débiteur en morceaux, était un mode de contrainte qui s'appliquait à la personne physique, elle-même, du condamné pour dettes et n'atteignait ses biens qu'indirectement et par voie de ricochet. La *manus injectio* s'appliquait au *judicatus*. On appelait ainsi celui qui avait été frappé d'une condamnation pécuniaire ou qui avait avoué devant le magistrat, *in jure*, sa dette, ayant pour objet une somme d'argent déterminée : *confessus in jure pro judicato habetur*. Pendant les trente jours qui suivaient sa condamnation ou son aveu, le débiteur pouvait ou se libérer ou transiger avec son créancier : *aeris confessi rebusque jure judicatis triginta dies justi sunt*, dit la loi des Douze Tables (tab. tertia). A l'expiration de ce délai, le créancier appelle de nouveau le condamné *in jus* et l'inter-

1. *Esprit du Droit romain*; traduction de Meulenaère, 2<sup>e</sup> édit., p. 152.

pelle ainsi : *Quod tu mihi judicatus es sestertium decem millia, quæ dolo malo non solvisti, ob eam rem tibi sestertium decem millium judicati manum injicio.* Et, en même temps, le créancier met la main sur son débiteur. Le débiteur peut repousser la *manus injectio* en présentant aussitôt un *vindex*, c'est-à-dire une personne qui consente à prendre le lieu et place du débiteur et à plaider comme si la dette lui était personnelle, auquel cas il y a lieu à rouvrir les débats et à prononcer un nouveau jugement. (Gaius, C. IV, § 21.)

Mais si le *judicatus* ne fournit pas de *vindex*, le magistrat l'adjuge (*addicit*) au créancier qui l'entraîne et le garde en prison chez lui (*in carcere privato*.) Le débiteur (qui dès ce moment prend le nom d'*addictus*) vit dans un état d'esclavage, sans cesser d'être homme libre; il est *in servitute* et non pas *servus*, n'ayant point subi la *maxima capitis deminutio*. (Gaius III, § 189.) Comme le dit Zimmern, il est esclave de fait, sans l'être de droit (trad. Étienne, p. 425.) La loi des Douze Tables fixe, elle-même, le poids des chaînes que traînera le débiteur à quinze livres au plus, et la quantité de nourriture qu'on lui donnera à deux livres de farine au moins par jour. Il pourra, s'il le préfère, vivre à ses propres frais. Cet emprisonnement durera pendant soixante jours, et ensuite le créancier pourra tuer le débiteur ou le vendre.

La vente avait lieu *trans Tiberim*, car la dignité romaine eût trop souffert si un citoyen fût devenu esclave dans Rome. Si le créancier tue le débiteur, les autres créanciers peuvent se partager ses membres : *tertiis nundinis partis secanto*. Selon certains interprètes, ce texte de la loi des Douze-Tables ne doit pas être pris à la

lettre : les biens seuls, d'après eux, étaient partagés. Aulu-Gelle nous dit cependant, d'une façon très explicite, que le corps lui-même était coupé en morceaux (XX, 1, n<sup>o</sup> 59 à 55). Il est vrai qu'Aulu-Gelle peut se tromper ; mais cet état de choses était, il faut le reconnaître, en harmonie avec la barbarie de l'époque. Tout ce qu'on peut dire (et cela est constaté d'ailleurs par Aulu-Gelle lui-même), c'est que les créanciers durent user très rarement du droit que leur conférait la loi des Douze-Tables, vu le peu d'avantages qu'ils en auraient retiré.

Remarquons, toutefois, qu'avant de tuer le débiteur, le créancier devait le mener pendant trois jours de marché consécutifs (*tertiis nundinis*) sur la place publique et faire crier à haute voix le montant de la condamnation. On espérait ainsi, par un reste d'humanité, attirer les acheteurs ou émouvoir quelque ami du débiteur.

Dans le cas de meurtre ou de vente du débiteur, le partage soit du corps, soit du prix, devait être fait également, sans que pourtant on pût exiger une égalité rigoureuse. *Si plus minusve secuerunt, se fraude esto*, dit la loi des Douze-Tables. Ainsi, à cette époque reculée, nous trouvons déjà une disposition législative faisant allusion à l'égalité qui doit régner entre les créanciers d'un insolvable.

Tout cela se passait lorsque le débiteur était *addictus* ; il en était autrement lorsqu'il n'était que *nexus*. Il faut, en effet, bien distinguer ces deux hypothèses. Le *nexus* est, d'après Varron (*De ling. lat.*, VII, 105), l'homme libre qui, ayant contracté une dette d'argent, prend par le vieux contrat, type et origine de tous les contrats, le *nexum*, l'engagement de travailler comme esclave pour

le compte du créancier, jusqu'à ce qu'il ait complètement acquitté son obligation par son travail. Il y a donc là contrat *per aes et libram* et non jugement comme pour l'*addictus*. La contrainte sur la personne est, dans ce cas, conventionnelle et non judiciaire. Le créancier pouvait, de son autorité privée, s'il n'était pas payé à l'échéance, s'emparer du débiteur et le retenir en prison. Quant aux effets du *nexum*, il y a controverse. D'après Zimmern, Niebuhr et Bonjean, le *nexum* entraîne la *capitis deminutio* du débiteur qui peut, toutefois, s'il s'est libéré de sa dette, obliger le créancier en vertu du contrat de *fiducie*, contracté antérieurement, de lui rendre la liberté. (V. Zimmern, p. 125.) Selon Savigny, au contraire, le *nexum* n'entraîne pas la vente du débiteur qui engage seulement son travail pour l'acquittement de sa dette. Nous partagerons cette dernière opinion, parce qu'aucun texte n'indique la possibilité, pour un homme libre, de se placer lui-même en état de servitude. La liberté, à Rome, était considérée comme inaliénable. (L. 4, *Dig.*, 40, 15; l. 9, § 2, *Dig.*, 40, 7). Le *nexum* fut aboli en l'an 429 ou 440, par la loi Pætilia. Il subsista, toutefois, pour les délits.

Revenons maintenant à la *manus injectio*. On peut, avec raison, critiquer cette institution. Une procédure aussi brutale révolte nos instincts civilisés. Elle s'expliquait par cette idée qu'on ne peut forcer à vouloir ou à faire et que, par suite, on ne peut contraindre le condamné à payer en s'emparant de ses biens. On préférerait saisir sa personne, le vendre, le tuer même au besoin. « Singulière logique qui, sous prétexte de respecter la volonté de l'homme, ne respecte ni sa vie ni sa liberté, et

finalemeut lui enlève ou la volonté elle-même ou l'exercice légal de la volonté. » (M. Accarias, t. II, n° 745 a.)

Ajoutons que, si le débiteur, même *addictus*, n'est pas dépouillé de ses biens, puisqu'il peut vivre *de suo*, son patrimoine finit néanmoins par appartenir aux créanciers, après qu'il a été vendu ou tué. « La *manus injectio* aboutit donc, dit encore M. Accarias, au résultat que toute bonne législation doit poursuivre : elle met les biens du condamné sous la main des créanciers ; mais ce n'est qu'au prix d'une criante et inutile injustice : c'est en lui ôtant ou l'existence réelle, ou l'existence légale. »

La *manus injectio*, qui ne s'appliquait d'abord qu'au cas de condamnation ou d'aveu fut étendue, plus tard, par certaines lois, à d'autres cas, et l'on vit apparaître la *manus injectio pura* et la *manus injectio pro judicato*.

La *manus injectio*, on le voit, outre qu'elle avait l'inconvénient de ne pouvoir s'appliquer au débiteur absent, était peu en harmonie avec le système formulaire; elle disparut donc ou à peu près avec les *actiones legis* et par l'effet même de la loi *Æbutia*, qui commença à transformer la procédure et qui date de l'an 577 ou 583 de Rome.

Pourtant, il subsista encore de la *manus injectio* l'*addictio* et le *carcer privatus*. Le créancier conserva le droit de se faire livrer le débiteur par le magistrat et de le tenir en prison jusqu'au paiement; mais il perdit eelui de le tuer ou de le vendre.

C'est pour remplacer la *manus injectio* que fut créée la procédure de la *Bonorum venditio*. Le prêteur s'inspira, dans sa création, de *bonorum sectio* et de la *manus injectio*. Il emprunta à la *bonorum sectio* sa nature

de vente de l'universalité du patrimoine et à la *manus injectio* ses délais, les diverses phases de sa procédure et son caractère de contrainte, de voie d'exécution, puisque, en dernière analyse, cette *legis actio* aboutit, quoique par un moyen détourné, à mettre les biens du débiteur sous la main du créancier.

Maintenant à quel prêteur faut-il attribuer l'honneur de cette création? Il est difficile de répondre avec certitude. Gaius nous parle bien d'un certain Publius Rutilius *qui et bonorum venditionem introduxisse dicitur* (IV, § 55). Mais il y eut plusieurs prêteurs de ce nom : Publius Rutilius Calvus en l'an 586, et Publius Rutilius Rufus, en l'an 648. Toutefois, les probabilités sont en faveur de ce dernier, car Cicéron s'exprime ainsi sur son compte : *Sunt ejus multa praeclara de jure.* (*De orat.*, I, 55.)

On s'est demandé si les voies d'exécution sur la personne existèrent seules à l'origine, ou si, au contraire, il y eut aussi les voies d'exécution sur les biens. La question est controversée, et c'est un passage de Niebuhr qui a donné naissance à cette controverse. D'après lui, les plébéiens seuls étaient soumis aux voies d'exécution sur la personne. Et l'on en vient, dès lors, à se demander si les voies d'exécution sur les biens ne s'appliquaient pas aux patriciens. Il est certain que la *pignoris capio* est une voie d'exécution sur les biens qui ne s'applique, d'ailleurs, que dans le domaine fort restreint du droit public ou religieux. Mais, en dehors d'elle et avant l'établissement du régime formulaire, n'y a-t-il pas d'autres cas où l'on trouve cette exécution? Remarquons, tout d'abord, qu'il est peu vraisemblable que les Romains n'aient pas appliqué l'idée

si simple et si naturelle de l'exécution sur les biens du débiteur. En outre, les Romains qui allèrent, dit-on, à Athènes pour y chercher des modèles de lois, trouvèrent appliquée dans ce pays l'exécution sur les biens. Diodore nous rapporte que le législateur athénien l'avait empruntée à l'Égypte, où l'on ne reconnaissait de droits au créancier que sur les biens du débiteur. Et puis, comment expliquer la misère dans laquelle les plébéiens végétèrent pendant plusieurs siècles? Denys d'Halicarnasse ne nous montre-t-il pas Servius Tullius promettant à ses sujets une loi « pour empêcher de prendre, pour garantie des prêts, le corps même des débiteurs, regardant comme suffisant pour les créanciers de s'emparer de leurs biens? » (IV, c. 9.) Le texte de la loi des Douze-Tables fut conservé par suite du respect de la tradition, porté si haut chez les Romains. Cette conservation s'explique aussi soit par ce fait que la contrainte personnelle était le seul moyen d'obtenir le paiement d'un débiteur insolvable en le faisant travailler, soit par un but d'intimidation, comme nous le dit Aulu-Gelle : *Eo consilio tanta immanitas pœnæ denunciata est, ne ad eam unquam perveniretur.* (XX, 1.)

D'un autre côté, plusieurs textes de Denys d'Halicarnasse (VI, 29, 37, 41), et de Tite-Live (II, 23, 24), font mention du droit des créanciers sur les biens de leurs débiteurs et la loi Petilia portait : *Pecuniæ creditæ bona debitoris non corpus obnoxium esset.* Tous ces textes, il est vrai, paraissent se rapporter au *nexus*; mais ils n'en sont pas moins probants puisque, d'après l'opinion que nous avons adoptée, le *nexus* ne subissait pas de *capitis deminutio* et que, par conséquent, son patri-

moine n'était pas absorbé par le patrimoine du créancier. Si donc ce dernier pouvait atteindre les biens du *nexus*, ce n'était pas en vertu du droit du maître sur le patrimoine de celui qui est devenu son esclave ; mais bien en vertu d'un contrat particulier, le contrat de *fiducie*, qui lui donnait la propriété elle-même, avec obligation de la restituer en cas de payement, et qui rendait ainsi moins platonique, relativement aux biens, son titre de créancier. Ainsi, le *nexum* contiendrait : 1° un engagement des services corporels du débiteur ; 2° un contrat de *fiducie* relativement aux biens. (V. Jules Tambour, *Des voies d'exécution*, t. I, p. 24.)

Quelle sera la solution de la question en ce qui concerne l'*addictus*? D'après certains auteurs, le magistrat aurait, en vertu de son pouvoir, introduit un mode d'exécution sur les biens, une sorte de *pignus ex causâ iudicati captum*. Mais nous ferons remarquer qu'une voie d'exécution sur les biens n'était guère utile dans ce cas, car le débiteur, effrayé par les rigueurs de l'*addictio*, devait s'empressez d'abandonner ses biens à son créancier ou de contracter le *nexum*, pour transformer son obligation. D'ailleurs, même après l'*addictio*, si le créancier vendait ou tuait son débiteur, il pouvait disposer des biens de celui-ci. Le débiteur, seul, eût donc pu gagner au changement. Mais les créanciers se seraient opposés à l'abolition de cette contrainte corporelle qui constituait l'un des éléments de l'influence des patriciens et dont ces derniers usaient à tel point que Tite-Live a pu appeler la prison le domicile de la plèbe, *domicilium plebis* (III, 57.)

En résumé, il existait une voie d'exécution sur les biens des *nexi*, mais il n'en existait pas sur ceux des *addicti*.

Toutefois, il paraîtrait d'après les vers d'une comédie de Plaute, le *Pœnulus*, qu'il avait fini par s'en établir une même en cas d'*addictio*, sous l'influence des idées de progrès qui avaient inspiré la loi *Pœtilia*.

On le voit : dans la période des *actiones legis*, l'exécution sur la personne joue le principal rôle, l'exécution sur les biens est relégué au second rang. C'est l'inverse qui se produit quand apparaît la *Bonorum venditio*. Avec elle, nous allons passer du champ des hypothèses dans celui de la certitude. Pour étudier le fonctionnement de cette institution, nous suivrons le plan le plus simple et le plus rationnel, c'est-à-dire celui qui correspond aux diverses phases dans lesquelles se déroule cette procédure.

## CHAPITRE II

### FONCTIONNEMENT DE LA BONORUM VENDITIO

Nous allons rechercher d'abord dans quels cas peut avoir lieu la *bonorum venditio*, puis nous examinerons les deux phases de cette procédure : l'envoi en possession de biens, opéré par le magistrat, et la vente du patrimoine faite par les soins du *magister*. D'où trois sections.

#### SECTION I

**Dans quels cas s'applique le « Bonorum venditio ».**

I. — Il est nécessaire que nous commençons par énumérer les cas dans lesquels peut avoir lieu la *missio in bona* qui précède toujours la *bonorum venditio*,

qu'il s'agisse des biens d'un vivant ou de ceux d'un mort.

Ces cas sont les suivants :

1° *Cas du judicatus*. — On envoie en possession des biens de celui qui a été condamné à payer une certaine somme (*certa pecunia*) et qui n'a pas exécuté la sentence dans le délai de trente jours, fixé par la loi des Douze Tables (Gaius III, § 78).

2° *Cas du confessus in jure*. — L'envoi a lieu si la *confessio* porte sur une *certa pecunia*. Car ce n'est qu'alors que le *confessus* est assimilé au *judicatus*.

3° *Cas où le débiteur est absent*. — A Rome, on ne connaissait la condamnation par défaut que pour l'hypothèse dans laquelle l'absence du défendeur n'avait lieu qu'après la *litiscontestatio*. Aussi le préteur envoyait-il le demandeur en possession des biens du défendeur pour le contraindre à comparaître, à moins qu'il ne fournît un *vindex* qui faisait le procès sien ou un fidéjusseur qui venait seulement garantir sa promesse de comparution (*vadimonium*). Et même alors, si le défendeur ne se présentait pas, l'envoi en possession pouvait être ordonné.

C'est ce que disait l'édit du préteur (loi 2, pr. *Dig.*, 42, 4), qui ne parle d'ailleurs que du cas où il y a déjà eu *vocatio in jus* et fidéjusseur donné, parce que dans ce cas on eût pu douter de la possibilité d'un envoi en possession.

L'absence du défendeur présente deux hypothèses : 1° Le débiteur se cache pour se soustraire aux poursuites de ses créanciers (*latital*) ; 2° le débiteur est absent sans intention frauduleuse (*absens non defenditur*). Mais, quoique l'envoi en possession soit possible dans les deux cas, nous verrons que la vente n'est possible que dans le premier (L. 7, § 1 ; *Dig.*, 42, 4 ; — L. 21, § 2, *Dig.*, 4, 6).

Le défaut se constatait, paraît-il, devant témoins. Il se produisait lorsque ne se présentaient ni le défendeur en personne, ni un autre à sa place, après avoir fourni la *cautio judicatum solvi*. Mais l'envoi en possession ne pourra avoir lieu ou sera annulé, si le débiteur n'a causé par son absence aucun préjudice au demandeur, par exemple, s'il ne lui devait rien : *Defendi autem videtur qui per absentiam suam in nullo deteriore causam adversarii faciat* (L. 2, § 3, *Dig.*, 42, 4). De même, pour qu'il y ait lieu à envoi, il faudra que le demandeur ait observé les règles de la compétence. L'absence *reipublicæ causâ*, l'exil temporaire, la captivité chez l'ennemi n'empêchaient pas l'envoi en possession.

4° *Refus de se défendre*. — La *lex Gallie Cisalpinæ* prévoit ce cas et assimile le défendeur au *judicatus*.

5° *Incapacité du défendeur*. — C'est le cas où le débiteur étant un pupille n'a pas de tuteur ou bien n'est pas défendu par celui-ci : « *Si pupillus præsens sit, tutorem autem non habeat : pro absente habendus est*, dit la Loi 10, *Dig.*, 42, 4 ». Mais la *missio* ne pourra se produire qu'après le refus de se charger de la défense, refus fait devant le prêteur soit par le tuteur, soit par les parents du pupille.

Il faut en dire autant du fou, du prodigue et du mineur de vingt-cinq ans.

6° *Cas d'un débiteur in manu, in mancipio ou in patriâ potestate (lorsque celui qui l'a sous sa puissance refuse de le défendre)*. — Ce débiteur a subi la *minima capitis deminutio* ; il a changé de famille. Cette *capitis deminutio* avait pour effet d'éteindre les obligations qui étaient nées *ex contractu* ou *quasi ex contractu*. Le

prêteur accordait bien aux créanciers la *restitutio in integrum*. Mais à quoi eût-elle servi du moment que tous les biens du débiteur appartenait maintenant à celui qui l'avait *in patria potestate*, *in manû* ou *in mancipio*? Aussi l'effet de la *restitutio* fut-il étendu et, la *capitis deminutio* étant complètement considérée comme n'ayant jamais eu lieu, les créanciers obtenaient l'envoi en possession des biens qui, grâce à une fiction, étaient censés à leur égard appartenir encore au débiteur. Tout cela si le père adoptif ou celui qui avait acquis soit la *manus*, soit le *mancipium* refusait de défendre à l'action intentée contre le débiteur (Gaius III, § 84).

7° *Cas d'une succession dont le de cuius est mort sans laisser de successeur universel : héritier ou « bonorum possessor »*. — Les créanciers ne sachant à qui s'adresser pour se faire payer les dettes, se feront envoyer par le prêteur en possession des biens de la succession (Gaius, *loc. cit.*). Il en sera de même lorsqu'un héritier suspect refusera de donner caution (L. 31, § 5, *Dig.*, 42, 5), et lorsque durera trop longtemps l'incertitude portant sur l'existence de l'héritier, *si diù incertum sit heres extaturus, necne sit* (L. 8, *Dig.*, 42, 4).

II. — Mais si toute *venditio bonorum* doit être précédée de la *missio in possessionem*, celle-ci n'aboutit pas toujours à une vente. On ne peut vendre, en effet, les biens possédés que dans certains cas que nous allons énumérer :

1° *Dans le cas du iudicatus et du confessus in jure*. — On pense que c'est à cette hypothèse que le prêteur aurait appliqué, pour la première fois, la *bonorum venditio*, étendue plus tard à d'autres situations.

2° *Dans le cas d'un débiteur indefensus.* — Mais alors il faut distinguer :

A) La vente est possible si le débiteur se cache : *latitatus* (L. 7, § 1 ; *Dig.*, 42, 4). Or, *latitare*, d'après Ulpien qui critique la définition de ce mot donné par Cicéron, signifie : se cacher pendant un certain temps, *latitare est cum tractu aliquo latere* (L. 7, § 8, h. t.). Il faut, en outre, que le débiteur se cache avec l'intention frauduleuse de frustrer ses créanciers (L. 7, § 5, h. t.). Toutefois, même avec ces conditions, la vente n'aura lieu que si la situation l'exige : *si res exegerit* (L. 21, § 2, *Dig.*, 4, 6).

B) Pour celui qui, au contraire, est simplement absent, la vente ne sera possible que tout autant qu'il y aura déjà eu promesse de comparaître (L. 2, pr. et § 2 ; *Dig.*, 42, 4). En dehors du cas de promesse, il n'y aura pas lieu à procéder à la vente.

C) La vente se fera encore si le débiteur refuse de se défendre.

D) Si le débiteur est absent *reipublicæ causâ* ou captif chez les ennemis, la vente devra être ajournée jusqu'à son retour.

3° *Dans le cas où le débiteur est incapable.* — Est-ce un pupille ? La vente est impossible si la dette est née en sa personne ; elle est possible, au contraire, et seulement pour les biens de la succession, si la dette est née en la personne du *de Cujus* auquel il a succédé (L. 3, pr. h. t.).

Est-ce un fou ? Le § 10 de la Loi 7 (h. t.) nous apprend que le prêteur choisira parmi les créanciers un curateur qui ne vendra les biens du fou que dans les li-

mites du besoin... *oportere prætorem dare curatorem aliquem ex curatoribus, ut non amplius quàm necesse est, ex bonis furiosi veneat*. Il faudra, en outre, que la nécessité exige cette vente, *vendenda erunt si urgeat æs alienum*. (L. 7, § 11, *eod.*) Il faudra en dire de même du prodigue et de tous ceux qui sont munis d'un curateur. (L. 7, § 12.) Il en sera différemment du mineur de vingt-cinq ans : ses biens seront vendus dans tous les cas, s'il est *indefensus*; la loi 5 (*Dig.*, 42, 5) est formelle dans ce sens.

4° Dans le cas où il s'agit d'un débiteur tombé *in manû*, etc. — Si celui qui l'a en sa puissance refuse de le défendre, ses biens seront vendus.

5° Dans le cas où il s'agit des biens d'une succession. — S'il est certain qu'il n'y a pas d'héritier, il y aura vente immédiate. (Gaius III, 78.) Si, au contraire, l'héritier délibère, la vente doit être retardée jusqu'après la délibération. Dans tous les cas, la vente ne pourrait avoir lieu qu'après avoir été autorisée par le préteur, *causâ cognitâ*. « Dans ce cas, on procédait à la vente des biens héréditaires comme s'ils avaient appartenu à un individu présent; on supposait donc jugement, aveu fait *in jure* ou *contumacia* du défunt ou de l'héritier. » Zimmern, p. 256.

## SECTION II

### Envoi en possession.

La première période de la *bonorum venditio*, c'est l'envoi en possession qui donne aux créanciers une sorte

de main-mise sur les biens de leur débiteur. Il est accordé aux créanciers *rei servandæ causâ*; il constitue, non pas un acte d'exécution définitif, mais un moyen indirect de contrainte.

§ 1. — *Comment s'obtient l'envoi en possession? Qui peut le demander? A qui profite-t-il?*

I. Cet envoi en possession s'obtient soit à l'audience, *pro tribunali*, soit par simple ordonnance sur une requête, *de plano*, selon qu'il y a ou qu'il n'y a pas *causæ cognitio*. Quand le prêteur donne un ordre après avoir pris connaissance de l'affaire dans son tribunal, on dit qu'il y a *decretum causâ cognitâ pro tribunali*; si cet ordre a été donné sans examen de la cause, il y a, au contraire, *libellum de plano*. Parmi les textes qui consacrent cette distinction, nous pouvons citer la Loi 71, *Dig.*, L, XVII. Il nous paraît certain que, même dans le cas de *libellum de plano*, il y a toujours lieu à une constatation, pure et simple, il est vrai, du fait qui permet l'envoi en possession. Mais il ne sera pas besoin de prouver le droit comme en cas de *decretum causâ cognitâ*.

Dans quel cas le *libellum* suffira-t-il? Dans quels cas le *decretum* sera-t-il nécessaire? S'il s'agit d'un débiteur *judicatus*, la preuve du fait se confondant avec la preuve du droit, un *libellum* suffira. Si le débiteur est un *indensus*, la solution de la question paraît douteuse. On peut toutefois proposer une distinction. En cas de *latitatio*, comme la vente des biens doit se faire après l'envoi en possession, la raison et les textes nous indiquent qu'une *causæ cognitio* est nécessaire (Const. 9, Code VII,

LXXII). Le débiteur est-il, au contraire, simplement absent? Il paraît résulter d'un discours de Cicéron que, au début, il suffisait de faire constater le défaut par le prêteur, au jour fixé par le *vadimonium* (*pro Quintio*, chap. 6, 23, 24). Plus tard, sous Justinien, le prêteur dût se livrer, avant d'ordonner l'envoi en possession, à l'examen du droit du débiteur. (Const. 13, § 5, Code I, III, — nov. 53, ch. 4, § 1.) Quand l'*indefensus* était un incapable, nous sommes porté à croire, vu l'intérêt qu'inspirait cette situation, qu'une *causæ cognitio* devait être nécessaire. Nous pensons de même au sujet des biens d'une succession, puisque cette succession n'a pas de personne physique pour la défendre.

II. Il n'est pas nécessaire que tous les créanciers se concertent et s'unissent pour obtenir l'envoi en possession; chaque créancier peut le demander, pourvu que sa qualité de créancier soit reconnue. Cette faculté appartient sans contredit au créancier dont la créance est exigible. Appartient-elle également au créancier dont la créance est à terme ou sous condition? Ce point est controversé, et les juriconsultes romains adoptent des opinions divergentes. Trois textes sont en désaccord : le premier est de Paul et affirme la possibilité de l'envoi en possession pour le cas de créance conditionnelle (L. 6, pr. *Dig.* XLII, V); le second, qui est d'Ulpien, déclare que les biens ne peuvent être vendus avant l'arrivée du terme ou l'accomplissement de la condition. (L. 7, § 14, *eod.*); enfin le troisième, qui est de Paul, lui-même, porte que le créancier conditionnel ne peut être envoyé en possession, parce qu'on n'y envoie que le créancier qui, en vertu de l'édit, peut vendre. (L. 14, § 2, *eod.*) Comme on le voit,

outre l'antinomie qui paraît exister entre le premier texte et les deux autres, Paul semble se contredire lui-même. Les romanistes se sont évertués à expliquer cette différence de solutions, et l'on compte plus de dix essais de conciliation différents. Nous n'en indiquerons que trois. Selon Cujas et Pothier, l'envoi en possession sera bien accordé au créancier à terme ou conditionnel, mais il restera sans effet. D'après Doneau, le créancier, s'il est seul, ne pourra se faire envoyer en possession ; mais, si d'autres y sont envoyés, il en profitera.

Malgré l'hésitation bien légitime que nous éprouvons à adopter une opinion contraire à celles de ces grands interprètes du droit romain, nous devons avouer que leur explication ne nous satisfait pas, car à quoi servirait cet envoi sans effet de Cujas ? Quand à Doneau, il a le tort d'ajouter aux textes et de faire une distinction quand ceux-ci ne distinguent pas. Nous aimons mieux adopter l'explication suivante qui nous paraît résoudre l'antinomie d'une façon aussi satisfaisante que possible. Le premier texte prévoit le cas où la possession a un caractère purement conservatoire. Il s'agit d'une sorte de saisie-gagerie. La vente ne sera pas possible, mais les biens seront, comme un gage, sous la main du créancier en attendant l'échéance du terme ou l'accomplissement de la condition. Dans les deux autres textes, au contraire, il s'agit d'une saisie-exécution, d'un envoi en possession qui doit aboutir de suite à une vente.

Il est évident que cet envoi est pour le moment impossible parce que la vente ne peut pas se faire encore.

III. L'envoi en possession profitera à la masse des créanciers, même quand un seul l'aura demandé et obtenu.

C'est ce que prouvent la Loi 5 § 2 Dig., XXXVI, I V, et la Loi 12 pr. Dig., VII, V. Cette dernière s'exprime ainsi : *Commodius dicitur, cum prætor permiserit, non tam personæ solius petentis quàm creditoribus et in rem permissum videri.*

Bien plus, alors même que le créancier qui a obtenu l'envoi viendrait à abandonner les poursuites, les autres créanciers pourraient les continuer. Quant aux créanciers à terme, ou sous condition, ils profiteront de l'envoi en tant qu'il constitue une mesure conservatoire.

§ 2. — *Sur quels biens porte l'envoi en possession, et quels sont ses effets ?*

1. L'envoi en possession a lieu sur la masse des biens, sur l'universalité du patrimoine et non sur chaque bien en particulier. La *familia*, elle-même, y est comprise, excepté certains esclaves : la concubine et les enfants naturels (l. 38 Dig., XLII, V). En sont exceptées également les statues du débiteur, érigées en son honneur dans un lieu public. Justinien, dans sa Nov. 53, ch. 4, § 1, restreint l'envoi en possession à certains biens et déclare qu'il n'aura plus lieu que *secundum mensuram declarati debiti*. Cette décision est logique, puisque la vente en masse avait été remplacée depuis longtemps déjà, par les ventes en détail (*distractiones*). Il fallait, dès lors, mettre la *missio in possessionem* en harmonie avec la nouvelle nature de la vente. Ainsi, comme le dit fort justement Jules Tambour, l'envoi en possession tendait à se rapprocher de la saisie moderne (*Des voies d'exécution*, t. 1, p. 167.)

Dans le cas spécial du *judicatus*, la portée de l'envoi était toujours la même, qu'il se fût agi, soit d'une action *in rem*, soit d'une action *in personam*, car la condamnation dans l'une et dans l'autre hypothèse, était également pécuniaire. Toutefois, lorsqu'à la période formulaire eut succédé la période extraordinaire, la condamnation porta sur la chose même, en cas d'action *in rem*, et il fallut bien faire porter aussi sur cette chose, l'exécution de la sentence, c'est-à-dire la *missio in possessionem*.

Quand, en supposant l'action *in rem*, on envisage l'hypothèse d'un *indefensus*, il faut, pour savoir si l'envoi doit porter sur tout le patrimoine ou sur la chose revendiquée, distinguer entre le *latitatio* et la simple *indefensio*. Dans la *latitatio*, comme la vente doit suivre immédiatement l'envoi, celui-ci porte sur tous les biens. Dans la simple *indefensio*, au contraire, l'envoi, ayant lieu surtout *rei servandæ causâ*, ne portera que sur la chose revendiquée. (L. 7, §§ 16 et 17, Dig., XLII, IV.)

Lorsqu'il s'agit d'une pétition d'hérédité, comme l'hérédité forme un tout distinct, on s'explique aisément qu'elle seule soit l'objet de l'envoi, même en cas de *latitatio*. Que si d'aventure le détenteur de l'hérédité avait cessé de posséder par *dol*, on enverrait en possession de tous ses biens, *sed si dolo fecit quominus possideret, bona ejus possidenda et vendenda sunt*. (L. 7 § 18. eod.).

En cas d'*indefensio* à l'action confessoire d'une servitude, on décida d'abord que l'envoi porterait sur tous les biens de l'*indefensus*. Plus tard, la tendance à restreindre la portée de l'envoi commençant à se faire jour, cet envoi n'eut lieu seulement que sur le fonds prétendu grévé. (L. 18, Dig., VIII, V et loi 45 Dig., XXXIX, II).

II. Nous allons maintenant examiner les effets de l'envoi en possession vis-à-vis des créanciers et du débiteur.

A *Effets vis-à-vis des créanciers.* Les créanciers n'acquièrent sur les biens ni la propriété, ni la *possessio civilis ad usucapionem*. (Const. 6 et 8, code VII, LXXII.) Ils n'ont même pas la *possessio utilis ad interdicta*, s'il faut en croire Ulpien : *creditores missos in possessionem rei servandæ causâ, interdicto Uti possidetis uti non posse : et meritò quia non possident*. (L. 5, § 8, Dig. XLIII, XVII). Ils n'ont donc qu'une détention précaire (*detentio naturalis*) ; ils possèdent *pro alio*. Néanmoins cette possession, toute précaire qu'elle est, parce qu'elle est établie par la loi, et accordée par le magistrat, est protégée par un interdit spécial : l'interdit *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*. (Dig. XLIII, IV.) La Loi 1 pr. de ce titre nous rapporte le texte de cet interdit qui est donné contre toute personne ayant empêché elle-même ou donné l'ordre d'empêcher, soit par violence, soit par dol seulement, le créancier d'entrer en possession. (L. 1, § 5, eod.). Cet interdit n'est pas accordé contre une personne qui, de bonne foi, aurait empêché l'entrée en possession, ou contre un de ces individus *qui affectu carent*, tels que le *furiosus* ou le pupille qui n'est pas encore *doli capax*. (L. 1, §§ 4 et 6, eod.).

Le résultat de l'action *in factum* que le prêteur accordait en vertu de cet interdit, était de faire condamner l'auteur de la violence ou du dol à une réparation pécuniaire du préjudice causé aux créanciers. La fixation du montant de la condamnation avait pour base l'intérêt du créancier à entrer en possession. Aussi n'y avait-il point de condamnation si la cause de l'envoi était une créance ima-

ginaire ou paralysée par une exception, car alors le créancier, n'ayant eu aucun intérêt à entrer en possession, n'avait éprouvé aucun préjudice.

Cette action *in factum* est pénale; elle n'est donnée que pendant un an, et seulement contre l'auteur de l'empêchement. Celui-ci, le délai passé, et ses héritiers, en tout temps, ne sont tenus qu'à raison, et dans la mesure de leur profit, *in quod pervenit*. Car c'est là une action pénale *a parte rei tantum*, qui meurt avec l'auteur de l'obstacle. Le créancier demandeur ne s'enrichit pas : il ne poursuit que la *res*, c'est-à-dire une indemnité; quant au défendeur, il est réputé subir une peine parce que la condamnation, par lui encourue, ne suppose en aucune façon qu'il ait réalisé ou pu réaliser un profit. (V. Accarias, t. 2, n° 857.) Le créancier aura donc à opter entre une condamnation ou le payement de sa créance; il ne pourra pas cumuler, comme il l'eût pu, si l'action avait été mixte. Car l'action mixte est celle où l'on poursuit tout ensemble la *res* et une peine. Aussi Jules Tambour (t. I, p. 175), nous paraît-il se tromper, lorsqu'il attribue à cette action « un caractère mixte ».

La détention matérielle des biens peut être impossible à cause de leur nature, ou parce qu'ils consistent en fonds inondés ou occupés par les brigands, *non potest possideri : recte dicitur non esse quod possideatur*. (L. 12, § 2, Dig., XLII, V.) Mais on peut encore, malgré cela, concevoir l'utilité d'une *missio*, parce que les obstacles de fait sont susceptibles de cesser un jour.

Avec le *detentio naturalis*, la *missio* conférait aux créanciers un *pignus prætorium*, comme nous l'apprend la Loi 25 pr. (Dig. XIII, VII), et ce gage ne s'établissait

que par la prise de possession effective, *non alias constitui nisi ventum fuerit in possessionem* (§ 1, eod.). Ce gage profite également à tous les créanciers; il n'établit aucune préférence en faveur de celui qui, le premier, s'est fait envoyer et s'est mis en possession. On voit, dès lors, combien est peu exacte l'idée émise par Keller. « La « *missio*, dit cet auteur, avait pour but de mettre en « sûreté, par une sorte de sequestre public, l'actif du pa- « trimoine. » (*Des actions*, p. 406.)

Les fruits ne sont pas acquis par les envoyés; ils doivent être imputés sur la créance. Dans un seul cas, l'envoyé en possession les acquiert: c'est quand il s'agit d'une pétition d'hérédité et qu'il y a *nimia contumacia* du détenteur. (L. 17, § 19, Dig., XLII, V). Peut-être n'y a-t-il pas là une exception applicable à tous les cas de *contumacia nimia* et ne faut-il y voir qu'une décision toute de faveur, accordée par l'Empereur dans une espèce particulière.

L'égalité la plus complète doit régner entre les créanciers dès l'envoi en possession; et, si par hasard l'un d'eux, voulant se créer une situation meilleure, s'était fait payer sa créance, les autres, agissant par l'action paulienne, obtiendraient le partage de ce qui a été payé. Nous trouvons ici l'idée d'égalité en présence du malheur commun.

**B Effets de l'envoi en possession vis-à-vis du débiteur.** L'envoi enlève au débiteur l'administration de ses biens. On a comparé avec raison cet effet au dessaisissement que produit le jugement déclaratif de faillite. (Art. 445, C. com.). Le débiteur perd aussi la jouissance. Les paiements qu'il fera pourront être révoqués par l'ac-

tion paulienne. (L. 6 § 7, Dig. XLII, VIII). Il en sera de même des aliénations : autre analogie avec les effets du jugement déclaratif de faillite. (Art. 446 C. com.). Le débiteur sera désormais l'objet d'une certaine méfiance : 1° il sera obligé de fournir la *cautio judicatum solvi*, toutes les fois qu'il sera défendeur à une action ; 2° il sera exclu des fonctions municipales. Ainsi l'*existimatio* et la *fama* reçoivent une certaine atteinte.

Cet envoi devait être, paraît-il, rendu public par les *proscriptiones*, même quand il n'était pas suivi d'une vente.

§ 3. — *Administration des biens et fin de l'envoi en possession.*

I. S'il faut en croire Cicéron (*pro Quint.* ch. 27), les créanciers ne peuvent pas expulser le débiteur malgré lui (*dominum invitum detrudere non placet*). Ils doivent garder et surveiller les objets pour empêcher qu'on ne les enlève. Comme surveillants, ils ont le droit d'inventorier les biens du débiteur et de vérifier ses comptes. (L. 15, Dig., XLII, V.) Les créanciers pouvaient administrer eux-mêmes ; mais, pour avoir l'unité d'administration, ils choisissaient le plus souvent à la majorité des voix, soit parmi eux, soit en dehors, un curateur chargé d'administrer en leur nom. (L. 15 Dig. h. t.) Il paraît même que cette nomination était dans un cas nécessaire : *Creditorum in possessionem rerum debitoris misso, curator constitui debet, si quaedam actiones periturae sunt*. (L. 14, pr. Dig. h. t.) D'après Doneau, c'était alors le prêteur qui nommait le curateur. Dans tous les cas,

il fallait que le magistrat confirmât le curateur choisi par les créanciers.

On s'est demandé si ce curateur n'était autre que le *magister* dont parle Gaius. (C. III, § 79.) Nous pensons que le curateur et le *magister* sont deux personnages distincts : le rôle du curateur est d'administrer et d'intenter les actions. Au contraire, le rôle du *magister* est de vendre. Or Gaius, s'occupant de la *venditio* comme produisant une succession prétorienne, n'a pas à parler de l'administration des biens ou du curateur. Néanmoins cette distinction, nous devons le déclarer, n'est pas admise par tous les romanistes. Cujas tantôt l'adopte, tantôt la repousse. Mais elle est admise par Mühlenbruch, par Zimmern (p. 246), par MM. Demangeat (t. II, p. 156), et Accarias (t. II, p. 781). Nous devons faire remarquer que, dans plusieurs textes du Digeste, le mot *curator* a été substitué par les commissaires de Justinien au mot *magister* qu'ils contenaient.

Le curateur représente le débiteur; des actions utiles peuvent être intentées contre lui. Si plusieurs curateurs ont été nommés, l'administration ne se divise pas pour cela, pas plus que la responsabilité, et ils sont tous tenus, chacun *in solidum*, de réparer les fautes commises. Cette règle reçoit exception pour le cas où un curateur a été nommé malgré lui, et encore pour le cas où les curateurs se sont partagé l'administration.

Les actes du curateur obligent tous les créanciers, et ceux-ci ont contre lui l'action *mandati* ou l'action *negotiorum gestorum*, selon qu'ils ont pris part ou non à sa nomination. (L. 22, § 10, Dig., XVII, l.) Nous supposons que le curateur a été constitué par le magistrat. Si,

au contraire, ce dernier n'est pas intervenu, les créanciers qui ont fait la nomination auront l'action de mandat; les autres n'auront d'action (action *neg. gest.*) que contre ceux qui ont nommé; mais ils n'auront pas d'action contre le curateur.

Les créanciers pourront louer les immeubles ou vendre les récoltes, à moins que le débiteur ne l'ait déjà fait, auquel cas ses actes seront respectés, si toutefois il n'a pas agi *in fraudem creditorum*. Les créanciers sont même tenus de faire valoir les biens : ils doivent rendre compte non seulement des revenus qu'ils en ont retirés, mais encore de ceux qu'ils ont négligé de faire rapporter à ces biens. (L. 9, § 6 et § 1; Dig. XLII, V.) Ils répondent, comme le curateur, de leur dol et de la *culpa lata quæ dolo æquiparatur*. Les dépenses faites par eux de bonne foi et même sans profit doivent leur être remboursées. (L. 9, § 2, Dig. h. t.). Les comptes seront rendus au *magister* chargé de la vente. Contre le rendant compte, on peut intenter une action *de dolo*, s'il y a eu dol, ou sinon une action *in factum*. Celle-ci est perpétuelle et passe contre les héritiers; l'autre dure un an, et après ce délai, contre l'administrateur, ou, en tout temps, contre ses héritiers elle se donne *in id quod pervenit*.

II. L'envoi en possession prend fin ou par la renonciation des créanciers, ou par la vente des biens, ou par les satisfactions que donne le débiteur. Insistons sur ce dernier point. Si le débiteur est *judicatus*, il devra payer ses créanciers; s'il est *indefensus*, il devra venir se défendre, tout en fournissant, comme s'il était un tiers, la caution *judicatum solvi*. (L. 55, § 1, Dig. XLII, V.)

SECTION III

Vente des biens.

Nous arrivons à la véritable période d'exécution, à celle de la vente, que l'envoi en possession n'a fait que préparer. C'est, en effet, la vente qui est le but final que poursuivent les créanciers. Or, il y eut, en Droit romain, deux sortes de ventes destinées à l'exécution. On ne connut au début que la *venditio bonorum* portant sur le patrimoine; les siècles s'écoulèrent et l'on vit naître la *distractio bonorum*, qui s'appliquait à chaque bien considéré isolément et qui finit par remplacer la *venditio*. Nous étudierons chacune de ces ventes dans un paragraphe spécial.

§ 1<sup>er</sup>. — *Venditio bonorum*.

1. *Procédure de la venditio bonorum*. — Gaius nous l'indique. (C. III, §§ 79 et 80.) Trente jours après l'envoi en possession, si le débiteur était vivant à cette époque, et quinze jours après, s'il était mort avant l'envoi, la vente pouvait avoir lieu. Ce délai, tout dans l'intérêt du débiteur, était destiné à lui permettre, s'il était *judicatus*, de satisfaire ses créanciers, ou, s'il était *indefensus*, de se présenter en justice. Plus long pour le vivant, à cause de l'infamie qui s'attache à la *venditio*, il servait, en cas de succession, à prolonger le temps pendant lequel l'héritier pouvait se présenter, ou, s'il était suspect, donner

caution. A l'expiration du délai, les créanciers s'adressaient de nouveau au prêteur et se faisaient autoriser par lui à nommer parmi eux un *magister* qui devait vendre, *et ex eo numero magistrum creari id est eum per quem bona veneant*. Il fallait, en outre, afficher la vente. D'après Gaius, le prêteur autorisait l'affichage en même temps qu'il envoyait en possession, *jubet ea prætor..... possideri et proscribi*. D'après Théophile, au contraire, cette affiche (*libellus, titulus, album*), ne pouvait être apposée qu'après la nomination du *magister*. Cette affiche se plaçait aux endroits les plus fréquentés (*in celeberrimis locis*). Elle avait pour but de porter à la connaissance de tous l'envoi en possession et la vente qui allait suivre, afin d'attirer le plus grand nombre d'acheteurs. Son texte se terminait ainsi : *Quicumque emere velit adesto*. Le *magister* devait veiller à la vente et traiter avec les acheteurs qui se présentaient.

Quelques jours après la nomination du *magister*, *paucis diebus elapsis*, dit Théophile, les créanciers revenaient, pour la troisième fois, devant le prêteur qui les autorisait à rédiger une *lex bonorum vendendorum*, une sorte de cahier des charges. On l'ajoutait à l'affiche déjà posée. Après un nouveau délai qui, selon Zimmern, serait le même que le premier : trente jours pour le patrimoine d'un vivant, et quinze jours pour une hérédité, l'adjudication se faisait en faveur du plus offrant. Cette *lex* contenait probablement : 1° l'indication des biens ; 2° la liste des créanciers ; 3° le montant des créances ; 4° le dividende à payer aux créanciers ; 5° l'indication des hypothèques, selon M. Accarias (t. II, n° 482, note 1) ; 6° l'indication des créances privilégiées selon Keller,

Tambour, Demangeat. Peut-être (car on ne peut guère l'affirmer), les créanciers qui ne se faisaient pas inscrire alors ne pouvaient-ils pas venir au partage du prix de vente? Ce point est cependant affirmé par M. Demangeat. « Du reste, ajoute cet auteur, les créanciers retardataires « pouvaient recourir soit contre le *magister*, soit contre « les créanciers qui avaient reçu les sommes payées par « l'acheteur. » (P. 157, t. II.)

Nous pensons que la vente se faisait aux enchères publiques, comme la *sectio bonorum*. Mais la lance n'y figurait pas, car la *bonorum venditio* ne donnait pas la propriété quiritaire. Le crieur devait l'annoncer, comme toute vente publique, par ces paroles dont le sens n'est pas bien connu : « Biens de Porsenna à vendre ! » L'enchérisseur le plus offrant devenait l'*emptor bonorum*. En présence d'enchères égales, la préférence était accordée au créancier sur le tiers, et, si tous les enchérisseurs étaient des tiers, au parent du débiteur sur l'étranger. (L. 16, Dig., XLII, V.)

En guise de prix, l'*emptor* devait payer un dividende à chaque créancier, si le débiteur était insolvable; s'il était solvable, par exemple, si c'était un incapable *indefensus*, l'acheteur pouvait être obligé à payer les dettes intégralement, peut-être même une somme en plus. (L. 7, § 11, Dig. XLII, IV; l. 6 pr. Dig., XLII, V.)

Il suffit de comparer la procédure de la *bonorum venditio* à celle de la *manus injectio* pour être forcé de reconnaître entr'elles de nombreux traits de ressemblance. Dans les deux, le délai qui précède l'exécution est de trente jours. Dans la *manus injectio*, un nouveau délai de soixante jours s'étend entre elle et la vente *trans-*

*Tiberim* ou le meurtre ; à ce délai correspondent les deux délais de trente jours ; dont l'un va de l'envoi en possession jusqu'à la nomination du *magister*, et l'autre de celle-ci jusqu'à la vente.

Si nous passons dans le Droit français actuel, nous voyons, comme nous l'avons déjà dit, des analogies entre le dessaisissement que produit l'envoi en possession et celui qui résulte de la faillite. (Art. 443 C. Com.). Peut-être peut-on comparer encore le *pignus praetorium* à l'hypothèque au profit de la masse (art. 490 C. Com.), le curateur aux syndics provisoires et le *magister* aux syndics définitifs. (V. Tambour, t. 1, p. 219 et 220.)

II. *Effets de la venditio bonorum*. — A) *A l'égard de l'acheteur*. — La *bonorum venditio* a pour effet de transmettre le patrimoine d'une personne vivante à celui qui s'est porté *emptor*. Ce dernier, comme le *bonorum possessor*, héritier du droit prétorien, est *haeredis loco*. Il en résulte qu'il n'a que l'*in bonis* sur les biens transmis, et que, pour acquérir le *dominium*, il lui faudra usucaper. (Gaius III, 80.) Il acquiert toutes les créances, et il est tenu de toutes les dettes du débiteur. L'acheteur, au lieu d'être obligé de payer les créances en totalité, pouvait n'en payer qu'un dividende, correspondant à la part du prix qui revenait à chaque créancier. (Gaius, C. III, § 81.)

Les actions exercées par l'*emptor* ou contre lui, à titre d'héritier du débiteur, sont des actions utiles. Quand l'*emptor* voulait exercer les actions du débiteur, il devait user au début de l'*action rutilienne*, ainsi appelée parce qu'elle avait été inventée par le préteur Publius Rutilius, créateur de la *bonorum venditio*. L'*intentio* de

la formule, comme pour un demandeur agissant *alieno nomine*, contient le nom du débiteur et la *condemnatio* celui de l'*emptor*. Ainsi, le bénéfice de la condamnation à laquelle donne lieu une créance du débiteur, reconnue en justice, est attribué à l'*emptor*, *nam ex personâ ejus cujus bona emerit sumptâ intentione, convertit condemnationem in suam personam*. Mais comment rédiger l'*intentio* au nom du débiteur défunt? Pour résoudre cette difficulté, on créa l'*action servienne*, dans laquelle, au moyen de la fiction : *Si A. Agerius L. Seii heres esset*, on fait figurer le nom du mort, et dans l'*intentio* et dans la *condemnatio*, *superior autem species actionis quâ ficto se herede bonorum emptor agit, serviana vocatur*. (Gaius, c. IV, § 55.) S'il s'agit d'un droit réel, l'*emptor* intentera l'action rutilienne ou servienne, s'il n'est pas entré en possession; l'action publicienne, s'il y est déjà entré, car la fiction de cette dernière ne porte que sur la durée et non sur le fait même de la possession.

Si l'*emptor* agit contre un individu qui est à la fois créancier et débiteur de celui qui a subi la *bonorum venditio*, il s'opère une sorte de compensation, une *deductio, ita ut in hoc solum adversarius condemnatur quod superest*. (Gaius, IV, § 65.) Il n'est pas même nécessaire pour cela que les deux dettes soient exigibles ou de même nature (§§ 66 et 67, eod.), car, selon les expressions de Keller, on se trouve dans un cas de liquidation forcée (p. 412). Ce sont là des différences avec la compensation opposable à l'*argentarius*. Il en existe d'autres : ainsi, pour l'*argentarius*, la compensation doit se faire dans l'*intentio*, si non il y a *pluspetitio*; pour le *bonorum emptor*, la *deductio* ne se fait que dans

la *condemnatio*, et le péril de la *plus petitio* n'est pas à craindre. (§ 68, eod.)

Ajoutons, enfin, que le *bonorum emptor* avait l'*interdictum possessorium*. C'était un interdit qui permettait d'entrer en possession, un interdit *adipiscendæ possessionis*. (Gaius IV, 145.)

B) *Effets de la bonorum venditio à l'égard du débiteur*. — Il encourait l'infamie dont Cicéron nous trace un tableau bien noir dans son *pro Quintio* (c. 15). La *bonorum venditio*, quelle que fût sa cause, l'entraînait toujours. C'est pour cela que l'on voyait des maîtres instituer héritiers leurs esclaves et éviter ainsi l'infamie. L'esclave devenait libre et du même coup infâme.

Le débiteur était, en outre, dépouillé de son patrimoine, qui passait à l'acheteur; sa succession s'ouvrait de son vivant. Ainsi, il ne pouvait plus désormais invoquer les droits nés antérieurement à la vente. Que décider au sujet des obligations contractées avant la vente? Nous trouvons, sur ce point, des solutions contradictoires. La loi 25, § 7 (Dig., XLII, VIII) nous dit que le débiteur n'est plus tenu en vertu de ses obligations antérieures. Mais Gaius déclare que si le prix des biens n'a pas désintéressé complètement les créanciers, les biens qu'il acquerra dans la suite seront vendus. (Gaius, c. II, § 155.) Pour concilier ces deux textes, Etienne prétend qu'il n'y a pas sans doute possibilité d'exercer d'action *ex ante gesto* contre le débiteur, mais que l'exécution se continuera sur les biens acquis par lui depuis la vente. « Lorsque, dit cet auteur, le débiteur avait acquis de nouveaux biens, si on les vendait de nouveau, ce n'était que par appendice de la vente antérieure, sans nouvelle

action proprement dite. » (T. I, p. 575.) Selon Zimmern, « lorsque le débiteur avait acquis de nouveaux biens, on pouvait demander qu'ils fussent encore vendus; mais cette demande était un *postulare* et non une nouvelle action; c'était la mise à exécution de l'ancien jugement. » (P. 239.) Keller partage l'opinion de Zimmern et d'Etienne. (P. 411.)

De son côté, Jules Tambour soutient un autre système : la *bonorum venditio*, étant un fait qui émane de l'autorité du prêteur, ne peut éteindre de plein droit et complètement des obligations reconnues par le droit civil. Donc, pour repousser les créanciers antérieurs, il faudra recourir à une exception valable au cas où le débiteur n'aura pas acquis de nouveaux biens, et alors le prêteur refusera l'action. C'est là ce qui justifie les expressions de la loi 25, § 7 (Dig., XLII, VIII) : *et iniquum esset actionem dari in eum cui bona ablata essent*. Nous adopterons complètement cette opinion.

Il en sera de même au cas où le débiteur a fait la cession de biens. (L. 4, Code 7, 71.) Mais le cédant se trouve dans une situation plus favorable. Ainsi, le prêteur n'ordonnera une nouvelle vente que s'il estime que les biens acquis ont une certaine valeur. Il refusera l'autorisation si la valeur des biens est minime, car il faut laisser au débiteur des aliments, *nec enim fraudandus est alimentis cottidianis*. (L. 6, Dig., XLII, III, l. 7., *eod.*) Et encore, le débiteur qui a fait cession jouit-il, lorsque la vente est ordonnée, du bénéfice de compétence qui empêche la condamnation de le réduire à un entier dénûment : *Is qui bonis cessit, si quid postea adquisierit, in quantum facere potest convenitur*. (L. 4, pr. Dig.,

h. l.) Les *Institutes* de Justinien nous donnent le motif de cette faveur : *Inhumanum enim erat spoliatum fortunis suis in solidum damnari.* (§ 40.)

C) *Effets de la bonorum venditio à l'égard des créanciers.* — Ils pouvaient, par des actions utiles, exiger de l'*emptor* le payement du dividende indiqué dans le cahier des charges. Les créanciers privilégiés passaient avant les créanciers chirographaires, et ils pouvaient se faire payer leurs créances intégralement. « Quant aux actions qui compétaient aux créanciers contre l'adjudicataire, comme émanant de l'édit du prêteur, elles ne pouvaient, dit Zimmermann, être que personnelles ; pour les réelles, l'édit du prêteur était inutile, car l'acquéreur ne pouvait obtenir les biens que *cum onere*... Les créanciers hypothécaires antérieurs à cet envoi en possession devaient naturellement être préférés à ceux qui avaient obtenu, par cet envoi en possession, un gage prétorien, ainsi qu'à toutes les créances personnelles munies d'un privilège. » (P. 249 et 250). Les hypothèques subsistaient donc. Si l'on admet, avec certains auteurs, que les hypothèques n'étaient pas indiquées dans le cahier des charges, il faut reconnaître que la persistance de ces droits causait un grave préjudice au *bonorum emptor* qui avait pu légitimement ignorer leur existence, la publicité des hypothèques étant inconnue à Rome.

## § 2. — *De la bonorum distractio.*

Parallèlement à la *bonorum venditio*, existait une vente d'une nature particulière, n'entraînant pas l'infamie et destinée pour cela, dans le début, aux *claræ persone*,

Pour celles-ci, la *distractio* s'imposait ; pour d'autres, que nous ne connaissons pas, elle était facultative, mais le créancier ne pouvait pas revenir sur son choix. La *bonorum distractio* est la vente des biens, un par un, en détail et non plus en masse.

I. *Formes de la vente.* — Elle était précédée, comme la *bonorum venditio*, d'une *missio in possessionem* ; la *lex* manquait. Le prêteur, du consentement de la majorité des créanciers nommait, au lieu d'un *magister*, un *curator distrahendorum bonorum gratia*, chargé à la fois d'administrer les biens et de procéder à la vente. Mais les créanciers pouvaient aussi le nommer sans l'intervention du magistrat. Il faut et il suffit que le magistrat autorise la vente, et il n'est pas besoin, comme dans la *venditio*, de recourir à lui pour chaque acte de procédure. La vente peut se faire soit aux enchères publiques, soit à l'amiable.

II. *Paiement des créanciers.* — L'argent provenant de la vente reste entre les mains du curateur, auquel les créanciers réclament leur paiement, soit par l'action de mandat ou de gestion d'affaires, soit par une action *in factum*. Le paiement est fait d'abord aux créanciers privilégiés dans l'ordre établi par la faveur due à chaque créance, ensuite aux créanciers chirographaires. Si, après ce paiement, il restait une somme, elle était déposée au trésor de l'église, sorte de caisse des dépôts et consignations, et les créanciers en retard pouvaient se faire payer sur elle, après vérification de leurs titres. Le reliquat revenait au débiteur. (Const. 10, § 1, Code, 7, 72.) Le *curator* devait jurer sur l'Évangile qu'il n'avait vendu qu'au plus offrant et faire ensuite, devant le défenseur de

la cité, la déclaration du prix de vente (*eod.*). La vente n'était autorisée que pour les biens dont la valeur totale égalait le montant des sommes dues et pas au-delà. Si l'on ne trouvait pas d'acheteurs, les créanciers avaient, paraît-il, le droit de se partager les biens. (*Inst.*, § 1, 2, 19.)

III. *Effets de cette vente.* — Elle ne transmettait pas le patrimoine, l'*universum jus*, mais seulement la propriété de la chose spéciale qu'elle avait eue pour objet. L'acheteur en devenait acquéreur à titre particulier et en devait le prix. Plus d'effet infamant pour le débiteur : l'*existimatio*, seule, est légèrement atteinte. Le débiteur conserve sa personne juridique. Il reste donc tenu des dettes antérieures jusqu'à concurrence de ce qui n'a pas été payé. Mais, — inconséquence flagrante! — le débiteur, comme au cas de *venditio*, était privé de toute action *ex antè gesto*. La loi 4 (*Dig.* XLII, VII) le décide ainsi : *Bonis per curatorem ex senatus-consulto distractis, nullam actionem ex antè gesto fraudatori competere.*

IV. *Substitution de la distractio à la venditio.* — Sous le système formulaire, la *venditio* était la règle et la *distractio* l'exception. Mais, peu à peu, la *distractio* se généralisa et, la *venditio* ayant disparu avec le système formulaire, l'exception se fit règle. Comment s'expliquer cette substitution? Théophile, dans sa paraphrase, nous répond par quelques lignes. On interprète ce passage de la manière suivante : lorsque le système formulaire eut cessé d'être en vigueur, les magistrats supérieurs, dont l'autorisation était nécessaire pour les actes de la *bonorum venditio*, n'allèrent plus dans les divers endroits de

la province tenir des assises (*conventus*). Ils furent remplacés par des magistrats inférieurs qui étaient permanents. Dès lors, la *distractio bonorum* fut la seule procédure applicable.

### CHAPITRE III

#### MODIFICATION DES EFFETS DE LA « BONORUM VENDITIO »

Les effets de la *bonorum venditio* sont quelquefois modifiés par le fonctionnement concomitant de trois autres institutions qui sont : 1° la cession de biens; 2° la séparation des patrimoines; 3° l'action Paulienne. Ne devant parler de ces institutions qu'à propos de la *bonorum venditio*, nous n'en dirons que quelques mots, et nous nous bornerons à peu près à indiquer l'influence qu'elles exercent sur notre matière.

#### SECTION I

##### Cession de biens.

La cession de biens épargnait au débiteur l'infamie qui résultait de la *bonorum venditio*. Elle lui permettait, en outre, d'échapper à l'exécution sur la personne qui avait survécu à la *manus injectio*. Mais elle n'apparut que sous Auguste. Avant elle, destiné lui aussi à faire éviter la contrainte personnelle, existait le *juramentum*

*bonæ copiae*, expression dont le sens fait l'objet d'une controverse parmi les interprètes. Ce qu'on peut affirmer, c'est que ce serment dégageait le *nexus*. C'est une loi Julia qu'il faut attribuer à César ou à Auguste qui a introduit la cession de biens.

La cession ne pouvait être faite que dans le cas de *condemnatio* ou de *confessio in jure*, car c'est dans ces deux cas seulement que le débiteur a à craindre l'exécution sur la personne. La cession de biens était probablement soumise, dans le début, à certaines formalités, peut-être à une déclaration en justice, à une *professio in jure*. Du temps de Marcien, la déclaration en justice n'était plus nécessaire. *Bonis cedi non tantum in jure, sed etiam extra jus potest. Et sufficit, et per nuncium vel per epistolam id declarari.* (L. 9, Dig. XLII, III.)

Mais l'abandon des biens ne suffisait pas à lui seul pour libérer le débiteur, si les dettes n'avaient pas été intégralement payées : *Qui bonis cesserint, nisi solidum creditor receperit, non sunt liberati.* (Const. 1, Code 7, 71.)

L'obligation civile n'était donc pas éteinte, ainsi que le fait remarquer Godefroy dans sa glose sur la loi 4. (Dig. XLII, III.) : *atque ita bonorum cessio non tollit civilem obligationem.* Tant qu'il n'avait pas acquis de nouveaux biens, le débiteur pouvait opposer aux créanciers l'exception *nisi bonis cesserit*. En avait-il acquis? Il jouissait du bénéfice de compétence. (Loi 6, *eod.*)

La cession dessaisit immédiatement le débiteur de l'exercice de ses droits. (L. 17 pr., Dig. IV, VIII.) Mais il conserve la propriété et la possession et il peut, en conséquence, sous la condition de payer ce qu'il doit, reprendre ses biens. Le droit des créanciers ne consiste

ni dans la propriété, ni dans la possession ; il consiste dans le droit de vendre, après s'être fait toutefois envoyer en possession.

Si la cession épargnait au débiteur l'infamie, résultant de la *venditio*, elle n'en portait pas moins une certaine atteinte à l'*existimatio*. Justinien nous le dit dans sa *Novelle 135* où il défend aux magistrats, qui, paraît-il, en avaient l'habitude, d'imposer la cession de biens aux débiteurs malheureux : *Ubi enim locorum justum est, ut is qui in universum ex accidenti non supinâ negligentia res suas amisisse traditus esset, denuo per vim ad ignominiosam vitam transponatur.....*

On ne pouvait céder que les biens dont on était actuellement propriétaire. Toutefois, sous Justinien, les fils de famille peuvent céder les biens qu'ils acquerront dans la suite et que les créanciers pourront faire vendre au fur et à mesure de leur acquisition. (Const. 7, Code 7, 71.)

On se demande si tout débiteur était admis à faire la cession de biens ou si l'on n'y admettait que les débiteurs malheureux et de bonne foi. Cette question est controversée. A notre avis, les débiteurs malheureux et de bonne foi étaient, seuls, admis à user de la cession. Comment, en effet, en admettant pour tout débiteur la faculté de céder les biens, comment expliquer la persistance de la contrainte par corps après l'introduction de la cession ? Comment interpréter ce passage des *Nuits attiques* d'Aulugelle : *addici nunc et vinciri multos videmus* ? On peut encore invoquer d'autres arguments, entre autres la Loi 1 pr. (Dig. XLII, 1.) Ce système est d'ailleurs défendu par Zimmern : « Ce n'est qu'ainsi, dit-il, qu'on peut expliquer pourquoi Gaius parle encore de la vente des biens

du *judicatus*, en la distinguant de celle qui était la conséquence de la loi Julia, et comment il se faisait qu'on employât encore les *privata vincula* depuis que les constitutions impériales avaient étendu la loi Julia aux provinces. » (P. 245 et 244.) M. Accarias soutient également ce système. (T. II n° 780, note 2.)

L'opinion adverse a pour défenseur Jules Tambour, qui essaye de réfuter les arguments du système précédent. (P. 1, 31 et suiv.) Quoique sa réfutation soit fort habile, elle ne nous paraît pas victorieuse. Lui-même, en parlant des arguments de notre système, avoue ceci : « Ces arguments sont forts assurément et je n'oserai pas soutenir d'une manière positive la fausseté de l'opinion qui les invoque..... »

La Constitution 8 de Justinien (Code 7, 71) donne aux créanciers l'option entre l'acceptation de la cession de biens et un délai de cinq ans, accordé au débiteur. Les créanciers se décident d'après la majorité en créances; si les créances sont égales en valeur, c'est d'après le nombre; à nombre égal, d'après la dignité des votants. Enfin, s'il y a égalité sous tous les rapports, la voix de l'humanité doit être écoutée et le délai accordé.

En résumé, les avantages de la cession sont les suivants : 1° le débiteur n'est pas emprisonné; 2° la vente n'entraîne pas l'infamie; 3° à chaque action exercée en vertu d'une créance antérieure, le débiteur peut opposer l'exception *nisi bonis cesserit*; 4° le débiteur n'est condamné que *in quantum facere potest*.

SECTION II

**Séparation des patrimoines.**

La séparation des patrimoines modifie les effets de la *venditio* en l'empêchant de porter sur tous les biens composant le patrimoine. Les rédacteurs du Digeste, eux-mêmes, ont si bien compris la connexité qui existe entre ces deux institutions qu'ils ont placé le titre *de separationibus* entre deux titres ayant trait à la *venditio*.

L'envoi en possession, même demandé par un seul, profite, comme nous l'avons vu, à tous les créanciers. Et le droit qu'ils acquièrent de détenir d'abord et de vendre ensuite s'étend sur la masse des biens du débiteur, sans qu'on distingue tel ou tel élément du patrimoine. Mais il peut arriver que le patrimoine du débiteur résulte de la confusion de deux patrimoines, comme dans le cas de succession. On conçoit très bien que le défunt ait pu être solvable, sans que le débiteur, héritier, le soit ou réciproquement. Dès lors la confusion des patrimoines peut, dans le cas de vente des biens nuire tantôt aux créanciers du défunt, tantôt à ceux du débiteur, puisque ces deux classes de créanciers concourront sur le prix de vente au *pro rata* de leurs créances : les uns auront plus, les autres moins que ce qu'ils auraient pu légitimement espérer — résultat peu équitable ! Mais, grâce à la séparation des patrimoines, ce résultat sera évité. Les créanciers héréditaires seront, seuls, envoyés en posses-

sion des biens du défunt; il en sera de même des créanciers de l'héritier au sujet des biens de ce dernier.

Le bénéfice de la séparation était accordé aux créanciers du défunt, car ils n'ont compté que sur ce débiteur, et il serait injuste que sa mort fût pour eux une cause de préjudice. (L. 1 § 1, Dig. XLII, VI.) Pouvaient en user, même les créanciers à terme ou sous condition. (L. 4 pr., *eod.*) Mais les créanciers de l'héritier n'ont pas le droit de demander la séparation des patrimoines parce qu'ils se sont soumis aux conséquences de ses actes futurs qui peuvent aboutir à son insolvabilité et qu'ils n'ont pas le pouvoir de l'empêcher d'augmenter le nombre de ses créanciers en acceptant une succession insolvable, pas plus qu'en contractant de nouvelles dettes : *nam licet alicui adjiciendo sibi creditorem, creditoris sui facere deteriore conditionem.* (L. 1, § 2, Dig., XLII, VI.) Il est pourtant un cas dans lequel les créanciers de l'héritier peuvent demander ce bénéfice, c'est celui où l'héritier fiduciaire a été contraint d'accepter en vue de la restitution devenue impossible. (L. 1, § 6, Dig. h. t.). Ils pourraient cependant, si le débiteur a voulu les frustrer, en faisant adition, être secourus *extra ordinem* par le prêteur, et, grâce à une sorte de *restitutio in integrum*, ils seraient payés sur les biens de leur débiteur par préférence aux créanciers héréditaires... *Nisi si extraordinem putamus prætorem adversus calliditatem ejus subvenire, qui talem fraudem commentus est, quod non facile admissum est.* (L. 1, § 5, Dig., XLII, VI.)

C'est le prêteur qui accorde la séparation des patrimoines par un décret et après examen. (L. 1, pr. Dig. XLII, VI). La séparation pourra n'être demandée que par quelques

créanciers, mais elle ne profitera qu'à eux seuls; les autres seront considérés comme créanciers personnels de l'héritier. (L. 1, § 10, Dig., h. t.). Elle produit ses effets sur tous les biens du défunt, contre tous les créanciers de l'héritier et n'établit aucun droit de préférence entre ceux qui l'ont obtenue.

La séparation aura pour effet de distinguer deux patrimoines dans le patrimoine total de l'héritier. Aussi y aura-t-il deux envois, deux ventes séparées. Sur l'un des patrimoines viennent, seuls, ceux qui ont obtenu la séparation et, sur l'autre, ceux des créanciers du défunt qui ont suivi la foi de l'héritier et les créanciers personnels de ce dernier. Si, les créanciers d'un patrimoine une fois payés, il reste une partie du prix de vente des biens, les créanciers de l'autre patrimoine peuvent-ils réclamer ce reliquat? La loi 1, § 17 (Dig., XLII, VI), nous répond par une distinction. Les créanciers de l'héritier peuvent réclamer le reliquat : *creditores quidem heredis, si quid superfuerit ex bonis testatoris, posse habere in suum debitum*. Les créanciers du défunt ne le peuvent pas, car, comme le dit Ulpien, de qui est ce fragment, *qui impetravit separationem sibi debet imputare suam facilitatem..... separatio enim quam ipsi petierunt, eos ab istis bonis separavit*. Paul ajoute, pour expliquer cette différence, que les créanciers du défunt s'en sont tenus à des biens qui ne sont pas susceptibles d'augmentation. Au contraire, les créanciers de l'héritier, ayant un débiteur vivant, pouvaient légitimement espérer un accroissement de son patrimoine. (L. 5. Dig , XLII, VI.) Quoique Papinien ait soutenu, avec une certaine réserve, il est vrai, que les créanciers du défunt avaient le

même droit que ceux de l'héritier, il est à peu près certain que la doctrine de Paul et d'Ulpien avait prévalu. L'antinomie est donc réelle entre ces divers textes, car Paul, lui-même, mentionne la controverse : *Quidam putant, mihi autem non videtur*. Il était par suite inutile d'essayer une conciliation.

La séparation pouvait aussi être demandée par certains héritiers. Elle pouvait l'être par l'esclave affranchi par testament et devenu héritier nécessaire de son maître. (Gaius, II, 154 et 155; l. 1, § 18, Dig., h. t.) Les biens étaient toujours vendus sous son nom et il encourait l'infamie. Mais les créanciers n'avaient aucun droit sur les biens que l'affranchi aurait acquis depuis la mort de son maître autrement que *ex hereditaria causa*. La séparation est encore accordée à l'héritier fiduciaire qui n'a accepté l'hérédité qu'il devait restituer que sur l'ordre du magistrat. (L. 6, § 1, Dig., h. t.) La vente se faisait alors sous le nom du défunt. Il en était de même pour le fils, héritier sien et nécessaire, lorsqu'il avait usé du bénéfice d'abstention, grâce auquel, sans avoir besoin de rien demander au magistrat, et, sous la seule condition de ne pas s'être immiscé dans les biens de la succession, il était considéré comme n'étant pas héritier et par suite exempté de l'infamie qu'entraînait la *bonorum venditio*.

Le droit de demander la séparation est perdu par les créanciers de la succession, lorsqu'ils ont laissé passer cinq ans depuis l'adition, sans réclamer ce droit. (L. 1, § 13, Dig., h. t.) Les créanciers perdent encore ce bénéfice, lorsqu'ils ont agi comme créanciers de l'héritier ou lorsqu'ils ont par une novation accepté l'héri-

tier comme débiteur ou reçu de lui un gage ou un fidéjusseur.

### SECTION III

#### Action paulienne.

L'action paulienne augmente le nombre des biens sur lesquels portera le *bonorum venditio*. L'envoi en possession et la vente ne s'appliquent qu'aux biens qui se trouvaient au moment même dans le patrimoine du débiteur. L'action paulienne, ayant pour résultat d'y faire entrer ceux que la fraude en avait faits sortir, étendra l'application de ces voies d'exécution et favorisera grandement les créanciers. Aussi voit-on le titre du Digeste qui a trait à cette action venir immédiatement après ceux qui sont relatifs à la *missio in bona* et à la *bonorum venditio*.

L'action paulienne, qui ne porte ce nom que dans la loi 38, § 4 (Dig., XXII, I), est d'institution prétorienne et due probablement au préteur Paulus. Cette action est donnée à tous les créanciers, sans distinction, et c'est le *curator bonorum* qui l'exerce en leur nom. Elle est donnée, quoiqu'on en ait douté, aux créanciers hypothécaires qui, toutefois, auront rarement intérêt à l'exercer à cause de leur hypothèque. Le bénéfice résultant de l'exercice de l'action profitera à la masse des créanciers. Les créanciers postérieurs à l'acte attaqué ne peuvent exercer l'action paulienne, à moins que, leurs deniers ayant servi à payer les créanciers antérieurs, ils ne soient, en quelque sorte, subrogés à ceux-ci. (L. X, § 1 ; Dig., XLII, VIII.)

Le champ d'application de cette action était aussi étendu que possible; il comprenait tout acte juridique frauduleux qui réunissait l'*eventus damni* et le *consilium fraudis*; mais il avait ses limites : l'action ne s'appliquait pas quand le débiteur avait seulement négligé d'accroître son patrimoine. (L. 134, pr. *Dig.*, L. XVII.) Aussi la répudiation d'une succession échappait-elle à cette action.

Nous n'en dirons pas davantage sur cette action qui ne rentre pas directement dans notre matière. Nous ajouterons qu'il est un cas où la masse des biens est augmentée par la loi elle-même; c'est le cas d'un affranchissement fait en fraude des créanciers. L'action paulienne ne s'y appliquait pas parce qu'il était de principe qu'on ne pouvait révoquer la liberté une fois donnée, *libertas semel data, nunquam revocatur*. Aussi une loi *Œlia Sentia*, portée en l'an de Rome 757, empêcha-t-elle les affranchissements de cette sorte de s'accomplir : *Lex Œlia Sentia impedit libertatem*. On admettait toutefois une exception, c'était lorsque un insolvable affranchissait par testament son esclave pour l'instituer héritier, dans le but d'éviter l'infamie à sa mémoire.

Le premier principe de cette action est que  
tant que possible, il est préférable d'opter pour  
l'indivision que pour la division. L'action de  
division n'est donc que subsidiaire. L'action de  
division est prescrite par l'art. 1375 du Code  
de procédure civile. L'art. 1375 du Code de  
procédure civile dispose que l'action de  
division est prescrite par l'art. 1375 du Code  
de procédure civile.

Le second principe de cette action est que  
l'indivision est de droit. Elle est de droit  
lorsque la chose est indivisible. Elle est de  
droit lorsque la chose est divisible, mais que  
les copropriétaires ont opté pour l'indivision.  
L'indivision est de droit lorsque la chose est  
indivisible. Elle est de droit lorsque la chose  
est divisible, mais que les copropriétaires ont  
opté pour l'indivision. L'indivision est de  
droit lorsque la chose est indivisible. Elle est  
de droit lorsque la chose est divisible, mais  
que les copropriétaires ont opté pour  
l'indivision.

L'indivision est de droit lorsque la chose est  
indivisible. Elle est de droit lorsque la chose  
est divisible, mais que les copropriétaires ont  
opté pour l'indivision. L'indivision est de  
droit lorsque la chose est indivisible. Elle est  
de droit lorsque la chose est divisible, mais  
que les copropriétaires ont opté pour  
l'indivision. L'indivision est de droit lorsque  
la chose est indivisible. Elle est de droit  
lorsque la chose est divisible, mais que les  
copropriétaires ont opté pour l'indivision.  
L'indivision est de droit lorsque la chose est  
indivisible. Elle est de droit lorsque la chose  
est divisible, mais que les copropriétaires ont  
opté pour l'indivision.

# DROIT FRANÇAIS

---

## DE LA BANQUEROUTE

---

### INTRODUCTION

Suivant l'opinion commune, l'étymologie du mot *Banqueroute* est la suivante. En Italie, chaque marchand avait sur la place du marché un comptoir sur lequel il faisait son commerce ; lorsqu'il était accusé de faillite frauduleuse, ce comptoir était rompu. Des deux mots italiens *banco rotto*, comptoir brisé, on a fait banqueroute. Cependant Muyart de Vouglans prétend que « ce crime tire son nom des banquiers, parce que c'est principalement contre ceux de cet état qui malversaient dans leurs fonctions qu'ont été rendues les premières lois que nous avons sur cette matière ». (*Lois criminelles*, p. 331.)

N'y a-t-il pas là une épigramme? Quant à nous, nous pensons que banqueroute et banquier viennent, non pas le premier mot du second, mais tous deux du même mot italien *banco*. Les banquiers italiens devaient probablement, comme les *argentarii* à Rome, faire leurs opérations sur la place publique.

Quoi qu'il en soit de son étymologie, la banqueroute n'est pas autre chose qu'une faillite prévue et punie par la loi pénale. L'incrimination d'un tel fait se légitime bien aisément. Si la bonne foi est nécessaire dans les affaires civiles, elle l'est mille fois plus dans les transactions commerciales. La confiance, dit-on, est l'âme du commerce; cette formule banale n'est que trop vraie. Le commerce ne vit que par le crédit, c'est-à-dire par la confiance de l'un en la solvabilité de l'autre. C'est parce que Pierre fait crédit à Paul que Paul fait crédit à Jean... Il y a donc là une sorte de chaîne : si l'un des anneaux se brise la chaîne est rompue. Une faillite fait ressentir ses effets désastreux sur toute la place. Car le créancier qui espérait que son débiteur, aujourd'hui en faillite, le payerait à l'échéance, et qui comptait sur cet argent pour éteindre à son tour ses propres dettes, ne pourra peut-être pas satisfaire ses créanciers et tombera, lui aussi, en faillite.

On comprend dès-lors la sévérité déployée par les législateurs de tous les temps envers celui qui ne tient pas ses engagements. *Grave est fidem fallere*, disait le jurisconsulte romain. Le simple failli, lui-même, celui que des malheurs inévitables ont forcé à manquer à ses engagements, sera mis à l'index par l'opinion publique et frappé par la loi de certaines déchéances. Une présomption de fraude s'attache, en effet, à toute faillite. Balde, qui vi-

vait vers la fin du quatorzième siècle, s'écriait : *Falliti sunt infames et infamissimi et more antiquissimæ legis deberent tradi creditoribus laniandi... falliti sunt deceptores et fraudatores..., et decoctor ergo fraudator!* Partout où la législation placera le commerçant dans une situation particulière, partout elle se montrera rigoureuse vis-à-vis du failli, surtout s'il est coupable de fraude. C'est ce dont nous allons nous assurer par l'exposé historique suivant.

A Rome, le Droit commercial, comme nous l'avons dit, était inconnu ; il y avait pourtant des commerçants. Mais, en cas d'insolvabilité, on leur appliquait, comme aux civils, la *bonorum venditio*. Remarquons toutefois que la *venditio* entraînait pour tous la peine de l'infamie. La loi punissait déjà l'insolvabilité coupable, puisque le débiteur malheureux et de bonne foi pouvait éviter l'infamie en faisant la cession de biens.

C'est au moyen âge, en Italie, que naquit le véritable Droit commercial et que la loi établit pour la première fois des peines spéciales à la banqueroute. Florence, Venise, Pise, Gênes où tout le monde était commerçant (*Genuensis ergo mercator*) avaient une législation parfaitement organisée sur ce point. La faillite entraînait la mort civile. Les banqueroutiers étaient punis de la peine capitale, après avoir été soumis à la question, afin de leur faire avouer la dissimulation de biens. Il est vrai que ces peines étaient rarement appliquées parce que les faillites étaient très nombreuses et que les créanciers qui auraient fait punir aujourd'hui leurs débiteurs faillis pouvaient, à leur tour, se trouver demain dans la même situation qu'eux. La crainte des représailles les forçaient à l'indul-

gence. *Negotia mercatorum*, disait Casa-Regis, *sunt magis periculosa, quia mercatores sunt semper in proximo periculo decoquendi, et hodie sunt solvendo, cras vero non.*

La législation italienne fut apportée en France par les marchands italiens qui, au moyen âge, allaient en foule aux foires de Champagne, de Brie, de Lyon. Chassés par les guerres civiles qui désolaient l'Italie, des négociants et des banquiers vinrent se fixer à Lyon. Le roi autorisa des Lombards à s'établir dans cette ville, où affluèrent à tel point les marchands étrangers, grâce surtout à ses foires franches, qu'elle mérita d'être citée comme le plus grand marché international de toute l'Europe. Aussi l'édit de François I<sup>er</sup>, du 15 octobre 1536, est-il daté de Lyon. Avec lui, la banqueroute fait sa première apparition dans notre ancien Droit.

Mais la distinction entre la faillite et la banqueroute, quoique faite depuis cette époque dans les idées, n'exista guère, dans les mots, que vers le dix-huitième siècle. Jusqu'alors, certains auteurs prenaient indifféremment ces mots l'un pour l'autre. Ainsi, nous voyons François de Boutaric, professeur à l'Université de Toulouse, critiquer Bornier de n'avoir pas tenu faillite et banqueroute pour synonymes. (*Expl. de l'ord. de 1675.*) Au contraire, le principal rédacteur de l'ordonnance de 1675, Savary, dans son *Parfait négociant*, fait cette distinction. Il en est de même de Jules Toubeau, dans ses *Institutes du Droit consulaire* : « Il y a bien de la différence, dit ce dernier, entre un failli et un banqueroutier. Les banqueroutiers sont ceux qui, pour s'enrichir par un vol incomparablement plus blâmable que ceux qui se font sur les

grands chemins et au coin d'un bois, emportent les biens de leurs créanciers... » (liv. II, p. 370.) Jousse, lui, fait mieux encore ; il distingue d'une façon remarquable non seulement la faillite de la banqueroute, mais encore la banqueroute simple de la banqueroute frauduleuse : « Il ne faut pas confondre les faillites avec les banqueroutes. La faillite se fait lorsqu'un banquier, marchand, fermier ou autre personne se trouve hors d'état de payer ses créanciers par les pertes et disgrâces qui lui sont survenues, sans qu'il y ait aucune dissipation ni mauvaise conduite de sa part..... La banqueroute, au contraire, se fait lorsque ce ne sont point des pertes, mais la dissipation, les dépenses excessives et la mauvaise conduite qui donnent lieu à ce dérangement. La banqueroute frauduleuse se commet lorsque des banquiers et négociants, receveurs ou intéressés dans les affaires du roi, dépositaires publics et autres par mauvaise foi et en fraude de leurs créanciers, détournent leurs effets ou les dépôts qui leur ont été confiés, supposent de fausses créances par des actes simulés, etc... » (*Traité de la just. crim. en France*, liv. III, p. 254) <sup>1</sup>.

La banqueroute, nous l'avons déjà dit, a été punie pour la première fois par l'édit de François I<sup>er</sup> du 10 octobre 1536. On y retrouve toute la rigueur de la législation italienne qui l'a inspiré. Il porte ceci dans son article 3 : « Voulons, en outre, et ordonnons que contre les banqueroutiers soit procédé extraordinairement par infor-

1. Déjà, en Italie, ces trois degrés dans la situation d'un commerçant qui cesse ses paiements avaient été distingués par Straccha : *Decoctor est qui fortunæ vitio, vel suo, vel partim fortunæ, partim suo vitio non solvendo factus, foro cessit.*

mation, adjournement, confrontations de témoins et autrement extraordinairement sur les fraudes et abus pareux commis... et procéder à la punition et réparation par amende honorable, punition corporelle et apposition au carcan et au pilori et autrement à l'arbitre de justice... » Mais l'expérience eut bientôt montré l'insuffisance de ces peines, car, loin de diminuer, le nombre des banqueroutes ne faisait qu'augmenter. La fréquence de ce crime fut cause que les ordonnances postérieures, déployant la dernière rigueur, punirent la banqueroute de la peine capitale (Ordonn. d'Orléans de 1560, art. 143; ordonn. de Blois de 1579, art. 205).

L'édit de Henri IV (mai 1609), confirmant les dispositions de ces ordonnances, porta encore la peine de mort contre la banqueroute. « ... Par le moyen duquel crime qui se rend fréquent et comme ordinaire, faute d'être puni comme il le mérite, la foi publique et confiance entre nos sujets est grandement diminuée, et le trafic et commerce quasi du tout ôté. » Et l'édit ajoute en termes très énergiques que les banqueroutiers seront « exemplairement punis de peine de mort, comme voleurs et affronteurs publics. » Bien plus, ils peuvent être poursuivis et traqués comme les pires scélérats. « Permettons à un chacun de nos sujets, même sans décret ni permission, d'arrêter les banqueroutiers fugitifs et les représenter à justice, nonobstant tous jugements, arrêts, usances et coutumes à ce contraires. »

La même pénalité est reproduite dans l'article 153 de l'ordonnance du 15 janvier 1629, connue sous le nom de Code Michau; dans l'ordonnance de 1673 (titre XI, article 12), et dans la déclaration du 11 janvier 1716.

Mais les parlements éprouvaient, paraît-il, une certaine répugnance à appliquer une peine aussi rigoureuse. C'est ce que nous apprennent Jousse (p. 233), et Muyart de Vouglans (p. 333). On aimait mieux prononcer l'amende honorable, le pilori, le carcan, les galères à temps ou à perpétuité, le bannissement perpétuel ou à temps. Muyart nous rapporte même que le Parlement de Paris était dans l'usage de se conformer à l'ordonnance de François I<sup>er</sup> et de ne condamner les banqueroutiers frauduleux qu'à la peine du pilori. Toutefois, les mêmes auteurs nous disent que l'on montrait moins d'indulgence à l'égard des banqueroutiers, qui étaient des personnes publiques comme les notaires, les receveurs des consignations et les officiers des finances qui maniaient les deniers royaux ou publics. « Ceux-ci, dit Muyart de Vouglans, sont toujours punis de la peine capitale, suivant notre jurisprudence. Nous en avons aussi un exemple de nos jours, dans la personne du notaire D..., condamné à mort par contumace pour avoir ainsi abusé des dépôts qui lui avaient été confiés par différents particuliers. »

Ce n'était pas seulement l'auteur principal qui était puni en cas de banqueroute ; les complices l'étaient aussi. Muyart nous indique ce qui distinguait les premiers des seconds (p. 333). L'ordonnance de François I<sup>er</sup> avait puni les complices de la même peine que le banqueroutier. Mais, comme les ordonnances d'Orléans et de Blois étaient muettes pour ce qui regardait les complices, et que, par suite, on pouvait douter que la peine capitale s'appliquât aussi à eux, l'édit d'Henri IV déclara qu'ils seraient également punis de mort. L'ordonnance de 1673 (article 13, titre II) n'usa pas de la même rigueur, et se contenta

d'édicter contre eux une simple amende de 1,500 livres et la restitution au profit des créanciers du double de ce qui aurait été diverti ou trop demandé. Les déclarations du 11 janvier 1716 et du 5 mai 1722 aggravent la pénalité. Elles veulent que les complices soient condamnés, si ce sont des hommes, aux galères à perpétuité ou à temps, et, si ce sont des femmes, au bannissement perpétuel ou à temps, sans préjudice, pour tous, des peines pécuniaires portées dans l'ordonnance de 1673. Nous trouvons une aggravation de peine, lorsque le complice est revêtu de fonctions publiques; il est puni alors des mêmes peines que le banqueroutier, comme le prouve l'arrêt du 30 mai 1673, rapporté plus bas.

Pour donner une idée de la façon dont la jurisprudence appliquait les diverses dispositions législatives sus-indiquées, nous allons citer quelques arrêts du Parlement et une sentence du Châtelet de Paris.

Un arrêt du 2 mai 1609, rendu contre le nommé Guillaume Pingré, marchand et bourgeois de Paris, sur la poursuite de ses créanciers, le condamne à faire amende honorable, la corde au col, avec un écriteau portant ces mots : *banqueroutier frauduleux*, et ensuite à être mené au pilori et aux galères à perpétuité.

Un arrêt du 3 septembre 1657 condamne Jacques Brunel à faire amende honorable avec un écriteau portant ces mots : *Banqueroutier frauduleux* et à être pendu... Une sentence du Châtelet de Paris, du 24 février 1764, condamna Deshayes, notaire, à être pendu et à faire préalablement amende honorable avec un écriteau portant ces mots : *Notaire banqueroutier frauduleux*. Voici enfin l'arrêt qui prouve que le complice,

fonctionnaire public, était puni de la même peine que le banqueroutier. Le 30 mai 1673, le Parlement de Paris condamna François Lemercier, fameux banqueroutier, et Jean Desves, procureur au Châtelet de Paris, qui lui avait servi de conseil pour l'exécution de sa banqueroute « à faire amende honorable, nuds en chemise et la corde au col, avec un écriteau devant et derrière, et ensuite attachés au pilori par trois jours de marché; et condamnés l'un et l'autre à neuf ans de galère. »

Les autres parlements étaient aussi sévères que le Parlement de Paris. Ainsi, un arrêt du Parlement de Rouen, du 5 décembre 1602, condamna un courtier de change et son gendre « à être, ce jourd'hui, pendus et étranglés en une potence en la place des marchands de cette dite ville; leurs corps, après y avoir reposé vingt-quatre heures, être portés au lieu patibulaire; leurs biens et héritages acquis ou confisqués au roi ou à qui il appartiendra... Et avant l'exécution de mort ordonne que lesdits Bosquelle et Scach, seront soumis à la torture et question de fait pour nommer leurs complices à ladite banqueroute. Et, pour l'exécution du présent arrêt, ordonne ladite cour que lesdits Bosquelle et Scach auront chacun une mitre de papier ou écriteau en la tête où seront écrits ces mots : *Banqueroutiers.* »

Qui pouvait poursuivre la répression de ce crime ? D'après la déclaration du 13 juin 1716, le droit de poursuivre d'office appartenait aux procureurs généraux et à leurs substituts. Les poursuites pouvaient aussi être exercées sur la plainte des créanciers dont les créances composaient le quart du total des dettes. Mais le droit d'action du ministère public fut paralysé par une déclai-

ration du 5 août 1721, d'après laquelle aucune poursuite ne pouvait être intentée, aucune requête ne pouvait être donnée à fin criminelle, sans le consentement préalable des créanciers. Le but de cette déclaration était de diminuer, en les rendant moins faciles, le nombre des poursuites en banqueroute, auparavant trop fréquentes. Cette déclaration, dont l'effet était limité à dix ans, ne fut pas renouvelée et, à partir de 1732, le ministère public entra en possession du droit de poursuivre directement les auteurs d'une banqueroute frauduleuse comme les auteurs de tout autre crime. Plus tard la loi du 25 septembre 1791 et le Code du 3 brumaire an IV attribuèrent expressément au ministère public le droit de poursuivre d'office les banqueroutiers frauduleux.

Voyons enfin quelle juridiction devait statuer sur la poursuite. Lorsqu'il s'agissait d'une faillite, les juges-consuls étaient compétents, en vertu de diverses ordonnances et déclarations ; ils ne l'étaient plus quand il fallait punir un banqueroutier. Ils n'avaient pas, en effet, le *droit de glaive* et ils ne jouissaient pas même de la faculté qui appartenait aux juges civils de connaître incidemment des matières criminelles. La plainte devait donc être portée devant les juges ordinaires. On entendait par là les lieutenants criminels des bailliages et sénéchaussées, la banqueroute ayant été mise, par les règlements, au nombre des cas royaux. Pourtant, en vertu d'une patente de François II, du mois d'avril 1545 et d'un édit du 15 août 1669, le conservateur des privilèges des foires de Lyon était compétent pour connaître des banqueroutes. Les juges-consuls, d'après Toubeau, avaient le pouvoir de donner permission d'arrêter les banqueroutiers.

La loi des 16-29 septembre 1791 (titre 12, art. 1), comprit la procédure en banqueroute frauduleuse au nombre de celles qui devaient être déferées à des jurys spéciaux d'accusation et de jugement. Ajoutons que le Code pénal des 26 septembre-6 octobre 1791, punit tout banqueroutier frauduleux de six années de fers et frappa de la même peine ceux qui l'auraient aidé.

Nous arrivons au Code de commerce promulgué en 1807. Dans le premier projet de ce Code, plusieurs articles étaient consacrés aux banqueroutiers et à leurs complices ; mais on ne reconnaissait, comme dans l'ancien Droit, qu'une seule banqueroute : la banqueroute frauduleuse. Le conseil d'État proposa alors de diviser les faillis en trois classes en introduisant entre les simples faillis et les banqueroutiers frauduleux une classe intermédiaire qui serait jugée correctionnellement. Malgré les objections de certains membres qui demandaient que, en précisant avec soin les cas de banqueroute, on ne créât point une situation intermédiaire entre la faillite et la banqueroute frauduleuse, le titre de la banqueroute fut adopté dans la séance du 6 mai 1807. Napoléon voulut que la présomption de fraude s'attachât à toute faillite et que, par suite, le failli fût mis sans examen et tout d'abord en prison, quitte à être remis plus tard en liberté, s'il n'avait été que malheureux. Pour obéir à cette volonté toute puissante et, contrairement à la règle de Droit qui empêche de présumer la fraude, on inséra dans le Code l'article 455, en vertu duquel le jugement déclaratif de la faillite ordonne le dépôt de la personne du failli dans la maison d'arrêt pour dettes, ou la garde de sa personne par un officier de police ou de justice, ou

par un gendarme. Cette rigoureuse disposition a été adoucie par la loi de 1838 qui a permis au tribunal, dans l'article 456, d'affranchir dans certains cas le failli du dépôt ou de la garde de sa personne.

La banqueroute fait l'objet de plusieurs textes dans le Code de commerce (art. 438, 439 ; art. 586 à 605, art. 612), ainsi que dans le Code pénal (art. 402 à 404). Le livre troisième du Code de commerce sur les faillites et les banqueroutes, a été modifié par la loi du 28 mai 1838. Avant d'aborder l'étude de la banqueroute, nous devons avertir le lecteur que nous prenons ce mot dans son sens technique actuel : *faillite délictueuse*. Nous nous plaçons donc exclusivement sur le terrain du droit pénal. Aussi ne parlerons-nous de la faillite et des règles du droit commercial qu'incidemment et que tout autant qu'il y en aura nécessité.

## CHAPITRE I

### DE LA BANQUEROUTE SIMPLE ET DE LA BANQUEROUTE FRAUDULEUSE.

#### SECTION I

##### **Distinction entre les deux sortes de banqueroutes.**

On peut définir ainsi la banqueroute : c'est la faillite punie par la loi pénale à raison de telle ou telle circonstance dénotant de l'imprudence ou de la négligence, de

la mauvaise foi ou de la fraude. L'ancien article 438, Code com., disait : « Tout commerçant failli qui se  
« trouve dans l'un des cas de faute grave ou de fraude  
« prévus par la présente loi est en état de banqueroute. »  
La loi de 1838 s'est bornée à énumérer les actes qui constituent la banqueroute.

Toute faillite n'est donc pas incriminée. La loi distingue avec raison, après Straccha en Italie, et Jousse dans notre ancien Droit, trois degrés dans la situation d'un commerçant qui a cessé ses paiements. La faillite n'est-elle occasionnée que par des événements imprévus, de ces hasards malheureux qui déjouent toute prudence humaine? La loi épargne le failli, car elle ne punit pas le malheur. Est-elle, au contraire, le résultat de l'imprudence ou de la négligence? Le failli est en faute; il aurait pu, et par conséquent il aurait dû prévoir les conséquences de ses actes. La loi le frappe d'une peine correctionnelle : il y a banqueroute simple. Enfin, la faillite a-t-elle pour cause la mauvaise foi et la fraude? Elle est considérée comme un crime et punie rigoureusement; le failli a prévu à l'avance les effets désastreux de ses actes, et il a eu l'intention de nuire à ses créanciers : il y a banqueroute frauduleuse. Nous retrouvons donc ici la distinction tripartite — si équitable! — appliquée souvent en Droit civil : cas fortuit, faute, dol.

Les deux degrés de la banqueroute sont indiqués par l'article 439 du Code 1808 : « Il y a deux espèces de  
« banqueroute : la banqueroute simple; elle sera jugée  
« par les tribunaux correctionnels. La banqueroute frau-  
« duleuse; elle sera jugée par les cours d'assises. » La loi de 1838 consacre également cette distinction en inti-

tulant les deux premiers chapitres du titre II, livre III, l'un : *de la banqueroute simple*, l'autre : *de la banqueroute frauduleuse*.

## SECTION II

### Règles communes aux deux banqueroutes.

Les deux banqueroutes ont des règles qui leur sont communes. Il faut, dans les deux cas, que le prévenu soit *commerçant* et qu'il soit en *faillite*. Reprenons et examinons séparément chacune de ces conditions.

A. *Il faut que le prévenu soit commerçant.* — Aux termes de l'article 1, Cod. com., sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle. Ainsi, on ne pourrait poursuivre pour banqueroute celui qui n'aurait fait que quelques actes isolés de commerce. (Arr. cass., 21 nov. 1812.) La profession habituelle, suivant Pardessus, est un exercice assez fréquent et assez suivi pour constituer en quelque sorte une existence sociale. On ne pourrait poursuivre non plus un mineur qui n'aurait pas rempli les formalités prescrites par l'article 2, Cod. com. (Arr., cass., 17 mars 1853.) Mais on le pourrait si la cessation de paiements avait eu lieu après la majorité. Les poursuites seraient encore impossibles contre la femme mariée qui s'est livrée au commerce sans l'autorisation du mari. Il n'est pas nécessaire, d'après la Cour de cassation, que cette autorisation ait été donnée suivant les formes de l'article 4, il suffit, pour qu'on puisse la poursuivre, que la femme mariée ait eu la direction exclusive d'un fonds

de commerce et se soit qualifiée elle-même dans ses actes de marchande publique, car dans ce cas l'autorisation du mari est implicite. (Arr., Cass., 1<sup>er</sup> mars 1862.) La Cour suprême a également décidé que la femme mariée sous le régime de la communauté ne pouvant pas valablement contracter une société en nom collectif avec son mari, ne peut point, à raison du commerce de celui-ci, auquel elle a participé, être mise en faillite et, par suite, inculpée de banqueroute. (Arr., Cass., 9 août 1851.) Il est des fonctions et des professions incompatibles avec la qualité de commerçant; telles sont les fonctions de magistrat, les professions d'avocat, de notaire, d'avoué, d'huissier. Néanmoins ces personnes ne peuvent pas exercer impunément le commerce. Si elles s'y livrent habituellement, elles deviennent commerçantes et, si elles sont mises en faillite, elles peuvent être, suivant les cas, poursuivies pour banqueroute simple ou pour banqueroute frauduleuse. L'incompatibilité, en effet, n'a pas pour résultat de rendre ces personnes incapables d'acquérir la qualité de commerçant; elle entraîne seulement des peines disciplinaires contre celles qui font le commerce. « La contravention qu'elles ont commise, dit « Bravard, n'est point à leur décharge, mais à leur « charge, en quelque sorte; elle ne peut en rien atté- « nuer la position qu'elles se sont faites comme commer- « çants; elle ne peut les soustraire en aucune façon aux « conséquences de cette qualité (t. 5, p. 14.) (V. Blanche, *Études pratiques*, t. 6, n° 97.)

On a contesté qu'il fût nécessaire que l'inculpé eût la qualité de commerçant. Merlin et Legraverend ont prétendu qu'un individu, même non commerçant, pouvait

être en état de banqueroute frauduleuse, pourvu qu'il eut commis l'un des actes énumérés par l'article 591. Merlin, dans son Répertoire (V<sup>o</sup> Faillite et Banqueroute), cite trois arrêts du Parlement de Paris qui condamnent pour ce crime, le premier, un curé, le second, un auditeur des comptes, le troisième, un notaire. Si ces personnes, dit-il, pouvaient être poursuivies sous l'ordonnance de 1675 et le Code pénal de 1791, elles ont certainement pu l'être aussi après la publication du Code de commerce et tant que le Code pénal de 1791 a été en vigueur. M. de Ségur ne disait-il pas, au Corps législatif, que les articles du Code de commerce, ayant trait à la banqueroute, ne faisaient que développer les dispositions de l'ordonnance de 1675? Donc le Code de commerce consacre les dispositions de l'ancien Droit, sans les restreindre aux commerçants. Quant à l'article 402 du Code pénal, ajoute Merlin, il ne fait que renvoyer au Code de commerce. Il ne dit pas : « *les commerçants* », mais : « *ceux qui dans les cas prévus par le Code de commerce.....* » Pourquoi ces termes généraux? Il ne peut y en avoir qu'une raison, c'est que le Code pénal ne veut pas restreindre sa disposition aux commerçants, c'est qu'il ne veut rien changer à la législation qu'il trouve établie sur cette matière. — Quant à Legraverend, il ne fait guère que reproduire les arguments de Merlin.

La réfutation de ce système est assez facile. Merlin invoque d'abord l'ancien Droit. Mais la limite qui séparait le domaine de la loi commerciale du domaine de la loi civile, n'y était pas bien nettement tracée. En outre, les règles de l'incrimination n'étaient pas fixes. On conçoit donc que, dans certains cas, les parlements, usant du

le pouvoir arbitraire qu'ils possédaient, et autorisés en cela par les opinions divergentes des commentateurs des ordonnances, aient puni comme banqueroutiers frauduleux même des non commerçants. Les commerçants ne constituant pas une sorte de corporation fermée, et tout le monde pouvant acquérir la qualité de commerçant à condition de faire habituellement des actes de commerce, l'opinion de Merlin conduirait à faire regarder comme banqueroutier frauduleux tout individu ayant commis un acte de commerce isolé, et se trouvant dans une des situations prévues par l'article 591 C. com. Un tel résultat est inadmissible en présence de textes formels. Que dit, en effet, l'article 402 du Code pénal : « ceux qui dans les cas prévus par le Code de commerce sont déclarés coupables de banqueroute... » Or, quels sont ceux-là ? La loi de 1838, qui reproduit les termes du Code de 1808, nous répond, à l'article 591 : « Sera déclaré banqueroutier frauduleux... *tout commerçant failli.* » Donc les commerçants, et eux seuls, peuvent être en état de banqueroute frauduleuse, car, en matière criminelle, l'interprétation est stricte, et l'on ne peut pas se fonder sur une analogie de situation, pour prétendre qu'un texte, qui ne punit que tel individu, doit être également appliqué à un autre ! D'ailleurs la loi s'exprime de la même façon pour la banqueroute simple. Pourquoi, dès lors, ne pas soutenir qu'un non-commerçant peut aussi commettre ce délit ?

Mais à quoi bon insister davantage ? Merlin ne s'est-il pas réfuté lui-même dans son répertoire ? « Lorsque j'ai écrit et prononcé ce qu'on va lire sur ces deux questions, je n'avais pas assez médité la matière », tel est l'aveu

qu'il nous fait dans sa note (p. 578), et toute son argumentation, déclare-t-il, dans une autre note, « tombe devant le principe que, dans l'interprétation des lois pénales, le magistrat doit toujours s'attacher de préférence au sens le plus douteux. De là, en effet, il suit nécessairement que l'article 402 du Code pénal de 1810 doit être restreint aux commerçants » (p. 481).

Aussi le système que nous avons réfuté, et qui avait été proposé par le savant procureur général dans son réquisitoire, a-t-il été repoussé par la cour de cassation, le 21 novembre 1812. La cour jugea implicitement que l'accusation de banqueroute frauduleuse ne peut pas atteindre, non-seulement le non-commerçant en général, mais même le non-commerçant qui fait passagèrement des actes de commerce. « La banqueroute frauduleuse ou simple est un crime ou un délit spécial qui ne peut être commis que par des personnes commerçantes, déclare un autre arrêt de la Cour suprême, du 12 décembre 1820. » Ainsi la jurisprudence est bien fixée dans le sens de notre opinion. (V. Arr. cass. 13 nov. 1827, 20 sept. 1858, etc.).

B. *Il faut que le prévenu soit en état de faillite.* C'est ce qu'exigent les articles 585, 586, 591, C. Com. Or, d'après l'article 437, la faillite c'est la cessation de paiements. Tant que le commerçant tient ses engagements, tant qu'il ne nuit à personne, il est libre d'agir comme il veut, nul n'a rien à dire. Mais, sitôt que ses actes nuisent à ses créanciers, dès qu'il trompe leur confiance, la justice intervient, examine sa conduite, et la punit, si elle dénote l'imprudence ou la fraude.

### SECTION III

#### Conditions d'exercice de l'action publique dans les deux cas.

Supposons réunies les conditions de la banqueroute; nous nous trouvons en présence d'un individu qui est commerçant et qui a cessé ses paiements. L'action publique ne sera-t-elle recevable, ou au moins le jugement de cette action ne pourra-t-il être rendu qu'après le jugement déclaratif de faillite? En un mot, y a-t-il, dans la question de faillite une question préjudicielle soit à l'action (qui obligerait le tribunal de répression à se dessaisir), soit au jugement (qui l'obligerait à surseoir).

D'après certains auteurs, la qualité de failli ne pourrait être reconnue que par le tribunal de commerce; l'action ne pourrait être intentée qu'après le jugement de ce dernier; jusque là le tribunal de répression devrait la déclarer non-recevable. A la rigueur, disent-ils, on pourrait ne pas voir là, une question préjudicielle à l'action, mais on doit au moins y voir une question préjudicielle au jugement.

Les arguments que l'on fait valoir en faveur de ce système sont les suivants : 1° les tribunaux criminels ne peuvent être présumés avoir les connaissances requises pour statuer en matière commerciale; cela est vrai surtout pour le jury, c'est à-dire pour des hommes dépourvus de toute connaissance du Droit et sans expérience des affaires commerciales; — 2° l'intérêt du commerce, en général, et du

commerçant failli, en particulier, exige qu'à la surveillance du ministère public on substitue celle du tribunal de commerce, plus efficace et plus protectrice; 3° les articles 459 et 483 du Code de Commerce fixent le moment à partir duquel le ministère public pourra intervenir. (En ce sens : Delamare et Lepoitvin (t. 5, p. 175), Trébutien (t. 2, p. 68), Demangeat (t. 6 de Bravard, p. 4), Hoffman (t. 2, p. 127), etc...

Nous pensons, au contraire, avec la majorité des auteurs et la jurisprudence, que le ministère public peut intenter l'action sans être obligé d'attendre une décision du tribunal consulaire, et que le tribunal de répression n'est pas obligé de surseoir au jugement. Le prévenu exciperait vainement de l'absence de jugement déclarant la faillite. Il est, en effet, une règle admise aujourd'hui par presque tout le monde, et s'appliquant aux questions comme aux exceptions préjudicielles, c'est que le juge de l'action est aussi le juge de l'exception, à moins qu'un texte formel de loi n'en ait décidé autrement. Or, un texte de ce genre existe-t-il? Nous pouvons répondre hardiment : non! Car l'article 459 du Code de Commerce ne défend pas au procureur d'agir avant d'avoir reçu l'extrait du jugement déclaratif. Il veut seulement que le procureur soit averti par ce moyen, dans le cas où il ne l'aurait pas été autrement. L'article 483 n'est pas davantage contraire à notre système. « C'est, dit Bertauld, un article énonciatif et non un article limitatif des droits du ministère public. Il n'est pas surtout exclusif de droits écrits dans la loi générale. » (*Questions préjudicielles*, n° 81.)

Quant à nous, nous pouvons invoquer un texte en notre faveur. L'article 457 déclare que tout commerçant qui

cesse ses paiements est en état de faillite. C'est donc la cessation de paiement qui constitue la faillite et non pas le jugement du tribunal de commerce; ce dernier ne fait qu'en reconnaître, qu'en déclarer l'existence. Dès lors, même en l'absence de tout jugement du tribunal de commerce, les conditions de la banqueroute peuvent exister : 1° faillite, c'est-à-dire cessation de paiements d'un commerçant; 2° imprudence ou fraude. Or, dès qu'un délit existe, il donne naissance à l'action publique, indépendante en principe de l'action civile. Ne permettre au ministère public d'agir que lorsque le tribunal de commerce aura statué, c'est porter atteinte à l'indépendance de l'action publique en faisant dépendre du caprice de simples particuliers ou d'un tribunal la répression d'un délit. C'est surtout porter une grave atteinte à l'intérêt social qui veut que tout délit soit réprimé et qu'il ne dépende pas d'un individu quelconque d'entraver le cours de la justice répressive!

En vain l'on objecte que le jury est ignorant des matières commerciales. Ne voit-on pas que c'est là critiquer l'institution même du jury? Car cette objection pourrait se présenter dans mille autres cas, surtout si l'on admet que le jury n'est pas seulement juge du fait, mais encore juge du droit, c'est-à-dire de l'existence du délit légal. D'ailleurs nous mettons au défi de trouver un jury qui n'ait pas une connaissance suffisante des affaires pour décider si, dans l'espèce qui lui est soumise, il y a ou non faillite. Mais, en admettant même que ce cas se présente, la Cour, voyant que le jury s'est trompé, ne pourrait-elle pas renvoyer l'affaire à la session suivante par application de l'article 332 Code instr. crim.?

On objecte encore l'intérêt du crédit commercial qui ne veut pas que le ministère public s'immiscé à la légère dans les affaires du commerçant. Cette fois-ci, c'est l'institution du ministère public que l'on attaque, car cette objection pourrait se faire toutes les fois que le parquet exerce une poursuite, à moins toutefois que l'on n'ose affirmer que la réputation et le crédit de tel commerçant sont choses mille fois plus respectables, mille fois plus saintes que la liberté, la vie et l'honneur du citoyen poursuivi ! Pourquoi admettrait-on, en effet, que précisément parce qu'il s'agit d'un commerçant le magistrat n'apportera pas, dans l'exercice du pouvoir redoutable que lui confère la société, la même prudence et la même circonspection que lorsqu'il s'agit d'un non commerçant ?

Le ministère public peut donc, sans attendre la décision du tribunal de commerce, intenter l'action publique et la juridiction répressive, tribunal correctionnel ou Cour d'assises, saisie de la poursuite, statuera elle-même sur l'état de faillite. Ce système est admis par de nombreux auteurs : Renouard (t. II, p. 449) ; Bédarrides, (t. III, n° 1,206) ; Bertauld (n° 80) ; Blanche (6° étude, n° 100) etc. Il était aussi soutenu par M. Molinier, à son cours. Il est exposé avec beaucoup de science, d'esprit et de verve par M. Bouniceau-Gesmon, dans des articles de la *Revue pratique* (tomes XXXI, XXXII et XXXIV.)

Toute la jurisprudence est dans ce sens depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 19 avril 1811, et elle décide que le ministère public peut exercer une action dès qu'il reconnaît que la cessation de paiements est accompagnée de circonstances qui peuvent caractériser un crime ou un délit. (Arr. Cass., 25 janvier 1850, 20 janvier 1872,

10 août 1878, 23 décembre 1880). De ce principe, la jurisprudence a tiré les conséquences suivantes :

1° Le délit de banqueroute simple peut être poursuivi et jugé même durant l'instance engagée sur l'appel du jugement déclaratif de faillite. (Bordeaux, 14 janvier 1848.)

2° Lorsque, après avoir déclaré la faillite, le tribunal de commerce a rapporté son jugement, la juridiction criminelle peut, sans violer l'autorité de la chose jugée, condamner comme banqueroutier le commerçant failli. (Arr. Cass., 10 août 1878.)

3° L'action publique peut être exercée même au cas où le tribunal de commerce a décidé qu'il n'y a pas lieu à déclaration de faillite et a rejeté la demande tendant à la faire prononcer. (Aix, 9 août 1837.) Donc, l'individu que le tribunal de commerce a refusé de déclarer en faillite, peut être condamné comme coupable de banqueroute frauduleuse. (Arr. Cass., 6 mars 1857.) A l'inverse, le jugement qui déclare un individu en faillite ne fait pas obstacle à ce que les conditions constitutives de la faillite soient remises en question, au point de vue criminel, devant les tribunaux de répression saisis d'une poursuite en banqueroute. (Arr. Cass., 23 novembre 1827)<sup>1</sup>. Le motif de ces solutions, c'est que la société, que représente le ministère public, n'a pas été partie dans l'instance commerciale. Le jugement du tribunal de commerce est donc, vis à vis d'elle, une *res inter alios acta*.

Un arrêt récent de la Cour de cassation résume bien

1. Un arrêt du 23 mai 1846 a encore décidé que les tribunaux de répression peuvent assigner à la faillite une date différente de celle que le tribunal de commerce lui a donnée.

l'état de la jurisprudence sur la matière : « Les jugements, rendus en matière de faillite sur l'action civile des créanciers, demeurent sans influence sur l'action criminelle. En conséquence, les tribunaux correctionnels, saisis d'une prévention de banqueroute simple, doivent rechercher eux-mêmes, dans les circonstances de la cause, si le prévenu a été commerçant et s'il a cessé ses paiements. » (Arr. Cass., 13 mai 1882, Dalloz, 82, 1, 487.)

#### SECTION IV

##### **Indépendance respective des actions en banqueroute simple et en banqueroute frauduleuse.**

L'action en banqueroute simple et l'action en banqueroute frauduleuse sont tout à fait distinctes. On en conclut que si l'accusé est acquitté à la suite de l'une de ces actions, rien ne s'oppose à ce que l'autre action soit intentée; il n'y aura pas violation de la règle : *Non bis in idem*. « Attendu que la banqueroute simple et la banqueroute frauduleuse forment deux délits distincts qui se constituent d'éléments différents; que la déclaration négative du jury d'accusation sur l'acte d'accusation de banqueroute frauduleuse n'a donc pu être un obstacle à l'exercice des poursuites ordonnées par la loi contre le délit de banqueroute simple... » (Arr. Cass., 12 octobre 1810.) A plus forte raison en sera-t-il ainsi lorsque, dans son ordonnance de renvoi, le juge d'instruction aura réservé la poursuite correctionnelle au cas d'acquiescement sur l'accusation de banqueroute frauduleuse. (Arrêt Cass., 13 août 1825.) Mais nous devons faire remarquer que la nouvelle action doit soumettre à l'appréciation

des juges des faits différents de ceux qui auraient été appréciés sur la première. Si les faits étaient les mêmes, la nouvelle action ne serait pas recevable, à moins qu'on ne leur donnât un caractère différent : « Attendu que l'acquiescement de l'action criminelle pour n'avoir pas tenu de livres, accusation qui supposait la mauvaise foi et la fraude, n'emporte pas l'acquiescement de l'action correctionnelle fondée seulement sur ce que c'est par une imprudence, une inconduite coupable qu'il a fait le commerce sans tenir de livres et que le ministère public, au moyen de la réserve par lui faite en temps utile, est recevable dans sa poursuite. » (Metz, 18 décembre 1826.) Mais, si certains faits de banqueroute simple ont été réunis à l'accusation de banqueroute frauduleuse, l'acquiescement prononcé à la suite du verdict de non culpabilité rendu par le jury, devra faire déclarer non recevable toute poursuite ultérieure pour banqueroute simple, quand même elle serait fondée sur des faits différents de ceux qui ont été soumis au jury. (Aix, 9 août 1837.) On peut dire, en effet, que le délit et le crime ont été compris dans la même accusation, et que l'accusé a été déclaré non coupable de l'un et de l'autre.

Un individu, poursuivi à raison d'un fait de banqueroute et acquitté, peut-il, à raison d'un autre fait, également constitutif de banqueroute, être poursuivi de nouveau devant la même juridiction? Merlin a résolu la question affirmativement. « Si, dit-il, après un premier procès en banqueroute simple toute action est éteinte, un débiteur de mauvaise foi et qui se sentira coupable ne pourra-t-il pas se faire poursuivre par un créancier qui n'allèguera que des faits insignifiants, à l'occasion des-

quels interviendra ou un acquittement ou une condamnation très légère, garanties d'impunité sur des faits plus graves, laissés volontairement dans l'ombre? » Blanche adopte l'opinion de Merlin (6<sup>e</sup> ét., n<sup>o</sup> 133). Nous aimons mieux embrasser l'opinion contraire : la crainte d'une collusion, qui détermine Merlin, est peu sérieuse, puisque le ministère public est là qui veille, et que l'intervention de toute partie intéressée sera provoquée par le retentissement qu'aura forcément la poursuite en banqueroute. C'est, d'ailleurs, ce qu'a décidé l'arrêt précité de la Cour d'Aix. (9 août 1837.) Le considérant qui motive cet arrêt contient l'argument sur lequel s'appuie notre opinion : « Attendu, a dit la Cour, que quoique le délit de banqueroute simple puisse résulter de circonstances diverses et même non connexes par leur nature, ces circonstances, soit qu'on les prenne isolément, soit qu'on les prenne cumulativement, ne constituent jamais qu'un fait dans le sens de l'article 360 du Code d'instruction criminelle, lequel n'est jamais que celui de la banqueroute simple... » Cependant, la nouvelle poursuite serait recevable, si le fait sur lequel elle est fondée s'était produit postérieurement à l'acquittement prononcé sur la première. Il faudrait décider ainsi pour des faits, même antérieurs, dans le cas où il aurait été impossible de les connaître avant le jugement de la première poursuite. (V. Renouard, t. III, p. 419.)

## CHAPITRE II

### RÈGLES PARTICULIÈRES A CHAQUE SORTE DE BANQUEROUTES

Après avoir vu les règles générales applicables aux deux banqueroutes, nous allons examiner maintenant les règles particulières qui régissent spécialement chacune d'elles.

#### SECTION I

##### Banqueroute simple.

En matière criminelle, la règle est qu'il n'y a délit imputable que lorsque l'agent a eu l'intention de nuire. Mais cette règle subit des exceptions. Il est des cas où la seule imprudence, la simple négligence sont punies. L'article 319 du Code pénal nous en fournit un exemple. Nous en trouvons un autre dans la banqueroute simple. Ce point est suffisamment prouvé par les discussions qui eurent lieu lors de la rédaction du Code de commerce et de la loi de 1838. Le projet du Code de commerce, qui n'exigeait pas l'intention mauvaise, avait été modifié par le Conseil d'État et l'ancien article 586, appliquant la règle de Droit criminel, disait : *Sera poursuivi comme banqueroutier simple et pourra être déclaré tel...* Mais la loi de 1838 est revenue au projet primitif et a consacré son système dans

le nouvel article 585 : *Sera déclaré banqueroutier simple tout commerçant failli...*

Le juge, en matière de banqueroute simple et pour les cas énumérés dans l'article 585, doit donc se borner à rechercher si le fait existe, et punir s'il existe. Au contraire, le juge pourra apprécier l'intention coupable dans les cas de l'article 586, puisque la loi ne lui impose plus alors l'obligation de condamner, mais lui en donne la faculté : *Pourra être déclaré banqueroutier simple...* Mais, même dans ce cas, la fraude ne sera pas nécessaire, car, si la seule existence du fait matériel ne lui impose pas une condamnation, il n'en est pas moins libre de s'en contenter pour condamner.

Il ne faudrait pourtant pas aller trop loin, et dire, comme Bédarride, *que la seule matérialité des faits* indiqués dans l'article 585 *entraîne la nécessité d'une condamnation*. Le juge n'aura pas à apprécier l'élément intentionnel ; il n'aura pas à rechercher si le failli a eu la pensée de spolier ses créanciers ; mais il aura à rechercher ce que nous appellerons l'élément moral. Le juge devra se demander si le prévenu a commis volontairement le fait qui lui est imputé, et si, en le commettant, il s'est rendu coupable de témérité ou d'imprudence.

#### § 1. — *Cas de banqueroute simple.*

Ces cas sont énumérés dans les articles 585 et 586 du Code de commerce, que nous allons commenter séparément. La distinction établie par les anciens articles de ce Code se rapportait aux pouvoirs conférés au ministère public quant à la poursuite et non aux pouvoirs du tri-

bunal, relatifs à la condamnation, laquelle était toujours facultative; il en est différemment depuis la loi de 1853.

Art. 585. — *Sera déclaré banqueroutier simple tout commerçant failli qui se trouvera dans un des cas suivants :*

1° *Si ses dépenses personnelles ou les dépenses de sa maison sont jugées excessives.* Ces dépenses doivent être énoncées mois par mois sur le livre-journal. (Art. 8 C. com.) Le tribunal pourra ainsi juger si elles sont excessives, et en cela il jouira d'une certaine liberté d'appréciation. Il tiendra compte de l'état de fortune du failli, de sa position sociale, de son éducation, de la légitime augmentation de bien-être à laquelle a droit un commerçant dont les bénéfices vont croissant. Il recherchera, en même temps, si le failli a été assez sage pour chercher à parer par l'épargne aux malheurs possibles du lendemain. On ne peut qu'approuver une loi punissant le négociant dont le luxe insolent s'entretient aux dépens de ses créanciers et qui emploie à la satisfaction de sa ridicule vanité un argent qu'il devrait plutôt destiner au payement de ses dettes. Ne voit-on pas des charlatans effrontés faire les plus folles dépenses, afin de donner une haute idée de leur crédit, purement imaginaire, et augmenter ainsi le nombre de leurs dupes? Toutefois, pour rester dans l'hypothèse prévue par le texte, il faut que les dépenses jugées excessives aient été réellement faites. Si, au contraire, le failli avait porté en dépenses des sommes qu'il aurait, par exemple, placées dans l'espoir de les soustraire à ses créanciers, nous nous trouverions en présence d'une dissimulation de l'actif qui constitue un cas de banqueroute frauduleuse. Le failli

pourrait alors être poursuivi comme coupable de ce crime pour avoir présenté dans ses comptes des dépenses simulées. (Arr. Montpellier, 14 août 1837.)

2° *S'il a consommé de fortes sommes soit à des opérations de pur hasard, soit à des opérations fictives de bourse ou sur marchandises.* Le Code de 1808 ne parlait que du cas où il est reconnu que le failli a consommé de fortes sommes au jeu ou à des opérations de pur hasard. La différence entre le texte du Code et celui de la loi de 1838 est ainsi expliquée par M. Renouard dans son rapport : « On pourrait s'en tenir à la dénomination générale d'*opérations de pur hasard* et n'énoncer aucun des cas particuliers qu'elle renferme, tels que les jeux funestes et immoraux de la bourse et l'agiotage non moins répréhensible qui joue sur les marchandises. Mais on a pensé avec raison qu'il convient à la morale publique que la loi sur les banqueroutes imprime à ces opérations une flétrissure de plus en les rappelant par une mention expresse. Quant aux pertes de jeu que prévoyait le Code, elles rentrent dans les dépenses personnelles. »

Le juge, dans ce cas comme dans le précédent, aura à faire une certaine appréciation. Il recherchera, d'après les circonstances, si le failli peut être considéré comme ayant consommé de *fortes sommes*. Il se demandera surtout si les opérations sont *de pur hasard ou fictives*. On peut se trouver, en effet, en présence d'opérations sérieuses. Ainsi, un commerçant qui a besoin d'argent vend au comptant des valeurs de Bourse; cinq, six jours après, par suite d'événements imprévus, il se produit sur ces mêmes valeurs une hausse : le négociant est en perte, mais il ne sera pas sous le coup de l'article 585.

D'un autre côté, le juge, dans sa recherche, ne devra pas s'inspirer uniquement de la définition que donne du pari l'article 422 du Code pénal. Elle est trop restreinte. L'article 585, en effet, outre le cas prévu par l'article 422, en embrasse bien d'autres. Celui-ci a pour but de réprimer un agiotage qui amènerait la baisse des effets publics; celui-là, au contraire, punit le commerçant qui compromet dans des opérations purement aléatoires le gage des créanciers. Pour prouver que le champ d'application de l'article 585 est plus vaste que celui de l'article 422, on peut donner l'exemple suivant : Un commerçant a acheté au commencement du mois et au cours du jour tant d'obligations, livrables fin courant; or, à l'époque de la livraison, ces obligations ont baissé sur le cours du jour de l'achat; il y a donc là une perte qui peut être importante. L'article 422 du Code pénal ne s'appliquera pas, mais comme l'opération constitue une opération de pur hasard, nous nous trouvons dans le cas prévu par l'article 585 du Code de commerce. Nous en dirons autant de l'*achat à prime* et du *report*. Pour ce dernier, l'arrêt de la Cour de cassation du 9 mai 1857 s'exprime ainsi : « ... Il peut devenir l'instrument actif de jeux de bourse prohibés...; il favorise évidemment le spéculateur hasardeux et apparaît le plus ordinairement comme le premier indice d'une solvabilité équivoque. »

Quant aux opérations sur marchandises, elles sont de pur hasard lorsque le commerçant, en les achetant, n'avait aucune donnée précise sur le prix auquel on pouvait revendre; elles sont fictives lorsque l'opération, sous l'apparence d'une vente à terme, devait aboutir purement et simplement à la nécessité pour l'une des parties de

payer la différence. (V. Demangeat, p. 32.) Les opérations fictives de Bourse ou de marchandises sont parfaitement définies par Aubry et Rau : « Les marchés à terme d'effets publics ou de marchandises, disent-ils, sont à considérer comme des conventions de jeu ou de pari, lorsque, d'après l'intention commune des parties, ils ne doivent pas être suivis de livraison effective; mais se résoudre en un simple payement de différence sur la hausse ou la baisse du cours de ces objets. » (T. III, § 386, p. 416.) En présence des maux énormes qui découlent de la pratique scandaleuse et toujours croissante des jeux de bourse, nous estimons que les tribunaux ne sauraient réprimer cet abus avec trop de sévérité.

3° *Si dans l'intention de retarder sa faillite il a fait des achats pour revendre au-dessous du cours; si dans la même intention il s'est livré à des emprunts, circulations d'effets ou autres moyens ruineux de se procurer des fonds.* L'ancien article 586 du Code de commerce exigeait, pour que les reventes constituassent la banqueroute simple, que, lors du dernier inventaire, l'actif ait été de cinquante pour cent au dessous du passif. Mais cette condition pouvait amener à incriminer, dans certains cas, des opérations pourtant profitables, lorsque, par exemple, en faisant l'emprunt, le commerçant avait l'espoir de se relever ou lorsqu'il vendait des marchandises qui se dépréciaient. Par contre, en présence du délit bien constant la justice pouvait être désarmée parce que l'actif excédait la moitié du passif.

Le même article exigeait que le commerçant eût donné des signatures de crédit ou de circulation pour une somme triple de son actif, selon son dernier inventaire. Cette dis-

position était sujette aux mêmes critiques que la précédente. Le Code était donc, selon les circonstances, tantôt trop rigoureux, tantôt trop indulgent. Aussi la loi de 1838 a-t-elle, avec raison, remédié à cela. Dorénavant les tribunaux auront à apprécier les faits et à rechercher deux choses : 1° L'opération a-t-elle été accomplie dans l'intention de retarder la faillite? — 2° Constitue-t-elle un moyen ruineux de se procurer des fonds? Les juges n'auront plus à se demander de combien le passif dépasse l'actif; ils ne seront plus liés par une règle fixe leur imposant une solution dans tel sens. Ils auront seulement à résoudre une question d'intention : leur appréciation sera souveraine.

Le nouvel article 585 punit l'achat pour revendre au-dessous du cours. Que décider si le juge se trouve en présence d'une simple vente, sans achat préalable? — L'article 585 punissait la simple revente; il a été modifié. D'un autre côté, l'interprétation doit être stricte, puisqu'il s'agit d'établir les éléments d'un délit. Aussi serions-nous obligé à décider qu'il n'y aurait plus banqueroute dans ce cas, si nous n'étions autorisé à soutenir le contraire, grâce aux termes généraux de la fin de l'article... *ou autres moyens ruineux*, qui permettent au juge de punir même la vente isolée.

Les juges, nous l'avons dit, auront à apprécier les circonstances, la nature et le but des opérations. Ainsi, un commerçant, pressé par une échéance, réalise-t-il à tout prix sa marchandise; agit-il de même, pour y satisfaire, au fur et à mesure que les échéances se succèdent? Le tribunal le punira, puisqu'il a sciemment retardé une faillite inévitable. Mais un commerçant, en présence d'un

besoin urgent et imprévu ou d'une crise commerciale, vend-il au-dessous du cours pour avoir des fonds qu'il ne peut se procurer autrement ? Il n'y aura pas là évidemment lieu d'appliquer notre article. La loi a voulu que le commerçant, en présence d'une faillite inévitable, s'arrêtât et avouât sa détresse, au lieu de chercher à prolonger par des moyens ruineux une situation désespérée.

C'est encore pour ce motif que la loi a frappé les emprunts faits à ce moment. « Les dettes contractées à cette époque, dit Renouard, sont un véritable vol envers les créanciers nouveaux ; c'est un moyen de favoriser, au mépris de l'égalité, ceux des anciens créanciers que l'on désintéresse et d'aggraver les pertes de ceux dont on dilapide le gage. » (P. 463.) Il en est de même des circulations d'effets qui, selon l'expression de Renouard, *sont le mensonge du crédit* (p. 464). En effet, la circulation d'effets opérée par le négociant qui prévoit d'avance qu'à leur échéance il ne pourra les payer est un moyen coupable et ruineux à cause des frais élevés qu'occasionne la nécessité d'un protêt et d'un compte de retour. Cette circulation d'effets consiste dans la création de lettres de change sur un tiré non muni de provision ou dans la négociation, par voie d'endossement, de toutes valeurs négociables.

Mais l'énumération de l'article n'est pas limitative ; elle est énonciative, comme l'indique la fin du 3<sup>e</sup> : ..... *ou autres moyens ruineux de se procurer des fonds*. Donc, dans tous les cas où une opération réunira les conditions que nous avons indiquées, quand même elle ne serait pas désignée particulièrement dans ce texte, il y aura délit de banqueroute simple.

4<sup>e</sup> Si, après cessation de ses paiements, il a payé un créancier au préjudice de la masse. Ce quatrième cas n'existait pas dans le Code de 1807. Il a été ajouté par la loi 1858, à cause des scandaleux abus que commettaient certains négociants en payant intégralement tels de leurs créanciers qu'ils favorisaient ainsi au détriment des autres, puisque, malgré le droit égal à l'actif que la cessation de paiements avait fait naître pour tous, ceux-ci voyaient leur dividende amoindri par l'acte du débiteur. Il y a une différence entre ce cas et les autres ; ces derniers se composent de faits qui peuvent se produire indifféremment avant ou après la faillite ; il faut, au contraire, que le paiement d'un créancier ait eu lieu après la cessation de paiements. On conçoit très bien cette différence, puisque, avant cette cessation, le paiement d'un créancier est un acte très licite et que les autres créanciers peuvent encore espérer être payés, eux aussi. Le négociant n'est en faute que lorsqu'il paye, malgré la certitude qu'il a de ne pouvoir payer tous les créanciers qui vont se présenter.

Pour nous trouver dans le cas de l'article, il faut que le paiement ait pu nuire aux autres créanciers en diminuant leur dividende. Mais, si le créancier qui a été payé était privilégié ou hypothécaire, ce paiement ne constituera pas un cas de banqueroute, parce que ce créancier devait toujours être désintéressé intégralement sur l'objet affecté, et que par suite la masse n'a pas été amoindrie par le fait du débiteur, mais par l'existence du privilège ou de l'hypothèque.

Peu importe, pour l'application de l'article, que le négociant ait payé dans le but de favoriser tel créancier ou

uniquement dans l'intention d'éviter la déclaration de faillite. Même, s'il a voulu seulement retarder cette déclaration, il devra être considéré comme banqueroutier. « Attendu que les dispositions de l'article 585 du Code de commerce sont absolues et que, dès qu'il est constaté que le failli a payé un de ses créanciers après la cessation de ses payements, et que ce paiement a été fait au préjudice de la masse, le tribunal n'a pas la faculté de ne pas appliquer la loi pénale. » (Arr. Cass., 30 juillet 1841.) Peu importe encore que le paiement ait été annulé ou maintenu en vertu de l'article 447, selon que le créancier aurait été de bonne ou de mauvaise foi, car la culpabilité du débiteur existe dans les deux cas.

D'éminents auteurs soutiennent avec raison que le législateur aurait dû voir dans ce paiement un fait d'abus de confiance plutôt que de banqueroute simple. « Si cet acte peut être incriminé, disent-ils, c'est parce qu'il constitue un acte de faiblesse ou de fraude préjudiciable à la masse des créanciers, une sorte d'abus de confiance au profit d'un tiers. Le failli dispose, en effet, d'un bien dont il n'a plus la libre disposition, et qui est comme tous ses biens le gage commun de ses créanciers. Cette disposition irrégulière aurait donc dû être punie comme un abus de confiance, mais non comme un cas de banqueroute, car elle ne peut réagir sur les actes qui ont préparé la faillite.... Ce paiement consommé après ce jugement rentre par une analogie évidente dans les termes du deuxième paragraphe de l'article 400 du Code pénal qui prévoit l'enlèvement, par la saisie, des effets saisis, et le législateur eût pu appliquer à cette nouvelle espèce cette disposition. » (Chauveau et Hélie, n° 1959, t. V.)

Article 586. *Pourra être déclaré banqueroutier simple tout commerçant failli qui se trouvera dans un des cas suivants :*

1° *S'il a contracté pour le compte d'autrui, sans recevoir de valeurs en échange, des engagements jugés trop considérables eu égard à sa situation lorsqu'il les a contractés.* Ce cas, mis par le premier projet de la loi de 1838 dans l'article 585, fut, sur la proposition de Girod (de l'Ain) placé par la Chambre des pairs dans l'article 586. On fit remarquer, avec raison, que le commerçant pouvait ne pas être en faute à cause de la réputation de solvabilité, dont jouissait peut-être, à ce moment, celui pour lequel il signait ces effets de complaisance. Il y aura lieu d'appliquer ce paragraphe, lorsque le commerçant, dans le simple but de faciliter la négociation d'un titre, l'a endossé sans aucune couverture, ou bien, lorsqu'il s'agit d'une lettre de change, s'il l'a acceptée à découvert, sans provision, si encore il l'a tirée pour le compte d'autrui, sans avoir reçu du donneur d'ordre une sûreté pour le cas où le tireur serait poursuivi. Dans ces hypothèses et dans toutes celles qui seront analogues, il s'agit d'un fait d'imprudence dont l'appréciation morale appartiendra au tribunal.

2° *S'il est de nouveau déclaré en faillite sans avoir satisfait aux obligations d'un précédent concordat.* — Il faut, dit l'article, que le failli n'ait pas satisfait aux obligations d'un précédent concordat. La loi exige donc, si ces obligations sont à terme, que l'échéance soit arrivée avant la nouvelle déclaration de faillite, car ce n'est qu'après l'échéance que l'on peut légitimement dire qu'une obligation de ce genre n'a pas été acquittée. Nous

sommes forcé dès lors de repousser l'opinion de M. Demangeat qui soutient que, même en cas d'obligations échues après la déclaration de faillite, il y aura un fait de banqueroute simple. « En contractant de nouvelles dettes et en ne les payant pas, le failli concordataire a donné lieu à la déclaration de la nouvelle faillite et, par conséquent, il s'est mis hors d'état d'exécuter le concordat, » p. 43. Cela est parfaitement vrai, et nous serions de l'avis du savant auteur, si la loi exigeait seulement une nouvelle faillite. Mais elle veut, au contraire, deux choses : 1° déclaration d'une nouvelle faillite ; 2° inexécution des obligations d'un précédent concordat. Or, la loi, en disant : *sans avoir satisfait*, etc....., indique suffisamment que l'inexécution a dû précéder la nouvelle déclaration. Si, par hasard, on trouvait notre interprétation un peu trop judaïque, nous répondrions qu'il faut interpréter strictement, lorsqu'il s'agit d'une question d'incrimination.

Cependant ce ne serait pas, à notre avis, étendre l'interprétation que de décider que l'article s'appliquerait dans l'hypothèse de la résolution du concordat, même en l'absence d'un jugement particulier, déclarant une nouvelle faillite. Nous nous trouvons, en effet, en présence des deux éléments exigés par la loi : 1° inexécution des engagements qui a entraîné la résolution du concordat (art. 520, al. 2) ; 2° déclaration de la nouvelle faillite implicitement contenue dans le jugement de résolution du concordat. (V. arr. Cass., 2 juin 1870 ; Blanche, t. VI, n° 125.) Mais nous déciderions le contraire s'il s'agissait de l'annulation du concordat, car l'inexécution des engagements ne se trouverait plus ici. En effet, l'annulation

s'opère pour vice de dol dont est entaché le concordat (art. 520, al. 1); il n'y a plus un fait postérieur; il y a un fait concomitant. (Demangeat, p. 44; Bédarride, t. III. n° 1250.)

3° *Si, étant marié sous le régime dotal ou séparé de biens, il ne s'est pas conformé aux articles 69 et 70 du Code de commerce.* — L'article 69 oblige l'époux marié sous le régime dotal qui, postérieurement à son mariage, embrasse la profession de commerçant de transmettre aux greffes et chambres désignés dans l'article 872 du Code de procédure, et dans le mois du jour où il aura ouvert son commerce, un extrait de son contrat de mariage. A défaut de cette remise, il était puni sous le Code de 1807 comme banqueroutier frauduleux. Mais cette disposition fut jugée trop rigoureuse, et la loi de 1838 ne fit de cette négligence qu'un fait de banqueroute simple. « L'excès dans les peines, disait le rapporteur, conduit à l'impunité; le Code avait manqué de prévoyance lorsqu'il ne laissait opter qu'entre une déclaration de banqueroute frauduleuse et un acquittement. » Notre article ne doit pas évidemment s'appliquer au cas où le mariage a lieu entre époux commerçants, puisque l'article 68 du Code de commerce n'est pas visé par le texte; le notaire, seul, sera puni d'une amende. La séparation de biens dont parle le Code est la séparation contractuelle et non la séparation judiciaire. Celle-ci est soumise à des règles de publicité suffisantes pour que le législateur ait jugé inutile de la comprendre dans les articles 69 et 586 du Code de commerce. (Art. 66 C. com. et 872 C. pr. civ.; arr. Cass., 9 sept. 1813.)

4° *Si, dans les trois jours de la cessation de ses*

*payements, il n'a pas fait au greffe la déclaration exigée par les articles 438 et 439 ou si cette déclaration ne contient pas les noms de tous les associés solidaires.*

Il faut que cette déclaration soit accompagnée du dépôt du bilan ou contienne l'indication des motifs qui empêcheraient le failli de le déposer. (Art. 439.) Cette disposition doit s'appliquer également au négociant failli qui a repris le commerce et fait une nouvelle faillite. Car le failli qui se livre de nouveau au commerce est tenu aux mêmes obligations vis-à-vis de ses nouveaux créanciers et doit leur donner, au point de vue pénal, les mêmes garanties que s'il n'eût jamais été déclaré en faillite. (Arr. Cass. 8 août 1867.) — Lorsque ce n'est plus un simple commerçant, mais une société qui cesse ses payements, la déclaration et le dépôt du bilan n'en doivent pas moins se faire. Mais la banqueroute simple ne sera pas toujours possible. A cet égard il faut distinguer entre les diverses sociétés. Y a-t-il société en nom collectif? Comme tous les associés sont personnellement et solidairement tenus sur tous leurs biens des engagements de la société, il est impossible qu'elle soit en état de cessation de payements sans que les associés s'y trouvent du même coup. C'est pour cela que l'article 438, al. 2, exige que la déclaration contienne, outre la cessation des payements de la société en nom collectif, le nom et l'indication du domicile de chaque associé. L'obligation de faire cette déclaration incombe à tous les associés et, si elle n'est pas faite, chacun d'eux peut être puni comme coupable de banqueroute simple. La société est-elle en commandite? Les commandités, seuls, sont solidaires et responsables; seuls, ils sont obligés de faire la déclaration et menacés, s'ils y

manquent, d'être condamnés comme banqueroutiers. Nous trouvons-nous enfin en présence d'une société anonyme? Tous les actionnaires ne sont responsables que dans les limites de leur apport. Il n'y a ni solidarité ni responsabilité personnelle. Aucun des associés n'est commerçant, pas même le gérant; donc pas de banqueroute possible et l'obligation de déclarer la cessation des paiements est dépourvue de toute sanction. Il y a là une lacune que le législateur devrait combler en édictant une peine spéciale contre le gérant qui omettrait de faire la déclaration dans le délai fixé.

5° *Si, sans empêchement légitime il ne s'est pas présenté en personne aux syndics, dans le cas et dans les délais fixés, ou si, après avoir obtenu un sauf-conduit il ne s'est pas représenté à justice.* D'après le Code de 1807 (art. 594, al. 2), le failli qui ne se représentait pas en justice était puni comme banqueroutier frauduleux; depuis la loi de 1838, il ne l'est plus que comme banqueroutier simple. Suivant l'interprétation admise pour le Code de 1807, l'absence de sauf-conduit était considérée comme un empêchement légitime qui excusait le failli de ne pas s'être présenté devant les syndics. Mais cette interprétation doit être rejetée aujourd'hui en présence du nouvel article 475. L'absence de sauf-conduit n'est donc plus considérée comme un empêchement légitime et elle n'éviterait pas au failli une poursuite pour banqueroute simple, s'il ne pouvait faire valoir une autre cause d'empêchement qui lui permit de comparaître par un fondé de pouvoir. — La condamnation doit, à peine de nullité, constater qu'il y a eu réquisition et que le failli n'avait pas de motifs légitimes pour refu-

ser d'y obéir dans le délai fixé par la loi. (Arr. Cass. 17 mai 1866).

6° *S'il n'a pas tenu de livres et fait exactement inventaire ; si ses livres ou inventaires sont incomplets ou irrégulièrement tenus ou s'ils n'offrent pas sa véritable situation active ou passive, sans néanmoins qu'il y ait fraude.* Le Code de 1807 rangeait parmi les banqueroutiers frauduleux le failli qui n'avait pas tenu de livres ou dont les livres n'offraient pas la véritable situation active ou passive. (Art. 594, al. 1). En vertu du nouvel article 586, il n'est plus regardé que comme banqueroutier simple. Le motif de ce changement nous est donné par le rapporteur, M. Renonard : « Sans doute  
« un commerçant tombe dans une faute grave lorsqu'il  
« ne tient pas de livres ; mais l'expérience de tous les jours  
« démontre que le commerce est souvent exercé par des  
« personnes illétrées et qu'il y a trop de rigueur à punir  
« cette négligence ou cette faute comme un crime, lorsqu'il ne s'y mêle aucune intention de fraude. » La loi de 1838 a innové en punissant le défaut d'inventaire. — En ce qui touche les irrégularités ou omissions dans la tenue des livres, la simple négligence peut suffire pour entraîner la poursuite et la condamnation ; mais il appartient aux juges d'apprécier si cette négligence est excusable ou si elle constitue un tort assez grave pour qu'elle puisse être qualifiée délit. (Arr. Cass. 24 novembre 1836.)

S'il s'agit des livres et des inventaires d'une société, que décider ? — L'article ne s'appliquera pas évidemment en cas de société anonyme. Il s'appliquera, au contraire, si la société est en nom collectif ou en commandite. « Les  
« livres de la société, dit Renouard, sont les livres de

• l'associé; si par un motif quelconque l'irrégularité lui  
« est personnellement imputée, la condamnation qui, au  
« reste, n'est que facultative, serait, dans de semblables  
« circonstances, prononcée valablement. » (T. 2, p. 469.)

Le défaut de tenue d'un livre d'inventaire peut suffire pour motiver une condamnation pour banqueroute simple, encore que, dans les usages du commerce auquel appartient le commerçant failli, ce livre d'inventaire ait été supprimé (Arr. cass. 8 déc. 1849; 7 février 1874.)

— Ajoutons enfin qu'il n'est pas nécessaire, comme le dit l'article, qu'il y ait fraude. Ainsi le juge qui absout l'inculpé ne peut motiver sa décision sur ce que la conduite de ce dernier ne dénote ni fraude, ni mauvaise foi, parce que le délit existe indépendamment de cette circonstance. (Arr. Cass. 24 nov. 1856.)

Terminons par une remarque générale. Quoique accomplis avec fraude, les faits qui constituent la banqueroute simple ne changeront pas de nature, à moins qu'ils ne puissent rentrer dans l'un des cas de banqueroute frauduleuse, prévus par l'article 591 du Code de commerce, ou qu'ils ne forment une autre infraction à la loi pénale.

## § 2. — *Tentative et complicité en matière de banqueroute simple.*

La tentative de banqueroute simple est-elle punie? L'article 3 du Code pénal nous dit : « Les tentatives de  
« délits ne sont considérées comme délits que dans les  
« cas déterminés par une disposition spéciale de la loi. » Or, la banqueroute simple est un délit et nulle disposi-

tion spéciale ne punit sa tentative. Nous devons donc répondre non à notre question.

Que décider au sujet de la complicité? L'article 164 du premier projet présenté au conseil d'État en 1807, punissait un cas de complicité, mais il n'a pas été reproduit dans la rédaction définitivement adoptée. Nous avons néanmoins un texte général qui punit les complices d'un crime ou d'un délit; c'est l'article 59 du Code pénal. Cet article s'appliquera-t-il? Nous répondrons non. La complicité, en effet, suppose nécessairement un élément moral dans le délit: il faut que l'auteur principal et ses complices aient eu l'intention commune de commettre le délit, qu'ils se soient concertés. Or, cet élément moral, cette intention commune, ce concert ne peuvent évidemment pas se trouver dans les faits de banqueroute simple, puisqu'ils ne sont que des faits d'imprudence, de négligence, exempts de fraude et de préméditation. « Une telle infraction, dit M. Faustin-Hélie, ne suppose ni préparatif, « ni concours; elle est nécessairement individuelle; elle « ne peut être commise par plusieurs; chacun des « trevenants est auteur principal; il y a autant d'infractions que d'individus. » (Numéro 1962.) C'est également ce qu'a décidé la Cour de cassation dans l'espèce suivante. Le sieur D... avait procuré à un négociant, dont il connaissait la mauvaise situation les moyens de retarder sa faillite en lui prenant au comptant, avec un rabais considérable des marchandises neuves, achetées pour être revendues au-dessous du cours. Le tribunal correctionnel de la Seine, ayant renvoyé le sieur D... de la plainte en déclarant que la loi pénale n'admettait pas de complicité pour le délit de banqueroute simple, il y eut appel

et confirmation du jugement par la Cour de Paris, puis pourvoi qui fut rejeté par la Cour de cassation, le 10 octobre 1844. Les considérants de cet arrêt contiennent les arguments suivants qu'on peut faire valoir en faveur de notre opinion. Le Code de commerce ne spécifie que des cas de complicité se rapportant à la banqueroute frauduleuse et ce sont ces seuls cas qui sont punis par l'article 405 du Code pénal. Ce dernier article a donc eu pour but de restreindre l'application de l'article 59 du Code pénal, aux cas auxquels il se référerait, restriction que permet l'article 59, lui-même, car il dit : « ... *Sauf les cas où la loi en aurait disposé autrement.* » D'ailleurs, les dispositions de la loi de 1838 n'ont aucun trait à la complicité de banqueroute simple. L'article 593 du Code de commerce, qui renvoie à l'article 60 du Code pénal ne parle que de la banqueroute frauduleuse. Quoi d'étonnant enfin dans cette dérogation à la règle générale ? Le délit de banqueroute simple ne consiste-t-il pas dans la violation d'obligations entièrement personnelles au failli, dérivant de sa qualité de commerçant et constituant des garanties légales attachées à l'exercice de cette profession ?

La Cour de cassation paraît avoir admis une exception à son système dans un cas particulier. En effet, par l'arrêt du 8 août 1867, elle a décidé que la concubine qui, en se présentant comme femme légitime de celui avec qui elle vit, s'associe aux actes de son commerce et donne son propre nom à l'établissement qu'ils exploitent en commun, est tenue, au point de vue pénal, des mêmes obligations et est exposée aux mêmes peines que son coassocié. Mais, comme le fait avec raison remarquer l'arrétiste, la Cour regarde la concubine comme l'associée

de fait, comme coauteur du délit, plutôt que comme complice. (Sirey, 68, 1, 349.)

§ 3. — *Peines ; compétence ; contenu du jugement.*

La banqueroute simple est punie par l'article 402 du Code pénal d'un emprisonnement d'un mois au moins et de deux ans au plus. Mais la peine pourra être modifiée en cas de circonstances atténuantes par l'application de l'article 463 du même Code et se transformer en peine de simple police. (Décret du 27 novembre 1870.) Grâce à l'intervalle considérable qui existe entre le minimum de la peine et son maximum, grâce aussi aux circonstances atténuantes, le juge pourra, même dans les cas de l'article 585 du Code de commerce où il est forcé de condamner, proportionner la peine à la gravité de la faute et il jouira ainsi d'un certain pouvoir discrétionnaire.

En règle générale, c'est le tribunal correctionnel du domicile du failli qui est compétent. (Art. 584 C. com.). Cependant la Cour d'assises peut, quelquefois, être amenée à juger un cas de banqueroute simple. Ainsi un failli a été renvoyé devant la Cour d'assises comme ayant, par fraude, tenu irrégulièrement ses livres. Mais les débats montrent que la tenue irrégulière provient d'une simple négligence. Il y a là un fait de banqueroute simple sur l'existence duquel le jury peut être interrogé par une question subsidiaire. (Art. 565 C. I. C.) Conformément à l'article 182 du Code d'instruction criminelle, le tribunal pourra être saisi soit par ordonnance de renvoi du juge d'instruction, soit accidentellement par arrêt de renvoi de la Chambre des mises en accusation, soit encore par

citation directe du ministère public ou de la partie civile.

Le jugement du tribunal correctionnel doit s'expliquer sur le concours des trois éléments du délit : 1° qualité de commerçant ; 2° faillite ; 3° banqueroute. Les termes du jugement doivent caractériser, d'une manière nette et formelle, la cessation des paiements commerciaux qui est un des éléments essentiels et constitutifs du délit de banqueroute simple. Aussi le jugement, constatant la cessation de paiements, doit-il dire si les créances non payées étaient commerciales ou civiles, reconnues ou contestées, exigibles ou non exigibles. Il doit aussi préciser quelle était la nature des réclamations et si elles pouvaient établir le refus ou l'impossibilité de payer ; une réclamation verbale ou par lettre missive ne suffit pas, en effet ; il faut un acte en due forme (sommation, protêt, assignation) dont le jugement doit affirmer l'existence. (Arr. Cass. 25 avril 1880.) Mais il n'est pas nécessaire que le jugement de condamnation contienne la mention formelle que le condamné est négociant failli, si cette qualité résulte des énonciations contenues dans le jugement. On applique ici la théorie des équipollents. (Arr. Cass. 19 septembre 1844, 2 juin 1870.)

§ 4. — *Exercice de l'action publique et de l'action civile ; appel ; prescription.*

Le nouvel article 584 du Code de Commerce nous dit que les cas de banqueroute simple seront jugés sur la poursuite des syndics, de tout créancier ou du ministère public. Les syndics et tout créancier peuvent exercer la poursuite par deux moyens : la plainte et la citation di-

recte. (Art. 64. 182, 183 C. I. C.) Les syndics ne peuvent intenter de poursuites qu'après y avoir été autorisés par une délibération prise à la majorité individuelle des créanciers présents. (Art. 589 C. Com.) En cas de concordat, les syndics ne peuvent poursuivre que tant qu'il n'a pas été homologué, car, après son homologation, les fonctions des syndics cessent. (Art. 519 C. Com.) — Avant la loi de 1858, la jurisprudence était d'avis que le créancier qui avait adhéré au concordat homologué ne pouvait pas intenter cette poursuite. (Arr. Cass., 9 mars 1811.) Mais il résulte des travaux préparatoires de la loi et du discours du garde des sceaux d'alors, M. Barthe, qui fit supprimer une disposition consacrant la jurisprudence, que le nouvel article 584 s'applique, soit qu'il y ait eu, soit qu'il n'y ait pas eu de concordat. — Les syndics ne pourront se porter partie civile, au nom de la masse, qu'après y avoir été autorisés conformément à l'article 489.

L'appel sera soumis aux règles tracées par le Code d'instruction criminelle. (Art. 199, 201, etc..., modifiés par la loi du 15 juin 1856). Ainsi, la faculté d'appeler appartiendra au failli condamné, aux créanciers ou aux syndics qui se seront portés partie civile, au procureur de la République près le Tribunal de première instance, et enfin au procureur général près la Cour d'appel. Il y aura déchéance de l'appel si la déclaration d'appeler n'a pas été faite au greffe du tribunal qui a rendu le jugement dix jours au plus tard après celui où il a été prononcé, et, s'il est par défaut, dix jours après celui de la signification. On appliquera, pour calculer ce délai, la règle *dies a quo non computatur in termino, dies ad*

*quem computatur in termino*. Sera donc déclaré non recevable l'appel interjeté le onzième jour après celui où le jugement a été prononcé ou signifié. (Arr. Cass. 3 oct. 1833.)

L'action civile et l'action publique résultant du délit de banqueroute simple se prescriront par trois ans, à compter du jour où le délit aura été commis, s'il n'a été fait dans cet intervalle aucun acte d'instruction ni de poursuite. S'il a été fait des actes d'instruction ou de poursuite non suivis de jugement, les trois ans courront du dernier acte. Mais quel sera ici le jour du délit? Ce sera évidemment le jour de la cessation de paiements, puisque nous avons admis que l'action publique naît dès ce moment, et que le ministère public n'a pas besoin pour poursuivre d'attendre un jugement du tribunal de commerce. Or, le jour de la cessation de paiements sera déterminé par le tribunal correctionnel. De l'article 586 du Code de commerce et de l'article 638 du Code d'instruction criminelle, « il résulte pour le tribunal de répression, saisi de l'action, l'obligation de déterminer d'une manière précise l'époque à laquelle la faillite s'est ouverte, puisque c'est à cette époque seulement que les faits antérieurs et constitutifs de la banqueroute simple ont pu devenir l'objet d'une action de la part du ministère public, et qu'a pu dès-lors courir la prescription établie par l'article 638. (Arr. Cass., 22 janvier 1847.) » — Cette solution s'applique aux faits antérieurs à la cessation de paiements. Si, au contraire, il s'agit de faits postérieurs, les trois ans courront du jour de la perpétration du fait de banqueroute. C'est ce que décide également l'arrêt précité.

§ 5. — *Par qui sont supportés les frais ?*

Les articles 587 à 590 du Code de Commerce répondent à cette question. Ils distinguent trois hypothèses : la poursuite peut, en effet, être intentée par le ministère public, par les syndics ou par un créancier.

1<sup>o</sup> *Poursuite intentée par le ministère public.* Avant la loi de 1838, ce cas, qui n'avait pas été prévu par le Code 1807, était regardé comme régi par les principes généraux, et l'on décidait que le failli condamné supportait les frais. Mais cela nuisait aux créanciers du failli plus qu'au failli lui-même, car la loi du 5 septembre 1807, donnant au Trésor public un privilège pour les frais de justice, le patrimoine du failli, gage des créanciers, se trouvait ainsi diminué. Aussi les créanciers étaient-ils intéressés à entraver les poursuites et à fournir en justice des renseignements faux ou incomplets sur les actes du failli dont ils devenaient souvent les apologistes. La bonne administration de la justice en souffrait. Le législateur s'émut de cette situation, et il inséra dans la loi de 1838 le nouvel article 587 ainsi conçu : « *Les frais de poursuite en banqueroute simple, intentée par le ministère public, ne pourront, en aucun cas, être mis à la charge de la masse. — En cas de concordat, le recours du Trésor public contre le failli pour ces frais ne pourra être exercé qu'après l'expiration des termes accordés par ce traité.* »

« Mettre ces frais à la charge du Trésor, disait M. Renouard, est une mesure nécessaire pour assurer l'exécu-

tion de la loi et faire cesser l'impunité. Ce sont là des sacrifices qu'on peut demander au Trésor public, parce ce sont les intérêts généraux du commerce et de la justice sociale qui les réclament. Votre commission a pensé qu'il devait être fait réserve expresse du recours personnel contre le failli pour le cas où, après l'obtention et l'exécution d'un concordat, il reviendrait à meilleure fortune. »

Dans le cas de poursuite du ministère public, il faut donc appliquer aux frais les règles suivantes. Si l'accusé est acquitté, les frais seront définitivement supportés par le Trésor public. S'il est condamné, quoique les frais ne puissent jamais être à la charge de la masse, ils seront néanmoins supportés par le failli. En effet, y a-t-il eu union? Comme il n'y a plus de masse après la dissolution de l'union, l'article 587, al. 1, ne s'appliquera plus à partir de cette dissolution, et le Trésor public pourra dès ce moment poursuivre son remboursement sur les biens acquis postérieurement par le condamné.— Y a-t-il eu concordat? Le trésor public ne pourra exercer son recours qu'après l'expiration des termes accordés par ce traité. S'il l'eût exercé avant, il eût pu, en effet, en absorbant ou entamant les ressources destinées par le failli à satisfaire aux obligations du concordat, nuire aux créanciers. Après les termes, au contraire, rien ne s'oppose au recours du Trésor.

2° *Poursuite intentée par les syndics.* — L'ancien article 589 du Code de 1807 décidait que, dans ce cas, les frais seraient supportés par la masse. Cette disposition était l'objet des mêmes critiques que le silence du Code dans le cas précédent. Aussi la loi de 1858 a-t-elle

encore réformé ce point en créant le nouvel article 588 qui s'exprime ainsi : *Les frais de poursuite intentée par les syndics au nom des créanciers, seront supportés, s'il y a acquittement, par la masse, et s'il y a condamnation par le Trésor public, sauf son recours contre le failli, conformément à l'article précédent.* Ainsi, en cas d'acquittement, c'est la masse qui supporte les frais, parce que les créanciers ont montré trop d'irréflexion ou de témérité en autorisant les poursuites et qu'ils doivent subir les conséquences de leurs actes. La certitude d'être obligés de supporter les frais en cas d'acquittement les empêchera de céder trop facilement à leur irritation et de se livrer à des poursuites sans fondement. Nous pensons même avec d'excellents auteurs que, si l'actif de la faillite ne suffisait pas à payer les frais, l'excédant devrait être fourni par les divers créanciers au *prorata* de leurs créances. (V. Demengeat, p. 68, Renouard, p. 475.) Bien plus, nous irons jusqu'à dire avec les mêmes auteurs, auxquels se joint Bédarride, (t. 5, n° 1247), que, lorsque se posera en cas de demande en réhabilitation la question de savoir si le failli a intégralement acquitté ses dettes, il faudra tenir compte au failli du payement de ces frais opérés sur la masse.

Si l'accusé est condamné, les frais seront supportés par le Trésor, sauf le recours qu'il exercera contre le banqueroutier après la dissolution de l'union ou l'échéance des termes accordés par le concordat.

Cette poursuite des syndics a été soumise à une condition préalable par l'article 589, que nous avons déjà cité. Le législateur a exigé cette condition à cause des conséquences préjudiciables à la masse qui résulteraient

d'un acquittement intervenu après les poursuites des syndics qui sont souvent des créanciers du failli et trop portés comme tels à n'écouter que leur indignation et leur ressentiment. *Les syndics ne pourront, dit l'article 589, intenter de poursuite en banquerote simple, ni se porter partie civile au nom de la masse, qu'après avoir été autorisés par une délibération prise à la majorité individuelle des créanciers présents.* Il s'agit donc ici d'une majorité en nombre, contrairement à ce qui a lieu pour le concordat. (Art. 507.) Chaque créancier a voix égale, quel que soit le montant de sa créance. La majorité se calcule d'après le nombre des créanciers présents.

Qu'arriverait-il dans le cas où les syndics auraient intenté les poursuites ou se seraient portés partie civile sans y avoir été autorisés par les créanciers? Il faut, pour répondre à cette question, distinguer deux hypothèses. Si le failli, traduit devant le tribunal correctionnel, excipe de l'absence d'autorisation, le tribunal accueillera cette exception et, comme les syndics ne peuvent agir que sous la condition imposée par l'article 589, condition non remplie, il déclarera ces derniers non recevables et les condamnera aux dépens. Si, au contraire, le failli n'a pas opposé cette exception, la situation des syndics dépendra de l'issue de la poursuite. Le failli est-il condamné? La responsabilité des syndics est dégagée, puisque la masse ne souffre pas. Est-il acquitté? La masse, obligée de supporter les frais, éprouve un préjudice et les syndics peuvent être forcés de l'indemniser. Il en sera de même si les syndics ont surpris le consentement des créanciers en leur faisant de faux rapports sur les

circonstances de la faillite. — Si les syndics, par suite d'erreurs graves commises dans leur rapport au ministère public ou d'opinions inconsidérées sur le caractère de la faillite, ont occasionné des poursuites, ils pourront être condamnés à des dommages-intérêts envers le failli, dans le cas où ce dernier aurait été acquitté. (Arr., Cass., 14 déc. 1825.)

5° *La poursuite est intentée par un créancier.* D'après l'article 590 du Code, les frais en cas d'acquiescement devaient être supportés par le créancier poursuivant et, en cas de condamnation, par la masse. Très raisonnable pour le premier cas, cette règle offrait pour le second les inconvénients déjà signalés dans les précédentes hypothèses. Aussi le nouvel article 590 décide-t-il que : *Les frais de poursuite intentée par un créancier seront supportés, s'il y a condamnation, par le Trésor public; s'il y a acquiescement, par le créancier poursuivant.* L'article, on le voit, est muet sur le recours du Trésor contre le condamné; mais on s'accorde à reconnaître qu'il y a là un oubli, provenant des vicissitudes subies par cet article, lors des travaux préparatoires de la loi de 1838, et on admet que le Trésor peut exercer son recours dans les mêmes conditions que s'il s'agissait d'une poursuite intentée par le ministère public ou les syndics. — Le jugement qui condamne le failli comme banqueroutier simple doit être affiché et publié, d'après les règles de l'article 42 du Code de commerce. Les frais ainsi occasionnés seront, dit l'article 600, à la charge des condamnés. Les articles 587 et suivants ne seront pas applicables, puisqu'il ne s'agit pas là de frais de poursuite; la masse supportera donc ces frais.

SECTION II

**Banqueroute frauduleuse**

Nous allons, à propos de la banqueroute frauduleuse, examiner les mêmes points que pour la banqueroute simple.

§ 1. — *Cas de Banqueroute frauduleuse.*

Les articles 593 et 594 du Code de 1807 nous offrent au sujet des cas de banqueroute frauduleuse, une division analogue à celle que ce Code avait établie pour les cas de banqueroute simple. Le premier article comprenait, en effet, sept cas dans lesquels le commerçant failli devait être déclaré banqueroutier frauduleux. Le second en énumérait deux dans lesquels le failli pouvait être poursuivi comme banqueroutier frauduleux et être déclaré tel. Mais cette classification laissait beaucoup à désirer. Ainsi, dans l'article 594, la gravité de la peine était hors de proportion avec les faits punis, et l'impunité était une conséquence de cette trop grande rigueur. Aussi la Loi de 1838 a-t-elle eu raison de ranger ces cas parmi ceux de l'article 586, dans lesquels la condamnation, comme banqueroutier simple, est facultative. D'un autre côté, l'énumération de l'article 593 avait le tort de comprendre certains faits étrangers à la banqueroute frauduleuse et d'en omettre d'autres qui présentaient cependant tous les caractères de ce crime. La loi de 1838 a donc modifié cet

article. Sans préciser les cas de banqueroute frauduleuse, le nouvel article 591 indique les signes auxquels on reconnaîtra l'existence de ce crime, et qui peuvent se ramener à deux principaux : détournement ou dissimulation de l'actif, exagération frauduleuse du passif. Cet article est ainsi conçu : « *Sera déclaré banqueroutier, tout commerçant failli qui aura soustrait ses livres, détourné ou dissimulé une partie de son actif ou qui, soit dans ses écritures, soit par des actes publics ou des engagements sous signature privée, soit par son bilan, se sera frauduleusement reconnu débiteur de sommes qu'il ne devait pas.* » On pourrait peut être se demander pourquoi le législateur a rangé dans l'article le commerçant failli qui aura soustrait ses livres. C'est que le failli est alors présumé avoir voulu rendre impossible la constatation du détournement de l'actif ou de l'exagération du passif. Il y a dans ce fait un aveu implicite de culpabilité. C'est en vain que le failli présenterait des livres fabriqués après coup et concordant avec les énonciations du bilan ; il serait toujours déclaré banqueroutier, car les livres qui doivent être représentés, ce sont ceux qui, dès le début du commerce, ont constaté jour par jour les opérations commerciales.

Y a-t-il banqueroute frauduleuse si le failli se trouve par fraude dans l'un des cas du 6° de l'article 586 ? Oui, mais il faudra toujours, pour que ces cas soient régis par l'article 591, que le failli ait cherché ainsi à dissimuler une partie de l'actif, ou à exagérer le passif. Le jury devra alors déclarer formellement l'existence de la fraude. Peut-on considérer comme banqueroutier frauduleux le commerçant qui, au moment de cesser ses paiements, a

dissipé follement son actif? Non, car autre chose est dissiper, autre chose détourner ou dissimuler. C'est ce qu'à décidé la Cour de cassation dans son arrêt du 13 janvier 1854. Mais cette dissipation pourrait, comme le reconnaît d'ailleurs la Cour suprême, constituer dans certains cas le délit de banqueroute simple de l'article 585.

Tandis que, dans la soustraction de biens, le détournement ou la dissimulation de l'actif, le failli est présumé avoir agi dans une intention coupable, la banqueroute pour supposition de dettes n'existe qu'autant qu'il est établi contre le failli que cette supposition est frauduleuse. On ne peut déclarer banqueroutier frauduleux le failli qui, au lieu de supposer une dette fictive, dissimule, même de mauvaise foi, une partie de ses dettes.

Tous les actes prévus par notre article doivent avoir été dirigés contre la masse. Il ne suffirait pas qu'ils l'eussent été contre un créancier isolé. Le paragraphe 5 de l'ancien article 593 déclarait banqueroutier frauduleux le failli qui détournait à son profit les objets ou valeurs à lui confiés à titre de mandat ou de dépôt. Aujourd'hui, il n'y aurait plus là un cas de banqueroute frauduleuse, car cet abus de mandat ou de dépôt n'est pas commis au préjudice de la masse, mais au préjudice du mandant ou du déposant. Toutefois, ces actes qui ne constitueraient pas des faits de banqueroute frauduleuse pourraient évidemment, suivant les circonstances, et conformément au droit commun, être punis comme formant tout autre crime ou délit. Ajoutons enfin, que la fraude est nécessaire pour l'application de l'article 591. Il ne s'agit plus ici de punir un fait d'imprudence ou de témérité, mais bien un vol ou une escroquerie. Peu importe, d'ailleurs,

que ces faits soient antérieurs ou postérieurs à la faillite. (Arr. Cass. 5 mars 1815, 29 déc. 1828, 27 janvier 1844.) Il en est ici comme en matière de banqueroute simple. Il y a même des faits de banqueroute frauduleuse qui ne peuvent se produire qu'après la déclaration de la faillite : comme la soustraction des livres et la supposition des dettes fictives dans le bilan. Cela a été reconnu par la Cour de cassation dans son arrêt précité du 5 mars 1815.

§ 2. — *Tentative et complicité en matière de banqueroute frauduleuse.*

La banqueroute frauduleuse étant un crime, il faudra appliquer l'article 2 du Code pénal et punir la tentative comme le crime même. La Cour de cassation a décidé que le détournement de valeurs, constitutif du crime de banqueroute frauduleuse, est suffisamment et complètement consommé lorsque le failli a fait disparaître et a enlevé de son domicile les valeurs qui sont le gage de ses créanciers. On ne pourrait donc prétendre, comme on l'avait fait dans l'espèce, que, tant que le failli n'a pas franchi les frontières, le fait de cet enlèvement ne peut être considéré que comme une tentative. (Arr. 6 juillet 1872.)

Nous étudierons la complicité dans notre chapitre III, à propos de l'article 595.

§ 3. — *Peines ; compétence ; position des questions et déclaration du jury.*

Le Code de commerce, dans son article 596, renvoyait au Code pénal pour la punition de la banqueroute frau-

duleuse, tandis que dans l'article 592 il indiquait lui-même la peine pour la banqueroute simple. Le motif de cette différence, c'est que le Code de 1791, encore en vigueur alors, ne punissait que la banqueroute frauduleuse. Le Code de commerce, en créant un nouveau délit, la banqueroute simple, devait donc fixer la peine. A cette époque, la peine pour le banqueroutier frauduleux et ses complices était de six années de fers. Le Code pénal de 1810 remplaça cette peine par celle des travaux forcés à temps. (Art. 402.) Les nouveaux articles 591 et 593 du Code de commerce renvoient aux dispositions du Code pénal.

La sévérité de cette peine s'explique par la nature du crime qui constitue un abus de confiance d'autant plus grave que l'agent, à cause de sa qualité de commerçant, a plus de facilités pour le commettre. L'exposé des motifs du Code pénal s'exprimait ainsi à ce sujet : « L'intérêt général et privé, une foule de considérations de premier ordre, réclament ici une punition capable d'effrayer les vues cupides et basses qui amènent toujours ces sortes d'événements. Quand on songe à la défaveur, à l'espèce d'opprobre que ce crime, quand il se renouvelle souvent, répand sur le commerce dont il bannit toute sûreté... ; quand on réfléchit sur le discrédit et la déconsidération dont la fréquence des banqueroutes suffit pour frapper toute une nation aux yeux de l'étranger, on ne peut regarder les travaux forcés à temps comme trop forts pour punir un tel crime. » Cette peine sera, conformément au droit commun, soit atténuée par l'effet des circonstances atténuantes reconnues par le jury, soit aggravée par suite de l'état de récidive.

La loi a vu dans la qualité d'agent de change ou de courtier, dont peut être revêtu le failli, une circonstance aggravante. Nous avons déjà dit, dans notre introduction historique, que l'ancienne jurisprudence se montrait sévère vis-à-vis du banqueroutier qui était un officier public. Le même esprit anime l'article 404 du Code pénal : *Les agents de change et courtiers qui auront fait faillite seront punis de la peine des travaux forcés à temps; s'ils sont convaincus de banqueroute frauduleuse, la peine sera celle des travaux forcés à perpétuité.* Ainsi, l'agent de change et le courtier qui, par suite de malheurs imprévus, ont fait faillite seront, sans qu'on puisse leur reprocher une simple imprudence, punis de la peine des travaux forcés à temps! Plutôt que de croire à une pareille rigueur, ne vaudrait-il pas mieux penser avec Carnot que les mots : *qui auront fait faillite* signifient : *qui seront convaincus de banqueroute simple?* Non, car il résulte des travaux préparatoires du Code que le législateur a voulu punir aussi sévèrement le seul fait de la faillite. L'explication de cette sévérité nous est donnée par M. Jaubert, dans la discussion au conseil d'Etat. L'article 85 du Code de commerce défend aux agents de change ou courtiers de faire, dans aucun cas et sous aucun prétexte, aucune opération de commerce ou de banque pour leur compte. L'article 89 déclare que, en cas de faillite, tout agent de change ou courtier est poursuivi comme banqueroutier. Or, la distinction entre les deux espèces de banqueroute, qui est fondée à l'égard des négociants, ne l'est pas, disait l'orateur, vis-à-vis des agents ou courtiers. « La loi leur défend de faire le commerce; il semble, en conséquence que, lorsqu'ils vien-

nent à faillir, ils doivent toujours être punis comme banqueroutiers frauduleux. » Quelques membres du conseil d'Etat protestèrent contre cette rigueur. On leur répondit qu'il y a fraude par cela seul qu'un agent de change ou un courtier négocie pour son compte; qu'il est d'ailleurs probable, dans ce cas, qu'il ne fait ses affaires qu'aux dépens de ses clients et parce qu'il joue sur leurs fonds. Le projet fut soumis au Corps législatif et, malgré l'observation de ce dernier, la peine pour la faillite fut maintenue; M. Faure, dans son exposé des motifs, déclarait, pour enlever toute espèce de doute sur ce point, que la simple faillite, de la part de l'agent de change ou courtier, emporte la peine des travaux forcés à temps.

La loi de 1838 a laissé subsister cet article, bien à tort! car toute peine exagérée est injuste et le jury qui, malgré l'article 542 du Code d'instruction criminelle, ne pourra s'empêcher de s'inquiéter de la pénalité, aimera mieux souvent, comme le prouve l'expérience, acquitter l'accusé plutôt que de le faire condamner à une peine aussi sévère. Aussi, l'impunité sera à peu près assurée. Une réforme législative sur ce point serait donc nécessaire, à moins qu'on ne préfère laisser au jury le soin de corriger la peine par les circonstances atténuantes, droit qu'il possède, comme le prouvent les travaux préparatoires de la loi du 28 avril 1832. La loi du 5 septembre 1807 (art. 7, al. 1) déclare que, dans certains cas, les comptables de deniers publics seront poursuivis comme banqueroutiers frauduleux... : *et ce, à peine de destitution, et en cas d'insolvabilité envers le Trésor public, d'être poursuivis comme banqueroutiers frauduleux.* Ces diverses peines entraîneront les conséquen-

ces attachées par la loi aux peines des travaux forcés à temps et des travaux forcés à perpétuité : dégradation civique, interdiction légale, nullité du testament antérieur, incapacité de disposer ou de recevoir par donation entre-vifs ou par testament, si ce n'est pour cause d'aliments. La condamnation pour banqueroute frauduleuse a, en outre, pour effet ou d'empêcher le failli d'obtenir un concordat (art. 510 C. com.), ou d'annuler celui qu'il a obtenu (art. 520 et 522.)

La banqueroute frauduleuse, constituant un crime, est de la compétence de la Cour d'assises. C'est au jury de déclarer l'existence des faits et la culpabilité de l'auteur en répondant affirmativement ou négativement aux questions qui lui sont posées. Or, la banqueroute frauduleuse se composant d'éléments différents, le jury doit se prononcer sur chacun d'eux. Il ne suffirait donc pas de poser cette question au jury : *L'accusé est-il coupable du crime de banqueroute frauduleuse ?* Même en cas de verdict affirmatif sur cette question, une condamnation ne pourrait intervenir. Ce serait, en effet, permettre au jury de former sa conviction sur n'importe quels faits, alors que les faits constitutifs de banqueroute ont été limitativement énumérés par la loi. C'est à la Cour d'assises et non au jury de décider si les faits poursuivis et dont l'accusé a été déclaré coupable constituent la banqueroute frauduleuse. « La banqueroute frauduleuse, dit un arrêt de la Cour de cassation, est un fait moral qui ne peut se constituer que par l'un ou plusieurs des faits déterminés par le Code de commerce; il n'appartient pas aux jurés de décider si l'accusé est ou non coupable de banqueroute frauduleuse, sans avoir prononcé sur les faits qui carac-

térisent ce crime; ainsi il est du devoir du président de proposer à leur solution les faits et les circonstances qui en sont caractéristiques. » (Arr. Cass., 11 juillet 1816.) On ne pourrait donc fonder un pourvoi en cassation sur ce que les jurés ont été interrogés uniquement sur l'existence d'un fait constitutif de banqueroute frauduleuse, et ne l'ont pas été sur le point de savoir si ces faits présentaient les caractères d'une banqueroute frauduleuse. (Arr. Cass., 1<sup>er</sup> août 1835.)

Les questions à poser au jury doivent porter sur trois points : 1<sup>o</sup> sur la qualité de commerçant de l'accusé ; 2<sup>o</sup> sur son état de faillite ; 3<sup>o</sup> sur l'existence de l'un des faits énumérés par l'article 591 C. com. — Le jury doit donc s'expliquer sur les qualités de commerçant et de failli ; sa déclaration doit être formelle sur ces points. Nous avons déjà dit que la mention formelle que le condamné était commerçant failli n'était pas nécessaire dans le jugement du tribunal correctionnel condamnant un banqueroutier simple. La raison de cette différence est la suivante La qualité de commerçant et de failli sont des éléments constitutifs du crime. Or, le jury seul a compétence pour déclarer que ces éléments existent. S'il n'a pas fait cette déclaration, pas d'arrêt de condamnation possible ! En matière de banqueroute simple, au contraire, c'est le tribunal qui, tout à la fois, recherche si le délit existe et condamne ; on conçoit dès lors que la reconnaissance de l'existence du délit ne soit nullement enfermée dans une formule sacramentelle et puisse résulter d'énonciations diverses contenues dans le jugement. (Arr. Cass., 2 juin 1870).

Si le jury n'avait pas été interrogé ou n'avait pas ré-

pondu sur chacun des trois points que nous avons indiqués, l'arrêt devrait être cassé. Chacun de ces points pourrait faire l'objet d'une question séparée, parce que la division des questions est encore permise comme sous le Code du 3 brumaire an IV; au lieu de nuire, elle fixe mieux l'attention du jury sur chacun des éléments constitutifs du crime. C'est ce qu'a décidé un arrêt de la Cour de cassation du 20 juin 1840 : « Attendu, dit cet arrêt, qu'aucun texte de loi n'empêche de diviser la question résultant de l'arrêt de renvoi, pourvu qu'il n'y ait pas substitution ou addition d'un fait principal nouveau au fait principal poursuivi, pourvu que les diverses questions ou fractions des questions à résoudre rentrent dans la question unique résultant de l'arrêt de renvoi, pourvu enfin que la division ne dégénère point en une entrave mis à la liberté, à la latitude de la défense... » Mais on pourrait également réunir tous ces éléments dans une seule question. C'est également l'opinion de la Cour suprême, comme le montre un arrêt du 6 juillet 1872 dont voici l'analyse : « La qualité de commerçant et celle de failli formant des circonstances constitutives et pas des circonstances aggravantes du fait principal, il n'est pas absolument nécessaire qu'une question spéciale ait été posée au jury sur le point de savoir si l'accusé était en état de faillite; il suffit que cette qualité se trouve énoncée dans la question relative au fait de la banqueroute, et que, par exemple, il soit dit dans cette question : *L'accusé commerçant failli est-il coupable de banqueroute ?* » Ainsi, à propos d'un crime de banqueroute frauduleuse, on aura, selon nous, le choix entre plusieurs manières de poser les questions. On pourra diviser :

1° *L'accusé est-il commerçant? 2° est-il failli? 3° est-il coupable d'avoir commis, à telle date, tel fait* (l'un de ceux qu'énumère l'article 591 C. com.)? Ou bien : 1° *l'accusé est-il commerçant failli? 2° l'accusé est-il coupable d'avoir, à telle date, commis tel fait?* Ou encore en comprenant tous les éléments du délit dans une question générale : *l'accusé est-il coupable, étant commerçant failli, d'avoir, à telle date, commis tel fait?* Si l'accusé est agent de change ou courtier, il faudra interroger le jury sur cette qualité, et la question se posera ainsi : *l'accusé est-il coupable d'avoir, à telle date, étant agent de change ou courtier, fait faillite? ou commis tel fait?* (L'un de ceux de l'article 591)?

Nous avons, comme on le voit, inséré dans la question le mot *coupable*. Ce n'est plus, en effet, ici comme dans la banqueroute simple, le seul fait d'imprudence que punit la loi, la simple existence du fait ne suffit plus; il faut, nous l'avons déjà dit, la fraude, l'intention mauvaise. L'existence des faits de l'article 591 C. com. ne constitue la banqueroute frauduleuse, a dit la Cour de cassation, qu'autant que le failli s'en est rendu coupable, c'est-à-dire qu'il les a commis de mauvaise foi. (Arr. Cass., 14 avril 1827.) Pourtant, il semble, quand on lit l'article 591, qu'il faudrait établir une distinction entre la soustraction des livres, le détournement ou la dissimulation de l'actif d'une part, et la reconnaissance d'une dette, d'autre part. Le Code ne parle de la fraude que pour ce dernier cas. Faudrait-il donc en conclure, comme on l'a fait, que pour les autres cas, la loi présument la fraude, il ne serait pas besoin que le jury déclarât la culpabilité de l'accusé? Non, car il ne serait pas certain qu'en déclara-

rant le fait constant, le jury aurait voulu déclarer l'accusé coupable. (Voir Chauveau et Hélie, n° 1963 ) Voici quel sera le seul effet de cette distinction qui existe dans l'article : en cas de soustraction, détournement ou dissimulation de l'actif, c'est à l'accusé à prouver sa bonne foi ; en cas de reconnaissance d'une dette, c'est au ministère public à prouver la fraude. La présomption est tantôt contre l'accusé, tantôt en sa faveur. Faisons remarquer que la présomption de fraude, qui, dans l'article 446, fait annuler les actes accomplis dans la période fatale, ne peut avoir aucune influence au point de vue pénal. Ajoutons enfin que la Cour d'assises, saisie d'une plainte en banqueroute frauduleuse fondée sur des actes qu'on prétendrait simulés, peut, si l'accusé en est déclaré coupable, annuler ces actes dans l'intérêt de la masse, et cette déclaration doit même être prononcée d'office. (Voir Dalloz, *Jur. gén.*, n° 1478, v° *Faillite et banqueroute.*)

§ 4. — *Exercice de l'action publique et de l'action civile ; pourvoi ; prescription.*

D'après l'ancien article 595, les cas de banqueroute frauduleuse devaient être poursuivis d'office devant les cours d'assises par les procureurs et leurs substituts, sur la notoriété publique ou sur la dénonciation, soit des syndics, soit d'un créancier. Mais cet article n'ayant pas été reproduit par la loi de 1838, le droit de poursuite se trouve régi par les règles générales du Code d'Instruction criminelle. Le procureur et le juge d'instruction peuvent être informés de diverses manières : par le bruit public, les rapports ou les procès-verbaux des officiers de police,

la dénonciation, et enfin la plainte de la partie lésée. En outre, le ministère public devra être averti par l'envoi d'un extrait du jugement déclaratif de faillite. (Art. 459 C. Com.) et par le rapport sur l'état apparent, les principales causes et les caractères de la faillite, rapport dressé par les syndics et transmis au procureur par les soins du juge commissaire. (Art. 482 C. Com.) — Évidemment, le droit d'intenter l'action publique n'appartiendra qu'au ministère public. Car, si le tribunal correctionnel peut être saisi par la citation émanée d'un particulier, la Cour d'assises, sauf le cas de diffamation envers un fonctionnaire public, ne peut l'être que sur les poursuites du ministère public par l'arrêt de renvoi de la chambre des mises en accusation. La Cour de cassation a fait l'application de ce principe dans son arrêt du 3 juillet 1841. — Il suit de là que le juge-commissaire, lui-même, n'a pas qualité pour exercer des poursuites en banqueroute frauduleuse, pas plus qu'il n'a le droit de faire une instruction judiciaire, droit qui n'appartient qu'aux officiers de police ou aux juges d'instruction, sur la réquisition du ministère public ou la plainte des parties intéressées.

Les syndics peuvent se porter partie civile au nom de la masse, et ils n'ont pas besoin de se faire autoriser à cet effet par une délibération des créanciers contrairement à ce qui se passe en matière de banqueroute simple.

Conformément à l'article 373 du Code d'Instruction criminelle, le condamné, le ministère public et la partie civile auront un délai de trois jours francs après le jour où l'arrêt aura été prononcé pour déclarer au greffe qu'ils se pourvoient en cassation. Le pourvoi ne peut se fonder ni sur les faits constitutifs de la banqueroute frauduleuse,

ni sur l'intention coupable; le jury est juge souverain de leur existence. Mais il peut, conformément au droit commun, avoir lieu pour violation des formes de la procédure criminelle et pour violation ou fausse application de la loi.

La banqueroute frauduleuse étant un crime, l'action publique et l'action civile en résultant se prescriront par dix années révolues. (Art. 657, C. I. cr.) Ce délai courra, pour les faits antérieurs, du jour de la cessation des paiements, et, pour les faits postérieurs à cette cessation, du jour où ces faits ont été consommés. Remarquons que, pour ces derniers, le délai partira du jour où ils ont été commis et non pas seulement du jour où ils ont été découverts. Cette prescription peut être évidemment interrompue par des actes d'instruction ou de poursuite.

#### § 5. — *Par qui sont supportés les frais ?*

*Les frais de poursuite en banqueroute frauduleuse*, dit l'article 592, *ne pourront, en aucun cas, être mis à la charge de la masse.* L'article prévoit évidemment le cas où les syndics se sont portés partie civile au nom de la masse. La solution de l'article est conforme au droit commun en cas de condamnation. Le Trésor public supportera les frais, sauf son recours sur les biens que pourra acquérir dans la suite le condamné. Mais, quand l'accusé sera acquitté, faudra-t-il adopter la même solution et dire que la masse ne supportera jamais les frais ? Y a-t-il ici une dérogation à la règle de l'article 368 du Code d'instruction criminelle qui veut que la partie civile qui succombe supporte les frais ? Oui, de l'avis de la jurisprudence. (Demangeat, p. 89 ; Bédarride,

n° 1261; Renouard, etc.; arr. Rouen, 25 mai 1840.) Le motif de cette dérogation à la règle nous est donné par Renouard : « La loi, dit-il, a considéré que l'intérêt de la société commande de n'entraver par aucune crainte de préjudice pour la masse le concours que les syndics doivent prêter à l'action de la justice répressive et à la vindicte publique. » (P. 481.) Nous ferons remarquer, en outre, que l'article est formel et dit : *Ne pourront en aucun cas...*

L'article 592, dans son second aliéna, ajoute : *Si un ou plusieurs créanciers se sont rendus parties civiles en leur nom personnel, les frais d'acquittement demeureront à leur charge.* Nous rentrons ici sous l'application du droit commun. Le législateur a pensé que la crainte de supporter les frais en cas d'acquittement de l'accusé empêcherait les créanciers de se laisser trop facilement entraîner par leur ressentiment et de se jeter aveuglément au milieu des poursuites. Il faut comprendre parmi les frais de poursuite, outre les frais de procédure proprement dits, les frais d'extradition, si le failli s'est réfugié à l'étranger.

Que décider, au sujet des frais, lorsque le failli est reconnu coupable par le même arrêt à la fois et du crime de banqueroute frauduleuse et d'un autre crime? L'article 592 contient une disposition qui déroge au droit commun, et qui ne peut, par conséquent, être étendue au-delà des limites fixées par la loi. Il faudra donc faire une ventilation : les frais concernant l'accusation de banqueroute frauduleuse devront, seuls, rester à la charge du Trésor public. La Cour de cassation a statué dans ce sens par deux arrêts du 11 août 1857. En vertu de l'arti-

cle 600, les arrêts de condamnation doivent être affichés et publiés suivant les formes établies par l'article 42, et *aux frais des condamnés*. Comme ce ne sont pas des frais de poursuite, l'article 592 n'est pas applicable, et les frais seront payés sur la masse.

### CHAPITRE III

#### DES CRIMES ET DES DÉLITS COMMIS DANS LA FAILLITE PAR D'AUTRES QUE LE FAILLI

Le chapitre III (livre III, titre II) du Code de commerce s'occupe des crimes ou des délits qui sont commis dans une faillite : les crimes, par des tiers (art. 593 à 594) ; et les délits, soit par des syndics (art. 596), soit par des créanciers (art. 597 à 599). Nous allons donc étudier ce chapitre dans trois paragraphes.

##### § 1. — *Crimes commis par des tiers.*

Imitant l'ancien Droit, l'article 597 du Code de commerce punissait la complicité de banqueroute frauduleuse. Mais, en énumérant les cas de complicité, il restreignait à ces cas l'application de l'article 60 du Code pénal ; en dehors d'eux, pas de complicité punissable. L'article 403 du Code pénal ne modifia en rien cet état de choses. *Ceux, dit-il, qui, conformément au Code de commerce, seront déclarés complices de banqueroute frauduleuse, seront punis de la même peine que les banqueroutiers frauduleux.*

La loi du 28 mai 1858 a fait disparaître cette dérogation au droit commun et a ramené la complicité de banqueroute frauduleuse sous l'application de l'article 60 du Code pénal. C'est donc d'après les règles générales édictées par cet article que l'on reconnaîtra s'il y a ou non complicité. Le nouvel article 593 dit, en effet : *Le tout sans préjudice des autres cas prévus par l'article 60 du Code pénal.* Ce changement a été constaté par la Cour de cassation dans deux arrêts. (21 déc. 1854 ; 23 juin 1857.)

Par application des principes de la complicité, le complice peut être puni, même si le failli n'a pas été déclaré coupable, car l'intention frauduleuse peut avoir existé chez le complice et non chez l'auteur principal du crime. (Arr. Cass., 9 février 1855.) Mais il faut toujours que les éléments constitutifs du délit de banqueroute frauduleuse existent. Ainsi il faut que l'auteur principal soit commerçant failli ; cette qualité n'est pas nécessaire chez le complice. Le jury doit être interrogé sur ces points. On lui posera donc la question de la manière suivante : *L'accusé est-il coupable d'avoir, avec connaissance, aidé ou assisté X..., commerçant failli dans les faits qui ont préparé, facilité ou consommé le détournement (par ex.) opéré par celui-ci d'une partie de son actif?*

En dehors des cas de complicité ordinaire, régis par l'article 60 du Code pénal, l'article 593 du Code de commerce a prévu trois actes considérés par la loi comme des faits principaux et distincts, constituant à eux seuls, même commis par des tiers, le crime de banqueroute frauduleuse ou plutôt des crimes *sui generis*. Les auteurs de ces faits peuvent donc être poursuivis même dans le

cas où le failli ne le serait pas et où il n'y aurait eu accord entre eux et le failli; si l'accord avait existé, on rentrerait dans le cas de complicité. Il n'est donc pas nécessaire que le failli ait eu connaissance de l'acte. Les dispositions de la loi ont eu « pour objet d'atteindre, indépendamment de toute participation criminelle du failli, divers actes émanés directement des tiers et relatifs à la faillite. » (Arr. Cass., 3 juin 1845.)

Les individus ainsi punis, non comme complices, mais comme auteurs principaux, sont les suivants : 1<sup>o</sup> *les individus convaincus d'avoir, dans l'intérêt du failli, soustrait, recélé ou dissimulé tout ou partie de ses biens meubles ou immeubles.* L'ancien article 597 du Code de commerce exigeait que le détournement ou le recélé des biens du failli, pour qu'il constituât la complicité, eût été le résultat d'un concert frauduleux entre lui et son complice. Il fallait donc que le failli eût été condamné comme auteur principal de banqueroute frauduleuse. Aujourd'hui, au contraire, l'auteur du recélé ou du détournement peut être condamné même en l'absence du concert frauduleux; puisque il est considéré, comme nous l'avons dit, plutôt comme auteur principal que comme complice : « Il suffit aujourd'hui, dit la Cour de cassation, en ce qui concerne les détournements que les biens meubles ou immeubles du failli aient été soustraits ou recelés dans son intérêt pour que l'auteur de ces soustractions ou recelés encoure les peines de la banqueroute frauduleuse, sans que la loi exige qu'il y ait eu concert à cet effet entre lui et le failli. » (Arr. Cass., 2 mai 1840.) Mais la loi exige, d'un autre côté, que l'acte ait été accompli *dans l'intérêt du failli.* Si, en effet, l'agent avait

commis l'acte dans son propre intérêt, on se trouverait en présence d'un vol. Aussi le jury doit-il être interrogé sur ce point en même temps que sur la qualité de commerçant failli. (Arr. Cass., 18 mars 1852 et 21 déc. 1854.) Nous pouvons désapprouver une telle disposition qui frappe un ami du failli plus sévèrement que le voleur. Le fait le moins grave est donc puni avec plus de rigueur ! Il serait à souhaiter que la peine fut mise ici en harmonie avec la gravité du délit.

2° *Les individus convaincus d'avoir frauduleusement présenté dans la faillite et affirmé, soit en leur nom, soit par interposition de personnes des créances supposées.* — On se demande s'il faut dans ce cas, comme dans le précédent, que le tiers ait agi dans l'intérêt du failli. La question est controversée. M. Faustin Hélie (n° 1975) soutient l'affirmative. Mais nous adopterons la négative avec M. Demangeat (p. 99) et la Cour de cassation. (Arr. 19 nov. 1859.) « Il ne s'agit pas, dit avec raison la Cour suprême, dans le n° 1 de cet article, d'une soustraction ou d'un recélé quelconque, rentrant dans les incriminations ordinaires de vol ou de recélé ; mais d'une soustraction ou d'un recélé opéré dans l'intérêt du failli et pouvant exister sans profit personnel pour celui qui l'opère. Dans le n° 2 du même article, il s'agit, au contraire, d'un fait qui ne peut prendre naissance, il est vrai, que dans une faillite, mais qui peut être non seulement en dehors de l'intérêt du failli, mais en opposition avec cet intérêt. »

Pour que l'article s'applique, il faut que le soi-disant créancier ait réellement affirmé devant le juge commissaire que sa créance est sincère et véritable, conformé-

ment aux prescriptions de l'article 497 du Code de Commerce. Le jury doit être interrogé sur le fait même de cette affirmation. (Cass. 15 mars 1851.) — Mais il n'est pas nécessaire que cette affirmation ait été faite par le faux créancier en personne ; il suffit qu'elle l'ait été en son nom par un tiers, mandataire ou cessionnaire (*par interposition de personnes*, dit l'article). Dans ce cas, le tiers interposé est exempt de toute peine, s'il a agi de bonne foi. Si, au contraire, il a agi de mauvaise foi, il sera poursuivi en vertu de l'article 60 du Code pénal comme complice du faux créancier.

3° *Les individus qui, faisant le commerce sous le nom d'autrui ou sous un nom supposé, se seront rendus coupables de faits prévus en l'article 591.* Cette disposition a pour but d'empêcher que le failli n'échappe à la loi pénale en signant les actes commerciaux d'un nom imaginaire, ce qui lui permettrait de rejeter sur un personnage fictif les conséquences d'une faillite dont il aurait tous les profits. Elle est destinée encore à déjouer la fraude suivante usitée par certains industriels avant la loi de 1838. On mettait en avant un prête-nom, un *homme de paille*, comme on l'appelait, et, sous son couvert, on se livrait impunément à toutes sortes d'actes illécites, tandis que le prête-nom, suffisamment rémunéré, s'exposait seul à des poursuites. « Ces éditeurs responsables, dit Renouard, seuls revêtus de la qualification de commerçants et paraissant seuls comme faillis, étaient livrés, moyennant salaire, aux chances de la vindicte des lois à laquelle une fuite préparée à temps parvenait presque toujours à les soustraire ; tandis que le vrai commerçant, le vrai failli, le vrai banquerou-

« tier, couvert par l'absence légale de son nom, jouissait du « fruit des rapines à la face de ses créanciers dépouillés. » (P. 487.) — Depuis la loi de 1858, celui par ordre et pour le compte duquel se faisaient les actes sera condamné, s'il est banqueroutier frauduleux, et le tiers, le prête-nom, sera, s'il a été de mauvaise foi, puni comme complice.

La peine qui doit être appliquée à tous les individus désignés dans l'article 593 est celle de la banqueroute frauduleuse. Mais ce ne sera pas toujours, dans les deux cas prévus par les deux premiers alinéas, la peine édictée par la loi contre le failli lui-même. Ainsi, si celui-ci est un courtier ou un agent de change et comme tel condamné aux travaux forcés à perpétuité, cela n'empêchera pas l'auteur de la dissimulation, du récel, de la soustraction ou de l'affirmation de n'être condamné qu'aux travaux forcés à temps. Cela résulte de ce que la loi prévoit dans ces alinéas non des cas de complicité mais deux crimes principaux et *sui generis*. Si, au contraire, il y avait complicité, le complice de l'agent de change serait puni de la peine qui est édictée contre ce dernier.

Mais la peine est modifiée à raison des liens de parenté existant entre l'auteur du fait et le failli. L'article 594 dit, en effet : « *Le conjoint, les descendants ou les ascendants du failli ou ses alliés aux mêmes degrés qui auraient détourné, diverti ou recelé des effets appartenant à la faillite sans avoir agi de complicité avec le failli seront punis des peines du vol.* » Pour que la peine descende à celle du vol, il faut donc deux conditions : 1° qu'il y ait eu détournement, divertissement ou récel ; 2° qu'il n'y ait pas eu de complicité. Ainsi l'article 594 ne déroge qu'à l'alinéa 1 de l'article 593. La

peine restera donc celle de la banqueroute frauduleuse, s'il s'agit de l'affirmation mensongère d'une créance inexistante ou si le parent est complice du failli, l'article 594 ne dérogeant nullement à l'article 60 du Code pénal. Ces parents seront donc condamnés aux peines du vol, quoique l'article 580 C. pén. ne les soumette qu'à des réparations civiles. Y a-t-il là une exception à ce dernier article? Non, car la soustraction est faite au préjudice non pas du failli, mais de la masse. Ajoutons que ce vol pourra être puni de peines criminelles, s'il a été accompli avec les circonstances aggravantes prévues par les articles 581 et suivants du Code pénal. (V. Blanche, n° 145.)

La Cour ou le tribunal saisis ne devront pas se contenter d'appliquer la peine. Ils devront, même en cas d'acquiescement, statuer sur les dommages-intérêts : « *Dans les cas prévus par les articles précédents, dit l'article 595, la Cour ou le tribunal saisis statueront, lors même qu'il y aurait acquiescement : 1° d'office sur la réintégration à la masse des créanciers de tous les biens, droits ou actions frauduleusement soustraits ; 2° sur les dommages-intérêts qui seraient demandés et que le jugement ou l'arrêt arbitrerait.* »

Faisons remarquer que la réintégration doit être ordonnée d'office, tandis que les dommages-intérêts ne peuvent être accordés que sur la demande faite par les syndics au nom de la masse. La disposition de l'article 595 pour le cas d'acquiescement offre des difficultés, non pas lorsque la poursuite a eu lieu devant une Cour d'assises, car l'article 366 du Code d'instruction criminelle y est conforme ; mais lorsque la poursuite a été por-

tée devant le tribunal correctionnel. Certains auteurs, tels que Demangeat (p. 111), prétendent que le tribunal correctionnel, en acquittant le prévenu, ne peut le condamner à une restitution ou à des dommages-intérêts. C'est là, disent-ils, le droit commun, puisque l'article 191 du Code d'instruction criminelle n'a traité qu'aux dommages-intérêts réclamés par le prévenu contre son dénonciateur ; or, rien ne prouve qu'il ait été dérogé au droit commun. Nous pensons, au contraire, que l'article a voulu déroger au droit commun, en matière correctionnelle : son texte, qui est formel, le prouve suffisamment. Telle est aussi l'opinion de Renouard (p. 490) et de Bédarride (n<sup>o</sup> 1280 et 1281).

§ 2. — *Délits commis par les syndics.*

Sous l'empire du Code de 1807, les syndics qui étaient coupables de malversation ne pouvaient être punis que comme mandataires infidèles, c'est-à-dire comme ayant commis un abus de confiance. Or, les faits qui constituent ce délit sont énumérés limitativement par l'article 408 du Code pénal. Si donc le fait commis par le syndic ne rentrait pas dans cette énumération, le syndic était à l'abri de toute peine. C'est pour faire disparaître cette impunité scandaleuse que le nouvel article 596 du Code de commerce dispose ainsi : « *Tout syndic qui se sera rendu coupable de malversation dans sa gestion sera puni correctionnellement des peines portées en l'article 406 du Code pénal.* » Un arrêt de la Cour de cassation du 24 juin 1859 explique en ces termes cette innovation de la loi de 1858 : « C'est pour combler une

lacune existant dans le Code de commerce que la loi de 1858 a introduit dans l'article 596 ce délit de malversation imputable au syndic, afin que sa responsabilité ne devînt pas illusoire et qu'une gestion coupable de sa part ne restât pas impunie. » Est-il besoin d'ajouter, comme le déclare d'ailleurs le même arrêt, que ce délit est spécial au syndic et ne peut, dès lors, s'appliquer à d'autres individus qui ont agi de concert avec lui? Ceux-ci, à notre avis, ne pourraient être poursuivis que comme complices, jamais comme auteurs principaux; un arrêt de la Cour suprême a pourtant décidé le contraire (24 juin 1859.)

§ 3. — *Délits commis par des créanciers, au moyen de conventions illicites.*

Il peut se faire que certaines conventions aient pour but, soit de porter atteinte à la liberté et à la sincérité des votes dans les délibérations de la faillite, soit de détruire l'égalité qui doit régner entre les créanciers du failli. Elles constituent des délits. Ces délits n'étaient pas punis par le Code de commerce. Néanmoins la nécessité de leur répression se faisait sentir et M. Renouard, dans son rapport, s'exprimait ainsi : « On perd dans une faillite une créance très légitime; on la perd par le fait du failli : aisément on se persuade que toute voie de contrainte, et surtout de contrainte morale, exercée contre le failli, est légitime pour obtenir payement. Au lieu de subir avec résignation les mêmes conditions de perte que les autres créanciers, on veut, dans le naufrage commun, tirer à soi quelques débris de plus. » Il y avait donc, là, un délit

qu'il fallait punir, et c'est ce qu'a fait l'article 597, ainsi conçu : « *Le créancier qui aura stipulé, soit avec le failli, soit avec toutes autres personnes, des avantages particuliers à raison de son vote, dans les délibérations de la faillite, ou qui aura fait un traité particulier duquel résulterait, en sa faveur, un avantage à la charge de l'actif du failli, sera puni correctionnellement d'un emprisonnement qui ne pourra excéder une année, et d'une amende qui ne pourra être au-dessus de deux mille francs. L'emprisonnement pourra être porté à deux ans si le créancier est syndic de la faillite.* » L'article prévoit deux sortes de conventions que nous allons examiner successivement.

1° *Stipulation par le créancier d'avantages particuliers à raison de son vote dans les délibérations de la faillite.* Il faut que cette stipulation soit postérieure à la cessation de paiements. (Arr. cass. 19 févr. 1876.) Mais il importe peu que cette stipulation ait été faite avec le failli ou avec d'autres personnes : les avantages particuliers stipulés par le créancier d'un failli à raison de son vote dans les délibérations de la faillite sont prohibés, encore qu'ils aient été consentis par un tiers et qu'ils ne soient pas à la charge de l'actif du failli. (Cass. 22 juin 1877.) Peu importe encore dans quel sens le créancier ait promis de voter (pour ou contre le failli) et dans quelle délibération il ait promis son vote; que cette délibération ait trait à la nomination de nouveaux syndics, au concordat, à l'excusabilité du failli ou à tout autre point, le créancier sera puni dans tous les cas. (Arr. cass. 20 mars 1852.) Il le sera, quand même il n'aurait pas ensuite voté, car ce que punit la loi, c'est la *promesse rémunérée* de voter dans

tel ou tel sens, c'est la *vente du vote*. Cependant la Cour de cassation estime qu'un vote subséquent est nécessaire. « Des termes du paragraphe 1 de l'article 597, dit l'arrêt du 9 août 1862, il résulte que l'avantage particulier concédé au créancier, ne saurait être isolé du vote à raison duquel il a été stipulé ; que le vote est la condition de l'avantage, comme l'avantage est le prix du vote ; que l'un et l'autre sont les éléments d'un même délit. » Dans le même sens il a été rendu un autre arrêt du 22 juin 1877.

Il résulte de ce que nous venons de dire qu'on ne pourrait considérer comme rentrant dans notre première sorte de conventions la renonciation de la part d'un créancier, moyennant certains avantages, à l'opposition qu'il aurait faite à l'homologation d'un concordat. On peut donc critiquer, avec M. Demangeat (p. 119), l'arrêt de la Cour de cassation du 4 février 1843, qui range cette renonciation parmi les conventions dont nous venons de parler. Ce que punit la première partie de notre article, c'est l'aliénation de la future liberté du vote ; ce n'est pas la renonciation à une opposition. Or, en matière pénale, on ne peut raisonner par analogie, tout est de droit strict. Toutefois, on pourrait ranger cette renonciation dans la seconde classe de conventions prévue par l'article, et la fraude serait toujours punie. On répondrait ainsi à M. Bédarride, qui approuve cet arrêt, parce qu'il importe de ne laisser aucune issue à la fraude. (N<sup>o</sup> 1286 et 1287.)

Lorsque le créancier a eu recours à un mandataire, chargé de le représenter aux opérations de la faillite, et qui sur ses instructions a stipulé un avantage pour le vote, le mandataire est-il à l'abri de toute peine, sous

prétexte qu'il n'a fait qu'obéir au mandant? Non, car lorsqu'il s'agit d'un délit, le mandat ne peut constituer une excuse. Le mandataire sera donc puni, comme auteur principal, des peines édictées dans l'article 597, et le mandant sera également puni comme complice, en vertu de l'article 60 du Code pénal. C'est ce que décide un arrêt de la Cour de cassation du 2 avril 1863 : « Si la disposition dont il s'agit, dit-il, désigne spécialement les créanciers, c'est parce que, le plus ordinairement, c'est le créancier qui se présente en personne dans les assemblées nécessitées par les opérations de la faillite; mais si la stipulation délictueuse émane du mandataire par lequel le créancier est autorisé par l'article 505 du Code de commerce à se faire représenter, la responsabilité pénale, par une conséquence nécessaire de l'esprit de la loi et de l'objet qu'elle s'est proposé, doit atteindre le mandataire, lorsqu'il est constaté qu'il a frauduleusement agi. » La même solution se retrouve dans un autre arrêt du 20 juin 1874. La Cour de Toulouse a déclaré que les règles de la complicité sont applicables aux tiers qui se sont entremis pour obtenir l'adhésion du créancier et lui faire agréer des offres dans l'intérêt du failli; les tiers se rendent ainsi complices non du failli, mais du créancier délinquant. (Arr. 27 février 1868; Dalloz. 69, 2, 61.)

2° *Traité particulier duquel résulterait en faveur du créancier un avantage à la charge de l'actif du failli.* — La loi a voulu punir un créancier qui, sachant que le débiteur est en état de cessation de paiements, a cherché à se soustraire à la loi de l'égalité devant le malheur commun. Il faut donc : 1° que le créancier ait connu l'état du débiteur; 2° qu'il ait été de mauvaise foi,

c'est-à-dire qu'il ait eu l'intention frauduleuse de se faire une position meilleure. Sans l'existence de ces conditions, l'article 597 serait inapplicable. (Arr. Cass., 12 fév. 1846, 19 fév. 1876.) Il faut que le traité soit postérieur à la cessation de paiements. Or, le tribunal correctionnel est compétent pour fixer l'époque de la cessation de paiements; il doit donc la constater expressément. Il faut, en outre, que le créancier reçoive par le traité un avantage à la charge de l'actif du failli. Ainsi, l'article s'appliquera si la somme donnée par le failli au créancier provient d'un prêt consenti au débiteur depuis la déclaration de faillite. (Arr. Cass., 23 déc. 1857.) Mais, dans le cas où le créancier reçoit une caution, l'article ne s'appliquera pas toujours. Il ne s'appliquera pas certainement, si le cautionnement a eu lieu *animo donandi*. S'il n'a pas eu lieu dans cette intention, il faut examiner, en fait, si par suite du recours de la caution l'actif de la faillite se trouve diminué.

Le délit n'existerait pas si, après un concordat par abandon, le créancier s'était fait promettre par le failli un paiement intégral. Il y aurait délit, au contraire, si dans le cas d'un concordat ordinaire, le débiteur s'était mis par cette convention dans l'impossibilité de remplir les engagements résultant de son concordat, à moins que l'exécution de ce traité ne fût reportée à une époque postérieure à l'accomplissement des conditions du concordat.

Les peines pour les deux délits prévus par l'article sont : un emprisonnement qui ne pourra excéder une année et une amende qui ne pourra être au-dessus de 2,000 francs. La loi, on le voit, ne fixe que le *maximum*. Quel sera donc le *minimum*? Ce sera, évidemment, le

*minimum* des peines correctionnelles. (Arr. Cass., 21 août 1856.) Mais, au moins, le tribunal pourra-t-il, en cas de circonstances atténuantes, descendre jusqu'aux peines de simple police et ne prononcer que l'amende ou l'emprisonnement, comme le lui permet en matière de délit le décret du 27 novembre 1870? Non! le tribunal devra s'arrêter au *minimum* des peines correctionnelles : six jours d'emprisonnement, 16 francs d'amende et prononcer les deux peines. En effet, remarquons d'abord les expressions de l'article : *Seront punis correctionnellement...* Puis, les peines dont il s'agit ont été fixées par l'article 597 du Code de commerce et non par le Code pénal. Or, l'article 463 du Code pénal ne s'applique qu'aux peines établies par ce dernier Code et non aux peines prononcées par des lois spéciales qui doivent contenir une mention expresse au sujet de l'article 463. C'est ce qui résulte des travaux préparatoires de la loi de 1832 dont le texte, modifié par la loi du 13 mai 1863, a été simplement rétabli par le décret de 1870. Un amendement, tendant à appliquer l'article 463 à tous les délits sans distinction, fut proposé et rejeté, lors de ces travaux préparatoires. C'est là, d'ailleurs, la solution adoptée par une jurisprudence constante. (Arr. Cass., 24 septembre 1868, 10 mai 1872.)

La peine est aggravée et portée à deux ans de prison, si le créancier est syndic de la faillite. Cette aggravation s'explique par la mission de confiance dont est investi le syndic et par les grandes facilités dont il jouit pour obtenir des avantages particuliers.

La personne, tiers ou failli, avec laquelle le créancier a stipulé ou fait un traité particulier, ne peut pas être

punie comme complice. (Arr. Toulouse, 27 février 1868.) C'est ce qui résulte du rapport de M. Renouard : « Le failli lui-même, quoiqu'il ait participé au délit qui a créé ces conventions, doit pouvoir en demander la nullité sans être exposé à aucune peine... Il faut intéresser le failli à faire tomber de pareils actes. » M. Bédarride dit, de son côté, avec raison, que, grâce à cette impunité, l'existence des traités particuliers sera le plus souvent divulguée par la résistance que le failli ou les tiers qui les auront souscrits apporteront à leur exécution (n° 1291.) Mais il est un cas où le failli sera puni avec le créancier, non comme complice, mais comme auteur principal d'un autre délit. Ainsi, lorsque, après la cessation de paiements, le failli a payé un créancier au préjudice de la masse, le créancier peut être puni en vertu de l'article 597, comme ayant acquis par un traité particulier un avantage à la charge de l'actif, et le failli, de son côté, peut être poursuivi en banqueroute simple, pour s'être trouvé dans le cas prévu par le 4° de l'article 585 du Code de commerce. (V. Demangeat, p. 127.)

Voyons, maintenant, quel sera le sort de la convention faite par le créancier. Il est évident, tout d'abord, que cette convention a une cause illicite. Or, d'après l'article 1131 du Code civil, toute obligation née d'une telle convention ne peut avoir aucun effet. La portée de cette nullité est fort discutée. Les uns soutiennent que, si l'exécution d'une telle convention ne peut pas être exigée, la répétition, dans le cas où cette exécution aurait déjà eu lieu, est possible. Les autres, au contraire, décident que l'exécution et la répétition sont toutes deux impossibles. Nous lancer dans cette discussion, serait faire

une digression inutile, car la loi de 1838 a prévu, pour notre matière, tout doute à ce sujet. L'article 598 dispose, en effet, ainsi : *Les conventions seront, en outre, déclarées nulles à l'égard de toutes personnes et même à l'égard du failli. Le créancier sera tenu de rapporter à qui de droit les sommes ou valeurs qu'il aura reçues en vertu des conventions annulées.* Le tribunal devra donc, en condamnant le créancier, déclarer la convention nulle et ordonner que le créancier rapportera les sommes touchées en vertu de ces conventions. Mais le tribunal doit-il, d'*office*, déclarer la nullité et ordonner la restitution, ou ne le peut-il que sur les conclusions de la partie civile? Cette question est résolue dans deux sens différents par MM. Bédarride et Demangeat. D'après le premier, le tribunal correctionnel ne peut statuer ainsi que sur la demande de l'une des parties intéressées (n° 1295.) M. Demangeat admet, au contraire, que le tribunal doit statuer, d'*office*, sur ces points, et il réfute fort bien l'opinion de M. Bédarride (pp. 154 à 156.) Nous suivons le système de M. Demangeat. En effet, l'article 598 est formel; il ne dit pas : *les conventions pourront être...* il dit : *les conventions seront, en outre* (c'est-à-dire en outre de la condamnation.) Le juge est donc obligé de déclarer la nullité des conventions, comme il est obligé de condamner en cas de culpabilité certaine. La déclaration de nullité constitue une partie nécessaire du jugement de condamnation. Quant à l'ordre intimé au créancier de rapporter, il se trouve dans le même article à l'alinéa suivant qui débute, lui aussi, par une forme impérative : *Le créancier sera tenu de rapporter...* D'ailleurs, le rapport, qu'est-ce autre chose

dans l'espèce que la restitution dont parle l'article 51 du Code pénal et qui doit être ordonnée d'office? On peut encore citer, dans le sens de notre opinion, un arrêt de la Cour de Cassation du 23 mai 1846 et un passage de Blanche (n° 153.) En outre, des dommages-intérêts pourront être accordés sur les conclusions de la partie civile. Si l'article n'en parle pas c'est, comme le dit M. Renouard, parce qu'on n'a pas voulu inciter, par une disposition expresse, à faire des frais et à multiplier les interventions (p. 497.) En dehors de toute poursuite du ministère public, la personne intéressée peut citer directement à fins civiles le créancier devant le tribunal correctionnel. Elle peut encore poursuivre l'annulation de la convention par la voie civile. « L'action, nous dit l'article 599, sera alors portée devant les tribunaux de commerce. Lorsque le tribunal de commerce aura admis la demande, il devra ordonner qu'une expédition de son jugement sera transmise au procureur de la République, pour être, par ce magistrat, procédé ainsi qu'il appartient.

La nullité prononcée par l'article 598 peut être demandée, non-seulement par le failli et par les syndics représentant la masse, mais encore par tout créancier, car il est intéressé à ce que l'actif du failli ne soit pas grevé par les avantages qu'a stipulés le créancier délinquant.

Cette nullité n'est opposable qu'aux créanciers et non aux tiers qui sont demeurés étrangers à la fraude. Ainsi les effets de commerce souscrits par un failli au profit d'un créancier comme condition d'un vote, et transmis par la voie de l'endossement à des tiers porteurs de bonne foi, doivent être exécutés à l'égard de ceux-ci, sauf le re-

cours du failli contre le créancier, complice de la fraude qui les a négociés. (Paris, 14 février 1844.)

En vertu de l'article 638 du Code d'instruction criminelle, l'action publique qui naît de l'article 597 du Code de commerce ne dure que trois ans; il en est de même de l'action civile. Que décider au sujet de l'action en nullité de la convention qui résulte de l'article 598? Comme la loi ne fait aucune différence entre les actions civiles qui naissent d'un délit; comme, en outre, l'article 1304 du Code civil, qui fixe à dix ans la prescription des actions en nullité, réserve le cas où une loi spéciale a limité cette action à une durée moindre, nous déciderons que l'action en nullité de la convention se prescrira également par trois ans <sup>1</sup>. Toutefois cette décision, admissible pour le cas où il s'agirait d'obtenir la restitution des sommes payées en exécution du traité, ne le serait plus dans le cas où le créancier voudrait faire exécuter la convention après les trois ans, sans quoi la loi pourrait être facilement éludée : le créancier n'aurait qu'à faire sa demande à l'expiration du délai de la prescription. On pourra donc toujours opposer à l'action du créancier une exception de nullité, en vertu de la maxime : *quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*.

De quel jour courra la prescription de trois ans? Conformément à l'article 638 du Code d'instruction criminelle, ce sera du jour du délit, c'est-à-dire du jour

1. 4. Des arrêts de la Cour de cassation ont pourtant décidé que l'action en restitution des sommes est soumise à la prescription qui régit l'action en répétition de l'indû, c'est-à-dire à la prescription trentenaire. Car la source de cette action, c'est, d'après ces arrêts, non pas le délit, mais la réception de l'indû; il faut, dès lors, appliquer les principes du droit civil sur la répétition de l'indû. (Arr. cass. 5 mai 1863, 6 nov. 1866.)

même de la convention illicite. Cependant M. Bédarride (n° 1298 *bis*) et la Cour de cassation (Arr. 9 août 1862) soutiennent que, dans la première hypothèse prévue par l'article 597 du Code de commerce, la prescription ne pourra partir que du jour du vote, parce que, disent-ils, le délit ne se trouve consommé que par ce dernier fait. A notre avis, ils ont tort, car ce qui constitue le délit c'est, comme nous l'avons déjà dit, non pas le vote, mais la vente du vote : l'infraction existerait, alors même que pour une raison quelconque le créancier n'aurait pas voté.

Il résulte de l'alinéa 1 de l'article 598 que l'annulation de la convention produit son effet à l'égard de tous, quand elle émane du tribunal correctionnel; elle peut donc être invoquée par toute personne intéressée : les créanciers, le failli, les tiers eux-mêmes qui ont avancé les fonds, et auxquels ils seront restitués. (Arr. cass. 23 mars 1864.) Mais l'annulation prononcée par le tribunal de commerce aura un effet relatif : si, par exemple, l'un des créanciers, ayant demandé l'annulation devant ce tribunal, avait été débouté de sa demande, cela n'empêcherait pas le failli de demander et d'obtenir cette annulation. (Arr. cass. 4 juillet 1854.)

En vertu de l'article 600 du Code de commerce, les arrêts et jugements de condamnation, punissant les crimes ou délits, doivent être affichés et publiés aux frais des condamnés. C'est une peine à ajouter aux autres. On doit approuver le législateur d'avoir exigé cette publicité de la condamnation : il y a là un exemple qui pourra retenir bien des négociants et leur faire remonter la pente fatale sur laquelle, peut-être, ils glissaient déjà !

## CHAPITRE IV

### DISPOSITIONS RELATIVES A L'ADMINISTRATION DES BIENS ET A LA RÉHABILITATION.

#### SECTION I.

##### **Administration des biens en cas de banqueroute.**

L'article 601 est ainsi conçu : *Dans tous les cas de poursuite et de condamnation pour banqueroute simple ou frauduleuse, les actions civiles autres que celles dont il est parlé dans l'article 595 resteront séparées, et toutes les dispositions relatives aux biens, prescrites pour la faillite, seront exécutées sans qu'elles puissent être attribuées ni évoquées aux tribunaux de police correctionnelle, ni aux Cours d'assises.* — Donc, malgré la poursuite en banqueroute, le Tribunal de commerce reste compétent pour tout ce qui concerne l'administration des biens du failli et la procédure de la faillite. L'article permet par exception à la Cour ou au tribunal de s'occuper de certaines actions civiles : ainsi ces juridictions répressives pourront ordonner la réintégration à la masse des droits et actions frauduleusement soustraits et accorder des dommages intérêts, lorsque c'est un tiers qui est condamné. On devra décider de même à l'égard du complice du failli. Mais que décider à l'égard du failli ?

Selon M. Demangeat, on pourrait bien condamner le failli à faire des restitutions comme dans le cas où il aurait fait un inventaire incomplet : la restitution porterait alors sur la portion d'actif non inventoriée; on ne pourrait pas cependant le condamner à des dommages intérêts au profit de la masse (p. 149.) — Nous pensons, au contraire, qu'on pourrait fort bien condamner le failli à des dommages intérêts au profit de la masse. Mais ce qui n'est pas possible, c'est la condamnation au profit d'un créancier. Car le droit de poursuivre le failli, accordé aux créanciers par l'article 584, est limité par l'article 601. Décider autrement, ce serait violer le principe de l'égalité qui règne entre tous les créanciers. Ainsi l'a jugé avec raison un arrêt de la Cour de cassation du 7 novembre 1840. Toutefois, on pourrait admettre une condamnation de ce genre dans le cas où des dommages intérêts ne seraient payables qu'après acquittement en principal et intérêts de toutes les dettes. Il en serait de même si un créancier avait eu à subir un surcroît de préjudice, si, par exemple, la masse s'était enrichie à ses dépens : le principe de l'égalité, lui-même, exigerait, cette fois, que le créancier fût indemnisé.

A part ces cas, dans lesquels le tribunal de répression peut connaître de l'action civile, c'est le Tribunal de commerce qui est compétent pour trancher les questions relatives à la disposition et l'administration des biens. Le jugement déclaratif de faillite a dessaisi le failli pour saisir les syndics, et ceux-ci continueront à avoir cette saisine malgré la poursuite en banqueroute et la condamnation. Le tribunal de répression ne pourra donc pas s'attribuer la direction et la connaissance de la faillite

qui restent au Tribunal de commerce. — Cependant, l'exercice de la justice pénale ne doit pas être gêné. Aussi, quoique les syndics soient déclarés par l'article 484 dépositaires des livres et papiers du failli, ce dépôt peut cesser, s'il y a poursuite en banqueroute. En effet, d'après l'article 602, les syndics de la faillite seront tenus de remettre au ministère public les pièces, titres, papiers et renseignements qui leur seront demandés. Mais, comme les syndics peuvent avoir besoin de ces papiers pour la liquidation de la faillite qui suit toujours son cours par leurs soins et sous la direction du juge commissaire, ils peuvent en prendre communication par la voie du greffe. *Les pièces, titres et papiers délivrés par les syndics, dit l'article 605, seront, pendant le cours de l'instruction, tenus en état de communication par la voie du greffe : cette communication aura lieu sur la réquisition des syndics, qui pourront y prendre des extraits privés, ou en requérir d'authentiques, qui leur seront expédiés par le greffier. — Les pièces, titres et papiers dont le dépôt judiciaire n'aurait pas été ordonné seront, après l'arrêt ou le jugement, remis aux syndics qui en donneront décharge.*

A côté des syndics, qui continueront à remplir leurs fonctions, il y aura, si le failli est condamné aux travaux forcés ou à la réclusion, un tuteur et un subrogé-tuteur. (Art. 29 C. pén.) Le tuteur représentera la personne du failli, exercera les actions que celui-ci eût pu exercer s'il n'avait été en état d'interdiction légale, et se présentera à sa place dans les actes de la faillite qui exigeraient la présence du failli.

Les solutions précédentes, relatives à la persistance des pouvoirs des syndics, devront-elles s'appliquer également au cas où l'accusé de banqueroute est contumax ; D'après les articles 465 et 466 du Code d'instruction criminelle, les biens du contumax sont mis sous le séquestre de la régie des domaines et de l'enregistrement. Mais remarquons qu'il n'y a dans ce séquestre qu'un moyen de contraindre le contumax, par la privation de ses ressources d'existence, à se présenter à la justice. Aussi serons-nous d'avis avec la doctrine et un arrêt de la Cour de Caen du 17 janvier 1849 que le séquestre ne s'appliquera pas aux biens du failli en état de contumace, car l'intervention de la régie des domaines dans les affaires du failli entraverait la marche de la faillite, résultat que la loi veut éviter, comme le prouve l'article 601 du Code de commerce. Donc, les syndics restent saisis, même en cas de contumace, des biens du failli ; c'est ce que porte d'ailleurs une circulaire du Directeur général des domaines en date du 5 septembre 1807.

## SECTION II

### Réhabilitation du banqueroutier.

Nous n'avons à parler de la réhabilitation qu'à propos de l'influence qu'exerce sur cette matière la banqueroute simple ou frauduleuse. Il y a deux sortes de réhabilitations : 1° *la réhabilitation commerciale* ; 2° *la réhabilitation criminelle*. La première aura pour effet de rétablir le failli dans tous les droits dont il a été privé par le jugement déclaratif de faillite. La seconde fera disparaître les

déchéances et les incapacités qu'entraîne le jugement ou l'arrêt qui aura condamné le banqueroutier.

Le banqueroutier simple et le banqueroutier frauduleux pourront, tous deux, user de la réhabilitation criminelle. Mais il existe une différence entre eux quant aux conditions auxquelles cette réhabilitation est soumise. Le banqueroutier simple ne doit satisfaire qu'aux conditions ordinaires; il lui suffit, après avoir subi sa peine ou obtenu sa grâce, de justifier du paiement préalable des frais de justice, de l'amende et des dommages-intérêts, ou de prouver qu'il a subi la contrainte par corps à raison de ces dettes. Le banqueroutier frauduleux doit, au contraire, justifier du paiement du passif de sa faillite en capital, intérêts et frais, ou de la remise qui lui en a été faite. (Art. 623, al. 3 C. instr. crim.).

Quant à la réhabilitation commerciale, elle n'est accessible qu'au banqueroutier simple, qui a subi sa peine (art. 612, al. 1 C. com.); et encore peut-elle lui être refusée; cela résulte de l'expression : *pourra être admis*, employée par l'alinéa 2 de cet article. D'après certains auteurs, il n'y a pas là une dérogation au droit commun, car la Cour d'appel, suivant eux, est libre d'accorder ou de refuser la réhabilitation, même quand il s'agit d'un simple failli, la réhabilitation étant pour les magistrats une question de conscience. D'ailleurs l'article 609 du Code de commerce charge le procureur de la République et le président du Tribunal de commerce de transmettre leur avis sur la demande, avis pour le moins inutile, si la réhabilitation était forcément acquise au failli par le seul fait qu'il aurait justifié du paiement intégral de ses dettes. Nous partageons complètement cette opinion, qui est

cependant combattue par des auteurs tels que Demangeat (p. 183) et Bédarride (n° 1324).

Le banqueroutier frauduleux ne peut donc user de la réhabilitation commerciale (art. 634, al. 2 C. instr. crim.). C'est un éclatant hommage rendu à la morale que cette disposition qui bannit le banqueroutier frauduleux d'une corporation pour laquelle la loyauté et l'honneur sont des qualités obligatoires et traditionnelles. « La dignité des commerçants eux-mêmes ne permettait pas de tolérer que l'individu sortant de la prison ou du bagne vint audacieusement se pavaner dans leurs rangs et souillât par son contact leur honorabilité. » (Bédarride, n° 1330 *bis*). — Mais, remarquons-le, refuser la réhabilitation commerciale au banqueroutier frauduleux, c'est lui enlever le bénéfice de la réhabilitation criminelle. A quoi lui sert, en effet, d'être réintégré dans ses droits politiques, si, comme failli non réhabilité, il ne peut les exercer? Dès lors, sera-t-il porté à demander sa réhabilitation criminelle? Évidemment non, d'autant plus qu'il lui faudrait payer intégralement ses dettes. Les créanciers perdront ainsi l'espoir de voir leur débiteur venir au-devant d'eux pour les indemniser, et il ne leur restera plus que la voie des poursuites qui n'aboutiront pas toujours, le banqueroutier ayant eu le soin de dissimuler les biens qu'il posséderait encore. Nous ne pensons pas néanmoins que le législateur doive intervenir pour accorder l'accès de la réhabilitation au banqueroutier frauduleux. Peut-on trouver une peine qui, d'une façon indirecte et dans une certaine mesure, ne rejaillisse pas sur des innocents? Le nom de l'assassin par la publicité donnée à la condamnation se trouve dés-honoré. Ce nom est pourtant le nom de sa femme et de

ses enfants. L'emprisonnement, la condamnation à l'amende d'un père de famille ne suppriment-ils pas une partie ou la totalité des ressources de sa famille?

## CHAPITRE V

### CONCLUSION ET LÉGISLATION COMPARÉE

Il ne suffit pas d'étudier une institution législative; il faut encore se demander si elle a atteint, dans la mesure du possible, cette perfection relative qui devrait exister en toute chose et principalement dans le Droit, à cause des exigences sociales, si multiples et si variées, auxquelles il doit donner satisfaction. Cette perfection, la loi sur la banqueroute, comme bien d'autres d'ailleurs, est loin de l'avoir atteinte. Aussi nous permettrons-nous de proposer une réforme à son sujet.

Quand on consulte le compte rendu criminel que publie, chaque année, le ministère de la justice, on est frappé du nombre des acquittements qui interviennent sur les poursuites en banqueroute frauduleuse et de la quantité des déclarations de circonstances atténuantes qui adoucissent les effets d'un verdict affirmatif. Il en résulte que la peine portée par la loi (les travaux forcés) est rarement appliquée. En présence de cette situation, nous estimons qu'il y aurait lieu de faire du crime de banqueroute frauduleuse un simple délit. Evidemment la pénalité serait plus faible; mais en revanche la répression serait plus sûre. Car certainement bien des acquittements interviennent en matière criminelle parce que le jury est

effrayé de la peine, qu'il ne peut s'empêcher de considérer, malgré la défense que lui en fait la loi. Au contraire, devant le tribunal correctionnel les acquittements sont rares et, quoiqu'il s'agisse d'une infraction moins grave, de la banqueroute simple, la répression est suffisante.

Mettons sous les yeux du lecteur les données de la statistique pour l'année 1881. Sur 77 accusés de banqueroute frauduleuse, 40 ont été acquittés, 1 a été condamné aux travaux forcés à temps, 2 l'ont été à la réclusion, 31 à plus d'un an d'emprisonnement, 3 à un an et au dessous. — 55 accusés de banqueroute frauduleuse ont été jugés par contumace et condamnés : 51 aux travaux forcés à temps et 2 à la réclusion ; 10 accusés ont pu être repris et jugés contradictoirement, 2 ont été acquittés, 7 condamnés à plus d'un an d'emprisonnement et 1 à un an. — Passons maintenant à la banqueroute simple : il y a eu pour ce délit 898 prévenus ; 59 ont été acquittés, 25 condamnés à plus d'un an d'emprisonnement, 709 condamnés à un an et au-dessous, etc.... Ces chiffres ne plaident-ils pas assez éloquemment en faveur de notre opinion ?

Mais l'on nous objectera peut-être que la banqueroute frauduleuse constitue une infraction bien autrement grave, bien autrement coupable qu'une simple faute. ... Nous répondrons que c'est précisément pour cela qu'il faut éviter que cette infraction demeure impunie. Or, pour atteindre ce but, un seul moyen existe : la correctionnalisation de la banqueroute frauduleuse. Grâce à elle, au lieu de n'être punie par la cour d'assises que dans la moitié des cas au plus, et de peines qui sont presque toujours des peines correctionnelles, l'infraction sera toujours

réprimée par le tribunal correctionnel : la peine appliquée sera la même, et les exemples scandaleux d'impunité diminueront : « Qu'on examine la cause des relâchements, a dit Montesquieu, on verra qu'elle vient de l'impunité des crimes et non pas de la modération des peines. »

La réforme que nous proposons avait été déjà indiquée, en 1869, par M. Molinier, dans un Mémoire lu à l'Académie de législation. Le savant professeur s'exprimait ainsi : « Il conviendrait de changer la répression de la banqueroute frauduleuse, en l'assimilant à l'abus de confiance et au vol... Pour arriver à une répression sûre du crime, il y a souvent nécessité de combiner les principes avec les exigences vulgaires de la pratique..... On ne peut donc que reconnaître qu'une répression correctionnelle qui serait certaine aurait, pour ce crime, une puissance d'intimidation plus grande que la répression dont on se sert et qui punit si peu..... la correctionnalisation que nous proposons existe déjà en très grande partie dans l'application. »

L'expérience a donné raison à M. Molinier. Nous ne pouvons donc mieux faire que d'adopter ses conclusions : « Qu'on correctionnalise le crime de banqueroute frauduleuse, qu'on le considère comme une escroquerie grave et un abus de confiance, qu'on le punisse d'une peine correctionnelle de deux à cinq ans d'emprisonnement et de la privation des droits civiques, civils et de famille, mentionnés dans l'article 42 du Code pénal, et on arrivera à une répression salutaire, en ayant soin de stipuler dans tous les traités internationaux que l'extradition sera accordée pour ce délit. Alors le banqueroutier frauduleux,

jugé par des magistrats qui scruteront avec soin sa vie commerciale, et qui examineront ses livres, n'aura plus les mêmes chances d'impunité. Le jugement suivra de très près la déclaration de faillite. S'il a pris la fuite, on le jugera par défaut, et l'expiration des délais de l'opposition et de l'appel, rendront bientôt sa condamnation irrévocable. Il conviendrait même, pour ce cas, de proroger le délai de la prescription de la peine jusqu'à vingt années, afin que le fugitif, s'il n'était pas extradé, fût dans l'alternative, ou de se soumettre au jugement, ou de subir un long exil à l'étranger. Il n'aura plus, comme il l'a aujourd'hui, la faculté de se laisser juger par contumace pour venir, lorsque l'irritation de ses créanciers est calmée, se faire acquitter par des jurés qui ne peuvent plus être éclairés suffisamment, sur des faits de commerce qui remontent à un passé éloigné. »

Nous pensons, en outre, que la peine portée contre les agents de change en cas de simple faillite (les travaux forcés à temps) est trop forte. Que l'on punisse l'agent de change pour s'être livré au commerce, quand la loi le lui défend, c'est bien. Mais qu'on ne punisse pas comme un crime le simple malheur. L'agent de change est failli : il n'est pas banqueroutier. Les éléments du crime manquent, et il ne peut pas être question de circonstances aggravantes, puisqu'il n'y a pas même un délit. Nous nous trouvons donc en présence d'une monstruosité législative d'autant plus terrible qu'elle existe en matière pénale.

Recherchons maintenant comment la banqueroute est réprimée dans les autres Etats. Nous ne pourrions citer que quelques législations étrangères, les documents étant

assez rares sur ce point. Nous devons faire tout d'abord une remarque générale, c'est que, à la différence de la loi française, les lois étrangères déclarent la faillite applicable même aux non-commerçants qui peuvent donc, ainsi, se trouver en état de banqueroute. Nous pouvons citer à titre d'exemple les législations allemande, anglaise, danoise, autrichienne, la législation des États-Unis, etc...

*Allemagne.* — Cet empire est régi par le Code des faillites (*Die Konkurs-Ordnung*), promulguée le 10 février 1877. Cette loi, s'appliquant même aux non-commerçants, on n'a plus à se demander, comme dans notre droit, si la question de faillite est préjudicielle à l'action. Les cas de banqueroute sont à peu près les mêmes que ceux que prévoit notre Code de commerce; mais le Code allemand ne frappe pas d'une peine différente le conjoint, les descendants ou ascendants du failli qui ont détourné, diverti ou recélé des effets appartenant à la faillite. Il n'aggrave pas la peine lorsque le créancier qui a stipulé des avantages particuliers est syndic de la faillite. Mais, en revanche, il comble une lacune qui malheureusement existe dans notre loi : il punit des peines de la banqueroute les administrateurs d'une société anonyme qui ont commis un fait constitutif de cette infraction (§ 214). Nous allons reproduire en partie les dispositions de loi allemande :

« § 209. Les débiteurs qui ont cessé leurs paiements ou sur les biens desquels la procédure de faillite a été ouverte, seront punis pour crime de banqueroute frauduleuse (*betrüglich Bankerutt*) de la peine de la réclusion, lorsque dans le but de frustrer leurs créanciers ils auront, etc ..

« En cas de circonstances atténuantes, la peine sera de trois mois d'emprisonnement au moins. »

« § 210. Les débiteurs qui ont cessé leurs paiements ou sur les biens desquels la procédure de la faillite a été ouverte, seront punis pour délit de banqueroute simple, d'un emprisonnement jusqu'à deux ans, lorsqu'ils auront, etc...

« § 211. Les débiteurs qui ont cessé leurs paiements ou sur le patrimoine desquels la procédure de faillite a été ouverte, seront punis d'un emprisonnement jusqu'à deux ans, lorsque, tout en ayant connaissance de leur insolvabilité, ils auront accordé à un de leurs créanciers, dans le but de lui procurer un avantage vis-à-vis des autres créanciers, une garantie ou paiement auquel il n'avait pas le droit de prétendre, ou du moins pas à cette époque ou de cette manière.

« § 212. Sera puni de la réclusion jusqu'à dix ans : quiconque, dans l'intérêt d'un débiteur qui a cessé ses paiements ou sur le patrimoine duquel la procédure de faillite a été ouverte, aura dissimulé ou détourné des biens ou valeurs appartenant à ce débiteur, etc...

« En cas de circonstances atténuantes, la peine sera celle de l'emprisonnement ou d'une amende jusqu'à six mille marcs.

« § 213. Tout créancier qui se sera fait donner ou promettre par le failli ou par d'autres personnes, des avantages ayant pour but de le décider à voter dans un sens déterminé lors des votes des créanciers, sera puni d'une amende jusqu'à trois mille marcs ou de l'emprisonnement jusqu'à un an.

« § 214. Les dispositions pénales des §§ 209 à 211

sont applicables aux administrateurs d'une société par actions, ou d'une association coopérative enregistrée, ainsi qu'aux liquidateurs d'une société de commerce ou d'une association coopérative enregistrée qui a cessé ses paiements, ou sur les biens de laquelle, la procédure de faillite a été ouverte, lorsqu'ils auront commis en ladite qualité les faits punissables prévus par ces paragraphes.

*Angleterre.* — La législation sur les faillites et les banqueroutes a été remaniée plusieurs fois ; mais elle ne semble pas suffisante. Aussi, plusieurs projets ont-ils été présentés et renvoyés à des commissions qui ont déposé leur rapport. Nous ne connaissons pas les résultats de la discussion.

*Finlande.* — La loi du 9 novembre 1868 sur les faillites et les banqueroutes s'applique aux négociants et aux autres personnes insolvables. Le bénéfice de compétence qui peut être opposé aux créanciers est refusé au débiteur qui s'est rendu coupable de fraude, de manœuvres déshonnêtes ou de graves négligences dans ses affaires. De plus, ces banqueroutiers simples ou frauduleux sont soumis à des peines plus ou moins graves, selon la nature de leur culpabilité.

*Suisse.* — La loi pour le canton de Neuchâtel, du 25 mai 1879, déclare que la faillite s'applique à tout débiteur qui se trouve hors d'état de payer ses dettes. Les derniers chapitres, relatifs à la banqueroute et à la réhabilitation, ne s'écartent point des règles habituelles en ces matières.

*Espagne.* — On distingue : 1° la cessation de paiements ; 2° l'insolvabilité fortuite ; 3° l'insolvabilité coupable ; 4° l'insolvabilité frauduleuse ; 5° l'*alzamiento*,

mot qui n'a pas d'équivalent en français et qui indique la soustraction frauduleuse des biens ou la fuite de la personne. Le Code pénal, du 18 juin 1870, punit l'insolvabilité coupable, l'insolvabilité frauduleuse et l'*alzamiento*. (Art. 536 à 546.) Nous traduisons ces articles. Ils sont contenus dans le chapitre IV, intitulé : *Fraudes (de fraudaciones)* et font l'objet de la section première, qui porte pour rubrique : soustraction de biens (*alzamiento*) ; faillite (*quiebra*), et insolvabilité punissables (*e insolvencia punibles*.) Voici ces articles :

Art. 536. — Celui qui soustraira ses biens au préjudice de ses créanciers sera puni, s'il est commerçant, des galères majeures (*con las penas de presidio mayor*) et, s'il ne l'est pas, d'une peine qui variera entre le degré supérieur des galères correctionnelles (*presidio correctional*) et le degré moyen des galères majeures.

Art. 537. — Le failli (*el quebrado*) qui sera déclaré en état d'insolvabilité frauduleuse (*insolvencia fraudulenta*), selon les règles du Code de commerce, sera puni d'une peine qui variera entre le degré supérieur des galères correctionnelles et le degré moyen des galères majeures.

Art. 538. — Le failli qui serait déclaré en état d'insolvabilité coupable pour quelque une des causes énumérées dans l'article 1005 du Code de commerce, encourra la peine de l'emprisonnement correctionnel en son degré moyen ou en son degré inférieur.

Art. 539. — Dans les cas des deux articles précédents, si la perte occasionnée aux créanciers n'atteignait pas le 10 % de leurs créances respectives, on appliquera au failli les peines immédiatement inférieures en degré à celle qui est indiquée dans lesdits articles.

Quand la perte excèdera le 50 %, on appliquera, en leur degré supérieur, les peines indiquées dans les deux articles mentionnés.

Art. 540. — Les peines indiquées dans les trois articles précédents sont applicables aux commerçants, bien qu'ils ne soient pas immatriculés, s'ils ont exercé habituellement le commerce.

Art. 541. — Seront punis comme complices du délit d'insolvabilité frauduleuse, ceux qui exécuteront quelques-uns des actes qui sont désignés dans l'article 1010 du Code de commerce.

Art. 542. — Encourra une peine qui variera entre le maximum de l'arrêt majeur et le minimum de l'emprisonnement correctionnel, l'insolvable, non commerçant, dont l'insolvabilité sera le résultat, en tout ou en partie, de l'un des faits suivants...

Art. 543. — Encourra une peine qui variera entre le maximum des galères correctionnelles et le minimum des galères majeures, l'insolvable non commerçant dont l'insolvabilité sera le résultat, en tout ou en partie, de l'un des faits suivants...

Art. 544. — Est applicable aux deux articles précédents la disposition contenue dans l'article 539.

Art. 545. — Seront punis, comme complices du délit d'insolvabilité frauduleuse, commis par le débiteur non adonné au commerce, ceux qui accompliront quelqu'un des actes suivants...

Art. 546. — Les peines indiquées dans ce chapitre s'appliqueront dans leur degré maximum ou moyen au failli ou à l'insolvable qui ne restituerait pas le dépôt misérable ou nécessaire.

Comme on a pu le remarquer, cette législation contient une particularité : la peine qui frappe le failli doit s'élever, si le préjudice occasionné aux créanciers est important ; elle doit s'abaisser, s'il est minime. (Articles 539 et 544.)

*Portugal.* — Le Code pénal de ce pays punit la banqueroute. (Articles 447, 448 et 449.) Il distingue, comme la loi espagnole : 1° la faillite frauduleuse (*a quebra fraudulenta*;) 2° la faillite coupable (*a quebra culposa*); 3° l'insolvabilité frauduleuse (*insolvencia fraudulenta*.)

*Italie.* — Le nouveau projet n'ayant pas encore été voté, cet État se trouve toujours régi par le Code pénal du 20 novembre 1859. Ce Code réprime la banqueroute dans ses articles 381, 382, 383, 384. Il distingue, avec la loi française, deux sortes de banqueroutes : 1° la banqueroute simple (*bancarotta semplice*;) 2° la banqueroute frauduleuse (*bancarotta fraudulenta*.) Les peines sont du même genre que celles qu'édicte notre Code. Elles sont également aggravées quand les coupables sont agents de change ou courtiers. Mais, dans ce cas, la simple faillite n'est pas punie et la banqueroute frauduleuse n'entraîne que le maximum des travaux forcés à temps. Voici les dispositions de ce Code que nous traduisons :

Art. 381. Ceux qui, dans les cas prévus par la loi commerciale, sont déclarés coupables de banqueroute, seront punis comme il suit :

Les coupables de banqueroute frauduleuse seront punis de la peine de la réclusion et encore des travaux forcés à temps, selon la gravité des cas ;

Les coupables de banqueroute simple seront punis

d'un emprisonnement d'un mois au moins à deux ans au plus.

Art. 382. Les agents de change et les courtiers coupables de banqueroute simple, seront punis de cinq ans de réclusion au moins ou aussi des travaux forcés à temps; s'ils sont coupables de banqueroute frauduleuse, ils seront punis du maximum des travaux forcés à temps.

Art. 383. Ceux qui, selon la loi commerciale, auront été déclarés complices de banqueroute frauduleuse, seront punis du même genre de peine infligé au coupable de banqueroute frauduleuse.

Art. 384. Rien n'est changé aux dispositions particulières du Code de commerce contenues dans le titre de banqueroute.

Nous devons mentionner enfin le Code de commerce du royaume d'Italie, promulgué le 31 octobre 1882 et mis en vigueur à partir du 1<sup>er</sup> janvier 1883. Ce Code s'occupe de la banqueroute dans le titre VIII du livre troisième. Il maintient la distinction établie par le Code pénal italien entre la banqueroute simple et la banqueroute frauduleuse. L'article 855 déclare que l'action publique peut être intentée, même avant la déclaration de faillite, lorsqu'à la cessation de paiements se joignent des faits de fuite, de latitance, de magasins fermés, de détournement, de soustraction ou de diminution frauduleuse du patrimoine au préjudice des créanciers. Le chapitre I<sup>er</sup> est consacré exclusivement à la banqueroute. La condamnation pour banqueroute simple est comme en Droit français tantôt obligatoire, tantôt facultative. L'article 386, qui indique les cas dans lesquels le commerçant sera déclaré banqueroutier simple, est la reproduction presque

exacte de l'article 585 de notre Code. Toutefois, l'article du Code italien contient un cinquième paragraphe relatif au défaut de tenue des livres. Ainsi, ce fait, qui, dans le Droit français, rentre parmi ceux pour lesquels la condamnation est facultative, doit, au contraire, une fois constaté, entraîner la condamnation, d'après la législation italienne. L'article 857 énumère les cas dans lesquels la condamnation est facultative. Il reproduit, lui aussi, notre article 586, moins le paragraphe 1 de cet article. D'après l'article 858, quiconque exerce habituellement la profession de médiateur et tombe en faillite est coupable de banqueroute simple. Destiné à punir l'une des fraudes qui se pratiquent le plus souvent à l'occasion des faillites, l'article 859 s'exprime ainsi : Sera déclaré banqueroutier simple tout commerçant qui, même avant la déclaration de la faillite, dans la seule intention de se faciliter l'obtention d'un sursis, s'est attribué sciemment, contrairement à la vérité, une part de l'actif ou qui a simulé des créances non existantes pour faire intervenir dans les assemblées des créanciers en totalité ou en partie supposés. L'article 860 énumère les faits constitutifs de la banqueroute frauduleuse qui sont les mêmes qu'en Droit français.

La banqueroute simple est punie d'un emprisonnement de six mois à deux ans : cette peine, dans les cas prévus par l'article 857, peut être abaissée jusqu'à un mois. La poursuite pénale pour banqueroute simple est suspendue si le tribunal, en homologuant le concordat, révoque le jugement déclaratif de faillite. L'action pénale s'éteint par l'accomplissement complet des obligations du concordat. Les banqueroutiers frauduleux sont punis de la ré-

clusion et, dans les cas les plus graves, des travaux forcés à temps. Ces diverses peines doivent toujours être prononcées au maximum contre ceux qui ont exercé la profession de médiateur.

Le chapitre II s'occupe des délits commis par des personnes autres que le failli et qui ne sont pas ses complices. Et d'abord, l'article 862 déclare punissable le préposé ou le représentant du commerçant failli qui, dans la gestion à lui confiée, s'est rendu coupable de certains actes constitutifs du délit de banqueroute. L'article 863 consacre un progrès que nous avons déjà rencontré dans la loi allemande. En effet, dans le cas de faillite d'une Société en commandite par actions ou anonyme, les administrateurs et les directeurs sont punis, s'ils n'ont pas observé certaines dispositions légales, ou s'ils ont commis certains faits et notamment :

1° Si, par dol, ils ont négligé de publier le contrat social...;

2° S'ils ont donné une fausse indication du capital souscrit ou versé ;

3° S'ils ont distribué aux associés des dividendes fictifs et ont diminué ainsi le capital social ;

4° S'ils ont fait, par dol, des prélèvements supérieurs à ceux accordés dans l'acte de Société ;

5° S'ils ont occasionné, par dol ou par suite d'opérations frauduleuses, la faillite de la Société.

D'après l'article 864, le syndic de la faillite qui se sera rendu coupable de malversation dans sa gestion sera puni, selon la gravité du préjudice causé, de la réclusion ou d'un emprisonnement de trois mois au moins. Si le syndic n'est coupable que de négligence, il sera frappé,

selon les circonstances, d'un emprisonnement et d'une amende, ou de l'une de ces peines seulement. Ces dispositions s'appliquent également aux auxiliaires et employés du syndic. L'article 865 contient deux dispositions identiques à celles de notre article 593. La peine est également atténuée en faveur des descendants, ascendants ou conjoints du failli. Les articles 866 et 867 reproduisent les articles 595, 597 et 598 de la loi française.

Tel est, dans sa partie relative à la banqueroute, le Code commercial italien. On conçoit facilement que le garde des sceaux, M. Zanardelli, ait pu dire sans chauvinisme, dans son rapport au roi Humbert, que ce Code plaçait l'Italie au premier rang parmi les peuples civilisés, en fait de législation commerciale.

## POSITIONS

### DROIT ROMAIN

- I. L'accession n'est pas un mode d'acquérir.
- II. L'existence parallèle des servitudes *altius tollendi* et *non altius tollendi* s'explique par un état de choses immémorial ou des statuts locaux, formant une sorte de Droit commun.
- III. Les créances étaient cessibles en Droit romain.
- IV. L'action paulienne est une action personnelle.

### DROIT FRANÇAIS

- I. Un interdit judiciaire peut, dans un intervalle lucide, se marier, reconnaître un enfant naturel, faire une donation ou un testament.
- II. L'article 747 du Code Civil ne s'applique pas en cas d'échange.
- III. La femme commune, bénéficiaire d'un contrat d'assurance sur la vie, ne doit pas à la communauté récompense du montant des primes.
- IV. Le preneur, même dans le cas de l'article 1743 du Code Civil, n'a qu'un droit purement personnel.

DROIT CRIMINEL

I. En cas de concours de récidive et de circonstances atténuantes, l'aggravation, pour cause de récidive, doit précéder l'atténuation pour cause de circonstances atténuantes.

II. Les juges d'instruction peuvent saisir à la poste les lettres missives adressées au prévenu, mais celles-là seulement.

III. Ce pouvoir appartient également aux préfets.

IV. Une déclaration mensongère devant le juge d'instruction ne saurait constituer le crime de faux témoignage et tomber sous le coup de l'article 361 du Code Pénal.

---

*Vu par le Président de la thèse,*

Le 12 mars 1884.

VICTOR MOLINIER.

*Vu par le Doyen de la Faculté,*

Le 18 mars 1884.

HENRY BONFILS.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER,

Toulouse, le 18 mars 1884.

*Le Recteur,*

A. PERROUD.

# TABLE DES MATIÈRES

---

AVANT-PROPOS. ....	7
--------------------	---

## DROIT ROMAIN

### De la « *bonorum venditio* ».

CHAPITRE PREMIER. — Origine de la <i>bonorum venditio</i> .....	10
CHAPITRE II. — Fonctionnement de la <i>bonorum venditio</i> ....	19
<i>Section I.</i> — Dans quels cas s'applique la <i>bonorum venditio</i> .....	19
<i>Section II.</i> — Envoi en possession.....	24
§ 1. — Comment s'obtient l'envoi en possession?.....	25
Qui peut le demander?.....	25
A qui profite-t-il?.....	27
§ 2. — Sur quels biens porte l'envoi en possession?..	28
Quels sont ses effets?.....	32
§ 3. — Administration des biens.....	33
Fin de l'envoi en possession.....	35
<i>Section III.</i> — Vente des biens.....	36
§ 1. — <i>Venditio bonorum</i> .....	36
Procédure de la <i>venditio bonorum</i> .....	36
Effets de la <i>venditio bonorum</i> .....	41
§ 2. — De la <i>bonorum distractio</i> .....	43
Formes de cette vente.....	44
Paiement des créanciers.....	44
Effets de la vente.....	45
Substitution de la <i>distractio</i> à la <i>venditio</i> .....	45

CHAPITRE III. — Modification des effets de la <i>bonorum venditio</i> .....	46
<i>Section I.</i> — Cession de biens.....	46
<i>Section II.</i> — Séparation des patrimoines.....	50
<i>Section III.</i> — Action paulienne.....	54

## DROIT FRANÇAIS

### De la Banqueroute.

INTRODUCTION.....	57
Étymologie.....	58
Nécessité de réprimer le fait de banqueroute.....	59
Historique.....	59
Lois actuelles qui régissent la banqueroute.....	67
CHAPITRE PREMIER. — De la banqueroute simple et de la banqueroute frauduleuse.....	68
<i>Section I.</i> — Distinction entre les deux sortes de banqueroute.....	68
<i>Section II.</i> — Règles communes aux deux banqueroutes.....	70
<i>Section III.</i> — Conditions d'exercice de l'action publique dans les deux cas de banqueroute simple et de banqueroute frauduleuse.....	75
<i>Section IV.</i> — Indépendance respective des actions en banqueroute simple et en banqueroute frauduleuse.....	80
CHAPITRE II. — Règles particulières à chaque sorte de banqueroute.....	83
<i>Section I.</i> — Banqueroute simple.....	83
§ 1. — Cas de banqueroute simple.....	84
Article 585 du Code de commerce.....	85
Article 586 du même Code.....	93
§ 2. — Tentative et complicité en matière de banqueroute simple.....	99
§ 3. — Peines; compétence; contenu du jugement....	102
§ 4. — Exercice de l'action publique et de l'action civile; appel; prescription.....	103
§ 5. — Par qui sont supportés les frais ?.....	106

<i>Section II.</i> — Banqueroute frauduleuse.....	111
§ 1. — Cas de banqueroute frauduleuse.....	111
§ 2. — Tentative et complicité en matière de banqueroute frauduleuse.....	114
§ 3. — Peines; compétence; position des questions et déclaration du jury.....	114
§ 4. — Exercice de l'action publique et de l'action civile; pourvoi; prescription.....	122
§ 5. — Par qui sont supportés les frais?.....	124
CHAPITRE III. — Des crimes et des délits commis dans la faillite par d'autres que par le failli....	126
§ 1. — Crimes commis par des tiers.....	126
§ 2. — Délits commis par les syndics.....	133
§ 3. — Délits commis par des créanciers au moyen de conventions illicites.....	134
CHAPITRE IV. — Dispositions relatives à l'administration des biens et à la réhabilitation..	145
<i>Section I.</i> — Administration des biens en cas de banqueroute.....	145
<i>Section II.</i> — Réhabilitation du banqueroutier.....	148
CHAPITRE V. — Conclusion et législation comparée..	151
Réformes proposées.....	153
Législations étrangères : Allemagne (loi sur les faillites de 1877).....	155
Angleterre.....	157
Finlande (loi sur les faillites et les banqueroutes de 1868).....	157
Suisse (loi de 1879 pour le canton de Neuchâtel).....	157
Espagne (Code pénal de 1870).....	157
Portugal (Code pénal).....	160
Italie (Code pénal de 1859 et Code commercial de 1882).....	160