Traité de droit commercial (2e éd. revue et augmentée) par M. Bravard-Veyrières,... et Ch. Demangeat,...

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

Bravard-Veyrières, Pierre-Claude-Jean-Baptiste (1804-1861),Demangeat, Charles (1820-1896). Traité de droit commercial (2e éd. revue et augmentée) par M. Bravard-Veyrières,... et Ch. Demangeat,.... 1888-1892.

1/ Les contenus accessibles sur le site Gallica sont pour la plupart des reproductions numériques d'oeuvres tombées dans le domaine public provenant des collections de la BnF.Leur réutilisation s'inscrit dans le cadre de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 :
*La réutilisation non commerciale de ces contenus est libre et gratuite dans le respect de la législation en vigueur et notamment du maintien de la mention de source.
*La réutilisation commerciale de ces contenus est payante et fait l'objet d'une licence. Est entendue par réutilisation commerciale la revente de contenus sous forme de produits élaborés ou de fourniture de service.

Cliquer ici pour accéder aux tarifs et à la licence

2/ Les contenus de Gallica sont la propriété de la BnF au sens de l'article L.2112-1 du code général de la propriété des personnes publiques.

3/ Quelques contenus sont soumis à un régime de réutilisation particulier. Il s'agit :

*des reproductions de documents protégés par un droit d'auteur appartenant à un tiers. Ces documents ne peuvent être réutilisés, sauf dans le cadre de la copie privée, sans l'autorisation préalable du titulaire des droits.
*des reproductions de documents conservés dans les bibliothèques ou autres institutions partenaires. Ceux-ci sont signalés par la mention Source gallica.BnF.fr / Bibliothèque municipale de ... (ou autre partenaire). L'utilisateur est invité à s'informer auprès de ces bibliothèques de leurs conditions de réutilisation.

4/ Gallica constitue une base de données, dont la BnF est le producteur, protégée au sens des articles L341-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle.

5/ Les présentes conditions d'utilisation des contenus de Gallica sont régies par la loi française. En cas de réutilisation prévue dans un autre pays, il appartient à chaque utilisateur de vérifier la conformité de son projet avec le droit de ce pays.

6/ L'utilisateur s'engage à respecter les présentes conditions d'utilisation ainsi que la législation en vigueur, notamment en matière de propriété intellectuelle. En cas de non respect de ces dispositions, il est notamment passible d'une amende prévue par la loi du 17 juillet 1978.

7/ Pour obtenir un document de Gallica en haute définition, contacter reutilisation@bnf.fr.

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

TRAITÉ

DE

DROIT COMMERCIAL

COURS PROFESSÉ A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

PAR M. BRAVARD-VEYRIÈRES

PUBLIÉ, ANNOTÉ ET COMPLÉTÉ

PAR CH. DEMANGEAT

CONSEILLER A LA COUR DE CASSATION

PROFESSEUR HONORAIRE A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

SECONDE ÉDITION

REVUE ET AUGMENTÉE

TOME SIXIÈME

3602

PARIS

LIBRAIRIE MARESCQ AINÉ

CHEVALIER-MARESCQ ET Cie, ÉDITEURS

20, RUE SOUFFLOT, 20

1892

TRAITÉ

DE

DROIT COMMERCIAL

3602

8° F 5451 (6)

PARIS

TYPOGRAPHIE DE E. PLON, NOURRIT ET C^ie^

8, rue Garancière, 8.

TRAITÉ

DE

DROIT COMMERCIAL

COURS PROFESSÉ A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

PAR M. BRAVARD-VEYRIÈRES

BIBLIOTHÈQUE DES UNIVERSITÉS

PUBLIÉ, ANNOTÉ ET COMPLÉTÉ

PAR CH. DEMANGEAT

CONSEILLER A LA COUR DE CASSATION

PROFESSEUR HONORAIRE A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

SECONDE ÉDITION

REVUE ET AUGMENTÉE

TOME SIXIÈME

DÉPÔT LÉGAL
Seine
N° 6277
1891

PARIS

LIBRAIRIE MARESCQ AINÉ

CHEVALIER-MARESCQ ET Cie, ÉDITEURS

20, RUE SOUFFLOT, 20

—

1892

C.

TRAITÉ

DE

DROIT COMMERCIAL

LIVRE TROISIÈME

LES FAILLITES ET DES BANQUEROUTES

TITRE II

DES BANQUEROUTES (Ch. D.)

Le mot *banqueroute* vient de deux mots italiens : *banco*, banc, comptoir; et *rotto* (du latin *ruptum*), rompu, brisé. Il paraît qu'anciennement on avait l'habitude de briser le comptoir du commerçant qui ne faisait pas honneur à ses engagements (1). On en était venu à désigner par l'expression latine *banccæ ruptus* celui qui avait encouru cette espèce d'exécution infamante (2).

Conformément à cette étymologie, pendant longtemps

(1) « Le mot *banqueroute* nous vient de l'Italie (*banca rotta*) ; il fait allusion à l'usage des négociants d'avoir un banc ou une banque sur la place publique : on rompait le banc de celui qui ne tenait pas ses engagements. » (*Précis de droit commercial*, par MM. Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 2522.) — M. Alauzet (*Commentaire du Code de commerce*, 3e édition, t. VII, n° 2397) donne une explication un peu différente. « Toute cessation de paiements, dit-il, était appelée *banca rotta* : le comptoir sur lequel le commerçant exerce son négoce est supposé rompu quand il arrête ses paiements. »

(2) Nous possédons un curieux traité, imprimé à Leyde, en 1615, sous ce titre : *Praxis banccæ-ruptorum, auct. D. Sauterio.*

chez nous le mot *banqueroute* employé seul ne signifiait pas autre chose que le mot *faillite;* et aujourd'hui encore, en Angleterre, le mot *bankrupt* est pris dans une acception très large, comme désignant toute personne qui ne fait pas honneur à ses engagements (1). — On peut remarquer cependant que, déjà dans notre ancien droit, on disait *banqueroutier frauduleux* (il ne paraît pas qu'on ait jamais dit *failli frauduleux*), pour indiquer celui qui faisait tort à ses créanciers, non par suite de circonstances malheureuses dont il était la première victime, mais par ses manœuvres dolosives (2).

Dans le projet de Code de commerce présenté aux Consuls le 13 frimaire an X, on distingue, comme dans l'Ordonnance de 1673, la *faillite ordinaire* et la *banqueroute frauduleuse;* mais le mot *banqueroute* implique par lui-même l'idée de fraude, et il est employé seul, comme synonyme de *banqueroute frauduleuse* (3). La Section *de l'intérieur* du Conseil d'État proposa un autre système : suivant elle, il convient de diviser les faillis en trois classes, et d'introduire entre les faillis ordinaires et les banqueroutiers frauduleux une classe intermédiaire qui

(1) Voy. la loi anglaise du 6 août 1861 : *An act to amend the law relating to bankruptcy and insolvency.* La loi aujourd'hui en vigueur en Angleterre (non en Écosse ni en Irlande) est du 25 août 1883 ; elle est intitulée : *An act to amend and consolidate the law of bankruptcy.*

(2) Ainsi, le Titre XI de l'Ordonnance de 1673 contenait les dispositions suivantes :

« La faillite ou banqueroute sera réputée ouverte du jour que le débi-« teur se sera retiré ou que le scellé aura été apposé sur ses biens » (art. 1).

« Déclarons banqueroutiers frauduleux ceux qui auront diverti leurs « effets, supposé des créanciers ou déclaré plus qu'il n'était dû aux véri-« tables créanciers » (art. 10).

« Les négociants et marchands, tant en gros qu'en détail, et les ban-« quiers, qui, lors de leur faillite, ne représenteront point leurs registres « et journaux signés et parafés, pourront être réputés banqueroutiers « frauduleux » (art. 11).

« Les banqueroutiers frauduleux seront poursuivis extraordinairement « et punis de mort » (art. 12).

(3) L'art. 418 de ce projet était ainsi conçu : « Il y a crime de banque-« route si le débiteur failli est convaincu d'avoir diverti une partie de « son actif, ou d'avoir dissimulé l'état de sa situation, soit par la suppo-« sition de fausses créances, soit par l'altération ou suppression de ses « livres de commerce, soit par toutes autres voies frauduleuses. »

sera jugée correctionnellement. En effet, comme le dit M. Jaubert, dans la séance du Conseil d'État du 24 février 1807, « la faillite est quelquefois l'effet du malheur, quelque- « fois l'effet de la dissipation, quelquefois l'effet du crime ». C'est le système qui a été consacré par le Code de 1808 et par la loi de 1838 (1).

Il n'y a que le commerçant failli qui puisse être condamné comme banqueroutier : les nouveaux art. 585, 586 et 591 ne laissent à cet égard aucune espèce de doute. Or, quand pourrons-nous dire qu'un commerçant est failli? Lorsque sa faillite aura été déclarée par un jugement du tribunal de commerce (ou, en appel, par un arrêt de la Cour d'appel) : c'est ce qui ressort, jusqu'à l'évidence, du nouvel art. 440 (2). Je dis donc, et je dis avec une entière conviction, qu'un jugement du tribunal de commerce déclarant la faillite d'un commerçant est le préliminaire indispensable pour qu'une poursuite en banqueroute simple ou frauduleuse puisse être régulièrement intentée contre ce commerçant; je dis qu'il y a violation de la loi de la part du tribunal criminel qui commence par déclarer lui-même la faillite du prévenu ou de l'accusé pour arriver à lui infliger la peine de la banqueroute (3). Le

(1) Dans le Code de 1808, ce système est très bien résumé par les deux articles suivants, placés en tête du livre III :

ART. 438. « 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 ban- « queroute. »

ART. 439. « 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 de justice criminelle. »

(2) « La faillite, dit cet article, est déclarée par jugement du tribunal « de commerce, rendu, soit sur la déclaration du failli, soit à la requête « d'un ou de plusieurs créanciers, soit d'office. »

(3) Certaines pénalités édictées par la loi commerciale, ou du moins édictées dans l'intérêt du commerce (voy. les art. 584, 591, 593, 594, 596 et 597 du Code de commerce; 402, 403 et 404 du Code pénal), ne peuvent être prononcées que là où il y a faillite. Dans la dissertation qui va suivre, je me réfère toujours à cette question : *Qui peut être condamné comme banqueroutier?* Mais la conclusion à laquelle j'arrive devrait également être suivie si la question était de savoir ce que suppose avant tout l'application des art. 593 et suiv., compris dans le chapitre *Des crimes et des délits commis dans les faillites par d'autres que par les faillis.* En un mot, quand la loi établit une peine contre un failli, ou pour certains faits commis par un tiers à l'occasion d'une faillite, quel sens

législateur, en écrivant l'art. 440, a exprimé aussi clairement que possible sa volonté qu'il n'appartînt jamais qu'à la juridiction commerciale de proclamer la cessation de paiements ou la faillite d'un commerçant.

Je ne dois pourtant pas me borner à invoquer ici le texte de la loi : car la doctrine si nettement formulée dans ce texte est méconnue par la Cour de cassation et l'a été longtemps par tous les auteurs (1). Voyons donc comment il se peut faire qu'en présence d'un article ainsi conçu : « La faillite est « déclarée par jugement du tribunal de commerce », la Cour qui est spécialement chargée d'assurer en France le respect de la loi soit arrivée à poser en principe que l'existence de la faillite peut être déclarée par un tribunal criminel, toutes les fois que ce tribunal est saisi d'une poursuite en banqueroute simple ou frauduleuse, même en l'absence d'un jugement déclaratif rendu par le tribunal de commerce.

Voici les motifs que la Cour de cassation donnait en 1811. Dans tous les cas où la question lui a été soumise depuis cette époque, ou bien elle a reproduit les mêmes motifs, ou bien elle s'est bornée à dire : « Il est de doctrine incontestée que, si la juridiction commerciale n'a point encore statué, la juridiction répressive n'en est pas moins obligée de statuer immédiatement » (2).

« L'action publique, dit l'arrêt du 7 novembre 1811, est « essentiellement indépendante de l'action privée, hors les « cas où la loi peut avoir expressément ordonné une disposi- « tion contraire. La juridiction des tribunaux de commerce « ne peut être saisie que par les parties privées : si le juge- « ment de ces tribunaux sur le fait de la faillite était un préa- « lable nécessaire à l'exercice de l'action publique sur le fait « de la banqueroute, il s'ensuivrait que l'exercice de cette « action serait soumis à l'arbitraire des intérêts privés, ce qui

attache-t-elle à ces expressions *failli*, *faillite?* Voilà ce que je me propose de rechercher. Du reste, j'ai déjà eu l'occasion d'exprimer, d'une manière générale, mon opinion à cet égard, t. V, p. 201 et suiv.

(1) Lors de notre première édition, en 1865, il fallait excepter seulement MM. Delamarre et Lepoitvin, et M. Trébutien.

(2) Voy. notamment l'arrêt du 6 mars 1857 (Dev.-Car., 57, 1, 636). J'apprécierai bientôt d'une manière spéciale les *considérants* de cet arrêt.

« serait directement contraire à la loi. La banqueroute n'est « pas une circonstance, une modification du fait de la fail- « lite ; elle constitue un fait principal, sur lequel le ministère « public peut agir, quoique le tribunal de commerce, qui « n'est institué que pour les intérêts privés, n'ait pas été « saisi de la réclamation des créanciers sur le fait de la fail- « lite. »

Ces *considérants* peuvent se décomposer en trois propositions principales, que je vais apprécier successivement :

La Cour de cassation commence par poser en principe que, sauf disposition expresse à ce contraire, l'action publique est essentiellement indépendante de l'action privée. C'est là un principe qui me paraît incontestable (1). Mais quel en est le sens? Signifie-t-il que la justice criminelle a le droit de résoudre toute espèce de question, civile ou commerciale, dont la solution est nécessaire pour qu'on puisse statuer sur la question de criminalité? En aucune façon : le principe invoqué signifie qu'en général le ministère public n'a pas besoin du concours, de la bonne volonté d'un particulier, pour intenter l'action publique et pour faire infliger une peine à celui qui a commis une infraction à la loi pénale. Il m'est impossible d'apercevoir comment de ce principe on peut sérieusement conclure qu'un tribunal de répression a qualité pour décider que telle personne est un commerçant failli.

La Cour de cassation ajoute que les tribunaux de commerce ne peuvent être saisis que par les parties privées; qu'alors, si la poursuite en banqueroute n'était possible qu'après un jugement du tribunal de commerce déclarant la faillite, l'exercice de l'action publique se trouverait soumis à l'arbitraire des intérêts privés. Il y a là évidemment une erreur, un oubli du texte de la loi. En effet, d'après le Code de 1808 (art. 449 et 454), comme d'après la loi nouvelle (art. 440), le tribunal de commerce, pour déclarer la faillite, n'a point besoin d'avoir été requis à cet égard par une *partie*

(1) L'art. 4 du Code d'instruction criminelle en contient une application remarquable, lorsqu'il dit : « La renonciation à l'action civile ne peut « arrêter ni suspendre l'exercice de l'action publique. »

privée : le tribunal de commerce est investi par la loi, dans l'intérêt du commerce en général, dans un intérêt d'ordre public, du droit de déclarer la faillite, même d'office, et les statistiques sont là pour montrer que c'est un droit dont il use encore assez souvent (1). Il est donc absolument inexact de présenter la doctrine que je combats comme fondée sur la nécessité de rendre l'exercice de l'action publique indépendant de l'arbitraire des intérêts privés.

Enfin la Cour de cassation proclame que la banqueroute *n'est pas une circonstance, une modification du fait de la faillite,* mais qu'*elle constitue un fait principal*, lequel est un crime ou un délit. Je ne me rends pas bien parfaitement compte de la pensée que la Cour a voulu exprimer. Probablement son idée est que, là où se rencontrent les caractères que la loi considère comme constitutifs de la banqueroute, il n'y a plus simplement le fait commercial appelé *faillite,* il y a un crime ou un délit *sui generis*. C'est là une vérité que très certainement je n'irai pas contredire. Mais toujours est-il que ce crime ou ce délit ne peut exister, ne peut avoir été commis, aux termes de la loi, qu'autant que l'agent est un commerçant failli; et alors, on le voit, la question reste tout entière de savoir quels tribunaux en France ont le droit de déclarer que telle personne est un commerçant failli.

Je me fais peut-être illusion, mais je crois que les motifs contenus dans cet arrêt de 1811 n'ont absolument aucune valeur. Du reste, je m'empresse de le dire, la véritable pensée de la Cour de cassation, la considération qu'elle a jugée décisive, n'a pas été exprimée, ou du moins ne l'a pas été clairement, dans l'arrêt de 1811. *La juridiction criminelle doit être absolument indépendante de la juridiction civile* (2) : voilà ce qu'on peut alléguer de plus sérieux à l'appui de la jurisprudence de la Cour de cassation. Apprécions donc

(1) En 1861, sur 4,868 faillites qui ont été déclarées par les tribunaux de commerce de l'Empire, 309 l'ont été d'office ou sur les poursuites du ministère public; en 1886, sur 8,759 faillites déclarées, 504 l'ont été d'office; et en 1887, sur 8,126 faillites déclarées, 403 l'ont été d'office.

(2) Arrêt du 24 juin 1864 (Dev.-Car., 64, 1, 373). La même formule se trouve déjà dans un arrêt du 22 mars 1838, rapporté par MM. Delamarre et Lepoitvin (t. VI, p. 97).

l'exactitude de cette formule en elle-même et dans son application à la question qui nous occupe.

Le législateur a constitué différents ordres de tribunaux, il a constitué la juridiction criminelle et la juridiction civile; puis il a déterminé de quelle nature d'affaires connaîtrait la juridiction criminelle, de quelle nature d'affaires la juridiction civile. Que faut-il pour que nous puissions dire avec vérité que la juridiction criminelle est indépendante de la juridiction civile? faut-il que la juridiction criminelle s'attribue la connaissance de certaines questions qui, d'après leur nature, appartiennent à la juridiction civile? Évidemment non : car alors la juridiction criminelle ne serait pas seulement indépendante de la juridiction civile, elle serait indépendante de la loi, elle serait au-dessus de la loi, ce qui ne peut pas être. Ce principe : *La juridiction criminelle doit être indépendante de la juridiction civile*, n'est donc légitime qu'autant qu'on le traduit ainsi : *La juridiction civile ne doit mettre aucun obstacle à ce que la juridiction criminelle connaisse des affaires dont la loi lui attribue la connaissance*. Et alors, on l'aperçoit de suite, il est tout aussi vrai de dire que la juridiction civile, en principe, et sauf les restrictions que la loi aurait expressément indiquées, doit être indépendante de la juridiction criminelle. Tout cela se réduit, en définitive, à cette formule plus large : *Chaque juridiction doit se mouvoir librement dans le cercle des attributions que la loi lui a conférées, et ne jamais empiéter sur les attributions conférées à une autre juridiction.*

Qu'on me permette ici une comparaison. Les États, les gouvernements qui les représentent, sont indépendants les uns des autres, sont autonomes. Quand un État croit avoir de bonnes raisons pour déclarer la guerre à un autre, il la lui déclare à ses risques et périls, et il n'a pas besoin pour cela d'obtenir la permission d'un troisième. Mais que penserait-on d'un État qui ferait le raisonnement que voici : « Je veux faire la guerre à telle puissance; vous, dont le territoire me sépare de cette puissance, vous n'avez pas le droit de m'en empêcher : donc vous devez souffrir que mes armées passent à travers votre territoire, car sans cela je ne pourrais pas

réaliser ma volonté et je ne serais pas indépendant vis-à-vis de vous »? On penserait que l'État qui raisonne ainsi veut, non pas revendiquer sa propre indépendance, mais empiéter sur le droit d'autrui. — Or, je crains bien que ce ne soit trop souvent le cas de la juridiction criminelle lorsqu'elle prétend connaître de questions qui en elles-mêmes sont purement civiles, purement commerciales.

Voyons, en effet, si le principe de l'indépendance de la juridiction criminelle a réellement, d'après la loi et d'après la jurisprudence elle-même, le sens absolu que lui donne ici la Cour de cassation :

Un homme est véhémentement soupçonné d'avoir supprimé l'état d'un enfant; le ministère public a entre les mains la preuve du crime. Le tribunal de répression peut-il être régulièrement saisi? peut-il prononcer la peine édictée par l'article 345 du Code pénal? Non : il faut d'abord que le tribunal civil juge la question de filiation : c'est là une question dont la solution ne peut sous aucun prétexte être donnée par un tribunal criminel. Les art. 326 et 327 du Code civil sont formels sur ce point (1). Voilà donc le législateur qui porte atteinte au principe de l'indépendance de la juridiction criminelle!

Un homme est traduit en police correctionnelle comme ayant commis un délit ou une contravention en matière forestière; le prévenu excipe d'un droit de propriété ou autre droit réel qu'il prétend lui appartenir. Si cette exception préjudicielle est fondée, soit sur un titre apparent, soit sur des faits de possession équivalents, personnels au prévenu et par

(1) Les personnes qui soutiennent que le tribunal de répression peut, en l'absence d'un jugement du tribunal de commerce qui déclare la faillite, reconnaître qu'un tel est commerçant failli et le condamner comme banqueroutier, ces personnes tirent de l'art. 327 un argument *a contrario*. C'est bien plutôt un argument *a fortiori* qu'il conviendrait d'en tirer. En effet, le législateur, dans cet art. 327, n'a pas reculé devant l'idée que le caprice ou la collusion d'une personne privée pourrait faire obstacle à l'exercice de l'action publique : à plus forte raison, là où nous ne sommes point gênés par la possibilité d'un résultat de ce genre, là où le tribunal de commerce peut toujours *d'office* déclarer la faillite, devons-nous laisser à chaque juridiction le droit de statuer sur les questions qui lui appartiennent naturellement.

lui articulés avec précision, et si le titre produit ou les faits articulés sont de nature, dans le cas où ils seraient reconnus par l'autorité compétente, à ôter au fait qui sert de base aux poursuites tout caractère de délit ou de contravention, le tribunal correctionnel admettra l'exception, et fixera un bref délai dans lequel le prévenu devra saisir les juges compétents de la connaissance du litige et justifier de ses diligences, sinon il sera passé outre. Telle est la disposition formelle de l'art. 182 du Code forestier (1). Nouvelle atteinte portée par le législateur au principe de l'indépendance de la juridiction criminelle!

Aux termes du nouvel art. 601 du Code de commerce, « dans tous les cas de poursuite et de condamnation pour ban- « queroute simple ou frauduleuse, les actions civiles autres « que celles dont il est parlé dans l'art. 595 resteront sépa- « rées, et toutes les dispositions relatives aux biens, pres- « crites pour la faillite, seront exécutées sans qu'elles puis- « sent être attribuées ni évoquées aux tribunaux de police « correctionnelle ni aux Cours d'assises ». Comme le dit M. Hoffman (2), « n'est-ce pas là reconnaître expressément la prééminence de la juridiction consulaire sur la juridiction criminelle pour les affaires civiles qui peuvent intéresser une masse créancière, et la déclaration de faillite ne constitue-t-elle pas la première comme la plus importante de ces affaires, celle à laquelle toutes les autres sont subordonnées?... Si cet art. 601 n'est pas aussi formel que l'art. 327 du Code civil, il contient, au moins implicitement, pour la banqueroute le même principe que ce dernier pour les questions d'état, surtout quand on le rapproche des autres dispositions de la loi commerciale. »

Un individu est traduit en Cour d'assises sous l'accusation de bigamie; il prétend que son premier mariage est nul. Est-ce la Cour d'assises qui va juger la question de nullité ou de validité du premier mariage? Non, la Cour d'assises doit surseoir, et renvoyer l'examen de cette question purement

(1) Comp. l'art. 59 de la loi du 15 avril 1829 *sur la pêche fluviale* : il contient une disposition analogue.

(2) *Traité des questions préjudicielles en matière répressive*, t. II, n° 317.

civile au tribunal civil. La Cour de cassation elle-même le décide ainsi (1). Voilà donc la Cour de cassation qui porte atteinte au principe de l'indépendance de la juridiction criminelle!

Enfin, un individu est traduit en police correctionnelle sous prévention du délit de contrefaçon; il invoque, à titre d'exception, soit la nullité ou la déchéance du brevet, soit le défaut de propriété du brevet chez la partie plaignante : en un mot, il soulève une question qui par elle-même est de la compétence des tribunaux civils (2). Le tribunal correctionnel peut-il statuer sur une exception de ce genre? Oui; mais il a fallu que le législateur l'y autorisât par une disposition spéciale (3), et la Cour de cassation explique cette disposition spéciale en disant qu'on a voulu « simplifier la procé-

(1) Voy. MM. Chauveau Adolphe et Faustin Hélie, *Théorie du Code pénal*, 4e édition, t. IV, nº 1510; Blanche, *Etudes pratiques sur le Code pénal*, 5e étude, nos 220 et suiv.

Voici le raisonnement que l'on fait à l'appui de cette décision : « Lorsque la nullité d'un mariage est demandée pour cause de bigamie, si l'époux attaqué prétend que le premier mariage n'est pas valable, l'art. 189 du Code civil veut que la question de nullité ou de validité de ce premier mariage soit jugée *préalablement* : elle doit donc faire l'objet d'une instance séparée, d'une instance principale. S'il en est ainsi quand la question est soulevée devant un tribunal civil, il ne saurait en être autrement quand elle est soulevée devant un tribunal criminel; or, la juridiction criminelle ne peut pas connaître principalement d'une question de droit civil : donc l'appréciation de la validité du premier mariage sort de sa compétence, puisque cette appréciation ne peut jamais être faite incidemment. »

Je dois dire cependant que M. Bertauld, en ceci bien plus fidèle que la Cour de cassation à son principe de l'indépendance de la juridiction criminelle, décide que la connaissance de l'exception tirée de la nullité du premier mariage ne saurait être renvoyée devant la juridiction civile (*Questions et exceptions préjudicielles en matière criminelle*, nº 86).

— La Cour suprême a également jugé, par un arrêt de cassation, le 13 avril 1867, que, lorsqu'une femme poursuivie pour adultère devant le tribunal correctionnel oppose la nullité du mariage, le tribunal correctionnel doit surseoir jusqu'à ce que le tribunal civil se soit prononcé sur cette question de nullité (Dev.-Car., 67, 1, 341).

(2) Loi du 5 juillet 1844 *sur les brevets d'invention*, art. 34.

(3) Même loi, art. 46. Du reste, il est universellement admis que cet art. 46 ne comporte aucune espèce d'extension, et qu'ainsi un tribunal de commerce ne peut pas statuer sur la question de nullité ou de déchéance, lors même qu'elle est proposée comme exception à une action régulièrement portée devant lui. Voy. notamment l'arrêt de la Cour de Riom du 27 mai 1862 (Dev.-Car., 62, 2, 538).

« dure et hâter le jugement du fond, dans une matière qui « touche à de grands intérêts industriels et qui présente tou- « jours un caractère d'urgence » (1). Ainsi, la Cour de cassation semble bien le reconnaître, en l'absence d'une disposition spéciale, il aurait fallu dire que l'exception invoquée par le prévenu doit être renvoyée au tribunal civil. C'est donc qu'il n'est pas permis de poser en règle générale que les tribunaux de répression sont compétents pour connaître des questions civiles qui peuvent être soulevées devant eux : c'est donc qu'on a tort d'invoquer le principe de l'indépendance de la juridiction criminelle pour prétendre qu'un tribunal de répression peut toujours connaître de toutes les difficultés qui se rattachent à l'affaire dont il est saisi.

Je viens de montrer, soit dans nos lois, soit dans la jurisprudence de la Cour de cassation, des applications de l'idée que le tribunal de répression n'a pas une compétence générale pour statuer sur les questions de droit civil qui peuvent être soulevées devant lui. Cette idée était déjà admise en droit romain, bien qu'on ait prétendu le contraire (2). Je

(1) Arrêt de la Chambre criminelle, du 8 août 1857 (Dev.-Car., 57, 1, 634).

(2) Merlin, dans son *Répertoire*, v° *Question d'état*, § 3, s'exprime ainsi : « Il est de principe que tout juge compétent pour statuer sur un procès « dont il est saisi l'est, par là même, pour statuer sur les questions qui « s'élèvent incidemment dans ce procès, quoique d'ailleurs ces questions « fussent hors de sa compétence si elles lui étaient proposées principa- « lement (L. 1, C., *De ordine cognit.*; L. 3, C., *De judiciis*). » Ce passage de Merlin se retrouve dans une *note* célèbre adoptée à l'unanimité, en 1813, par les magistrats de la Cour de cassation (voy. Mangin, *Traité de l'action publique*, t. I, n° 240). Le principe ainsi mis en avant ressort-il des deux textes qu'on invoque? Je ne le crois pas.

Dans le premier de ces textes, l'empereur Alexandre dit à un certain Vitalius : « Vous voulez intenter une accusation criminelle contre un homme qui se prétend votre maître : faites d'abord reconnaître, dans la forme de la *causa liberalis*, que vous êtes libre; d'après le résultat de ce premier procès, le président de la province verra quel parti il doit prendre au sujet de l'accusation que vous demandez à intenter. » Evidemment ce texte est plutôt contraire que favorable à l'idée de Merlin et de la Cour de cassation.

Quant à la L. 3, *De judiciis*, c'est un rescrit du même empereur Alexandre, ainsi conçu : « *Quoties quæstio statûs bonorum disceptationi concurrit, nihil prohibet quo magis apud eum quoque, qui alioquin super causâ statûs cognoscere non possit, disceptatio terminetur.* » Ce rescrit suppose qu'entre deux personnes il y a en même temps à juger une

n'en veux d'autre preuve que le rescrit suivant, adressé par l'empereur Alexandre à un nommé Valerius : « S'il s'agit « d'intenter une accusation contre une femme que vous pré- « tendez *ingénue*, la question de liberté doit d'abord être « jugée suivant les règles qui lui sont propres (*suo ordine*) « par le président de la province. En effet, il est nécessaire

question d'état et une question pécuniaire (par exemple une question de succession). Donc il faut reconnaître tout d'abord qu'il est étranger à la matière qui nous occupe, puisqu'il se réfère au cas où les deux questions qui se présentent à juger sont deux questions de droit civil, tandis que nous recherchons si un tribunal criminel peut toujours juger une question civile sous prétexte qu'elle est incidente à la question criminelle dont il se trouve saisi. Enfin ce rescrit, que décide-t-il? D'après la grande majorité des interprètes, il décide que rien ne s'oppose à ce que le différend tout entier soit terminé par le juge qui, en général, ne peut pas connaître d'une question d'état. Ainsi, non seulement la question qui se présentait comme question *principale*, c'est-à-dire la question pécuniaire, mais également la question *incidente*, c'est-à-dire la question d'état, se trouveraient jugées d'un seul coup! Tel n'est certainement pas le sens du texte. J'ai toujours été frappé de cette expression qu'il contient : *nihil prohibet quo magis*... Cette expression a paru embarrassante à plusieurs interprètes : car, de leur propre autorité, ils la remplacent par celle-ci : *nihil prohibet quominùs*... (voy. MM. Chauveau Adolphe et Faustin Hélie, *op. cit.*, n° 1508). *Quo magis* étant le contraire de *quominùs*, comme *nihilomagis* est le contraire de *nihilominùs*, j'ai été tenté de traduire ainsi : « Toutes les fois qu'une question d'état est liée à une « question pécuniaire, ce n'est pas une raison pour que l'affaire puisse « être terminée par un juge qui, en dehors de cette circonstance, n'est pas « compétent pour connaître d'une question d'état. » Mais je n'ai pas tardé à reconnaître que, pour plusieurs raisons, cette traduction est inadmissible. Voici, j'en suis bien convaincu, ce que veut dire le texte : « Toutes « les fois qu'une question d'état surgit à propos d'un procès relatif aux « biens, ce n'est pas une raison pour que ce procès ne soit pas égale- « ment vidé par le juge qui, du reste, ne peut pas connaître d'une ques- « tion d'état. » Ainsi, le juge, saisi d'une question relative aux biens et compétent pour la juger, doit la vider alors même que se présenterait incidemment une question d'état pour laquelle en principe il n'est point compétent. Il prendra parti sur la question d'état, en tant qu'il le faut pour juger la question pécuniaire; mais sa sentence n'aura point autorité de chose jugée relativement à la question d'état. Notre texte ainsi entendu est parfaitement d'accord avec plusieurs autres desquels il résulte que le juge valablement saisi d'une affaire peut bien apprécier *summatim* une question plus ou moins délicate et en dehors de sa mission, qui se présente *incidemment*, mais que, du reste, sa sentence n'aura pas force de chose jugée relativement à cette question, qu'il n'a examinée que pour le besoin d'une autre cause. Voy. la L. 5, §§ 8 et 9, Dig., *De agnosc. et alendis lib.* (25, 3), et la L. 1, C., *De ordine judic.* (3, 8). Voy. aussi la L. 15, § 4, D., *De re judic.* (42, 1). Je regrette de m'écarter ici de la doctrine de M. de Savigny (*System*, t. VI, § 298).

« avant tout que l'on sache, en supposant que le délit puisse « être prouvé, si l'on procédera comme on procède contre une « femme libre et ingénue, ou si l'on procédera comme on « procède contre une esclave (1). » Ainsi l'empereur ne veut pas que le juge compétent pour connaître de l'accusation criminelle en connaisse effectivement tant qu'il n'a pas été statué dans la forme ordinaire sur la question de liberté ou de servitude; et pourtant cette question se lie de la manière la plus intime à la question de criminalité, à la sentence que le juge est appelé à rendre sur l'accusation criminelle, puisque pour un seul et même délit la peine qui doit être appliquée est différente suivant que le délinquant est libre ou esclave (2).

De ce qui précède il résulte qu'on ne va point contre la raison, qu'on ne va point contre la loi, quand on se refuse à reconnaître d'une manière absolue aux tribunaux de répression le droit de statuer eux-mêmes sur toute question civile ou commerciale à la solution de laquelle est subordonnée la culpabilité ou l'innocence de l'individu traduit devant eux. Ce que la Cour de cassation appelle l'*indépendance de la juridiction criminelle à l'égard de la juridiction civile,* cela doit de toute nécessité recevoir certaines restrictions : la Cour de cassation elle-même est obligée de le reconnaître ; et c'est seulement sur le nombre et sur l'étendue de ces restrictions qu'on peut n'être pas d'accord. Voici comment M. Ortolan s'exprime à cet égard : « Nous tenons pour certain, quant à « nous, que tout juge saisi d'une question à résoudre est « saisi, par cela seul, de toutes les opérations de raisonne- « ment nécessaires pour arriver à son but, et, par consé- « quent, de toutes les questions qui peuvent s'enchaîner suc- « cessivement comme autant d'éléments logiques de celle qui « lui est soumise. Pour qu'il soit obligé de s'arrêter et de « renvoyer à un autre juge une partie de ces opérations « préalables, il faut : ou qu'il s'agisse de pouvoirs tellement « séparés, comme le sont le pouvoir judiciaire et le pouvoir

(1) L. 3, C., *De ordine cognitionum* (7, 19).

(2) C'est ce que dit explicitement le jurisconsulte Claudius Saturninus, L. 16, § 3, D., *De pœnis* (48, 19) : *aliter puniuntur ex iisdem facinoribus servi quàm liberi.*

« administratif, qu'il ne lui est jamais permis d'entreprendre « sur une telle séparation ; ou bien, s'il s'agit d'un seul de « ces pouvoirs, comme ici du pouvoir judiciaire, en présence « du principe général de l'unité de justice civile et pénale, il « faut qu'un texte formel de loi ou un usage ayant autorité « législative lui en impose l'obligation (1). »

Je ne veux point critiquer la théorie si clairement formulée par mon éminent et regretté collègue. Même en la tenant pour parfaitement exacte, même en s'y conformant de la manière la plus scrupuleuse, il faut arriver à dire que le tribunal de répression ne peut pas juger la question de savoir si tel individu est un commerçant failli, ou, plus spécialement, ne peut pas prononcer la peine de la banqueroute contre un individu que le tribunal de commerce n'aura pas préalablement déclaré en faillite. En effet, nous avons un texte formel de loi qui porte que la faillite est déclarée par le tribunal de commerce : c'est l'art. 440. De plus, voici le motif de cette disposition, tel qu'il a été donné, dans la discussion à la Chambre des députés, par le rapporteur de la Commission : « Le système de la Commission, ou plutôt du « Gouvernement, en rédigeant le projet de loi, a été d'exiger, « pour constituer la faillite, ce qu'on appelle *la cessation de « paiements*, c'est-à-dire de ne plus s'attacher à un fait isolé, « tel qu'un ou deux protêts, tel même que la clôture d'un « magasin..., mais d'exiger un ensemble de circonstances, « une inexécution générale des engagements, et de le laisser « à l'appréciation du tribunal de commerce, qui, éclairé par « sa connaissance des habitudes et des affaires commerciales, « peut prononcer avec connaissance de cause sur cet ensemble « de circonstances qui établissent la cessation des paiements « et l'inexécution des engagements du débiteur, qui seules « constituent la faillite (2). » Je conviens que ce passage laisse un peu à désirer au point de vue de la correction et de l'élégance du style; mais je ne crois pas qu'il soit possible d'exclure plus catégoriquement, quand il s'agit de décider si

(1) *Éléments de droit pénal*, 3e édit., t. II, n° 2122. Comp. M. Bertauld, *Questions controversées*, etc., p. 61 et suiv.

(2) *Collection des lois*, de M. Duvergier, an. 1838, p. 365.

tel individu doit ou non être considéré comme se trouvant en état de faillite, la compétence, même accidentelle, de tout tribunal autre que le tribunal de commerce.

Ce n'est pas tout : comme le remarquent très bien MM. Delamarre et Lepoitvin (1), un autre article du Code de commerce, l'art. 483, montre que, tant qu'il n'existe pas un jugement déclaratif de faillite rendu par le tribunal de commerce, le ministère public ne peut prendre contre le commerçant aucunes mesures, exercer aucunes poursuites relatives au fait de banqueroute, d'où il faut évidemment conclure qu'un tribunal de répression ne peut pas être valablement saisi. D'après cet art. 483, les officiers du ministère public peuvent se transporter au domicile du failli, assister à l'inventaire, requérir communication de tous les actes, livres ou papiers relatifs à la faillite : si la loi commerciale n'eût pas entendu modifier ici le pouvoir que la loi commune donne au ministère public de poursuivre en tout temps les délits et les crimes, quel besoin avait-elle de parler de lui?

Voici encore deux considérations qui ont leur importance :

On n'oserait certainement pas dire que le tribunal criminel qui constate la faillite d'un individu, par exemple pour arriver à le condamner comme banqueroutier, peut et doit prendre les mesures que prend le tribunal de commerce rendant un jugement déclaratif : le tribunal criminel, tout en constatant l'existence de la faillite, ne va certainement pas l'organiser : il ne va pas nommer des syndics, nommer un juge-commissaire. Il arrivera donc, avec le système de la Cour de cassation, qu'un homme sera judiciairement reconnu en état de faillite (2), mais que ses créanciers ne formeront

(1) *Traité de droit commercial*, t. VI, n° 48. Voy. aussi M. Trébutien, *Cours élémentaire de droit criminel*, t. II, p. 68 et suiv.

(2) Cet état ayant été reconnu par le tribunal correctionnel, le condamné ne pourra plus être inscrit sur la liste électorale. En effet, aux termes d'un arrêt de cassation, de la Chambre civile, du 8 juillet 1885, « l'incapacité électorale établie par le § 17 de l'art. 15 du décret du 2 fé- « vrier 1852 résulte de l'état de faillite d'un commerçant, quand cet « état est reconnu par une juridiction compétente; or, J..., condamné « pour délit de banqueroute simple, était en état de faillite déclaré par « un tribunal compétent » (Sir., 86, 1, 133).

pas une masse représentée par des syndics. De bonne foi, cela peut-il marcher d'accord avec le nouvel art. 595 du Code de commerce, aux termes duquel la Cour d'assises ou le tribunal correctionnel statue d'office sur la réintégration *à la masse des créanciers* de tous droits, biens ou actions frauduleusement soustraits? Cet article n'implique-t-il pas forcément la pensée du législateur qu'à l'instant où le tribunal criminel statue sur le crime ou sur le délit imputé au failli ou à un tiers, il y a toujours un état de faillite organisé conformément aux dispositions de la loi, c'est-à-dire par un jugement du tribunal de commerce? — Cette pensée ressort aussi des art. 601-603 (1), lesquels supposent même textuellement qu'il existe des syndics de la faillite, et que les dispositions du Code de commerce relatives aux biens en cas de faillite continueront d'être exécutées, *dans tous les cas de poursuite et de condamnation pour banqueroute simple ou frauduleuse.*

Enfin, dans le système de la jurisprudence il faut admettre, et la jurisprudence l'admet en effet, un résultat tellement déraisonnable qu'il suffirait pour nous autoriser à repousser le système d'où il procède. Supposons qu'un homme est traduit en Cour d'assises sous l'accusation de banqueroute frauduleuse: son moyen de défense consiste à dire que le commerce n'est pas sa profession habituelle, de sorte qu'au fond toute la question du procès est de savoir s'il est ou non commerçant. Je le demande, les jurés offrent-ils les garanties nécessaires pour résoudre une pareille question, question souvent très-difficile en elle-même, question qui plus qu'aucune autre rentre dans les attributions des tribunaux de commerce? C'est cependant le jury qui va se trouver chargé de statuer à cet égard! Ainsi le jury décidera si tels et tels actes sont ou non des actes de commerce, si une femme mariée fait ou non un commerce distinct du commerce de son mari (2), si le mari a ou non consenti à ce que la femme fît

(1) Articles formant le chapitre IV, *De l'administration des biens en cas de banqueroute.* J'ai déjà eu l'occasion de citer l'art. 601, ci-dessus, p. 9.

(2) C'est précisément l'espèce sur laquelle est intervenu l'arrêt de la

le commerce, etc. Et des témoins viendront devant la Cour d'assises déposer sur des faits de ce genre! — Certes il serait bien raisonnable que tout au moins l'attention des jurés fût spécialement appelée sur la question dont il s'agit, question si complètement en dehors de leur mission habituelle. Or, cela est impossible : la qualité de commerçant failli étant, non pas une circonstance aggravante, mais un élément constitutif du crime de banqueroute, on ne peut pas en faire l'objet d'une question distincte (1). Voici donc en quels termes le jury sera interrogé : *Paul, accusé, commerçant failli, est-il coupable d'avoir dissimulé une partie de son actif?* C'est ce que décide expressément un arrêt de la Cour de cassation du 20 mars 1846 (2). Ainsi, la question est posée de telle manière que le juré, s'il n'est pas parfaitement au courant, s'il ignore qu'un homme qui a dissimulé une partie de son actif à ses créanciers n'est coupable, aux yeux de la loi, qu'autant qu'il est commerçant et failli, le juré, dis-je, va répondre : *Oui, l'accusé est coupable*, parce qu'il sera convaincu qu'il y a eu dissimulation d'une partie de l'actif, sans être le moins du monde convaincu que l'accusé est commerçant et qu'il est en état de cessation de paiements. Comme on l'a dit spirituellement, ces deux mots : *commerçant failli*, étant placés sur la même ligne que le mot *accusé*, le juré est autorisé à croire que la qualité de *commerçant failli* est dès à présent constante de même que la qualité d'*accusé*, et qu'il n'a pas plus à répondre sur l'existence de l'une que sur l'existence de l'autre (3). Jamais je n'admettrai, quant à moi, que le législateur ait voulu jouer ainsi avec ce que les hommes ont de plus précieux : leur honneur et leur liberté!

Cour de cassation du 20 mars 1846, arrêt dont je vais parler dans un instant.

(1) Voy. M. Ortolan, *Éléments de droit pénal*, 3e édit., t. II, nº 2317.

(2) Dev.-Car., 46, 1, 584.

(3) « Quand je dis à quelqu'un : *Roboam, ébéniste, fait-il bien ses « affaires?* le mot *ébéniste* ne lui demande pas plus si Roboam est ébé- « niste que le mot *accusé* ne demande au jury si Paul est accusé. « Placés comme ils le sont, ces deux mots n'ont rien d'interrogatif, ce- « sont purement des qualificatifs; et il en est ainsi des mots *commerçant « failli*, qui, placés de la même manière, ne sont pas plus qu'eux objets « du verbe *être* » (Delamarre et Lepoitvin, t. VI, p. 165).

En somme, d'une part, le législateur a exprimé, aussi clairement que possible, sa volonté d'attribuer au tribunal de commerce compétence exclusive pour déclarer l'existence de la faillite; d'autre part, en permettant aux tribunaux criminels de suppléer à la déclaration du tribunal de commerce, on tombe dans de véritables impossibilités. La Cour de cassation se laisse d'ailleurs aller à une monstrueuse contradiction lorsqu'elle admet, en même temps, que la Cour d'assises saisie d'une accusation de bigamie doit renvoyer au tribunal civil la question de validité ou de nullité du premier mariage, et que la Cour d'assises ou le tribunal correctionnel saisi d'une question de banqueroute a qualité pour rechercher, en l'absence d'un jugement du tribunal de commerce, si l'accusé ou le prévenu est un commerçant failli. Pour moi, je l'avoue, je comprendrais peut-être mieux la décision inverse : car l'art. 189 du Code civil est assurément moins expressif pour proclamer la compétence du tribunal civil (1) que ne l'est l'art. 440 du Code de commerce pour exclure la compétence du tribunal criminel.

— La Cour de cassation ne se borne pas à décider qu'en l'absence d'un jugement du tribunal de commerce statuant sur la question de savoir si Paul est ou non un commerçant failli, cette qualité de commerçant failli peut être reconnue par un tribunal criminel : poussant plus loin encore son idée que la juridiction criminelle doit être indépendante de la juridiction civile, la Cour de cassation arrive à dire que, là où le tribunal de commerce a positivement reconnu et déclaré que Paul n'est pas en faillite, le tribunal criminel peut ne tenir aucun compte de ce jugement et prononcer contre Paul la peine de la banqueroute (2). Je relate *in extenso*

(1) En effet, cet art. 189 ne prévoit aucunement le cas d'une poursuite intentée devant un tribunal criminel.

(2) A l'inverse, la Cour de cassation dit (arrêt du 13 mai 1882) : « que 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; qu'il importe peu que la juridiction civile ou commerciale ait statué à cet égard, les jugements rendus sur l'action civile des créanciers demeurant sans influence sur l'action criminelle » (Dall., 82, 1, 487).

Logiquement la Cour de cassation doit décider aussi que, quand le tri-

les *considérants* de l'arrêt rendu par la Chambre criminelle, le 6 mars 1857 :

« Il est de principe général et de droit public en France « que les juridictions civile et criminelle sont indépendantes « l'une de l'autre. Ce principe est fondé, entre autres consi- « dérations, sur ce motif que les décisions civiles ne peuvent « jamais réunir, à l'encontre de l'action publique, et sauf, « bien entendu, les exceptions formellement autorisées par la « loi, les conditions constitutives de l'autorité de la chose « jugée. En effet, il n'existe entre les deux instances, ni *iden-* « *tité de parties,* puisque le ministère public, partie poursui- « vante en matière criminelle, n'est jamais partie dans les « instances civiles, auxquelles il n'assiste pas quand il s'agit « de la juridiction commerciale, et auxquelles il n'assiste que « comme partie jointe s'il s'agit de la juridiction civile pro- « prement dite, — ni *identité d'objets*, alors même que les « deux actions portent sur le même fait, puisqu'elles ne l'en- « visagent pas sous le même rapport, n'en déduisent pas les « mêmes conséquences et ne tendent pas aux mêmes fins, — « ni même *identité dans les moyens de preuve*, puisque la preuve « testimoniale, qui est en matière criminelle de règle géné- « rale, n'est en matière civile qu'une exception rarement « admise et étroitement limitée (1). L'indépendance ainsi éta- « blie des deux juridictions entre elles ne souffre d'exceptions, « d'après l'ensemble de nos lois, qu'au cas où l'action « publique soulève une question préjudicielle, parce que « dans ce cas le juge de l'action n'est pas juge de l'exception « civile. Il est impossible d'attribuer, dans une poursuite « pour banqueroute simple ou pour banqueroute fraudu-

bunal de commerce a fixé une certaine époque comme étant celle de la cessation des paiements (C. de comm., art. 441), le tribunal de répression peut faire remonter à une époque toute différente cette cessation de paiements. Et elle le décide en effet. Voy. notamment l'arrêt du 10 mars 1870 (Dev.-Car., 71, 1, 262).

(1) Sur cette absence prétendue d'*identité dans les moyens de preuve*, je me borne à remarquer : 1° que le principe *en matière commerciale* est que le tribunal peut toujours admettre la preuve testimoniale (C. de comm., art. 109); 2° que les dispositions de l'art. 1341 du Code civil sont obligatoires pour les tribunaux criminels tout aussi bien que pour les tribunaux civils (voy. MM. Aubry et Rau, t. VIII, § 765, p. 346).

« leuse, le caractère d'exception préjudicielle au point de « savoir, d'une part, si le prévenu est commerçant, et, « d'autre part, s'il est en état de cessation de paiements : ce « caractère ne convient pas à la vérification de points de fait « d'une telle nature, puisque, indépendamment du peu de « valeur, à ce point de vue, de ces faits envisagés en eux- « mêmes, il est aujourd'hui de doctrine incontestée que, si la « juridiction commerciale n'a point encore été saisie de leur « connaissance, la justice répressive, loin d'être obligée de « surseoir (ce qui devrait être au cas d'une véritable excep- « tion préjudicielle), est obligée, tout au contraire, d'en « rester saisie et d'y statuer immédiatement... » (1).

C'est là un raisonnement défectueux à tous égards : il ne me sera pas bien difficile de le démontrer.

La Cour de cassation pose d'abord en principe que les juridictions civile et criminelle sont indépendantes l'une de l'autre. Elle en conclut que la chose jugée au civil n'a point autorité pour les tribunaux criminels. Évidemment cette conclusion est incomplète : en bonne logique, il faudrait également dire que la chose jugée au criminel ne lie point les tribunaux civils. Or ceci est absolument inexact : la règle, au contraire, est que, le tribunal criminel ayant reconnu que la personne poursuivie a commis ou n'a pas commis telle infraction à la loi pénale, le tribunal civil doit nécessairement tenir pour conforme à la vérité la décision dont il s'agit. Cette règle est admise aujourd'hui par la grande majorité des jurisconsultes et par la Cour de cassation elle-même (2). Donc le principe de l'indépendance des juridictions civile et criminelle, entendu ainsi que l'entend la Cour de cassation, n'a véritablement aucune existence légale, puisque la juri-

(1) Dev.-Car., 57, 1, 636. — Joignez les arrêts du 10 août 1878 (Dev.-Car., 79, 1, 481), et du 23 décembre 1880 (Sir., 82, 1, 435).

(2) Voy. notamment MM. Duranton, t. XIII, nos 494 et suiv.; Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, t. V, sur l'art. 1351, nos 168 et suiv.; Bonnier, *Traité des preuves*, 4e édition, t. II, nos 909 et suiv.; Aubry et Rau, t. VIII, § 769 *bis*; Demolombe, *Traité des contrats*, t. VII, nos 408 et suiv. — Voy. aussi les arrêts de la Cour de cassation du 14 février 1860 (Dev.-Car., 60, 1, 193), du 3 août 1864 (Dev.-Car., 64, 1, 395), et du 13 juillet 1874 (Dev.-Car., 76, 1, 469). — Comp. M. Griolet, *De l'autorité de la chose jugée*, p. 335 et suiv.

diction civile ne peut pas méconnaître comme contraire à la vérité la sentence d'un tribunal criminel portant que Paul est coupable de telle infraction ou portant que Paul n'est pas coupable de telle infraction pour laquelle il a été poursuivi. Voilà bien évidemment la juridiction civile obligée de s'incliner devant la sentence rendue par la juridiction criminelle dans le cercle de ses attributions (1).

Maintenant, quelle est, aux yeux de la loi, la valeur de la chose jugée par un tribunal civil? Il est parfaitement vrai que cette chose jugée n'a de valeur, en règle générale, qu'entre les deux parties qui ont figuré dans l'instance, — qu'ainsi, lorsqu'un homme à qui je demandais des dommages-intérêts comme ayant commis un délit à mon préjudice, a été déclaré par le tribunal civil n'être pas l'auteur du délit, cela n'empê-

(1) Le tribunal de commerce de Marseille a rendu, le 8 mars 1877, une décision très bonne en elle-même, mais qui, à mon sens, aurait pu être motivée d'une manière plus juridique.

« Attendu, dit le tribunal, que le sieur J... s'est prévalu du jugement correctionnel du 15 juin 1875, qui, en le condamnant pour délit d'escroquerie, l'a acquitté sur la prévention de banqueroute simple, comme n'étant pas commerçant...; — Attendu que le tribunal correctionnel a apprécié que le sieur J... n'était pas commerçant *au point de vue de ses intentions*, parce que le sieur J... entendait se procurer des ressources par des escroqueries, et non acquérir les bénéfices d'un véritable commerce; mais que le tribunal de céans doit s'attacher à un autre point de vue; — Attendu, en effet, que la faillite a pour objet de régler la situation d'un débiteur à l'égard de ses créanciers, et que c'est aussi au point de vue des relations de ce débiteur avec les tiers que le tribunal de céans doit examiner s'il faisait le commerce; — Attendu qu'une personne peut être réputée commerçante sous ce dernier point de vue, et ne pas l'être au point de vue de ses intentions; qu'il s'agit, dans la cause, de l'appréciation d'une qualité qu'un tribunal de commerce pourrait faire autrement qu'un tribunal correctionnel, sans être lié par la chose jugée, qui doit être restreinte aux qualifications des délits et aux constatations des faits matériels; — Attendu que le sieur J..., dans ses relations avec les tiers, a réellement fait le commerce; qu'il a fait, pendant une longue durée de temps, une série d'actes que les tiers, dans l'ignorance de ses fraudes, ne pouvaient considérer que comme des actes commerciaux, et qui avaient pour eux le caractère d'une profession habituelle...;

« Par ces motifs, le tribunal déboute J... de son opposition, maintient le jugement qui a déclaré sa faillite » (*Journal de jurisprudence commerciale et maritime*, 1877, 1, 151).

Le tribunal de commerce pouvait se fonder tout simplement sur ce que le tribunal correctionnel n'avait pas qualité pour dire si J... était ou n'était pas commerçant.

chera point le ministère public de le poursuivre devant le tribunal criminel et de le faire condamner comme coupable de ce même délit. Mais cette règle ne s'applique que là où la chose jugée se trouve avoir purement et simplement le caractère d'un contrat entre deux particuliers (1) : elle ne peut s'appliquer dans les cas où, comme dans celui qui nous occupe, le tribunal a pouvoir de statuer d'office et dans un intérêt public : l'homme dont le tribunal de commerce déclare la faillite, cet homme est failli pour la société tout entière, et non pas seulement pour tel ou tel de ses créanciers, — comme aussi, en sens inverse, celui que le tribunal de commerce a déclaré n'être pas en état de faillite, celui-là ne peut être réputé failli vis-à-vis de qui que ce soit.

Cette distinction entre les cas où la chose jugée au civil n'a qu'une force purement relative n'a d'effet que vis-à-vis des parties qui ont plaidé, et les cas exceptionnels où la sentence même émanée d'un tribunal civil *facit jus,* comme disaient déjà les Romains, c'est-à-dire a la force absolue d'une loi, cette distinction est bien simple, tout le monde la comprendra. Pourtant la Cour de cassation la laisse de côté, et elle en imagine une autre : la Cour de cassation distingue suivant que la question, qui par elle-même est de la compétence des tribunaux civils, peut ou ne peut pas être soulevée comme *exception préjudicielle* devant les tribunaux de répression. La question pourrait-elle donner lieu à une *exception préjudicielle* : alors, si elle a déjà été l'objet d'un jugement du tribunal civil, le tribunal de répression devra se conformer à ce jugement. Au contraire, la question n'est-elle pas de nature à être soulevée comme *exception préjudicielle* : alors le jugement du tribunal civil qui l'aurait déjà tranchée peut être réputé non avenu par le tribunal de répression (2).

Pour que cette distinction fût acceptable, il faudrait avant tout qu'on eût déterminé d'une manière précise les caractères auxquels nous devrons reconnaître que telle question peut ou

(1) « Le jugement rendu au civil, dit M. Demolombe (même t. VII, n° 406), a l'effet d'une transaction : il éteint l'action civile, mais il n'éteint pas l'action publique. »

(2) Voy. l'arrêt, déjà cité, du 13 avril 1867 (Dev.-Car., 67, 1, 341).

ne peut pas donner lieu, devant un tribunal de répression, à une *exception préjudicielle*. Supposons que ces caractères aient été fixés avec certitude, de telle sorte qu'il n'y ait plus de controverse possible à cet égard; supposons, de plus, que la question de savoir si Paul est ou non un commerçant failli ne présente pas les caractères nécessaires pour pouvoir fonder une exception préjudicielle. Alors, mais seulement alors, je comprendrai le système de la Cour de cassation, aboutissant en définitive à ces deux propositions : 1° *Le tribunal criminel saisi d'une poursuite en banqueroute peut et doit, en l'absence d'un jugement du tribunal de commerce statuant sur l'existence de la faillite, déclarer lui-même qu'il y a ou qu'il n'y a pas faillite;* — 2° *Le tribunal criminel saisi d'une poursuite en banqueroute n'est point lié par le jugement que le tribunal de commerce a rendu sur l'existence de la faillite, et, par conséquent, il peut déclarer qu'il y a faillite là où le tribunal de commerce a déclaré le contraire.*

Je le répète, et cela me paraît incontestable, les deux propositions dont il s'agit ne peuvent se soutenir qu'autant qu'on aura d'abord établi sur une base inébranlable cette première proposition : *Lorsqu'un individu poursuivi au criminel comme banqueroutier prétend qu'il n'est pas commerçant failli, cette prétention n'a pas les caractères requis par la loi pour constituer une exception préjudicielle.* Voyons donc si la Cour de cassation a réellement démontré l'exactitude de cette proposition : tant que le doute sera possible à cet égard, la Cour de cassation tournera dans un cercle vicieux, et ses décisions ne seront que des pétitions de principe.

Or, en fait de démonstration, voici tout ce que nous trouvons dans l'arrêt du 6 mars 1857 : « Il est impossible d'at-
« tribuer le caractère d'*exception préjudicielle* au point de
« savoir si le prévenu est commerçant et s'il est en état de
« cessation de paiements : ce caractère ne convient pas à la
« vérification de points de fait d'une telle nature, puisque,
« indépendamment du peu de valeur à ce point de vue de ces
« faits envisagés en eux-mêmes, il est aujourd'hui de doc-
« trine incontestée que, si la juridiction commerciale n'a
« point encore été saisie... » Je l'avoue humblement, j'ai

relu plusieurs fois cette phrase embarrassée, et j'en suis encore à me demander quelle est au juste l'idée que le rédacteur a voulu exprimer. *Des faits envisagés en eux-mêmes, qui ont peu de valeur à ce point de vue!* qu'est-ce que cela peut signifier? Assurément cela ne signifie pas que les faits d'où résulte qu'un homme est commerçant et qu'il a cessé ses paiements sont indifférents, qu'ils n'ont point d'importance : car, selon que ces faits seront ou ne seront pas vérifiés, le prévenu sera renvoyé de la poursuite ou sera au contraire condamné à une peine qui peut être très grave. Cela sans doute ne signifie pas non plus que la vérification des faits en question est chose tellement facile qu'on peut sans inconvénient là laisser au tribunal criminel : tout le monde sait que le tribunal de commerce, appelé à déclarer si un tel est en faillite, se trouve souvent aux prises avec de véritables difficultés, ce qu'atteste d'ailleurs suffisamment la circonstance qu'il n'est pas rare de voir ses jugements infirmés en appel. Il faut donc renoncer à découvrir ce que le rédacteur de l'arrêt a si bien caché sous ces mots : *Le peu de valeur, à ce point de vue, de ces faits envisagés en eux-mêmes* (1).

Ce qui suit dans les *considérants* de l'arrêt de 1857, je le comprends bien, je ne le comprends que trop. Pour démontrer que le tribunal de répression n'est pas lié par le jugement du tribunal de commerce, ou même (comme dans l'espèce) par l'arrêt de la Cour d'appel, qui a jugé qu'il n'y avait pas faillite, voici l'argument dont on se contente : « Il est « aujourd'hui de doctrine incontestée que, si la juridiction « commerciale n'a point encore été saisie de la connaissance « des faits, la justice répressive, loin d'être obligée de sur- « seoir (ce qui devrait être au cas d'une véritable *exception* « *préjudicielle*), est obligée tout au contraire d'en rester saisie « et d'y statuer immédiatement. » Chaque fois que je vois une Cour ou un tribunal motiver ainsi ses décisions, et malheu-

(1) Quant à l'arrêt du 18 août 1878 (Dev.-Car., 79, 1, 481), il affirme « que la question de savoir si le prévenu était en état de cessation de paiements n'était point une *question préjudicielle*, excédant les limites de la compétence du tribunal correctionnel, mais une simple *question de fait;* qu'il a donc pu la résoudre librement, sans se préoccuper de ce qu'avait jugé la juridiction commerciale ».

reusement cela n'est pas très rare, j'en éprouve, je le confesse, une affliction véritable : car un *considérant* de ce genre ne saurait être qu'un aveu d'impuissance, à moins que ce ne soit un injurieux défi jeté à la science du droit. Je ne puis ni ne veux développer ici cette idée : tous les jurisconsultes me comprendront. Je me borne aux trois observations suivantes:

1° La loi fait un devoir au juge de motiver ses jugements (1). Je doute beaucoup que le juge se conforme réellement à la volonté de la loi quand il appuie sa sentence sur des motifs de cette espèce : *Il est de jurisprudence constante que... Il est aujourd'hui de doctrine incontestée que...* Cette *jurisprudence constante* qu'on invoque comme une raison décisive ne court-elle pas risque de tomber en ruine le jour où un magistrat éclairé aura assez de loisir pour approfondir la question et assez de force pour convaincre ses collègues qu'ils avaient fait fausse route jusqu'à présent? Cette *doctrine aujourd'hui incontestée*, derrière laquelle on se retranche comme derrière une forteresse inexpugnable, ne sera-t-elle pas, demain peut-être, attaquée et réduite en poudre? Que le juge ne se repose donc jamais sur la jurisprudence constante, sur la doctrine incontestée! Qu'il motive ses décisions avec des principes et avec des raisonnements! Sa tâche, j'en conviens, sera ainsi un peu plus laborieuse; mais aussi sa décision sera bien plus solidement assise, elle commandera plus sûrement le respect, et l'intention de la loi sera bien plus fidèlement remplie.

2° La doctrine invoquée dans l'arrêt était-elle véritablement, en 1857, une doctrine incontestée? Non : le rédacteur de l'arrêt, en employant ces expressions, n'a pas commis seulement une inexactitude, il a commis une injustice. La doctrine en question avait été combattue par MM. Delamarre et Lepoitvin (deux véritables jurisconsultes!), et combattue de telle manière qu'il ne s'est encore trouvé personne qui ait osé entreprendre de réfuter théoriquement leur belle démonstration. Je ne puis croire que le travail des deux savants auteurs

(1) Voy. notamment la loi du 16-24 août 1790, tit. V, art. 15, et la loi du 20 avril 1810, art. 7.

(l'un, il est vrai, simple professeur dans une Faculté de droit, mais l'autre membre d'une Cour souveraine) fût resté absolument inconnu aux magistrats de la Cour de cassation : pourquoi donc ne pas tenir compte de l'énergique protestation qu'il contient contre la doctrine prétendue incontestée?

3° Supposons que la faculté et même le devoir pour le tribunal criminel de déclarer la faillite, à défaut d'un jugement du tribunal de commerce, ne soit pas seulement une doctrine incontestée, supposons que ce soit un axiome juridique : s'ensuivra-t-il nécessairement, comme le dit l'arrêt de 1857, que le tribunal criminel se trouve investi du droit de déclarer que le prévenu est failli lorsque le tribunal de commerce a déclaré positivement qu'il ne l'est pas? Évidemment la deuxième proposition n'est pas la conséquence forcée de la première : de ce qu'on peut suppléer à ce qui n'existe pas, personne n'osera logiquement conclure qu'on peut méconnaître, qu'on peut supprimer ce qui existe (1). Je conviens, du reste, que le principe de l'indépendance de la juridiction criminelle, entendu ainsi que l'entend la Cour de cassation, conduit naturellement à décider que la juridiction criminelle, pour condamner un homme comme banqueroutier, peut reconnaître qu'il est commerçant failli, non seulement quand la juridiction commerciale n'a pas statué sur ce point, mais même quand elle a positivement déclaré qu'il n'est pas commerçant failli. Je me borne à constater : 1° que ce prétendu principe de l'indépendance absolue de la juridiction criminelle n'est écrit nulle part dans la loi et se trouve même contredit par plusieurs dispositions formelles; 2° que les deux solutions auxquelles il conduit la Cour suprême ne dérivent point forcément l'une de l'autre.

(1) Ainsi, la Cour de cassation eût-elle démontré de la façon la plus péremptoire que, là où la juridiction commerciale n'a point encore été saisie de la question de faillite, la juridiction criminelle peut et doit la trancher, la Cour ne serait point par là même absolument dispensée de prouver que, là où la juridiction commerciale a prononcé, la juridiction criminelle peut tenir sa sentence pour non avenue. Le jurisconsulte est ici en présence de deux difficultés distinctes, et la solution qu'il donne à la première (s'il la donne contrairement à ce que je crois être la vérité) n'implique pas nécessairement la solution qu'il devra donner à la deuxième.

— En somme, la loi commerciale donne au tribunal de commerce, et à lui seul, la mission de déclarer la faillite. Je crois avoir réfuté les arguments, les considérations, que l'on a imaginés pour prétendre que cette mission peut quelquefois appartenir aux tribunaux criminels. J'arrive donc à cette conséquence que, pour qu'un homme soit légalement poursuivi ou condamné comme banqueroutier, il est absolument indispensable que sa faillite ait déjà été déclarée par le tribunal de commerce (1).

(1) MM. Delamarre et Lepoitvin citent un arrêt de la Cour d'assises de Liège qui s'est prononcé en ce sens, le 28 janvier 1828.

Dans l'espèce de cet arrêt, un nommé Briers avait été déclaré en faillite par le tribunal de commerce; mais, sur l'appel, la Cour de Liège avait infirmé le jugement. En cet état, une accusation de banqueroute frauduleuse était portée contre Briers. Voici ce que je lis dans l'arrêt de la Cour d'assises : « Les tribunaux de commerce, en première instance, « et les Cours supérieures, en instance d'appel, sont spécialement et « exclusivement investis du pouvoir de déclarer l'existence ou la non- « existence de l'état de faillite d'un commerçant... L'arrêt par lequel il a « été souverainement jugé que Briers n'est pas en état de faillite doit « obtenir tous ses effets, même envers le ministère public, et il en résulte « que l'action de celui-ci, tendant à faire déclarer le même Briers en état « de banqueroute frauduleuse, n'est pas recevable. » Dans ces *considérants*, on le voit, la Cour d'assises de Liège reconnaît qu'il n'appartient jamais à la juridiction criminelle de déclarer l'existence de la faillite, ni dans le cas où la juridiction commerciale n'a pas encore statué à cet égard, ni, à plus forte raison, dans le cas où elle a jugé qu'il n'y avait pas faillite. C'est la doctrine qui prévaut aujourd'hui encore en Belgique.

Un magistrat distingué du tribunal civil de la Seine, M. Bouniceau-Gesmon, a essayé de défendre la jurisprudence de notre Cour de cassation. (*Revue pratique de droit français*, t. XXXI, p. 5 et suiv.; t. XXXII, p. 370 et suiv.; t. XXXIV, p. 433 et suiv.). L'opinion contraire a été successivement adoptée par les jurisconsultes les plus autorisés (voy. MM. Hoffman, *Traité des questions préjudicielles*, t. II, nos 314 et suiv.; Villey, note sur l'arrêt du 18 août 1878 (Dev.-Car., 79, 1, 481); Boistel, no 898; Lyon-Caen et Renault, t. II, nos 2647 et suiv.).

« Aucun article de loi, dit très bien M. Massé (t. II, no 1166), ne permet de penser que les effets attachés à la faillite déclarée, ou les règles qui lui sont propres, puissent trouver leur place dans une faillite non déclarée, dans une faillite à laquelle aucun jugement déclaratif n'a donné une existence légale et une consistance judiciaire. » — « Que fait le tribunal civil, dit encore l'éminent magistrat (no 1167), quand il déclare qu'il y a cessation de paiements, et qu'il applique les effets et les conséquences de la faillite au litige dont il est saisi? De deux choses l'une : ou il applique les règles de la faillite légale à une faillite non déclarée, et il se met en contravention directe avec la lettre et l'esprit de tous les articles du Code; ou il déclare lui-même la faillite, et alors il transgresse ouvertement les limites de sa compétence. » — Si ce dilemme est vrai

CHAPITRE PREMIER

DE LA BANQUEROUTE SIMPLE.

En ce qui concerne spécialement la banqueroute simple, j'examinerai successivement les quatre questions suivantes :

1° Quelles sont les circonstances dans lesquelles les tribunaux doivent ou peuvent condamner le prévenu comme coupable du délit de banqueroute simple ?

2° Quelles sont les peines infligées par la loi au délit de banqueroute simple ?

3° Qui peut poursuivre le délit de banqueroute simple, et quelle est la procédure à observer en cette matière ?

4° Par qui doivent être supportés les frais de la poursuite en banqueroute simple ?

§ Ier. — Des cas ou il y a banqueroute simple.

Ces cas sont rangés par la loi sous deux catégories distinctes. Déjà, dans le Code de 1808, nous trouvons : 1° certains cas où le commerçant failli *sera poursuivi* comme banqueroutier

quand il s'agit du tribunal civil, ne l'est-il pas également quand il s'agit du tribunal criminel? Si je ne me trompe, il y a chez M. Massé une véritable défaillance lorsqu'il ajoute ceci : « En matière criminelle, une jurisprudence très constante, et qu'il n'est pas impossible de justifier par des considérations toutes particulières, a posé en principe que le crime de banqueroute peut être poursuivi sans qu'il soit nécessaire que la faillite ait été préalablement déclarée... »

Je dois reconnaître que, dans ces derniers temps, le législateur semble avoir consacré la jurisprudence de la Cour de cassation. En effet, l'art. 19 de la loi du 4 mars 1889 contient la disposition suivante : « Le tribunal « déclare la faillite, à toute période de la liquidation judiciaire : 1° ...; « 2° ...; 3° ...; 4° si le débiteur en état de liquidation judiciaire a été « condamné pour banqueroute simple ou frauduleuse. » Voy. notre t. V, p. 720, et M. Rivière, *Commentaire des lois sur la liquidation judiciaire*, n° 347

simple et pourra être déclaré tel; 2° d'autres cas où le commerçant failli *pourra être poursuivi* comme banqueroutier simple et déclaré tel. Aujourd'hui, d'après la loi de 1838, on distingue : 1° des cas où le commerçant failli *sera déclaré* banqueroutier simple; 2° des cas où il *pourra être déclaré* banqueroutier simple. Ainsi, d'après le Code de 1808, la distinction portait sur la *poursuite* : tantôt le failli devait être poursuivi, tantôt il pouvait l'être. Aujourd'hui, la distinction porte sur la *décision à rendre par le juge* : tantôt le failli doit être condamné comme banqueroutier simple, tantôt il peut l'être. Je ne crois pas, du reste, que, lorsqu'il s'agit des cas de la deuxième classe, le législateur de 1838 ait entendu enlever au ministère public tout pouvoir d'appréciation et lui imposer d'une manière absolue l'obligation de poursuivre, sauf seulement la faculté pour le tribunal de ne pas condamner. Fût-il parfaitement constant que le failli se trouve dans un des cas de la deuxième classe, le ministère public peut, conformément à l'idée du législateur lui-même, tenir le failli pour innocent du délit de banqueroute : ce délit, en effet, suppose un certain élément intentionnel, et non pas seulement un élément matériel, et alors le ministère public ne saurait être tenu de poursuivre contrairement à sa conscience, quand il estime que l'élément intentionnel fait absolument défaut (1). Ainsi entendue, la loi nouvelle est très sage, et l'on a peine à comprendre que la première et la deuxième

(1) Même en ce qui concerne les cas de la première classe, le ministère public (et, à plus forte raison, le tribunal) a souvent, par la force des choses, un certain pouvoir discrétionnaire. Ainsi, aux termes de l'art. 585-1°, le failli doit être déclaré banqueroutier simple *si ses dépenses personnelles ou les dépenses de sa maison sont jugées excessives* : il arrivera souvent que des créanciers trouveront excessives des dépenses que le ministère public ne jugera pas telles, et alors le ministère public ne poursuivra pas; il peut arriver aussi que, le ministère public ayant jugé les dépenses excessives, le tribunal soit d'un autre avis. Tel est aussi le sentiment de M. Bédarride (*Des faillites et banqueroutes*, t. III, n° 1214), bien qu'il pose en principe (n° 1213) que la matérialité des faits prévus par l'art. 585 entraîne la nécessité d'une condamnation.

MM. Chauveau Adolphe et Faustin Hélie vont plus loin. Suivant eux, la distinction consacrée par les art. 585 et 586 est quelque peu puérile et, dans tous les cas, complètement sans objet (*Théorie du Code pénal* t. V, n° 1952).

Commission de la Chambre des pairs aient insisté pour le maintien de la rédaction du Code de 1808 (1).

Étudions maintenant en détail les cas de la première classe et les cas de la deuxième.

Les cas de la première classe sont au nombre de quatre, ainsi qu'il résulte du texte précis de l'art. 585 : « Sera « déclaré banqueroutier simple, dit cet article, tout commer- « çant failli qui se trouvera dans un des cas suivants : 1° si « ses dépenses personnelles ou les dépenses de sa maison « sont jugées excessives; — 2° s'il a consommé de fortes « sommes, soit à des opérations de pur hasard, soit à des opé- « rations fictives de bourse ou sur marchandises; — 3° si, « dans l'intention de retarder sa faillite, il a fait des achats « pour revendre au-dessous du cours; si, dans la même inten- « tion, il s'est livré à des emprunts, circulation d'effets, ou « autres moyens ruineux de se procurer des fonds; — 4° si, « après cessation de ses paiements, il a payé un créancier au « préjudice de la masse. »

1er *cas*. — Il était également prévu par le Code de 1808; seulement, la rédaction n'était pas tout à fait la même. L'ancien art. 586 disait : « Si les dépenses de sa maison, qu'il « est tenu d'inscrire mois par mois sur son livre journal (2), « sont jugées excessives. » La pensée du législateur n'était certainement pas que le failli devrait être déclaré banquerou- tier simple par cela seul qu'il aurait manqué à l'obligation d'inscrire mois par mois sur son journal les dépenses de sa maison. Comme le dit très bien M. Renouard dans son *rapport* à la Chambre des députés, « toute énonciation superflue « ou purement comminatoire devant être écartée d'une loi « pénale », on comprend que le législateur de 1838 ait fait disparaître la mention de cette obligation. — D'un autre côté, il y a certaines dépenses qui sont personnelles au failli, qui ne sont pas des dépenses de sa maison, comme seraient par exemple des dépenses de café, des voyages d'agrément, etc. : ces dépenses, en cas d'excès, sont évidemment

(1) Comp. M. Renouard, t. II, p. 438 et suiv..
(2) Voy. l'art. 8.

coupables, et c'est avec raison que le nouvel art. 585 les indique comme constituant un cas de banqueroute simple.

Pour qu'il y ait lieu à déclaration de banqueroute simple, les dépenses jugées excessives doivent avoir été réellement faites. Si le failli prétendait que telles sommes ont servi à ses dépenses personnelles ou aux dépenses de sa maison, et qu'il fût démontré que partie desdites sommes a été par lui placée, dans l'espoir de la soustraire à ses créanciers, nous tomberions dans un cas de banqueroute frauduleuse : le failli aurait véritablement détourné ou dissimulé une partie de son actif (voy. l'art. 591).

La loi n'a pas voulu poser une règle fixe, indiquer elle-même au juge ce que devraient être les dépenses pour mériter l'épithète d'excessives. Comme je l'ai déjà dit, elle a laissé ici aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire; et, quelle que soit leur décision sur ce point, elle échappera toujours à la censure de la Cour de cassation. Dans les *considérants* d'un jugement du tribunal correctionnel de Montpellier, confirmé en appel le 14 août 1837, je trouve l'appréciation suivante, qui semblera peut-être un peu rigoureuse : « Les dépenses de la maison de B... se sont élevées à 9,523 francs, et même à 10,723 francs, chiffre de dépenses que le tribunal doit déclarer excessif. Tous les témoins ont déclaré que, dans le genre de commerce fait par B... et dans les maisons les plus riches et les plus florissantes, le compte des levées ne s'élevait jamais au delà de 2,000 à 2,400 francs par an. Une dépense de 6,000 francs par an serait déjà excessive, soit que l'on considère la mise de fonds de chaque associé, qui n'était que de 5,000 francs, de sorte que la première année cette mise était déjà absorbée et au delà par les dépenses particulières, soit que l'on compare le chiffre de la dépense avec la position sociale, le genre d'industrie, le nombre et la profession des personnes composant la maison B... » (1).

2e *cas*. — Ici encore on a modifié en 1838 la rédaction du

(1) Dalloz, *Rép. alph.*, v° *Faillite*, n° 1404. Dans l'espèce, le sieur B... avait d'abord été poursuivi en banqueroute frauduleuse pour avoir *présenté dans ses comptes des dépenses simulées;* déclaré non coupable par le

Code de commerce. Le Code s'exprimait ainsi : « S'il est « reconnu qu'il a consommé de fortes sommes au jeu ou à « des opérations de pur hasard. » Pourquoi le législateur de 1838 ne s'est-il pas borné à reproduire cette disposition? Voici le motif qu'en donne M. Renouard, dans son *rapport* : « On pourrait s'en tenir à la dénomination générale d'*opéra-* « *tions 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 (1). Mais on a pensé, avec raison, « qu'il convient à la morale publique que la loi sur les ban- « queroutes 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. »

Dans ce deuxième cas, comme dans le premier, le juge a une appréciation à faire. D'abord il appréciera, en fait, d'après les circonstances, si l'on peut dire que le failli a consommé *de fortes sommes*. Il appréciera de plus, et ceci peut souvent donner lieu à difficulté, si elles ont été réellement consommées à des *opérations de pur hasard*, à des *opérations fictives*. Les opérations de bourse, comme les opérations sur marchandises, peuvent très bien être sérieuses, ne point constituer un jeu ou un pari : alors, eussent-elles été, en définitive, désastreuses pour le failli qui s'y est livré, ce ne serait pas un motif pour le déclarer banqueroutier simple. Il n'y a qu'à supposer qu'un commerçant est porteur de titres de rente sur l'État, d'actions de chemins de fer, etc., et qu'il a besoin d'argent : il vend ces valeurs au comptant, et, huit jours après, il se trouve que, par l'effet d'une circonstance imprévue, elles ont monté de 10 p. 100 : évidemment notre art. 585 n'est point applicable.

Mais, du reste, pour reconnaître si telle opération de bourse constitue ou non une opération de pur hasard, une opération fictive, le juge ne devait certainement pas se guider par l'ar-

jury, il était poursuivi en police correctionnelle comme *ayant fait dans la maison des dépenses excessives.*

(1) On appelle proprement *agiotage* toute spéculation dont le but unique est de maîtriser les cours pour créer une hausse ou une baisse factice.

ticle 422 du Code pénal, ainsi conçu : « Sera réputé pari « toute convention de vendre ou de livrer des effets publics « qui ne seront pas prouvés par le vendeur avoir existé à sa « disposition au temps de la convention, ou avoir dû s'y trou- « ver au temps de la livraison » (1). Dans bien des cas où cet art. 422 ne serait pas applicable, il y aurait lieu néanmoins à l'application du nouvel art. 585 du Code de commerce (2). Par exemple, le commerçant aujourd'hui failli avait acheté, le 10 septembre et au cours de ce jour, 5,000 francs de rente 3 p. 100, à livrer fin courant; et, à l'époque de la livraison, la rente 3 p. 100 a baissé de 10 francs sur le cours du 10 septembre : par suite de cette opération, le commerçant se trouve donc avoir fait une perte assez importante : il n'est pas dans le cas de l'art. 422 du Code pénal; mais, comme il a fait une opération de pur hasard, il est dans le cas d'être déclaré banqueroutier simple. De même, ce qu'en termes de bourse on appelle l'*achat à prime*, ce qu'on appelle le *report*, cela ne peut guère tomber sous l'application de l'art. 422 du Code pénal; mais cela peut très bien constituer l'opération de pur hasard, l'opération fictive que prévoit notre art. 585 (3).

(1) Cet art. 422 était le développement de l'art. 421, aux termes duquel les paris qui auront été faits sur la hausse ou la baisse des effets publics seront punis des peines portées par l'art. 419 (emprisonnement d'un mois à un an, amende de 500 francs à 10,000 francs).

(2) Les deux articles n'ont point le même but. L'art. 422 du Code pénal a pour but de réprimer un agiotage qui amènerait la baisse des effets publics; l'art. 585 du Code de commerce a pour but de punir le commerçant qui a compromis dans des opérations purement aléatoires le gage de ses créanciers.

Du reste, même en ce qui concerne l'application de la loi pénale, l'art. 422 n'est nullement limitatif : comme le dit un arrêt de la Cour de cassation, du 9 mai 1857, « l'art. 421 du Code pénal embrasse sous le « mot *paris* tout ce qui est jeu touchant les effets publics; l'art. 422 n'est « pas venu restreindre la portée de la disposition qui le précède; statuant « par voie d'assimilation, il signale, parmi les cas que comprend la règle « générale, un cas spécial dans lequel le caractère du pari et du jeu se « révèle d'une manière irrécusable, celui où le vendeur d'effets publics « ne peut prouver avoir été en possession des titres ni au temps de la « convention, ni au temps de la livraison » (Dev.-Car., 57, 1, 545).

(3) Exemple de *marché à prime :* J'achète, aujourd'hui 10 septembre, au prix de 1,000 francs chacune, 50 actions, livrables fin courant, *dont* 10 *francs*. Cela veut dire que si, à la fin du mois, ces actions ont baissé,

Des arrêts du Conseil rendus sous le règne de Louis XVI contenaient une disposition plus rigoureuse encore que celle de l'art. 422 du Code pénal (1). Toutes ces dispositions sont abrogées aujourd'hui (2), tandis que celle de notre art. 585 est certainement restée en vigueur.

Ce qui vient d'être dit relativement aux opérations de bourse s'applique également en ce qui concerne les opéra-

de telle sorte que l'exécution du marché me constituerait en perte, je pourrai le résilier en abandonnant au vendeur autant de fois 10 francs que j'avais acheté d'actions. En l'absence de la faculté de résiliation, qu'expriment ces mots bizarres *dont 10 francs*, on dirait qu'il y a *marché ferme*. On voit que dans le *marché à prime* la perte à laquelle l'acheteur s'expose est limitée d'avance, tandis que dans le *marché ferme* elle est illimitée.

Exemple de *report* : J'ai acheté 50 actions, livrables fin courant ; à la fin du mois, je ne puis ou ne veux réaliser l'achat en payant mon prix. Alors je revends au comptant mes actions à une tierce personne, qui emploie son prix à désintéresser mon vendeur ; et, immédiatement, je lui rachète à terme les mêmes actions. Cette tierce personne, qui achète au comptant et revend à terme, est, en réalité, un prêteur sur nantissement ; son bénéfice consiste en ce que naturellement le prix qu'elle paie pour l'achat fait au comptant est inférieur au prix qu'elle stipule en revendant à terme. La jurisprudence (jusqu'en 1885) ne voyait dans le *report* un jeu de bourse qu'autant qu'il avait pour objet de masquer une spéculation sur les différences : « Si, dans les opérations de bourse, le « report se produit souvent comme un moyen efficace et légitime d'em- « ployer utilement un capital ou des valeurs commerciales, il est vrai « de dire aussi qu'il peut devenir l'instrument actif de jeux de bourse « prohibés : permettant de reculer sans cesse pour le *reporté* la réalisa- « tion, il favorise évidemment le spéculateur hasardeux, et apparaît le « plus ordinairement comme le premier indice d'une solvabilité équi- « voque ; à l'égard du *reporteur*, s'il prend livraison, il en annule immé- « diatement l'effet par une revente à terme concomitante et qui maintient « le *reporté* dans la situation qu'il s'était faite : ainsi le report a pu « imprimer plus fortement, bien loin qu'il l'ait effacé, le caractère de « jeux prohibés aux opérations des prévenus » (arrêt, déjà cité, du 9 mai 1857).

(1) Arrêt du Conseil du 2 octobre 1785 : « Ordonne pour l'avenir Sa « Majesté que la disposition de l'art. 7 de son arrêt du 7 août dernier, « par laquelle, conformément aux anciennes Ordonnances, elle a déclaré « nuls les marchés et compromis d'effets royaux et autres quelconques, « qui se feraient à terme sans livraison desdits effets ou sans le dépôt « réel d'iceux, sera exécutée selon sa forme et teneur dans tout son « royaume ; entend Sa Majesté qu'il pourra seulement être suppléé au « susdit dépôt par ceux qui, étant certainement propriétaires des effets « qu'ils voudraient vendre et ne les ayant pas entre leurs mains, dépo- « seraient chez un notaire les pièces probantes de leur libre propriété. »

(2) Loi du 28 mars 1885 (promulguée le 8 avril).

tions sur marchandises. Ici, nous ne trouvons dans la loi aucune disposition semblable à celle de l'art. 422 du Code pénal. Pour savoir si le failli est ou non dans le cas de notre art. 585, le juge doit toujours rechercher si l'opération était sérieuse, si par exemple le commerçant, en achetant telles marchandises, avait de bonnes raisons pour croire qu'il les revendrait avec bénéfice, ou si, au contraire, l'opération était soit de *pur hasard*, parce qu'on n'avait aucune donnée précise sur le prix auquel on pourrait revendre, soit *fictive*, parce que 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 une différence (1).

En somme, MM. Aubry et Rau me paraissent donner une idée très exacte de ce que notre art. 585 appelle des *opérations fictives de bourse ou sur marchandises*, quand ils disent : « Les marchés à terme dégénèrent en véritables opérations « de jeu ou de pari lorsque, d'après l'intention commune des « parties, ils ne doivent pas être suivis d'exécution réelle, « mais se résoudre en un simple paiement de la différence « entre le prix convenu et le cours des choses qui en for- « ment l'objet à l'époque fixée pour la livraison » (2).

3e *cas*. — Ici le législateur de 1838 a modifié, d'une manière considérable, la règle posée dans le Code de 1808. L'ancien texte (art. 586-3°) était ainsi conçu : « S'il résulte de son « dernier inventaire que, son actif étant de 50 pour 100 « au-dessous de son passif, il a fait des emprunts considé- « rables, et s'il a revendu des marchandises à perte ou « au-dessous du cours. » Cette rédaction n'exprimait pas clairement la pensée du législateur. En effet, quand le failli a fait des emprunts considérables, je vois bien que cela ne constitue un cas de banqueroute simple qu'autant qu'il résultait de son dernier inventaire que son actif était de 50 pour 100 au-dessous de son passif. Mais, quand il a

(1) M. Bédarride rapporte (t. III, n° 1215) qu'il a eu à s'occuper d'une affaire de faillite dans laquelle un négociant était resté débiteur, envers une seule maison, de 800,000 francs, pour différences sur les huiles et savons.

(2) T. IV, § 386, p. 579.

revendu des marchandises à perte ou au-dessous du cours, cette circonstance toute seule suffit-elle pour le faire déclarer banqueroutier, ou bien, au contraire, faut-il qu'elle soit accompagnée de cette autre circonstance que, d'après son dernier inventaire, le chiffre de son passif était double du chiffre de son actif? La première interprétation était certainement plus conforme au texte; mais la deuxième me paraît seule avoir été d'accord avec l'intention du législateur (1).

Indépendamment du vice de la rédaction, l'ancien texte conduisait à un résultat bizarre : quand le failli présentait son inventaire, constatant un actif de 50 pour 100 au-dessous du passif, s'il avait fait des emprunts considérables, il *devait* être poursuivi comme banqueroutier simple, — tandis que, lorsqu'il ne présentait pas d'inventaire (voy. l'ancien art. 587), toujours en supposant des emprunts considérables, il *pouvait* être poursuivi.

Enfin, comme le remarque très bien M. Renouard (2), une limite fixe est trompeuse. Qu'un négociant contracte un emprunt considérable, qu'il revende des marchandises à perte et même au-dessous du cours : ce sont là des opérations qu'il n'est pas juste de toujours incriminer dès que le passif s'élève au double de l'actif, de toujours absoudre dans le cas contraire. La criminalité dépend d'autres circonstances dont il convient de laisser au juge l'appréciation.

A ces différents points de vue, on a bien fait de corriger la disposition du Code de 1808. Aujourd'hui la loi ne pose plus une règle absolue, ne fixe plus une limite invariable. Elle indique au juge deux questions qu'il devra résoudre; mais, pour les résoudre, en général, il n'est enchaîné par aucun texte, il prononcera suivant les circonstances et conformément aux inspirations de sa conscience. Voici ces deux questions : 1° Le failli a-t-il employé des moyens ruineux de se procurer des fonds? 2° Les a-t-il employés dans l'intention de retarder sa faillite? Dès que le juge a répondu affirmativement à ces deux questions, il décide par là même que le

(1) C'est aussi en ce sens que l'entendent MM. Renouard (t. II, p. 441) et Bédarride (t. III, n° 1216).

(2) T. II, p. 441.

failli s'est rendu coupable du délit de banqueroute simple.

Je dis qu'en général, pour résoudre les deux questions qu'indique le législateur, le juge n'est enchaîné par aucun texte. Cela est absolument vrai en ce qui concerne la question d'intention ; nulle part le législateur n'a dit : *Par cela seul qu'à telle ou telle époque, dans telle ou telle circonstance, le failli aura fait tel ou tel acte, il sera présumé l'avoir fait dans l'intention de retarder sa faillite.* Le juge, à cet égard, conserve donc toute sa liberté d'appréciation. Mais en ce qui concerne l'autre question, celle de savoir si le failli a employé des moyens ruineux de se procurer des fonds, une exception doit être apportée à la règle générale que j'ai posée, et, du reste, cette exception est fondée sur la nature des choses. Étant prouvé que le failli a fait un achat, au cours du jour ou au-dessus du cours, pour revendre tout de suite au comptant et au-dessous du cours, évidemment le juge n'a pas à rechercher s'il a employé un moyen ruineux de se procurer des fonds : répondre négativement, ce serait aller contre l'évidence. Du reste, ce cas une fois écarté, la règle générale reprend son empire, et nous ne devons voir dans les autres cas mentionnés par le législateur que des exemples d'actes qui habituellement constituent des moyens ruineux de se procurer des fonds. Ainsi, le failli s'est livré à des *emprunts* : il est clair qu'on ne peut pas dire d'une manière absolue que l'emprunt soit un moyen ruineux de se procurer des fonds, et, par conséquent, il y aura une certaine appréciation de circonstances que devra faire le juge. Même observation quant à la *circulation d'effets,* dont parle également la loi. Si le commerçant tire ou endosse une lettre de change, et qu'en raison du peu de crédit qu'il a conservé il la négocie bien au-dessous de sa valeur nominale, le juge pourra parfaitement voir là un moyen ruineux de se procurer des fonds ; dans bien des cas, au contraire, la négociation d'un effet de commerce serait un acte de très bonne administration (1).

Que décider si le commerçant aujourd'hui en faillite a vendu à perte ou même au-dessous du cours des marchan-

(1) Je reproduis ici *in extenso* un arrêt rendu par la Cour de Rennes,

dises *qu'il avait achetées dans l'espoir de les revendre avec bénéfice?* La loi nouvelle n'a point mentionné ce cas : elle suppose que le commerçant, dans l'intention de retarder sa faillite, *a fait des achats pour revendre au-dessous du cours.* Comme je l'ai déjà dit, le juge, conformément à notre règle générale, statuera ici d'après les circonstances : il n'est pas impossible que la vente dont il s'agit soit un acte de très bonne administration, si par exemple les marchandises allaient se détériorer. Nous voyons que la première et la seconde rédaction du Code de 1808 n'attachaient la présomption de banqueroute au fait de la vente à vil prix qu'autant que les marchandises avaient été achetées pour être ainsi revendues à vil prix; cela fut changé dans la rédaction définitive, parce que, dit-on, la nécessité de prouver qu'en achetant on avait déjà l'intention de revendre à vil prix

le 17 janvier 1849, sous la présidence de M. Delamarre ; je le reproduis, parce qu'il contient une application très juste de notre art. 585-3° :

« La Cour,

« Considérant que le jugement du tribunal de commerce de Saint-Malo, « du 16 juin 1847, contre lequel il n'y a eu ni opposition ni appel, a « donné pour constant que les prévenus ont payé plusieurs de leurs « obligations par des renouvellements, c'est-à-dire ont remplacé par « d'autres obligations des obligations non payées ; que, dans sa déclara- « tion du 3 août de la même année..., le syndic s'exprime en ces termes : « *La maison K... et C*ie *tirait souvent sur des banquiers de Paris chez les- « quels elle n'avait pas provision, et les effets étaient retournés avec protêt « et frais; ces effets protestés se payaient, la plupart du temps, au moyen « de traites du même genre ou en des valeurs de complaisance ;* — Consi- « dérant que les débats ont pleinement confirmé cette déclaration de « l'ex-syndic et le fait conforme énoncé dans le jugement susmentionné... ; « — Considérant que ces renouvellements perpétuels d'effets protestés, « au moyen d'autres effets qui fort souvent l'étaient aussi, constituent « un de ces moyens ruineux, que la loi prohibe, de se procurer des fonds, « et prouvent par eux-mêmes dans quelle intention répréhensible les « faillis avaient recours à cet expédient ;

« Déclare B... et K... coupables de s'être livrés à des circulations d'effets, « dans l'intention de retarder leur faillite, et d'avoir ainsi commis le « délit de banqueroute simple prévu par l'art. 585, n° 3, du Code de commerce... » (Dev.-Car., 52, 2, 304).

Suivant MM. Lyon-Caen et Renault (t. II, n° 3075), « le commerçant qui n'a, pendant plusieurs années, soutenu son crédit et retardé sa faillite que par la création d'effets de commerce et leur renouvellement à chaque échéance, peut être considéré comme ayant eu recours à des *moyens ruineux* dans le sens de l'art. 585-3° ». Et les savants auteurs invoquent un arrêt de la Cour de Nancy du 16 mai 1882.

sauverait trop de coupables (1). Avec le système de la loi actuelle, cet inconvénient n'existe réellement pas, puisque le juge a toujours un pouvoir discrétionnaire quand il n'est pas prouvé que l'intention mauvaise existait déjà lors de l'achat.

L'ancien art. 586, dans son n° 4, prévoyait spécialement, comme un cas distinct où le commerçant failli devait être poursuivi en banqueroute simple, le cas où il avait *donné des signatures de crédit ou de circulation, pour une somme triple de son actif, selon son dernier inventaire* (2). Ici encore le législateur ne s'en était pas rapporté à l'appréciation du juge : il avait établi une présomption inflexible, en ce sens que le commerçant pouvait impunément donner des signatures de crédit ou de circulation, tant que le passif en résultant ne représentait pas le triple de son actif. Aujourd'hui il faut purement et simplement appliquer la règle générale posée dans le n° 3 de l'art. 585 : ainsi que nous l'avons vu, ce n° 3 cite, comme exemple de moyens ruineux employés pour se procurer des fonds, la *circulation d'effets*.

4e cas. — Nous avons ici un cas de banqueroute simple qui n'existait pas dans le Code de 1808, qui a été établi par la loi nouvelle. Il paraît que, sous l'empire du Code, l'impunité dont jouissait le failli à cet égard avait donné lieu à de véritables scandales : on voyait un commerçant, déjà hors d'état de faire face à ses échéances, distribuer lui-même tout l'actif qui pouvait lui rester à certains de ses créanciers, de manière à ne laisser absolument rien aux autres. C'est un des vices du système du Code de 1808 sur lesquels l'attention du législateur devait être plus particulièrement éveillée (3).

(1) Voy. Locré, *Esprit du Code de commerce*, sur l'art. 586, n° 10 (t. III, p. 705).

(2) La Cour d'appel d'Amiens avait proposé d'ajouter : « S'il a signé, « endossé ou fait circuler plusieurs de ces billets appelés *billets de plaisir*. » Les *billets de plaisir* ou *billets de complaisance* n'avaient pas, en définitive, été mentionnés d'une manière spéciale par le Code de 1808. Aujourd'hui, comme nous le verrons bientôt, toutes *signatures de complaisance* qu'a pu donner le failli tombent sous l'application du nouvel art. 586, n° 1.

(3) Le n° 4 de l'art. 585 n'existait cependant pas dans le projet présenté par le Gouvernement en 1834. Ce n° 4 a été ajouté sur la proposition de la première Commission de la Chambre des députés.

Le paiement que le failli a fait à l'un de ses créanciers au préjudice de la masse ne constitue un cas de banqueroute simple qu'autant que ce paiement est postérieur à la cessation des paiements, dont l'époque a été fixée par le tribunal de commerce ou par la Cour d'appel (1). A ce point de vue, le cas réglé par le n° 4 de l'art. 585 se distingue profondément des cas prévus dans les trois autres numéros du même article. En effet, lorsque les dépenses personnelles du commerçant aujourd'hui failli ou les dépenses de sa maison ont été excessives, lorsqu'il a consommé de fortes sommes au jeu ou dans des opérations de pur hasard, lorsque dans l'intention de retarder sa faillite il a employé des moyens ruineux de se procurer des fonds, dans tous ces cas les faits qu'on lui reproche peuvent s'être accomplis plus ou moins longtemps avant qu'il fût réellement en état de cessation de paiements, c'est-à-dire avant l'époque fixée par le tribunal conformément à l'art. 441. Ces faits sont constitutifs du délit de banqueroute simple précisément parce qu'ils se rattachent à la cessation de paiements comme la cause se rattache à l'effet : il était donc impossible d'exiger qu'ils fussent postérieurs à la cessation de paiements. Du reste, la loi ne distinguant pas, il faut dire sans difficulté que les mêmes faits, accomplis depuis la cessation de paiements, constitueraient encore le délit de banqueroute simple : si dans cette hypothèse ils n'ont pas amené la faillite, ils n'en sont pas moins répréhensibles, en raison du préjudice qu'ils ont occasionné à la masse. — Le fait prévu par le n° 4 de l'art. 585 est d'une tout autre nature : pour constituer le délit de banqueroute simple, il faut essentiellement qu'il se soit produit depuis la cessation des paiements. Et cela devait

(1) Voy. les art. 441 et 582. — Dans le système de la jurisprudence que j'ai combattu (voy., ci-dessus, p. 3 et suiv.), il faudrait dire : 1° qu'un commerçant dont la faillite n'a point été déclarée peut être condamné comme banqueroutier simple par le tribunal correctionnel, pour avoir payé un de ses créanciers à une époque où ce même tribunal décide qu'il avait déjà cessé ses paiements ; 2° qu'un commerçant dont la faillite a été régulièrement déclarée peut être condamné comme banqueroutier simple, pour avoir payé un de ses créanciers depuis l'époque fixée par le tribunal correctionnel, quoique avant l'époque fixée par le tribunal de commerce comme étant l'époque de la cessation de ses paiements.

être ainsi : tant qu'un commerçant est en état de faire face généralement à toutes ses échéances, il peut et doit payer ses créanciers à mesure qu'ils se présentent : il serait absurde qu'on le punît pour avoir payé une dette exigible. C'est seulement à dater du jour où il devient certain qu'il ne lui sera pas possible de payer tous les créanciers qui vont se présenter, c'est seulement à dater de ce jour qu'il est en faute s'il paie certains d'entre eux, au lieu d'aller faire au greffe du tribunal de commerce la déclaration prescrite par l'article 438.

Pour que le paiement fait par le failli après cessation de ses paiements constitue un cas de banqueroute simple, il faut et il suffit que ce paiement ait été fait *au préjudice de la masse*. En conséquence, d'une part, si le failli avait payé, après cessation de ses paiements, un créancier hypothécaire ou privilégié qui, sur l'objet affecté, pouvait être désintéressé intégralement, il n'aurait pas encouru la peine de la banqueroute simple : car du paiement ainsi fait il ne résulte aucun préjudice pour la masse. D'autre part, pour que le failli qui a payé un créancier après cessation de ses paiements soit dans le cas d'être condamné comme banqueroutier simple, la loi n'exige nullement qu'on prouve contre lui que son intention était de favoriser un créancier aux dépens des autres : les juges n'ont point à s'inquiéter du motif plus ou moins répréhensible qui a pu le porter à faire le paiement dont il s'agit. La Cour suprême s'est prononcée en ce sens, le 30 juillet 1841, par un arrêt de cassation (1).

(1) La Cour,

« Vu l'art. 585, n° 4, du Code de commerce;

« Attendu que le jugement attaqué a reconnu, en fait, que le sieur D... « a désintéressé plusieurs de ses créanciers postérieurement au 6 juin, « jour de la cessation de ses paiements, et que ce jugement n'a refusé « d'appliquer la loi pénale audit D... que par le motif qu'il n'avait eu « d'autre intention que d'éviter la déclaration de faillite; — Attendu que, « dès lors, le jugement attaqué a implicitement reconnu que ledit D... a « payé quelques-uns de ses créanciers au préjudice de la masse; — « Attendu que les dispositions de l'art. 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 paiements, 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; — D'où il suit que le jugement attaqué,

Un point sur lequel je crois utile d'insister d'une manière spéciale, c'est que notre art. 585 ne distingue point si le paiement fait par le failli est annulé ou au contraire est maintenu. Un commerçant a cessé ses paiements : quelques jours après, il paie, en espèces ou en effets de commerce, une dette échue : le créancier gardera ce qu'il a reçu ou bien il devra le rapporter à la masse, selon qu'il aura été de bonne ou de mauvaise foi, selon qu'il aura ignoré ou connu la cessation de paiements (1). Mais, qu'il garde ou qu'il rapporte ce qu'il a reçu, dans un cas comme dans l'autre, le débiteur a commis le délit de banqueroute simple : car il connaissait sa situation, et il est évident que sa culpabilité ne peut pas dépendre de la bonne ou de la mauvaise foi du créancier. Elle ne peut pas dépendre non plus de la solvabilité ou de l'insolvabilité du créancier ; et il serait véritablement absurde de dire : « Lorsque le paiement est annulé et que le créancier rapporte effectivement à la masse ce qu'il a reçu, le paiement se trouve n'avoir pas été fait au préjudice de la masse, et alors l'art. 585-4° devient inapplicable. » — Si le failli avait payé un créancier, toujours en espèces ou en effets de commerce et pour dette échue, dans les dix jours qui précèdent l'époque de la cessation des paiements, le créancier ne peut pas être tenu au rapport. Quant au débiteur, il est en faute : car il est bien probable qu'il connaissait sa situation. Mais, comme une disposition pénale ne doit jamais être étendue et que le cas dont il s'agit ne rentre pas dans la disposition de l'art. 585, il serait impossible d'y voir un cas de banqueroute simple. — Enfin, que décider si le failli a payé autrement qu'en espèces ou en effets de commerce, ou s'il a payé une dette non échue? En supposant qu'il ait ainsi payé après cessation de ses paiements, on pourra parfaitement lui appliquer l'art. 585, n° 4; on pourrait même, suivant les cas, le déclarer coupable de banqueroute fraudu-

« en n'appliquant pas aux faits reconnus les dispositions de l'art. 585,
« n° 4, a violé ledit article et commis un excès de pouvoir ;
« Casse... » (Dev.-Car., 42, 1, 479).

Voy. aussi MM. Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 3075, p. 894.

(1) C'est la disposition formelle de l'art. 447.

leuse, comme ayant détourné une partie de son actif (voy. l'art. 591). Maintenant, en supposant qu'il ait ainsi payé avant d'être en état de cessation de paiements, l'art. 585 est certainement inapplicable; mais il pourrait encore y avoir lieu d'appliquer l'art. 591.

Nous avons vu les quatre cas dans lesquels la loi dit que le commerçant failli *sera déclaré* banqueroutier simple. Nous passons aux cas dans lesquels, toujours suivant le texte de la loi, le commerçant failli *pourra être déclaré* banqueroutier simple (1). Ces cas sont au nombre de six (2), d'après l'art. 586, qui est ainsi conçu :

« Pourra être déclaré banqueroutier simple tout commer-
« çant failli qui se trouvera dans un des cas suivants : 1° s'il
« a contracté pour le compte d'autrui, sans recevoir des
« valeurs en échange, des engagements jugés trop considé-
« rables eu égard à sa situation lorsqu'il les a contractés; —
« 2° s'il est de nouveau déclaré en faillite, sans avoir satis-
« fait aux obligations d'un précédent concordat; — 3° si,
« étant marié sous le régime dotal ou séparé de biens, il ne
« s'est pas conformé aux art. 69 et 70; — 4° si, dans les
« *quinze* jours de la cessation de ses paiements, il n'a pas fait
« au greffe la déclaration exigée par les art. 438 et 439 (3),
« ou si cette déclaration ne contient pas les noms de tous les
« associés solidaires; — 5° si, sans empêchement légitime, il
« ne s'est pas présenté en personne aux syndics dans les cas
« et dans les délais fixés, ou si, après avoir obtenu un sauf-
« conduit, il ne s'est pas représenté à justice; — 6° s'il n'a
« pas tenu de livres et fait exactement inventaire; si ses
« livres ou inventaires sont incomplets ou irrégulièrement

(1) Ici, l'application de l'art. 402 du Code pénal est facultative pour le juge; et la Cour de cassation a décidé, par son arrêt du 9 mars 1883, « qu'il appartient au tribunal de répression d'user de cette faculté suivant les circonstances qu'il apprécie, sans qu'il soit tenu de donner à cet égard aucun motif ».

(2) L'ancien art. 587 indiquait seulement quatre cas dans lesquels le failli *pouvait être poursuivi* comme banqueroutier simple.

(3) Ainsi rectifié par l'art. 23 de la loi du 4 mars 1889. D'après la loi de 1838, comme d'après le Code de 1808, le délai était seulement de *trois* jours.

« tenus, ou s'ils n'offrent pas sa véritable situation active ou « passive, sans néanmoins qu'il y ait fraude. »

« Étudions successivement ces différents cas, comme nous avons fait pour ceux de l'art. 585 :

1er *cas*. — Dans le projet adopté par la Chambre des députés le 28 mars 1835, le cas dont il s'agit était prévu par l'art. 585, non par l'art. 586; c'était un cas où le failli *devait* être déclaré banqueroutier simple. C'est la Chambre des pairs qui, sur la proposition de M. Girod de l'Ain, en a fait un des cas où la peine de la banqueroute simple *peut* être prononcée (1). Du reste, au fond le changement dont il s'agit n'a pas autant d'importance qu'on pourrait le croire au premier abord. En effet, la disposition fît-elle encore partie de l'art. 585, le tribunal n'en aurait pas moins un pouvoir discrétionnaire très large, puisque, pour prononcer la peine de la banqueroute simple, il faudrait avant tout qu'il jugeât les engagements du failli trop considérables eu égard à sa situation lorsqu'il les a contractés, c'est-à-dire qu'il se livrât à une appréciation pour laquelle la loi s'en rapporte absolument à lui. On peut même dire que la disposition, ainsi transportée de l'art. 585 dans l'art. 586, se trouve maintenant contenir une sorte de pléonasme : le tribunal peut bien juger que les engagements contractés par le failli n'étaient pas trop considérables, et alors il ne le condamne pas; mais, une fois qu'il aura jugé au contraire que les engagements étaient trop considérables, il semble qu'il doit nécessairement le condamner, il serait bizarre qu'il ne le condamnât pas.

Voici les principales applications que peut recevoir cet art. 586-1° : Un commerçant accepte à découvert, c'est-à-dire sans avoir provision, une lettre de change tirée sur lui, — ou bien il tire une lettre de change pour compte d'autrui, sans que le donneur d'ordre lui ait fourni aucune sûreté pour le cas où lui tireur serait poursuivi, — ou bien il appose sa signature sur un titre comme endosseur ou comme donneur d'aval sans avoir aucune couverture et simplement pour en faciliter la négociation (2).

(1) Séance du 10 mai 1837.
(2) Voy., ci-dessus, p. 39.

2e *cas*. — Le Code de 1808 n'avait prévu ni le cas d'annulation ou de résolution du concordat, ni le cas où une nouvelle faillite viendrait à être déclarée avant l'accomplissement des engagements pris par le failli concordataire; aujourd'hui ces différents cas sont prévus par les art. 518, 520 et suiv. Cela étant rappelé, on aperçoit tout de suite une hypothèse où la disposition de notre art. 586-2° s'appliquera sans difficulté, et plusieurs autres où le doute au contraire est possible.

Je suppose d'abord que le failli concordataire est en demeure d'exécuter des engagements pris par le concordat et des engagements pris postérieurement; il est de nouveau déclaré en faillite (1) : alors, sans distinguer si préalablement à ce jugement déclaratif il y a eu ou non résolution du concordat, nous nous trouvons littéralement dans le cas prévu par notre art. 586-2°, et le tribunal peut prononcer la peine de la banqueroute simple, s'il le juge convenable.

Il y a déjà quelque difficulté si, au moment où la nouvelle faillite est déclarée faute d'exécution des engagements pris depuis le concordat, le failli n'est pas encore en demeure d'exécuter ceux qui résultent du concordat. Le texte suppose que le failli *n'a pas satisfait aux obligations d'un précédent concordat;* mais peut-on jamais reprocher justement à quelqu'un de n'avoir pas satisfait à une obligation quand elle n'est pas encore échue? — En somme, je crois que la disposition qui nous occupe est applicable même dans cette hypothèse. Sans doute, au moment où la nouvelle faillite est déclarée, il n'y a pas encore inexécution *imputable au failli* des engagements pris par le concordat; mais il n'en est pas moins vrai qu'en contractant de nouvelles dettes et en ne les payant pas, il a donné lieu à la déclaration de la nouvelle faillite et, par conséquent, il s'est mis hors d'état d'exécuter le concordat (2).

Maintenant, que décider si le tribunal de commerce a prononcé la résolution du concordat (3), mais qu'il n'y ait pas

(1) C'est le cas prévu par l'art. 526 *in fine*.

(2) Mon opinion à cet égard est partagée par MM. Lyon-Caen et Renault (t. II, n° 3076, p. 895).

(3) Conformément au 2e alinéa de l'art. 520.

eu de jugement particulier déclarant une nouvelle faillite? Ici encore je regarde l'art. 586-2° comme applicable. Sans doute, au premier abord, cette décision peut paraître en contradiction avec le texte, qui suppose que le concordataire *est de nouveau déclaré en faillite*. Mais il faut bien remarquer que le jugement qui prononce la résolution du concordat déclare virtuellement la nouvelle faillite du concordataire : une fois que la résolution du concordat est prononcée, il n'y a presque jamais intérêt à ce que la nouvelle faillite soit déclarée par un jugement spécial. Aussi la loi, dans l'art. 526 *in fine*, prévoyant le cas où une nouvelle faillite vient à être déclarée, suppose-t-elle qu'il n'y a pas eu préalablement résolution du concordat. On peut, d'ailleurs, invoquer avec beaucoup de force, en faveur de la décision que je défends, les paroles prononcées, en 1836, par le garde des sceaux à propos de la disposition qui nous occupe (1) : « Cette disposition », disait le ministre, « est destinée à punir les scandaleuses « violations par lesquelles on se joue très fréquemment de « ces sortes de traités » (2).

Enfin, que décider dans l'hypothèse où il y a simplement annulation du concordat? Pas de difficulté si le concordat est annulé par suite de condamnation pour banqueroute frauduleuse : évidemment, en cas pareil, il ne peut pas être question de prononcer la peine de la banqueroute simple. Mais il est possible que le concordat soit annulé pour cause de dol, conformément à l'art. 518, sans que le failli soit condamné comme banqueroutier frauduleux : dirons-nous alors que le tribunal correctionnel pourrait le condamner comme banqueroutier simple? Cela me paraît inadmissible : ici les termes de l'art. 586-2° nous font complètement défaut. En effet, le failli n'est point coupable d'inexécution des engagements pris par le concordat : ni directement, ni virtuellement il ne les a méconnus. S'il se retrouve en faillite, cela tient exclusivement à des causes antérieures à l'homologation

(1) *Exposé des motifs* à la Chambre des pairs, séance du 26 janvier.

(2) Voy. aussi en ce sens M. Bédarride, t. III, nos 1229 et 1230. « La résolution du concordat, disent également MM. Lyon-Caen et Renault (*loc. cit.*), équivaut à la déclaration d'une seconde faillite. »

du concordat, étrangères par conséquent à l'exécution des engagements qui en résultent, de sorte que, s'il y a culpabilité de la part du failli, du moins ce n'est certainement pas celle que l'art. 586 permet aux juges de frapper (1).

3e *cas*. — La loi renvoie ici aux art. 69 et 70. Je n'ai pas à parler de l'art. 70, qui contient une disposition purement transitoire. Mais l'art. 69 a une assez grande importance pratique. Dans le Code de 1808, cet art. 69 était ainsi conçu : « Tout époux séparé de biens ou marié sous le régime dotal, « qui embrasserait la profession de commerçant postérieure- « ment à son mariage, sera tenu de faire pareille remise (2), « dans le mois du jour où il aura ouvert son commerce, à « peine, en cas de faillite, d'être puni comme banqueroutier « frauduleux. » Ce système a paru trop rigoureux : comme il arrive souvent, l'excès de sévérité du législateur avait amené l'impunité des coupables ; et la loi *sur les faillites*, du 28 mai 1838, a corrigé l'art. 69 de la manière suivante : « L'époux, « séparé de biens ou marié sous le régime dotal, qui embras- « serait la profession de commerçant postérieurement à son « mariage, sera tenu de faire pareille remise (3), dans le mois « du jour où il aura ouvert son commerce ; à défaut de cette « remise, il pourra être, en cas de faillite, condamné comme « banqueroutier simple. » Il résulte suffisamment de ce texte que, dans le cas dont il s'agit, le failli n'est pas nécessairement condamné comme banqueroutier simple ; si le même cas est de nouveau mentionné dans l'art. 586, c'est que le législateur a voulu dans ce dernier article donner la liste complète des cas dans lesquels le failli peut être déclaré banqueroutier simple.

L'art. 69 et l'art. 586 parlent d'un failli marié sous le régime dotal ou *séparé de biens*, de sorte qu'on pourrait croire, au premier abord, que la disposition comprend le cas

(1) Voy. aussi M. Bédarride, MM. Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*

(2) Remise d'un extrait de son contrat de mariage aux greffes et chambres désignés par l'art. 872 du Code de procédure civile (c'est-à-dire aux greffes des tribunaux civil et de commerce, et aux chambres des avoués et des notaires), pour être exposé au tableau conformément au même article. Voy. les art. 67 et 68 du Code de commerce.

(3) Voy. la note précédente.

de séparation judiciaire tout comme le cas de séparation contractuelle. Mais on reconnaît promptement que la disposition ne peut s'appliquer qu'au dernier cas. En effet, l'art. 69 suppose que l'époux embrasse la profession de commerçant *postérieurement à son mariage*, et non pas postérieurement au jugement qui prononce la séparation ; de plus, ce qui doit être remis aux greffes et aux chambres désignés par l'art. 872 du Code de procédure, c'est un extrait du *contrat de mariage*, et non pas un extrait du jugement prononçant la séparation. Du reste, on ne peut pas dire qu'il y ait à cet égard lacune dans la loi : car, si l'adoption par contrat de mariage du régime dotal ou du régime de séparation de biens n'est pas portée, en général, à la connaissance du public (1), il en est tout autrement de la séparation de biens qui résulte d'une décision judiciaire (voy. les art. 872 et 880 du Code de procédure).

Supposons que c'est la femme, mariée sous le régime dotal ou sous le régime de séparation de biens, qui embrasse la profession du commerce quelque temps après son mariage : est-elle soumise, comme le serait certainement le mari, à la disposition des art. 69 et 586 ? Je ne vois aucune bonne raison pour distinguer entre le mari et la femme. L'art. 69 dit l'*époux;* cette expression, employée seule et non par opposition à l'*épouse*, est synonyme de la *personne mariée*. De plus, les tiers qui traitent avec la femme commerçante peuvent avoir à souffrir du régime dotal ou du régime de séparation de biens tout au moins autant que ceux qui traitent avec le mari commerçant. En effet, s'il y avait communauté, ces tiers auraient pour gage les biens de la femme, les biens de la communauté et les biens du mari (2) ; ici, au contraire, ils ne pourront jamais s'en prendre qu'aux biens de la femme, et encore à condition que ces biens ne soient pas inaliénables. La femme qui leur laisse croire qu'il y a communauté, en ne faisant pas connaître, conformément à l'art. 69, qu'elle est mariée séparée de biens ou sous le régime dotal, peut donc

(1) Sauf l'application de la loi du 10 juillet 1850.
(2) Voy. les art. 1419 du Code civil, 4 et 5 du Code de commerce.

être considérée comme coupable, à leur égard, d'une lourde faute (1).

4e *cas*. — Nous distinguerons ici suivant que la personne qui a cessé ses paiements est un commerçant ordinaire ou bien une société.

Un commerçant, Paul, vient à cesser ses paiements; il les cesse, par exemple, le 1er septembre : il s'expose à être condamné comme banqueroutier simple s'il n'en fait pas la déclaration au greffe du tribunal de commerce, au plus tard le 15 septembre, ou même si, en faisant cette déclaration, il ne l'accompagne pas de son bilan ou tout au moins de l'indication des motifs qui l'empêchent de déposer son bilan. Le Code de 1808 prévoyait seulement le cas où la cessation de paiements n'avait pas été déclarée au greffe dans les trois jours; en 1838, on a mis avec raison sur la même ligne le cas où la déclaration au greffe ne serait pas accompagnée du dépôt du bilan, ou tout au moins de l'indication des motifs qui ont empêché de le déposer.

Lorsqu'une société de commerce cesse ses paiements, il est certain que la déclaration doit en être faite au greffe et que le bilan doit être déposé, comme quand il s'agit d'un commerçant ordinaire. De plus, quand la société est en nom collectif ou en commandite, il est impossible qu'elle soit en état de cessation de paiements sans que les associés solidaires s'y trouvent par contre-coup : aussi la loi veut-elle qu'en déclarant au greffe que la société a cessé ses paiements on fasse connaître en même temps les noms de tous les associés solidaires. Mais, dans ce cas de faillite d'une société, à qui incombent les obligations imposées par la loi, et quelle en est la sanction? Pas de difficulté en ce qui concerne la société en nom collectif et la société en commandite : tout associé solidaire est tenu d'aller au greffe faire la déclaration prescrite, et tout associé solidaire pourra être condamné comme banqueroutier simple si la déclaration n'a pas été faite dans les quinze jours, ou si elle ne contient pas les noms des différents associés solidaires. Mais en ce qui concerne la

(1) Voy., au surplus, dans notre t. II, l'explication de l'art. 69.

société anonyme, le législateur a omis de s'expliquer, et je ne puis que donner mon adhésion sur ce point aux observations suivantes, que M. Bravard présentait en 1835 et qui, malheureusement, sont restées sans résultat : « Si la société en « faillite est anonyme, ni les simples actionnaires ni les gé- « rants ne sont eux-mêmes pour cela en état de faillite. Ils « ne peuvent même pas y être mis : car leur qualité d'ac- « tionnaires ou de gérants ne les rend pas commerçants, et « leur responsabilité, toute réelle, est bornée à la perte de « leur mise (1). Dès lors, comment les poursuivrait-on comme « banqueroutiers? Évidemment, c'est impossible : car, pour « être banqueroutier il faut d'abord être en faillite; or, ils n'y « sont pas et ne peuvent pas y être. Par conséquent, l'obli- « gation imposée à cette société, comme à tout failli, de faire « la déclaration de sa faillite dans les trois jours (2) est dépour- « vue de sanction; et c'est cependant pour cette espèce de « société qui embrasse une si grande masse d'affaires, attire « tant de capitaux, affecte tant d'intérêts, qu'il importerait « d'obtenir promptement la déclaration de la faillite. Pour « cela, il aurait fallu soumettre à une peine spéciale les « gérants de cette société qui ne feraient pas la déclaration « de la cessation de ses paiements ou qui ne la feraient que « tardivement. Il y a donc, à cet égard, une lacune dans le « nouveau projet » (3).

5e *cas*. — Il importe ici de bien distinguer le système du Code de 1808 et le système de la loi nouvelle.

D'après le Code de 1808, pouvait être poursuivi comme *banqueroutier simple* et être déclaré tel celui qui, s'étant absenté, ne s'était pas présenté en personne aux agents et aux syndics dans les délais fixés, et sans empêchement légitime (ancien art. 587); pouvait être poursuivi comme *banqueroutier frauduleux* et être déclaré tel celui qui, ayant obtenu un sauf-conduit, ne s'était pas représenté à justice (ancien

(1) Cette dernière proposition est parfaitement exacte relativement aux *actionnaires*. Relativement aux *gérants*, sans doute ils ne sont pas en faillite parce que la société cesse ses paiements; mais ils sont responsables *personnellement* s'ils ont commis des fautes dans leur gestion.

(2) Aujourd'hui dans les *quinze* jours.

(3) *Examen comparatif*, p. 143.

art. 594). Au premier abord, on serait tenté de croire que, relativement au failli qui ne se présente pas en personne aux agents et aux syndics dans les délais fixés, il n'y a pas à distinguer s'il avait ou non obtenu un sauf-conduit : il semble, d'après le texte, que, n'eût-il pas obtenu de sauf-conduit, le principe est qu'il doit se présenter en personne aux agents et aux syndics, faute de quoi il s'expose à être condamné comme banqueroutier simple. Mais cette interprétation rigoureuse n'eût pas été conforme à l'intention du législateur. En effet, l'ancien art. 587 permettait de frapper le failli qui, *sans empêchement légitime*, ne s'était pas présenté en personne; et l'ancien art. 469 admettait formellement le failli qui n'avait pas obtenu de sauf-conduit à comparaître par un fondé de pouvoir. Ainsi, dans ce système, le défaut de sauf-conduit est une cause d'empêchement légitime ; et, de même que le failli qui, n'ayant pas de sauf-conduit, ne se représente pas à la justice, ne pourrait pas pour ce fait être poursuivi et condamné comme banqueroutier frauduleux, de même celui qui, n'ayant pas de sauf-conduit, ne se présente pas en personne aux agents et aux syndics, ne pourrait pas pour ce fait être poursuivi et condamné comme banqueroutier simple (1).

La loi nouvelle a certainement modifié le système du Code, en ce sens qu'aujourd'hui une conséquence identique est attachée au fait de ne pas se présenter aux syndics et au fait de ne pas se représenter à justice : dans un cas comme dans l'autre, le failli peut être déclaré banqueroutier simple. Maintenant, nous trouvons encore la même difficulté de texte

(1) Voici, en effet, comment s'exprime M. Locré dans son commentaire sur l'ancien art. 468 : « Il fallait prévoir que le failli pourrait quelquefois « être empêché de se présenter. Il pouvait l'être par des événements « comme une maladie, une absence non préméditée et qui n'eût rien de « suspect ; il pouvait l'être aussi par le refus d'un sauf-conduit. On « devait, dans ces circonstances, lui permettre de se faire représenter « par un fondé de pouvoir. » (*Esprit du Code de commerce*, t. III, p. 240. — Voy. aussi l'ancien art. 516.) La Cour de Montpellier a consacré cette doctrine, en confirmant, par son arrêt du 14 août 1837, un jugement où il était dit en termes formels « que le failli n'est tenu de se présenter en « personne que dans le cas où il a obtenu un sauf-conduit » (Dalloz, *Rép. alph.*, v° *Faillite*, n° 1404).

qui existait sous l'empire du Code. Le nouvel art. 586, dans son n° 5, suppose : 1° que, sans empêchement légitime, le failli ne s'est pas présenté en personne aux syndics, et 2° que, *après avoir obtenu un sauf-conduit*, il ne s'est pas représenté à la justice. Ainsi, d'après le texte même, le failli qui n'a pas obtenu de sauf-conduit ne peut pas être déclaré banqueroutier simple pour ne s'être pas représenté à la justice ; mais ne peut-il pas être déclaré banqueroutier simple pour ne s'être pas présenté en personne aux syndics dans les cas et dans les délais fixés? Si nous n'avions que la disposition de notre art. 586-5°, je dirais qu'il ne le peut pas : en effet, la loi nouvelle a reproduit ici la rédaction du Code de 1808, et nous savons que, d'après le Code, l'absence de sauf-conduit constituait une cause d'empêchement légitime. Mais ce système a évidemment été modifié par le nouvel art. 475, qui, dans son dernier alinéa, s'exprime ainsi : « Soit qu'il ait ou non obtenu un sauf-conduit, le failli pourra « comparaître par fondé de pouvoir (1), s'il justifie de causes « d'empêchement reconnues valables par le juge-commis- « saire. » Aujourd'hui nous devons donc dire que même le failli qui n'a pas obtenu de sauf-conduit doit, s'il veut comparaître par fondé de pouvoir, justifier de causes d'empêchement reconnues valables, sans quoi il s'expose à être déclaré banqueroutier simple (2).

On comprend très bien ce que la loi veut dire quand elle parle d'un failli qui ne s'est pas présenté en personne aux syndics dans les cas et dans les délais fixés. Mais qu'est-ce qu'un failli qui *ne s'est pas représenté à la justice?* Cela signifie

(1) Les syndics l'ont appelé, puis l'ont sommé de comparaître, pour clore et arrêter les livres en sa présence.

(2) Nous devons du moins le dire, et MM. Lyon-Caen et Renault l'admettent avec nous, dans le cas de l'art. 475. Mais, dans le cas de l'art. 505 (le failli étant appelé à l'assemblée qui doit délibérer sur la formation du concordat), il semble bien résulter du texte que c'est seulement quand il a été dispensé de la mise en dépôt ou quand il a obtenu un sauf-conduit qu'il a besoin, pour se faire représenter par un fondé de pouvoirs, d'invoquer des motifs valables. Il y a là un défaut d'harmonie dans la loi nouvelle : le système du Code de 1808, abandonné dans l'art. 475, est reproduit dans l'art. 505. Voy. notre t. V, p. 373.

simplement qu'il s'est caché, qu'il ne s'est pas tenu à la disposition du tribunal.

6e *cas*. — Ici encore la loi nouvelle a modifié le système du Code de 1808. D'après le Code, pouvait être poursuivi comme *banqueroutier simple*, et être déclaré tel, le failli qui présentait des livres irrégulièrement tenus (sans néanmoins que les irrégularités indiquassent de fraude), ou qui ne les présentait pas tous (ancien art. 587); pouvait être poursuivi comme *banqueroutier frauduleux* et être déclaré tel, le failli qui n'avait pas tenu de livres (1) ou dont les livres ne présentaient pas sa véritable situation active et passive (ancien art. 594). Aujourd'hui ces différents cas sont mis sur la même ligne : dans tous (en supposant, bien entendu, qu'il n'y a pas fraude), le failli peut être déclaré banqueroutier simple. — Le législateur a pris la peine de mentionner spécialement l'inventaire qui, aux termes de l'art. 9, doit être fait tous les ans : notre art. 586 suppose que le failli n'a pas fait exactement inventaire, ou que ses inventaires sont incomplets ou irrégulièrement tenus.

Supposons que c'est une société qui est en faillite : que décider s'il n'a pas été tenu de livres et fait exactement inventaire, si les livres et inventaires de la société sont incomplets ou irrégulièrement tenus, etc.? D'abord, lorsqu'il s'agira d'une société anonyme, il est évident que notre art. 586-6e ne pourra recevoir aucune application, les personnes physiques étant seules susceptibles d'être atteintes par la peine de l'emprisonnement. Mais lorsqu'il s'agira d'une société en nom collectif ou en commandite, ne pourrait-il pas être appliqué aux associés solidaires, qui sans aucun doute sont coupables de l'absence de livres ou de la mauvaise tenue des livres? Suivant M. Bravard, il n'y a pas possibilité de les déclarer banqueroutiers simples (2); mais M. Bravard part ici

(1) « Nous devons constater, dit M. Bédarride (t. III, nº 1226), que la doctrine et la jurisprudence avaient reconnu que l'obligation de tenir des livres et de les représenter ne pouvait être imposée aux petits marchands, le plus souvent incapables de le faire, et notamment aux colporteurs. Toutefois, c'était là une règle d'appréciation qui rentrait dans l'examen de la question intentionnelle, et que les circonstances pouvaient modifier. »

(2) *Examen comparatif*, p. 146.

d'une idée fausse et certainement repoussée par le législateur de 1838, de l'idée que l'associé solidaire n'est pas nécessairement failli par cela seul que la société est déclarée en faillite. La vérité est que le tribunal de commerce, en déclarant la faillite de la société, par là même déclare nécessairement celle de tous les associés en nom (1). Dès lors, nous devons dire, avec M. Renouard : « Les livres de la société sont les livres de l'associé : si leur irrégularité lui est personnellement imputable, le tribunal peut valablement le condamner comme banqueroutier simple » (2).

Évidemment un failli peut se trouver à la fois dans plusieurs des cas prévus par les art. 585 et 586. Traduit en police correctionnelle sous prévention de plusieurs faits distincts dont chacun constitue ou peut constituer le délit de banqueroute simple, il est possible qu'il soit renvoyé relativement à certains faits, condamné relativement à certains autres. Mais le failli, poursuivi comme coupable de l'un des faits énumérés dans nos articles et renvoyé par le tribunal, pourrait-il ensuite être poursuivi de nouveau et condamné pour un autre des faits que signalent les mêmes articles? Cette question, ou du moins une question parfaitement analogue, s'est présentée devant la Cour d'Aix, sous l'empire du Code de 1808. Un commerçant, déclaré failli, avait été traduit en Cour d'assises pour fait de banqueroute frauduleuse; une question subsidiaire de banqueroute simple, pour tenue irrégulière des livres, ayant été posée au jury (3), le jury répondit négativement tant sur le fait principal que sur le fait subsidiaire, et, en conséquence, l'accusé fut acquitté. Quelque temps après, le ministère public l'assigne par-devant le tribunal correctionnel de Marseille, sous prévention de banqueroute simple, pour avoir omis de faire la déclaration exigée par l'ancien art. 440, et pour ne s'être pas présenté à l'agent dans les délais. Vai-

(1) Voy. les art. 438, 458 et 531. Joignez le nº 4, *in fine*, de notre art. 586.
(2) T. II, p. 448.
(3) Comme le permet implicitement l'art. 365 du Code d'instruction criminelle.

nement le prévenu soutient que l'accusation a été purgée par la déclaration du jury : le tribunal le condamne pour banqueroute simple. Mais ce jugement fut infirmé en appel, par arrêt du 9 août 1837, motivé comme il suit :

« Attendu que, d'après l'art. 360 du Code d'instruction « criminelle, toute personne acquittée légalement ne pourra « être reprise ou accusée à raison du même fait ; — Attendu « 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 *un fait* dans le sens de l'art. 360 du Code d'in- « struction criminelle, lequel fait n'est jamais que celui de « banqueroute simple ; — Attendu que, si B... eût été con- « damné comme banqueroutier simple par la Cour d'assises, « il aurait purgé complètement la prévention de banqueroute « simple, à raison même des circonstances renvoyées devant « le tribunal correctionnel par l'ordonnance de la chambre « du conseil ; qu'il faut donc admettre qu'il a purgé ces cir- « constances par un acquittement : car, par cela même qu'il « a été acquitté, il a couru la chance d'être condamné. »

Suivant M. Bédarride (1), cet arrêt est si fortement motivé en droit qu'on ne saurait, après l'avoir lu, adopter une opinion contraire. Quant à moi, je n'hésite pas à dire que les *considérants* qui précèdent ne sont nullement décisifs. La Cour d'Aix invoque l'art. 360 du Code d'instruction criminelle ; mais elle lui donne un sens qu'il ne peut pas avoir. L'article ne signifie pas que la personne déclarée non coupable, par exemple, du fait de banqueroute simple, ne pourra plus être reprise ni accusée comme ayant commis le délit de banqueroute simple. Il est de toute évidence que l'article n'a pas cette signification. En effet, le jury ou le tribunal correctionnel n'a point répondu à une question ainsi posée : *Un tel est-il coupable du délit de banqueroute simple ?* Le jury ou le tribunal a répondu à la question de savoir si un tel est coupable de l'un des faits indiqués dans les art. 585 et 586 du Code de

(1) T. III, nº 1234.

commerce : sa réponse ayant été négative, l'art. 360 s'oppose bien à ce que le même individu soit repris pour le même fait, mais non à ce qu'il soit de nouveau poursuivi pour un autre fait également constitutif du délit de banqueroute simple. Comme le dit très-justement M. Ortolan (1), « le rapprochement de l'art. 360 avec l'art. 246 du Code « d'instruction criminelle montre que le législateur n'a pas « subtilisé sur ces mots : *à raison du même fait...* » (2). — La Cour d'Aix ajoute que, si le failli eût été condamné comme banqueroutier simple sur la première poursuite, il aurait purgé complètement la prévention de banqueroute simple; elle en conclut qu'il l'a purgée également dans le cas d'acquittement, parce que, dit-elle, il a couru la chance d'être condamné. C'est très mal raisonner. Si, sur la première poursuite, le failli a été condamné comme coupable d'un des faits mentionnés dans nos art. 585 et 586, j'admets bien qu'il ne pourra plus être poursuivi pour un autre fait également prévu par les mêmes articles : condamné pour avoir consommé de fortes sommes à des opérations fictives de bourse, il ne pourra pas être poursuivi de nouveau pour avoir, après cessation de ses paiements, payé un créancier au préjudice de la masse. Mais à quoi cela tient-il? Uniquement à ce que le failli qui se trouve dans plusieurs des cas prévus par les art. 585 et 586 ne peut, pas plus que celui qui se trouve dans un seul de ces cas, être condamné à autre chose qu'à la peine portée par le Code pénal contre le délit de banqueroute simple (3). Donc, quand la première poursuite aboutit à un acquittement, rien ne s'oppose à ce que le failli soit poursuivi pour un autre fait sur lequel les premiers juges n'ont pas statué.

On peut ajouter, avec Merlin (4), que si, après un premier

(1) *Eléments de droit pénal*, 1re édition, nº 1889.

(2) L'art. 246 est ainsi conçu : « Le prévenu à l'égard duquel la Cour « d'appel aura décidé qu'il n'y a pas lieu au renvoi à la Cour d'assises « ne pourra plus y être traduit à raison du même fait, à moins qu'il ne « survienne de nouvelles charges. » Joignez M. Ortolan, *eod. op.*, 3e édition, t. II, nº 1797.

(3) Voy. l'art. 402 du Code pénal.

(4) Cité par M. Renouard, t. II, p. 436, et par M. Blanche, *Études pratiques sur le Code pénal*, 6e étude, nº 133.

procès en banqueroute simple, toute action était nécessairement éteinte, un failli qui se sent coupable se ferait poursuivre par un créancier (1) qui n'alléguerait que des faits insignifiants : l'acquittement qui ne manquerait pas d'intervenir serait ainsi une garantie d'impunité pour des faits plus graves laissés volontairement dans l'ombre et encore inconnus du ministère public (2).

M. Renouard, qui admet en principe la doctrine de la Cour d'Aix, y apporte une exception telle qu'en réalité son système se confond avec le nôtre. Le failli ayant été renvoyé de la première poursuite, une nouvelle poursuite, dit M. Renouard, sera recevable si elle est fondée sur des faits dont la découverte était impossible antérieurement au jugement qui a déjà été rendu. Évidemment on ne peut pas supposer que, par la négligence du ministère public, des faits qui pouvaient être constatés lors de la première poursuite n'ont pas été portés à la connaissance du tribunal : si certains faits n'ont pas été portés alors à la connaissance du tribunal, c'est naturellement parce que le ministère public n'avait pas encore pu les découvrir.

En matière de banqueroute simple, la loi punit-elle la *tentative* et la *complicité* ?

Sans aucun doute, elle ne punit pas la *tentative*. En effet, la banqueroute simple est un délit; or, aux termes de l'article 3 du Code pénal, pour qu'une tentative soit considérée comme un délit, il faut une disposition spéciale de la loi, et cette disposition spéciale de la loi n'existe point en matière de banqueroute simple.

Il y a un peu plus de difficulté en ce qui concerne la *complicité*. La question s'est présentée dans les circonstances suivantes : Le sieur D..., connaissant parfaitement le mauvais état des affaires d'un commerçant, avait, durant plus d'une année, procuré à celui-ci les moyens de retarder sa faillite, en lui prenant au comptant, avec un rabais considé-

(1) Comme nous le verrons bientôt en expliquant l'art. 584, le tribunal correctionnel peut être saisi sur la poursuite de tout créancier.

(2) Voy. aussi, dans le sens de notre opinion, M. Blanche, *loc. cit.*

rable, des marchandises neuves achetées pour être immédiatement revendues au-dessous du cours. Les syndics de la faillite ayant cité le sieur D... devant le tribunal correctionnel, celui-ci le renvoya de la plainte; sur l'appel du ministère public, le jugement fut confirmé par la Cour de Paris; enfin, le ministère public s'étant pourvu en cassation, le pourvoi fut rejeté par arrêt du 10 octobre 1844. Cette décision me paraît exacte, et je reproduis ici les *considérants* de l'arrêt rendu par la Cour suprême.

« Les faits de banqueroute, dit la Cour, ont été prévus et « qualifiés par une législation spéciale. Le Code de commerce « de 1807, en les divisant en deux catégories, le crime de « banqueroute frauduleuse et le délit de banqueroute simple, « et en spécifiant, en outre, divers cas de complicité se rappor- « tant exclusivement à la première de ces deux infractions (1), « a renvoyé au Code pénal pour déterminer les peines qui « leur seraient applicables. Ce dernier Code, après avoir, « par son art. 402, édicté contre les auteurs des faits princi- « paux de banqueroute deux sortes de peines, conformément « à la distinction établie entre eux par la loi de la matière, « s'est borné dans son art. 403, en ce qui concerne les « complices, à étendre à ceux que cette loi avait déclarés « tels la peine du crime de banqueroute frauduleuse; si cet « article a rappelé la règle tracée par l'art. 59 du Code « pénal, dans le rapport de cette règle avec les seuls cas de « complicité jusque-là mentionnés par le Code de commerce, « il n'a pu évidemment avoir d'autre objet que d'en res- « treindre l'application aux cas auxquels il se référait. La loi « de 1838, qui a confirmé et complété les dispositions sus- « énoncées dudit Code, a compris, dans un chapitre intitulé : « *Des crimes et délits commis dans les faillites par d'autres que* « *par les faillis,* tout fait des tiers qui, se rattachant à la « faillite, était, à ce titre, jugé susceptible d'incrimination; « ces dispositions nouvelles, non plus que celles qui les ont « précédées, n'ont aucun trait à la complicité de banqueroute

(1) Voy. l'ancien art. 597. Les deux articles suivants s'occupaient également des complices du banqueroutier frauduleux.

« simple. Si l'art. 593 revisé a ajouté à l'énumération des « cas de participation des tiers à la faillite ces mots : *sans « préjudice des autres cas prévus par l'art. 60 du Code pénal,* « c'est après avoir attribué aux faits par lui spécifiés le « caractère criminel et les conséquences pénales de la ban- « queroute frauduleuse. Enfin l'art. 59 du Code pénal a mis « en dehors du principe qu'il consacre les faits *à l'égard « desquels la loi en aurait disposé autrement;* en ce qui touche « la banqueroute simple, la dérogation qu'il a prévue ressort « virtuellement tant de l'ensemble et de la combinaison des « textes précités que de la nature particulière de ce délit, « lequel consiste dans la violation d'obligations toutes per- « sonnelles au failli, dérivant de sa qualité de commerçant « et constituant des garanties légales attachées à l'exercice « de cette profession... » (1).

Comme nous le verrons plus tard, les règles générales sur la banqueroute ne sont pas applicables aux agents de change et aux courtiers. Ces agents intermédiaires sont soumis à une législation spéciale, d'une rigueur exceptionnelle (2).

§ II. — Des peines infligées au failli coupable de banqueroute simple.

L'art. 592 du Code de 1808 disait, dans son premier alinéa : « Le tribunal de police correctionnelle, en déclarant « qu'il y a banqueroute simple, devra, suivant l'exigence

(1) Dev.-Car., 44, 1, 750. — Voy. aussi en ce sens MM. Chauveau Adolphe et Faustin Hélie, *Théorie du Code pénal*, 4e édition, t. V, nº 1962; M. Blanche, 6e étude, nº 136.

Le premier projet présenté au Conseil d'Etat en 1807 contenait un art. 164, ainsi conçu : « Seront poursuivis, comme complices de ban- « queroute simple, les créanciers du failli qui, pour lui accorder la signa- « ture du concordat, auront exigé de lui le paiement ou des promesses « de payer des sommes supérieures à celles qu'ils auraient droit de tou- « cher comme tous les autres créanciers. » Cette disposition fut adoptée provisoirement dans la séance du 5 mai. Puis, dans la séance du 12, fut présentée une nouvelle rédaction du Titre *De la banqueroute simple,* et celle-ci ne contient plus aucune disposition de ce genre.

(2) Voy. les art. 89 du Code de commerce et 404 du Code pénal.

« des cas, prononcer l'emprisonnement pour un mois au « moins et deux ans au plus » (1).

Cette peine, édictée par le Code de commerce, est reproduite par le Code pénal de 1810. Voici, en effet, ce que nous lisons dans l'art. 402 de ce dernier Code : « Ceux qui, « dans les cas prévus par le Code de commerce, sont décla- « rés coupables de banqueroute, seront punis ainsi qu'il suit : « Les banqueroutiers frauduleux... ; les banqueroutiers sim- « ples seront punis d'un emprisonnement d'un mois au moins « et de deux ans au plus. »

Il est à remarquer que, sous l'empire du Code de 1810, d'une part, le banqueroutier simple pouvait, en cas de récidive, être condamné à quatre ans d'emprisonnement (2), et, d'autre part, la peine ne pouvait à peu près jamais être abaissée en raison des circonstances atténuantes (3).

La revision du Code pénal en 1832 ne toucha pas à l'article 402. Elle laissa également subsister le système de 1810 quant à la récidive ; mais ce système fut notablement adouci quant aux circonstances atténuantes (4).

(1) Au Conseil d'Etat (séance du 5 mai 1807), M. Treilhard demanda que, sur le châtiment du banqueroutier simple, on renvoyât au Code pénal : la fixation des peines, disait-il, est hors de la matière du Code de commerce. A quoi Merlin répondit que le Code pénal n'établissait pas de peines pour la banqueroute simple.

(2) ART. 57. « Quiconque, ayant été condamné pour un crime, aura « commis un délit de nature à être puni correctionnellement, sera con- « damné au *maximum* de la peine portée par la loi, et cette peine pourra « être élevée jusqu'au double. »

ART. 58. « Les coupables, condamnés correctionnellement à un empri- « sonnement de plus d'une année, seront aussi, en cas de nouveau délit, « condamnés au *maximum* de la peine portée par la loi, et cette peine « pourra être élevée jusqu'au double ; ils seront, de plus, mis sous la « surveillance spéciale du Gouvernement pendant au moins cinq années « et dix ans au plus. »

(3) ART. 463. « Dans tous les cas où la peine d'emprisonnement est « portée par le présent Code, *si le préjudice causé n'excède pas vingt-cinq « francs* et si les circonstances paraissent atténuantes, les tribunaux sont « autorisés à réduire l'emprisonnement, même au-dessous de six jours, « et l'amende, même au-dessous de seize francs. Ils pourront aussi pro- « noncer séparément l'une ou l'autre de ces peines, sans qu'en aucun cas « elle puisse être au-dessous des peines de simple police. »

(4) ART. 463, *in fine*. « Dans tous les cas où la peine de l'emprisonne- « ment et celle de l'amende sont prononcées par le Code pénal, si les cir-

Le législateur de 1838 n'a pas jugé utile de déterminer une pénalité déjà écrite dans la loi criminelle. En conséquence, le nouvel art. 584 du Code de commerce se borne à dire que les cas de banqueroute simple seront punis des peines portées au Code pénal.

La loi du 13 mai 1863 est venue modifier plusieurs dispositions du Code pénal. Elle n'a rien changé à l'article 402; mais elle a corrigé les dispositions sur la récidive et sur les circonstances atténuantes. Il résulte d'abord de cette loi que, pour être traité comme récidiviste, il faut que celui qui commet le délit de banqueroute simple ait été déjà condamné, pour crime ou pour délit, à une peine supérieure à une année d'emprisonnement (1). Quant aux circonstances atténuantes en matière correctionnelle, voici le texte même du nouvel art. 463, tel qu'il est établi par le décret du 27 novembre 1870 et par la loi du 26 octobre 1888 : « Dans tous les cas « où la peine de l'emprisonnement et celle de l'amende sont « prononcées par le Code pénal, si les circonstances parais- « sent atténuantes, les tribunaux correctionnels sont auto- « risés, même en cas de récidive, à réduire l'emprisonne- « ment même au-dessous de six jours et l'amende même « au-dessous de seize francs. Ils pourront aussi prononcer « séparément l'une ou l'autre de ces peines, et même substi- « tuer l'amende à l'emprisonnement, sans qu'en aucun cas elle « puisse être au-dessous des peines de simple police. — Dans « le cas où l'amende est substituée à l'emprisonnement, si « la peine de l'emprisonnement est seule prononcée par l'ar- « ticle dont il est fait application, le maximum de cette « amende sera de trois mille francs. »

Enfin la loi du 26 mars 1891 contient la disposition sui-

« constances paraissent atténuantes, les tribunaux correctionnels sont « autorisés, même en cas de récidive, à réduire l'emprisonnement même « au-dessous de six jours, et l'amende même au-dessous de seize francs; « ils pourront aussi prononcer séparément l'une ou l'autre de ces deux « peines, et même substituer l'amende à l'emprisonnement, sans qu'en « aucun cas elle puisse être au-dessous des peines de simple police. »

(1) Les art. 57 et 58 du Code pénal ont été modifiés, en dernier lieu, par l'art. 5 de la loi du 26 mars 1891 (loi sur l'atténuation et l'aggravation des peines).

vante (art. 1) : « En cas de condamnation à l'emprisonne-
« ment ou à l'amende, si l'inculpé n'a pas subi de condamna-
« tion antérieure à la prison pour crime ou délit de droit
« commun, les Cours ou tribunaux peuvent ordonner, par le
« même jugement et par décision motivée, qu'il sera sursis à
« l'exécution de la peine. Si, pendant le délai de cinq ans à
« dater du jugement ou de l'arrêt, le condamné n'a encouru
« aucune poursuite suivie de condamnation à l'emprisonne-
« ment ou à une peine plus grave pour crime ou délit de droit
« commun, la condamnation sera comme non avenue. Dans
« le cas contraire, la première peine sera d'abord exécutée,
« sans qu'elle puisse se confondre avec la seconde. »

§ III. — Des personnes qui peuvent poursuivre le délit de banqueroute simple, et de la procédure.

La banqueroute simple est un délit : elle doit donc, conformément à la règle générale posée au Code d'instruction criminelle (1), être de la compétence des tribunaux correctionnels. Le Code de commerce de 1808, promulgué un peu avant le Code d'instruction criminelle, le décidait expressément (2), et le législateur de 1838 a reproduit cette disposition en disant, dans l'art. 584 : « Les cas de banqueroute
« simple seront jugés par les tribunaux de police correction-
« nelle. » Il peut néanmoins arriver qu'un cas de banqueroute simple soit jugé par la Cour d'assises. On peut supposer, par exemple, qu'un failli a été renvoyé devant la Cour d'assises comme ayant par fraude tenu irrégulièrement ses livres, et il résulte des débats que c'est par simple négligence : nous retombons alors dans le délit de banqueroute simple, et le jury pourra être consulté subsidiairement sur la question de savoir si l'accusé est coupable d'un fait constitutif de ce délit (3).

(1) Art. 179.
(2) Art. 588.
(3) Voy. l'art. 365 du Code d'instruction criminelle.

En général, le tribunal correctionnel est saisi soit par citation directe du ministère public ou de la partie civile, soit par ordonnance de renvoi du juge d'instruction, soit accidentellement par arrêt de renvoi de la chambre des mises en accusation (1). Cette règle générale s'applique parfaitement quand il s'agit du délit de banqueroute simple. Seulement, qui considérerons-nous comme pouvant jouer ici le rôle de *partie civile?* Le Code de 1808 (art. 588) avait déjà répondu à cette question; la loi nouvelle y répond également, lorsqu'elle nous dit (art. 584) : « Les cas de banqueroute simple... seront « jugés... sur la poursuite des syndics, de tout créancier ou « du ministère public. » Quand la loi parle de la *poursuite* des syndics ou de tout créancier, elle emploie une expression très large qui comprend et la *plainte* (2) et la *citation directe* (3). Du reste, la loi donne à cette même expression un sens plus restreint, le sens de *citation directe*, lorsqu'elle dit, dans le nouvel art. 589 : « Les syndics ne pourront intenter « de poursuite en banqueroute simple, ni se porter partie « civile, au nom de la masse, qu'après y avoir été autorisés « par une délibération prise à la majorité individuelle des « créanciers présents » (4).

Sous l'empire du Code de 1808, on a jugé que la poursuite en banqueroute simple ne pouvait pas être intentée par le créancier qui avait adhéré au concordat homologué, et tout créancier était réputé y avoir adhéré par cela seul qu'il n'avait pas formé opposition dans le délai légal (5). Quant aux créanciers qui avaient formé opposition au concordat, mais dont l'opposition avait été rejetée, étaient-ils recevables à poursuivre le failli comme banqueroutier simple? Les auteurs n'étaient pas d'accord sur ce point. — Dans le projet présenté par le Gouvernement en 1834, il y avait une dispo-

(1) Art. 182 du Code d'instruction criminelle.
(2) Voy. les art. 63 et suiv. du Code d'instruction criminelle.
(3) Voy. spécialement les art. 64 *in fine*, 182 et 183 du Code d'instruction criminelle.
(4) Le Code de 1808 ne contenait rien de semblable à cette disposition. Nous l'expliquerons dans notre § IV.
(5) Voy. l'arrêt de la Cour de cassation, du 9 mars 1811 (Dalloz, *Rép. alph.*, v° *Faillite*, n° 1433).

sition ainsi conçue : « A dater de l'homologation, aucune « action en banqueroute simple ne pourra plus être in- « tentée. » Dans la seconde discussion à la Chambre des députés, on proposa de n'interdire l'action en banqueroute simple qu'aux créanciers qui auraient concouru au concordat; le garde des sceaux (M. Barthe) combattit cette distinction, et demanda la suppression radicale de la disposition. Cette suppression fut effectivement prononcée. En conséquence, il faut dire que le nouvel art. 584 peut s'appliquer aussi bien quand il y a un concordat que quand il n'en a pas été accordé au failli. Il est à remarquer, du reste, que si un concordat peut encore être accordé au failli condamné comme banqueroutier simple (1), de même et à plus forte raison, la condamnation pour banqueroute simple ne fait nullement tomber le concordat déjà obtenu par le failli (2).

De même que le failli concordataire, de même le failli déclaré excusable par le tribunal de commerce peut encore être poursuivi et condamné comme banqueroutier simple. La Cour de cassation s'est prononcée en ce sens, sous l'empire du Code de 1808 (3).

— Aux termes de l'art. 638 du Code d'instruction criminelle, l'action publique résultant d'un délit se prescrit par trois années révolues à compter du jour où le délit a été commis, si dans cet intervalle il n'a été fait 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 courent du dernier acte. En matière de banqueroute simple, quel est véritablement le *jour où le délit a été commis?* Le délit de banqueroute simple, nous le savons, implique, comme élément essentiel, la qualité de commerçant failli, et cette qualité même suppose, dans la doctrine que nous avons admise, un jugement du tribunal de commerce déclarant la faillite. On ne peut donc pas dire, tant que le jugement déclaratif n'a pas été rendu, qu'il y a délit de banqueroute simple. J'arrive ainsi à décider que la prescription de trois ans

(1) Voy. l'art. 511.
(2) Voy. les art. 518 et 520, 1er alinéa. Comp. l'art. 587, 2e alinéa.
(3) Arrêt déjà cité du 9 mars 1811.

court, au plus tôt, du jour du jugement déclaratif de faillite. Au contraire, la Cour de cassation, qui admet que l'état de faillite peut exister en l'absence d'un jugement du tribunal de commerce et que cet état peut être reconnu par le tribunal criminel, décide logiquement que les trois ans peuvent commencer à courir du jour de la cessation des paiements (1).

— Le tribunal correctionnel, saisi d'une poursuite en banqueroute simple, peut toujours entendre comme témoin le juge-commissaire. Si les syndics se sont portés partie civile au nom de la masse, cela n'empêche pas le tribunal de rece-

(1) Arrêt de cassation, de la Chambre criminelle, du 22 janvier 1847. Voici le raisonnement de la Cour :

« Les divers cas énumérés dans l'art. 586 du Code de commerce ne « constituant des délits et ne devenant punissables qu'autant qu'ils se- « raient imputables à un *commerçant failli*, il en résulte l'obligation, pour « le tribunal de répression devant lequel l'action publique est portée, « non seulement de constater l'*état actuel de faillite* du prévenu, mais « encore de déterminer l'époque à laquelle cette faillite s'est réalisée, en « s'attachant pour cela aux faits et aux circonstances de la cause. Le « fait de la faillite étant l'un des éléments essentiels du délit soumis au « tribunal correctionnel, il appartient à ce tribunal d'apprécier les élé- « ments constitutifs de ce fait, indépendamment de tous jugements qui « auraient pu intervenir au civil sur la faillite et le règlement des inté- « rêts des créanciers, ces jugements étant sans autorité sur l'action « publique en poursuite du délit. — De cette même disposition de l'ar- « ticle 586 précité, qui n'attribue le caractère d'infraction qu'à ceux des « cas énumérés en cet article qui deviendraient imputables à un com- « merçant failli, et de ce que, suivant les termes de l'art. 638 du Code « d'instruction criminelle, la prescription, en matière correctionnelle, « commence à courir du jour où l'infraction a été commise, il résulte « encore, 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'art. 638 précité. — Si les faits constitutifs « du délit de banqueroute sont postérieurs à l'ouverture de la faillite, il « est aussi nécessaire de déterminer la date de leur perpétration, « qui est alors le point de départ de la prescription... » (Dev-Car., 47, 1, 472).

Dans l'espèce, un failli était poursuivi en police correctionnelle comme s'étant rendu coupable de faits compris dans l'art. 586. Il opposait que plus de trois ans s'étaient écoulés sans actes d'instruction ou de poursuite depuis l'époque fixée par le tribunal de commerce comme étant celle de la cessation des paiements ; la Cour de Lyon avait rejeté

voir le témoignage des créanciers (1). De même, et à plus forte raison, si un ou plusieurs créanciers se sont portés parties civiles, le tribunal pourra très bien entendre le témoignage des autres créanciers et des syndics.

— Le tribunal correctionnel ne peut prononcer la peine de la banqueroute simple que contre un *commerçant failli*. Du reste, la Cour de cassation admet qu'il n'est pas indispensable que le jugement signale expressément cette qualité de *commerçant failli*, mais qu'il suffit qu'elle ressorte de circonstances relevées dans ce jugement (2).

— Le jugement du tribunal correctionnel peut être déféré à la Cour d'appel. Il faut appliquer ici purement et simplement les règles générales posées au Code d'instruction criminelle, avec les modifications résultant de la loi du 13 juin 1856 (art. 198 et suiv.). Ainsi, il est bien évident que le nouvel art. 582 du Code de commerce, qui donne pour interjeter appel un délai de quinzaine à compter de la signification du jugement *rendu en matière de faillite*, est absolument étranger à la matière qui nous occupe.

— Remarquons, en terminant, qu'aux termes du nouvel art. 600, tous arrêts et jugements portant condamnation pour délit de banqueroute simple doivent être affichés et publiés suivant les formes établies par l'art. 42 du Code de commerce (3), aux frais des condamnés. Une disposition analogue existait déjà dans le Code de 1808. M. Locré dit qu'elle tend : 1° à rendre l'exemple du châtiment plus efficace; 2° à signaler les banqueroutiers de manière qu'ils ne puissent plus faire de dupes.

l'exception, par le motif que trois années ne s'étaient pas écoulées depuis le *jugement déclaratif de la faillite*. C'est cette décision qui est cassée, comme ayant manifestement violé les dispositions de l'art. 638 du Code d'instruction criminelle et des art. 437, 433, 441 et 586 du Code de commerce.

Joignez l'arrêt de rejet, du 9 juin 1864 (Dev.-Car., 64, 1, 343). Voy. aussi M. Blanche, 6e étude, nos 115 et 131.

(1) Ainsi jugé par la Cour de cassation, le 14 mai 1847, en matière de banqueroute frauduleuse (Dev.-Car., 48, 1, 751).

(2) Arrêt du 19 septembre 1844. Voy. Dalloz, *Rép. alph.*, v° *Faillite*, n° 1393.

(3) Cet art. 42, abrogé *quant aux actes de société* par la loi du 24 juil-

§ IV. — Par qui sont supportés les frais de la poursuite en banqueroute simple.

En ce qui concerne les frais de poursuite, la loi, dans les art. 587-590, distingue trois cas, suivant que la poursuite a été intentée par le ministère public, ou par les syndics, ou par un créancier. Examinons successivement ces trois cas :

1er cas. *Poursuite intentée par le ministère public.* — Ce premier cas n'avait pas été formellement prévu par le Code de 1808; sous l'empire de ce Code, on décidait, conformément aux principes généraux (1), que, si le prévenu était condamné, les frais étaient à sa charge. Il est clair que ce système conduisait à un résultat inique, et qu'il avait un très grave inconvénient au point de vue de la bonne administration de la justice. En effet, la condamnation aux frais, prononcée contre le failli reconnu coupable de banqueroute simple, atteignait, non pas ce failli lui-même, mais ses créanciers : le Trésor public venait, par privilège (2) sur le patrimoine du failli, et le gage des créanciers se trouvait ainsi diminué ou même complètement anéanti. Par conséquent, il était de l'intérêt des créanciers que le failli, poursuivi par le ministère public devant le tribunal correctionnel, fût renvoyé de la poursuite plutôt que condamné. Comme le dit très bien l'*Exposé des motifs* du projet présenté par le Gouvernement en 1834, « l'intérêt qu'ont les créanciers à détourner « une condamnation qui doit faire retomber sur eux les frais « du procès en banqueroute fausse la situation et trop sou- « vent aussi le langage des créanciers et de leurs syndics. « D'adversaires naturels du failli, ou du moins de témoins « impartiaux de sa conduite, ils deviennent ses apologistes; « et la connaissance qu'ils ont des circonstances et du

let 1867 (art. 65), est toujours en vigueur *quant aux arrêts et jugements portant condamnation pour banqueroute.* Voy. notre t. V, p. 61.

(1) Voy. l'art. 194 du Code d'instruction criminelle.

(2) Voy. la loi du 5 septembre 1807, *relative au mode de recouvrement des frais de justice au profit du Trésor public.*

« caractère de la faillite est perdue pour la justice » (1).

Le Gouvernement, dans le projet présenté en 1834, avait cru devoir faire céder l'intérêt du Trésor à des intérêts supérieurs, à l'intérêt de la justice, à celui de la sûreté du commerce; et ce projet contenait un article ainsi conçu : « Les « frais de poursuite en banqueroute simple, intentée par le « ministère public, seront, en cas de condamnation comme « en cas d'acquittement, supportés par le Trésor public. » Cette rédaction dépassait le but : il ne s'agissait pas d'exonérer le failli aux dépens du Trésor public, il s'agissait simplement de faire en sorte que la masse n'eût pas à souffrir de la poursuite intentée par le ministère public. En conséquence, la première Commission de la Chambre des députés proposa la rédaction suivante, qui a passé dans la loi, où elle forme l'art. 587 : « 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 con- « cordat, 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 » (2).

Ainsi, quelque temps après le jugement déclaratif de faillite, le procureur de la République poursuit le failli comme coupable de banqueroute simple. D'abord, si le failli est renvoyé de la poursuite, il est clair que les frais resteront définitivement à la charge du Trésor public. Si, au contraire, il est condamné, le recouvrement des frais ne peut pas nuire à la masse; mais ce n'est pas à dire qu'ils seront supportés en définitive par le Trésor public. En effet, de deux choses l'une : ou l'union sera dissoute, conformément à l'art. 537,

(1) « Dans plusieurs circonstances, dit M. Bédarride (t. III, nº 1237), la crainte de voir la justice prendre le peu qui restait dans l'actif était de nature à empêcher les créanciers et les syndics de s'expliquer avec franchise sur les torts du failli et à frapper ainsi d'impuissance les efforts du ministère public. Le Code de commerce avait donc mal à propos faussé la position des créanciers, en plaçant leur intérêt dans l'acquittement des faillis. L'expérience de trente années, les plaintes unanimes qui de tous côtés s'élevaient sur l'impunité dont ces derniers jouissaient, signalent, d'une manière évidente, les conséquences funestes qui en étaient découlées. »

(2) Comp. M. Renouard, t. II, p. 449.

ou bien le failli aura obtenu un concordat (soit avant, soit après avoir été condamné comme banqueroutier simple). Dans le premier cas, une fois l'union dissoute, il n'y a plus de masse, et l'art. 587 cesse d'être applicable : le Trésor public pourra donc, d'après la règle du droit commun, exercer son recours sur les biens qui surviendraient au condamné. Dans le deuxième cas, tant que les termes accordés par le concordat ne sont pas échus (ou, plus exactement, tant que les engagements résultant du concordat ne sont pas remplis), le Trésor public ne peut pas exercer un recours qui rendrait peut-être impossible l'exécution de ce traité et qui nuirait à la masse qui l'a consenti ; mais, dès que cette exécution est consommée, rien ne s'oppose plus à ce que le Trésor public cherche à recouvrer les frais qui n'ont pas cessé d'incomber au condamné. Le deuxième alinéa de l'art. 587 n'est, en réalité, qu'un corrollaire du premier. La petite correction que je propose d'apporter au texte de ce deuxième alinéa est confirmée par le *rapport* de M. Renouard, dans lequel je lis ce qui suit : « 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* « du concordat, il reviendrait à meilleure fortune » (1).

La disposition contenue dans le premier alinéa de notre art. 587 est reproduite, pour le cas de banqueroute frauduleuse, dans le premier alinéa de l'art. 592. Nous verrons, en expliquant ce dernier article, que c'est une disposition exorbitante du droit commun (2), et qu'en conséquence elle ne doit pas être étendue à des cas non compris dans le texte.

2e CAS. *Poursuite intentée par les syndics.* — Relativement à ce cas, le Code de 1808 décidait, en termes absolus, dans son art. 589, que les frais seraient supportés par la masse. Cela était tout au moins bien rigoureux, la majorité des

(1) « Quand il y a concordat, disent aussi MM. Lyon-Caen et Renault (t. II, n° 3082), le Trésor n'a de recours qu'*après que les dividendes promis par le concordat ont été acquittés.* »

(2) On comprend dès à présent que cette disposition déroge aux art. 194 et 368 du Code d'instruction criminelle.

créanciers étant peut-être opposée à la poursuite. Aussi la loi de 1838 a-t-elle modifié ce système sous deux rapports :

D'abord elle distingue suivant que le failli est acquitté ou condamné par le tribunal correctionnel. Écoutons ce qui est dit dans l'art. 588 : « 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, con- « formément à l'article précédent. » Si le failli est acquitté, les syndics, qui représentent la masse, ont eu tort de le poursuivre ou de se porter partie civile : il est juste que, par application du droit commun (1), la masse supporte les frais; et je crois même qu'il faut aller jusqu'à dire que, si l'actif de la faillite ne suffisait pas à les payer, l'excédent devrait être fourni par les différents créanciers, au prorata de leurs créances (2). Si le failli est condamné, les frais ne doivent pas peser sur la masse : ici, comme dans le cas où la condamnation intervient sur la poursuite du ministère public, le Trésor ne pourra les recouvrer contre le failli qu'après dissolution de l'union ou accomplissement des obligations résultant du concordat (3).

Il importe beaucoup aux créanciers que les syndics n'agissent pas témérairement, puisque, comme nous venons de le voir, en cas d'acquittement du failli, ce sont ces créanciers qui supportent tous les frais. De là une disposition nouvelle

(1) Code d'instruction criminelle, art. 194.

(2) Voy., en ce sens, M. Renouard, t. II, p. 451; MM. Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 3082. — Le failli ayant été acquitté, ce n'est pas à lui, c'est aux créanciers qui l'ont poursuivi mal à propos, à supporter en définitive les frais de poursuite. Il faut donc dire que les sommes prises sur son actif pour rembourser les frais au Trésor diminuent d'autant le montant de son passif : lorsque le débiteur fournit une somme dont le paiement incombe à ses créanciers, évidemment il se libère d'autant envers eux. Cette idée recevra notamment une application importante en matière de réhabilitation, quand il s'agira de savoir si le failli qui veut se faire réhabiliter a satisfait à la condition prescrite par l'art. 604, c'est-à-dire a intégralement acquitté toutes les sommes par lui dues. Comp. M. Bédarride, t. III, n° 1247.

(3) Évidemment, pour qu'il puisse être question d'une poursuite intentée par les syndics, il faut supposer qu'il n'y a pas encore de concordat homologué : car, dès que le jugement d'homologation est passé en force de chose jugée, les fonctions des syndics cessent (art. 519).

de la loi de 1838 : « Les syndics, aux termes de l'art. 589, « ne pourront intenter de poursuite en banqueroute simple « ni se porter partie civile (1), au nom de la masse, qu'après « y avoir été autorisés par une délibération prise à la majo- « rité individuelle des créanciers présents. » Ainsi, les créanciers sont convoqués pour indiquer aux syndics ce qu'ils ont à faire. Ici, du reste, chaque créancier a voix égale, quelle que soit la quotité de sa créance; et l'on tient compte uniquement des créanciers présents à l'assemblée.

3e CAS. *Poursuite intentée par un créancier.* — Le Code de 1808 (art. 590) voulait que les frais fussent supportés par le créancier poursuivant, en cas d'acquittement du prévenu, et par la masse, en cas de condamnation. Cette décision était raisonnable pour le cas d'acquittement : comme le dit très bien M. Locré, « la masse ne doit pas supporter les frais « d'une attaque téméraire à laquelle elle n'a point eu de « part ». Mais, pour le cas de condamnation du prévenu, cette décision était évidemment injuste, et elle présentait le même inconvénient qui a été signalé à propos de la poursuite intentée par le ministère public (2). Aussi le projet présenté par le Gouvernement en 1834 contenait-il, au lieu de l'ancien art. 590, la disposition suivante : « Les frais « de poursuite intentée par un créancier seront supportés, « s'il y a condamnation, par le Trésor public; s'il y a « acquittement, par le créancier poursuivant. » Cette disposition était parfaitement en harmonie avec la disposition du même projet relative à la poursuite intentée par le ministère public (3) : que la poursuite eût été intentée par le ministère public ou qu'elle eût été intentée par un créancier, les frais, en cas de condamnation du prévenu, devaient être supportés par le Trésor public. Nous savons que la disposition du projet relative à la poursuite intentée par le ministère public fut modifiée, à la demande de la première Commission de la Chambre des députés. Quant à la disposition relative à la

(1) Sur ces deux expressions, *intenter une poursuite, se porter partie civile*, voy. ci-dessus, p. 63.

(2) Voy. ci-dessus, p. 67 et suiv.

(3) Voy., ci-dessus, p. 68.

poursuite intentée par un créancier, la même Commission proposa, non pas simplement de la modifier, mais de la supprimer complètement : « Il faut éviter, disait le rapporteur, « d'encourager les haines et les vexations individuelles. On « n'a plus à craindre, lorsque la masse n'aura plus, en cas « de condamnation, à supporter les frais, que le ministère « public et les syndics gardent le silence si les présomptions « de culpabilité sont graves. »

Ce système, d'après lequel le droit de poursuivre le failli comme banqueroutier simple appartient seulement au ministère public et aux syndics, mais non aux créanciers individuellement; ce système fut effectivement consacré par la Chambre des députés en 1835. Mais, finalement, ce système n'a point passé dans la loi : la Chambre des pairs, à la demande de sa première Commission, rétablit l'article du projet de 1834, et cet article forme le nouvel art. 590 du Code de commerce. Faut-il donc admettre qu'en cas de condamnation du prévenu les frais de poursuite seront supportés définitivement par le Trésor public? Évidemment il serait absurde que le Trésor public, qui a un recours contre le condamné lorsque la poursuite a été intentée soit par le procureur de la République, soit par les syndics (voy. les art. 587 et 588), n'en eût aucun lorsqu'elle a été intentée par un créancier. La première Commission de la Chambre des députés aurait certainement modifié la rédaction de l'art. 590, comme elle avait modifié celle de l'art. 587, si elle n'avait pas voulu supprimer complètement la poursuite exercée par un créancier; et lorsque, ensuite, on est revenu sur cette suppression, lorsqu'on a voté le rétablissement du principe de l'art. 590, on n'a pas réfléchi qu'il était nécessaire de faire subir à la rédaction un changement qui la mît d'accord avec celle de l'art. 587 (1).

En résumé, si nous nous attachons aux principes, si nous tenons compte des vicissitudes qu'ont subies les art. 587 et suivants, depuis le projet de 1834 jusqu'au vote définitif

(1) Cette explication de ce qu'il y a de défectueux dans la rédaction du nouvel art. 590 n'a encore été donnée, du moins à ma connaissance, par aucun auteur.

de la loi de 1838, nous dirons, sans hésiter : Aussi bien quand le failli, condamné comme banqueroutier simple, a été poursuivi par un créancier, que quand il a été poursuivi par le ministère public ou par les syndics, les frais de poursuite ne doivent pas être supportés par la masse; ils seront supportés par le Trésor public, sauf, dans tous les cas, le droit pour le Trésor public de recourir contre le condamné dès que le recours peut s'exercer sans nuire à la masse (1).

Nous savons que le jugement ou l'arrêt qui condamne le banqueroutier simple doit être affiché et publié conformément à l'art. 42 du Code de commerce (2). Aux frais de qui? Aux frais du condamné, dit l'art. 600. Il ne s'agit pas là de *frais de poursuite* : les art. 587 et suivants ne sont donc pas applicables, et c'est l'actif de la faillite qui acquittera la dépense d'affiche et de publication (3).

(1) Comp. M. Bédarride, t. III, nº 1246; MM. Lyon-Caen et Renault, t. II, nº 3082.

(2) Ci-dessus, p. 66.

(3) « La masse de la faillite, disent MM. Lyon-Caen et Renault (t. II, nº 3100), acquitte les frais d'affichage et d'insertion dans les journaux. »

CHAPITRE II

DE LA BANQUEROUTE FRAUDULEUSE.

Nous retrouvons ici, et nous allons examiner successivement les mêmes questions que nous avons examinées à propos de la banqueroute simple.

§ I. — Dans quels cas il y a banqueroute frauduleuse.

De même que le Code de 1808 distinguait certains cas où le commerçant failli *était poursuivi* comme banqueroutier simple et pouvait être déclaré tel, et certains autres cas où il *pouvait être poursuivi* comme banqueroutier simple et être déclaré tel (1), de même ce Code de 1808 distinguait certains cas où le commerçant failli devait être déclaré banqueroutier frauduleux, et certains autres où il pouvait être poursuivi comme banqueroutier frauduleux et être déclaré tel. Voici, en effet, les dispositions que nous rencontrons dans ce Code :

Art. 593. « Sera déclaré banqueroutier frauduleux tout « commerçant failli qui se trouvera dans un ou plusieurs des « cas suivants, savoir : 1° s'il a supposé des dépenses ou des « pertes, ou ne justifie pas de l'emploi de toutes ses recettes; « — 2° s'il a détourné aucune somme d'argent, aucune dette « active, aucunes marchandises, denrées ou effets mobiliers; « — 3° s'il a fait des ventes, négociations ou donations sup- « posées; — 4° s'il a supposé des dettes passives et collu- « soires entre lui et des créanciers fictifs, en faisant des écri- « tures simulées, ou en se constituant débiteur, sans cause « ni valeur, par des actes publics ou par des engagements

(1) Voy. ci-dessus, p. 28.

« sous signature privée; — 5° si, ayant été chargé d'un « mandat spécial, ou constitué dépositaire d'argent, d'effets « de commerce, de denrées ou marchandises, il a, au préju- « dice du mandat ou du dépôt, appliqué à son profit les fonds « ou la valeur des objets sur lesquels portait soit le mandat, « soit le dépôt; — 6° s'il a acheté des immeubles ou des effets « mobiliers, à la faveur d'un prête-nom; — 7° s'il a caché « ses livres » (1).

ART. 594. « Pourra être poursuivi comme banqueroutier « frauduleux et être déclaré tel : le failli qui n'a pas tenu « de livres, ou dont les livres ne présenteront pas sa véri- « table situation active et passive; celui qui, ayant obtenu « un sauf-conduit, ne se sera pas présenté à justice. »

Ce système avait d'abord quelque chose de bizarre, en ce que le failli qui se trouvait dans l'un des deux cas de l'article 594 devait être poursuivi comme banqueroutier frauduleux ou n'être pas du tout poursuivi : il n'était pas possible de le poursuivre comme coupable de banqueroute simple. Aussi les cas de poursuite *facultative* en banqueroute frauduleuse ont-ils complètement disparu dans la loi de 1838. Dans les mêmes cas où il y avait autrefois poursuite facultative en banqueroute frauduleuse, il y a aujourd'hui possibilité pour le juge de condamner le failli comme banqueroutier simple (voy. le nouvel art. 586, nos 5 et 6).

Le système du Code de 1808 était défectueux sous un autre rapport : la loi, en énumérant limitativement les cas de banqueroute frauduleuse, avait, d'une part, compris dans son

(1) Comme le remarque M. Locré, aux sept cas mentionnés dans cet art. 593, il fallait en ajouter deux autres, savoir :

1° Le cas prévu par l'art. 69 : l'époux séparé de biens ou marié sous le régime dotal, embrassant la profession du commerce depuis son mariage, ne faisait pas dans le mois la remise prescrite d'un extrait de son contrat de mariage (voy., ci-dessus, p. 47);

2° Le cas prévu par l'art. 555 : la femme d'un failli avait détourné, diverti ou recelé des effets mobiliers, des marchandises, des effets de commerce, de l'argent comptant.

— Aux termes d'un arrêt de cassation du 5 mars 1813, « l'art. 593, en déterminant les faits qui caractérisent la banqueroute frauduleuse, n'a pas excepté les cas où ces faits seraient postérieurs à l'*ouverture de la faillite;* au contraire, il en est plusieurs qui ne peuvent arriver qu'après cette époque... » Voy. aussi M. Blanche, 6e étude, n° 112.

énumération des hypothèses véritablement étrangères au crime dont il s'agit, et, d'autre part, laissé en dehors de la pénalité des faits qui, rationnellement, présentaient tous les caractères de la banqueroute frauduleuse.

Ainsi, d'une part, devait être déclaré banqueroutier frauduleux le commerçant failli qui, ayant été chargé d'un mandat spécial ou d'un dépôt, avait appliqué à son profit les valeurs à lui confiées. Mais, comme le dit très bien M. Renouard dans son *rapport* (1), « ce délit envers des créanciers « particuliers n'est point une fraude faite à la masse; c'est « un délit privé, que l'art. 408 du Code pénal a prévu et « puni... Pourquoi, si on l'admettait, ne pas attacher les « mêmes conséquences aux crimes de vol, de faux et à tous « autres? Que doit-il arriver si des condamnations sont inter- « venues à cet égard antérieurement à la déclaration de fail- « lite et ont été exécutées, ou si les faits qui ont entraîné la « faillite ont été amenés par des causes étrangères à ces « crimes ou à ces délits? Ces circonstances, quelque aggra- « vantes qu'elles puissent être, appartiennent à un autre « ordre de faits que la faillite ou la banqueroute, et elles « doivent être régies par les dispositions du droit com- « mun » (2).

D'autre part, il est arrivé qu'un failli, reconnu coupable par le jury d'avoir supposé des dettes passives et collusoires entre lui et des créanciers fictifs, en se constituant débiteur sans cause ni valeur, *par le bilan qu'il a présenté et signé*, a été absous par la Cour d'assises, et que le pourvoi formé par le procureur général contre cet arrêt d'absolution a été rejeté par la Cour de cassation, le 3 juillet 1823 (3). En effet, l'art. 593 n'était pas littéralement applicable au cas qui se présentait.

En conséquence, la loi de 1838, sans donner une énumération limitative des cas de banqueroute frauduleuse, a signalé

(1) Voy. aussi son *Traité des faillites et banqueroutes*, t. II, p. 468.

(2) Joignez l'arrêt de la Cour de cassation du 7 juin 1845 (Dev.-Car., 45, 1, 558); M. Bédarride, t. III, n° 1254, et M. Blanche, 6e étude, n° 111.

(3) Voy. M. Renouard, t. II, p. 469; M. Bédarride, t. III, n° 1251; M. Blanche, n° 113.

les caractères en dehors desquels ce crime ne peut pas exister, de telle sorte que sans doute un certain pouvoir d'appréciation des circonstances est laissé à la justice, mais que, d'un autre côté, les justiciables n'ont pas à craindre une condamnation arbitraire. Voici, en effet, le texte du nouvel art. 591 :

« Sera déclaré banqueroutier frauduleux... 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. »

Il résulte de cet article que, pour qu'un commerçant failli soit condamné comme banqueroutier frauduleux, il faut toujours ou qu'il ait soustrait ses livres, ou qu'il ait détourné ou dissimulé une partie de son actif, ou enfin qu'il ait frauduleusement exagéré le chiffre de son passif (1).

Celui qui soustrait ses livres est présumé par la loi vouloir détourner ou dissimuler une partie de son actif, ou vouloir enfler mensongèrement le chiffre de son passif : détourner ou dissimuler une partie de son actif, supposer des dettes non existantes, voilà en définitive ce que fait toujours le failli qui veut frauder ses créanciers et qui encourt la peine de la banqueroute frauduleuse (2). — On pourrait être tenté, en s'appuyant sur l'art. 586 *in fine*, d'ajouter le cas où, par fraude, il n'a pas tenu de livres et fait exactement inventaire, ainsi que le cas où, également par fraude, ses livres ou inventaires sont incomplets ou irrégulièrement tenus, ou n'offrent pas sa véritable situation active ou passive. Mais, d'après l'esprit du législateur, ces cas doivent être considérés comme rentrant dans la disposition de l'art. 591, en ce sens qu'il faudra toujours que la fraude ait tendu à dissimu-

(1) Ainsi la Cour de cassation, par son arrêt du 7 juin 1845 (Dev.-Car., 45, 1, 558), décide que le délit prévu par l'art. 408 du Code pénal *ne saurait être considéré, dans sa relation avec la faillite, comme un élément du crime limitativement défini par l'art. 591 qu'autant qu'il aurait entraîné dissimulation de l'actif* (la Cour ajoute *ou du passif*, ce qui me paraît une erreur).

(2) Comp. M. Bédarride, t. III, n° 1252. — Le nouvel art. 518 du Code de commerce rentre manifestement dans cet ordre d'idées.

ler une partie de l'actif ou à exagérer le chiffre du passif (1).

Il faut bien remarquer que le commerçant qui, se sentant près de cesser ses paiements ou même les ayant déjà cessés, dissipe follement son actif, ne commet pas par cela seul le crime de banqueroute frauduleuse. En effet, dissiper ce n'est ni détourner ni dissimuler. La Cour de cassation, par son arrêt du 13 janvier 1854, a fait l'application de cette idée à une espèce assez curieuse. Un commerçant failli ayant été traduit en Cour d'assises sous l'accusation de banqueroute frauduleuse, on avait posé au jury la question suivante : *L'accusé est-il coupable d'avoir détourné ou dissipé, au préjudice de ses créanciers, partie de son actif?* Sur la réponse affirmative du jury, la Cour avait prononcé un arrêt de condamnation. Cet arrêt a été cassé : « Attendu que la réponse affirmative « sur la question alternative soumise au jury n'aurait pu « justifier la condamnation prononcée que si l'une comme « l'autre des alternatives proposées eût été de nature à con- « stituer le crime de banqueroute frauduleuse ou au moins « toute autre infraction entraînant, comme ce crime, la peine « des travaux forcés à temps ; mais attendu que l'art. 591 ne « déclare banqueroutier frauduleux et ne punit de cette peine « des travaux forcés que le négociant failli qui a détourné « ou dissimulé une partie de son actif; que cette définition ne « comprend nullement le fait d'un négociant failli d'avoir « dissipé au préjudice de ses créanciers tout ou partie de ses « biens; qu'ainsi l'arrêt attaqué a fait une fausse application « de l'art. 591 et prononcé une condamnation qui était

(1) Comp. Dalloz, *Rép. alph.*, v° *Faillite*, n° 1457; M. Blanche, 6e étude, n° 108.

Il peut y avoir dans le bilan inexactitude consistant en ce que le failli n'a pas fait connaître tout son passif; le 2e alinéa de l'art. 567 se réfère à un cas de ce genre. On peut supposer un failli qui dans son bilan passe complétement sous silence sa dette envers un créancier domicilié en pays étranger : il espère que ce créancier ne se fera pas connaître, au moins avant un certain temps, et que les autres lui seront d'autant plus favorables que le chiffre de son passif paraîtra moins élevé par rapport au chiffre de son actif. Le failli qui agit ainsi ne pourrait pas être déclaré banqueroutier frauduleux. Et, en effet, s'il a commis une fraude, ce n'est véritablement pas à l'encontre de la masse, c'est plutôt à l'encontre d'un créancier isolé.

« sans base légale... » (1). Il est certain, du reste, et la Cour de cassation le reconnaît, que le fait par le failli de dissiper son actif pourrait, suivant les cas et conformément à l'article 585, constituer le délit de banqueroute simple.

Nous avons vu qu'en matière de banqueroute simple la loi ne punit ni la *tentative* ni la *complicité* (2). Il en est autrement en matière de banqueroute frauduleuse.

Ainsi, d'abord en ce qui concerne la *tentative,* comme la banqueroute frauduleuse constitue un crime, nous devons appliquer la règle générale que pose en ces termes l'art. 2 du Code pénal : « Toute tentative de *crime*, qui aura été « manifestée par un commencement d'exécution, si elle n'a « été suspendue ou si elle n'a manqué son effet que par des « circonstances indépendantes de la volonté de son auteur, « est considérée comme le *crime* même. »

Quant à la *complicité,* l'art. 403 du Code pénal dit que « ceux qui, conformément au Code de commerce, seront « déclarés complices de banqueroute frauduleuse, seront « punis de la même peine que les banqueroutiers fraudu- « leux ». En 1810, lorsque le Code pénal a été rédigé, ces mots *conformément au Code de commerce* se référaient à l'art. 597 du Code de 1808, article ainsi conçu : « Seront « déclarés complices des banqueroutiers frauduleux..., les « individus qui seront convaincus de s'être entendus avec le « banqueroutier pour receler ou soustraire tout ou partie de « ses biens meubles ou immeubles, d'avoir acquis sur lui des « créances fausses, et qui, à la vérification et affirmation de « leurs créances, auront persévéré à les faire valoir comme « sincères et véritables » (3). Nous verrons plus tard que ce

(1) J'emprunte le texte de ces *considérants* à l'ouvrage de M. Renouard, t. II, p. 469. Voy. aussi M. Blanche, 6e étude, nº 110.

(2) Ci-dessus, p. 57 et suiv.

(3) Il est encore question des *complices de banqueroute frauduleuse* dans les art. 598 et 599 du Code de 1808.

Comme le dit un arrêt de la Cour de cassation du 17 mars 1831, « il résulte de la combinaison des dispositions des art. 597 du Code de commerce et 403 du Code pénal que les caractères de la complicité en matière de banqueroute frauduleuse sont régis par des règles particu-

système a été modifié par la loi de 1838; pour le moment il nous suffira de faire remarquer que le nouvel art. 593 déclare applicables en matière de banqueroute frauduleuse les caractères signalés par l'art. 60 du Code pénal comme étant en général constitutifs de la complicité (1).

§ II. — Des peines infligées par la loi au crime de banqueroute frauduleuse.

Dans notre ancien droit, le banqueroutier frauduleux était puni de mort (2). Le Code pénal du 25 septembre-6 octobre 1791 (2e partie, Titre II, Section II, art. 30 et 31) prononce la peine de six années de fers (3). Le Code de commerce de 1808 maintenait cette peine, en renvoyant au Code pénal (4). Ainsi le Code de 1808 déterminait lui-même (art. 592) la peine de la banqueroute simple, tandis que pour la peine de la banqueroute frauduleuse il renvoyait au Code pénal : la raison en est qu'avant le Code de 1808 la banqueroute frauduleuse était déjà punie, mais non la banqueroute simple : ce Code devait donc nécessairement déterminer lui-même la

lières, autres que celles établies aux art. 59 et 60 du Code pénal » (Sir., 31, 1, 257). Voy. aussi M. Blanche, 6e étude, nº 134.

(1) Joignez les arrêts de la Cour de cassation du 5 mars 1841 (Dev.-Car., 41, 1, 198) et du 21 décembre 1854 (Dev.-Car., 55, 1, 79).

(2) Voy. l'Ordonnance de Charles IX, de 1560 (art. 143); l'Édit de Henri IV, de mai 1609, et l'Ordonnance du commerce, de 1673 (Titre XI, art. 12). Une Déclaration du 11 janvier 1716 porte que la peine capitale prononcée par l'Ordonnance de 1673 n'a pas cessé d'être applicable.

(3) Art. 30. « Toute banqueroute faite frauduleusement, et à dessein « de tromper les créanciers légitimes, sera punie de la peine de six « années de fers. »

Art. 31. « Ceux qui auront aidé ou favorisé lesdites banqueroutes « frauduleuses, soit en divertissant les effets, soit en acceptant des « transports, ventes ou donations simulées, soit en souscrivant tous « autres actes qu'ils savent être faits en fraude des créanciers légitimes, « seront punis de la peine portée en l'article précédent. »

(4) Ancien art. 596. « Lorsque le prévenu aura été atteint et déclaré « coupable des délits énoncés dans les articles précédents, il sera puni « des peines portées au Code pénal pour la banqueroute frauduleuse. »

D'après l'ancien art. 597, les individus déclarés complices des banqueroutiers frauduleux devaient être condamnés aux mêmes peines.

peine à infliger à un délit qu'il créait (1), tandis qu'il pouvait renvoyer au Code pénal pour la peine à infliger à un crime déjà réprimé par la législation antérieure.

Le Code pénal de 1810, qui a remplacé celui de 1791, dit, dans son art. 402, que « les banqueroutiers frauduleux « seront punis de la peine des travaux forcés à temps ». Le nouvel art. 591 du Code de commerce renvoie à cette disposition, comme l'ancien art. 596 renvoyait à celle du Code de 1791. Quant aux complices du crime de banqueroute frauduleuse, il résulte également de l'art. 403 du Code pénal de 1810 et de l'art. 593 du nouveau Code de commerce, qu'ils sont punis de la même peine que le banqueroutier frauduleux.

D'après l'art. 19 du Code pénal, « la condamnation à la « peine des travaux forcés à temps sera prononcée pour cinq « ans au moins et vingt ans au plus ». Faut-il conclure de cet article, combiné avec l'art. 402 du même Code, que l'individu reconnu coupable de banqueroute frauduleuse ne peut jamais être condamné à autre chose qu'aux travaux forcés pour un temps qui ne sera ni au-dessus de vingt ans ni au-dessous de cinq ans? Non : la règle à cet égard peut être modifiée, 1° par suite de l'âge du coupable; 2° par l'effet des circonstances atténuantes que le jury aurait reconnues en sa faveur; 3° enfin par suite de son état de récidiviste.

1° La peine des travaux forcés à temps n'est prononcée contre aucun individu âgé de soixante ans accomplis au moment du jugement; elle est remplacée par celle de la reclusion pour le même temps (2).

2° Lorsque le jury reconnaît que l'accusé est coupable du crime de banqueroute frauduleuse et déclare qu'il existe en sa faveur des circonstances atténuantes, quel sera l'effet de cette déclaration? D'après la loi du 28 avril 1832, la Cour appliquera la peine de la reclusion, ou les dispositions de-

(1) Voy. ci-dessus, p. 2.

(2) Loi du 30 mai 1854 *sur l'exécution de la peine des travaux forcés*, art. 5. Le Code pénal (art. 70 et 71) exigeait l'âge de soixante-dix ans accomplis.

l'art. 401 (emprisonnement d'un an au moins et de cinq ans au plus), sans toutefois pouvoir réduire la durée de l'emprisonnement au-dessous de deux ans. L'art. 463 du Code pénal n'a pas été modifié à cet égard par la loi du 13 mai 1863.

3° Pour que l'individu reconnu coupable de banqueroute frauduleuse soit considéré comme récidiviste, que devons-nous supposer? Sous l'empire du Code de 1810, il fallait et il suffisait qu'il eût déjà été condamné *pour crime*. Sous l'empire de la loi du 28 avril 1832, il faut qu'il ait déjà été condamné *à une peine afflictive ou infamante* (1). — Quelle influence l'état de récidive aura-t-il sur la condamnation? Le coupable sera condamné au *maximum* de la peine, laquelle pourra être élevée jusqu'au double (c'est-à-dire jusqu'à quarante ans de travaux forcés) (2). — Voici maintenant une difficulté qui résulte de la loi du 13 mai 1863 : Un homme a déjà été condamné pour crime ou pour délit à un emprisonnement de plus d'un an; il est reconnu coupable de banqueroute frauduleuse (ou de tout autre crime puni des travaux forcés à temps), avec circonstances atténuantes : est-il récidiviste, et, en cas d'affirmative, quelle peine doit lui être appliquée? C'est une question embarrassante, que fait naître la mauvaise rédaction des nouveaux art. 57 et 58 (3).

(1) Les premiers mots de l'art. 56 ont été modifiés en ce sens par la loi de 1832.

(2) Joignez l'art. 4 de la loi du 27 mai 1885 *sur les récidivistes et sur la relégation*.

(3) Arrêt de cassation, du 9 juin 1877 : « Attendu que le demandeur, « condamné en 1876 à sept années de reclusion et placé ainsi en état de « récidive légale, a été déclaré coupable d'avoir, au mois de janvier « 1877, soustrait frauduleusement divers objets mobiliers, la nuit, dans « une maison habitée, à l'aide d'effraction intérieure et d'effraction extérieure, et en réunion de deux ou de plusieurs personnes; — Attendu « que la peine de ce crime est celle des travaux forcés à temps; que, « dans l'espèce, elle était portée au maximum par l'état de récidive de « J..., et aurait pu être élevée jusqu'au double; — Attendu que la « Cour d'assises de Saint-Denis, ayant déclaré qu'il existait en faveur « de cet accusé des circonstances atténuantes, était tenue, aux termes « du § 7 de l'art. 463, de lui appliquer ou la peine de la reclusion ou le « minimum de la peine des travaux forcés... » Voy. aussi la note de M. Villey (Dev.-Car., 78, 1, 281).

— Aux termes de l'art. 5 de la loi du 26 mars 1891, l'art. 57 du Code pénal est modifié comme suit : . . . . . .

« Quiconque, ayant été condamné pour crime à une peine supérieure

— Les agents de change et les courtiers sont soumis à une pénalité exceptionnelle (1).

Aux termes de l'art. 89 du Code de commerce, en cas de faillite, ils sont poursuivis comme banqueroutiers. Si nous n'avions que cet art. 89, on pourrait croire que c'est la peine de la banqueroute simple qui leur est applicable par cela seul qu'ils sont en faillite. Mais la loi est bien plus rigoureuse. En effet, l'art. 404 du Code pénal est ainsi conçu : « 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, là où un commerçant ordinaire n'encourrait aucune peine ou encourrait au *maximum* la peine de deux ans d'emprisonnement (c'est-à-dire quand il y a seulement faillite ou quand il y a banqueroute simple), l'agent de change et le courtier sont passibles des travaux forcés à temps; là où un commerçant ordinaire encourrait la peine des travaux forcés à temps (c'est-à-dire quand il y a banqueroute frauduleuse), l'agent de change et le courtier sont passibles des travaux forcés à perpétuité.

A quoi tient cette rigueur particulière? Il est facile de le comprendre quand on étudie l'historique de l'art. 404 du Code pénal. D'après le projet de la Commission, les agents de change et les courtiers qui faisaient faillite étaient punis dans les mêmes cas et des mêmes peines que les commerçants ordinaires. Dans la discussion au Conseil d'État, M. Jaubert rappela l'art. 89 du Code de commerce, et proposa d'ap-

« à une année d'emprisonnement, aura, dans un délai de cinq années « après l'expiration de cette peine ou sa prescription, commis un délit « ou un crime qui devra être puni de la peine de l'emprisonnement, « sera condamné au maximum de la peine portée par la loi, et cette « peine pourra être élevée jusqu'au double. — Défense pourra être « faite, en outre, au condamné de paraître, pendant cinq ans au moins « et dix ans au plus, dans les lieux dont l'interdiction lui sera signifiée « par le Gouvernement avant sa libération. »

Dans le système consacré par la Cour suprême, cette disposition n'est pas susceptible d'être jamais appliquée à l'individu qui, après une première condamnation, se rend coupable de banqueroute frauduleuse.

(1) Nous l'avons déjà indiqué par avance (ci-dessus, p. 59).

pliquer à l'agent de change et au courtier, *pour le seul fait de la faillite*, la peine de la banqueroute frauduleuse. « La dis- « tinction entre les deux espèces de banqueroute, disait-il, « est fondée à l'égard des négociants : il est juste qu'à l'égard « de ceux qui, par état, sont exposés à des chances, on dis- « tingue entre le crime et le malheur. Mais elle serait mal « appliquée si on l'étendait aux agents de change et aux « courtiers. La loi défend à ceux-ci de faire le commerce (1) : « il semble, en conséquence, que, lorsqu'ils viennent à fail- « lir, ils doivent toujours être punis comme banqueroutiers « frauduleux. » La Section du Conseil d'État présenta un article conçu en ce sens. Quelques membres réclamèrent contre cette disposition, en disant qu'il n'était ni juste ni utile de punir le malheur comme la fraude. A quoi il fut répondu : « Il y a fraude, par cela seul qu'un agent de change ou un « courtier négocie pour son compte ; 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. » Enfin, M. Defermon, partant de l'idée que la pénalité doit varier suivant que l'agent se trouve ou ne se trouve pas dans un cas de banqueroute frauduleuse, proposa d'appliquer tantôt la peine des travaux forcés à perpétuité, et tantôt celle des travaux forcés à temps. C'est le système qui a passé dans la loi. — En résumé, on le voit, si l'agent de change et le courtier sont punis par cela seul qu'ils font faillite, cette rigueur tient à ce que le fait même de leur faillite implique nécessairement qu'ils ont méconnu leurs devoirs et qu'ils ont violé la loi (2).

La disposition de l'art. 404 du Code pénal peut donc se justifier en théorie. Mais, quand on se place à un point de vue pratique, on arrive à reconnaître que par cette pénalité

(1) Voy., en effet, les art. 85 et 86 du Code de commerce. — Le § 3 de l'art. 85 et l'art. 86 ont été abrogés par la loi du 28 mars 1885 (art. 3). Ces dispositions étaient ainsi conçues : « Un agent de change ou courtier « ne peut recevoir ni payer pour le compte de ses commettants. Il ne « peut se rendre garant de l'exécution des marchés dans lesquels il s'en- « tremet. » Mais la défense de faire des opérations de commerce ou de banque pour son compte subsiste toujours.

(2) Comp. MM. Chauveau Adolphe et Faustin Hélie, *Théorie du Code pénal*, 4e édition, t. V, n° 1979.

exorbitante le législateur a dépassé le but qu'il voulait atteindre. Il y a certainement du vrai dans les observations suivantes, que M. Bravard présentait en 1835 : « Ces dispositions pénales auraient dû être adoucies, d'autant plus que « leur excessive sévérité en empêche l'application. La preuve, « c'est que depuis 1817 il y a eu vingt et une faillites d'agents « de change, qui tous, d'après le texte de la loi, auraient dû « être condamnés au moins à la peine des travaux forcés à « temps, quelles que fussent les circonstances de leur faillite « et par cela seul qu'ils étaient en faillite; et cependant à « peine quelques-uns ont-ils été poursuivis, et un seul, je « crois, a été condamné; encore ne suis-je pas bien sûr qu'il « l'ait été. — Évidemment un pareil état de choses appelait « l'attention du législateur, il indiquait une réforme à faire « dans la pénalité, et il est à regretter que cette réforme « nécessaire ne se trouve pas dans le nouveau projet, où l'on « ne saurait se dispenser de l'introduire : car, encore une « fois, toute pénalité exagérée choque la raison et assure « l'impunité des coupables » (1).

— Toute personne étant libre aujourd'hui d'exercer la profession de *courtier de marchandises* (loi du 18 juillet 1866), on peut en conclure que les art. 89 du Code de commerce et 404 du Code pénal sont applicables seulement aux trois autres sortes de courtiers que désigne l'art. 77 (2).

Pour terminer ce que j'ai à dire de la pénalité en matière de banqueroute frauduleuse, j'indique rapidement certaines conséquences que la loi attache à la condamnation.

Celui qui est condamné à la peine des travaux forcés à

(1) *Examen comparatif*, p. 141 et 142. — On peut ajouter, avec MM. Lyon-Caen et Renault (t. II, n° 3080, note), que la sévérité du législateur se justifiait mieux avant la loi du 28 mars 1885 qu'elle ne s'explique depuis cette loi. On conçoit qu'un agent de change qui a fait des opérations sans être nanti soit au-dessous de ses affaires, par suite peut-être de l'insolvabilité de ses clients, quoiqu'il n'ait en rien contrevenu à la loi. Cependant on a refusé d'abroger les art. 89 du Code de commerce et 404 du Code pénal, afin, a-t-on dit, de rendre les agents de change plus prudents, parce que leur faillite a des conséquences particulièrement graves.

(2) On leur donne habituellement le nom de *courtiers privilégiés*.

temps ou de la reclusion est par là même frappé de dégradation civique (1). Il est, de plus, pendant la durée de sa peine, en état d'interdiction légale; il lui est nommé un tuteur et un subrogé tuteur pour gérer et administrer ses biens (2). Il y a différents cas dans lesquels la loi veut ou du moins permet que le failli procède en personne à tel ou tel acte, figure en personne à telle ou telle opération (3) : le failli, condamné à la peine des travaux forcés à temps ou de la reclusion, sera alors représenté par son tuteur, celui-ci devant défendre ses intérêts à l'encontre de la masse.

Quant à celui qui est condamné à la peine des travaux forcés à perpétuité (ce qui peut se présenter, aux termes de l'art. 404 du Code pénal, pour l'agent de change ou le courtier convaincu de banqueroute frauduleuse), sous l'empire du Code pénal de 1810 et même depuis la loi de 1832, il était frappé de mort civile (4). Aujourd'hui, d'après la loi du 31 mai 1854, *abolitive de la mort civile*, il est frappé de dégradation civique et d'interdiction légale; le testament qu'il aurait fait antérieurement à sa condamnation contradictoire, devenue définitive, est nul; il ne peut recevoir par donation entre-vifs ou par testament, si ce n'est pour cause d'aliments, et il ne peut disposer à ce titre, si ce n'est aussi pour cause d'aliments (5). Du reste, le Gouvernement peut relever le condamné de tout ou partie des incapacités qui viennent d'être indiquées.

Enfin, il faut bien remarquer que le failli condamné comme banqueroutier frauduleux, fût-ce simplement à une peine cor-

(1) Art. 28 du Code pénal.

(2) Art. 29, 30 et 31 du Code pénal.

(3) Voy., par exemple, les art. 443 *in fine*, 467, 475, 479, 486, 487, 494, 528, 529 *in fine*, 532, 537, 570 et 580 du Code de commerce.

(4) Voy. l'art. 18 du Code pénal. La mort civile était encourue au moment de l'exécution, en cas de condamnation contradictoire, et cinq ans après l'exécution, en cas de condamnation par contumace (C. civ., art. 26 et suiv.).

(5) Le condamné étant interdit légalement, n'était-il pas inutile de décider d'une manière spéciale qu'il est incapable de disposer à titre gratuit? Pour comprendre que cela n'est pas inutile, il suffit de supposer que l'interdiction légale vient à cesser par l'effet de la grâce, ou parce que le condamné a prescrit sa peine.

rectionnelle, est indigne d'obtenir un concordat, et que même le concordat qu'il aurait obtenu avant cette condamnation devrait être annulé (1).

§ III. — De la procédure en matière de banqueroute frauduleuse.

Le Code de 1808 disait, dans son art. 595 : « Les cas de « banqueroute frauduleuse seront poursuivis d'office devant « les Cours d'assises, par les procureurs impériaux et leurs « substituts, sur la notoriété publique, ou sur la dénonciation « soit des syndics, soit d'un créancier. » Cette disposition a été supprimée en 1838, de sorte qu'aujourd'hui il faut appliquer purement et simplement les règles générales posées au Code d'instruction criminelle. En conséquence, l'autorité (c'est-à-dire le ministère public et le juge d'instruction) peut être informée soit par le bruit public, soit par des rapports ou procès-verbaux d'officiers de police, soit par la dénonciation de toute personne qui a connaissance du crime (2), soit par la plainte de toute personne qui se prétend lésée (3). Ce qu'il y a ici de spécial, ce sont certaines dispositions du Code de commerce par suite desquelles le ministère public sera toujours instruit des circonstances que peut présenter une faillite déclarée (voy. les art. 459 et 482). — La Cour d'assises, à la différence du tribunal correctionnel, n'est jamais saisie par citation directe (4) : en principe, elle est saisie par

(1) Voy. les art. 510, 520 et 522 du Code de commerce.
(2) Code d'instruction criminelle, art. 30 et 31.
(3) Code d'instruction criminelle, art. 63 et suiv.
(4) La Cour de cassation a fait une application assez curieuse de ce principe général en décidant, par son arrêt du 3 juillet 1841, que le créancier d'un commerçant failli traduit en police correctionnelle sous prévention de banqueroute simple, n'a pas qualité pour demander qu'il soit renvoyé devant la Cour d'assises comme banqueroutier frauduleux. Voici les *considérants* de l'arrêt : « Attendu que le droit qu'avait le créancier, « d'après l'art. 584 du Code de commerce, de poursuivre directement « le failli devant le tribunal correctionnel pour banqueroute simple, n'im- « plique pas la faculté de décliner la compétence de la juridiction correc- « tionnelle, légalement saisie de l'affaire par une ordonnance de la « chambre du conseil non attaquée dans les termes de droit; — Attendu

un arrêt de mise en accusation. Et je crois que la Chambre des mises en accusation ne peut ainsi renvoyer un homme devant la Cour d'assises sous l'accusation de banqueroute frauduleuse qu'autant que la faillite de cet homme a été d'abord déclarée conformément à la loi commerciale.

Devant la Cour d'assises, les syndics peuvent sans difficulté se porter partie civile au nom de la masse, et même, comme nous le verrons bientôt, ils n'ont pas besoin de se faire autoriser à cet effet par une délibération des créanciers. De plus, la loi suppose expressément, dans l'art. 592 *in fine*, qu'un ou plusieurs créanciers peuvent se porter parties civiles, en leur nom personnel.

Un point sur lequel tout le monde est d'accord, c'est qu'il ne saurait y avoir banqueroute frauduleuse, ni, par conséquent, complicité de banqueroute frauduleuse, que là où il existe un commerçant failli. Une jurisprudence constante veut que le jury soit consulté sur l'existence de cette qualité de commerçant failli (1). Voici même un arrêt de la Cour de cassation, d'après lequel il ne suffit pas que la question posée au jury comprenne le point de savoir si l'individu considéré comme auteur principal du crime de banqueroute frauduleuse est en état de faillite :

« La Cour,

« Attendu, en fait, que la question sur laquelle le jury a « été consulté, et qu'il a résolue affirmativement, est ainsi « conçue : *M... est-il coupable d'avoir, en* 1841, *dans l'intérêt de* « *la femme D... en état de faillite, et connaissant cet état, recelé par-*

« que les art. 591 et 592 du Code de commerce, relatifs à la poursuite « en banqueroute frauduleuse, ne donnent pas aux créanciers, pris indi- « viduellement, le droit d'intenter l'action en banqueroute frauduleuse ni « celui de saisir la juridiction criminelle; — Attendu qu'il importe peu « que le créancier eût intérêt, d'après l'art. 510 du Code de commerce, « à obtenir la condamnation de F... pour banqueroute frauduleuse, afin « d'empêcher son admission au concordat; que cet intérêt éventuel n'im- « pliquait pas le droit de requérir alors des dommages-intérêts, et ne lui « donnait que le droit d'être présent aux débats et de discuter les frais, « mais non celui de décliner la juridiction correctionnelle... » (Dalloz, « *Rép. alph.*, v° *Faillite*, n° 1476).

(1) Dans mon opinion, la qualité de *commerçant failli* est constatée par

« *tie de son mobilier?* — Que cette question est incomplète, « en ce que la qualité de commerçant n'est pas donnée à la « femme D..., et qu'ainsi il n'est pas légalement constaté par « la déclaration du jury que M... ait recelé partie des biens « d'un commerçant failli, ce qui peut seul constituer le crime « défini par le § 1er de l'art. 593 du Code de commerce; — « D'où il suit que l'arrêt attaqué, en condamnant M... aux « peines de la banqueroute frauduleuse, a faussement appli- « qué et par suite formellement violé ledit article;

« Casse l'arrêt rendu par la Cour d'assises du département « de la Seine-Inférieure... » (1).

Ainsi, d'après la jurisprudence (et je crains bien qu'elle ne persévère indéfiniment dans son erreur), le jury doit être interrogé sur la question de savoir si l'individu accusé du crime de banqueroute frauduleuse, ou l'individu dont l'accusé aurait été complice, est réellement un commerçant failli (2). — Du reste, il ne faut pas oublier que cette qualité de commerçant failli, étant un élément constitutif et non pas une circonstance aggravante de la banqueroute frauduleuse, ne peut pas faire l'objet d'une question distincte et séparée : elle doit nécessairement être comprise dans la question sur le fait principal (3). C'est aussi ce que la Cour de cassation a reconnu, de la manière la plus formelle, par son arrêt du 20 mars 1846 (4).

un jugement du tribunal de commerce, et ce jugement est la condition préalable de toute poursuite en banqueroute : le jury n'a donc pas besoin d'être consulté sur la question de savoir si l'accusé est un *commerçant failli*, puisque cette question doit avoir été déjà résolue, et résolue affirmativement, par la seule juridiction qui puisse la résoudre, c'est-à-dire par la juridiction commerciale.

(1) Arrêt de la Chambre criminelle, du 18 octobre 1842 (Dev.-Car., 42, 1, 953).

(2) Les commerçants seuls pouvant être mis en faillite, il semblerait qu'il n'y a aucune différence entre cette question : *Paul est-il un commerçant failli?* et celle-ci : *Paul est-il en état de faillite?*

(3) Voy. les art. 337 et 338 du Code d'instruction criminelle, et l'art. 1er de la loi du 13 mai 1836 *sur le mode du vote du jury au scrutin secret.* Comp., ci-dessus, p. 17.

(4) Dev.-Car., 46, 1, 584.

Cette doctrine est enseignée par M. Ortolan, qui, dans ses *Éléments de droit pénal*, après avoir dit que l'art. 1er de la loi du 13 mai 1836 a consacré une division à laquelle la force de la logique avait déjà amené la

Le jury n'est pas tenu de savoir ce que la loi entend par *banqueroute frauduleuse*, quels sont précisément les cas dans lesquels un commerçant déclaré en faillite se trouve avoir commis ce crime. En conséquence, on ne doit pas demander au jury si l'accusé est coupable du crime de banqueroute frauduleuse, mais si l'accusé est coupable d'avoir soustrait ses livres, d'avoir détourné ou diminué une partie de son actif, ou enfin de s'être frauduleusement reconnu, soit dans ses écritures, soit par des actes publics ou des engagements sous signature privée, soit par son bilan, débiteur de sommes qu'il ne devait pas (1).

Conformément à l'art. 637 du Code d'instruction criminelle, l'action du ministère public se prescrit par dix ans. Le crime de banqueroute frauduleuse supposant (2) que la faillite a été déclarée dans les formes prescrites par la loi commerciale, il s'ensuit que les dix ans donnés au ministère public ne peuvent jamais commencer à courir avant le jugement déclaratif; mais il est possible, au contraire, qu'ils ne commencent à courir qu'un certain temps après ce jugement déclaratif, si les faits indiqués dans l'art. 591 se sont pro-

jurisprudence, continue en ces termes (3e édition, t. II, n° 2317) : « Les « questions à poser seront donc celles-ci : 1° la question sur le fait prin- « cipal, qui devra comprendre tous les éléments constitutifs du crime ou « du délit, objet de la poursuite; 2° les circonstances aggravantes, tant « celles comprises dans l'acte d'accusation que celles résultant des « débats, lesquelles devront faire chacune l'objet d'une question sépa- « rée... » — Mais la Cour de cassation semble avoir tout à coup abandonné cette doctrine. Dans son arrêt du 6 août 1863, elle commence par reconnaître que, dans le cas de parricide, la qualité de la victime est un élément constitutif et non pas une circonstance aggravante du crime. Cependant elle ajoute qu'il importe peu que cette qualité soit réunie dans une même question au fait d'homicide volontaire, ou qu'elle en soit détachée par une question séparée, puisque, dans l'un comme dans l'autre cas, la Cour d'assises peut user de la faculté qui lui est réservée par l'art. 352 du Code d'instruction criminelle; que de la division des questions ne peut donc résulter un préjudice pour l'accusé, ni par conséquent un moyen de nullité.

(1) Dalloz (*Rép. alph.*, v° *Faillite*, n° 1459) cite en ce sens un arrêt de la Cour de cassation, du 11 juillet 1816. Voy. aussi M. Bédarride, t. III, n° 1258; M. Blanche, 6e étude, n° 116.

(2) Telle est du moins ma conviction.

duits postérieurement (1). Au surplus, il est bien entendu que, dans tous les cas, la prescription, qui a une fois commencé à courir, peut être interrompue par des actes d'instruction ou de poursuite.

§ IV. — Des frais de poursuite en banqueroute frauduleuse.

Les règles posées par la loi en cette matière ne sont pas absolument les mêmes que quand il s'agissait de la poursuite en banqueroute simple.

Supposons d'abord qu'il n'y a pas eu constitution de partie civile. Si l'accusé est acquitté, les frais resteront à la charge du Trésor public. S'il est condamné, il n'y a aucune raison pour ne pas décider ici comme au cas de poursuite en banqueroute simple : les frais de poursuite ne peuvent pas être mis à la charge de la masse (2). C'est aussi ce que dit expressément le premier alinéa de l'art. 592.

En second lieu, supposons qu'un ou plusieurs créanciers se sont rendus parties civiles en leur nom personnel. L'article 592 *in fine* décide, conformément au droit commun (3), que les frais, en cas d'acquittement, demeureront à leur charge. En cas de condamnation, il faut dire que le Trésor public recouvrera les frais contre le condamné, quand il le pourra sans nuire à la masse (4).

Enfin, et c'est la seule hypothèse qui puisse donner lieu à quelque difficulté, supposons que les syndics se sont portés partie civile au nom de la masse (5). Il est clair que, si

(1) Voy. M. Bédarride, t. III, nº 1259.
(2) Voy. le 1er alinéa de l'art. 587, et ci-dessus, p. 67 et suiv.
(3) Voy. l'art. 368 du Code d'instruction criminelle.
(4) Voy., ci-dessus, p. 71 et suiv.
(5) « Notre art. 592, dit M. Boistel (nº 1089), ne suppose pas que la « masse puisse se porter partie civile : en effet, elle n'y a pas d'intérêt, « puisqu'elle a, en vertu du dessaisissement, un droit de mainmise sur « tous les biens du failli, et que la condamnation qu'elle obtiendrait ne « lui ferait pas donner des dividendes plus forts. » Mais, cela étant, comment comprendre que des créanciers puissent se rendre parties civiles en leur nom personnel? et comment comprendre que les syndics

l'accusé est condamné, la masse ne devra en aucune façon supporter les frais. Maintenant, *quid* s'il est acquitté? En appliquant ici la règle de droit commun, il faudrait dire que les frais sont à la charge de la partie civile, c'est-à-dire à la charge de la masse. Mais la loi paraît bien avoir voulu déroger à cette règle, puisque le premier alinéa de l'art. 592 dit, en termes généraux : « Les frais de poursuite en ban-« queroute frauduleuse ne pourront, en aucun cas, être mis « à la charge de la masse. » Évidemment cette disposition ne comprend pas seulement le cas où les syndics sont restés étrangers à la poursuite exercée par le ministère public; elle s'applique également au cas où les syndics se sont portés partie civile. Sur quoi peut être fondée cette dérogation au droit commun? Sur ce que, dans une poursuite en banqueroute frauduleuse, la coopération des syndics est particulièrement utile pour la découverte de la vérité, pour la punition du coupable : on comprend que dans une foule de circonstances les syndics pourront communiquer à la justice des renseignements qui ne lui parviendraient pas si les syndics n'étaient pas associés à la poursuite, et bien souvent les créanciers les empêcheraient de s'y associer s'ils pouvaient craindre que les frais ne fussent mis en définitive à leur charge. Ainsi, quand il s'agit de banqueroute frauduleuse, la loi a voulu que les syndics pussent toujours, sans péril pour la masse, se porter partie civile ; et c'est aussi ce qui nous explique pourquoi, à la différence de ce que nous avons vu en matière de banqueroute simple (art. 589), la loi n'exige aucunement que les syndics se fassent autoriser par une délibération des créanciers (1).

puissent intenter une poursuite en banqueroute simple ou se porter partie civile devant le tribunal correctionnel? — Suivant M. Bédarride (t. III, n° 1261), la faculté pour les syndics de se constituer partie civile sur la poursuite en banqueroute frauduleuse *n'est pas contestable et n'a jamais été contestée.*

(1) Ainsi jugé par un arrêt de la Cour de Rouen, du 23 mai 1840 : « At-« tendu que l'art. 589 du Code de commerce est spécial à la banque-« route simple, que sa disposition n'a pas été reproduite au chapitre « *De la banqueroute frauduleuse* ; — Que les syndics de la faillite F..., en « se constituant partie civile dans la poursuite en banqueroute fraudu-« leuse, ont usé d'un droit que la loi ne leur refuse pas et que les accusés

— Dans les *frais de poursuite* dont parle l'art. 592 il faut certainement comprendre les *frais d'extradition*. Si donc le failli s'était réfugié en pays étranger, que le Gouvernement français ait demandé et obtenu son extradition et qu'enfin il ait été condamné comme banqueroutier frauduleux, la masse ne devra pas plus supporter les frais occasionnés par l'extradition que les autres frais de poursuite (1).

— Des difficultés se sont élevées dans la pratique pour le cas où le failli, poursuivi en Cour d'assises, a été reconnu coupable du crime de banqueroute frauduleuse et encore d'un autre crime, par exemple du crime de faux. La Cour de cassation, par deux arrêts du 11 août 1857, a décidé qu'en cas pareil il y avait lieu de faire une ventilation et que les frais concernant l'accusation de banqueroute frauduleuse devaient seuls rester à la charge du Trésor public. Voici comment la Cour motive sa décision : « L'art. 592 du Code « de commerce, qui ne permet, en aucun cas, de mettre à « la charge de la masse les frais de poursuite en banque- « route frauduleuse, est une dérogation au droit commun sur « le recouvrement des frais; cette disposition exceptionnelle « ne peut être étendue hors des limites dans lesquelles elle « est circonscrite par ses termes : spéciale aux frais de pour- « suite en banqueroute frauduleuse, elle ne saurait dès lors, « même sous prétexte de connexité, s'appliquer aux frais de « poursuite en matière de faux... » (2).

« sont sans qualité pour leur refuser... » (Dalloz, *Rép. alph.*, v° *Faillite*, n° 1473).

« La loi a considéré, dit M. Renouard, que l'intérêt de la société com- « mande de n'entraver par aucune crainte de préjudice pour la masse le « concours que les syndics doivent prêter à l'action de la justice répres- « sive » (t. II, p. 471). Voy. aussi M. Bédarride, t. III, n° 1261; MM. Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 3082 *in fine*.

(1) Sur l'*extradition* en général, voy. Fœlix, *Traité de droit international privé*, t. II, n°s 608 et suiv.; M. Billot, *Traité de l'extradition*; M. Paul Bernard, *Traité théorique et pratique de l'extradition*. Voy. aussi M. Renouard, t. II, p. 455 et suiv.

(2) Étant une fois admis, et je crois qu'il faut effectivement l'admettre, que le premier alinéa de l'art. 592 ne peut jamais, sous aucun prétexte, s'appliquer à autre chose qu'aux frais de la poursuite en banqueroute frauduleuse, une difficulté subsidiaire se présente. L'arrêt de la Cour d'assises qui a condamné l'accusé, *comme faussaire*, aux frais de la poursuite, peut-être aussi à des dommages-intérêts et à une amende,

— L'arrêt de la Cour d'assises qui condamne le failli comme

cet arrêt est postérieur au jugement déclaratif de la faillite : dès lors le principe du dessaisissement (C. de comm., art. 443) ne s'oppose-t-il pas à ce que le Trésor public et les parties civiles puissent venir se faire payer au détriment de la masse? La Cour de cassation répond par une distinction qui me paraît parfaitement exacte :

« La créance résultant des frais avancés par le Trésor public ne pro-
« cède pas seulement de l'arrêt de condamnation qui les liquide et les
« met à la charge du condamné, elle procède surtout des faits qui ont
« rendu la poursuite nécessaire. A l'égard de ces faits, l'arrêt de con-
« damnation n'a fait que constater et déclarer en faveur du Trésor public
« un droit préexistant ; une telle créance affecte, dès lors, les biens du
« condamné au même titre que toute autre obligation civile qui, ayant
« une cause antérieure à la déclaration de faillite du condamné, aurait
« été judiciairement reconnue et déclarée à une époque ultérieure. D'où
« il suit qu'en jugeant que l'Administration serait admise au passif de la
« faillite M..., avec privilège pour les frais de poursuite relatifs aux
« crimes de faux dont le failli condamné s'était rendu coupable dans une
« période antérieure à la déclaration de faillite, l'arrêt dénoncé a fait une
« juste application de la loi du 5 septembre 1807, et n'a violé ni l'ar-
« ticle 592 du Code de commerce, ni aucune autre loi.

« Mais il résulte de l'ensemble des dispositions des art. 439 et suiv.
« du Code de commerce que la déclaration de faillite dessaisit le failli de
« l'administration de ses biens, et opère de ce moment, en faveur de ses
« créanciers, une mainmise avec droit de gage sur tout son actif : le sort
« de la masse et la position des créanciers se trouvant ainsi fixés par
« l'événement de la faillite déclarée, aucune créance nouvelle ne peut, à
« partir de ce moment, être créée au préjudice de la masse et concourir
« avec les créances dont l'existence ou l'origine est antérieure à la décla-
« ration de faillite. L'amende, prononcée contre le condamné à raison
« des crimes de faux dont il a été reconnu coupable, a un caractère
« essentiellement pénal; si elle a sa cause dans les faits qui ont provoqué
« l'action de la justice répressive, elle n'a d'existence que par l'arrêt de
« condamnation. Cet arrêt n'a pas, à l'égard de la peine, comme il aurait,
« à l'égard des obligations purement civiles, telles que celles qui ont pour
« objet des restitutions, des dommages-intérêts ou des frais, un effet
« simplement déclaratif qui puisse, par une juste rétroactivité, faire
« remonter le droit du Trésor public, pour l'exécution de la peine de
« l'amende, à une époque antérieure. La créance acquise au Trésor
« public par la peine de l'amende, ne procédant pas d'un dommage en-
« vers le fisc et n'existant que du jour où elle est prononcée par la justice
« répressive, n'a pu, par conséquent, remonter comme créance ordinaire
« au passif de la faillite et affecter ainsi rétroactivement par privilége le
« cautionnement de l'ancien notaire condamné, lorsque, comme dans
« l'espèce, ce cautionnement avait accompli sa destination légale et
« s'était confondu, sauf les droits acquis à des tiers, avec les autres élé-
« ments de l'actif de la faillite. D'où il suit qu'en déclarant l'Administra-
« tion recevable et fondée à se présenter à la faillite comme créancière
« de l'amende, avec affectation privilégiée sur le cautionnement..,
« l'arrêt dénoncé a fait une fausse application soit de l'art. 33 de la loi
« du 25 ventôse an XI, soit de l'art. 1er de celle du 25 nivôse an XIII,

banqueroutier frauduleux doit être affiché et publié suivant les formes établies par l'art. 42 du Code de commerce. Le Code de 1808 prescrivait déjà, dans son art. 599, que les arrêts contre les banqueroutiers fussent affichés et insérés dans un journal; mais il ajoutait : *conformément à l'art.* 683 *du Code de procédure civile.* Aujourd'hui le nouvel art. 600, au lieu de renvoyer au Code de procédure, renvoie aux formes qui étaient requises, avant la loi du 24 juillet 1867, pour la publicité des sociétés commerciales (1). — Ce même art. 600 dit que l'affiche et la publication seront faites *aux frais des condamnés*. L'art. 592 n'est pas applicable ici : les frais dont il s'agit, qui ne sont pas des *frais de poursuite*, seront pris sur l'actif du failli, et, par conséquent, seront supportés en réalité, par la masse (2).

« et violé la disposition de l'art. 443 du Code de commerce... » Arrêt de la Chambre civile du 11 août 1857, au rapport de M. Laborie (Dev.-Car., 57, 1, 751).

Un jugement du tribunal de commerce de Nantes, du 3 juillet 1847, confirmé en appel le 27 décembre de la même année, avait déjà décidé, par application de l'art. 443 du Code de commerce, que l'amende prononcée contre un failli, même pour faits antérieurs à la déclaration de faillite, ne peut pas être recouvrée sur l'actif de la faillite au préjudice de la masse (Dev.-Car., 49, 2, 474).

Quant aux dommages-intérêts alloués depuis la déclaration de faillite pour faits antérieurs, la partie civile qui les a obtenus viendra bien sur l'actif de la faillite; mais, par application de l'art. 446 *in fine*, elle n'aura pas d'hypothèque judiciaire à l'encontre de la masse.

(1) Voy., ci-dessus, p. 66.
(2) Voy., ci-dessus, p. 73.

CHAPITRE III

DES CRIMES ET DES DÉLITS COMMIS DANS LES FAILLITES PAR D'AUTRES QUE PAR LES FAILLIS.

Ces personnes, autres que le failli, qui commettent des crimes ou des délits dans une faillite, c'est-à-dire à l'occasion d'une faillite, peuvent être, suivant les cas :

1° Des tiers qui encourent la peine de la banqueroute frauduleuse ou la peine du vol (art. 593-595);

2° Des syndics qui se rendent coupables de malversation dans leur gestion (art. 596);

3° Des créanciers qui font avec le failli ou avec un tiers certaines conventions nuisibles à la masse ou contraires à l'ordre public (art. 597-599).

Nous allons étudier successivement les règles qui concernent ces différentes classes de personnes. Auparavant nous pouvons poser une règle commune à toutes, commune également à tout individu condamné comme banqueroutier simple ou comme banqueroutier frauduleux : c'est que l'arrêt ou le jugement qui prononce la condamnation doit toujours être affiché et publié aux frais du condamné (art. 600).

§ I. — DES TIERS QUI ENCOURENT LA PEINE DE LA BANQUEROUTE FRAUDULEUSE OU LA PEINE DU VOL.

Au nombre des personnes autres que le failli qui encourent la peine de la banqueroute frauduleuse, nous plaçons d'abord les complices du failli banqueroutier frauduleux. Le Code de 1808 limitait à deux les cas de complicité en matière de banqueroute frauduleuse. En effet, l'art. 597 était ainsi conçu : « Seront déclarés complices des banqueroutiers frauduleux,

« et seront condamnés aux mêmes peines que l'accusé (1), les « individus qui seront convaincus de s'être entendus avec le « banqueroutier pour recéler ou soustraire tout ou partie de « ses biens meubles ou immeubles ; d'avoir acquis sur lui des « créances fausses, et qui, à la vérification et affirmation de « leurs créances, auront persévéré à les faire valoir comme « sincères et véritables » (2). Et le Code pénal de 1810 avait consacré ce système en disant, dans son art. 403 : « Ceux « qui, *conformément au Code de commerce*, seront déclarés « complices de banqueroute frauduleuse seront punis de la « même peine que les banqueroutiers frauduleux » (3).

Le législateur de 1838 a établi un système tout différent. Aux termes du nouvel art. 593, « seront condamnés aux « peines de la banqueroute frauduleuse : 1° les individus

(1) Cette expression n'est pas heureuse. Il est évident que les individus dont parle la loi ne seront pas condamnés sans être eux-mêmes *accusés*. Au lieu de dire l'*accusé*, il fallait dire l'*auteur principal*. — Par suite de cette rédaction vicieuse de l'ancien art. 597, on a pu soutenir, jusque devant la Cour de cassation, que, le banqueroutier frauduleux étant mort avant d'être poursuivi, il n'y avait pas possibilité de poursuivre et de condamner ses complices. Voy. l'arrêt de la Chambre criminelle du 4 juin 1835 (Sir., 35, 1, 934).

(2) Les rédacteurs de cet art. 597 ont évidemment emprunté quelque chose à l'Ordonnance de 1673, laquelle s'exprimait ainsi (Titre XI, art. 13) : « Ceux qui auront aidé ou favorisé la banqueroute frauduleuse, « en divertissant les effets, acceptant des transports, ventes ou donations, « simulés et qu'ils sauront être en fraude des créanciers, ou se déclarant « créanciers ne l'étant pas, ou pour plus grande somme que celle qui « leur était due, seront condamnés en 1,500 livres d'amende, et au « double de ce qu'ils auront diverti ou trop demandé, au profit des « créanciers. »

(3) Les art. 555 et 556 du Code de 1808 contenaient encore deux cas particuliers de complicité de banqueroute frauduleuse. Ces articles étaient ainsi conçus :

ART. 555. « La femme qui aurait détourné, diverti ou recélé des effets « mobiliers portés en l'article précédent, des marchandises, des effets de « commerce, de l'argent comptant, sera condamnée à les rapporter à la « masse, et poursuivie, en outre, comme complice de banqueroute frau« duleuse. »

ART. 556. « Pourra aussi, suivant la nature des cas, être poursuivie « comme complice de banqueroute frauduleuse la femme qui aura prêté « son nom ou son intervention à des actes faits par le mari en fraude de « ses créanciers. »

Les cas prévus par ces deux articles paraissent en dehors du système de l'art. 597. Voy. cependant Dalloz, *Rép. alph.*, v° *Faillite*, n° 1503.

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE R F

« convaincus d'avoir, dans l'intérêt du failli, soustrait, recélé « ou dissimulé tout ou partie de ses biens, meubles ou immeu- « bles, le tout sans préjudice des autres cas prévus par l'ar- « ticle 60 du Code pénal (1); 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... » Ainsi, d'une part, tandis que le Code de 1808 indiquait limitativement deux cas de complicité en matière de banqueroute frauduleuse, la loi nouvelle rend applicables en cette matière les règles générales sur la complicité formulées dans l'art. 60 du Code pénal (2); d'autre part, tandis que, dans le premier cas prévu par le Code de 1808, un individu ne pouvait être déclaré complice de banqueroute frauduleuse et puni comme tel qu'autant que, *de concert avec un banqueroutier frauduleux*, il avait recélé ou soustrait tout ou partie de ses biens, aujourd'hui, au contraire, la peine de la banqueroute frauduleuse est applicable à l'individu qui, *dans l'intérêt du failli* (même sans que le failli soit de connivence avec lui, même sans que le failli soit coupable de banqueroute frauduleuse), a soustrait, recélé ou dissimulé tout ou partie de ses biens (3).

Maintenant que nous connaissons les deux différences fondamentales entre le système de 1808 et celui de 1838, étudions les questions de détail auxquelles peut donner lieu le nouvel art. 593.

Lorsqu'un individu est poursuivi comme complice du

(1) L'art. 60 du Code pénal s'exprime ainsi : « Seront punis comme « complices d'une action qualifiée *crime* ou *délit* : ceux qui, par dons, « promesses, menaces, abus d'autorité ou de pouvoir, machinations ou « artifices coupables, auront provoqué à cette action ou donné des in- « structions pour la commettre; — ceux qui auront procuré des armes, « des instruments ou tout autre moyen qui aura servi à l'action, sachant « qu'ils devaient y servir; — ceux qui auront, avec connaissance, aidé « ou assisté l'auteur ou les auteurs de l'action dans les faits qui l'au- « ront préparée ou facilitée ou dans ceux qui l'auront consommée... »

(2) En conséquence, les expressions de l'art. 403 du Code pénal, *conformément au Code de commerce*, n'ont plus, depuis 1838, l'importance qu'elles avaient auparavant. — Comp. MM. Chauveau Adolphe et Faustin Hélie, *Théorie du Code pénal*, 4e édition, t. V, nos 1971 et 1972; M. Blanche, 6e étude, no 134.

(3) Voy., en ce sens, les arrêts de la Cour de cassation, du 2 mai 1840

crime de banqueroute frauduleuse, par application de l'article 60 du Code pénal, par exemple comme ayant procuré au failli le moyen de soustraire ses livres ou de détourner une partie de son actif, il n'y a nullement à rechercher s'il est commerçant failli. Pour être condamné comme auteur principal du crime de banqueroute frauduleuse, il faut nécessairement avoir la qualité de commerçant failli; mais, sans avoir cette qualité, on peut très bien être complice du crime dont il s'agit et être condamné comme tel (1).

Il résulte du texte de la loi que le complice est condamné aux peines de la banqueroute frauduleuse, comme l'auteur principal. Mais évidemment cela ne veut pas dire que la même pénalité devra toujours être infligée à l'auteur et au complice. Loin de là, il peut très bien arriver que l'un d'eux soit condamné à vingt ans de travaux forcés (même à quarante ans au cas de récidive), tandis que l'autre ne sera condamné qu'à cinq ans, ou même ne sera condamné, s'il a obtenu déclaration de circonstances atténuantes, qu'à la reclusion ou à l'emprisonnement. Bien plus, le jury peut parfaitement déclarer l'auteur principal non coupable, tout en déclarant le complice coupable : en effet, la culpabilité suppose l'intention frauduleuse, et il est possible que cette intention frauduleuse ait existé chez le complice, non chez l'auteur principal du fait incriminé : le complice seul, en cas pareil, sera condamné. Ce dernier point a fait, pendant quelque temps, difficulté dans la jurisprudence; mais la Cour de cassation s'est prononcée plusieurs fois dans le sens qui vient d'être indiqué (2).

On n'est pas complice d'un crime lorsqu'on a aidé ou assisté

et du 3 juin 1843 (Dev.-Car., 43, 1, 837). Voy. aussi MM. Chauveau Adolphe et Faustin Hélie, *op. cit.*, n° 1973; Blanche, 6e étude, n° 138; Bédarride, t. III, nos 1266 et suiv.; Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 3087.

(1) Voy. l'arrêt de la Cour de cassation du 26 mai 1838 (Dev.-Car., 38, 1, 562). Il faudrait évidemment juger de même aujourd'hui.

(2) Voy. notamment l'arrêt de la Chambre criminelle, du 9 février 1855 (Dev.-Car., 55, 1, 237), et celui du 9 mars 1876 (Dev.-Car., 76, 1, 188). — Comp. MM. Chauveau Adolphe et Faustin Hélie, *op. cit.*, n° 1972; M. Blanche, 2e étude, p. 120 et suiv.; M. Bédarride, t. III, nos 1270 et 1271.

l'auteur d'une action dans les faits qui l'ont préparée, facilitée ou consommée, sans savoir que cette action était criminelle. En conséquence, le président de la Cour d'assises ayant posé aux jurés la question suivante : *L'accusé est-il coupable d'avoir, en 1846, à Cherbourg, aidé ou assisté M..., commerçant failli, dans les faits qui ont préparé, facilité ou consommé le détournement opéré par celui-ci d'une partie de son actif?* la Cour de cassation a décidé « que l'omission des mots *avec* « *connaissance* a dépouillé la question soumise au jury de l'un « des éléments constitutifs de la complicité criminelle..., que « dès lors la condamnation prononcée en vertu des art. 60 « et 402 du Code pénal manque de base légale », et elle a cassé l'arrêt de la Cour d'assises (1). — La Cour de cassation exige également que la question soumise au jury relativement à l'individu accusé de complicité comprenne celle de savoir si l'auteur principal est un commerçant failli.

Voilà pour l'application des principes généraux sur la complicité à la matière de la banqueroute frauduleuse. Mais nous savons déjà que le nouvel art. 593 indique, en outre, des cas où un tiers qui n'est point *complice* du crime de banqueroute frauduleuse dans le sens propre du mot, sera cependant condamné aux peines de la banqueroute frauduleuse. Étudions successivement les cas dont il s'agit.

L'art. 593 suppose d'abord le cas où, dans l'intérêt du failli, un individu a soustrait, recélé ou dissimulé tout ou partie des biens meubles ou immeubles de ce failli. Ici, je l'ai déjà dit, il n'est point nécessaire qu'il y eût concert entre le failli et le tiers (2) : s'il y avait concert entre eux, le failli serait auteur principal, le tiers serait complice du crime de banqueroute frauduleuse, et nous tomberions dans un cas déjà examiné. Il faut seulement que le tiers ait agi *dans l'intérêt du failli*, sans quoi il pourrait bien y avoir vol, mais il n'y aurait pas le crime *sui generis* prévu au commencement de l'art. 593 (3). Aussi la Cour de cassation a-t-elle jugé plu-

(1) Arrêt de la Chambre criminelle, du 14 octobre 1847 (Dev.-Car., 48, 1, 96). — Voy. aussi l'arrêt du 17 avril 1863 (Dalloz, 1863, 5, 253).

(2) Ci-dessus, p. 98.

(3) Voy. M. Bédarride, t. III, nº 1271; M. Alauzet, t. VIII, nº 2873.

sieurs fois que la question soumise au jury doit exprimer que la soustraction, le recel ou la dissimulation a eu lieu dans l'intérêt du failli (1).

L'art. 593 prévoit ensuite le cas où des individus ont frauduleusement présenté dans la faillite et affirmé des créances supposées. Dans ce cas comme dans le précédent, il n'est nullement nécessaire que les individus dont il s'agit fussent d'accord avec le failli : la loi punit un crime *sui generis* qui peut être commis par un tiers dans une faillite, et non pas une espèce de complicité du crime de banqueroute frauduleuse. Faut-il du moins, comme dans le cas précédent, que le tiers ait agi *dans l'intérêt du failli?* Évidemment le texte ne l'exige pas : ces mots *dans l'intérêt du failli* se trouvent bien dans le n° 1 de notre art. 593, mais ils ne se trouvent pas dans le n° 2. Je crois donc que M. Dalloz tombe dans une véritable erreur quand il dit (2) : « Si le failli est déclaré banque-
« routier, ou si le fait de banqueroute est reconnu constant
« nonobstant l'absence ou l'acquittement de l'accusé prin-
« cipal, le créancier supposé est considéré comme complice;
« dans le cas contraire, il est auteur d'un crime *sui generis*,
« passible des peines de la banqueroute frauduleuse. Mais il
« faut, dans les deux hypothèses, que l'affirmation de la
« créance fausse ait eu lieu *dans l'intérêt du failli*, pour qu'elle

(1) Voy. les arrêts du 18 mars 1852 et du 21 décembre 1854 (Dev.-Car., 53, 1, 446; 55, 1, 79). — La Cour de cassation parle, du reste, un langage peu exact lorsqu'elle dit : « Il ressort expressément de l'art. 593 que la « loi spéciale a innové au cas où il s'agit de la complicité par recélé, et « qu'elle a exigé, en dehors des conditions constitutives énumérées par « l'art. 62 du Code pénal, cette condition particulière que le recélé ait eu « lieu dans l'intérêt du failli. » Évidemment le n° 1 de l'art. 593 prévoit un crime *sui generis* qui peut être commis dans une faillite par un autre que par le failli, et non pas seulement une espèce de complicité du crime de banqueroute frauduleuse. Encore une fois, le mot *complicité* est impropre là où le fait même de la soustraction, du recélé ou de la dissimulation, peut avoir eu lieu à l'insu du failli. C'est ce que la Cour de cassation elle-même reconnaît lorsqu'elle dit, dans son arrêt du 2 avril 1853, que des déclarations du jury il résulte « que la demanderesse a « détourné, dans l'intérêt de son mari, mais *sans complicité avec lui*, des « objets appartenant à la faillite » (Dev.-Car., 53, 1, 231).

Comp. MM. Chauveau Adolphe et Faustin Hélie, *op. cit.*, n° 1974; M. Blanche, 2e étude, n° 142.

(2) *Rép. alph.*, v° *Faillite*, n° 1490.

« entraîne la peine attachée à la banqueroute frauduleuse : « si c'est dans son intérêt exclusif, ou dans celui de tout autre « que le failli, que le prétendu créancier a agi, il doit être « poursuivi comme voleur » (1). Je ne vois pas sur quoi peut s'appuyer cette doctrine. Aussi la Cour de cassation l'a-t-elle énergiquement repoussée, dans son arrêt du 19 novembre 1859 (2). Voici comment elle s'exprime à cet égard : « Si le « n° 1 de l'art. 593 exige que les faits incriminés aient eu « lieu *dans l'intérêt du failli*, c'est parce que les soustractions, « recélés ou dissimulations, énoncés audit n° 1, se rattachent « à l'un des modes de complicité énoncés dans cette disposi- « tion première : il ne s'agit pas, 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 (et qui était dans l'espèce) non « seulement en dehors de l'intérêt du failli, mais en opposition « avec cet intérêt. Il aurait donc été tout à la fois contraire au « texte de la loi et à la vérité des faits de poser la question de « savoir si l'affirmation de la créance avait eu lieu *dans l'in-* « *térêt du failli* » (3).

(1) M. Faustin Hélie (*op. cit.*, n° 1975) professe à peu près la même doctrine. « La supposition de créances, dit-il, doit également avoir été « commise dans l'intérêt du failli, quoique la loi ne l'ait pas répété : il « est évident que cette supposition, faite dans l'intérêt personnel du « tiers, ne serait plus qu'un acte étranger à la faillite et qui aurait le « caractère d'un crime de faux. » M. Faustin Hélie ajoute que telle est la solution implicite de l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 2 mai 1840; mais je n'ai rien trouvé de semblable dans l'arrêt dont il s'agit. Je l'ai déjà cité (p. 98, note 3), et j'aurai encore occasion d'y revenir dans un instant.

(2) Dev.-Car., 60, 1, 180.

(3) Voy. aussi M. Blanche, 6e étude, n° 139; MM. Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 3087.

Le même arrêt du 19 novembre 1859 fait une distinction qui est des plus subtiles. « La disposition du n° 2 de l'art. 593, dit-il, renferme dans « ses termes tous les caractères constitutifs du crime spécial qui y est « prévu. Si l'art. 591 fait de la qualité de *commerçant failli* un élément « nécessaire de la banqueroute frauduleuse, et si, par suite, cette qua-

D'un arrêt de la Cour de cassation, du 2 mai 1840 (1), on serait autorisé à conclure que le crime dont s'occupe notre art. 593-2° ne peut exister sans une certaine participation du failli. Voici, en effet, ce que je lis dans les *considérants* de cet arrêt : « Les peines de la banqueroute frauduleuse sont « encourues par les individus qui présentent frauduleusement « dans la faillite et y affirment des créances supposées; ce « fait, s'il suppose dans l'origine une participation du failli, « ne prend cependant le caractère de crime que par une cir- « constance entièrement personnelle à son auteur, c'est-à-dire « par sa persistance à une simulation qui peut, à l'égard du « failli et par suite de circonstances qui lui seraient person- « nelles, avoir cessé d'être frauduleuse. » La Cour a probablement en vue le cas où un commerçant, se voyant sur le point de cesser ses paiements, se reconnaît débiteur envers un tiers à qui il ne doit rien, en convenant que ce tiers lui remettra tout ou partie du dividende qu'il pourra obtenir au préjudice des créanciers sérieux, et où ensuite ce commerçant s'arrête dans cette voie criminelle et oppose une dénégation positive à l'affirmation du faux créancier. J'admets parfaitement que, dans un cas de ce genre, l'art. 593-2° est applicable : le failli ne pourra pas être condamné comme ayant commis ou tenté de commettre le crime de banqueroute frauduleuse, et le faux créancier sera condamné comme ayant commis le crime prévu par cette disposition (2). Mais j'ajoute qu'il peut très bien y avoir lieu à l'application de l'art. 593-2°, lors même que le failli n'aurait jamais eu l'idée d'agir de concert

« lité de commerçant doit être énoncée non-seulement dans toute accu- « sation rentrant dans cet article, mais aussi dans celles qui s'y réfèrent « (comme dans le cas du n° 1 de l'art. 593), il ne doit pas en être de « même dans la disposition du n° 2 du même art. 593. Le fait prévu par « le n° 2 ne se réfère pas à un cas de banqueroute frauduleuse; il suffit « que la faillite existe pour qu'il puisse se produire : la loi a donc pu se « borner à faire entrer dans les éléments constitutifs de ce crime le fait « de faillite. » Comp., ci-dessus, p. 89, note 2.

(1) Arrêt déjà cité, ci-dessus, p. 98, note 3, et p. 102, note 1.

(2) Évidemment c'est sous l'empire d'une distraction que M. Faustin Hélie cite cet arrêt comme partant de l'idée que, pour tomber sous le coup de l'art. 593-2°, le faux créancier doit avoir agi dans l'intérêt du failli.

avec le faux créancier. Peut-être celui-ci était-il porteur d'un billet souscrit autrefois par le failli et l'a-t-il gardé après en avoir reçu le montant; peut-être le failli lui avait-il donné un blanc-seing en vue d'une opération qui n'a pas eu lieu, et le tiers a profité de ce blanc-seing pour en faire un billet à son ordre. Peut-être enfin le tiers se présente-t-il comme créancier et vient-il affirmer sa créance, sans en avoir aucun titre signé du failli. La Cour de cassation s'est donc trompée si elle a voulu dire que le crime prévu par l'art. 593-2° suppose nécessairement qu'il y a eu dans l'origine une participation du failli (1).

Il résulte manifestement du texte de la loi que, pour encourir la peine de la banqueroute frauduleuse, il ne suffit pas de s'être présenté frauduleusement à la faillite comme créancier : le crime n'existe qu'autant que de plus on a affirmé, dans la forme prescrite par l'art. 497 *in fine*, la créance supposée. Aussi la Chambre criminelle a-t-elle cassé, le 13 mars 1851, un arrêt de condamnation rendu par une Cour d'assises sans que la question soumise au jury énonçât le fait par l'accusé d'avoir affirmé la créance supposée (2).

La loi punit ceux qui ont frauduleusement présenté dans la faillite et affirmé, *soit en leur nom, soit par interposition de personnes*, des créances supposées. Ainsi, que le faux créancier présente et affirme lui-même la créance supposée, ou qu'il la fasse présenter et affirmer par un tiers (mandataire ou cessionnaire), peu importe : il est évidemment coupable dans un cas comme dans l'autre, et dans tous deux il encourt la peine de la banqueroute frauduleuse. — Maintenant, que décider en ce qui concerne le tiers ainsi interposé par le faux créancier? Sans doute aucune peine ne peut lui être infligée s'il a agi de bonne foi. Mais s'il a agi en connaissance de cause, il se trouve être, par application du principe général posé dans l'art. 60 du Code pénal, complice du faux créancier, et, comme lui, il est passible des peines de la banqueroute frauduleuse (3).

(1) Voy. aussi M. Bédarride, t. III, n° 1276.

(2) Voy. M. Renouard, t. II, p. 479; MM. Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 3087.

(3) Cela est également admis par MM. Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 3087.

— Les nos 1 et 2 de notre art. 593 sont-ils purement et simplement applicables au cas où le failli se trouve être, non pas un commerçant ordinaire, mais un agent de change ou un courtier? Je le crois. En conséquence : 1° si l'agent de change ou le courtier a encouru la peine des travaux forcés à temps (1), celui qui serait son complice aux termes de l'art. 60 du Code pénal pourra être condamné à la même peine; — 2° si l'agent de change ou le courtier a encouru la peine des travaux forcés à perpétuité comme ayant commis le crime de banqueroute frauduleuse, celui qui serait son complice aux termes du même art. 60 pourra être condamné aux travaux forcés à perpétuité (2); — 3° si, en dehors des conditions de la complicité en général, un tiers a, dans l'intérêt de l'agent de change ou du courtier failli, soustrait, recélé ou dissimulé tout ou partie de ses biens, ce tiers pourra être condamné aux travaux forcés à temps, il ne pourra pas être condamné aux travaux forcés à perpétuité, l'agent de change ou le courtier eût-il lui-même encouru cette dernière peine; — 4° enfin, si, toujours en dehors des conditions de la complicité en général, un tiers a frauduleusement présenté dans la faillite d'un agent de change ou d'un courtier et affirmé, soit en son propre nom, soit par interposition de personnes, des créances supposées, ce tiers sera passible des travaux forcés à temps, le failli lui-même eût-il encouru la peine des travaux forcés à perpétuité. Voilà, pour les deux derniers cas, une application importante de cette idée, que j'ai eu plusieurs fois l'occasion d'exprimer, à savoir : que la loi commerciale, tout en admettant l'application de l'art. 60 du Code pénal, a, de plus, établi deux crimes *sui generis*, qui sans doute en principe sont punis des peines de la banqueroute frauduleuse, mais qui ne sont point pour cela des cas de complicité proprement dite du crime de banqueroute frauduleuse (3).

Le nouvel art. 593 indique un dernier cas, dont je n'ai encore

(1) Voy. ci-dessus, p. 83.
(2) Comp. Dalloz, *Rép. alph.*, v° *Faillite*, n° 1502.
(3) Voy. notamment p. 97 et 98; p. 101, note 1.

rien dit, dans lequel sont encourues les peines de la banqueroute frauduleuse. Il s'agit du cas où « des individus, faisant « le commerce sous le nom d'autrui ou sous un nom supposé, « se seront rendus coupables de faits prévus en l'art. 591 ». La loi a voulu empêcher qu'on ne pût éluder la pénalité de l'art. 591, ce qui eût été facile en l'absence de cette disposition de l'art. 593-3°. Un homme veut faire le commerce, et augmenter ses chances de gain en accomplissant impunément les actes que l'art. 591 considère comme constitutifs de la banqueroute frauduleuse. Comment va-t-il s'y prendre? Il va s'affubler d'un faux nom, d'un nom supposé, sous lequel il signera tous les actes relatifs au commerce qu'il entreprend : lorsque éclatera la faillite, lorsque seront exercées les poursuites en banqueroute frauduleuse, il espère pouvoir échapper à la pénalité en disant : « Les actes incriminés sont le fait de Pierre, et moi, je m'appelle Paul. » Mieux encore : il mettra, en apparence, à la tête d'un certain commerce, un individu qui ne sera que son instrument, que son agent salarié; il fera faire par cet agent toute espèce d'actes licites ou illicites, et touchera en définitive toutes les sommes provenant de ces opérations; puis, quand il verra la débâcle imminente, autant que possible il fera disparaître l'*homme de paille*, et ne craindra pas d'être atteint lui-même pour des opérations auxquelles il n'aura pris aucune part ostensible. Il paraît que ce moyen d'arriver à la fortune avait été souvent employé par d'habiles industriels (1), et le législateur de 1838 a voulu y mettre un terme, en écrivant la disposition de l'art. 593-3°. Aujourd'hui, par cela seul qu'il est prouvé que les actes se faisaient par l'ordre et pour le compte de Paul, Paul, quoique parfaitement inconnu aux tiers qui en ont été victimes, sera réputé commerçant, sera déclaré en faillite et condamné, s'il y a lieu, comme banqueroutier frauduleux. Du reste, le tiers qui a prêté son ministère à cette indigne spéculation, s'il l'a prêté en connaissance de cause, pourra être condamné, de son côté, comme complice du crime de banqueroute frauduleuse (2).

(1) Comp. MM. Renouard, t. II, p. 479; Bédarride, t. III, n° 1278.
(2) Voy. aussi MM. Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 3087 *in fine*.

— Nous savons dans quels cas des personnes autres que le failli encourent les peines de la banqueroute frauduleuse; il reste à voir dans quels cas peuvent être encourues les peines du vol, toujours par des personnes autres que le failli (1). A cet égard, le nouvel art. 594 s'exprime ainsi : « Le con- « joint, les descendants ou les ascendants du failli, ou ses « alliés aux mêmes degrés (2), qui auraient détourné, diverti « ou recélé des effets appartenant à la faillite, sans avoir agi « de complicité avec le failli, seront punis des peines du « vol. » Le Code de 1808 ne contenait aucune disposition générale analogue à celle-ci; seulement, l'ancien art. 555 disait que la femme du failli qui aurait détourné, diverti ou recélé des effets mobiliers, tant à l'usage du mari qu'à celui de la femme, des marchandises, des effets de commerce, de l'argent comptant, serait poursuivie comme complice de banqueroute frauduleuse, et l'ancien art. 556 ajoutait qu'elle pourrait aussi, suivant la nature des cas, être poursuivie comme complice de banqueroute frauduleuse pour avoir prêté son nom ou son intervention à des actes faits par le mari en fraude de ses créanciers (3).

Pour bien comprendre le nouvel art. 594, nous devons soigneusement distinguer plusieurs cas :

1° Le conjoint du failli, son parent ou son allié en ligne directe, a détourné, diverti ou recélé des effets appartenant à la faillite, *de complicité avec le failli* : il résulte du texte même de notre art. 594 qu'il sera puni de la peine des travaux forcés à temps (ou même des travaux forcés à perpétuité si le failli est un agent de change ou un courtier). Et, du reste, il faut en dire autant de tous les autres cas où, par application de l'art. 60 du Code pénal, ce conjoint, parent ou allié en ligne directe, se trouve être complice du crime de

(1) Il est question du vol en général, et des peines qui s'y appliquent, dans les art. 379 et suiv. du Code pénal.

(2) *Alliés aux mêmes degrés !* Il fallait dire *alliés dans la ligne directe.* La même incorrection se trouve dans l'art. 380 du Code pénal, et c'est là probablement que l'a prise le législateur de 1838.

(3) Voy., ci-dessus, p. 97, note 3. — Comp. Dalloz, *Rép. alph.*, v° *Faillite*, n° 1503.

banqueroute frauduleuse (1). Il faut encore en dire autant du cas particulier où ce conjoint, parent ou allié en ligne directe, sans être d'accord avec le failli, a frauduleusement présenté dans la faillite et affirmé, soit en son nom, soit par interposition de personnes, des créances supposées : en effet, je ne vois pas que le législateur ait apporté aucune exception au principe de l'art. 593-2° (2).

2° Le conjoint du failli, son parent ou allié en ligne directe, sans être d'accord avec le failli, a détourné, diverti ou recélé des effets appartenant à la faillite. C'est là le cas auquel s'applique directement l'art. 594. Ce cas, à vrai dire, comprend deux hypothèses distinctes, suivant que ce conjoint, parent ou allié, a eu en vue l'intérêt du failli ou son propre intérêt. Du reste, dans les deux hypothèses, il est traité de la même manière : dans les deux hypothèses, il sera puni des peines du vol. A-t-il agi dans l'intérêt du failli : alors l'article 594 déroge à l'art. 593-1°, et remplace par la peine du vol la peine de la banqueroute frauduleuse (3). A-t-il agi dans son propre intérêt : alors, au premier abord, on est tenté de voir dans la disposition de notre art. 594 une dérogation à l'art. 380 du Code pénal, d'après lequel les soustractions commises par une personne au préjudice de son conjoint, de son parent ou de son allié en ligne directe, ne peuvent pas donner lieu à l'application d'une peine ; mais, en réalité, notre art. 594 ne prévoit pas le même cas que l'art. 380 du Code pénal, attendu que les effets détournés, divertis ou recélés appartiennent *à la faillite* et non *au failli* : ainsi, le conjoint, le parent ou l'allié en ligne directe du failli, commet un délit, quelquefois un crime, au préjudice de la masse plutôt qu'au préjudice du failli lui-même (4).

(1) MM. Chauveau Adolphe et Faustin Hélie (*op. cit.*, n° 1977) citent en ce sens plusieurs arrêts de la Cour de cassation.

(2) Et je ne vois pas non plus qu'il en ait apporté aucune à la disposition de l'art. 593-3°.

(3) Voy. en ce sens un arrêt de cassation, de la Chambre criminelle, du 2 avril 1853 (Dev.-Car., 53, 1, 231). J'ai déjà cité cet arrêt, ci-dessus, p. 101, note 1.

(4) « L'art. 594, a dit la Cour de cassation, a pour but d'atteindre le « conjoint, les ascendants et descendants du failli, ou ses alliés aux « mêmes degrés, qui détournent, divertissent ou recèlent des effets

Je viens de dire que l'infraction prévue par l'art. 594 peut être un crime. En effet, l'article décide qu'on appliquera les peines du vol; or, d'après les dispositions du Code pénal, auxquelles il n'est nullement dérogé ici, le vol n'est pas toujours un simple délit correctionnel : il devient un crime quand il est accompagné de certaines circonstances aggravantes. Si, par exemple, le conjoint du failli, son parent ou son allié en ligne directe, a détourné des effets appartenant à la faillite, avec effraction d'un meuble ou avec bris de scellés (1), c'est un crime passible de la peine des travaux forcés à temps. La Cour de cassation s'est prononcée en ce sens par un arrêt du 13 mai 1841, portant règlement de juges (2).

En résumé, si nous comparons, au point de vue de la pénalité, la condition des personnes mentionnées en l'art. 594 et la condition des étrangers, des tiers en général, nous arrivons aux résultats suivants :

1° En cas de complicité du crime de banqueroute frauduleuse, pas de différence suivant que le complice est une des personnes mentionnées dans l'art. 594 ou un étranger : la pénalité est exactement semblable (3).

2° Même observation pour le cas où un individu est convaincu d'avoir frauduleusement présenté dans la faillite et

« appartenant à la faillite, soit dans l'intérêt du failli, soit dans leur « intérêt personnel. Lorsqu'ils agissent dans l'intérêt du failli, l'art. 594 « tempère les peines qu'ils auraient encourues si le n° 1 de l'art. 593 leur « eût été applicable. Lorsqu'ils agissent dans leur intérêt propre, il écarte « l'application du § 1 de l'art. 380 du Code pénal, parce que dans ce cas « le vol est, en réalité, commis au préjudice de la masse des créanciers « et non à celui du failli. » Arrêt du 27 janvier 1877 (Dev.-Car., 77, 1, 236).

(1) Voy. les art. 253 et 384 du Code pénal.

(2) Dev.-Car., 42, 1, 172. — Voy. aussi MM. Bédarride, t. III, n° 1274; Blanche, 6e étude, n° 143.

MM. Chauveau Adolphe et Faustin Hélie ne s'expriment donc pas d'une manière tout à fait exacte quand ils disent (*op. cit.*, n° 1977) : « Lorsque « le détournement a été commis par le conjoint, les descendants ou les « ascendants du failli ou ses alliés au même degré, et lorsqu'ils n'ont « point agi de complicité avec le failli, les peines sont celles du vol, et, « par conséquent, le fait n'est plus considéré dans ce cas que comme un « simple délit. »

(3) Voy. ci-dessus, p. 107.

affirmé, soit en son nom, soit par interposition de personnes, des créances supposées : sans distinguer si cet individu est l'un de ceux que mentionne l'art. 594 ou un étranger, il est passible des peines de la banqueroute frauduleuse (1).

3° Même observation encore pour le cas où il y a détournement d'effets appartenant à la faillite, lorsque l'auteur de ce détournement agit *dans son propre intérêt :* qu'il soit l'une des personnes mentionnées dans l'art. 594 ou un étranger, il est passible des peines du vol (2).

4° Enfin, lorsqu'il y a détournement d'effets appartenant à la faillite et que l'auteur du détournement agit *dans l'intérêt du failli,* la loi distingue : l'auteur du détournement est-il un étranger, il sera condamné aux peines de la banqueroute frauduleuse (art. 593-1°); est-il au contraire une des personnes mentionnées dans l'art. 594, il sera condamné aux peines du vol, c'est-à-dire ordinairement à une peine moins grave.

Parmi les décisions que je viens de rappeler, il en est une qui peut paraître singulière et que pour ma part je ne trouve pas marquée au coin de la justice. Du tiers qui détourne des effets de la faillite *dans son propre intérêt,* et du tiers qui les détourne *dans l'intérêt du failli,* en bonne justice, quel est le plus coupable? en conscience, quel est celui qui commet l'action la plus honteuse? Tout le monde, je crois, répondra que c'est le premier. Pourtant le premier est passible des peines du vol, c'est-à-dire d'une peine qui habituellement sera purement correctionnelle, et l'autre est passible des peines de la banqueroute frauduleuse, c'est-à-dire d'une peine afflictive et infamante. Je crois qu'ici le législateur a été un peu trop matérialiste : il a attaché une importance exagérée à l'intérêt des créanciers, qui sans doute peuvent avoir plus à craindre des amis du failli que de voleurs proprement dits (3).

Lorsque, par application des art. 593 et 594, un indi-

(1) Ci-dessus, p. 108.
(2) Même p. 108.
(3) Comp. MM. Dalloz, *Rép. alph.*, v° *Faillite*, n° 1483; Alauzet, t. VIII, n° 2873.

vidu a été traduit en Cour d'assises ou en police correctionnelle, la mission de la Cour ou du tribunal se bornera-t-elle toujours à prononcer soit l'acquittement (ou l'absolution), soit la condamnation à la peine déterminée par la loi? Non : la Cour ou le tribunal peut avoir, de plus, à statuer sur certaines questions civiles. Cela était déjà indiqué, du moins en partie, dans le Code de 1808, dont l'art. 598 s'exprimait ainsi : « Le même jugement qui aura prononcé les peines « contre les complices de banqueroute frauduleuse, les con- « damnera : 1° à réintégrer à la masse des créanciers les « biens, droits et actions frauduleusement soustraits; 2° à « payer, envers ladite masse, des dommages-intérêts égaux à « la somme dont ils ont tenté de la frauder. » Cette disposition était très facile à comprendre. Je ferai seulement deux observations. La première, c'est que cet ancien art. 598 prévoyait exclusivement le cas où l'individu accusé de complicité de banqueroute frauduleuse était reconnu coupable et condamné comme tel : la disposition dont il s'agit était, dans ses termes, inapplicable au cas d'acquittement. La deuxième observation, c'est que l'expression *dommages-intérêts*, employée par cet ancien art. 598, n'y était pas prise dans son sens rigoureusement exact : en effet, les dommages-intérêts accordés à une personne sont destinés à la rendre indemne, à faire disparaître pour elle un préjudice réellement éprouvé; ils ne sont point destinés à l'enrichir (1); or, dans le cas qui nous occupe, la masse de la faillite recevait, sous le nom de *dommages-intérêts*, une somme représentative d'une valeur qu'elle n'avait point réellement perdue, mais qu'on avait seulement cherché à lui faire perdre.

La disposition de l'ancien art. 598 a été assez gravement modifiée par la loi de 1838. Voici, en effet, comment s'exprime le nouvel art. 595 : « Dans les cas prévus par les « articles précédents, la Cour ou le tribunal saisis statue- « ront, lors même qu'il y aurait acquittement : 1° d'office, « sur la réintégration à la masse des créanciers de tous « biens, droits ou actions, frauduleusement soustraits; 2° sur

(1) Voy. les art. 1149 et suiv. et 1382 du Code civil.

« les dommages-intérêts qui seraient demandés, et que le « jugement ou l'arrêt arbitrera. » Si nous analysons avec soin ce nouvel art. 595, voici ce que nous y trouvons :

1° La loi ne prévoit pas seulement le cas où un homme est poursuivi en Cour d'assises comme complice du crime de banqueroute frauduleuse. Elle prévoit également le cas où un homme est poursuivi en Cour d'assises, soit pour avoir, dans l'intérêt du failli, soustrait, recélé ou dissimulé tout ou partie de ses biens, soit pour avoir frauduleusement présenté dans la faillite et affirmé des créances supposées, soit pour avoir, en faisant le commerce sous le nom d'autrui ou sous un nom supposé, commis l'un des faits prévus en l'art. 591. Elle prévoit encore le cas où le conjoint du failli, son parent ou allié en ligne directe, est poursuivi, en police correctionnelle ou en Cour d'assises, pour avoir, sans complicité avec le failli, détourné, diverti ou recélé des effets appartenant à la faillite (1). La loi ne comprend-elle même pas le cas où un individu est purement et simplement poursuivi comme banqueroutier, par application des art. 585, 586 ou 591 ? C'est un point que j'examinerai en expliquant l'art. 601.

2° Notre art. 595 dit que la Cour ou le tribunal statuera soit sur la réintégration à la masse des créanciers de tous biens, droits ou actions frauduleusement soustraits, soit sur les dommages-intérêts. Sur la réintégration, la Cour ou le tribunal statue d'*office*, c'est-à-dire sans qu'une demande lui ait été adressée à cet égard, sans qu'il soit nécessaire que les syndics se soient portés partie civile au nom de la masse. Sur les dommages-intérêts, au contraire, la Cour ou le tribunal ne peut statuer qu'autant que la partie le lui a demandé (2).

(1) En un mot, l'art. 595 renvoie très certainement à tous les cas prévus par les deux articles précédents, articles compris dans le même chapitre III.

(2) Cette distinction, clairement établie par notre art. 595, entre la *réintégration* ou *restitution* et les *dommages-intérêts*, n'est qu'une application de la règle générale qui ressort du texte du nouvel art. 51 du Code pénal. Voici, en effet, comment s'exprime cet art. 51 : « Quand il « y aura lieu à restitution, le coupable pourra être condamné, en outre, « envers la partie lésée, si elle le requiert, à des indemnités, dont la « détermination est laissée à la justice de la Cour ou du tribunal lorsque

Du reste, la loi nouvelle parlant de dommages-intérêts sans indiquer qu'elle attache à ce mot un sens particulier, et ajoutant que le chiffre en sera arbitré par le jugement ou par l'arrêt, nous devons en conclure qu'il s'agit de dommages-intérêts dans le sens propre du mot, c'est-à-dire d'une indemnité correspondant à un préjudice réellement souffert.

3° La disposition du nouvel art. 595 s'applique non seulement au cas où un individu poursuivi est reconnu coupable et condamné, mais même au cas d'acquittement. Ceci ne présente aucune difficulté quand la poursuite a eu lieu devant une Cour d'assises. En effet, aux termes de l'art. 366 du Code d'instruction criminelle, « dans le cas d'abso-« lution comme dans celui d'acquittement ou de condam-« nation, la Cour statuera sur les dommages-intérêts pré-« tendus par la partie civile ou par l'accusé...; elle ordonnera « aussi que les effets pris seront restitués au propriétaire... » On comprend très bien que l'individu accusé d'avoir commis l'un des crimes prévus par l'art. 593 soit déclaré non coupable par le jury, mais que cependant la Cour soit convaincue que des effets appartenant à la masse de la faillite se trouvent sans cause légitime entre ses mains (1), ou bien encore que par sa faute il a occasionné un dommage à ladite masse. — Mais que décider quand la poursuite a eu lieu en police correctionnelle? Le tribunal, en acquittant le prévenu, peut-il encore le condamner à une restitution ou à des dommages-intérêts? Notre art. 595 n'est pas assez formel, il a été voté trop facilement par les Chambres, pour qu'il nous soit permis de le considérer comme contenant une dérogation au droit commun en cette matière (2). Il nous suffira donc de rechercher quelle est la règle du droit

« la loi ne les aura pas réglées, sans que la Cour ou le tribunal puisse, « du consentement même de ladite partie, en prononcer l'application à « une œuvre quelconque. » Joignez le commentaire de M. Blanche, 1re étude, nos 234 et suiv.

(1) L'accusé étant acquitté, on ne peut pas dire qu'il a *frauduleusement soustrait* les objets : ces expressions ont été mal à propos empruntées à l'ancien art. 598, qui ne prévoyait pas le cas d'acquittement.

(2) Voy. cependant MM. Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 3083.

commun (1). D'abord, en ce qui concerne les dommages-intérêts, l'art. 191 du Code d'instruction criminelle porte que, « si le fait n'est réputé ni délit ni contravention de « police, le tribunal annulera l'instruction, la citation et tout « ce qui aura suivi, renverra le prévenu et statuera sur les « demandes en dommages-intérêts ». On serait bien tenté d'en conclure que le tribunal correctionnel peut, comme la Cour d'assises, même en cas d'acquittement du prévenu, le condamner à des dommages-intérêts (2); mais il est aujourd'hui généralement admis que cet art. 191 n'a en vue que les dommages-intérêts réclamés par le prévenu contre la personne qui l'a dénoncé ou poursuivi mal à propos, et cette doctrine trouve en effet un appui solide dans le texte de l'art. 212 du même Code d'instruction criminelle (3). Maintenant, en ce qui concerne les restitutions, il est encore plus certain que les tribunaux correctionnels ne peuvent pas les ordonner quand ils acquittent le prévenu : les art. 161 et 189 du Code d'instruction criminelle ne leur donnent compétence à cet égard que dans le cas unique où le prévenu est condamné (4).

En somme, la disposition de notre art. 595 n'est pas applicable quand l'individu traduit en police correctionnelle est renvoyé de la poursuite. Si la rédaction de cet article est vicieuse, cela tient à ce qu'on a voulu y comprendre cumulativement l'hypothèse d'une poursuite en Cour d'assises et

(1) M. Bédarride enseigne, au contraire, que notre art. 595 contient une disposition exceptionnelle (t. III, n° 1280).

(2) Telle est sans doute l'opinion de M. Renouard : car il dit, à propos de notre art. 595, qui, encore une fois, n'a pas l'air de contenir une disposition exceptionnelle : « En parlant, dans des termes généraux, des « dommages-intérêts qui seront demandés, il s'étend à ceux qui seraient « dus à la personne injustement poursuivie, comme à ceux qui seraient « dus par la personne déclarée coupable ou acquittée. »

(3) Sur cette question, voyez notamment M. Blanche, 1re étude, nos 255 et suiv. L'art. 212, supposant qu'un jugement de condamnation, rendu en matière correctionnelle, a été frappé d'appel, s'exprime ainsi : « Si le « jugement est réformé parce que le fait n'est réputé délit ni contraven- « tion de police par aucune loi, la Cour renverra le prévenu et statuera, « s'il y a lieu, sur ses dommages-intérêts. » — Joignez l'arrêt de cassation, de la Chambre civile, du 23 mai 1870 (Dev.-Car., 70, 1, 347).

(4) Comp. M. Blanche, 1re étude, n° 240.

celle d'une poursuite en police correctionnelle; cela tient aussi, comme je l'ai déjà indiqué, à ce qu'on ne s'est pas suffisamment dégagé du texte de l'ancien art. 598, qui ne prévoyait que le cas de *condamnation* en Cour d'assises. — La masse de la faillite, en cas d'acquittement du prévenu, devra donc se pourvoir devant le tribunal civil pour le faire condamner soit à des restitutions, soit à des dommages-intérêts. Du reste, elle pourra se pourvoir ainsi, même après s'être portée partie civile devant le tribunal correctionnel : car ce tribunal n'a pas jugé que la demande en dommages-intérêts n'était pas fondée ou qu'il n'y avait pas lieu à restitution, il a simplement reconnu qu'il n'avait pas compétence pour statuer à cet égard (1).

§ II. — Des syndics qui se rendent coupables de malversation dans leur gestion.

Les syndics sont des mandataires; on peut aussi voir eu eux des dépositaires. Si donc ils détournent ou dissipent des effets, deniers, marchandises, etc., appartenant à la faillite, ils commettent le délit d'*abus de confiance*, que prévoit l'art. 408 du Code pénal, ainsi conçu (2) : « Quiconque aura « détourné ou dissipé, au préjudice des propriétaires, pos- « sesseurs ou détenteurs, des effets, deniers, marchandises, « billets, quittances ou tous autres écrits contenant ou opé- « rant obligation ou décharge, qui ne lui auraient été remis « qu'à titre de louage, de dépôt, de mandat, de nantissement, « de prêt à usage, ou pour un travail salarié ou non « salarié (3), à la charge de les rendre ou représenter, ou « d'en faire un usage ou un emploi déterminé, sera puni « des peines portées en l'art. 406... » Quelles sont les peines

(1) Voy. aussi M. Blanche, 1re étude, n° 256.

(2) Je donne le texte revisé d'abord par la loi du 28 avril 1832, puis par la loi du 13 mai 1863.

(3) Le Code de 1810 se bornait à dire : « Qui ne lui auraient été remis « qu'*à titre de dépôt ou pour un travail salarié.* »

portées en l'art. 406? Un emprisonnement de deux mois au moins, de deux ans au plus, et une amende qui ne peut excéder le quart des restitutions et des dommages-intérêts dus aux parties lésées, ni être moindre de vingt-cinq francs; le coupable peut être, en outre, à compter du jour où il aura subi sa peine, interdit, pendant cinq ans au moins et dix ans au plus, des droits mentionnés en l'art. 42 (*droits de vote et d'élection, — d'éligibilité, — d'être appelé ou nommé aux fonctions de juré ou autres fonctions publiques, ou aux emplois de l'administration, ou d'exercer ces fonctions ou emplois*, etc.).

Sous l'empire du Code de commerce de 1808, le syndic coupable d'infidélité, de malversation, pouvait donc être puni correctionnellement toutes les fois que les actes qu'on lui reprochait rentraient dans les termes de l'art. 408 du Code pénal (1). Mais dans bien des cas, de bien des manières, il pouvait impunément abuser de sa fonction au détriment des créanciers. Je citerai seulement un exemple, et cet exemple s'est réellement présenté devant les tribunaux (2). Un banquier, déclaré en faillite, vient à mourir quelque temps après; ce banquier avait été tuteur de ses enfants, et il ne leur avait pas encore rendu le compte de tutelle au moment

(1) C'est ce que la Cour de cassation avait jugé par son arrêt du 29 avril 1825. « Attendu, avait-elle dit, que les syndics provisoires d'une faillite « prennent possession et sont chargés provisoirement de toute l'adminis- « tration de la faillite sous la surveillance du juge-commissaire; — qu'ils « procèdent à l'inventaire des biens du failli; que, l'inventaire terminé, « ils se chargent, au pied dudit inventaire, des marchandises, de l'argent, « des titres actifs, meubles et effets du débiteur; qu'en cas de concordat « et en cas de nomination de syndics définitifs ils sont tenus de remettre, « soit au failli, soit à ces syndics, l'universalité des biens, livres, papiers « et effets du failli; qu'il résulte de ces dispositions combinées des « art. 482, 486, 491, 525 et 527 du Code de commerce, que les syndics « provisoires d'une faillite ne reçoivent qu'à titre de dépôt les effets, « deniers, marchandises, billets, quittances, ou tous autres écrits con- « tenant ou opérant obligation ou décharge, appartenant au failli; — « Attendu que l'arrêt attaqué a déclaré en fait que le demandeur a « détourné, au préjudice de la masse des créanciers, une partie des mar- « chandises et effets appartenant au failli, lorsque ledit demandeur était « syndic provisoire de la faillite, et qu'en lui appliquant, par suite de « cette déclaration, la peine portée par les art. 406 et 408 du Code pénal il a « fait une juste application des dispositions de la loi... » (Dalloz, 25, 1, 309.)

(2) Je reviendrai dans un instant sur l'arrêt rendu à cette occasion par la Chambre criminelle, le 24 août 1849.

de sa mort : les syndics s'arrangent avec les enfants pour enfler considérablement le chiffre du reliquat qui revenait à ceux-ci. On comprend combien une pareille manœuvre pouvait être nuisible à la masse de la faillite ; mais, comme elle ne constituait pas l'abus de confiance défini par l'art. 408 du Code pénal, il n'était pas possible, avant 1838, d'infliger pour ce fait une peine aux syndics.

Le législateur de 1838 a voulu combler cette lacune, a voulu qu'il n'y eût plus impunité pour toutes les infidélités que les syndics pourraient commettre en dehors des cas prévus par l'art. 408 du Code pénal. De là la disposition du nouvel art. 596, qui est ainsi conçu : « Tout syndic qui « se sera rendu coupable de malversation dans sa ges- « tion sera puni correctionnellement des peines portées en « l'art. 406 du Code pénal. » On voit que le législateur a employé un mot assez large, le mot *malversation*, et qu'il a évité de le définir, afin que le juge ait une grande latitude d'appréciation toutes les fois qu'il n'y aura pas ce que la loi appelle proprement *abus de confiance*. Le cas que j'ai cité, où des syndics enflent le chiffre du reliquat dû par le failli à ses ex-pupilles, ce cas fait bien comprendre la portée du nouvel art. 596 et le changement qui en résulte relativement à l'ancien état de choses. Des syndics ayant été poursuivis pour le fait dont il s'agit sous l'empire de la loi de 1838, leur défense a consisté à dire que ce fait n'était point puni avant ladite loi, et qu'elle ne pouvait pas leur être appliquée, *attendu que la faillite à l'occasion de laquelle ils étaient poursuivis s'était ouverte avant sa promulgation*. Mais la Cour de cassation a décidé avec raison, le 24 août 1849, que, *les faits reprochés aux syndics s'étant accomplis depuis* 1838, le nouvel art. 596 du Code de commerce y était applicable, attendu que le législateur n'avait point entendu soustraire les syndics « à l'application du principe de droit commun qui veut que « tout fait déclaré punissable par la législation existante au « moment de sa perpétration soit réprimé par la pénalité « spéciale qui s'y rapporte » (1).

(1) Dalloz, *Rec. pér.*, 49, 5, 193.

Le deuxième alinéa de l'art. 408 du Code pénal prévoit le cas où l'abus de confiance serait commis par un domestique, homme de service à gages, etc., au préjudice de son maître : l'abus de confiance devient alors un crime, il est puni de la reclusion. La loi du 3 mai 1863 a étendu cette décision au cas où l'abus de confiance a été commis par un officier public ou ministériel. Évidemment le syndic d'une faillite, lors même qu'il reçoit un salaire, n'est pas un homme de service à gages ; il n'est pas non plus un officier public ou ministériel. Donc, soit qu'il ait commis un abus de confiance proprement dit, soit qu'il ait simplement commis une malversation, il ne peut jamais être puni que de la peine correctionnelle déterminée par l'art. 406 du Code pénal (1).

L'art. 597 *in fine*, comme nous le verrons, réprime d'une manière particulière une certaine infidélité des syndics, qui ne constitue pas une malversation, à laquelle par conséquent ne s'applique pas l'art. 596.

Il est évident que le délit spécial que prévoit l'art. 596 ne peut être commis que par un syndic (2). L'individu qui n'a pas la qualité de syndic peut bien être complice, mais ne peut pas être auteur principal de l'infraction dont il s'agit. La Cour de cassation s'est formellement prononcée en ce sens par un arrêt de cassation, du 24 juin 1859, dans lequel je lis notamment ce qui suit : « C'est pour combler une « lacune existant dans le Code de commerce que la loi de « 1838 a introduit dans l'art. 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. Ce délit est spécial au syndic, et ne peut dès lors « s'appliquer à d'autres individus qui, sous le titre de liqui- « dateurs, ont agi de concert avec lui, surtout lorsque, comme « dans l'espèce, rien n'établit que S... ait reçu légalement ce « titre de liquidateur. Il suit de là qu'en le déclarant cou- « pable du délit de malversation, et comme tel passible de la

(1) Voy. aussi MM. Lyon-Caen et Renault, t. II, nº 3089.

(2) L'article parle d'un syndic, et il est de principe qu'une disposition pénale n'est pas susceptible d'une interprétation extensive.

« peine édictée par l'art. 596, l'arrêt attaqué a faussement « interprété cet article. Du reste, le même arrêt ne précise « pas suffisamment les circonstances constitutives de la com- « plicité de S... » (1).

Mais notre art. 596 ne devrait-il pas être appliqué au liquidateur nommé en exécution de la loi du 4 mars 1889? Au premier abord, j'étais disposé à répondre négativement. En effet, comme le dit le rapporteur de la Commission de la Chambre des députés, « le liquidateur est à la fois le conseil du débiteur et le surveillant, nommé par la justice, d'une situation qui sans sa présence pourrait présenter des dangers. Il ne représente ni la masse ni le débiteur. Celui-ci n'est dessaisi que d'une partie de l'administration de ses biens » (2). Mais, en définitive, l'opinion contraire me paraît plus conforme à l'intention du législateur. C'est ainsi que la condamnation pour banqueroute, qui, d'après le Code, ne pouvait atteindre que le commerçant failli, peut également, d'après la loi de 1889 (art. 19), atteindre le commerçant en état de liquidation judiciaire. Et, d'ailleurs, l'art. 24 de la même loi dit, en termes généraux, que « toutes les dispositions du « Code de commerce qui ne sont pas modifiées par la pré- « sente continueront à recevoir leur application *en cas de « liquidation judiciaire comme en cas de faillite* ». L'art. 596 n'est-il pas une de ces dispositions?

§ III. — Des conventions nuisibles a la masse faites par des créanciers avec le failli ou avec un tiers.

Cette matière fait l'objet de trois articles. Le premier, l'art. 597, qui considère comme un délit le fait du créancier d'avoir pris certains arrangements avec le failli ou avec un

(1) Dev.-Car., 59, 1, 964.

(2) On pourrait invoquer ici, par analogie, ce qui a lieu en matière d'hypothèques légales. La loi donne une hypothèque aux mineurs et aux interdits sur les biens de leur *tuteur;* or, il est universellement admis que la même hypothèque n'appartient pas au mineur émancipé sur les biens de son *curateur*.

tiers, l'art. 597, dis-je, contient une disposition toute nouvelle : dans le Code de 1808 il n'y avait absolument rien de semblable. Voici le texte de cette disposition : « 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 avan- « tage à la charge de l'actif du failli, sera puni correction- « nellement d'un emprisonnement qui ne pourra excéder une « année et d'une amende qui ne pourra être au-dessus de « 2,000 francs. — L'emprisonnemnt pourra être porté à deux « ans si le créancier est syndic de la faillite. »

Je n'ai pas à insister sur la décision finale que contient cet article : il est facile de comprendre que la loi permette de punir plus sévèrement le créancier lorsqu'il a été investi des fonctions de syndic (1). Mais il faut bien voir quelles sont précisément les conventions que peut atteindre la pénalité établie par le législateur de 1838 dans la première partie du nouvel art. 597. Ces conventions appartiennent à deux classes distinctes, que je vais étudier successivement :

1re *classe*. Un créancier a stipulé en faveur d'une personne quelconque des avantages particuliers, à raison de son vote dans les délibérations de la faillite : en d'autres termes, un créancier a vendu son vote. Peu importe que ce trafic doive tourner à l'avantage ou au désavantage du failli; peu importe aussi que le vote, à raison duquel le créancier stipule ou reçoit une valeur, se trouve être le vote que ce créancier avait intérêt d'émettre; peu importe enfin que le créancier ait voté avec la minorité, de telle sorte qu'en définitive son vote n'a exercé aucune influence sur la délibération et que celui qui l'a acheté se trouve avoir fait une fausse spéculation : du moment qu'une valeur est promise ou fournie au créancier à raison de son vote, en considération de son vote, il encourt la pénalité de notre art. 597 (2).

(1) Je me suis déjà référé à cette décision, ci-dessus, p. 118.

(2) Comp. M. Bédarride, t. III, n° 1297; M. Blanche, 6e étude, n° 150; MM. Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 3091.

Quand je parle d'*une valeur promise ou fournie au créancier*, je prends cette expression dans le sens le plus large. Ainsi la Chambre des requêtes dit, dans son arrêt du 28 avril 1891, que l'*avantage particulier* consistait dans la dispense pour le créancier de produire, de faire vérifier et d'affirmer la partie de son droit qui, suivant le traité, devait être l'objet d'arrangements à prendre ultérieurement, et pour laquelle le créancier réclamait le dividende convenu par le concordat (1).

Pour que nous soyons réellement en présence des conventions de la 1re classe que punit l'art. 597, est-il absolument indispensable qu'il y ait faillite déclarée par le tribunal de commerce? Je le crois. Sans doute la pénalité dont il s'agit ne suppose pas nécessairement que la convention a été conclue à une époque où la faillite était déjà déclarée : cette pénalité serait parfaitement applicable au cas où, en vue d'une déclaration de faillite qui paraît imminente, un créancier aurait promis moyennant salaire de voter de telle manière. Mais au moins faut-il que, par la suite, la faillite soit effectivement déclarée, et il me paraît impossible de punir le créancier, quelque immorale que puisse être la convention par lui consentie, toutes les fois que la déclaration prévue ne se réalise pas. Il s'agit ici d'un délit commis *dans une faillite* : or il n'y a pas faillite, nous l'avons dit plus d'une fois, sans un jugement qui la déclare (2). — Je crois, du reste, que le délit existe, et que, par conséquent, la peine peut être prononcée, dès qu'il y a convention et jugement déclaratif de faillite : la loi n'exige point que, de plus, le vote qui a fait l'objet de la convention ait été effectivement donné. Ce qui constitue le délit, c'est la convention même, et non le vote. Sous ce dernier rapport, je ne puis approuver la manière dont la Cour de cassation s'exprime lorsqu'elle dit : « Un « traité amiable, passé antérieurement à la déclaration judi- « ciaire de faillite, avec intention de la prévenir, n'est pas un

(1) Voy. la *Gazette des tribunaux* du 1er mai 1891.

(2) Il est vrai que la loi appelle quelquefois *failli* le débiteur qui n'est pas encore judiciairement déclaré tel, mais c'est toujours en supposant qu'il l'a été un peu plus tard. — J'aurai bientôt occasion de revenir encore sur la question.

« vote dans les délibérations de la faillite. Il rentrerait dans « le cas prévu par la loi s'il contenait explicitement ou impli- « citement la promesse de voter, le cas échéant, en tel ou tel « sens; mais l'arrêt attaqué ne constate pas que les conven- « tions dont il s'agit aient présenté ce caractère d'une alié- « nation de la future liberté du vote » (1). Au fond, la Cour de cassation a parfaitement raison; ce qui me choque, c'est cette manière de parler : *Un traité amiable... n'est pas un vote dans les délibérations de la faillite.* Évidemment le traité par lequel je promets de voter dans tel ou tel sens n'est pas non plus un vote; et cependant ce traité constitue de ma part un délit, un fait punissable, sans qu'il y ait à rechercher si ensuite j'ai ou non tenu ma promesse (2).

Quelles sont les *délibérations* auxquelles se réfère notre art. 597? Cela comprend tous les cas dans lesquels les créanciers de la faillite sont appelés à voter, soit que la décision de la majorité doive avoir force par elle-même, soit qu'elle doive seulement constituer un avis dont la justice tiendra compte. Par exemple, lorsque les créanciers sont consultés sur la nomination de nouveaux syndics (voy. les art. 462 et 529), ils émettent simplement un avis que le tribunal est maître de suivre ou de ne pas suivre; de même lorsqu'ils sont consultés sur l'excusabilité du failli (voy. l'art. 537). Au contraire, lorsque les créanciers en état d'union décident, à la majorité des trois quarts en nombre et en sommes, que l'exploitation de l'actif sera continuée (voy. l'art. 532), cette décision est exécutoire par elle-même et n'a pas besoin d'être sanctionnée par le tribunal. Enfin, dans certains cas, la délibération des créanciers a un caractère mixte : ainsi, quand un concordat n'est point consenti par la double majorité qu'exige la loi (art. 507 du Code de commerce, 15 et 20 de la loi du 4 mars 1889), il est bien certain que le failli ne pourra pas obtenir un concordat du tribunal; mais, réciproquement, quand le

(1) Arrêt de la Chambre civile, du 17 avril 1849 (Dev.-Car., 49, 1, 389).

(2) Comme le disent MM. Lyon-Caen et Renault (t. II, n° 3091), « ce « que la loi veut punir, c'est le fait de s'engager à voter dans un certain « sens moyennant une rémunération : le délit est donc consommé dès « que la convention est intervenue, encore qu'elle ne reçoive pas son « exécution »

concordat a été consenti par la double majorité, le tribunal n'est point enchaîné, il peut refuser son homologation. Au point de vue qui nous occupe, au point de vue de l'application de l'art. 597, il n'y a point à distinguer entre ces différentes hypothèses : du moment que le créancier vend le vote qu'il est appelé à donner pour une opération quelconque de la faillite, il commet le délit prévu et puni par cet article. La Cour de cassation l'a décidé ainsi par un arrêt du 20 mars 1852 (1) : dans l'espèce, un créancier avait exigé du beau-père du failli la garantie de la somme formant le montant de sa créance, et avait effectivement reçu de lui un billet à ordre de pareille somme, pour prix d'un avis favorable donné ensuite dans l'assemblée des créanciers réunis pour délibérer sur l'excusabilité du failli.

On s'est demandé s'il est possible de considérer comme rentrant dans la première classe de conventions que réprime l'art. 597 la convention suivante : Un créancier ne se présente pas à l'assemblée tenue pour délibérer sur le concordat; puis il forme opposition à l'homologation du concordat et dépose une plainte en banqueroute frauduleuse; enfin il renonce à son opposition et il retire sa plainte, moyennant certains avantages que le failli lui assure à la charge de son actif. La Cour de cassation a jugé, le 4 février 1843, qu'une pareille convention rentre dans le premier cas prévu par l'art. 597 (2). J'admets bien, comme l'admet subsidiairement la Cour, qu'il y a là un traité particulier duquel résulte en faveur du créancier un avantage à la charge de l'actif du failli, c'est-à-dire la deuxième espèce de convention que prévoit et punit l'art. 597; mais il m'est impossible d'admettre que ce traité rentre aussi dans les conventions de la première classe dont nous parlons actuellement. En effet, il n'est jamais permis, en matière pénale, de raisonner par analogie : quand le texte de la loi atteint déterminément un certain fait, nous

(1) Dev.-Car., 52, 1, 587.

(2) Dev.-Car., 43, 1, 661. — Voy. aussi, en ce sens, M. Bédarride, t. III, nos 1286 et 1287; M. Blanche, 6e étude, n° 150; M. Ruben de Couder, *Dictionnaire de droit commercial*, v° *Concordat*, n° 321. Joignez la note insérée dans le *Recueil général des lois et des arrêts* sous l'arrêt de la Cour de Paris du 17 juin 1887 (89, 2, 126).

ne pouvons pas étendre la disposition à d'autres faits, quelque analogie qu'ils puissent présenter avec le fait prévu. Or, la première hypothèse que mentionne l'art. 597 est celle d'un créancier qui vend son vote dans les délibérations de la faillite, mais non celle d'un créancier qui vend sa renonciation à une opposition par lui formée ou à une plainte par lui déposée. Dans l'espèce sur laquelle est intervenu l'arrêt de la Cour suprême, la question n'offrait pas d'intérêt pratique, puisque le créancier, s'il ne pouvait être condamné comme ayant fait une convention comprise dans la 1re classe, devait l'être comme ayant du moins fait une convention comprise dans la 2e classe, dont nous allons parler incessamment. Mais l'intérêt se fût présenté si le créancier eût stipulé d'un tiers, et non du failli, un certain avantage comme prix de sa renonciation : en cas pareil, l'art. 597, dans toutes ses parties, serait absolument inapplicable : cela me paraît certain, et la Cour de cassation elle-même se fût peut-être prononcée en ce sens si la question lui avait été soumise à propos d'une espèce dégagée de toute complication (1).

2e *classe de conventions réprouvées par l'art.* 597 : Un créancier a fait un traité particulier, duquel résulte en sa faveur un avantage à la charge de l'actif du failli. Cette disposition de l'art. 597 s'appliquera sans difficulté si nous supposons que, depuis l'époque de la cessation des paiements, telle que le tribunal de commerce l'a fixée plus tard, un créancier, connaissant la situation du débiteur, reçoit de lui tout ou partie de la somme due, se fait donner des valeurs en paiement, etc. Il n'y a pas de difficulté, je le répète, toutes les fois que nous trouverons réunies ces deux circonstances : 1° qu'au moment du traité le débiteur était en état de cessation de paiements, ce que le tribunal de commerce a ensuite constaté; 2° que le créancier était parfaitement instruit de cet état. En cas pareil, le créancier a voulu se soustraire à la loi d'égalité que doivent subir tous les créanciers chirographaires d'un failli : il est justement puni de cette fraude.

(1) Comme on l'a dit avec raison, la Cour de cassation est instituée pour juger les arrêts, et non les affaires ; mais, en fait, elle se préoccupe souvent beaucoup, cela est incontestable, des circonstances de la cause.

Mais, s'il avait agi de bonne foi, ignorant la situation du débiteur (ce qui peut très bien arriver, comme le suppose l'art. 447), il serait impossible de lui infliger la pénalité établie par l'art. 597 (1).

Ici encore, ce que la loi commerciale a entendu réprimer, c'est un délit *commis dans une faillite* par un autre que par le *failli*. Le fait du créancier qui, sachant que le débiteur ne pourra pas payer tout le monde, cherche par un traité particulier à rejeter la perte sur les autres créanciers, ce fait n'est punissable, aux termes de l'art. 597, qu'autant qu'il y a faillite; or, nous le savons, il n'y a point faillite là où il n'y a point un jugement déclaratif rendu par le tribunal de commerce. Par conséquent, en l'absence de ce jugement, le ministère public ne peut pas poursuivre et le tribunal correctionnel ne peut pas condamner le créancier comme ayant fait un traité particulier duquel résultait en sa faveur un avantage à la charge de l'actif du failli. La jurisprudence paraît aujourd'hui fixée en sens contraire; j'ai déjà par avance réfuté cette jurisprudence (2), et j'espère que la Cour de cassation finira par revenir à l'observation de la loi. Je me borne à indiquer quelques-unes des principales décisions rendues sur ce point :

(1) Ceci a été reconnu plusieurs fois par la Cour de cassation : voy. notamment l'arrêt de la Chambre criminelle, du 12 février 1846 (Dev.-Car., 46, 1, 506). Dans l'affaire à propos de laquelle a été rendu cet arrêt, le tribunal correctionnel de Saint-Omer, statuant sur appel, était allé bien plus loin : « Des discussions qui ont accompagné l'art. 597, « avait-il dit, de son esprit comme de ses termes, il appert que le fait « qu'on a voulu principalement atteindre est la fraude dans les concor- « dats, et que la peine d'emprisonnement n'a été édictée contre le créan- « cier qu'autant que le traité incriminé aurait eu lieu dans le cours de « la faillite déclarée, c'est-à-dire depuis l'émission du jugement déclaratif. « Si, par une extension, bien difficile à admettre en pareille matière, et « en regard surtout de l'art. 446, il a été jugé que la pénalité de l'art. 597 « pouvait aller saisir le créancier à raison même d'un traité passé depuis « l'époque à laquelle on a fait remonter l'ouverture de la faillite, cette « opinion, contredite par d'autres décisions, a exigé toutefois, pour con- « dition essentielle d'application de l'article précité, la preuve que le « créancier avait eu, au moment de sa passation, connaissance parfaite « de l'état de cessation de paiements dans lequel se trouvait le débi- « teur. » — Joignez l'arrêt de la Chambre criminelle, du 17 novembre 1870 (Dev.-Car., 71, 1, 62), et l'arrêt de la Chambre des requêtes, du 26 mars 1888 (Sir., 88, 1, 461).

(2) Voy. ci-dessus, p. 3 et suiv.

Dans un arrêt de rejet, de la Chambre criminelle, du 23 avril 1841, il est dit que le jugement du tribunal de commerce qui rapporte la déclaration de faillite est sans autorité pour la juridiction correctionnelle, qu'en conséquence cette juridiction a très bien pu condamner des créanciers, sinon en vertu de la première disposition, du moins en vertu de la deuxième disposition de l'art. 597 (1). — Dans un autre arrêt de rejet, du 3 avril 1846, la Chambre criminelle dit également que les jugements des tribunaux de commerce sur le fait de l'existence ou de la non-existence de la faillite n'ont pas l'autorité de la chose jugée quant aux poursuites portées devant les tribunaux criminels ou correctionnels pour des crimes ou délits tenant à l'état de faillite, et que la loi qui donne aux tribunaux correctionnels la compétence relative aux délits prévus par l'art. 597 les investit, par suite, du droit d'apprécier les éléments constitutifs de ces délits (2). — Enfin, par une conséquence logique de l'idée que le jugement du tribunal de commerce n'a aucune autorité pour la juridiction criminelle, un arrêt du 23 mai 1846 décide que les tribunaux de répression sont compétents pour fixer quant à l'action publique l'époque à laquelle le failli a cessé ses paiements, et qu'à cet égard ils n'ont point à tenir compte de la décision du tribunal de commerce (3).

Encore une fois, ma conviction bien arrêtée est que, dans tous ces cas, la Cour de cassation a sanctionné de véritables excès de pouvoir.

J'ai dit que le traité particulier, pour tomber sous l'application de l'art. 597, doit être postérieur à la cessation des paiements. S'il est antérieur à cette cessation, vainement prouverait-on que le créancier, au moment où il l'a fait, connaisssait l'état embarrassé des affaires du débiteur : ce créancier n'est pas coupable, car il a pu croire que le débiteur trouverait moyen de satisfaire ses créanciers, qu'il ne cesserait pas ses paiements et qu'ainsi sa faillite ne serait pas

(1) Dev.-Car., 42, 1, 243.
(2) Dev.-Car., 46, 1, 506.
(3) Dev.-Car., 46, 1, 792.

déclarée (1). Cette idée est généralement admise (2). Elle est admise par la Cour de cassation elle-même ; seulement, comme nous le savons, la Cour de cassation décide qu'il appartient au tribunal correctionnel de fixer l'époque où a eu lieu cette cessation de paiements, qui doit nécessairement précéder le traité incriminé (3).

Si la Cour de cassation décide que le tribunal correctionnel devant qui un créancier est poursuivi comme coupable du délit prévu par l'art. 597, a toujours compétence pour reconnaître, même en l'absence de tout jugement du tribunal de commerce, que le débiteur est en état de faillite et pour fixer l'époque où il a cessé ses paiements, la Cour de cassation ajoute du moins que le jugement de condamnation serait nul s'il ne mentionnait pas clairement l'existence de la faillite. Cela ressort des *considérants* de la plupart des arrêts précédemment cités. Et cela est dit explicitement par la Chambre civile pour le cas où il s'agit de savoir, non pas si le créancier a encouru la pénalité de l'art. 597, mais si le traité qu'il a fait n'est pas frappé de nullité : « Les art. 597 et 598, « dit la Chambre civile, ne sont applicables que lorsque le « débiteur est en faillite. Il appartient, il est vrai, aux tribu- « naux saisis de la contestation de constater la cessation « de paiements, c'est-à-dire l'état réel de faillite, en l'absence « même de tout jugement déclaratif émané du tribunal de « commerce; mais si l'existence de la faillite réelle n'est pas « expressément constatée par eux, ils ne peuvent pas annuler, « en vertu des art. 597 et 598, les conventions passées avec « un débiteur non failli. Il est reconnu par l'arrêt attaqué « que F... et M... n'ont pas été déclarés en état judiciaire de

(1) Le débiteur lui-même n'est coupable, quand il paie un créancier au préjudice de la masse, qu'autant qu'il le paie *après cessation de ses paiements* (art. 585-4°).

(2) Voy. un arrêt de la Cour de Paris, du 30 mars 1843, et un arrêt de la Cour de Douai, du 3 avril suivant (Dev.-Car., 43, 2, 419).

(3) M. Alauzet enseigne (t. VIII, n° 2879) que l'application de l'art. 597 doit être restreinte au seul cas où le traité particulier aurait été conclu depuis le jugement déclaratif de la faillite. La Cour de cassation dit positivement le contraire, dans son arrêt du 17 avril 1849, au *rapport* de M. Renouard (Dev.-Car., 49, 1, 389).

« faillite, et l'arrêt ne constate pas qu'ils aient été, au moment « où les conventions dont il s'agit ont été consenties, en « état de cessation effective de paiements... Cet arrêt a donc « faussement appliqué, et, par suite, violé les art. 597 et « 598 » (1). Si l'on admet avec moi que des juges ne peuvent jamais faire l'application de l'art. 597 là où il n'existe pas un jugement du tribunal de commerce déclarant la faillite, il faut dire que, du reste, il n'est pas indispensable qu'ils se réfèrent expressément à ce jugement déclaratif.

La deuxième classe de conventions que réprouve l'art. 597 suppose essentiellement que le créancier reçoit un avantage *à la charge de l'actif du failli*. En conséquence, cet art. 597 ne paraît pas applicable au cas où, un commerçant étant hors d'état de payer, un de ses créanciers lui accorde un délai moyennant qu'un tiers vienne cautionner sa dette. Le contraire avait été jugé par la Cour d'Aix ; mais cette décision a été cassée, « attendu que l'avantage particulier fait à un créancier « par des tiers qui cautionnent le failli n'est pas par lui-même « une charge de l'actif du failli ; que l'arrêt s'est borné à « affirmer le contraire, et à énoncer, en termes généraux, que « l'accord a été lésif du droit des autres créanciers, sans articuler en quoi aurait consisté la lésion et sans constater « aucunement si une aggravation de charges a existé pour « l'actif du failli et de la masse » (2). L'art. 597 serait certainement inapplicable si le tiers cautionnait la dette *animo donandi*, sans se réserver un recours contre le failli ; dans le cas contraire, il faut examiner en fait si, par suite du recours, les autres créanciers ne se trouvent pas lésés (3).

(1) Arrêt du 8 août 1848 (Dev.-Car., 48, 1, 600).

(2) Arrêt, déjà cité, de la Chambre civile, du 17 avril 1849 (Dev.-Car., 49, 1, 389).

(3) « Attendu qu'il résulte des *qualités* de l'arrêt attaqué et de l'arrêt « lui-même, d'une part, qu'à la date du 26 mars 1879, un traité a été « passé entre B... fils, déclaré depuis en faillite, et quelques-uns de ses « créanciers (parmi lesquels se trouvait B...-F..., défendeur éventuel), « dans le but d'obtenir des délais suffisants pour désintéresser ceux-ci ; « d'autre part, que le sieur B... père s'est, dans ledit traité, porté cau- « tion de son fils, à la condition que la mise en faillite de celui-ci ne « serait pas provoquée par ceux qui l'auraient signé ; — Attendu que les « art. 597 et 598 prévoient deux cas de nullité : celui où le créancier vend

Un cas où il ne peut pas être question d'appliquer l'art. 597, c'est le cas où, après qu'il est intervenu un *concordat par abandon* (1), l'un des créanciers s'est fait promettre par le failli son paiement intégral. En effet, le failli s'étant dépouillé de tous ses biens en faveur de la masse, et se trouvant par suite

« son vote dans les délibérations de la faillite, et celui où il obtient un « avantage particulier, à la charge de l'actif du failli;... — Attendu, « quant au second cas, que l'avantage particulier fait au créancier par « un tiers qui cautionne le failli n'est pas par lui-même une charge de « l'actif du failli, et que l'arrêt ne constate pas qu'en fait il y ait eu « aucune aggravation de charges pour la masse; — D'où il suit que la « Cour de Bordeaux, en se refusant à annuler le traité du 26 mars 1879, « n'a violé aucun des articles visés au pourvoi... » Arrêt de la Chambre des requêtes, du 10 janvier 1883 (Sir., 85, 1, 63).

« Attendu que la prohibition édictée par les art. 597 et 598 frappe tous « les avantages qui, directement ou indirectement, grèvent l'actif du « failli; qu'elle s'étend, par suite, même aux obligations contractées dans « son intérêt, au profit de ses créanciers, par des tiers dont il devient « alors le débiteur : qu'en effet, dans ce cas comme dans celui où la partie « s'engage directement, c'est à la charge de son actif que l'avantage est « consenti, puisque le tiers a son recours sur cet actif; — Attendu que « la valeur dont le paiement est réclamé par L... et Cie a été souscrite « conjointement et solidairement par les époux D...; — Attendu que, « suivant l'art. 1431 du Code civil, la femme qui s'oblige solidairement « avec son mari pour les affaires de celui-ci n'est réputée à son égard « s'être obligée que comme caution et doit être indemnisée de l'obligation « qu'elle a contractée; que, dès lors, en payant à L... et Cie la valeur dont « s'agit, la femme D... deviendrait créancière de son mari pour la somme « dont elle s'est constituée débitrice solidairement avec lui; qu'ainsi c'est « l'actif de son mari qui supporterait, en définitive, l'avantage résultant « au profit de L... et Cie de l'obligation qu'elle a prise envers eux; qu'il « suit de là que cette obligation est nulle, au même titre que celle « de D... » Arrêt de la Cour de Bordeaux du 1er décembre 1887 (Sir., 90, 2, 165).

« Attendu qu'on ne saurait décider que le cautionnement de la dame « T... ait eu pour conséquence d'aggraver les charges de la faillite de son « mari : qu'en effet, d'une part, il est établi que la dame T... n'a été « admise au passif de la faillite que comme créancière chirographaire, « et qu'en outre G... et Cie n'ont pas produit à cette faillite; que, d'autre « part, il est reconnu que ladite dame n'a pas eu à recourir à son hypothèque légale, son mari n'ayant pas d'immeubles pour en répondre; « qu'il s'ensuit que le recours qui lui était ouvert par l'art. 1431 du Code « civil ne pouvait aboutir qu'à une simple participation aux dividendes « de la faillite, au lieu et place du créancier cautionné; que dès lors le « cautionnement est sans influence sur la masse, à laquelle il n'importe « que ce soit le créancier ou la caution qui réclame le dividende... » Arrêt de la même Cour de Bordeaux, du 29 février 1888 (Sir., 89, 2, 125).

Comp. M. Bédarride, t. III, nº 1285.

(1) Voy. dans notre t. V, p. 480 et suiv.

libéré envers elle, on n'aperçoit pas en quoi cette promesse qu'il fait à l'un de ses créanciers est préjudiciable aux autres : elle ne chargera pas l'*actif du failli*, puisqu'elle sera payée avec des biens sur lesquels la masse de la faillite ne peut avoir aucune espèce de droit. Comme le dit le tribunal de commerce de la Seine (1), la promesse dont il s'agit est parfaitement licite et découle d'une sorte d'obligation naturelle.

Au contraire, la Cour de cassation a décidé avec raison que le créancier avait commis le délit prévu par la deuxième disposition de l'art. 597 en se faisant remettre par le failli une somme que celui-ci avait empruntée postérieurement au jugement déclaratif. En effet, comme le dit la Cour, « par suite du prêt à lui consenti, le failli était devenu propriétaire de la somme, qui dès lors augmentait d'autant son actif, et ne pouvait être attribuée exclusivement à un seul créancier, sans porter atteinte au droit égal que tous avaient d'y prendre part. Peu importe que le contrat d'emprunt ait été passé depuis le jugement déclaratif, à une époque où le failli était dessaisi de l'administration de ses biens : car il n'y a point à se préoccuper, du chef des créanciers, du plus ou moins de garanties que le prêteur trouvera dans l'obligation consentie à son profit par le failli, et il suffit de constater que la somme prêtée est venue grossir l'actif de leur débiteur (2)... »

— En somme, l'art. 597 prévoit deux délits distincts que peut commettre le créancier d'un failli. Du reste, la même peine est infligée à l'un et à l'autre de ces délits. Le législateur fixe seulement le *maximum* de cette peine : elle consiste en un emprisonnement qui ne peut excéder une année, et en une amende qui ne peut être au-dessus de 2,000 francs; si le créancier délinquant est syndic de la faillite, le *maximum* de l'amende reste toujours fixé à 2,000 fr., mais l'emprisonnement peut être porté à deux ans. La pénalité dont il s'agit n'étant établie que par le Code de com-

(1) Jugement confirmé par un arrêt du 24 avril 1858 (Dev.-Car., 58, 2, 423).

(2) Arrêt de la Chambre criminelle, du 24 décembre 1857 (Dev.-Car., 58, 1, 175).

merce et non par le Code pénal, il s'ensuit que le tribunal correctionnel, en déclarant le prévenu coupable, ne peut pas lui faire application des règles posées dans l'art. 463 du Code pénal relativement aux circonstances atténuantes. Par conséquent, le tribunal doit toujours prononcer et l'emprisonnement et l'amende, tandis que, s'il y avait possibilité d'admettre des circonstances atténuantes, le tribunal pourrait prononcer séparément l'une ou l'autre de ces peines (1). Ajoutons que le tribunal ne pourrait jamais descendre aux peines de simple police, c'est-à-dire que l'emprisonnement doit être au moins de six jours (C. pénal, art. 40) et l'amende au moins de seize francs (C. pénal, art. 466) : cela résulte suffisamment de ce que, aux termes de notre art. 597, le créancier doit être puni *correctionnellement* (2). — Le *maximum* établi par ce même article pourrait certainement être dépassé, conformément aux art. 57 et 58 du Code pénal, si le créancier se trouvait en état de récidive (3).

— Lorsqu'un créancier du failli a fait la stipulation ou le traité que prévoit l'art. 597, la personne de qui il a stipulé ou avec qui il a conclu le traité ne doit-elle pas, en qualité de complice, être frappée de la même pénalité que la loi prononce contre le créancier? A cet égard, n'eussions-nous pour nous guider que le texte de la loi, je crois que nous serions déjà autorisés à répondre négativement : en effet, si le législateur avait voulu que la même pénalité atteignît toutes les parties qui concourent à la convention ou au

(1) L'art. 463 du Code pénal, modifié par le décret du 27 novembre 1870, s'exprime ainsi : « *Dans tous les cas où la peine de l'emprisonnement* « *et celle de l'amende sont prononcées par le Code pénal,* si les circon- « stances paraissent atténuantes, les tribunaux correctionnels sont auto- « risés, même en cas de récidive, à réduire l'emprisonnement même au- « dessous de six jours et l'amende même au-dessous de seize francs; ils « pourront aussi prononcer séparément l'une ou l'autre de ces peines, et « même substituer l'amende à l'emprisonnement, sans qu'en aucun cas « elle puisse être au-dessous des peines de simple police. »

(2) Voy. l'arrêt de la Chambre criminelle, au rapport de M. Faustin Hélie, du 21 août 1856 (Dev.-Car., 56, 1, 847). Comp. M. Bédarride, t. III, n° 1288; M. Blanche, 6e étude, nos 147, 148 et 149.

(3) Le créancier serait alors condamné au *maximum* de la peine portée par la loi, et cette peine pourrait même être élevée jusqu'au double.

traité, il n'aurait pas parlé uniquement de l'une de ces parties, c'est-à-dire du créancier. Mais ce n'est pas tout. L'intention du législateur est nettement expliquée par M. Renouard, dans son *rapport* à la Chambre des députés : « Le failli lui-même, dit M. Renouard, quoiqu'il ait parti-
« cipé au délit qui a créé ces conventions, doit pouvoir en
« demander la nullité *sans être exposé à aucune peine*. Le
« meilleur moyen de faire cesser le fléau des arrangements
« particuliers n'est-il pas de leur ôter toute garantie, et de
« ne laisser pour celui qui les a exigés aucune précaution
« possible de sécurité? Il faut intéresser le failli à faire tom-
« ber de pareils actes... » Ce que M. Renouard dit ici du failli s'applique également aux tiers de qui le créancier aurait stipulé un avantage particulier pour prix de son vote dans les délibérations de la faillite. C'est aussi ce qu'admet M. Bédarride, qui me paraît développer exactement la pensée de la loi, lorsqu'il dit : « Le législateur a exonéré le failli ou
« les tiers de la peine encourue par le créancier, à l'acte
« duquel ils ont nécessairement participé. Cette exemption
« était un moyen indispensable pour que la volonté de la loi
« sortît à effet. Il est évident que l'existence des traités par-
« ticuliers sera le plus souvent divulguée par la résistance
« que le failli ou les tiers qui les auront souscrits apporte-
« ront à leur exécution. Les considérer comme complices du
« créancier, les punir de la même peine, c'était d'avance
« interdire cette résistance et assurer ainsi au créancier les
« fruits de sa fraude. Or, il fallait, dans l'intérêt même de
« notre disposition, non-seulement ne pas proscrire l'excep-
« tion des débiteurs, mais encore la favoriser. Aussi le
« législateur a fait même plus que de les dégager de toute
« crainte d'une condamnation : il a ordonné de prononcer
« la nullité du traité en leur faveur (1). »

Si, dans les cas prévus par l'art. 597, le failli ou le tiers n'est pas puni comme complice du délit commis par le créancier, il ne faut pas oublier qu'il y a, du reste, une certaine hypothèse rentrant dans les cas dont il s'agit, et dans laquelle

(1) T. III, n° 1291.

le failli et le créancier seront punis l'un et l'autre, mais comme ayant commis deux délits distincts. L'hypothèse dont je veux parler est celle où, après cessation de ses paiements, le failli a payé un de ses créanciers au préjudice de la masse. D'une part, on peut dire que le créancier a fait un traité particulier duquel .résulterait en sa faveur un avantage à la charge de l'actif de la faillite, et, par conséquent, si ce créancier a su que le débiteur était en état de cessation de paiements, il encourt la pénalité de l'art. 597. D'autre part, le failli se trouve dans le cas d'être condamné comme banqueroutier simple (voy. l'art. 585, n° 4). Voilà donc une hypothèse dans laquelle un acte intervenu entre deux personnes est considéré comme constituant, non pas un seul et même délit dont l'une serait l'auteur principal et l'autre le complice, mais deux délits distincts, celui-ci consistant à payer, celui-là consistant à recevoir, délits que la loi frappe de pénalités différentes (1).

Le législateur a-t-il eu raison, dans les cas prévus par l'art. 597, de ne punir en général que le créancier, et de ne point frapper comme complice le tiers ou le failli? Sans doute ce système peut être critiqué, au point de vue de la justice absolue; mais je crois qu'il se justifie suffisamment comme étant à peu près le seul moyen de paralyser, de rendre inefficaces les arrangements du genre de ceux qu'indique l'art. 597, arrangements si désastreux pour la masse de la faillite, pour les créanciers honnêtes. Suivant l'expression de M. Renouard (t. II, p. 491), l'objection tirée de la mauvaise foi du failli a dû céder devant la nécessité de faire une loi vraiment sérieuse, et non une loi purement comminatoire et dépouillée de sanction. Je dois dire cependant que M. Bravard aurait voulu que le failli fût frappé d'une pénalité, comme le créancier avec qui il a traité (2). Voici comment il s'exprimait en 1835 :

(1) Cette manière de voir est admise par MM. Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 3095.

(2) M. Bravard ne parle que du *failli;* mais ce qu'il dit du failli s'appliquait sans doute également, dans sa pensée, au *tiers* qui promet ou fournit à un créancier quelque avantage particulier pour prix de son vote dans les délibérations.

« Le nouveau projet, dans un chapitre spécial sur les « crimes et délits commis dans les faillites par d'autres que « par le failli, contient des dispositions pénales contre les « créanciers qui, pour prix de leur vote dans les délibéra- « tions de la faillite, auraient stipulé des avantages particu- « liers ; et il annule ces stipulations, à l'égard de toutes « personnes, même du failli, qu'il est bon d'intéresser à la « révélation d'un délit dont souvent il possédera seul le « secret (1).

« Mais voici, en sens inverse, un moyen détourné que « pourrait prendre le failli pour gagner un créancier, moyen « astucieux et pervers, auquel ne s'applique aucune dispo- « sition du nouveau projet (2), et qu'il serait cependant utile « de prévoir et de réprimer.

« Le failli, et cela s'est vu plus d'une fois, ne pourrait-il « pas écrire à un créancier :

« *Je vous prie de vouloir bien consentir à mon concordat aux « conditions que je vous ai fait connaître; je ne considérerai ce « dont vous m'aurez fait remise que comme un prêt, que je vous « rembourserai aussitôt que mes facultés me le permettront; et, « pour preuve de ma sincérité, je vous envoie une lettre de change « que j'ai souscrite en votre faveur et datée d'une époque posté- « rieure à celle où mon concordat doit être voté* » ?

« Or, je le demande, le failli qui aurait employé un sem- « blable moyen pour obtenir la voix d'un créancier, ne « serait-il pas aussi coupable que le créancier lui-même qui, « pour prix de son vote, aurait stipulé quelques avantages « particuliers ou accepté ceux qui lui auraient été offerts? « Il me semble donc qu'il devrait être frappé de la même « peine. Le nouveau projet, qui dans ce cas n'en prononce « aucune contre lui, me semble incomplet en cela.

« Il y a plus. Le débiteur se fût-il borné à dire ou à écrire :

(1) C'est précisément parce qu'il est bon d'intéresser le failli à la révélation du délit qu'on ne le punira pas quand ce délit sera connu.

(2) Je crois que M. Bravard se trompe, ou plutôt il s'exprime mal : dans l'espèce, le créancier qui accepte la proposition du failli tombe sous le coup de la première disposition de l'art. 597; mais cet article ne punit pas le failli lui-même, et c'est là ce qui a frappé notre auteur.

« *Consentez à mon concordat, et je considérerai la remise que*
« *vous me ferez comme un simple prêt, que je vous rembourserai*
« *aussitôt que j'en aurai le moyen* », s'il n'avait tenu ce lan-
« gage qu'à quelques-uns de ses créanciers, probablement
« pour les déterminer à consentir à son profit un concordat
« d'autant plus onéreux pour la masse qu'il serait plus
« avantageux pour lui, il y aurait là, ce me semble, mauvaise
« foi de sa part; et peut-être ne serait-il pas mal de prévenir
« ces sortes de manœuvres, qui sont très fréquentes, en les
« frappant, suivant les circonstances, d'une pénalité (1). »

Le législateur de 1838 punit d'une peine correctionnelle le créancier qui vend son vote dans les délibérations de la faillite, ou qui, au moyen d'un traité particulier, se procure un avantage à la charge de l'actif du failli. Il reste à savoir quelle est, au point de vue du droit privé, la valeur de la convention qui constitue ainsi un délit de la part du créancier. D'abord il va sans difficulté que la convention dont il s'agit ne peut pas nuire à la masse de la faillite, qui est un tiers (C. civ., art. 1165). A-t-elle du moins quelque valeur entre les parties contractantes? Évidemment dans cette convention il y a *turpitudo ab utrâque parte* (2). Or, c'est une question aujourd'hui encore très débattue que de savoir si, en général, on doit refuser toute espèce d'efficacité à une convention de ce genre, la considérer purement et simplement comme non avenue, ou si, au contraire, on doit appliquer la maxime : *In pari causâ melior est causa possidentis.* Avec le premier système, on arrive à dire que l'exécution ne peut pas être exigée, et que, si elle a eu lieu, la répétition est possible; avec le deuxième, on décide qu'il ne faut

(1) *Examen comparatif*, p. 146 et suiv.

(2) On a dit que « la position du failli, le mettant en quelque sorte à la discrétion de ses créanciers, ne lui permettait pas de se soustraire aux exigences dont ils peuvent l'assaillir et de résister d'une manière absolue à leurs prétentions » (voy. M. Bédarride, t. II, n° 517). Toujours est-il que le failli qui fait avec un de ses créanciers l'une des conventions prévues par l'art. 597 s'associe à un acte illicite : je crois donc que, si la loi ne le punit pas, c'est uniquement afin de faciliter la révélation de cet acte. Voy. ci-dessus, p. 131.

pas plus admettre une action en répétition qu'une action tendant à obtenir l'exécution. Dans le droit romain et dans notre ancien droit, après avoir posé la règle que toute convention faite *ex turpi causâ* est nulle, on ajoutait cette restriction : « Si la cause pour laquelle on a promis quelque chose blesse la justice ou les bonnes mœurs du côté des deux parties, celle qui a exécuté ce contrat, quoique nul, n'aura pas la répétition » (1). Aujourd'hui, le Code civil a bien reproduit la règle (art. 1131), mais n'a aucunement reproduit la restriction : je décide, en conséquence, que, sans distinguer s'il y a *turpitudo ab utrâque parte* ou *ab alterâ tantùm parte,* toute convention illicite est radicalement nulle, doit être réputée à tous égards non existante, et ne peut jamais exclure l'action en répétition de la part de celui des contractants qui mal à propos l'aurait exécutée comme obligatoire (2).

Ce qui est certain, c'est que le législateur de 1838 a formellement consacré cette doctrine en ce qui concerne les conventions que réprime l'art. 597. L'art. 598 est, en effet, ainsi conçu : « Les conventions seront, en outre, déclarées

(1) Voy. Pothier, *Traité des obligations,* n° 43.

Domat, il faut le reconnaître, s'exprime, à cet égard, de façon peu intelligible : « Si la convention est illicite de part et d'autre, dit-il, comme « si une partie donne de l'argent à son juge pour lui faire gagner sa « cause, ou qu'une personne donne à une autre pour l'engager à quelque « méchante action, celui qui a donné est justement dépouillé de ce qu'il « avait employé pour un tel commerce et ne peut le répéter, et celui « qui a reçu ne peut profiter du prix de son crime; mais l'un et l'autre « seront punis par les restitutions et les autres peines qu'ils pourront « mériter » (*Lois civiles,* livre I, titre XVIII, section 4, n° 5).

(2) La jurisprudence admet pleinement cette doctrine, en matière d'offices, quand un supplément de prix a été payé en exécution d'une contre-lettre. Voy. notamment l'arrêt de cassation, du 8 juin 1864 (Dev.-Car., 64, 1, 388), et l'arrêt de rejet, du 20 juillet 1868 (Dev.-Car., 69, 1, 69).

Quant à la question générale concernant les conventions contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, voy., dans le sens de notre opinion, l'arrêt de rejet, du 11 février 1884 (Sir., 84, 1, 265), et l'arrêt de cassation, du 25 janvier 1887 (Sir., 87, 1, 224). Voy. aussi M. Laurent, t. XVI, n° 164, et M. Demolombe, *Traité des engagements qui se forment sans convention,* n°s 433 et suiv. En sens contraire, M. Bozerian, *Revue pratique de droit français,* t. V, p. 15 et suiv.; MM. Aubry et Rau, t. IV, § 442 *bis,* p. 741.

« 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 » (1).

Je remarque tout d'abord que cet art. 598 dit précisément l'inverse de ce qui est dit dans l'art. 446 : ce dernier article, en effet, frappe certains actes de nullité, mais à l'égard de la masse seulement, et non à l'égard du failli. En principe, les deux articles ne se réfèrent pas aux mêmes actes. Cependant il faut reconnaître que la disposition de l'art. 598, qui, à mon sens, n'est qu'une application du droit commun, vient restreindre jusqu'à un certain point la portée de l'art. 446, et nous montrer que certains actes, quoique compris dans l'énumération de cet art. 446, sont pourtant frappés d'une nullité absolue, d'une nullité qui existe même dans les rapports du failli et du créancier avec qui il traite. Ainsi, je suppose que, depuis la cessation de ses paiements, le failli a constitué au profit d'un de ses créanciers un droit de gage sur un meuble dépendant de son actif : il y a bien là un traité particulier duquel résulte en faveur du créancier un avantage à la charge de l'actif du failli ; et, par conséquent, si le créancier, en faisant ce traité particulier, connaissait l'état du débiteur, on pourra très bien lui faire application des art. 597 et 598. Voici donc, en somme, comment je crois qu'il faut combiner la règle de l'art. 446 avec celle de l'art. 598 : Toutes les fois que l'acte intervenu entre le failli et un de ses créanciers a le caractère d'un délit, l'art. 598 est seul applicable, l'acte n'est valable à l'encontre de qui que ce soit ; lors, au contraire, que l'acte n'est atteint par aucune disposition pénale, nul à l'égard de la masse, il pourra, suivant les cas et conformément aux règles du droit commun, être obligatoire pour le débiteur qui l'a souscrit (2).

— Aux termes de l'art. 598, le tribunal correctionnel qui

(1) Déjà, sous l'empire du Code de 1808, plusieurs Cours s'étaient prononcées en ce sens ; mais la jurisprudence générale était contraire. Voy. Dalloz, *Rép. alph.*, v° *Faillite*, n°s 1527, 1528 et 1529.

(2) Comp. MM. Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 3097.

condamne le créancier aux peines déterminées par l'art. 597 doit en même temps prononcer la nullité des conventions réprouvées par ce même article et ordonner au créancier de rapporter à qui de droit les sommes ou valeurs qu'il aurait déjà reçues en vertu desdites conventions (1). Mais, pour que le tribunal correctionnel puisse ainsi prononcer la nullité et ordonner le rapport, est-il nécessaire que les personnes intéressées se soient portées parties civiles? A cet égard, j'ai d'abord été tenté de distinguer. J'admettais que le créancier ne peut être condamné au rapport des sommes ou valeurs qu'il a reçues, qu'autant que la personne qui a droit à ce rapport (c'est-à-dire, suivant les cas, le failli, la masse de la faillite représentée par les syndics, ou enfin le

(1) Voici en quels termes M. Renouard, dans son *rapport* à la Chambre des députés, développait cette dernière disposition : « Les sommes ou « valeurs reçues en vertu des conventions annulées seront rapportées « par le créancier à qui de droit : *au failli*, si, ayant obtenu un con- « cordat, il a fait ce sacrifice sur l'actif de la masse ou à l'aide de res- « sources particulières, et cette somme alors servira à remplir les obliga- « tions du concordat; *à l'union*, si les avantages particuliers proviennent « du failli; *aux parents ou amis* qui auront fourni les deniers, s'il s'agit « de sommes données pour prix d'un vote dans les délibérations de la « faillite. »

Ceci n'est pas tout à fait complet. Supposons que le failli ait fait avec un de ses créanciers un traité particulier duquel résulte un avantage pour ce créancier, et qu'un tiers ait cautionné les engagements pris par ledit traité : certainement, aux termes de l'art. 598, la caution n'est pas valablement tenue, et il y aurait lieu au rapport de ce qu'elle peut avoir payé. — Du reste, en ce qui concerne la caution fournie par le failli à un de ses créanciers, il y a deux cas parfaitement distincts et qu'il importe de ne pas confondre :

1er *cas*. Un commerçant qui se sent hors d'état de payer obtient un délai d'un de ses créanciers en lui fournissant caution;

2e *cas*. Un commerçant qui a fait avec un de ses créanciers l'une des conventions que prévoit l'art. 597 a fourni une caution pour sûreté des obligations résultant de ladite convention.

Dans le premier cas, l'engagement de la caution, qui s'applique à la dette originaire du failli et non à une dette nouvelle, n'est pas toujours et nécessairement frappé de nullité : il pourrait parfaitement valoir si la caution était intervenue *animo donandi* (voy. ci-dessus, p. 128). Dans le deuxième cas, au contraire, l'engagement de la caution, s'appliquant à l'obligation qui dérive d'une convention illicite, est nécessairement nul comme l'obligation qu'il est destiné à garantir, par application du principe que le cautionnement ne peut jamais exister que sur une obligation valable (C. civ., art. 2012). C'est aussi ce qu'a jugé la Cour de Douai, par son arrêt du 3 avril 1843 (Dev.-Car., 43, 2, 419).

tiers qui avait acheté le vote du créancier) a demandé que le prévenu ne fût condamné de ce chef qu'autant que cette personne s'est portée partie civile : un tribunal, disais-je, ne peut jamais condamner la partie à payer une somme que personne ne réclame. Je décidais, au contraire, que la nullité des conventions peut être prononcée d'office par le tribunal, une fois qu'il a constaté que le créancier a commis le délit prévu par l'art. 597. — Mais, en y réfléchissant davantage, je suis arrivé à reconnaître qu'il n'y a pas lieu de distinguer ainsi entre les deux prescriptions de l'art. 598, et que le tribunal correctionnel doit se conformer à l'une comme à l'autre, lors même qu'il n'y a pas eu en cause de partie civile. D'une part, le *rapport* que la loi impose au créancier n'est pas autre chose que la *restitution* dont parle l'art. 51 du Code pénal ; or, comme j'ai déjà eu l'occasion de le dire un peu plus haut (1), il est généralement admis que cette restitution doit être ordonnée, même d'office. D'autre part, on comprend très bien que le tribunal correctionnel, après avoir reconnu que la convention pour laquelle le créancier est poursuivi constitue effectivement un délit de la part de ce créancier, que par conséquent elle est illicite, proclame immédiatement la nullité de ladite convention, lors même que ceux qui peuvent avoir intérêt à cette nullité ne se seraient point portés partie civile. C'est ainsi qu'aux termes de l'art. 463 du Code d'instruction criminelle, « lorsque des actes authentiques auront « été déclarés faux en tout ou en partie, la Cour ou le tribu- « nal qui aura connu du faux ordonnera qu'ils soient réta- « blis, rayés ou réformés... » Cette disposition n'exige en aucune façon que la personne qui devait souffrir du faux se soit portée partie civile et qu'elle ait demandé le rétablissement, la radiation, la réformation... (2).

Telle ne paraît pourtant pas être l'opinion de M. Bédarride. Voici comment il s'exprime : « La connaissance de l'ac- « tion en nullité appartient aux tribunaux correctionnels « lorsque, sur la poursuite d'office du ministère public, l'une

(1) En expliquant l'art. 595, — ci-dessus, p. 112.

(2) Voy. notamment l'arrêt de cassation, de la Chambre criminelle, du 28 décembre 1849 (Dev.-Car., 50, 1, 408).

« des parties intéressées s'est constituée partie civile. Il en « est, en effet, du délit prévu par l'art. 597 comme de tous « les autres délits. Le procureur de la République, qui en a « découvert l'existence, peut en traduire les auteurs devant « les tribunaux et requérir leur condamnation ; ce droit est « indépendant de celui que nous venons de reconnaître aux « tiers, au failli et à ses créanciers. Dans ce cas seulement, « il appartient à une autre juridiction qu'à celle du tribunal « de commerce de prononcer la nullité, en tant que l'une des « parties intéressées est intervenue pour la demander » (1).

Je crois qu'il y a là deux erreurs :

D'abord, M. Bédarride semble dire que le tribunal correctionnel ne peut statuer que *sur la poursuite d'office du ministère public;* or, il est élémentaire que les tribunaux correctionnels peuvent être saisis par la citation que donnent directement au prévenu les personnes qui se prétendent lésées par son délit (2), et rien ne montre qu'en notre matière le législateur ait voulu déroger à cette règle générale.

De plus, M. Bédarride, supposant que le tribunal correctionnel a été saisi par le ministère public, décide que ce tribunal ne peut prononcer la nullité de la convention qui lui est soumise qu'autant que l'une des parties intéressées est intervenue pour la demander. Ainsi, point d'annulation possible de la part du tribunal correctionnel là où aucune partie intéressée n'est intervenue; et probablement (ainsi le veut la logique), annulation purement relative, annulation prononcée dans l'intérêt exclusif de la partie qui est intervenue, lorsque la convention pouvait nuire à plusieurs personnes et qu'une seule est intervenue pour la faire annuler. Ce système, d'après lequel la convention peut n'être pas annulée bien que le créancier soit condamné à l'emprisonnement et à l'amende pour l'avoir faite, d'après lequel la convention peut se trouver annulée vis-à-vis de telle personne et maintenue vis-à-vis de telle autre, ce système me paraît directement contraire au texte de l'art. 598, qui dit, en termes absolus,

(1) T. III, n° 1293.
(2) Voy. l'art. 182 du Code d'instruction criminelle, et, ci-dessus, p. 63.

que les conventions seront, en outre (en outre de la condamnation correctionnelle prononcée contre le créancier qui les a faites), déclarées nulles *à l'égard de toutes personnes* (1). Le doute surtout n'est pas possible en cette matière, lorsqu'on se reporte à l'art. 597, tel qu'il existait dans les premiers projets. Le 3e alinéa de cet article contenait d'abord deux phrases qui ont passé sans aucun changement dans l'article 598 de la loi. Il contenait, de plus, une phrase ainsi conçue : « Le créancier sera condamné, envers tout créancier de « la faillite qui se sera rendu partie principale ou interve- « nante, à des dommages-intérêts que le tribunal arbitrera. » La pensée du législateur, clairement révélée par cette disposition, était, à n'en pas douter, que le tribunal correctionnel doit, d'office, annuler les conventions et condamner le créancier au rapport; que, de plus, il peut condamner ce même créancier à des dommages-intérêts envers celui qui s'est porté partie civile. Ainsi, c'est seulement la condamnation du créancier à des dommages-intérêts qui présuppose l'existence d'une partie civile, ce n'est point l'annulation des conventions ni la condamnation au rapport. Il est vrai que la phrase relative aux dommages-intérêts a disparu en définitive; mais, en la supprimant, on n'a nullement eu l'intention d'altérer le sens parfaitement arrêté que présentaient les deux phrases précédentes : comme le dit M. Renouard (2), cette suppression n'a eu d'autre cause que le désir de ne pas inciter, par une disposition expresse, à faire des frais et à multiplier les interventions. Nous devons donc décider, sous l'empire du nouvel art. 598, exactement ce que nous aurions décidé sous l'empire de l'art. 597 des premiers projets (3). Et la Cour de cassation s'est formellement prononcée en ce sens, par son arrêt du 23 mai 1846 (4).

(1) Voy. ci-dessus, p. 136 et 137.

(2) T. II, p. 492 et 493.

(3) Même en ce qui concerne les dommages-intérêts, le tribunal correctionnel peut très bien, conformément au droit commun, en allouer à la partie civile ou, au contraire, condamner celle-ci à en payer au prévenu. Voy. M. Renouard, *eod. loc.*

(4) Il y a dans cet arrêt une autre décision, que j'ai critiquée. Voy. ci-dessus, p. 126. — Mais, sur le point qui nous occupe en ce moment, il

— Jusqu'ici nous avons toujours supposé, et c'est évidemment ce que suppose aussi l'art. 598, que le tribunal correctionnel a *condamné* le créancier commme coupable du délit prévu par l'art. 597. Maintenant, supposons que le tribunal correctionnel l'a au contraire *renvoyé de la poursuite :* alors ce tribunal n'a qualité ni pour annuler les conventions, ni pour ordonner le rapport des sommes reçues en vertu de ces conventions; tout ce qu'il pourrait faire, suivant les cas, ce serait de condamner la partie civile à des dommages-intérêts envers le prévenu (1).

L'art. 599 contient une disposition qui pourra s'appliquer lorsque aucune poursuite n'aura été exercée en police correctionnelle, ou même lorsque le prévenu aura été renvoyé de la poursuite : « Dans le cas, dit cet article, où l'annulation « des conventions serait poursuivie par la voie civile, l'action « sera portée devant les tribunaux de commerce. »

Supposons d'abord qu'aucune poursuite n'est exercée par le ministère public. Alors la personne intéressée à faire annuler une convention qu'elle prétend rentrer dans les termes de l'art. 597 peut, à son gré, s'adresser au tribunal de police correctionnelle ou au tribunal de commerce. Elle préférera souvent s'adresser au tribunal de commerce, afin de ne pas s'exposer aux frais qu'elle aurait à supporter si le prévenu était déclaré non coupable (2). — Du reste, si cette personne intéressée a ainsi formé sa demande devant le tri-

consacre une doctrine irréprochable, lorsqu'il dit : « Attendu que les « termes de l'art. 598 sont impératifs; que cet article veut que les con- « ventions passées dans les cas prévus par l'art. 597 soient déclarées « nulles à l'égard de toutes personnes et même à l'égard du failli; qu'il « oblige le créancier à rapporter à qui de droit les sommes ou valeurs « reçues en vertu des conventions annulées; que, pour atteindre ce but, « il n'est pas besoin de l'intervention des tiers; que les tribunaux de « répression ont à cet égard une attribution directe et formelle; qu'il « leur appartient d'apprécier les circonstances qui impriment aux traités « dont il s'agit le caractère d'un délit punissable, et qui les séparent « des actes susceptibles d'annulation dont il est parlé dans l'art. 447... »

(1) Voy. les art. 191 et 212 du Code d'instruction criminelle, et, ci-dessus, p. 113 et 114. Voy. aussi M. Bédarride, t. III, nº 1293, *in fine*.

(2) Voy. l'art. 194 du Code d'instruction criminelle.

bunal de commerce, et qu'ensuite le ministère public vienne à saisir le tribunal correctionnel, sans difficulté nous devrons appliquer la règle : *Le criminel tient le civil en état.* En effet, demander la nullité d'une convention comme étant de celles que réprouve l'art. 597 du Code de commerce, c'est bien certainement intenter une *action civile* dans le sens que donne à cette expression l'art. 3 du Code d'instruction criminelle.

Il y a encore une circonstance qui pourra influencer le choix de la personne qui est libre de saisir le tribunal correctionnel ou le tribunal de commerce. C'est que le jugement du tribunal correctionnel est toujours susceptible d'être attaqué par voie d'appel (1), tandis que les tribunaux de commerce jugent en dernier ressort toute demande dont le principal n'excède pas la valeur de 1,500 francs (2).

Maintenant, supposons que le tribunal correctionnel a été saisi et qu'il a renvoyé le prévenu de la poursuite. La question de nullité de la convention et de rapport des sommes que le créancier a pu recevoir en vertu de ladite convention, cette question reste entière ; et la partie intéressée à la soulever pourra très bien la porter devant le tribunal de commerce, sans qu'il y ait à distinguer si cette partie a ou non plaidé devant le tribunal correctionnel. Le tribunal de commerce peut parfaitement, sans se mettre le moins du monde en opposition avec le tribunal correctionnel qui a renvoyé le prévenu, prononcer la nullité de la convention et ordonner le rapport de sommes reçues en vertu de cette convention : car on comprend que tous les éléments nécessaires pour qu'il y ait délit punissable ne soient pas reconnus avoir existé dans l'espèce, et que cependant il y ait lieu, par exemple en exécution de l'art. 447, de prononcer la nullité et d'ordonner le rapport (3).

(1) Voy. les art. 199, 201 et suiv. du Code d'instruction criminelle, modifiés par loi du 13 juin 1856.

(2) Voy. l'art. 639 du Code de commerce, modifié par la loi du 3 mars 1840.

(3) Je ne connais point d'arrêt ni de jugement qui ait statué précisément sur la question. Mais l'arrêt de la Cour de Grenoble, du 26 décembre 1840, s'y applique *a simili.* Voici ce que je lis dans cet arrêt : « On ne saurait trouver dans la poursuite de C... devant la Cour d'assises

— La disposition de l'art. 599, combinée avec l'art. 635, me paraît comporter cette conséquence que, si le créancier poursuivait devant le tribunal civil l'exécution du traité particulier prévu par l'art. 597, et plus ou moins déguisé sous l'apparence d'un contrat purement civil, le tribunal, sur l'exception opposée par le défendeur, devrait se déclarer incompétent (1).

Pour que le créancier puisse être condamné correctionnellement par application de l'art. 597, il faut que le débiteur soit en état de faillite : par conséquent, il faut nécessairement, suivant moi, qu'il existe un jugement déclaratif de faillite émané de la juridiction commerciale. Au contraire, pour qu'une convention du genre de celles que prévoit

« de la Drôme, et dans l'ordonnance du président qui, par suite de la « déclaration du jury, le déclare acquitté de l'accusation portée contre « lui, une fin de non-recevoir contre la poursuite du syndic tendant à « l'annulation d'un acte comme fait après le jour de la faillite. En effet, « autre chose est la juridiction criminelle, qui n'a pour but que la répres- « sion des crimes et délits dans l'intérêt général de la société, autre « chose est la justice civile, dont le but est la discussion d'intérêts par- « ticuliers : dans la première, il est vrai, les intérêts généraux de la « société sont représentés par le ministère public; mais il ne représente « et ne peut représenter les intérêts particuliers, souvent en opposition « avec les intérêts généraux. — D'ailleurs, en déclarant que C... n'était « pas coupable d'avoir, sachant que M... était en faillite, fait avec lui un « traité particulier duquel il résultait en sa faveur un avantage à la « charge de l'actif de M..., le jury n'a point déclaré que le traité n'avait « pas eu lieu, mais qu'il ne lui présentait point un degré de criminalité « suffisant pour le faire déclarer coupable. Attribuer aux jurés une « pareille mission, ce serait leur donner un droit que la loi ne leur a pas « conféré, celui d'annihiler un jugement : en effet, le jugement qui « maintient l'ouverture de la faillite au 1er septembre 1839 et annule, par « suite, l'acte de vente du 7 octobre suivant, est du 11 décembre 1839, « tandis que l'ordonnance d'acquittement est du 22 juin 1840. A la Cour « royale seule, investie par l'appel de C..., il appartenait de décider sur « le bien ou mal jugé de cette décision ; mais la Cour d'assises était sans « pouvoir pour le faire. Dès lors il ne peut se présenter de fin de non- « recevoir contre la demande du syndic » (Dalloz, *Rép. alph.*, v° *Faillite*, n° 1519).

On voit que la Cour de Grenoble n'admet pas la possibilité pour la juridiction criminelle de faire remonter la cessation des paiements à une époque autre que l'époque déterminée par le tribunal de commerce. Nous savons que cette sage jurisprudence n'est pas consacrée par la Cour de cassation.

(1) Voy. aussi M. Bédarride, t. III, n° 1295.

l'art. 597 puisse être annulée, pour que le rapport de sommes reçues en vertu d'une pareille convention puisse être ordonné, il n'est point indispensable qu'auparavant la faillite ait été déclarée : sans être dans les termes de l'art. 597 du Code de commerce, nous pouvons être dans ceux de l'art. 1131 du Code civil, d'après lequel la convention sur cause illicite est nulle. Ainsi, je suppose que de fait un commerçant a cessé ses paiements ; il réunit ses créanciers, et ceux-ci, sur sa proposition, lui font remise de 60 pour 100. Cette remise est consentie à l'unanimité par tous les créanciers, et la faillite du débiteur n'est point déclarée. Mais l'un des créanciers, le jour même où intervenait cet arrangement, s'était fait compter par le débiteur une certaine somme pour prix de son adhésion. J'admets sans difficulté que le traité particulier dont il s'agit doit être annulé et qu'il y a lieu d'ordonner le rapport de la somme reçue en vertu dudit traité (1); mais, en l'absence d'un jugement déclaratif de faillite rendu par le tribunal de commerce, il m'est impossible d'admettre que le créancier puisse, en outre, être frappé de la peine correctionnelle édictée par l'art. 597 (2).

— Aux termes de l'art. 638 du Code d'instruction criminelle, le créancier qui se trouve dans l'un des deux cas prévus par notre art. 597 ne peut être poursuivi correctionnellement que pendant trois ans. Lorsque l'action publique est ainsi prescrite faute de poursuites dans les trois ans, l'art. 599 du Code de commerce peut-il encore s'appliquer? l'annulation des conventions, le rapport des sommes reçues en vertu de ces conventions, cela peut-il encore être poursuivi par la voie civile devant le tribunal de commerce? En principe, je n'hésite pas à répondre néga-

(1) Voy., en ce sens, un arrêt de la Cour de cassation, du 4 juillet 1854 (Dev.-Car., 54, 1, 785), et un arrêt de la Cour de Paris, du 27 décembre suivant (Dev.-Car., 55, 2, 15). Voy. aussi MM. Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 3099.

(2) C'est seulement sur ce dernier point que je m'écarte de la jurisprudence. Cette jurisprudence est approuvée notamment par M. Bédarride, t. III, n° 1290, et par M. Fabreguettes, dans son excellente monographie sur le concordat amiable (*Revue critique de législation*, 1879, p. 328 et suiv., n°s 36 et 37).

tivement. En effet, on peut dire ici de l'action en nullité ou en rapport ce que M. Brun de Villeret dit très bien de l'action civile en général : « Quand le pouvoir social n'a « plus à demander compte à l'agent de l'infraction qu'il a « commise, il est difficile d'admettre que la partie lésée puisse « venir réclamer la réparation du préjudice qui lui a été « causé... Il importe à la paix publique de ne pas soulever le « voile qui recouvrirait des faits peut-être entièrement « oubliés, et de ne pas proclamer l'existence d'un délit dont « l'impunité est assurée au délinquant (1). » — Seulement, si la preuve de la nullité de la convention pouvait être faite, si l'action en rapport ou en répétition pouvait être justifiée, sans impliquer l'existence d'un délit à la charge du créancier, l'art. 638 du Code d'instruction criminelle cesserait d'être applicable, et il faudrait en revenir aux règles générales posées par le Code civil en matière de prescription. C'est ce que la Chambre civile a reconnu par un arrêt de cassation, du 28 août 1855 (2).

(1) *De la prescription en matière criminelle*, n° 327. — M. Brun de Villeret décide spécialement (n^os^ 351 et 352) que l'action en nullité d'une obligation surprise par des manœuvres constituant l'escroquerie n'est plus recevable après que l'action publique est prescrite. La question, évidemment, offre la plus grande analogie avec celle que j'examine en ce moment.

(2) Dans l'espèce, Cl... ayant été déclaré en faillite, D... l'avait cautionné pour 10,000 francs envers deux de ses créanciers ; Cl... obtint ensuite un concordat, par lequel il lui fut fait des remises considérables; enfin la dame Cl... s'oblige envers D... à lui rembourser la somme pour laquelle ce dernier avait cautionné son mari. Les engagements contractés par D... envers les deux créanciers furent remplis intégralement ; les engagements contractés envers lui ne furent remplis que pour 7,000 francs. Plus tard, Cl... ayant été de nouveau déclaré en faillite, D... produisit à cette faillite pour 3,000 francs qui lui restaient dus, en déclarant que son véritable obligé était Cl... lui-même et non la dame Cl... Cette demande fut combattue par le syndic, qui, de plus, actionna D... et les deux créanciers par lui cautionnés pour les faire candamner solidairement au rapport de 7,000 francs. Pour leur défense, D... et les deux créanciers invoquèrent l'art. 638 du Code d'instruction criminelle. Jugement du tribunal de commerce de Vienne qui, d'une part, déclare D... mal fondé dans sa demande en paiement des 3,000 francs, mais qui, d'autre part, rejette l'action du syndic en rapport des 7,000 francs. Arrêt confirmatif de la Cour de Grenoble. Sur le pourvoi du syndic, cassation fondée sur ce que, « si, « par suite des circonstances relevées au procès, il a été articulé qu'un « concert frauduleux, dont les défendeurs eux-mêmes ont cru pouvoir

Les trois ans dont parle l'art. 638 du Code d'instruction criminelle courent à dater du jour même du délit, en supposant que depuis il n'a été fait aucun acte d'instruction ni de poursuite. Par conséquent, dans le cas spécial qui nous occupe, le point de départ des trois ans, c'est le jour même où a été conclue la convention illicite (1). Il en résulte que si, par exemple, cette convention remonte au 1er janvier 1880, n'eût-elle été exécutée que dans les derniers jours de 1882, il n'est plus possible, dès que nous sommes en 1883, de demander au créancier le rapport de ce qu'il a reçu. Comme le dit très bien la Cour de Grenoble, dans son arrêt du 17 mai 1853, « pour ordonner le rapport en vertu de « l'art. 598 du Code de commerce, il faudrait toujours com- « mencer par déclarer que le créancier n'a reçu qu'au moyen « d'une convention prohibée et punie par l'art. 597, conven- « tion dont le syndic n'est plus recevable à invoquer l'exis- « tence et à faire prononcer la nullité » (2).

« exciper, aurait eu lieu de leur part pour s'assurer l'indu paiement dont « est question, et si ce concert frauduleux pouvait constituer le délit « prévu par l'art. 597 du Code de commerce, il ne résultait pas de là que « l'action du syndic introduite par la voie civile fût basée sur ce fait et « dépendit de sa constatation; que cette action avait pour fondement « suffisant et uniquement civil, abstraction faite des articulations ci-des- « sus, l'indu paiement établi par les livres et la correspondance du « failli... » (Dev.-Car., 56, 1, 37). Voy. aussi M. Demolombe, *Traité des engagements qui se forment sans convention*, nos 706 et 707. Comp. M. Bédarride, t. III, no 1298.

(1) « Ce que la loi veut punir, disent MM. Lyon-Caen et Renault (t. II, « no 3091), c'est le fait de s'engager à voter dans un certain sens moyen- « nant une rémunération : le délit est donc consommé dès que la con- « vention est intervenue, encore qu'elle ne reçoive pas son exécution. »

(2) Dev.-Car., 54, 2, 301. — Cet arrêt de la Cour de Grenoble a été cassé, le 28 août 1855 : la Chambre civile de la Cour de cassation a pensé que, dans l'espèce, l'art. 638 du Code d'instruction criminelle était inapplicable, parce que la demande en rapport formée par le syndic ne dépendait point de la constatation du délit que prévoit l'art. 597 du Code de commerce (voy. ci-dessus, p. 146). Et la Chambre criminelle, dans son arrêt du 9 août 1862, dit que « des termes du § 1er de l'art. 597 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 du même délit; — Que, d'ailleurs, si la disposition de l'art. 597, dans son § 1er, a en vue d'empêcher que l'actif de la faillite soit détourné au profit de créanciers qui échangent la liberté de leurs

Je crois, du reste, que la règle *Temporalia ad agendum, perpetua ad excipiendum*, doit recevoir ici son application. Une convention du genre de celles que suppose l'art. 597 a été faite; le créancier n'a encore rien reçu, et il demande en justice la somme ou valeur qui lui a été promise : à quelque époque que cette demande soit formée, le défendeur pourra opposer la nullité de la convention. En effet, comme on le disait déjà dans notre ancienne jurisprudence, la défense est de droit naturel et dure autant que l'action (1).

— L'annulation prononcée conformément à l'art. 599 par le tribunal de commerce a-t-elle exactement le même caractère, le même résultat, que l'annulation prononcée par le tribunal correctionnel conformément à l'art. 598? Non : l'annulation prononcée par le tribunal correctionnel existe toujours d'une manière absolue, peut toujours être invoquée par toute personne intéressée (2), tandis qu'il est possible que l'annulation prononcée par le tribunal de commerce existe vis-à-vis de telle personne et non vis-à-vis de telle autre. Par exemple, un certain traité étant intervenu entre un failli et un de ses créanciers, un autre créancier en poursuit l'annulation devant le tribunal de commerce et succombe : cela n'empêchera pas le failli lui-même de demander et d'obtenir cette annulation, toujours devant le tribunal de commerce.

La Cour de cassation a fait application de cette idée (3)

votes contre des avantages particuliers, il veut aussi protéger la masse contre les abus et les dommages résultant de délibérations où la loi est faite par des votes vendus à l'avance : que cette disposition comprend, en effet, toute stipulation d'avantages, non seulement avec le failli, mais avec toute personne et sur des valeurs qui n'appartiennent pas à la faillite, et que, dans ce cas, le seul préjudice qui puisse en résulter pour les créanciers consiste dans la majorité mensongère qu'ont apportée dans les délibérations des votes frauduleusement obtenus; — Que, dès lors, en déclarant que le délit dont le demandeur est prévenu se serait accompli par le vote qu'il a donné, le 2 novembre 1859, dans la délibération relative au concordat, la Cour d'Alger, loin de violer l'art. 597, lui a donné sa véritable et légale interprétation... » (Dev.-Car., 63, 1, 220). Voy. aussi M. Bédarride, t. III, n° 1298 *bis*.

(1) Ainsi jugé par le tribunal de commerce de Vienne, et, en appel, par la Cour de Grenoble (arrêt du 17 mai 1853, déjà cité). Voy. aussi M. Brun de Villeret, *op. cit.*, n° 347; M. Bédarride, t. III, n° 1298.

(2) Voy., ci-dessus, p. 137 et suiv.

(3) Arrêt de la Chambre civile, du 4 juillet 1854 (Dev.-Car., 54, 1, 785).

dans une espèce assez curieuse. Un sieur D..., créancier de M..., celui-ci en état de cessation de paiements, s'était fait remettre, à une époque voisine du concordat amiable passé avec M..., 40,000 francs de promesses souscrites par un sieur G..., lesquelles constituaient en faveur de D... un avantage particulier; cette remise avait été faite à D... par suite d'un concert entre lui, son débiteur M... et G..., souscripteur des promesses; en même temps, et pour se couvrir de ses engagements envers D..., G... s'était fait souscrire pour pareille somme de promesses par M..., d'où il suit qu'en définitive le poids de ces obligations devait retomber sur ledit M... (1). Dans ces circonstances, le sieur G... avait demandé *en son nom personnel* la nullité des promesses par lui souscrites au profit de D...; mais sa demande avait été repoussée, et des décisions passées en force de chose jugée l'avaient condamné à payer le montant desdites promesses. Le sieur G... avait alors demandé la nullité, non plus en son nom personnel, mais comme créancier de M... et au nom de celui-ci. La Cour de Lyon, par un arrêt du 3 mars 1852, avait accueilli cette nouvelle demande de G... L'arrêt étant déféré par D... à la Cour de cassation, celle-ci rejette le pourvoi : « Attendu que, les engagements de M... envers G... n'ayant « d'autre cause que les engagements de G... envers D..., « M... avait intérêt de faire annuler ces derniers engage- « ments, et qu'il en avait aussi le droit, aux termes des « art. 597 et 598 du Code de commerce, puisque toutes ces « obligations avaient pour origine et pour cause illicite et « commune les avantages particuliers stipulés par D...; — « Attendu qu'il résulte également, en fait, de l'arrêt attaqué « que G... était créancier de M...; qu'il pouvait donc exercer « les droits et actions de son débiteur, aux termes de « l'art. 1166 du Code civil, et que parmi ces droits il trouvait « celui de faire annuler tant les engagements souscrits par « M... lui-même en faveur de G... que les engagements corré- « latifs souscrits par G... en faveur de D...; — Que, dans cet

(1) C'est ainsi que les faits sont exposés par la Cour de cassation elle-même.

« état, G... pouvait, du chef de M..., demander la nullité de « ses propres engagements à lui G... envers D..., et que, agis- « sant ainsi du chef de M..., il ne pouvait être arrêté par ce « qui avait été précédemment jugé sur la validité de ces « mêmes engagements entre D... et lui, G... agissant alors de « son propre chef; qu'il n'y avait en effet pas lieu à l'excep- « tion de chose jugée, puisque, si la chose demandée était la « même et si les parties étaient aussi les mêmes, l'une d'elles « agissait en une qualité différente » (1).

— Lorsqu'un failli, après avoir obtenu un concordat de ses créanciers, prend envers l'un d'eux l'engagement de lui payer le montant intégral de sa créance, y a-t-il là une convention qui doive être annulée aux termes de nos art. 597, 598 et 599? J'admets l'affirmative dans le cas unique où, par cette convention, le failli se serait mis dans l'impossibilité de remplir les engagements que, par son concordat, il a pris envers la masse de ses créanciers : dans ce cas, en effet, nous avons bien un traité particulier duquel résulte en faveur d'un créancier un avantage à la charge de l'actif du failli. Dans tous autres cas, ainsi lorsqu'il s'agit d'un concordat ordinaire et que les engagements qui en dérivent ont été fidèlement remplis, ou lorsqu'il s'agit d'un concordat par abandon, non seulement le créancier envers qui est pris l'engagement particulier dont nous parlons ne commet pas un délit, mais même cet engagement n'est point frappé de nullité. La question s'est présentée dans une espèce où le débiteur avait fait abandon à ses créanciers de la totalité de son actif, et le tribunal de commerce de la Seine l'a résolue dans le sens qui vient d'être indiqué (2). Comme le dit très bien le tribunal, « l'engagement pris après remise de la dette, en dehors de « tout préjudice causé aux créanciers abandonnataires de « l'actif, constitue pour B... D... un engagement licite. » Sur

(1) Dans l'espèce, le demandeur en cassation alléguait encore que le sieur G... n'était devenu créancier de M... qu'après que les engagements dont il poursuivait l'annulation avaient été souscrits au profit du sieur D... La Cour décide, avec raison, que cette circonstance est indifférente.

(2) Comp., ci-dessus, p. 129 et 130.

l'appel, la Cour de Paris, par son arrêt du 24 avril 1858, décide : 1° que, par application de l'art. 599, le tribunal de commerce était compétent pour connaître de l'action en nullité; 2° au fond, que le tribunal de commerce a bien jugé en refusant de prononcer la nullité; 3° que le tribunal de commerce a eu tort de prononcer la contrainte par corps contre le débiteur, attendu que l'engagement pris par celui-ci n'avait réellement pas une cause commerciale (1). Ce dernier point me paraît seul susceptible de controverse. J'ai peine à croire, avec la Cour de Paris, que le failli contracte une dette nouvelle : c'est toujours la dette primitive, qu'il pourrait se dispenser de payer et qu'il s'engage à payer.

— J'ai déjà eu l'occasion de mentionner l'art. 600, aux termes duquel tous arrêts et jugements de condamnation rendus en vertu des Chapitres I, II et III du Titre *Des Banqueroutes* doivent être affichés et publiés, suivant les formes établies par l'art. 42, aux frais des condamnés (2). Bien que l'art. 599 se trouve dans le Chapitre III, je ne pense pas que le jugement du tribunal de commerce ou l'arrêt de la Cour d'appel (Chambre civile), qui annule la convention et qui condamne le créancier à rapporter les sommes ou valeurs reçues en vertu de cette convention, soit soumis à la publicité dont il s'agit. Le but de l'art. 600 est d'ajouter à la pénalité encourue par suite d'un crime ou d'un délit, et d'éveiller les méfiances du public à l'égard du coupable : l'application de cet article présuppose donc une infraction à la loi pénale. Il en était certainement ainsi sous l'empire du Code de 1808 (voy. les anciens art. 592 et 599) : il ne paraît pas que le législateur de 1838 ait voulu changer le principe sur ce point (3).

(1) Dev.-Car., 58, 2, 423.
(2) Voy., ci-dessus, p. 94 et 95.
(3) Tel est aussi le sentiment de MM. Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 3100.

CHAPITRE IV.

DE L'ADMINISTRATION DES BIENS EN CAS DE BANQUEROUTE.

En cette matière, la loi de 1838 n'a fait que reproduire le système du Code de 1808. Au contraire, la Commission instituée par l'arrêté des Consuls du 13 germinal an IX avait d'abord proposé un système tout différent. Cette Commission, après avoir énuméré (art. 396 de son projet) les cas où il y a présomption de banqueroute, ajoutait (art. 396 et 397) que, dans ces cas, le commissaire du Gouvernement près le tribunal de commerce serait tenu de dénoncer les faits au commissaire du Gouvernement près le tribunal criminel; qu'à défaut de dénonciation de la part du premier, ou en cas d'inaction de la part du second, tout créancier pourrait porter plainte pour fait de banqueroute. Venait ensuite un art. 399, ainsi conçu : « Si le prévenu est mis en jugement, « les poursuites commencées devant le tribunal de com- « merce sont continuées devant le tribunal criminel, à la « requête du commissaire du Gouvernement près ce tribunal. « Les fonctions attribuées au tribunal de commerce et à son « délégué (1) sont remplies par le tribunal criminel et par « son délégué. »

Ce système excita des réclamations :

« Sans doute, disait la Cour de Dijon, le crime de banque- « route est essentiellement du ressort des tribunaux crimi- « nels; mais c'est à la punition du délit que se bornent leurs « attributions, et tout ce qui n'a trait qu'aux intérêts civils

(1) D'après l'art. 359 du projet, c'est en présence de ce délégué qu'il était procédé aux reconnaissance et levée des scellés, et à l'inventaire des marchandises, meubles et effets mobiliers du débiteur. Du reste, les attributions de ce *délégué* étaient beaucoup moins importantes que celles de notre juge-commissaire. Ainsi, par exemple, l'assemblée des créanciers était tenue, non par le délégué du tribunal, mais par le commissaire du Gouvernement (art. 366 du projet).

« des créanciers et à la conservation de leurs droits doit « rentrer dans la règle générale. »

« Il n'y a pas de raison légitime, disait la Cour de Rennes, « dans le cas même où une banqueroute est présumée frau- « duleuse, pour dessaisir le tribunal de commerce de tout ce « qu'il y a de civil dans les solennités de la faillite, ni pour en « ressaisir le tribunal criminel et le dévoyer par là de ses « fonctions et attributions naturelles. Rien n'était plus facile « que de conserver tout ensemble à chacun de ces tribunaux « la compétence qui dérive de la nature même de leur insti- « tution. L'obligation de dénoncer le crime de banqueroute « est nécessaire; l'intérêt du commerce est qu'il soit sévère- « ment puni, et il ne peut l'être que par les tribunaux insti- « tués pour l'application des lois criminelles. Mais, après la « dénonciation et pendant la durée de l'instruction du délit, « rien n'empêche que le tribunal de commerce ne demeure « saisi de toutes les poursuites tendant à conserver les « droits de la masse des créanciers, comme dans le cas d'une « faillite ordinaire, sauf à transmettre au tribunal criminel « les renseignements indicatifs de la fraude, à mesure que les « fournirait l'instruction civile. »

« Nous pensons, disait enfin le tribunal de commerce « de Bourges, que l'attribution de toutes ces fonctions « aux tribunaux criminels a l'inconvénient de transformer « ces tribunaux en tribunaux civils; que cette attribution « est d'ailleurs contraire à l'esprit qui a fait instituer les « tribunaux de commerce, et qu'elle dépouille sans néces- « sité le commerce d'une prérogative dont il s'est toujours « montré jaloux, celle d'être jugé par les juges qu'il s'est « choisis. »

Ces réclamations furent entendues, et devaient l'être (1). La Commission elle-même corrigea en ce sens son premier projet, et dans le Code de commerce fut inséré un art. 600, dont voici le texte : « Dans tous les cas de poursuites et de « condamnations en banqueroute simple ou en banqueroute « frauduleuse, les actions civiles, autres que celles dont il

(1) Comp. M. Bédarride, t. III, nº 1302.

« est parlé dans l'art. 598 (1), resteront séparées, et toutes « les dispositions relatives aux biens, prescrites pour la fail- « lite, seront exécutées sans qu'elles puissent être attirées, « attribuées ni évoquées aux tribunaux de police correc- « tionnelle ni aux Cours d'assises. » Cette disposition est littéralement reproduite dans le nouvel art. 601; seulement, en 1838, le renvoi à l'art. 598 a dû être remplacé dans le nouveau texte par un renvoi à l'art. 595.

Le renvoi de l'ancien art. 600 à l'ancien art. 598 signifiait simplement qu'il appartient à la Cour d'assises, lorsqu'elle prononce les peines établies par la loi contre un individu reconnu complice de banqueroute frauduleuse, de le condamner, en outre : 1° à réintégrer à la masse des créanciers les biens, droits et actions frauduleusement soustraits, et 2° à payer à ladite masse des dommages-intérêts. A cela se bornait l'exception au principe que le tribunal de commerce reste compétent pour tout ce qui concerne les intérêts civils des créanciers et la conservation de leurs droits. — Aujourd'hui que le nouvel art. 601 renvoie à l'art. 595, l'exception au principe ne se trouve-t-elle pas par là même notablement élargie? Évidemment, oui : car, ainsi que nous l'avons vu (2), d'après le nouvel art. 595, le tribunal de répression peut statuer, dans l'intérêt de la masse des créanciers, sur des questions de réintégration ou de dommages-intérêts, dans des cas où il ne l'aurait certainement pas pu sous l'empire de l'ancien art. 598, dans des cas où l'individu traduit devant lui n'est pas accusé de complicité dans une banqueroute frauduleuse. Je crois même que, quand c'est le failli en personne qui est poursuivi devant le tribunal correctionnel ou devant la Cour d'assises comme coupable de banqueroute simple ou frauduleuse, l'art. 595 peut jusqu'à un certain point recevoir son application. Ainsi, le tribunal correctionnel, en cas de condamnation, et la Cour d'assises, en cas d'acquittement comme en cas de condamnation, peuvent très bien, suivant les circonstances, ordonner que le failli

(1) Voy. le texte de l'ancien art. 598, ci-dessus, p. 111.
(2) Ci-dessus, p. 111 et 112.

fera certaines restitutions à la masse des créanciers (1). Mais, à la différence du cas où c'est un autre que le failli qui a été poursuivi, je ne vois pas que dans le cas actuel le tribunal ou la Cour puisse utilement prononcer au profit de la masse de la faillite une condamnation à des dommages-intérêts.

Le tribunal correctionnel, en condamnant le failli comme banqueroutier simple, ne pourrait-il pas du moins allouer des dommages-intérêts à celui des créanciers qui s'est porté partie civile? La Cour de cassation s'est prononcée, et, je crois, avec grande raison, pour la négative, par son arrêt du 7 novembre 1840 : « A la vérité, dit la Cour, l'art. 588 « du Code de commerce (nouvel art. 584) reconnaît expres- « sément aux créanciers du failli le droit de poursuivre le « banqueroutier devant la justice répressive, indépendam- « ment de la masse des créanciers; mais l'effet de cette action « est limité par l'art. 600 (nouvel art. 601), et ne peut con- « férer aux tribunaux le droit d'attribuer à ces créanciers « d'autres et plus forts droits que ceux des autres créanciers : « ce serait violer le principe de l'égalité qui doit régner entre « eux, et enlever au failli le bénéfice de la libération au « moyen des dividendes que la masse de ses biens peut leur « procurer, avec décharge de la contrainte par corps. « L'action de la partie civile prend sa cause dans la faillite « et doit en suivre la loi (2)... » Le droit du créancier se

(1) Par exemple, un failli est traduit en police correctionnelle, aux termes de l'art. 586, *in fine*, comme ayant fait un inventaire incomplet; le tribunal, en le condamnant aux peines de la banqueroute simple, pourra certainement ordonner la réintégration à la masse des créanciers de la portion d'actif qui n'a pas été inventoriée. — On peut rapprocher de ce cas celui qui a donné lieu à l'arrêt de la Cour de cassation du 6 octobre 1853. Une Cour d'assises avait annulé, en l'absence du tiers intéressé, la vente d'une maison appartenant au failli : le pourvoi formé contre cette décision a été rejeté, par le motif que « l'annulation a été « prononcée contradictoirement avec J..., C... et R..., accusés de banque- « route et de complicité d'icelle; que la Cour d'assises était compétente « à leur égard, et qu'en ordonnant la réintégration de cet immeuble à la « masse de la faillite, l'arrêt attaqué n'a fait que se conformer au § 2 de « l'art. 366 du Code d'instruction criminelle » (Dev.-Car., 54, 1, 219). Joignez l'arrêt du 27 janvier 1877 (Dev.-Car., 77, 1, 236).

(2) Dev.-Car., 41, 1, 84. — Voy. aussi M. Bédarride, t. III, nos 1303 et

borne à obtenir du *tribunal de commerce* condamnation contre la masse de la faillite, en prouvant que, par le fait du failli dont il a été victime, cette masse se trouve véritablement avoir réalisé un bénéfice illicite à ses dépens (1).

Même en cas d'acquittement, la Cour d'assises peut aujourd'hui statuer d'office sur la réintégration à la masse des créanciers de tous biens, droits ou actions frauduleusement soustraits (comp. le nouvel art. 595 et l'ancien art. 598). Les rédacteurs du nouvel art. 601 ont donc eu tort d'emprunter à l'ancien art. 600 ces premiers mots : « Dans tous les « cas de poursuite et de *condamnation* pour banqueroute « simple ou frauduleuse... » Il y a là une inexactitude, puisque l'exception indiquée par le renvoi à l'art. 595 peut recevoir son application, même au cas d'*acquittement* de l'individu traduit en Cour d'assises.

Voilà ce que j'avais à dire relativement aux *actions civiles*. En ce qui concerne les *dispositions relatives aux biens, prescrites pour la faillite*, dont parle également le nouvel art. 601, je citerai comme exemples : la disposition de l'art. 441, aux termes duquel le tribunal de commerce, par un jugement rendu sur le *rapport* du juge-commissaire, détermine, soit d'office, soit sur la poursuite de toute partie intéressée, l'époque à laquelle a eu lieu la cessation de paiements (2); les dispositions des art. 462 et 529 concernant la nomination de nouveaux syndics ou le maintien des premiers, etc.

Parmi les dispositions prescrites pour la faillite, il en est cependant une qui cessera de s'appliquer en cas de poursuite pour banqueroute simple ou frauduleuse. Il résulte de l'art. 484 que, l'inventaire une fois terminé, les livres et papiers du débiteur sont remis aux syndics, qui s'en chargent au bas dudit inventaire. Ainsi, en principe, les syndics sont dépositaires de ces livres et papiers; du reste, les officiers du ministère public ont, à toute époque, le droit

suiv.; M. Ruben de Couder, *Dictionnaire de droit commercial*, v° *Banqueroute*, n° 84.

(1) Voy. aussi M. Ruben de Couder, *eod. verbo*, n° 85.

(2) Dans ma conviction bien arrêtée, cette époque ne peut jamais, sous aucun prétexte, être déterminée par le tribunal de répression. Voy., ci-dessus, p. 3 et suiv., notamment p. 18, note 2.

de requérir communication de tous les actes, livres ou papiers relatifs à la faillite (art. 483). Mais, dès qu'il y a poursuite en banqueroute, ce dépôt confié aux syndics peut cesser. C'est ce qu'indiquent les art. 602 et 603, qui sont ainsi conçus :

ART. 602. « Seront cependant tenus les syndics de la faillite de remettre au ministère public les pièces, titres, papiers « et renseignements qui leur seront demandés. »

ART. 603. « Les pièces, titres et papiers, délivrés par les « syndics, 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 (1). »

Ici, la loi suppose bien évidemment que la poursuite en banqueroute simple ou frauduleuse est exercée après que le tribunal de commerce a rendu un jugement déclaratif de faillite et a nommé un ou plusieurs syndics. Ces syndics peuvent avoir à remettre au procureur de la République les pièces, titres et papiers dont ils étaient dépositaires. Mais ces pièces, titres et papiers, dont les syndics se sont ainsi dépouillés, ils peuvent en avoir besoin pour la liquidation de la faillite, qui suit toujours son cours par leurs soins et sous la direction du juge-commissaire : alors, ils en prendront communication par la voie du greffe (2), et même, s'ils désirent des extraits authentiques, ceux-ci leur seront délivrés par le greffier (3). Enfin, lorsque, sur la poursuite en banqueroute, sera intervenu l'arrêt ou le jugement, la règle

(1) Ces deux articles sont la reproduction presque littérale des anciens art. 601, 602 et 603.

(2) Il s'agit, bien entendu, non pas du greffe du tribunal de commerce, mais du greffe du tribunal ou de la Cour où s'instruit l'accusation de banqueroute.

(3) Notre art. 603 contient à cet égard quelque chose d'analogue à ce que nous voyons dans le premier alinéa de l'art. 245 du Code de procédure, en matière de faux.

est que les pièces, titres et papiers, que les syndics ont dû remettre au procureur de la République, seront rétablis entre leurs mains; mais l'arrêt ou le jugement pourrait ordonner le dépôt judiciaire des pièces en question, et alors elles resteraient jointes aux autres pièces de la procédure criminelle.

— En résumé, la poursuite en banqueroute, survenant après le jugement déclaratif de faillite, laisse subsister, même pour l'avenir, les conséquences qu'entraîne habituellement ce jugement déclaratif. Elle laisse subsister le dessaisissement que consacre le nouvel art. 443. Si le failli est condamné, pour banqueroute frauduleuse, aux travaux forcés ou à la reclusion, nous savons que, pendant la durée de sa peine, il sera en état d'interdiction légale, et qu'il lui sera nommé un tuteur et un subrogé tuteur (C. pén., art. 29) : il aura donc, tant que la liquidation de sa faillite ne sera pas terminée, d'une part, un ou plusieurs syndics qui conserveront les attributions que leur donne la loi commerciale, et, d'autre part, un tuteur qui représentera ce failli dans toutes les actions qu'il exercerait par lui-même s'il n'était pas légalement interdit (1), et dans tous les actes auxquels le failli doit être appelé en personne (2).

Sur un seul point, le système édicté dans les art. 601 et suiv. peut donner lieu à une difficulté. En général, lorsqu'après un arrêt de mise en accusation l'accusé n'aura pu être saisi, ou ne se présentera pas, ou se sera évadé, ses biens seront mis sous le séquestre de la Régie des domaines et de l'enregistrement (C. d'instr. crim., art. 465 et 466). On se demande si cette disposition peut s'appliquer lorsqu'il s'agit d'un failli accusé de banqueroute frauduleuse. Le législateur me paraît avoir voulu apporter ici une exception à la règle générale qui vient d'être rappelée. C'est aussi l'opinion des auteurs (3), et la même doctrine a été consacrée par un

(1) Voy. M. Renouard, t. II, p. 496.

(2) Cela est également admis par MM. Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 3084. — Ainsi, par exemple, lorsque la liquidation de la faillite est terminée, il y a une dernière assemblée de créanciers, et le failli doit être présent ou dûment appelé (art. 537).

(3) Voy. notamment M. Renouard, t. II, p. 496; MM. Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 3085.

arrêt de la Cour de Caen, du 17 janvier 1849. Comme le dit très bien la Cour de Caen, « l'art. 465 du Code d'instruction « criminelle, lorsqu'il a prescrit la mesure du séquestre, n'y « a cherché qu'un moyen de contraindre le contumax, par la « privation de ses ressources d'existence, à se rendre aux « injonctions de la justice, et n'a nullement voulu préjudicier « aux droits à la détention de tout ou partie de ses biens « acquis à des tiers avant la contumace (1); l'art. 465, en « posant la règle générale du séquestre, n'a pas dérogé aux « garanties particulières résultant, pour les masses de créan- « ciers, de la gestion à elles conférée de la fortune de leur « débiteur. S'il en était autrement, l'intervention de l'admi- « nistration publique dans le maniement des affaires du failli « contumax deviendrait un immense embarras par les diffi- « cultés, les entraves et les lenteurs qu'elle jetterait dans la « marche déjà si compliquée des faillites, ce qui serait tout à « fait contraire à l'esprit de la loi, qui tend principalement à « éviter que les dispositions relatives aux biens prescrites pour « la faillite reçoivent des modifications par suite de l'état de « banqueroute simple ou frauduleuse du failli, ainsi que le « montrent les art. 600 de l'ancien Code de commerce et 601 « du Code rectifié, par lesquels il est formellement interdit « aux tribunaux criminels de s'immiscer dans la connais- « sance de ces dispositions à l'occasion des affaires de ban- « queroute simple ou frauduleuse livrées à leur répression. « En principe, l'Administration des domaines n'avait donc « point de mainmise à exercer sur les biens de R..., au pré- « judice de la masse des créanciers de celui-ci; vainement on « voudrait, en sens contraire, se préoccuper de l'autorité de « l'ordonnance de contumace, parce que cette ordonnance « n'a prononcé le séquestre que dans les termes généraux « du droit, sans en faire l'application à tels ou tels biens « du failli, ni rien statuer sur ceux de ces biens qui, par « suite de leur affectation à certains droits, se refuseraient « au séquestre : à cet égard, elle a laissé toutes questions

(1) Le but principal du séquestre est de contraindre l'accusé à se représenter, en le privant de ses moyens d'existence; or, ce but est déjà atteint par le dessaisissement résultant de la faillite.

« entières, et n'a engendré aucune exception opposable aux « créanciers de R... qui puisse les obliger à la faire ré- « tracter... » (1).

(1) Dev.-Car., 52, 2, 189. — Une circulaire du directeur général des Domaines, du 5 septembre 1807, porte également que, même en cas de contumace, les syndics restent saisis des biens du failli accusé de banqueroute frauduleuse.

TITRE III

DE LA RÉHABILITATION

La réhabilitation, dans le système de nos lois, ne s'applique pas seulement au commerçant failli; elle s'applique encore à l'individu condamné à une peine afflictive ou infamante, ou à une peine correctionnelle (1). Elle a toujours pour effet de restituer à la personne les droits, la capacité que lui a fait perdre la faillite ou la condamnation (2). Mais comme, en définitive et même depuis la loi du 14 août 1885, la réhabilitation obtenue par le failli et la réhabilitation obtenue par l'individu condamné pour infraction à la loi pénale diffèrent l'une de l'autre sous beaucoup de rapports, ainsi que nous aurons occasion de le montrer, il est regrettable que le Code de commerce et le Code d'instruction criminelle aient employé le même mot pour les désigner toutes deux.

Avant la Révolution, en cas de faillite comme en cas de condamnation criminelle, la réhabilitation ne pouvait avoir lieu qu'en vertu de lettres du roi. Déjà sous l'empire du Code de commerce de 1808, c'était au pouvoir judiciaire qu'il appartenait de prononcer la réhabilitation du failli; au contraire, jusqu'à la loi du 14 août 1885, c'était le chef de l'État qui statuait sur la réhabilitation des condamnés (3).

(1) D'après le Code d'instruction criminelle de 1808 (ancien art. 619), le condamné à une peine afflictive ou infamante pouvait être réhabilité, mais non le condamné à une peine correctionnelle. C'est d'abord un décret du Gouvernement provisoire, du 18 avril 1848, qui a décidé (art. 5) que tout condamné correctionnellement pourrait obtenir sa réhabilitation. Cette décision a été consacrée par la loi du 3 juillet 1852 (nouvel art. 619 du Code d'instruction criminelle).

(2) Nous rechercherons plus tard quels sont précisément ces droits. Voy., ci-dessous, p. 196 et suiv.

(3) La réhabilitation après faillite paraît avoir complètement disparu pendant la Révolution, en ce sens que le failli recouvrait toute sa capa-

A propos de la réhabilitation après faillite, nous examinerons successivement les trois points suivants :

1° Quelles sont les conditions moyennant lesquelles un failli peut être réhabilité?

2° Quelle est la procédure prescrite par la loi pour arriver au bénéfice de la réhabilitation?

3° Quels sont précisément les effets qui résultent de la réhabilitation obtenue?

Sur ces trois points, nous comparerons à la réhabilitation après faillite la réhabilitation après condamnation (1).

§ I. — A QUELLES CONDITIONS UN FAILLI PEUT ÊTRE RÉHABILITÉ.

Le premier alinéa du nouvel art. 604 est ainsi conçu : « Le failli qui aura intégralement acquitté, en principal, « intérêts et frais, toutes les sommes par lui dues, pourra « obtenir sa réhabilitation (2).

Ainsi, pour pouvoir être réhabilité, il n'est pas nécessaire que le failli ait obtenu un concordat; il n'est même pas nécessaire qu'après la clôture de l'union il ait été déclaré excusable (3). Bien plus, le banqueroutier simple, après avoir

cité par cela seul qu'il parvenait à désintéresser ses créanciers. En effet, la Constitution de 1791 avait un article ainsi conçu : « Sont exclus « de l'exercice des droits de citoyen actif : ceux qui, après avoir été « constitués en état de faillite ou d'insolvabilité, prouvé par pièces « authentiques, ne rapportent pas un acquit général de leurs créanciers » (Tit. III, chap. 1er, sect. II, art. 5).

(1) Ce que nous avons à dire de la réhabilitation après *faillite* est applicable, en général, au cas de *liquidation judiciaire*. En effet, aux termes de l'art. 24 de la loi du 4 mars 1889, « toutes les dispositions du « Code de commerce qui ne sont pas modifiées par la présente loi conti- « nueront à recevoir leur application, en cas de liquidation judiciaire « comme en cas de faillite ».

(2) Même disposition dans l'ancien art. 605.

(3) Sous l'empire du Code de 1808, on aurait pu soutenir que le failli, pour pouvoir être réhabilité, devait avoir été déclaré excusable. En effet, d'une part, aux termes de l'art. 526, le tribunal de commerce, en accordant l'homologation du concordat, déclarait le failli *excusable* et *susceptible d'être réhabilité;* d'autre part, aux termes de l'art. 531, toutes les fois qu'il y avait union de créanciers, le tribunal prononçait, sur le

subi la peine à laquelle il a été condamné, peut être réhabilité; le nouvel art. 612, *in fine*, le dit positivement, et cette décision se trouvait déjà dans l'ancien art. 613 (1). La règle est donc que tout failli peut être réhabilité, à la seule condition d'avoir complètement désintéressé les créanciers de la faillite (2) : il est naturel, en effet, que les conséquences de la faillite disparaissent quand la justice a reconnu que les causes de cette faillite n'existent plus.

Il n'y a nullement à distinguer ici entre les sommes pour lesquelles le failli pouvait encore être poursuivi et celles pour lesquelles il ne pouvait plus l'être. Ainsi, le failli a obtenu un concordat par lequel il a été dispensé de payer 75 p. 100 de ses dettes : pour pouvoir être réhabilité, il faut qu'il paie, non seulement les 25 p. 100 que ses créanciers ont conservé le droit d'exiger, mais encore les 75 p. 100 dont ils lui ont fait remise. Il faut aussi qu'il ait payé tous les intérêts qui ont pu

rapport du juge-commissaire, si le failli était, ou non, *excusable* et *susceptible d'être réhabilité*. Les deux choses, *excusabilité, possibilité d'obtenir la réhabilitation*, paraissaient donc aller nécessairement l'une avec l'autre. Cependant on reconnaissait généralement que l'intention du législateur n'avait pas été de faire dépendre la réhabilitation de l'excusabilité déclarée. Voy. M. Duvergier, *Collection des lois*, an 1838, p. 416; note 5.

Du reste, la réhabilitation peut très bien être prononcée là où il n'y a eu ni concordat ni union. Un commerçant a été déclaré en faillite, et, quelques jours après le jugement déclaratif (que je suppose passé en force de chose jugée), il trouve moyen de désintéresser tous ses créanciers : il n'en reste pas moins sous le coup des incapacités attachées à l'état de faillite, et, pour les faire disparaître, il aura besoin de se faire réhabiliter; mais, dès l'instant qu'il aura ainsi payé toutes ses dettes, les opérations de la faillite seront évidemment suspendues, puisqu'il n'y aura plus de masse susceptible d'être représentée par des syndics. Comp. M. Bédarride, t. III, nº 1316.

(1) Au contraire, le banqueroutier frauduleux est au nombre des personnes qui, en vertu d'une disposition spéciale de la loi (nouvel art. 612, 1er alinéa), ne sont jamais admises à la réhabilitation. Nous verrons que, sur ce point, M. Renouard a commis une erreur bien extraordinaire.

(2) Lorsqu'un créancier a disparu, ou lorsqu'il est mort laissant des héritiers inconnus, il y a lieu d'appliquer par analogie ce que décide l'Ordonnance du 3 juillet 1816, relativement aux effets de commerce dont le porteur ne se présente pas à l'échéance : la *consignation* équivaut au *paiement*. Voy. notre t. III, p. 360 et suiv. Comp. MM. Lyon-Caen et Renault, t. II, nº 3105; arrêt de la Cour de Lyon, du 29 juin 1865 (Dev.-Car., 65, 2, 299); arrêt de la Cour de Bordeaux, du 6 mai 1874 (Dev.-Car., 75, 2, 240).

courir soit depuis l'échéance, soit même depuis la naissance de ses différentes obligations (1) : il ne pourrait point s'en dispenser sous prétexte qu'il est libéré par l'effet de la prescription quinquennale, aux termes de l'art. 2277 du Code civil. En un mot, la condition de la réhabilitation, condition essentielle, condition *sine quâ non*, c'est que les créanciers du failli se trouvent remis exactement au même état où ils seraient si leur débiteur n'avait point cessé ses paiements (2).

Lorsque le failli obtient un concordat, on peut dire que c'est une sorte de remise qui lui est accordée par la majorité de ses créanciers; nous savons que cette sorte de remise, au point de vue de la réhabilitation, n'équivaut point à un paiement, et que le failli concordataire, pour pouvoir être réhabilité, doit avoir effectivement payé l'intégralité de ses dettes.

(1) Une dette non encore échue peut être déjà productive d'intérêts, soit en vertu de la convention des parties, soit en vertu de sa nature propre. Et il est généralement admis qu'au point de vue de la réhabilitation, toutes les dettes du failli doivent être considérées comme ayant commencé à produire intérêt, au plus tard, le jour du jugement déclaratif de la faillite. Voy. deux arrêts de la Cour de Douai, l'un du 12 mars 1875 (Dev.-Car., 75, 2, 165), et l'autre du 26 décembre 1877 (Dev.-Car., 78, 2, 56). Voy. aussi MM. Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 3105.

(2) Nous savons ce que suppose la réhabilitation *après faillite*. Que suppose la réhabilitation *après condamnation?* Voici sur ce point ce qui résulte des dispositions du Code d'instruction criminelle, modifiées d'abord par la loi du 3 juillet 1852, puis par la loi du 14 août 1885 : Il faut d'abord que le condamné ait subi sa peine ou qu'il ait obtenu des lettres de grâce (art. 619); il faut, de plus, qu'un certain temps (cinq ans ou trois ans) se soit écoulé, soit depuis le jour de la libération, soit depuis le jour où la condamnation est devenue irrévocable (art. 620); il faut encore, en principe et sauf des exceptions déterminées par la loi, que le condamné ait résidé un certain temps dans le même arrondissement et un certain temps dans la même commune (art. 621); enfin il doit, sauf le cas de prescription, justifier du paiement des frais de justice, de l'amende et des dommages-intérêts auxquels il a pu être condamné, ou de la remise qui lui en a été faite, ou du moins établir qu'il a subi le temps de contrainte par corps déterminé par la loi, ou que la partie lésée a renoncé à ce moyen d'exécution (art. 623). Spécialement en ce qui concerne l'individu condamné pour banqueroute frauduleuse, il ne peut être réhabilité de manière à effacer les conséquences de cette condamnation qu'en justifiant du paiement du passif de la faillite en capital, intérêts et frais, ou de la remise qui lui en a été faite. « Néanmoins, ajoute la loi de 1885, si le demandeur justifie qu'il est hors d'état de se libérer des frais de justice, la Cour peut accorder la réhabilitation, même dans le cas où ces frais n'auraient pas été payés ou ne l'auraient été qu'en partie. »

Le failli eût-il obtenu de chaque créancier individuellement une remise proprement dite, je déciderais encore de même : celui à qui le créancier fait remise n'acquitte réellement pas sa dette. Comme le dit la Cour de Rennes, dans un arrêt du 11 septembre 1846, « le commerçant failli ne peut être réha-
« bilité qu'à la condition indispensable de prouver qu'il s'est
« complètement libéré de toutes les dettes de la faillite, en
« payant intégralement principal, intérêts et frais. Ce prin-
« cipe est absolu, et ne peut pas fléchir devant une transaction
« par laquelle le débiteur, en payant une portion de ses dettes,
« serait parvenu à n'être plus passible de poursuites de la
« part de ses créanciers. La demande en réhabilitation ne
« soulève pas une simple question d'argent entre le créancier
« et le failli; il s'agit uniquement de savoir si ce dernier est
« digne d'être replacé dans la position d'honneur et de
« renommée qu'il occupait avant sa faillite, et de rentrer
« dans l'exercice des droits qu'il a perdus (1)... » J'ajoute que, quand la loi veut faire produire à la remise accordée par le créancier le même effet qu'au paiement réalisé par le débiteur, elle ne manque pas de le dire très positivement, ainsi qu'on peut s'en convaincre en lisant le nouvel art. 623 du Code d'instruction criminelle (2).

— Toutes les fois qu'une société en nom collectif ou en commandite cesse ses paiements, il y a par là même cessation de paiements des différents associés en nom, puisque toute dette de la société est leur propre dette. Aussi ressort-il clairement du texte de plusieurs articles du nouveau Code de commerce que le jugement qui déclare la faillite de la société a pour effet nécessaire de constituer en état de faillite les différents associés solidaires (3). Celui qui est ainsi failli par suite de la faillite de la société, qu'aura-t-il à faire pour pou-

(1) Dev.-Car., 51, 2, 726.

(2) Il résulte de cette doctrine (défendue notamment par M. Renouard, t. II, p. 511) que la justice peut et doit apprécier la sincérité des quittances produites à l'appui de la demande en réhabilitation. C'est aussi ce qu'a reconnu la Cour de cassation, par un arrêt du 17 novembre 1857, sur lequel je reviendrai. — Mais la doctrine même dont il s'agit est repoussée par MM. Lyon-Caen et Renault, t. II, p. 907, note 4.

(3) Voy. les art. 438, 458 et 531.

voir obtenir sa réhabilitation? La loi nouvelle (2e alinéa de l'art. 604) répond à cette question : « Il ne pourra l'obtenir « qu'après avoir justifié que toutes les dettes de la société « ont été intégralement acquittées en principal, intérêts et « frais, lors même qu'un concordat particulier lui aurait été « consenti. » De même que le failli qui est seul tenu envers tels et tels créanciers ne peut obtenir sa réhabilitation qu'après avoir complètement acquitté ses dettes, de même celui qui est solidairement tenu avec ses associés de toutes les dettes sociales n'obtiendra pas le bénéfice de la réhabilitation, s'il ne justifie que ces dettes sociales ont été intégralement payées. De même que le premier n'est point dispensé par le concordat qui lui a été consenti d'acquitter la totalité de ce qu'il devrait en l'absence du concordat, de même le deuxième, eût-il obtenu un concordat particulier, conformément à l'art. 531, n'en est pas moins soumis à la nécessité de justifier que les créanciers sociaux ont été pleinement désintéressés. Voilà évidemment le système raisonnable que consacre le nouvel art. 604.

Ce système existait déjà dans le projet présenté par le Gouvernement en 1834. Mais, en tant qu'il s'agit d'un associé qui a obtenu un concordat particulier, il fut attaqué à plusieurs reprises dans le cours de la discussion. En 1835, un député (1) proposa de remplacer la disposition du projet par la disposition suivante : « L'associé d'une maison de com- « merce tombée en faillite pourra obtenir sa réhabilitation, « si un concordat particulier lui a été consenti, et s'il justifie « qu'il a payé intégralement, en principal, intérêts et frais, « sa part proportionnelle dans toutes les dettes de la société. » Y avait-il là une idée juste, une idée acceptable? Il est de principe que celui qui est tenu solidairement avec d'autres doit être traité, dans ses rapports avec le créancier, comme s'il était seul débiteur : en conséquence, la disposition ainsi proposée pour former le 2e alinéa de l'art. 604 était véritablement en contradiction avec celle du 1er alinéa. Aussi l'amendement fut-il rejeté par la Chambre des députés. —

(1) M. Ducos.

La première Commission de la Chambre des pairs, dont le rapporteur était M. Tripier, corrigea dans le même sens, mais d'une manière moins radicale, le projet du Gouvernement. Elle proposa d'adopter les deux alinéas de l'article de ce projet, mais en ajoutant un 3e alinéa ainsi conçu : « Néanmoins, lorsque le concordat particulier contiendra une « clause expresse par laquelle les créanciers auront autorisé « cet associé à réclamer sa réhabilitation, en payant la part « des dettes sociales égale à la portion d'intérêt qu'il avait « dans la société, il pourra l'obtenir, en justifiant qu'il a fait « ce paiement avec des valeurs personnelles et étrangères à « l'actif social. » En définitive, la Chambre des pairs, dont la seconde Commission ne proposa plus de modification au système du Gouvernement, adopta purement et simplement l'article du projet de 1834. — Enfin l'amendement déjà présenté à la Chambre des députés en 1835 lui fut de nouveau présenté en 1838; mais elle le rejeta encore.

M. Bravard, de son côté, avait attaqué la disposition du 2e alinéa de l'art. 604. Il l'attaquait comme se rattachant, à titre de conséquence, au principe que, par cela seul qu'une société est déclarée en faillite, les associés solidaires se trouvent nécessairement en état de faillite (1). Le principe lui-même étant justifié, et j'ai cherché à démontrer qu'il est parfaitement exact (2), on comprend que la critique adressée à la conséquence ne peut avoir aucune valeur.

Cherchons maintenant comment devra être appliquée aux différentes hypothèses qui peuvent se présenter cette disposition du 2e alinéa de l'art. 604. Nous supposerons toujours la faillite d'une société en nom collectif. Il y avait trois associés pour parts égales, et Primus, l'un d'eux, a obtenu un concordat par lequel il lui est fait remise de 75 p. 100 : en pareille circonstance, à quelle condition l'associé Primus pourra-t-il se faire réhabiliter?

Si Primus n'a point de créanciers personnels, s'il parvient à désintéresser complètement les créanciers sociaux, il est

(1) *Examen comparatif*, p. 149 et suiv.
(2) T. V, p. 677 et suiv.

clair que sa réhabilitation ne peut souffrir aucune difficulté. Il en est encore de même si les créanciers sociaux ont été complètement désintéressés, non par Primus seul, mais par les trois associés, pourvu que Primus y ait contribué au moins pour la part qui lui incombe d'après l'art. 1214 du Code civil. — Mais *quid* si, Primus ayant payé, conformément à son concordat, 25 p. 100, les créanciers sociaux ont reçu de Secundus et de Tertius les 75 p. 100 qui leur restaient dus? En s'attachant exclusivement au texte du 2e alinéa de l'art. 604, il faudrait dire que Primus est en droit d'obtenir sa réhabilitation : car il peut justifier, je le suppose, que toutes les dettes de la société ont été intégralement acquittées en principal, intérêts et frais, et cette justification est précisément tout ce que le texte exige de lui. Je crois cependant que, dans cette situation, Primus ne devrait pas obtenir sa réhabilitation, et voici pourquoi :

J'admets bien qu'il n'est pas nécessaire que les créanciers sociaux aient été désintéressés exclusivement par l'associé Primus : décider le contraire serait évidemment commettre une injustice à l'encontre de Primus (1). Mais j'exige du moins que Primus ait contribué pour sa part (pour un tiers, dans l'espèce, ou même pour une fraction plus forte en cas d'insolvabilité d'un de ses associés) au paiement des dettes sociales : s'il n'y a pas contribué en proportion de la part qui lui incombe en vertu du droit commun, il reste débiteur de ses deux associés ou de l'un d'eux, et, par conséquent, d'après la règle même que pose le 1er alinéa de notre art. 604, il n'est pas digne d'être réhabilité. Restant débiteur de ses associés ou de l'un d'eux, c'est comme s'il n'avait pas intégralement payé une dette personnelle dont il était tenu au moment où a été rendu le jugement déclaratif; or, l'existence de cette dette personnelle suffirait certainement, quoique le 2e alinéa de notre art. 604 n'en dise rien, pour rendre impossible la réhabilitation.

(1) Les dettes sociales ont été intégralement payées du moment que Secundus et Tertius ont contribué à ce paiement pour une part quelconque, fût-ce seulement pour 1/20, pour une part bien inférieure à celle qu'ils devaient supporter en définitive, Primus se trouverait à tout jamais dans l'impossibilité d'obtenir sa réhabilitation! Un pareil résultat n'a pas besoin d'être réfuté.

En un mot, le 2e alinéa de l'art. 604 n'est autre chose qu'une sorte d'explication ou de développement du principe posé dans le 1er; ce n'est certes pas une restriction apportée à ce principe, et la disposition du 1er alinéa s'oppose manifestement à ce qu'un failli puisse être réhabilité tant que les sommes par lui dues, soit purement et simplement, soit même conditionnellement, lors de la déclaration de faillite, n'ont pas été intégralement acquittées (1).

— En résumé, pour qu'un failli puisse être réhabilité, il faut et il suffit qu'il ne doive plus rien, que ses créanciers aient été complétement désintéressés soit par lui-même, soit pour partie par ceux qui étaient tenus solidairement avec lui. Le projet présenté par le Gouvernement en 1834 exigeait quelque chose de plus : il fallait que le tribunal de commerce, en accordant l'homologation du concordat, ou en prononçant sur l'excusabilité du failli, ou en prononçant la clôture des opérations de la faillite pour insuffisance de l'actif, eût expressément déclaré le failli susceptible d'être réhabilité (2). Ce système fut vivement attaqué par M. Bravard :

(1) La doctrine qui vient d'être exposée est admise par MM. Lyon-Caen et Renault, t. II, nº 3131. Elle paraît bien être, au fond, celle de M. Bédarride. Mais cet auteur s'est laissé aller, au moins dans la forme, à une singulière contradiction. En effet, il commence par dire (t. III, nº 1313) : « L'associé en nom collectif, qui veut se faire réhabiliter, est « obligé d'acquitter toutes les dettes de la société... » Nous serions autorisés à en conclure d'abord que, si les dettes de la société avaient été payées par un associé pour les 9/10, et par un autre pour 1/10, le premier, pas plus que le second, ne pourrait obtenir sa réhabilitation; et, de même, que si elles avaient été payées par deux associés, chacun pour moitié, aucun d'eux n'aurait droit à la réhabilitation. C'est évidemment aller au delà de ce qu'exige le texte. D'ailleurs, M. Bédarride lui-même s'empresse d'ajouter (nº 1314) : « Si, après la réhabilitation de l'un des « associés, un second voulait l'acquérir, il ne pourrait l'obtenir qu'en « justifiant qu'il a désintéressé le premier dans les proportions établies « par les art. 1213 et 1214 du Code civil. » Qu'importe que la dette ait été, dans le principe, payée par un seul associé, qu'un autre est venu ensuite rembourser pour sa part, ou que, dès le principe, deux associés l'aient payée tout entière chacun pour moitié? La seule différence, c'est que dans un cas le droit à la réhabilitation n'est acquis que successivement par les deux associés, tandis que dans l'autre les deux associés y ont eu droit au même instant.

(2) Voy., dans le projet adopté en 1835 par la Chambre des députés, les art. 517, 536 et 540.

« Le nouveau projet, disait M. Bravard, admet à la réha-
« bilitation le banqueroutier simple lui-même, qui a subi sa
« peine; or, je le demande, serait-il conséquent de refuser le
« bénéfice de la réhabilitation au simple failli parce qu'il
« n'aurait pas été déclaré excusable et susceptible de réhabi-
« litation, et de l'accorder au banqueroutier? N'excluant pas
« le banqueroutier simple, on ne peut pas, évidemment, sans
« inconséquence, exclure le failli, qui, pur de tout fait de
« fraude ou d'inconduite, n'a contre lui que de n'avoir pas
« été trouvé exempt de tout reproche, et qui paie loyalement
« tous ses créanciers.

« ...Il faut donc effacer du nouveau projet les dispositions
« portant que le tribunal déclarera si le failli est *susceptible*
« *d'être réhabilité* ou ne l'est pas. Il faut les en effacer : car,
« d'un côté, si le tribunal déclarait que le failli n'est pas sus-
« ceptible d'être réhabilité, il y aurait une contradiction cho-
« quante à l'admettre plus tard à la réhabilitation; et cepen-
« dant, d'un autre côté, puisqu'on admet à la réhabilitation
« le banqueroutier lui-même, qui ne peut jamais être déclaré
« excusable (1), on ne peut pas, sans tomber dans la plus
« grossière des inconséquences, en exclure le simple failli,
« qu'il ait été ou non déclaré susceptible d'être réhabilité (2). »

La critique de M. Bravard a été prise en considération par le législateur. La règle que consacre la loi de 1838, c'est qu'en général tout failli qui a désintéressé ses créanciers peut obtenir sa réhabilitation, et qu'il n'est pas nécessaire pour cela que le tribunal de commerce l'ait d'avance déclaré susceptible d'être réhabilité (3).

(1) Cette observation est présentée en termes trop absolus : elle n'est vraie qu'en ce qui concerne le *banqueroutier simple qui serait en état de récidive*. En effet, le projet que M. Bravard avait sous les yeux contenait les deux dispositions suivantes : *Ne pourront être déclarés excusables les banqueroutiers simples qui seraient en état de récidive* (art. 538); — *Pourra être admis à la réhabilitation le banqueroutier simple qui aura subi la peine à laquelle il aura été condamné* (art. 612).

(2) *Examen comparatif*, p. 148 et 149.

(3) Ainsi l'art. 517 du projet comprenait les deux dispositions suivantes : « En cas d'inobservation des règles ci-dessus prescrites, ou lors-
« que des motifs tirés soit de l'intérêt public, soit de l'intérêt des créan-
« ciers, paraîtront de nature à empêcher le concordat, le tribunal en refu-

— Il y a certains faillis qui, par exception, ne peuvent jamais être réhabilités : eussent-ils intégralement désintéressé leurs créanciers, ils restent indignes, aux yeux de la loi, d'obtenir le bénéfice de la réhabilitation. Quels sont ces faillis? Le nouvel art. 612 du Code de commerce en contient la liste : « Ne seront point admis à la réhabilitation, dit cet « article, les banqueroutiers frauduleux, les personnes « condamnées pour vol, escroquerie ou abus de confiance, « les stellionataires, ni les tuteurs, administrateurs ou « autres comptables qui n'auront pas rendu et soldé leurs « comptes » (1). L'article ajoute : « Pourra être admis à la

« sera l'homologation. — S'il accorde l'homologation, le tribunal pourra « déclarer le failli excusable, et susceptible d'être réhabilité aux condi- « tions exprimées au Titre ci-après *De la réhabilitation.* » De ces deux dispositions, la dernière a complètement disparu, l'autre est devenue l'art. 515 de la loi nouvelle.

De même, l'art. 536 du projet était ainsi conçu : « Le juge-commissaire « présentera au tribunal la délibération des créanciers relative à l'excu- « sabilité du failli, et un rapport sur les caractères et les circonstances « de la faillite. Le tribunal prononcera si le failli est, ou non, excusable « et susceptible d'être réhabilité. » Ceci est devenu l'art. 538 de la loi nouvelle, sauf les derniers mots : *et susceptible d'être réhabilité*, qui ont été supprimés.

Enfin l'art. 540 du projet disait : « Aucun débiteur commerçant ne sera « recevable à demander son admission au bénéfice de cession de biens. « — Dans le cas prévu par l'art. 525 (devenu, dans la loi, l'art. 527), le « jugement qui prononcera la clôture des opérations de la faillite décla- « rera si le failli est, ou non, excusable et susceptible d'être réhabilité... » Cette dernière disposition n'a point passé dans la loi.

Il est donc incontestable que le système du projet relativement aux conditions de la réhabilitation a été, en définitive, assez gravement modifié par le législateur.

(1) Une énumération presque semblable se trouvait déjà dans l'art. 612 du Code de 1808. Le législateur de 1838 a seulement modifié en deux points la disposition de cet ancien art. 612 : 1° L'ancien texte ne parlait pas des *personnes condamnées pour abus de confiance*, la loi nouvelle les met sur la même ligne que les *personnes condamnées pour vol ou pour escroquerie ;* — 2° L'ancien texte parlait de personnes comptables qui n'auront pas *rendu ou apuré leurs comptes*, la loi nouvelle parle de comptables qui n'auront pas *rendu et soldé leurs comptes*. Du reste, le comptable qui n'a pas rendu et soldé ses comptes paraît exclu, par la règle même que pose l'art. 604, du bénéfice de la réhabilitation : car on ne peut pas dire qu'il ait intégralement acquitté, en principal, intérêts et frais, toutes les sommes par lui dues. — Les comptables, en général (sauf les comptables de deniers publics), peuvent être déclarés excusables. Comp. le nouvel art. 540.

« réhabilitation le banqueroutier simple qui aura subi la « peine à laquelle il aura été condamné » (1).

La loi me paraît trop sévère, en tant que, d'une manière absolue, elle exclut les *stellionataires* du bénéfice de la réhabilitation. En effet, on peut comprendre qu'elle mette sur la même ligne que les personnes condamnées pour vol, pour escroquerie ou pour abus de confiance, le stellionataire de mauvaise foi, qui a commis un véritable mensonge pour tromper son acheteur ou son créancier (C. civ., art. 2059). Mais supposons un mari ou un tuteur qui hypothèque un immeuble à lui appartenant, sur lequel inscription n'a pas été prise pour la femme ou pour le mineur, et qui ne songe pas à déclarer à son créancier l'existence de l'hypothèque légale (C. civ., art. 2136) : est-il possible d'admettre raisonnablement que, si ce mari ou ce tuteur, ayant fait faillite, est ensuite parvenu à désintéresser intégralement tous ses créanciers, il doit néanmoins lui être interdit à perpétuité de prétendre au bénéfice de la réhabilitation?

Le failli qui a été condamné par un tribunal criminel comme banqueroutier frauduleux, comme coupable de vol, d'escroquerie ou d'abus de confiance, peut bien être réhabilité *en tant que condamné*, aux conditions réglées par le Code d'instruction criminelle (2). Mais, même après avoir été ainsi réhabilité, il reste incapable d'obtenir sa réhabilitation *en tant que failli*. Il ne peut y avoir à cet égard aucune espèce de doute, en présence du nouvel art. 634 du Code d'instruction criminelle, dont le deuxième alinéa s'exprime ainsi : « Les interdictions prononcées par l'art. 612 du Code de « commerce sont maintenues, nonobstant la réhabilitation « obtenue en vertu des dispositions qui précèdent. » On ne peut donc s'expliquer que par la plus étrange distraction le passage suivant que contient la troisième édition du *Traité des faillites et banqueroutes* de M. Renouard :

(1) Cette dernière disposition était déjà dans le Code de 1808, où elle formait l'art. 613. — L'individu condamné pour banqueroute simple, qui a, non pas *subi sa peine*, mais *obtenu des lettres de grâce*, ne pourrait pas, d'après le texte, en réclamer le bénéfice.

(2) Voy. les art. 619 et 623 (ci-dessus, p. 164, note 2).

« Les condamnations pour crime de banqueroute fraudu-
« leuse, pour délit de banqueroute simple, pourront être sui-
« vies de réhabilitation. Cette réhabilitation effacera les con-
« séquences de ces condamnations et relèvera des incapacités
« qui y sont attachées; elle n'effacera pas la faillite, elle ne
« relèvera pas des incapacités attachées à l'état de failli. La
« réhabilitation commerciale, poursuivie et prononcée con-
« formément à la loi commerciale de 1838, demeure néces-
« saire pour que le failli cesse de l'être et soit rendu à la capa-
« cité dont la faillite l'a privé. — La nouvelle rédaction de
« l'art 623 du Code d'instruction criminelle exige du con-
« damné pour banqueroute frauduleuse, s'il veut obtenir sa
« réhabilitation pénale, qu'il justifie du paiement du passif
« de la faillite, en capital, intérêts et frais, ou de la remise qui
« lui en aura été faite. Pour qu'il obtienne sa réhabilitation
« commerciale, la remise à lui faite de tout ou partie de sa
« dette n'est point prise en considération; l'art. 604 du Code
« de commerce reste en vigueur et ne se contente que d'un
« paiement intégral (1). »

Si je comprends la langue française, il résulte clairement de ce passage que sans doute le banqueroutier frauduleux qui a obtenu sa réhabilitation *pénale* n'est point par cela même réhabilité *commercialement*, mais qu'il peut très bien l'être en se conformant aux art. 604 et suiv. du Code de commerce. Or, le nouvel art. 634 du Code d'instruction criminelle décide, aussi formellement que possible, que le banqueroutier frauduleux qui a obtenu sa réhabilitation *pénale* reste sous le coup de l'art. 612 du Code de commerce, c'est-à-dire demeure à tout jamais incapable d'obtenir sa réhabilitation *commerciale*. Et l'erreur de M. Renouard est d'autant plus extraordinaire que le passage que je viens de reproduire est immédiatement suivi (2) du texte de cet art. 634, qui le contredit de la manière la plus manifeste (3).

(1) T. II, p. 501.
(2) Même p. 501.
(3) Du reste, cette disposition de l'art. 634 a été l'objet de très vives critiques. M. Bédarride (t. III, n° 1330 *bis*) la considère « comme enta-

De même que certains faillis sont, comme nous venons de le voir, exclus du bénéfice de la réhabilitation *commerciale*, de même, avant la loi du 14 août 1885, certains condamnés pour crime ou pour délit étaient exclus du bénéfice de la réhabilitation *pénale*. Mais ce ne sont pas les mêmes causes qui rendaient indigne de l'une et de l'autre réhabilitation (1).

— L'existence actuelle du failli n'est pas une condition nécessaire pour que sa réhabilitation *commerciale* puisse être prononcée. On le décidait ainsi sous l'empire du Code de 1808, bien qu'il fût muet à cet égard (2). Aujourd'hui le nouvel art. 614 dit positivement que « le failli pourra être « réhabilité après sa mort » (3).

« chée d'une sévérité d'autant plus regrettable qu'elle ne saurait se jus-« tifier d'une manière plausible, qu'elle méconnaît le caractère de la « réhabilitation *civile* (c'est-à-dire *après condamnation*), qu'elle n'est un « danger que pour les créanciers. »

Voici également ce que je lis dans l'ouvrage de MM. Lyon-Caen et Renault (t. II, p. 908, note 2) : « Beaucoup de personnes trouvent qu'il « est d'une excessive rigueur de refuser la réhabilitation *commerciale* « aux faillis condamnés pour une des causes énumérées dans l'art. 612. « Le projet de loi (sur la faillite et la liquidation judiciaire) soumis à la « Chambre des députés en 1884, tenant compte de cette critique, admet-« tait expressément, dans son art. 605, que les faillis qui ne peuvent pas, « en principe, obtenir leur réhabilitation *commerciale*, peuvent exception-« nellement l'obtenir après leur réhabilitation *pénale*. Cependant la nou-« velle loi du 14 août 1885 reproduit l'art. 634, 2e alinéa, du Code d'instruc-« tion criminelle. »

(1) Il résultait de l'art. 634 du Code d'instruction criminelle, rectifié par la loi du 3 juillet 1852 : 1° que l'individu, condamné pour crime, qui avait commis un second crime et subi une nouvelle condamnation à une peine afflictive ou infamante, ne pouvait être admis à la réhabilitation ; 2° que le condamné qui, après avoir obtenu sa réhabilitation, avait encouru une nouvelle condamnation, n'était plus admis à se prévaloir de la réhabilitation par lui obtenue et ne pouvait pas se faire de nouveau réhabiliter.

La loi du 14 août 1885 a remplacé ces dispositions par les suivantes : « Les individus qui sont en état de récidive légale, ceux qui, après avoir « obtenu la réhabilitation, auront encouru une nouvelle condamnation, « ne seront admis au bénéfice des dispositions qui précèdent qu'après « un délai de dix années écoulées depuis leur libération. — Néanmoins, « les récidivistes qui n'auront subi aucune peine afflictive ou infamante, « et les réhabilités qui n'auront encouru qu'une condamnation à une « peine correctionnelle, seront admis au bénéfice des dispositions qui « précèdent après un délai de six années écoulées depuis leur libération. »

(2) C'est ce que dit M. Renouard, dans son *rapport* à la Chambre des députés.

(3) Cette disposition n'a plus aujourd'hui la même importance qu'au-

§ II. — De la procédure a suivre pour obtenir la réhabilitation.

Avant la Révolution, la *réhabilitation dans la bonne fame et renommée* était considérée comme dépendant de la puissance du souverain et par conséquent comme ne pouvant avoir lieu qu'en vertu de lettres du grand sceau. « C'est en conformité « de cette maxime, dit Merlin (1), que, par arrêt du 24 avril « 1723, le Conseil a cassé deux arrêts du Parlement de Tou- « louse, des 21 août et 26 septembre 1722, en ce qu'*ils avaient* « *rétabli François Couste, marchand à Montpellier, en sa bonne* « *renommée et en tous les honneurs, privilèges et avantages dont il* « *était en droit de jouir avant le contrat d'atermoiement par lui* « *passé avec ses créanciers;* et il a été fait défense à cette Cour « de rendre de semblables arrêts à l'avenir (2). »

D'après l'art. 394 du projet de Code de commerce présenté aux Consuls le 13 frimaire an X, le tribunal de commerce devait prononcer, contradictoirement avec le Commissaire du Gouvernement, sur la demande en réhabilitation. La Cour d'appel de Paris voulait que le tribunal civil fût substitué au tribunal de commerce. Au Conseil d'État, on proposa le système trefois. En effet, comme nous le verrons bientôt, en traitant des effets de la réhabilitation, il résultait d'un article de la Constitution de l'an VIII, resté en vigueur jusqu'en 1848, que l'héritier immédiat d'un failli non réhabilité était frappé d'incapacité politique comme le failli lui-même; aujourd'hui, au contraire, l'incapacité atteint le failli seulement, et non son héritier.

(1) *Répertoire,* v° *Réhabilitation,* § II.

(2) L'individu condamné à une peine infamante se faisait également réhabiliter par lettres du grand sceau. *Sa Majesté,* disaient ces lettres, *veut que, pour les condamnations prononcées contre l'impétrant, il ne lui soit imputé aucune incapacité ou note d'infamie, et qu'il puisse posséder ou exercer toutes sortes d'offices.* L'arrêt ou le jugement en dernier ressort qui avait condamné l'impétrant devait être attaché sous le contre-scel des lettres de réhabilitation. Voy. l'Ordonnance criminelle du mois d'août 1570, Titre XVI.

Le Code pénal de 1791 abolit l'usage des lettres de réhabilitation, et décida que la réhabilitation serait prononcée par le tribunal criminel du département, sur l'attestation et la demande du conseil général de la commune (voy. le Titre VII de la 1re partie).

suivant : « La demande en réhabilitation sera présentée au chef du Gouvernement, par l'intermédiaire du grand juge ministre de la justice; le grand juge renverra la pétition, s'il y a lieu, au procureur général de la Cour d'appel dans le ressort de laquelle le pétitionnaire est domicilié; la décision de la Cour sera adressée au grand juge, qui en fera le rapport au chef du Gouvernement, pour être statué par lui en Conseil d'État. » Après une discussion très vive, le Conseil d'État arrêta en principe que les demandes en réhabilitation seraient renvoyées aux Cours d'appel, lesquelles prononceraient définitivement. C'est le système qui a passé dans le Code et qui a été maintenu en 1838 (1).

Voyons maintenant en détail quelle est la marche à suivre, la procédure prescrite par la loi, pour arriver à faire prononcer la réhabilitation. Nous trouvons à cet égard, dans la loi commerciale, des dispositions qui en général ne peuvent donner lieu à aucune difficulté et qui pourraient même se passer de tout commentaire.

« Toute demande en réhabilitation, dit d'abord l'art. 605, « sera adressée à la Cour d'appel dans le ressort de laquelle « le failli sera domicilié. Le demandeur devra joindre à sa « requête les quittances et autres pièces justificatives (2). » — Le failli qui veut obtenir sa réhabilitation, n'ayant point d'adversaire déterminé, procède par voie de requête. La requête qu'il adresse à la Cour d'appel doit être signée par un avoué (3). — Quelles sont les *pièces justificatives*, autres

(1) Au contraire, en matière criminelle, jusqu'à la loi du 14 août 1885, la Cour d'appel donnait seulement son avis sur la demande en réhabilitation; et, quand cet avis était favorable, le chef de l'État pouvait accorder des lettres de réhabilitation. Cela était déjà dans le Code d'instruction criminelle de 1808, et le même principe avait été consacré par la loi du 3 juillet 1852. Mais aujourd'hui, aux termes du nouvel art. 628, « la Cour, « le procureur général et la partie ou son conseil entendus, statue sur la « demande ».

(2) Même disposition dans les art. 604 et 605 du Code de 1808.

En matière criminelle, le condamné adresse sa demande en réhabilitation au procureur de la République de l'arrondissement où il a son domicile. Voy. l'art. 622 du Code d'instruction criminelle.

(3) L'art. 414 du Code de procédure dit bien que la procédure devant les tribunaux de commerce se fait sans le ministère d'avoués; mais devant les Cours d'appel, même en matière de commerce, le ministère

que *quittances,* dont parle l'art. 605 *in fine?* Ce sont, par exemple, des pièces établissant que le failli se trouve complètement libéré envers un de ses créanciers par l'effet d'une *compensation* : évidemment, quand il y a eu compensation, c'est comme si le failli avait payé. Dites-en autant de pièces établissant que le failli a succédé à l'un de ses créanciers et qu'il se trouve complètement libéré par *confusion* (1).

Quelles mesures vont maintenant être prises pour permettre à la Cour d'appel de statuer en parfaite connaissance de cause sur la demande en réhabilitation dont elle est saisie? Voici ce que nous lisons à cet égard dans l'art. 606 : « Le « procureur général près la Cour d'appel, sur la communi- « cation qui lui aura été faite de la requête, en adressera des « expéditions certifiées de lui au procureur de la République « et au président du tribunal de commerce du domicile du « demandeur, et si celui-ci a changé de domicile depuis la « faillite, au procureur de la République et au président du « tribunal de commerce de l'arrondissement où elle a eu lieu, « en les chargeant de recueillir tous les renseignements qu'ils « pourront se procurer sur la vérité des faits exposés (2). » — Sur cet article, je me bornerai à remarquer que les renseignements demandés au procureur de la République et au président du tribunal de commerce portent seulement sur la vérité des faits exposés dans la requête, c'est-à-dire sur le point de savoir si le failli demandeur a bien réellement acquitté, en

des avoués est toujours obligatoire (voy. l'art. 648 du Code de commerce).

(1) Supposons un failli, resté débiteur de 20,000 francs envers Paul ; il succède à Paul pour moitié, et les valeurs auxquelles il a droit *jure successionis* dépassent certainement ce qu'il devra fournir à son cohéritier : peut-il obtenir sa réhabilitation avant même d'avoir fait un paiement effectif ou d'avoir subi dans le partage avec son cohéritier un rapport en moins prenant? La Cour de Pau, par son arrêt du 19 avril 1853, a décidé, contrairement aux conclusions du procureur général, qu'il ne le peut pas (Dev.-Car., 53, 2, 489). Cette décision peut paraître bien rigoureuse; mais il faut convenir qu'elle est parfaitement d'accord avec le texte de la loi. Tant qu'il n'y a pas eu paiement effectif ou rapport en moins prenant, le failli n'est pas libéré de toute sa dette : dans l'espèce, la confusion l'avait seulement libéré de moitié.

(2) C'est la reproduction presque littérale de l'ancien art. 606.

principal, intérêts et frais, toutes les sommes par lui dues (1).

Comment s'y prendront le procureur de la République et le président du tribunal de commerce pour recueillir les renseignements qu'on leur demande? Le meilleur moyen est de donner une grande publicité à la requête du failli et d'admettre les parties intéressées à former opposition. « A « cet effet, dit l'art. 607, à la diligence tant du procureur de « la République que du président du tribunal de commerce, « copie de ladite requête restera affichée pendant un délai de « deux mois, tant dans les salles d'audience de chaque tri- « bunal qu'à la Bourse et à la maison commune, et sera « insérée par extrait dans les papiers publics. » Et l'art. 608 ajoute : « Tout créancier qui n'aura pas été payé intégrale- « ment de sa créance en principal, intérêts et frais, ou toute « autre partie intéressée, pourra, pendant la durée de l'affiche, « former opposition à la réhabilitation, par simple acte au « greffe, appuyé des pièces justificatives. Le créancier oppo- « sant ne pourra jamais être partie dans la procédure de « réhabilitation (2). » Ainsi, le droit de former opposition appartient d'abord à tout créancier non complètement payé par le failli; il appartient, de plus, à *toute autre partie intéressée*. Que signifient ces derniers mots? Je crois que la partie inté-

(1) Il en est tout autrement quand il s'agit de la demande en réhabilitation formée par un condamné. Avant la loi du 14 août 1885, le procureur de la République, à qui la demande avait été adressée, provoquait, par l'intermédiaire du sous-préfet, des attestations, délibérées par les conseils municipaux des communes où le condamné avait résidé, faisant connaître la durée de sa résidence dans chaque commune, sa conduite pendant la durée de son séjour, ses moyens d'existence pendant le même temps. Aujourd'hui, aux termes du nouvel art. 624 du Code d'instruction criminelle, « le procureur de la République provoque des attesta- « tions des maires des communes où le condamné a résidé, faisant con- « naître : 1° la durée de sa résidence dans chaque commune, avec « indication du jour où elle a commencé et de celui où elle a fini; 2° sa « conduite pendant la durée de son séjour; 3° ses moyens d'existence pen- « dant le même temps. — Ces attestations doivent contenir la mention « expresse qu'elles ont été rédigées pour servir à l'appréciation de la « demande en réhabilitation. — Le procureur de la République prend, « en outre, l'avis des juges de paix des cantons et celui des sous-préfets « des arrondissements où le condamné a résidé. »

(2) Au fond, ces deux articles ne sont que la reproduction des anciens art. 607 et 608.

ressée dont parle la loi est toujours un créancier ; et cela est d'accord avec la dernière phrase de l'art. 608 : *Le créancier opposant ne pourra jamais être partie*, etc. En effet, il n'est pas possible d'admettre qu'il existe des opposants non-créanciers qui, à la différence des créanciers opposants, pourraient être parties dans la procédure. L'opposant est donc toujours un créancier du failli : si ce créancier n'a pas été complètement payé, on voit sur quoi sera fondée son opposition ; s'il a été complètement payé, il peut dire que la réhabilitation n'est pas possible, parce que le failli se trouve dans l'un des cas prévus par l'art. 612 (1).

La loi veut que l'opposition soit formée *par simple acte au greffe*. Et l'on a jugé, avec raison, qu'une simple lettre, adressée par un créancier au président du tribunal de commerce ne constituerait pas une opposition valable en la forme (2).

Il résulte de l'art. 608 que l'opposition peut être formée *pendant la durée de l'affiche;* et comme, aux termes de l'art. 607, l'affiche reste apposée pendant un délai de deux mois, on pourrait croire qu'aucune opposition n'est plus recevable après l'expiration de ce délai. Mais tel ne paraît pas être le sens de l'art. 608. Cet article n'a rien de restrictif, et, tant que la Cour n'a pas statué, elle doit évidemment accueillir tous renseignements qui tendent à démontrer que le failli n'est pas dans les conditions exigées par la loi pour pouvoir être réhabilité. Comme le dit la Cour de Pau dans son arrêt, déjà cité, du 19 avril 1853, « en droit, le délai dont « parle l'art. 608, pour l'exercice de la faculté qu'il accorde à « tout créancier non payé et à toute autre personne intéressée, « n'est pas de rigueur : ainsi l'opposition peut encore être « reçue après l'expiration des deux mois pendant lesquels la « demande en réhabilitation doit être affichée... » (3).

L'ancien art. 608 se terminait par la disposition suivante :

(1) Voy., en ce sens, M. Bédarride, t. III, n° 1321 ; MM. Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 3106.

(2) Arrêt de la Cour d'Orléans, du 10 juillet 1884, cité par MM. Lyon-Caen et Renault (t. II, p. 909, note 3).

(3) Dev.-Car., 53, 2, 489.

« Le créancier opposant ne pourra jamais être partie dans la « procédure tenue pour la réhabilitation, sans préjudice « toutefois de ses autres droits. » Cette disposition paraît avoir été adoptée par le Conseil d'État sous l'empire de deux idées différentes, l'une favorable au failli, l'autre favorable à l'opposant. En effet, d'une part, voici ce que je lis dans le procès-verbal de la séance du 5 mai 1807 :

« Suivant M. DEFERMON, pour que la condition du paiement intégral ne soit pas éludée il est nécessaire que la réhabilitation soit prononcée contradictoirement avec les créanciers.

« M. l'ARCHICHANCELIER dit qu'il admettrait la réhabilitation contradictoire et qu'il exigerait même l'affirmation du créancier, s'il n'était à craindre que des créanciers de mauvaise foi ne fissent acheter leur consentement quoiqu'ils fussent payés. — Peut-être serait-il mieux de charger la Cour d'appel de vérifier la réalité des paiements...

« M. l'ARCHICHANCELIER dit qu'il ne faut pas rendre la réhabilitation facile, mais qu'aussi on ne peut l'entourer de formes qui la rendent trop difficile, sans tomber dans l'inconvénient d'ôter toute espérance au failli et de l'accoutumer à la honte par le désespoir de l'effacer. — M. l'ARCHICHANCELIER voudrait que la demande en réhabilitation ne fût pas introduite contradictoirement avec les créanciers, mais qu'on accordât à la Cour d'appel un pouvoir discrétionnaire pour vérifier les faits...

« La proposition de M. l'archichancelier est adoptée » (1).

Mais, d'autre part, dans le procès-verbal de la séance du 12 mai 1807 je trouve ce qui suit :

« M. REGNAUD (de Saint-Jean d'Angely) pense que, si on renvoie la réhabilitation aux tribunaux, il faut supprimer les oppositions. Il n'en serait pas formé : car personne n'aime à plaider, et l'on évite souvent les procès dans lesquels le succès même ne sert pas l'intérêt du demandeur. On pourrait donc substituer aux oppositions une forme qui n'obligerait

(1) Son idée était évidemment d'empêcher que la réhabilitation ne fût trop difficile, trop pénible pour le failli, et, par exemple, d'empêcher que le failli ne se trouvât trop complètement à la discrétion de créanciers de mauvaise foi.

pas les réclamants à se mettre en cause : il suffirait qu'ils remissent copie de leur titre au procureur général ; ce magistrat prendrait des renseignements et agirait d'office. »

Le rédacteur de l'art. 608 a fait droit tout à la fois à l'observation de l'archichancelier et à celle de Regnaud (de Saint-Jean d'Angely). La personne qui forme opposition ne sera point partie dans la procédure : elle se borne à déposer au greffe un simple acte, appuyé des pièces justificatives. De cette manière, on évite un double inconvénient, savoir : d'un côté, l'inconvénient qu'il pourrait y avoir à ce qu'un créancier animé de sentiments hostiles contre le failli vînt devant le Cour, dans un débat contradictoire, lutter avec acharnement contre une demande en réhabilitation parfaitement fondée, et, d'un autre côté, le danger qu'un créancier en état d'éclairer la justice sur la véritable position du failli ne reculât souvent devant la nécessité où il serait de venir plaider, de venir jouer un rôle actif dans une instance judiciaire.

Le législateur de 1838 a bien reproduit cette disposition : « Le créancier opposant ne pourra jamais être partie dans la « procédure de réhabilitation. » Il a seulement supprimé les derniers mots de l'ancien art. 608 : *sans préjudice toutefois de ses autres droits*. Pourquoi cette suppression ? Ici je ne puis certainement mieux faire que de laisser parler M. Renouard :

« Ces derniers mots, dit M. Renouard (1), étaient inexacts : « car ils semblaient priver les créanciers d'un de leurs droits, « en leur conservant les autres. Ils étaient hors de place, « jetés dans un Titre étranger au règlement des droits des « créanciers. Ils étaient superflus : car ils exprimaient une « réserve trop évidente par elle-même pour avoir besoin « d'être écrite. La loi, en confiant à l'autorité judiciaire la « déclaration solennelle de la libération du failli, ouvre « préalablement une enquête pour laquelle elle rassemble « tous les éléments de vérification et de notoriété. Elle « n'appelle pas directement et individuellement les créan- « ciers; elle les provoque, non pas à faire valoir leurs droits,

(1) T. II, p. 518.

« mais à porter témoignage en cas de non-extinction de leur « créance. L'arrêt de réhabilitation ne juge rien; il n'opère « pas la libération, il la proclame. Le créancier à l'opposition « duquel on ne s'est pas arrêté conserve tous ses droits. Celui « qui n'a pas jugé à propos de former opposition peut attirer « sur la légitimité de son titre des soupçons qu'on lui oppo- « sera plus tard; mais il n'encourt aucune forclusion. »

— Lorsque l'extrait de la requête à fin de réhabilitation sera resté affiché pendant le temps voulu, qu'y aura-t-il à faire? « Après l'expiration de deux mois, dit l'art. 609, le « procureur de la République et le président du tribunal de « commerce transmettront, chacun séparément, au procu- « reur général près la Cour d'appel, les renseignements qu'ils « auront recueillis et les oppositions qui auront pu être « formées; ils y joindront leurs avis sur la demande (1). »

Deux questions principales peuvent se présenter à propos de cet art. 609 :

D'abord on peut se demander à quoi s'appliquent, sur quoi portent, les renseignements recueillis par le procureur de la République et par le président du tribunal de commerce, ainsi que l'avis personnel des mêmes magistrats, renseignements et avis qu'ils doivent transmettre au procureur général. S'agit-il d'éclairer le procureur général sur la réputation, sur la moralité du failli? Non : le procureur général n'a point besoin d'être éclairé à cet égard, attendu, comme nous le verrons bientôt, que la Cour, pour savoir si elle doit admettre ou rejeter la demande en réhabilitation, doit exclusivement s'attacher à cette circonstance : Le failli a-t-il, ou n'a-t-il pas, complètement désintéressé ses créanciers? Il en était déjà ainsi sous l'empire du Code de 1808. Aujourd'hui cela est encore plus certain, s'il est possible, le législateur ayant

(1) L'ancien art. 609 s'exprimait de même. Seulement, il voulait que le procureur du Roi et le président du tribunal de commerce transmissent au procureur général, indépendamment des renseignements par eux recueillis et des oppositions qui avaient pu être formées, *les connaissances particulières qu'ils auraient sur la conduite du failli.*

Quand il s'agit de la réhabilitation d'un condamné, le procureur de la République à qui la demande a été adressée transmet son avis au procureur général (C. d'instr. crim., art. 625 *in fine*).

supprimé dans l'art. 609 des expressions qui avaient quelque chose d'équivoque (1). Le principe ressort, d'ailleurs, du texte même de l'art. 606, comme nous l'avons déjà remarqué (2).

Une autre question qui peut être examinée à propos de l'art. 609, c'est de savoir si le procureur général a le droit de chercher à s'éclairer autrement qu'à l'aide des renseignements et des avis qui lui sont adressés conformément à la prescription de cet article, par exemple en suivant lui-même une enquête; et, une fois admis qu'il en a le droit, si du moins les procès-verbaux dressés, ainsi que les conclusions écrites par lesquelles le ministère public combat la demande en réhabilitation, ne doivent pas être communiqués au failli. La question s'est présentée dans la pratique. En premier lieu, si nous supposons que le procureur général ne se trouve pas suffisamment éclairé par les renseignements et par les avis qu'ont dû lui transmettre le procureur de la République et le président du tribunal de commerce, je ne comprends pas sur quoi l'on se fonderait sérieusement pour dire qu'il n'a pas le droit de recourir à d'autres moyens d'information. Sans doute, il doit toujours consulter les renseignements et les avis qui lui sont transmis par application de notre art. 609, et la plupart du temps il obtiendra ainsi des lumières suffisantes pour mettre la Cour d'appel à même de statuer en parfaite connaissance de cause. Mais enfin, si le procureur général a encore des doutes, comme après tout l'essentiel est que la réhabilitation soit accordée lorsque réellement les créanciers ont été désintéressés, et qu'elle soit refusée lorsqu'ils ne l'ont pas été, le procureur général peut parfaitement employer tous les moyens d'information qui lui paraîtront les plus propres à amener la découverte de la vérité. Ce premier point ne me paraît pas susceptible de faire difficulté (3).

(1) Voy. la note précédente.

(2) Voy. ci-dessus, p. 177.

(3) Un arrêt de la Cour de Paris, du 27 juin 1857, qui déclarait mal fondée une demande en réhabilitation, a été attaqué devant la Cour de cassation par le motif qu'il avait considéré comme régulières les infor-

Maintenant, le failli n'a-t-il pas le droit d'obtenir communication, avant l'arrêt qui va statuer sur sa demande, d'abord des pièces et documents qui ont pu contribuer à former l'opinion du procureur général, et puis surtout des conclusions écrites de ce magistrat? C'est ici un point beaucoup plus délicat, et sur lequel la jurisprudence ne s'est pas encore prononcée d'une manière bien nette. Voici, en effet, par quels motifs la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt déjà cité de la Cour de Paris du 27 juin 1857 :

« Quant au moyen fondé sur ce qu'il y aurait eu violation « des art. 606, 608 et 609 du Code de commerce, 75 et suiv. « et 256 du Code de procédure, 302 et 305 du Code d'instruc- « tion criminelle, et violation du principe du droit de la « défense : — Attendu que, lorsqu'une demande en réhabili- « tation est formée par un failli, la loi charge le ministère « public de contrôler la demande et de vérifier les allégations « du demandeur, mais que, dans ce cas, le procureur général « ne procède pas par voie d'instruction judiciaire ; qu'au con- « traire, l'art. 606 du Code de commerce, en donnant à ce « magistrat la mission de prendre des renseignements sur la « vérité des faits allégués par le demandeur en réhabilitation, « indique clairement qu'il s'agit d'une information purement « confidentielle, dont aucune disposition légale ne prescrit la « communication au failli ; — Attendu, d'ailleurs, qu'il est « constaté en fait, par l'arrêt attaqué, que G... a été informé « par le conseiller rapporteur que les conclusions du minis- « tère public lui seraient contraires, et qu'il a été en mesure « de donner les explications nouvelles que pouvaient néces- « siter les renseignements transmis à la Cour... » (1).

Je dis que la doctrine de la Cour de cassation n'apparaît pas bien nettement dans cet arrêt. En effet, sans doute la Cour reconnaît que la loi n'a pas organisé ici une instruction mations résultant d'une enquête suivie par le procureur général, en dehors et indépendamment des renseignements déjà recueillis, conformément au vœu de la loi, par le procureur impérial et par le président du tribunal de commerce. Mais, sans s'arrêter à ce moyen, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi par un arrêt sur lequel je reviendrai dans un instant.

(1) Arrêt du 17 novembre 1857 (Dev.-Car., 58, 1, 679).

judiciaire, qu'il s'agit d'une information purement confidentielle ; mais, d'un autre côté, pour rejeter le pourvoi du failli dont la demande en réhabilitation n'avait pas été admise, elle invoque la circonstance que le conseiller rapporteur avait informé ce failli que les conclusions du ministère public lui seraient contraires. Nous ne pouvons donc pas savoir si, dans la doctrine de la Cour de cassation, la Cour d'appel peut valablement repousser la demande en réhabilitation sans qu'au préalable aucune connaissance ait été donnée au failli des renseignements parvenus au procureur général et de l'opinion personnelle de ce magistrat.

Quant à moi, j'incline à croire, dans le silence gardé sur ce point par nos articles, que l'arrêt de la Cour d'appel qui repousse la demande en réhabilitation ne peut jamais être cassé par le seul motif que l'opinion du procureur général, fondée sur les renseignements qu'il a recueillis, n'a pas été portée à la connaissance du failli, ou, en d'autres termes, par le seul motif qu'on n'a pas mis le failli à même de réfuter les objections présentées contre sa demande. C'est au failli, dans la requête même qu'il adresse à la Cour d'appel, à établir clairement qu'il a droit au bénéfice de la réhabilitation, et, autant que possible, à prévoir toutes les objections que sa demande pourra soulever. — Du reste, il va sans dire qu'il est à désirer que le failli ne puisse jamais être victime d'une surprise, et que, par conséquent, on le mette toujours à même de s'expliquer sur des circonstances qu'il aurait laissées de côté dans sa requête et qui cependant paraîtraient de nature à faire repousser sa demande (1). Il est bien entendu, en effet, qu'à toute époque de la procédure, tant que l'arrêt de la Cour d'appel n'est pas rendu, le failli peut faire parvenir aux magistrats de nouveaux moyens et de nouvelles pièces à l'appui de sa demande (2).

(1) Comme le dit M. Bédarride (t. III, nº 1323), « l'équité exige que « communication soit donnée au demandeur des renseignements défavo- « rables et des oppositions qui ont été réalisées ». Il y a là un devoir d'équité ; il n'y a pas un devoir légal, dont la violation puisse donner ouverture à cassation.

(2) Spécialement au cas où une opposition a été formée, le failli peut demander à la Cour de surseoir à statuer sur la question de réhabilita-

— Est-ce au failli, qui a saisi la Cour d'appel de sa demande à fin de réhabilitation, à provoquer, à poursuivre la décision de cette Cour, lorsque les deux mois sont expirés? Non : il n'a pas qualité à cet égard. « Le procureur général près la « Cour d'appel, dit l'art. 610, fera rendre arrêt portant admis- « sion ou rejet de la demande en réhabilitation. » Ainsi, le failli, même après avoir adressé à la Cour sa demande en réhabilitation, avec les quittances et autres pièces justificatives, peut bien encore lui faire parvenir de nouveaux documents à l'appui ; mais il ne lui appartient pas de solliciter directement que l'arrêt soit rendu. Ceci regarde le ministère public : le procureur général fera rendre l'arrêt, quand il estimera que la Cour est déjà suffisamment édifiée et qu'un plus long délai ne lui apporterait pas de nouvelles lumières (1).

L'arrêt que fait rendre le procureur général, qu'il admette ou qu'il rejette la demande en réhabilitation, doit toujours être rendu en audience publique : la loi ne contient sur ce point aucune dérogation à la règle ordinaire (2). Doit-il être rendu en audience solennelle ? Ce qui donne lieu à la question, c'est l'art. 22 du décret du 30 mars 1808, article ainsi conçu : « Si les avoués des deux parties se présentent pour poser « des qualités, les causes resteront à la Chambre qui tiendra

tion. Comme le dit encore M. Bédarride (même n° 1323), « il y aurait lieu « d'attendre, avant de prononcer sur la réhabilitation, la décision des « tribunaux ordinaires sur le mérite des prétentions de l'opposant ». Voy. aussi M. Ruben de Couder, *Dictionnaire de droit commercial*, v° *Réhabilitation*, n° 41.

(1) Voici comment les choses se passent, d'après le Code d'instruction criminelle, quand c'est un condamné qui a formé une demande en réhabilitation :

ART. 626. « La Cour dans le ressort de laquelle réside le condamné est « saisie de la demande. — Les pièces sont déposées au greffe de cette « Cour par les soins du procureur général. »

ART. 627. « Dans les deux mois du dépôt, l'affaire est rapportée à la « Chambre d'accusation ; le procureur général donne ses conclusions « par écrit et motivées. — Il peut requérir en tout état de cause, et la « Cour peut ordonner, même d'office, de nouvelles informations, sans « qu'il puisse en résulter un retard de plus de six mois. »

ART. 628. « La Cour, le procureur général et la partie ou son conseil « entendus, statue sur la demande. »

(2) Au contraire, l'arrêt portant qu'il n'y a pas lieu à adoption est rendu en la Chambre du conseil (argument *a contrario* de l'art. 358 du Code civil).

« l'audience. — Sont exceptés : les contestations sur l'état « civil des citoyens, à moins qu'elles ne doivent être déci- « dées à bref délai ou avec des formes particulières qui ne « comportent pas une instruction solennelle, les prises à par- « tie, et les renvois après cassation d'un arrêt, qui seront « portés aux audiences solennelles. — Ces audiences se tien- « dront à la Chambre que préside habituellement le premier « président, en y appelant la deuxième Chambre dans les « Cours composées de deux Chambres, et alternativement la « deuxième et la troisième Chambre, dans les Cours qui se « divisent en trois Chambres (1). » Je ne crois pas que l'arrêt qui statue sur la demande en réhabilitation du failli doive, aux termes de cet article, être rendu en audience solennelle. En effet, il n'y a pas ici, à proprement parler, une *contestation* sur l'état civil ; on peut ajouter que la loi commerciale a organisé des formes particulières qui ne comportent pas une instruction solennelle. C'est aussi ce que la jurisprudence paraît avoir admis (2).

— La Cour d'appel peut admettre la demande en réhabilitation ; elle peut aussi la rejeter. Nous examinerons successivement les deux cas.

Avant tout il y a lieu de se demander si la Cour d'appel

(1) Aux termes de l'art. 1er de la loi du 30 août 1883, « pour le jugement des causes qui doivent être portées aux audiences solennelles, « les arrêts sont rendus par neuf juges au moins ». Et le *rapport* de la Commission du Sénat s'exprime ainsi : « Les Cours qui n'ont qu'une Chambre tiendront leurs audiences solennelles, pourvu que les magistrats soient au moins au nombre de neuf ; quant à celles de deux Chambres, elles sont maintenues sous le régime de la loi actuelle, mais dans les nouvelles conditions stipulées par notre article, c'est-à-dire avec des magistrats au nombre de neuf au moins, délibérant en nombre impair. »

(2) M. Laroque Sayssinel (*Faillites et banqueroutes*, p. 753) cite un arrêt de la Cour de Nancy, du 24 août 1844, et un arrêt de la Cour de Toulouse, de 1857, comme ayant statué en ce sens. Voy. aussi l'arrêt de cassation, de la Chambre civile, du 6 novembre 1883. « Le jugement « déclaratif de faillite, dit la Cour suprême, n'ayant pas pour effet de « priver le failli de ses droits civils, la demande en réhabilitation ne sou- « lève pas une contestation sur l'état civil du failli... Cette règle de com- « pétence est d'ordre public, et la nullité qui résulte de son inobservation « ne peut être couverte par le consentement exprès ou tacite des par- « ties (Sir., 84, 1, 105). »

doit considérer une dette comme intégralement payée par le failli, dès l'instant qu'il lui représente la quittance du créancier. Il me paraît évident que, dans la pensée du législateur, la quittance donnée par le créancier ne rend point absolument incontestable le fait du paiement : si la quittance constituait une preuve irréfragable du paiement, la loi se bornerait à exiger que le failli rapportât les quittances de tous ses créanciers, elle ne chargerait pas le procureur général de faire recueillir par le procureur de la République et par le président du tribunal de commerce tous les renseignements qu'ils pourront se procurer sur la vérité des faits exposés dans la demande (1). C'est aussi en ce sens que s'est prononcée la Cour de cassation. Comme le dit très bien la Chambre des requêtes, dans l'arrêt déjà cité du 17 novembre 1857,

« le failli ne peut obtenir sa réhabilitation que lorsqu'il justifie qu'il a intégralement acquitté, en principal, intérêts et « frais, toutes les sommes par lui dues ; cette disposition de « la loi serait illusoire si elle ne donnait pas aux tribunaux « le droit de vérifier les faits et d'apprécier les documents « du procès. Il ne suffit pas que le failli représente des quittances pour obtenir la réhabilitation ; il faut encore qu'il « prouve que ces quittances sont sincères, et qu'il a réellement et intégralement payé ses créanciers. La Cour de « Paris a rejeté la demande de G... par le motif que sa libération n'était pas établie, et que la quittance collective qu'il « présentait n'était pas l'expression de la vérité et n'avait été « obtenue qu'à l'aide d'engagements nouveaux ; or, une semblable appréciation rentrait dans le domaine souverain des « juges du fond et ne peut tomber sous la censure de la Cour « de cassation... » (2).

La Cour d'appel a donc un pouvoir discrétionnaire pour peser, pour apprécier la valeur des pièces produites devant elle comme établissant la libération complète du failli. Mais, une fois que le fait de cette libération lui est clairement démontré, la Cour pourrait-elle repousser la demande en

(1) Voy. l'art. 606 (ci-dessus, p. 177).
(2) Dev.-Car., 58, 1, 679. — Comp., ci-dessus, p. 184.

réhabilitation, pour cause de mauvaise conduite ou d'immoralité du failli? La question a été assez vivement débattue entre les auteurs. « La réhabilitation, dit M. Dalloz (1), est « une question de conscience pour les magistrats, et, par « conséquent, ils peuvent en exclure le simple failli, comme « le banqueroutier, sur des motifs qu'eux seuls sont appelés « à apprécier. Cela résulte implicitement de l'art. 609, qui « charge le procureur impérial et le président du tribunal de « commerce de transmettre au procureur général leurs avis « sur la demande : à quoi bon prendre leurs avis, s'il devait « suffire de justifier l'acquittement intégral de ses dettes?... « Si on demande l'avis du ministère public et du président « du tribunal de commerce, c'est que la Cour doit consulter « un tel avis et peut y avoir égard. Sans cela, le législateur « aurait exigé l'accomplissement d'une formalité ridicule. »

M. Dalloz se trompe sur la nature de l'avis demandé au procureur de la République et au président du tribunal de commerce. Selon lui, cet avis serait relatif à la moralité du failli, à sa conduite, à sa réputation. La loi ne dit absolument rien de semblable; et quand on lit attentivement les art. 605-609, particulièrement l'art. 606 *in fine*, on demeure convaincu que le procureur de la République et le président du tribunal de commerce sont appelés à donner leur avis uniquement sur le point de savoir si les quittances produites par le failli sont conformes à la vérité, si réellement toutes ses dettes, en principal, intérêts et frais, se trouvent éteintes par paiement, par compensation, etc. L'argument de M. Dalloz n'a donc aucune valeur, puisqu'il repose sur une fausse interprétation de l'art. 609 (2).

Du reste, ce qui s'est passé au Conseil d'État en 1807 montre déjà suffisamment que la Cour appelée à statuer sur la demande en réhabilitation d'un failli n'a pas à s'inquiéter de savoir quelle peut être sa moralité, mais doit uniquement rechercher s'il a payé toutes ses dettes. Voici, en effet, ce que je lis dans le procès-verbal de la séance du 12 mai :

(1) *Rép. alph.*, v° *Faillite*, n° 1556.
(2) Voy. aussi MM. Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 3106, p. 909 et 910.

« M. TREILHARD dit que la vérification des faits extérieurs ne doit pas seule déterminer à réhabiliter le failli, qu'ici la moralité est d'un grand poids.

« M. DEFERMON dit que les Cours d'appel sont plus à portée que le Conseil d'État de bien juger de la moralité. »

Voilà donc deux membres pour qui la moralité du failli est une condition nécessaire de la réhabilitation. Mais voyons ce qui suit :

« M. MERLIN observe que l'acte des Constitutions du 22 frimaire an VIII attache la suspension des droits politiques à l'état de failli (1). Ainsi, lorsque cet état cesse à raison du paiement des créanciers, la réhabilitation s'opère de plein droit, par la seule force de la loi, et sans qu'il soit besoin qu'aucune autorité l'accorde. Il ne s'agit donc que de faire vérifier les faits, d'examiner si l'état du failli subsiste encore ou s'il a cessé. Ce n'est donc point une grâce qu'il y a lieu alors d'accorder; c'est tout simplement un acte de justice à exercer, c'est tout simplement un jugement à rendre...

« M. l'ARCHICHANCELIER dit que l'observation faite par M. Merlin est un trait de lumière qui doit fixer toutes les opinions. L'acte des Constitutions de l'an VIII, en effet, réhabilite de plein droit celui qui, par le paiement de ses créanciers, cesse d'être en état de faillite : il ne dépend donc plus d'aucune autorité de lui accorder ou de lui refuser sa réhabilitation, et il ne reste qu'à s'en rapporter aux pièces qui attestent la libération. — On objectera qu'il peut y avoir des fraudes; qu'il est commun de voir un failli rapporter une quittance finale, quoiqu'il n'ait payé qu'une partie de ses dettes. Mais on ne peut admettre la preuve contraire sans compromettre celui qui a payé réellement et de bonne foi (2). — Que si l'on entreprend d'éclairer en outre la moralité, on fera souvent des injustices : rien n'est plus trompeur que l'opinion.

(1) « L'exercice des droits de citoyen français, dit l'art. 5, est suspendu « par l'état de débiteur failli... »

(2) Ici Cambacérès allait trop loin, et, comme nous l'avons vu, sa doctrine sur ce point particulier n'a certainement pas été admise par le législateur.

« M. Regnaud (de Saint-Jean d'Angely) observe que l'acte des Constitutions de l'an VIII ne contient pas les mêmes dispositions que la Constitution de 1791, qui n'excluait de l'exercice des droits de citoyen ceux qui avaient été constitués en état de faillite que jusqu'à ce qu'ils rapportassent un acquit général de leurs créanciers.

« M. Defermon répond que la différence n'est que dans la rédaction, qu'au fond la disposition est la même : lorsque l'acte des Constitutions décide que l'individu en état de faillite est suspendu de ses droits politiques, il décide aussi nécessairement que la cessation de cet état met fin à la suspension. Il n'y a donc plus qu'un fait à vérifier, et cette fonction sera bien placée dans la main des tribunaux.

« Le Conseil arrêté en principe que les demandes en réhabilitation seront renvoyées aux Cours d'appel, lesquelles prononceront définitivement. »

A mon sens, ce qui ressort de là, c'est que, comme le remarquent Merlin et après lui Cambacérès, sous l'empire de la Constitution de l'an VIII de même que sous l'empire de la Constitution de 1791, l'incapacité politique attachée à l'état de débiteur failli s'évanouit par cela seul que le débiteur a payé toutes ses dettes, et sans qu'une autorité quelconque soit chargée de prononcer la réhabilitation. Le Conseil d'État manifeste l'intention de changer ce système quant à la forme, mais non quant au fond, c'est-à-dire qu'il y aura désormais une réhabilitation prononcée par la Cour d'appel, mais qu'elle devra l'être dès qu'il sera parfaitement démontré que le failli a payé toutes ses dettes en capital, intérêts et frais. En effet, ceux qui voulaient qu'on tînt compte de la moralité du failli n'ont rien trouvé à objecter à l'observation de Merlin, observation que Cambacérès s'est appropriée et qui était évidemment incompatible avec l'idée dont il s'agit (1).

Une expression équivoque s'était cependant glissée dans le texte du Code de 1808. Comme nous l'avons vu (2), l'ancien

(1) Voy. aussi M. Bédarride, t. III, nº 1324.
(2) Ci-dessus, p. 182.

art. 609 portait que le procureur impérial et le président du tribunal de commerce devraient transmettre au procureur général, non seulement les renseignements qu'ils auraient recueillis et les oppositions qui avaient pu être formées, mais *les connaissances particulières qu'ils auraient sur la conduite du failli*. En s'attachant exclusivement au texte de l'art. 609, on pouvait croire, d'après ces expressions, que la Cour avait à tenir compte de la conduite générale, de la moralité du failli. Aussi, pour couper court à toute incertitude sur ce point, le législateur de 1838 les a-t-il purement et simplement supprimées dans le nouvel art. 609 (1).

(1) Comme le dit très bien M. Bédarride (t. III, nº 1324), « laisser le « failli dans l'incertitude s'il obtiendra ou non sa réhabilitation, même « après avoir intégralement soldé ses dettes, serait, dans un grand « nombre de cas, l'empêcher de réaliser ce paiement, par la crainte de « rester ultérieurement soumis aux incapacités qui pesaient sur lui anté- « rieurement. On détruirait ainsi toute l'économie de la loi, au grand « détriment des créanciers eux-mêmes ».

Et, comme le dit également avec raison M. Alauzet (t. VIII, nº 2892), « sans doute il a été question, dans la discussion au Conseil d'État, de « la *moralité* du failli ; mais c'est par une confusion évidente entre la « réhabilitation commerciale et la réhabilitation criminelle. Au point de « vue de la loi des faillites, il n'y a pas d'autre *moralité* que de payer « ses dettes ; le commerçant qui, par des actes de la plus sublime vertu, « s'est mis dans la nécessité de cesser ses paiements, pourra prétendre « au prix Montyon, mais n'en sera pas moins en état de faillite ; l'homme « le plus dépravé, qui acquitte tous ses engagements commerciaux, « pourra, pour ses méfaits, être envoyé aux galères, mais il ne sera pas « failli... Si les paiements sont repris et les dettes intégralement payées, « la seule et unique cause qui avait créé l'état de faillite venant à cesser, « les suites attachées à ce fait et à ce fait seul doivent cesser également, « sauf dans les cas expressément déterminés par la loi. L'intervention « de l'autorité judiciaire n'a pas d'autre but que de s'assurer que ce paie- « ment intégral a bien été fait et que les pièces qui l'établissent ne sont « pas inexactes ou simulées ».

Je ne fais même pas d'exception en ce qui concerne le banqueroutier simple. Lors même que le failli a été condamné comme banqueroutier simple, la Cour d'appel n'est point investie d'un pouvoir discrétionnaire pour admettre ou pour rejeter sa demande en réhabilitation eu égard à sa conduite, à sa moralité. Seulement, ici, pour que la réhabilitation puisse être prononcée, il ne suffit pas que le failli ait intégralement payé toutes ses dettes ; il faut, de plus, qu'il ait subi sa peine. Voilà, à mon sens, tout ce qu'on a voulu dire dans l'art. 612 *in fine*. Cependant, ce n'est pas ainsi que l'entend M. Bédarride : « Ici, dit-il (t. III, nº 1330), se « réalise le pouvoir discrétionnaire que nous contestions tout à l'heure « à la Cour. »

Maintenant examinons successivement le cas où la demande en réhabilitation est rejetée et le cas où elle est admise.

L'arrêt qui rejette la demande en réhabilitation doit être motivé : en effet, nous ne voyons point que la loi ait dérogé ici à la règle générale (1). Seulement, la Cour satisfait suffisamment à cette obligation en déclarant que le failli n'a pas justifié avoir intégralement acquitté, en principal, intérêts et frais, toutes les sommes par lui dues. La Cour de Paris avait motivé en ces termes généraux son arrêt du 24 janvier 1853. Et la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé contre cet arrêt, le 9 août 1853. Elle l'a rejeté par les considérations suivantes : « Attendu qu'il entre dans le pouvoir sou-
« verain des Cours impériales de vérifier si le demandeur en
« réhabilitation a fait les justifications exigées par l'art. 604
« du Code de commerce, d'apprécier les autres documents
« du procès et, par suite, de décider s'il y a lieu d'admettre
« la demande, sans qu'il y ait nécessité pour lesdites Cours
« de s'expliquer sur chacune des pièces produites et sur
« chacun des documents soumis à leur examen, à moins
« que les pièces et documents n'aient été spécialement dis-
« cutés et n'aient donné lieu à des conclusions particulières;
« — Attendu que l'arrêt attaqué déclare expressément, en
« fait, que le sieur G... n'a pas justifié avoir intégralement
« acquitté, en principal, intérêts et frais, toutes les sommes
« par lui dues; que cette déclaration répond suffisamment à
« la demande et qu'elle satisfait à l'art. 7 de la loi du 20 avril
« 1810; que la Cour impériale n'était pas tenue de donner
« des motifs particuliers sur chaque pièce produite ou sur
« chaque paiement allégué, alors qu'ils n'étaient l'objet
« d'aucun débat distinct... (2). »

La demande en réhabilitation, une fois rejetée, ne pourra-

(1) Loi du 20 avril 1810, art. 7 : « Les arrêts qui ne contiennent pas « les motifs sont déclarés nuls. » — En matière d'adoption, le tribunal prononce, sans énoncer de motifs, en ces termes : *Il y a lieu* ou *Il n'y a pas lieu à l'adoption* (C. civ., art. 356). De même, la Cour d'appel prononce, sans énoncer de motifs : *Le jugement est confirmé*, ou : *Le jugement est réformé : en conséquence, il y a lieu* ou *il n'y a pas lieu à l'adoption.*

(2) Dev.-Car., 55, 1, 103.

t-elle plus jamais être reproduite, ou bien au contraire pourra-t-elle l'être immédiatement? L'ancien art. 610 s'était prononcé dans le premier sens : « Si la demande est rejetée, « disait-il, elle ne pourra plus être reproduite. » C'était là une application malheureuse des principes généraux sur l'autorité de la chose jugée. Le projet présenté par le Gouvernement en 1834 autorisait le failli à reproduire sa demande après un intervalle de deux années. Le législateur ne s'en est pas tenu à cela; et le deuxième alinéa du nouvel art. 610 porte que, « si la demande est rejetée, elle ne pourra « être reproduite qu'après une année d'intervalle ». Comme le dit très bien M. Renouard (1), « il peut sans doute y avoir « des inconvénients à occuper à plusieurs reprises les tri- « bunaux de demandes vaines; mais l'inconvénient est faible, « et ne saurait être mis en balance avec le sentiment d'équité « qui commande de reconnaître que pendant l'intervalle « d'une année un débiteur peut réunir les pièces justifi- « catives qui lui manquaient ou acquitter des dettes en « retard » (2). — Il faut admettre sans difficulté, et M. Renouard paraît effectivement l'admettre dans le passage que je viens de transcrire, qu'un failli peut reproduire sa demande en réhabilitation, non seulement après avoir succombé une première fois, mais même après avoir succombé déjà deux ou trois fois. Du moment que le failli prouve qu'il a complètement désintéressé ses créanciers et qu'il s'est écoulé au moins un an depuis l'arrêt qui a rejeté sa précédente demande, il a droit au bénéfice de la réhabilitation.

Lorsque la Cour d'appel estime qu'il y a lieu de prononcer

(1) T. II, p. 520.

(2) Le nouvel art. 629 du Code d'instruction criminelle est ainsi conçu : « En cas de rejet, une nouvelle demande ne peut être formée avant « l'expiration d'un délai de deux années. »

Cet art. 629, dans le projet voté par le Sénat et présenté par la Commission de la Chambre, contenait un deuxième alinéa : « Ce délai peut « être abrégé par décision du ministre de la justice. » Mais le ministre de la justice a refusé le présent qui lui était ainsi offert. « Il est évident, a-t-on dit, qu'on ne doit pas mettre le ministre de la justice en opposition avec un arrêt qui vient d'être rendu par une Cour souveraine : rien ne serait plus dangereux » (Séance de la Chambre des députés, du 18 mai 1885).

la réhabilitation, elle le fait, conformément à la règle de droit commun (1), par un arrêt motivé, lu à l'audience publique. Indépendamment de la publicité qui résulte de cette lecture, le législateur a pensé qu'il fallait, dans l'intérêt du failli, et parce qu'il y a toujours utilité à divulguer un bon exemple, organiser pour la réhabilitation une publicité particulière. De là le nouvel art. 611, qui reproduit une disposition analogue que contenait dejà le Code de 1808 : « L'arrêt portant réhabilitation sera transmis aux procu- « reurs de la République et aux présidents des tribunaux « auxquels la demande aura été adressée. Ces tribunaux en « feront faire la lecture publique et la transcription sur « leurs registres. »

L'arrêt portant réhabilitation sera transmis... La loi ne dit pas qui est chargé de faire cette transmission. Dans la pratique, c'est le procureur général qui transmet un certain nombre d'expéditions de l'arrêt.

...aux procureurs de la République et aux présidents des tribunaux auxquels la demande aura été adressée. Il y a ici quelque chose d'un peu obscur : car, aux termes de l'art. 605, toute demande en réhabilitation doit être adressée à la Cour d'appel. Qu'a donc voulu dire le rédacteur de notre art. 611 ? Évidemment il a eu dans la pensée, non pas l'art. 605, mais l'art. 606, qui porte que le procureur général, sur la communication qui lui aura été faite de la requête, en adressera des expéditions certifiées de lui au procureur de la République et au président du tribunal de commerce du domicile du demandeur, et, de plus, si celui-ci a changé de domicile depuis la faillite, au procureur de la République et au président du tribunal de commerce de l'arrondissement où elle a eu lieu. Ainsi, l'arrêt portant réhabilitation est, aux termes de l'art. 611, lu à l'audience et transcrit sur les registres d'un ou de deux tribunaux civils, d'un ou de deux tribunaux de commerce.

L'art. 611 a-t-il, en droit, quelque sanction? Je ne le crois pas. La réhabilitation produit, en faveur du failli, à l'instant

(1) Art. 7, déjà cité, de la loi du 20 avril 1810.

même où l'arrêt est prononcé, tous les effets dont elle est susceptible. Elle les produirait lors même que l'art. 611 demeurerait inexécuté. Du reste, il n'est pas à craindre que le procureur général, le procureur de la République, le président du tribunal de commerce, manquent jamais de se conformer au vœu de la loi (1).

§ III. — Des effets qui résultent de la réhabilitation.

Le jugement déclaratif de faillite emporte pour le commerçant qu'il frappe certaines incapacités, indépendamment même du dessaisissement dont le principe est posé dans l'art. 443 et qui subsiste tant que la masse est administrée par des syndics, c'est-à-dire jusqu'à l'homologation du concordat (2) ou jusqu'à la dissolution de l'union (3). Les incapacités qui ne se rattachent point au principe du dessaisissement survivent à l'homologation du concordat, à la dissolution de l'union : pour les faire disparaître, il faut que le failli obtienne sa réhabilitation (4). Recherchons quelles

(1) Quand il s'agit de l'arrêt prononçant la réhabilitation en faveur d'un condamné en matière criminelle, que va-t-il s'ensuivre? Le Code d'instruction criminelle (loi du 14 août 1885) contient à cet égard les dispositions suivantes :

Art. 633. « Si la réhabilitation est prononcée, un extrait de l'arrêt est « adressé par le procureur général à la Cour ou au tribunal qui a pro- « noncé la condamnation, pour être transcrit en marge de la minute de « l'arrêt ou du jugement. Mention en est faite au casier judiciaire. Les « extraits délivrés aux parties ne doivent pas relever la condamnation. « — Le réhabilité peut se faire délivrer une expédition de la réhabilita- « tion et un extrait du casier judiciaire SANS FRAIS. »

(2) Voy. l'art. 519.

(3) Voy. l'art. 537.

(4) *Quid* si, depuis le jugement déclaratif, le failli avait désintéressé tous ses créanciers? Ne pourrait-il pas, sur opposition ou sur appel, faire tomber ledit jugement? L'affirmative a été admise par un arrêt de cassation, du 23 novembre 1881. « L'opposition, porte cet arrêt, a pour « effet de faire tomber le jugement par défaut, et de remettre en question « le point litigieux : dès lors, pour la déclaration de faillite, c'est au « moment où il est statué contradictoirement que l'état de cessation de « paiements doit être constaté » (Sir., 82, 1, 113). La Cour de Douai s'est prononcée dans le même sens, le 19 mai 1886 (Sir., 86, 2, 228). Joignez

sont précisément ces incapacités : les connaissant, nous connaîtrons par là même les effets principaux, les effets les plus certains de la réhabilitation.

Les incapacités dont il s'agit peuvent être divisées en trois classes, suivant qu'elles affectent l'*exercice des droits politiques*, ou certaines facultés qui se rattachent à la *qualité de commerçant*, ou enfin l'*honorabilité de la personne* (1).

1re Classe. *Incapacités politiques.* — Déjà dans notre ancien droit certaines incapacités politiques atteignaient les faillis. Ainsi, aux termes de l'Ordonnance de 1673 (Tit. II, art. 3), « ceux qui auront obtenu des lettres de répit, fait contrat « d'atermoiement ou faillite, ne peuvent être agents de change « ou de banque ni courtiers de marchandises » ; et l'arrêt du Conseil du 24 septembre 1724, qui établit une Bourse à Paris, porte également que ceux qui ont obtenu des lettres de répit, fait faillite ou contrat d'atermoiement, ne peuvent être agents de change. De même, l'Ordonnance de Louis XVI, du 3 mars 1781, *concernant les Consulats, la résidence, le commerce et la navigation des Français dans les échelles du Levant et de Barbarie*, décide (Tit. II, art. 45 et 51) que les faillis ne peuvent, dans les pays étrangers, être députés de la nation ni assister aux assemblées (2).

Sous la Révolution, l'incapacité politique du failli fut consacrée d'une manière générale. Ainsi, d'abord le décret du 22 décembre 1789 *relatif à la constitution des assemblées primaires et des assemblées administratives* contenait, dans sa Section 1re, les dispositions suivantes :

Art. 5. « Aucun banqueroutier, failli, ou débiteur insol- « vable, ne pourra être admis dans les assemblées primaires, « ni devenir ou rester membre soit de l'Assemblée nationale,

l'arrêt de la Chambre des requêtes du 11 mai 1891. Voy. cependant, en sens contraire, MM. Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 2626, et l'arrêt de la Cour de Paris du 2 mai 1888 (Sir., 90, 2, 40).

(1) Voy., dans le *Recueil* de Sirey, la note insérée sous l'arrêt de cassation du 6 novembre 1883 (84, 1, 105). Comp. MM. Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 3102.

(2) Je vois là des incapacités *politiques;* on peut dire aussi qu'elles tiennent à ce que l'honorabilité du failli est suspecte. Je reviendrai sur cette idée.

« soit des assemblées administratives, soit des municipa-
« lités. »

ART. 6. « Il en sera de même des enfants qui auront reçu,
« et qui retiendront, à quelque titre que ce soit, une portion
« des biens de leur père mort insolvable, sans payer leur
« part virile de ses dettes; excepté seulement les enfants
« mariés et qui auront reçu des dots avant la faillite de leur
« père ou avant son insolvabilité entièrement connue. »

ART. 7. « Ceux qui, étant dans un des cas d'exclusion
« ci-dessus, feront cesser la cause de cette exclusion, en
« payant leurs créanciers ou en acquittant leur portion virile
« des dettes de leur père, rentreront dans les droits de
« citoyen actif, pourront être électeurs et seront éligibles,
« s'ils réunissent les conditions prescrites » (1).

Même système dans la Constitution des 3-14 septembre 1791 (Tit. III, chap. I, sect. 2) : « Sont exclus de l'exercice « des droits de citoyen actif, dit l'art. 5, ceux qui, après « avoir été constitués en état de faillite ou d'insolvabilité, « prouvé par pièces authentiques, ne rapportent pas un « acquit général de leurs créanciers. »

Spécialement en ce qui concerne les fonctions publiques, la Convention nationale décrète, le 21 vendémiaire an III, que ceux qui, ayant fait faillite, ne se sont pas libérés envers leurs créanciers, ne peuvent exercer aucune fonction publique.

La Constitution du 5 fructidor an III, allant plus loin que la Constitution de 1791, décide (Tit. II, art. 13) que « l'exer-« cice des droits de citoyen est suspendu par l'état de débi-« teur failli, ou d'héritier immédiat, détenteur à titre gratuit « de tout ou partie de la succession d'un failli » (2). Et la même décision est consacrée par la Constitution du 22 frimaire an VIII (art. 5).

Il est certain que la disposition dont il s'agit a été appli-

(1) On voit qu'il n'y avait déjà plus de *lettres de réhabilitation*, et que le failli était réhabilité de plein droit par cela seul qu'il avait désintéressé ses créanciers. Comp., ci-dessus, p. 190 et 191.

(2) Le décret de 1789 ne parlait pas des *héritiers* d'un failli, mais seulement de ses *enfants*, et même il admettait une exception au profit des enfants mariés qui avaient reçu des dots avant la faillite de leur père.

cable tant que la Constitution de l'an VIII est restée en vigueur. Je me bornerai à signaler quelques dispositions législatives qui n'en sont que des corollaires :

La loi du 25 ventôse an XI, *contenant organisation du notariat*, porte (art. 35) que, pour être admis aux fonctions de notaire, il faut jouir des droits de citoyen; et la même loi veut (art. 9) que les deux témoins qui peuvent assister le notaire soient citoyens français. Il en résulte manifestement que le failli non réhabilité ou son héritier immédiat ne peut être ni notaire ni témoin d'un acte notarié. Cela ne saurait faire le moindre doute : car il est incontestable que le législateur de l'an XI n'a eu ni la volonté ni le pouvoir de déroger à la règle posée dans la Constitution de l'an VIII. — Au contraire, quand il s'agit des témoins produits aux actes de l'état civil, il suffit qu'ils soient du sexe masculin et âgés de vingt et un ans au moins (C. civ., art. 37); et, en ce qui concerne les témoins appelés pour être présents au testament, on exige seulement qu'ils soient mâles, majeurs, sujets de l'Empereur (1), jouissant des droits civils (C. civ., art. 980). Ainsi, la loi n'exigeant pas ici la qualité de citoyen, l'exercice des droits politiques, il faut en conclure sans difficulté qu'un failli non réhabilité ou son héritier immédiat pouvait très bien, même sous l'empire de la Constitution de l'an VIII, figurer comme témoin à un acte de l'état civil ou à un testament.

La loi du 18 mars 1806, *portant établissement d'un conseil de prud'hommes à Lyon,* dit expressément (art. 3) que les négociants-fabricants ne pourront être élus prud'hommes s'ils ont fait faillite. C'est là une disposition assez malheureuse, en ce sens qu'on pourrait en tirer des conséquences fausses si on la prenait au pied de la lettre et abstraction faite des principes. Il faut dire simplement que les prud'hommes, ayant à rendre la justice, étant investis d'une fonction publique, doivent nécessairement avoir l'exercice de la qualité de

(1) La première édition du Code civil se servait du mot *républicoles,* par imitation de l'Ordonnance de 1735, qui, dans son art. 40, parlait de *regnicoles.* Toutes ces expressions sont synonymes du mot *Français,* dont on aurait bien dû se servir.

citoyen (1). Il en résulte que non seulement le failli, mais même l'héritier immédiat d'un failli, sont incapables d'être élus prud'hommes; du reste, cette incapacité cesse par la réhabilitation. — Élire ceux qui doivent dans une mesure quelconque administrer la justice, c'est déjà faire acte de citoyen, c'est participer à la puissance publique. En conséquence, les mêmes observations qui viennent d'être faites à propos de cette disposition : *Les négociants-fabricants ne pourront être élus prud'hommes s'ils ont fait faillite*, doivent être reproduites purement et simplement à propos de l'art. 14 de la loi du 20 février 1810, où il est dit que les faillis ne peuvent pas concourir à l'élection des prud'hommes (2).

Le Code de commerce de 1808 décide, dans son art. 83, que « ceux qui ont fait faillite ne peuvent être agents de « change ni courtiers, s'ils n'ont été réhabilités » (3). A mon sens, il n'y a là autre chose qu'une application, spécialement faite par le législateur, du principe posé dans l'art. 5 de la Constitution de l'an VIII. Aussi serais-je d'avis de compléter cette disposition du Code de commerce de telle sorte que l'incapacité dont il s'agit atteigne non seulement le failli lui-même qui n'est pas réhabilité, mais également son héritier immédiat. A la vérité, on pourrait objecter que l'idée de la loi, en déclarant le failli incapable d'être agent de change ou courtier, n'a pas été que ces fonctions supposent chez celui qui en est investi la jouissance et l'exercice des droits politiques, que l'idée de la loi a été plutôt que ces fonctions ne doivent pas être conférées à un homme dont l'honorabilité est entachée, et dont l'aptitude commerciale est au moins

(1) Le Code de commerce ne dit pas non plus qu'il faille être citoyen pour pouvoir être nommé membre d'un tribunal de commerce; mais cela n'est pas douteux.

(2) Ce qu'on appelle la *loi du 20 février* 1810, c'est simplement un avis du Conseil d'Etat qui modifie, au point de vue de la rédaction, le décret du 11 juin 1809 *contenant règlement sur les conseils de prud'hommes.*

(3) L'arrêté des Consuls du 29 germinal an IX, *relatif à la désignation des villes où devront être établies des bourses de commerce, à l'organisation et à la police de ces bourses,* contenait déjà (art. 7) une disposition exactement semblable.

fort douteuse (1); et alors on arriverait à dire que la disposition du Code de commerce est étrangère au principe posé dans l'art. 5 de la Constitution de l'an VIII, que par conséquent il n'y a pas lieu de la compléter au moyen de cet article. En somme, cette manière de voir ne me paraît pas exacte, et je considère les agents de change et les courtiers comme étant réellement investis de fonctions publiques qui présupposent la qualité de citoyen. Cela est de toute évidence relativement aux courtiers d'assurances, qui, aux termes de l'art. 79, rédigent les contrats ou polices d'assurance concurremment avec les notaires. Nous avons vu que, pour être admis aux fonctions de notaire, il faut jouir de l'exercice des droits de citoyen; les fonctions du courtier d'assurances étant de même nature, la condition d'admissibilité à ces fonctions doit évidemment être la même. Et maintenant, comme notre art. 83 ne fait aucune distinction entre les différentes personnes auxquelles il s'applique, nous devons nécessairement dire que ce qui est vrai du courtier d'assurances est également vrai des agents de change et des autres classes de courtiers (2).

Le Code d'instruction criminelle, promulgué en 1808, déclare dans son art. 381 que nul ne peut remplir les fonctions de juré s'il ne jouit des droits politiques. Ici encore, j'en suis convaincu, l'intention du législateur a été, non pas de déroger à l'art. 5 de la Constitution de l'an VIII, mais au

(1) Ou encore à un homme qui, comme nous le verrons bientôt, ne peut plus se présenter à la Bourse.

(2) L'opinion que je mets ici en avant ne paraît pas être celle de M. Bédarride. Voy. son commentaire du Titre *Des bourses de commerce, agents de change et courtiers*, nos 384 et suiv.

— La loi du 18 juillet 1866 contient les dispositions suivantes :

ART. 1. « A partir du 1er janvier 1867, toute personne sera libre d'exer-
« cer la profession de *courtier de marchandises*, et les dispositions con-
« traires du Code de commerce, des lois, décrets, ordonnances et arrêtés,
« actuellement en vigueur, seront abrogées. »

ART. 2. « Il pourra être dressé par le tribunal de commerce une liste
« des courtiers de marchandises de la localité qui auront demandé à y
« être inscrits... Aucun individu en état de faillite, ayant fait abandon
« de biens ou atermoiement, sans s'être depuis réhabilité, ou ne jouissant
« pas des droits de citoyen français, ne pourra être inscrit sur la liste
« dont il vient d'être parlé... »

contraire d'en signaler expressément une application importante. Ainsi, d'une part, l'incapacité d'être juré atteint non seulement le failli lui-même, mais également son héritier immédiat; et, d'autre part, cette incapacité s'évanouit par l'effet de la réhabilitation.

— Ni la Charte de 1814 ni celle de 1830 n'ont abrogé le principe contenu dans l'art. 5 de la Constitution de l'an VIII : en effet, ni l'une ni l'autre de ces Chartes ne disent un mot de ce qui concerne l'acquisition, la perte ou la suspension des droits politiques. Il paraît seulement raisonnable d'admettre qu'à partir de la Charte de 1814 la disposition de cet art. 5 a cessé d'être une disposition constitutionnelle, non susceptible d'être abrogée ou modifiée par une simple loi, pour devenir une disposition législative ordinaire : en 1814, la Constitution de l'an VIII a cessé d'exister comme Constitution dans toutes ses parties, quoique plusieurs de ses dispositions, considérées isolément, aient été laissées en vigueur comme articles de loi (1).

Cette doctrine a été plusieurs fois consacrée par la jurisprudence. J'indiquerai seulement, à titre d'exemples, les arrêts les plus importants :

Par un arrêt du 6 août 1838, la Cour de cassation décide qu'un failli, même concordataire, ne peut pas être élu conseiller municipal. « Aux termes de l'art. 59 de la Charte con-
« stitutionnelle, dit la Cour, les lois actuellement en vigueur
« qui ne sont pas contraires à la présente Charte restent en
« vigueur jusqu'à ce qu'il y soit légalement dérogé; or, la
« disposition de l'art. 5 de la Constitution de l'an VIII n'est
« pas contraire à la Charte, et il n'y a été dérogé par aucune
« loi » (2).

De même, la Cour de Rouen, par un arrêt du 13 mai 1839, décide que le failli non réhabilité ne peut pas être témoin dans un acte notarié. En effet, comme le dit un juge-

(1) Indépendamment de l'art. 5, nous citerons l'art. 75, aux termes duquel les agents du Gouvernement ne pouvaient être poursuivis pour des faits relatifs à leurs fonctions qu'en vertu d'une décision du Conseil d'État.

(2) Dev.-Car., 39, 1, 139.

ment dont les motifs sont adoptés par la Cour, « aux termes de l'art. 9 de la loi du 25 ventôse an XI, il faut être citoyen français pour pouvoir figurer comme témoin dans un acte lorsque, à défaut d'un second notaire, deux témoins sont appelés à le suppléer. Or, les conditions nécessaires pour exercer les droits de citoyen français sont déterminées par la Constitution du 22 frimaire an VIII; et, nonobstant les Chartes de 1814 et de 1830, l'art. 5 de la Constitution de l'an VIII a conservé force de loi en cette matière » (1).

Enfin, la Cour de cassation, par son arrêt du 12 novembre 1841, a cassé un arrêt de la Cour d'assises de la Loire-Inférieure, par le motif qu'un failli non réhabilité avait fait partie du jury appelé à statuer sur l'accusation. Il est formellement exprimé dans l'arrêt de cassation que la disposition de l'art. 5 de l'Acte du 13 décembre 1799 (22 frimaire an VIII) n'est pas contraire à la Charte constitutionnelle, et qu'il n'y a été dérogé par aucune loi (2).

Il est donc bien entendu que nous devons considérer comme étant restée en vigueur jusqu'à la Révolution de 1848 la disposition de la Constitution de l'an VIII portant que l'exercice des droits de citoyen est suspendu par la qualité de failli non réhabilité et même par celle d'héritier immédiat d'un failli non réhabilité (3).

Cet état de choses existe-t-il encore aujourd'hui? Je ne le crois pas.

Le Gouvernement provisoire s'y référait implicitement lorsqu'il disait, dans le décret du 5 mars 1848 :

(1) Dev.-Car., 39, 2, 346.

On cite souvent, comme consacrant une doctrine contraire, l'arrêt de la Cour de cassation du 10 juin 1824. Cet arrêt de la Cour de cassation ne décide point que l'art. 5 de la Constitution de l'an VIII ait été abrogé par la Charte de 1814 : interprétant l'art. 9 de la loi du 25 ventôse an XI, il décide simplement que, pour pouvoir être témoin dans un acte notarié, il suffit d'avoir conservé la jouissance des droits politiques, en eût-on perdu l'exercice, et que le failli est dans ce cas. Ainsi, dans cet arrêt il n'y a autre chose qu'une interprétation, mauvaise sans doute, de la loi du 25 ventôse an XI.

(2) Dev.-Car., 42, 1, 945.

(3) Voy. aussi en ce sens un article de M. Laferrière (*Revue de droit français et étranger*, t. VI, p. 855.)

ART. 6. « Sont électeurs tous les Français âgés de vingt-
« un ans, résidant dans la commune depuis six mois et non
« judiciairement privés ou suspendus de l'exercice des droits
« civiques. »

ART. 7. « Sont éligibles tous les Français âgés de vingt-
« cinq ans et non privés ou suspendus de l'exercice des droits
« civiques. »

Mais bientôt, le 18 avril 1848, le Gouvernement provisoire rendit un petit décret ainsi conçu : « Les faillis, déclarés « excusables aux termes des art. 538 et 539 du Code de com-« merce, seront admis à exercer les droits électoraux. » Il y avait là évidemment une abrogation partielle du principe posé dans l'art. 5 de la Constitution de l'an VIII : le droit électoral est assurément un droit civique ou politique ; or, voilà des hommes (le failli déclaré excusable et, à plus forte raison, l'héritier immédiat de ce failli) qui, d'après la Constitution de l'an VIII, n'ont pas l'exercice des droits politiques, et qui, d'après le décret du Gouvernement provisoire, peuvent exercer le droit électoral. Du reste, ce décret du 18 avril 1848 n'avait qu'un caractère provisoire.

La Constitution du 4 novembre 1848, après avoir posé en principe que, pour être électeur, il faut avoir la jouissance des droits civils et politiques, et que tous les électeurs âgés de vingt-cinq ans sont éligibles (art. 25 et 26), ajoutait (art. 27) : « La loi électorale déterminera les causes qui peu-« vent priver un citoyen français du droit d'élire et d'être « élu. » C'était indiquer, jusqu'à un certain point, l'intention de remplacer par une règle nouvelle la règle posée dans l'art. 5 de la Constitution l'an VIII (1).

La loi électorale (15 mars 1849), à quelle idée s'est-elle définitivement arrêtée? D'après le projet de la Commission, ne devaient pas être inscrits sur la liste électorale les *faillis non réhabilités*. Cette disposition fut vivement attaquée comme

(1) L'Assemblée nationale s'était déjà écartée du système de la Constitution de l'an VIII en ce qui concerne la capacité requise pour être juré. En effet, aux termes de l'art. 3 du décret du 7 août 1848, sont incapables d'être jurés les faillis non réhabilités, mais non pas les héritiers immédiats de ces faillis.

étant trop rigoureuse, comme interdisant le droit de vote à un trop grand nombre de personnes : on proposa d'exclure seulement les faillis qui n'auront pas obtenu de concordat et qui, après l'union, n'auront pas été déclarés excusables ou réhabilités. Le système de la Commission fut défendu avec force par M. Freslon : « Nous avons voulu, disait-il, faire au « temps et aux mœurs de l'époque une concession : nous « n'avons pas voulu que le fils du failli fût atteint dans son « droit politique : nous n'avons pas voulu d'une double indi- « gnité ; nous avons pensé que le fils du failli, dès qu'il avait « les conditions d'âge et de domicile, n'empruntait pas à son « père le droit de voter » (1). Ainsi, dans le système de la Commission comme dans celui des auteurs de l'amendement, on dérogeait au principe posé dans la Constitution de l'an VIII; seulement, dans le système de la Commission, la dérogation était bien moins grave, elle se bornait à ne plus assimiler au failli non réhabilité son héritier immédiat. L'Assemblée finit par adopter l'amendement. Aux termes de l'art. 3 de la loi, « Ne seront pas inscrits sur la liste électorale : 1°.....; 8° les « faillis qui, n'ayant point obtenu de concordat, ou n'ayant « point été déclarés excusables conformément à l'art. 538 du « Code de commerce, n'ont pas d'ailleurs été réhabilités. » — Du reste, cette loi du 15 mars 1849 s'était montrée plus exigeante relativement à l'éligibilité. Aux termes de l'art. 79, ne peuvent être élus représentants du peuple,... les faillis non réhabilités, dont la faillite a été déclarée soit par les tribunaux français, soit par jugement rendu à l'étranger, mais exécutoire en France.

La loi du 15 mars 1849 n'est plus en vigueur. Nous sommes aujourd'hui sous l'empire du décret organique du 2 février 1852. Or, il est dit dans l'art. 15 de ce décret : « Ne doivent « pas être inscrits sur les listes électorales : 1°...; 17° les « faillis non réhabilités, dont la faillite a été déclarée soit par « les tribunaux français, soit par jugements rendus à l'étran- « ger, mais exécutoires en France » (2). Et dans l'art. 27 :

(1) Séance du 17 février.

(2) Cette disposition se trouve déjà dans la fameuse loi du 31 mai 1850 (art. 8, n° 2).

« Sont déclarés indignes d'être élus les individus désignés « à l'art. 15 de la présente loi » (1). — La loi du 4 juin 1853 *sur la composition du jury* déclare également (art. 2, n° 9) incapables d'être jurés les *faillis non réhabilités* (2).

Ainsi, aujourd'hui l'héritier immédiat d'un failli non réhabilité n'est incapable ni de voter dans les élections pour le Sénat et pour la Chambre des députés, ni d'être élu sénateur ou député (3), ni de statuer comme juré sur une accusation en matière criminelle. Le système consacré dans l'art. 5 de la Constitution de l'an VIII se trouve évidemment modifié à cet égard. Mais le système dont il s'agit subsiste-t-il en ce sens que l'héritier immédiat d'un failli non réhabilité serait encore incapable d'exercer les droits politiques, de remplir les fonctions publiques, autres que ceux dont s'occupent les lois qui viennent d'être citées? C'est ce qu'il m'est absolument impossible d'admettre. En effet, participer à l'élection d'un sénateur ou d'un député, siéger comme membre du Sénat ou de la Chambre des députés, prononcer sur la culpabilité de l'individu accusé d'un crime, c'est faire acte de citoyen au suprême degré, c'est concourir de la manière la plus éclatante à l'exercice de la souveraineté. Il faut donc dire, sans hésiter, que celui qui est capable d'élire et d'être élu au Parlement, d'être juré en matière criminelle, est capable, à plus forte raison, sauf disposition contraire d'une loi spéciale, d'exercer tous autres droits politiques, d'être appelé à toutes fonctions publiques (4). Nous arrivons ainsi

(1) La loi du 1er juin 1853 *sur les conseils de prud'hommes* porte, dans son art. 6 : « Ne peuvent être éligibles ni électeurs les étrangers, ni « aucun des individus désignés dans l'art. 15 de la loi du 2 février 1852. »

(2) La loi du 21 novembre 1872 (art. 2, n° 8) dit : « Les faillis non « réhabilités, dont la faillite a été déclarée soit par les tribunaux fran- « çais, soit par jugement rendu à l'étranger, mais exécutoire en France. »

(3) Voy. notamment la loi organique du 30 novembre 1875 *sur l'élection des députés;* et la loi du 9 décembre 1884, *portant modification aux lois organiques sur l'organisation du Sénat et sur les élections des sénateurs.*

(4) Il est même absolument hors de doute qu'il est électeur et éligible au conseil général, au conseil d'arrondissement, au conseil municipal, au tribunal de commerce. Voy. la loi du 10 août 1871, art. 5 et 6; la loi du 5 avril 1884, art. 14 et 32; la loi du 8 décembre 1883, art. 2, n° 8, et art. 8.

à cette conséquence que la suspension des droits de citoyen, prononcée par la Constitution de l'an VIII contre l'héritier immédiat du failli non réhabilité, n'existe plus aujourd'hui sous aucun rapport (1).

— Il me reste à indiquer certaines fonctions qui n'ont rien de politique et auxquelles, par conséquent, un failli non réhabilité pourrait être appelé nonobstant la règle écrite dans l'art. 5 de la Constitution de l'an VIII.

D'abord le service de la garde nationale n'était point interdit au failli non réhabilité. Cela résulte notamment des dispositions suivantes que contenait la loi du 22 mars 1831 : Pourront être appelés à faire le service les étrangers admis à la jouissance des droits civils, conformément à l'art. 13 du Code civil, lorsqu'ils auront acquis en France une propriété ou qu'ils y auront formé un établissement (art. 10); le service de la garde nationale est interdit aux individus privés de l'exercice des droits civils, conformément aux lois (art. 13). Enfin, cette loi de 1831 déclarant exclus de la garde nationale les condamnés à des peines afflictives ou infamantes, ce qui comprend les banqueroutiers frauduleux, et certains condamnés en police correctionnelle, au nombre desquels les banqueroutiers simples, on pouvait en conclure *a contrario* que l'exclusion n'atteignait pas le commerçant simplement failli. — La loi organique du 13 juin 1851 admettait bien aussi que, pour être appelé à faire partie de la garde nationale, il n'est pas nécessaire d'avoir l'exercice des droits politiques (2). Cependant elle déclarait exclus de la garde

(1) Comp. M. Massé, *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*, t. II, n° 1207. — C'est probablement par simple inadvertance que M. Bédarride avait laissé subsister dans sa 4e édition, qui porte la date de 1862, le passage suivant : « Le failli ne peut rien « transmettre à ses enfants, sans leur rendre commune sa propre inca- « pacité. L'art. 5 de la Constitution de l'an VIII, à laquelle les lois pos- « térieures n'ont nullement dérogé quant à ce, prive, en effet, de l'exer- « cice des droits de citoyen son héritier immédiat, qui détient à titre « gratuit sa succession totale ou partielle » (t. III, n° 1309). Ce passage a disparu de la 5e édition, datée de 1874.

(2) En effet, aux termes de l'art. 19 de cette loi, « peuvent être appelés « à faire partie du service ordinaire les étrangers admis à la jouissance « des droits civils, conformément à l'art. 13 du Code civil ».

nationale les faillis non réhabilités (1). Sur quoi donc est fondée cette exclusion? Nous le voyons dans le *rapport* (2) : « Il faut, y est-il dit, que l'honneur de la garde nationale « soit préservé de l'atteinte que lui causerait la présence des « hommes que la justice a flétris. » Il ne s'agit donc pas ici d'une incapacité politique, mais d'une incapacité qui tient à ce que l'honorabilité de la personne est entamée par le jugement déclaratif de faillite. — Enfin, en dernier lieu, le failli non réhabilité n'était pas incapable, en droit, de faire partie de la garde nationale; mais, en fait, il n'y était pas admis. En effet, le décret du 11 janvier 1852, qui est resté en vigueur jusqu'en 1870, dit, dans son art. 8 : « La garde nationale « se compose de tous les Français, et des étrangers jouissant « des droits civils, qui sont admis par le conseil de recen- « sement... » Et le commentaire de cet art. 8 se trouve dans la Circulaire adressée aux préfets par le ministre de l'intérieur pour l'exécution du décret : « Les conseils de recen- « sement, dit la Circulaire, devront apporter à l'accomplis- « sement de leur mandat une résolution très arrêtée de « n'introduire dans les rangs de la garde nationale que des « hommes notoirement connus par leurs antécédents hono- « rables, leur bonne conduite et leur inébranlable dévoue- « ment aux principes conservateurs de la société » (3).

On a prétendu quelquefois que la tutelle, la subrogée tutelle, même la qualité de membre d'un conseil de famille, sont considérées par la loi française comme des dépendances du droit politique (4), c'est-à-dire comme des fonctions publiques. Mais, d'une part, cette manière de voir est contraire à la nature des choses. En effet, exercer un droit politique, remplir une fonction publique, c'est participer

(1) « Sont exclus de la garde nationale, dit l'art. 9, 1° tous les individus « énumérés en l'art. 8 de la loi du 31 mai 1850... »

(2) *Rapport* de M. Henri de Riancey à l'Assemblée nationale législative.

(3) Un décret du Gouvernement de la défense nationale, du 7 septembre 1870, porte, dans son art. 1er : « Les faillis concordataires, ceux dont la « faillite a été clôturée par insuffisance d'actif et les faillis déclarés excu- « sables, sont admis à faire partie de la garde nationale. Toute disposi- « tion contraire est annulée. »

(4) Voy. notamment M. Valette, *Explic. sommaire du Livre I du Code Napoléon*, p. 414, note.

dans une certaine mesure à la souveraineté nationale, au gouvernement du pays; or la mission du tuteur, du subrogé tuteur, du conseil de famille, n'a évidemment rien de semblable : elle se borne à défendre les intérêts privés d'une personne incapable de les défendre par elle-même. La fonction du tuteur, du subrogé tuteur, du conseil de famille, est analogue à celle d'un mandataire ordinaire, chargé d'agir dans l'intérêt d'un particulier : ce n'est nullement une fonction publique. Et, d'autre part, comme l'a très bien montré un jeune et savant docteur, prématurément enlevé à la science, M. Barrilliet (1), il est impossible de trouver dans nos Codes une trace de cette idée que la qualité de tuteur suppose la jouissance et l'exercice des droits politiques (2). Donc, si le failli non réhabilité doit être exclu ou destitué de la tutelle, du moins faut-il reconnaître que ce n'est pas parce que l'exercice des droits politiques est suspendu en sa personne (3). Je rechercherai bientôt s'il n'y a pas un autre motif pour décider que le failli doit être exclu et destitué de la tutelle.

Ce qui vient d'être dit relativement au tuteur s'applique sans difficulté au curateur que le conseil de famille nomme au mineur émancipé (C. civ., art. 480); de même au conseil judiciaire qui peut être donné par le tribunal à un individu pour cause de faiblesse d'esprit ou de prodigalité (C. civ., art. 499 et 513). Il est impossible de considérer ce curateur, ce conseil judiciaire, comme exerçant un droit politique, comme remplissant une fonction publique.

Je décide encore de même en ce qui concerne le curateur à une succession vacante (4) et le syndic d'une faillite. La

(1) *Revue pratique de droit français*, t. XVI, p. 551 et suiv.

(2) Je soutenais déjà en 1844 qu'un étranger peut être en France tuteur d'un Français, et la Cour de cassation s'est prononcée en ce sens, du moins pour le cas où il s'agit d'un ascendant, par un arrêt du 16 février 1875 (Dev.-Car., 75, 1, 193).

(3) Aussi M. Derouet, qui recherche dans un long article si le jugement déclaratif de faillite entraîne exclusion et destitution de la tutelle, et qui se prononce pour l'affirmative (*Revue pratique*, t. XVI, p. 519 et suiv.), ne prend-il même pas la peine de rappeler que le failli est privé de l'exercice des droits politiques.

(4) Voy., au Code civil, les art. 811 et suiv.

mission de ce curateur ou de ce syndic consiste à gérer des biens : il est délégué par la justice dans un intérêt pécuniaire, dans un intérêt privé. Il n'est point un fonctionnaire public : il n'a pas besoin d'avoir la jouissance et l'exercice des droits politiques. — La Cour de cassation paraît avoir une doctrine différente. Voici, en effet, ce que contient un arrêt de la Chambre des requêtes, du 7 janvier 1862 : « En « admettant que le syndic d'une faillite reçoive, par cela seul « qu'il est nommé par la justice, une délégation publique, et « qu'il ne puisse exercer un tel mandat qu'autant qu'il est « regnicole ou du moins admis en France à la jouissance « des droits civils, et que, sous ce rapport, une telle déléga« gation intéresse l'ordre public, il ne s'ensuit pas que le « moyen pris de l'illégalité résultant de ce qu'un étranger « aurait été nommé syndic puisse être présenté pour la pre« mière fois devant la Cour de cassation » (1). Mais évidemment il n'y a rien de sérieux dans ce *considérant* : tous les principes y sont confondus de la manière la plus déplorable. En effet, d'une part, si le syndic nommé par la justice recevait réellement une délégation publique, une délégation intéressant l'ordre public, il est clair que la justice ne pourrait jamais déléguer ainsi un étranger, cet étranger eût-il été admis à la jouissance des droits civils conformément à l'art. 13 du Code civil ; d'autre part, si la nomination aux fonctions de syndic présupposait la qualité de citoyen, sans aucun doute un étranger non naturalisé n'y serait pas valablement nommé, et, si en fait il l'avait été, la nullité d'une pareille nomination constituerait une violation de la loi parfaitement susceptible d'être invoquée pour la première fois devant la Cour de cassation (2). La Chambre des requêtes, je le soupçonne, a voulu trouver moyen de ne pas se prononcer franchement sur la question de savoir si un étranger peut être valablement nommé syndic d'une faillite par un tribunal français : sa décision, appuyée sur une hypothèse, est entortillée, inexacte et composée de parties qui se contredisent entre elles.

(1) *Gazette des tribunaux* du 8 janvier 1862.
(2) Comp. M. Barrilliet, *Revue pratique*, t. XV, p. 556.

Les experts remplissent-ils une fonction publique? Je ne le crois pàs. D'une part, je ne puis admettre, avec certains auteurs, que l'expertise constitue une délégation de la fonction du juge : car la loi dit, en termes formels, que les juges ne sont point astreints à suivre l'avis des experts si leur conviction s'y oppose (C. de procéd., art. 323). Et, d'autre part, je ne puis même pas admettre que le *rapport* des experts soit véritablement un acte authentique : car la définition de l'acte authentique donnée dans l'art. 1317 du Code civil ne s'y applique que d'une manière bien imparfaite (1). La vérité est que le *rapport d'experts* contient un simple renseignement fourni à la justice, renseignement présumé exact en raison des connaissances spéciales et techniques de ceux à qui on le demande, renseignement dont l'exactitude ne serait nullement garantie par la circonstance que les experts devraient avoir la jouissance et l'exercice des droits politiques. Il doit donc être permis aux parties et au tribunal de réclamer le renseignement dont il s'agit près de ceux qui paraissent les plus capables de le donner, fussent-ils étrangers ou faillis, absolument comme les témoins qui viennent déposer en matière civile ou en matière criminelle sont appelés à éclairer la justice sur des faits dont ils ont connaissance, abstraction faite de leur qualité de citoyens (2).

Enfin, que décider relativement aux arbitres? Autrefois plusieurs auteurs faisaient une distinction, suivant qu'il s'agissait d'arbitrage volontaire ou d'arbitrage forcé : dans ce système, en cas d'arbitrage forcé, les arbitres devaient avoir la jouissance et l'exercice des droits politiques, tandis que cela n'était point indispensable en cas d'arbitrage volontaire. Aujourd'hui l'arbitrage suppose toujours un compromis, ou, en d'autres termes, il n'y a plus d'arbitrage forcé (3). Je suis disposé à croire que la fonction de l'arbitre n'est point une fonction publique, et qu'ainsi elle peut être valablement remplie même par un failli non réhabilité. Supposons que

(1) Comp. M. Barrilliet, *loc. cit.*, p. 552.
(2) Cette manière de voir est admise par MM. Lyon-Caen et Renault, t. II, nº 3103.
(3) Voy. la loi du 17 juillet 1856.

Pierre vende à Paul un certain objet, et qu'il soit convenu entre eux que le prix sera fixé par un tiers (1) : le tiers ainsi désigné par les parties n'est pas, à proprement parler, un arbitre, car il n'a pas à statuer sur un différend; la fixation par lui faite est l'événement d'une condition insérée dans le contrat, et sans aucun doute les parties peuvent choisir pour faire cette fixation une personne quelconque. Or, au fond, le rôle de l'arbitre est de même nature que le rôle de ce tiers. Lorsque deux personnes qui ont ensemble un différend font un compromis, cela veut dire que chacune promet d'abandonner telle prétention, de payer telle somme, etc., si la décision de l'arbitre est en ce sens (2). En un mot, ce que décide l'arbitre, cela ne vaut point comme la sentence d'un juge, d'un délégué du souverain, cela vaut purement et simplement comme convention des parties. L'arbitre condamnant Paul à payer à Pierre 20,000 fr., il se trouve que Paul était débiteur de 20,000 fr. sous une condition suspensive aujourd'hui réalisée. Ainsi tout ce que fait l'arbitre, il ne le fait qu'en vertu du pouvoir que lui donne la convention expresse ou tacite de deux particuliers. Il est donc impossible de voir en lui un fonctionnaire public, et c'est ce qui explique pourquoi sa décision n'aura la force d'un jugement qu'après qu'elle aura été déclarée exécutoire par le président du tribunal ou de la Cour, conformément aux art. 1020 et 1021 du Code de procédure (3).

— Les incapacités politiques qu'entraîne la déclaration de faillite ne sont point attachées, en général, à l'ouverture d'une liquidation judiciaire. C'est ce qui résulte *a contrario* de l'art. 21 de la loi du 4 mars 1889, lequel est ainsi conçu : « A partir du jugement d'ouverture de la liquidation judi-« ciaire, le débiteur ne peut être nommé à aucune fonction « élective; s'il exerce une fonction de cette nature, il est « réputé démissionnaire » (4).

(1) C'est le cas prévu par l'art. 1592 du Code civil.

(2) Le compromis n'est autre chose qu'une espèce de transaction conditionnelle.

(3) Comp. M. Barrilliet, *loc. cit.*, p. 545 et suiv. Voy. aussi MM. Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*

(4) Cette rédaction est due à la Commission du Sénat. La Chambre des

2e Classe. *Incapacités commerciales*. — Le nouvel art. 613 du Code de commerce reproduit littéralement l'ancien art. 614, qui était ainsi conçu : « Nul commerçant failli ne pourra se « présenter à la Bourse, à moins qu'il n'ait obtenu sa réhabi- « litation » (1). En conséquence, l'autorité chargée de la police de la Bourse devrait expulser le failli qui s'y présenterait. — La disposition dont il s'agit a été ajoutée en 1807, sur la demande des Sections du Tribunat. Voici, en résumé, comment était motivée leur réclamation à cet égard :

« La réhabilitation fait supposer nécessairemeut que celui qui la demande a souffert une diminution de droits; une espèce de dégradation, et c'est ce qui n'est pas annoncé dans le projet. En sorte que le but de la loi en cette partie n'est pas indiqué... La réhabilitation laisse toujours supposer un changement d'état que le failli aurait éprouvé dans la société; nulle part on ne voit ce changement d'état. Cette circonstance conduit à l'idée d'établir entre le failli et les autres commerçants une distinction qui, ayant le caractère de la honte, engagerait les commerçants à redoubler d'efforts et de soins pour prévenir une faillite qui, quoiqu'elle n'ait point les caractères de banqueroute, ne laisse pas d'avoir des suites fâcheuses et d'imprimer une tache sur le failli. Il serait à propos que la loi privât le failli du droit d'entrer à la Bourse jusqu'à sa réhabilitation. Tel est l'usage qui se pratique dans plusieurs places considérables de commerce, et cet usage justifierait une disposition législative à ce sujet. »

députés avait d'abord voté la disposition suivante : « Le débiteur dont « le concordat est homologué n'encourt d'autre incapacité que l'inter- « diction d'être élu membre du tribunal de commerce, de la chambre de « commerce, du conseil de prud'hommes et des chambres consultatives « des arts et manufactures. » — Il résulte de l'art. 24 de la loi de 1889 que l'incapacité établie par l'art. 21 ne peut cesser que par la réhabilitation.

(1) On peut rattacher à cette disposition l'art. 83, aux termes duquel le failli ne peut être ni agent de change ni courtier : car on ne comprend pas un agent de change ou un courtier qui n'aurait pas le droit de se présenter à la Bourse. Mais je crois que la règle de l'art. 83 tient surtout à ce que la loi considère les agents de change et les courtiers comme étant des fonctionnaires publics. Voy. ci-dessus, p. 200 et 201.

L'entrée de la Bourse avait déjà été défendue aux faillis par un arrêt du Conseil du 21 avril 1766 (1).

— Aux termes du décret du 16 janvier 1808, *qui arrête définitivement les statuts de la Banque de France*, « la Banque « n'admet à l'escompte que des effets de commerce à ordre, « timbrés, et garantis par trois signatures au moins, notoi- « rement solvables; la Banque peut cependant admettre à « l'escompte des effets garantis par deux signatures seule- « ment, mais notoirement solvables, et après s'être assurée « qu'ils sont créés pour fait de marchandises, si on ajoute à « la garantie des deux signatures un transfert d'actions de « la Banque ou de 5 p. 100 consolidé, valeur nominale » (art. 11 et 12). Lorsque sur un effet présenté à l'escompte se trouve la signature d'un failli non réhabilité, va-t-on dire par cela même qu'elle n'est pas *notoirement solvable?* Evidemment non : un homme peut avoir été autrefois déclaré en faillite, et se trouver aujourd'hui, bien que n'ayant point obtenu la réhabilitation, dans un état tel que personne n'hésitera à tenir sa signature pour *notoirement solvable ;* — comme, réciproquement, il est bien certain que la signature d'un failli qui se fait réhabiliter ne devient pas par cela seul *notoirement solvable*. Quand il s'agit d'appliquer les art. 11 et 12 du décret de 1808, l'un des signataires de l'effet présenté à l'escompte étant un failli, la circonstance qu'il a été ou qu'il n'a pas été réhabilité n'est donc pas d'une importance décisive. Mais le même décret de 1808 prévoit une hypothèse où il en est tout autrement, où la circonstance que le failli n'a pas

(1) Cet arrêt du Conseil est motivé comme il suit : « Attendu que de « tout temps l'entrée de la Bourse a été naturellement interdite à ceux « qui ont atermoyé avec leurs créanciers, où dont les affaires ont été « autrement dérangées, et que ce n'est qu'après s'être entièrement « acquittés qu'ils ont obtenu leur réhabilitation et leur rentrée à la « Bourse; que cependant cet usage, pris dans la sûreté des choses « publiques, ne s'est pas maintenu autant qu'il aurait été à désirer, sans « doute par le défaut d'une loi expresse à ce sujet pour la ville de Paris...; « qu'il paraît d'une importance absolue de rendre commune à toutes les « personnes qui fréquentent la Bourse une partie des dispositions de « l'arrêt du Conseil du 24 septembre 1724 (qui défend qu'un failli puisse « être agent de change), et d'établir à Paris une loi déjà connue dans « plusieurs villes du royaume... »

été réhabilité le constitue dans un véritable état d'incapacité : « Tout failli non réhabilité, dit l'art. 50, ne peut être admis « à l'escompte » (1). Du reste, je ne crois pas que dans la pratique cette disposition cause un embarras bien sérieux au failli non réhabilité qui veut faire escompter un effet de commerce dont il est porteur.

— Le décret du 8 juin 1806 *concernant les théâtres* disait, dans son art. 13 : « Tout entrepreneur qui aura fait faillite ne « pourra plus rouvrir de théâtres. » Cette disposition avait été expressément maintenue par l'Ordonnance royale du 8 décembre 1824, *relative à l'organisation des théâtres dans les départements*, dont l'art. 10 était ainsi conçu : « Conformément « à l'art. 13 du décret de 1806, tout directeur qui aura fait « faillite ne pourra être appelé de nouveau à la direction d'un « théâtre. » A cet égard, je ferai seulement deux observations :

1° Celui que le décret et l'Ordonnance déclarent incapable d'ouvrir un théâtre ou d'être appelé à la direction d'un théâtre, ce n'est pas d'une manière générale le commerçant failli; c'est uniquement celui qui a fait faillite étant déjà entrepreneur ou directeur d'un théâtre. Le texte du décret ni celui de l'Ordonnance ne peuvent laisser le moindre doute à cet égard.

2° L'article du décret ni celui de l'Ordonnance ne disent rien de la réhabilitation. On pourrait donc soutenir que l'incapacité dont il s'agit continue d'affecter même le failli réhabilité. Mais cette interprétation serait contraire au système général de la loi sur la réhabilitation, et je suis disposé à croire qu'ici comme en toute autre matière la réhabilitation obtenue par le failli efface toutes les conséquences qu'avait produites contre lui le jugement déclaratif (2).

Cette incapacité particulière du directeur de théâtre qui a fait faillite existe-t-elle encore aujourd'hui, sous l'empire du décret du 6 janvier 1864? La question me paraît assez délicate.

(1) Le décret a pourvu à ce qu'il y eût possibilité de se conformer à cette disposition. L'art. 51 ajoute : « Il sera tenu un registre où seront « inscrits les noms et demeures des commerçants qui ont fait faillite. Ce « registre contiendra : la date ou l'époque de la faillite; l'époque de la « réhabilitation, si elle a eu lieu. »

(2) Comp. l'observation déjà faite à propos des prud'hommes, ci-dessus, p. 199.

En effet, d'une part, il résulte bien de l'art. 1er de ce décret que tout individu peut faire construire et exploiter un théâtre, à la charge de faire une simple déclaration à l'autorité : ni cet art. 1er, ni aucun autre article du même décret n'excluent le failli du bénéfice du droit commun. Mais, d'autre part, on peut dire que le sens véritable de l'art. 1er est que désormais, pour pouvoir exploiter un théâtre, il n'est plus nécessaire d'avoir obtenu de l'autorité un privilège; que cet art. 1er ne signifie pas qu'il n'existe plus aucune personne incapable d'exploiter un théâtre; et qu'en effet l'art. 8 n'abroge les dispositions des décrets et ordonnances antérieurs qu'autant qu'elles seraient contraires au présent décret, ce qui ne paraît pas être le cas de l'art. 13 du décret de 1806 et de l'art. 10 de l'Ordonnance de 1824. — En définitive, je suis disposé à croire que l'incapacité établie en 1806 et consacrée en 1824 n'existe plus aujourd'hui. Cette incapacité se conçoit bien à une époque où l'autorité accordait un privilège à l'effet d'exploiter un théâtre : l'autorité était responsable, au moins moralement, de la mauvaise gestion de l'entrepreneur ou directeur agréé et privilégié par elle. Alors le Gouvernement posait d'avance une règle générale portant que le privilège ne pourrait jamais être accordé à un individu dont les antécédents étaient de nature à faire craindre une mauvaise gestion, à faire craindre, par conséquent, que l'autorité qui l'aurait choisi ne se trouvât jusqu'à un certain point compromise. Aujourd'hui, tout individu étant libre d'exploiter un théâtre, comme en général d'entreprendre un commerce quelconque, l'autorité ne peut encourir aucune espèce de reproche par suite de la mauvaise gestion du directeur : elle ne l'a point nommé, elle ne l'a point recommandé au public (1). C'est à ceux qui contractent avec lui à voir si ses

(1) Sans doute, quand une salle de théâtre appartient à l'État ou à une ville, l'État ou la ville propriétaire peut la louer ou la concéder gratuitement à tel entrepreneur de spectacles; l'État ou la ville peut même accorder une subvention à cet entrepreneur (décret du 6 janvier 1864, art. 1 *in fine*). Mais il n'y a là rien qui ressemble à l'ancienne concession d'un *privilège*. Et, en droit, la position de l'entrepreneur qui a traité avec l'État ou avec la ville, ou qui reçoit une subvention, ne diffère point de celle d'un entrepreneur ordinaire.

antécédents sont de nature à faire espérer qu'il remplira ses engagements. Le motif qui avait dicté la disposition du décret de 1806 et de l'Ordonnance de 1824 a donc cessé d'exister. J'ajoute qu'en faveur de cette doctrine on peut tirer un argument *a contrario* assez puissant de l'art. 2 du nouveau décret, lequel est ainsi conçu : « Les entrepreneurs de théâtres « devront se conformer aux ordonnances, décrets et règle- « ments, pour tout ce qui concerne l'ordre, la sécurité et la « salubrité publics. Continueront d'être exécutées les lois « existantes sur la police et la fermeture des théâtres, ainsi « que sur la redevance établie au profit des pauvres et des « hospices » (1).

3e Classe. *Incapacités qui tiennent à ce que l'honorabilité du failli non réhabilité est suspecte.* — Cette idée que l'honorabilité du failli est suspecte tant qu'il n'a pas obtenu sa réhabilitation peut seule expliquer les dispositions suivantes :

Décret organique de la Légion d'honneur, du 16 mars 1852, art. 39 : « L'exercice des droits et des prérogatives des mem- « bres de la Légion d'honneur est suspendu par les mêmes

(1) Il résulte d'une Ordonnance rendue en Conseil d'État, le 14 novembre 1821, que la faillite d'un directeur de théâtre entraine nécessairement le retrait du privilège qui lui était concédé, et que ses créanciers ne peuvent pas, à moins que l'Administration ne les y autorise, continuer l'exploitation. « Dans l'espèce, disent les *considérants* de l'Ordonnance, le cas de « faillite ne pouvait être régi par les règles du droit civil, mais par le « décret du 8 juin 1806, qui interdit aux faillis la direction des théâtres; « aux termes de ce décret, le sieur F... ne pouvait continuer son entre- « prise ni la transmettre à ses ayants cause » (Dev.-Car., *Coll. nouv.*, VI, 2, 484). — Cette décision ne devrait plus être donnée aujourd'hui. Puisque tout individu peut exploiter un théâtre, à la charge de faire une déclaration à l'autorité, il s'ensuit évidemment que celui qui a commencé l'exploitation d'un théâtre peut céder son entreprise à qui bon lui semble, et aussi que ses créanciers peuvent continuer l'exploitation en son lieu et place conformément à l'art. 1166 du Code civil. Spécialement au cas où le directeur ou entrepreneur vient à être déclaré en faillite, nous appliquerons les règles générales du Code de commerce, nous appliquerons entre autres l'art. 532, aux termes duquel les créanciers, à la majorité des trois quarts en nombre et en sommes, peuvent donner mandat aux syndics pour continuer l'exploitation.

« causes que celles qui suspendent les droits de citoyen fran-
« çais » (1).

Décret du 24 novembre 1852 *sur la discipline des membres de la Légion d'honneur et des décorés de la médaille militaire*, art. 2 : « Lorsqu'un membre de l'ordre est suspendu de ses droits « de citoyen français, sur le vu de l'acte constatant cette sus- « pension, le grand chancelier, après avoir pris l'avis du con- « seil de l'ordre, fait opérer sur les matricules la mention que « cet individu est suspendu de tous les droits et prérogatives « attachés à la qualité de membre de l'ordre, ainsi que du « droit au traitement qui y est affecté. » — Art. 6. « Les dis- « positions du Titre VI du décret du 16 mars dernier sur l'or- « dre de la Légion d'honneur, ainsi que le présent décret, « sont applicables aux décorés de la médaille militaire... » — Art. 7. « La suspension des droits et prérogatives attachés à « la qualité de membre de la Légion d'honneur ou de décoré « de la médaille militaire emporte la suspension de l'autori- « sation de porter les insignes d'un ordre étranger quel- « conque. »

Je dis que l'incapacité ou la déchéance que consacrent ces dispositions tient à ce que l'honorabilité du failli non réhabilité est suspecte (2). Au premier abord, on serait tenté de la rattacher immédiatement à la suspension des droits politiques qui résulte du jugement déclaratif de faillite : on serait tenté de croire que, d'après la doctrine du législateur, pour pouvoir exercer les droits et prérogatives attachés à la qualité de membre de la Légion d'honneur, il faut nécessairement avoir la jouissance et l'exercice des droits politiques. En effet, le texte même des décrets de 1852 paraît mettre les

(1) L'art. 2 de l'arrêté du 24 ventôse an XII contenait déjà la même disposition, avec ces mots en plus : *d'après l'art. 5 de la Constitution*. En conséquence, il fallait dire que le membre de la Légion d'honneur qui devenait héritier immédiat d'un failli non réhabilité encourait par là même la suspension dont il s'agit. Il n'en est plus ainsi aujourd'hui. Comp., ci-dessus, p. 206 et 207.

(2) Sans doute les incapacités politiques et commerciales dont nous avons parlé tiennent aussi, jusqu'à un certain point, à ce que le législateur considère comme suspecte l'honorabilité du failli. Mais l'incapacité ou la déchéance dont nous parlons maintenant dérive plus directement, plus exclusivement, de cette idée.

deux choses sur la même ligne, comme si la suspension des droits politiques encourue par le failli impliquait naturellement la suspension des droits et prérogatives attachés à la qualité de membre de la Légion d'honneur. Mais il me paraît impossible de considérer comme étant un droit politique, comme supposant la qualité de citoyen, le droit de faire partie de la Légion d'honneur. En d'autres termes, si le jugement déclaratif de faillite emporte suspension des droits politiques et suspension des droits et prérogatives attachés à la qualité de membre de la Légion d'honneur, ce sont là deux effets parfaitement distincts et dont le premier n'impliquait point le deuxième. Il est facile de le démontrer. En effet, pour jouir des droits politiques, il faut avant tout avoir vingt et un ans accomplis et être Français; or, rien ne s'oppose à ce qu'un mineur fasse partie de la Légion d'honneur (1), et de même un étranger peut très bien y être admis (2). Cela étant, il faut évidemment reconnaître que, si le failli encourt la suspension des droits attachés à la qualité de membre de la Légion d'honneur, ce n'est point parce qu'il encourt la suspension des droits politiques, c'est uniquement parce que son honorabilité est aujourd'hui suspecte. De là les conséquences suivantes :

1° Si un mineur ou un étranger, membre de la Légion d'honneur, venait à être déclaré en faillite, assurément cela n'entraînerait pas pour lui suspension des droits de citoyen qu'il n'a jamais eus, mais cela entraînerait sans difficulté suspension des droits attachés à cette qualité de légionnaire;

2° Si par erreur le Gouvernement avait appelé à faire partie de la Légion d'honneur un failli non réhabilité, il y aurait lieu d'annuler une pareille nomination.

Dans cette doctrine, que je crois la seule exacte, il reste un point à expliquer : comment se fait-il que tout individu qui

(1) Voy. notamment, dans le décret organique, les art. 11, 15, 16 et 17.

(2) « Les étrangers, dit l'art. 7 du décret organique, seront admis et « non reçus; ils ne prêtent aucun serment et ne figurent pas dans le « cadre fixé. »

Il n'est même pas sans exemple que la croix de la Légion d'honneur ait été donnée à une femme.

perd la qualité de Français (1), perde par cela même la qualité de membre de la Légion d'honneur? Quand on y regarde de près, on reconnaît bien vite que cela n'a rien de contraire à la doctrine qui vient d'être exposée. En effet, comme l'indique la devise même qui est gravée sur la croix (2), pour avoir le droit de porter cette croix, il faut rester fidèle à l'honneur et à la patrie. Celui qui est déclaré en faillite est-il resté fidèle à l'honneur? Cela est douteux. Le Français qui a perdu cette qualité est-il resté fidèle à la patrie? Il est certain que non (3).

— Nous avons vu que la qualité de tuteur, subrogé tuteur ou membre d'un conseil de famille, ne présuppose ni l'exercice ni même la jouissance des droits politiques. S'ensuit-il que cette qualité n'ait rien d'incompatible avec celle de failli non réhabilité? Je ne puis le croire d'une manière absolue. Aux termes de l'art. 444 du Code civil, « sont exclus de la « tutelle, et même destituables s'ils sont en exercice : 1° les « gens d'une inconduite notoire; 2° ceux dont la gestion « attesterait l'incapacité ou l'infidélité ». Sans doute il est possible qu'un commerçant soit déclaré en faillite sans qu'il y ait eu de sa part inconduite notoire, incapacité ou infidélité; mais on peut présumer le contraire, et le conseil de famille ne doit laisser la tutelle à un failli qu'autant qu'il lui sera bien démontré que son honorabilité est entière et que la catastrophe qui vient de le frapper n'est point due à son incapacité. Il y a donc là, en définitive, une question de fait (4).

(1) Décret organique du 16 mars 1852, art. 38; décret du 24 novembre 1852, art. 1er.

(2) Décret organique, art. 8.

(3) Le Gouvernement français peut décorer un étranger; mais, quand il décore un Français, il faut toujours sous-entendre une condition résolutoire pour le cas où ce Français cesserait de l'être.

(4) En ce sens, voy. notamment M. Demolombe, *Traité de la minorité, de la tutelle et de l'émancipation*, t. I, n° 492; la dissertation déjà citée de M. Derouet (*Revue pratique de droit français*, t. XVI, p. 519 et suiv.); MM. Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 3103. Voy. aussi l'arrêt de la Cour de Besançon du 31 août 1870 (Dev.-Car., 71, 2, 162).

M. Demolombe ne tombe-t-il pas dans une certaine contradiction, en admettant, d'une part, que la tutelle est une sorte de fonction publique (*Cours de Code civil*, t. I, n° 245), et, d'autre part, que la tutelle peut être laissée à un failli?

Nous connaissons maintenant les incapacités qu'entraîne le jugement déclaratif de faillite et que vient effacer la réhabilitation. En matière criminelle ou correctionnelle, la réhabilitation efface également toutes les incapacités qu'avait produites la condamnation (1).

Quant à la réhabilitation *commerciale*, après avoir indiqué les déchéances dont elle relève le failli, il ne nous reste plus qu'à rechercher si c'est à cela que se borne son efficacité, ou si au contraire à certains autres points de vue elle a encore des conséquences utiles.

D'abord on s'est demandé si l'hypothèque légale de la femme du failli reste soumise à la restriction établie par l'art. 563, même après que le failli a obtenu un concordat, même après qu'il a payé toutes ses dettes hypothécaires ou privilégiées et le montant intégral des dividendes promis par ce concordat aux créanciers chirographaires, tant qu'il n'a pas obtenu sa réhabilitation. La Cour suprême, par un arrêt de cassation du 1er décembre 1858, s'est prononcée pour l'affirmative, et je me suis rallié à cette doctrine (2). En effet,

(1) Aux termes du nouvel art. 634, 1er alinéa, du Code d'instruction criminelle (modifié par la loi du 14 août 1885), « la réhabilitation efface la « condamnation et fait cesser pour l'avenir toutes les incapacités qui en « résultaient. » Comme le disait déjà très bien l'*Exposé des motifs* de la loi du 3 juillet 1852, « la grâce agit sur les *inflictions matérielles*, la réha- « bilitation agit sur les *inflictions morales* ou sur les *incapacités* ». Ainsi, en matière criminelle, la réhabilitation fait cesser pour l'avenir tous les effets de la dégradation civique, sans distinguer si la dégradation civique a été encourue accessoirement à une autre peine, ou si elle a été prononcée principalement (Code d'instr. crim., nouvel art. 620); en matière correctionnelle, la réhabilitation fait cesser pour l'avenir tous les effets de l'*interdiction* prononcée conformément aux art. 42 et 43 du Code pénal. Enfin la réhabilitation faisait également cesser pour l'avenir l'effet d'une peine commune aux matières criminelles et aux matières correctionnelles, peine qui tantôt était prononcée principalement et tantôt était encourue accessoirement à une autre peine : je veux parler du *renvoi sous la surveillance de la haute police* (C. pén., art. 44 et suiv.; C. d'instr. crim., art. 620, 3e alinéa). L'art. 19, 2e alinéa, de la loi du 27 mai 1885 est ainsi conçu : « La peine de la surveillance de la haute police est supprimée. Elle « est remplacée par la défense faite au condamné de paraître dans les « lieux dont l'interdiction lui sera signifiée par le Gouvernement avant sa « libération ».

(2) Voy. notre t. V, p. 568, note.

l'homologation du concordat fait bien cesser l'administration des syndics; mais, à tous autres égards, l'état de faillite subsiste tant qu'il n'y a pas eu réhabilitation. Il n'y a que le réhabilité qui puisse dire : « J'ai été failli, je ne le suis plus. »

En second lieu, on s'est demandé si la réhabilitation obtenue par un failli concordataire, qui plus tard est reconnu n'avoir pas complètement payé certains de ses créanciers, ne devait pas avoir pour effet d'astreindre ce failli à la nécessité de désintéresser intégralement les créanciers dont il s'agit, encore que ceux-ci n'eussent formé aucune opposition à la demande en réhabilitation. Le tribunal de commerce de la Seine, par un jugement du 11 janvier 1843, confirmé en appel le 23 mai 1844, s'était prononcé contre les créanciers (1). Mais cette décision a été cassée, sur les conclusions conformes de M. Pascalis, alors premier avocat général, par un arrêt de la Chambre civile du 20 mai 1846. Cet arrêt me paraît exactement motivé, et je me borne, en conséquence, à en reproduire ici les *considérants :*

« Attendu que la réhabilitation ne peut être accordée que « sur la justification faite par le failli qu'il a payé l'inté- « gralité de ses dettes, en capitaux, intérêts et frais; qu'elle « a pour effet nécessaire de faire cesser complètement l'état « de faillite et d'en effacer les conséquences; qu'ainsi le débi- « teur ne saurait être admis tout à la fois à jouir du bénéfice « de la réhabilitation et à maintenir ses créanciers dans les « liens d'un concordat;

(1) « L'arrêt de réhabilitation, est-il dit dans le jugement, se borne à « constater que le failli s'est acquitté intégralement, en principal, intérêts « et frais, envers ses créanciers, et que toutes les formalités voulues par la « loi ont été remplies, sans imposer au failli réhabilité l'obligation de « satisfaire de la même manière le créancier qui viendrait se faire ulté- « rieurement connaître. Dans le silence de la loi, il convient d'examiner « si le failli, en demandant sa réhabilitation, s'oblige par cela même à payer « intégralement toutes ses dettes, même celles dont il a pu ignorer l'exis- « tence; s'il peut être en même temps failli concordataire vis-à-vis de « quelques-uns de ses créanciers, et failli réhabilité à l'égard des autres. « La réhabilitation est facultative; l'obligation de payer ne peut résulter « que de conventions expresses; le concordat est le seul contrat qui lie « les parties, et l'arrêt de réhabilitation, en restituant à S... des droits « perdus, n'a créé aucune obligation nouvelle... »

« Attendu que, soit les preuves du paiement intégral des « dettes que le débiteur est tenu de rapporter à l'appui de sa « demande en réhabilitation, soit la publicité que reçoit cette « demande, soit les investigations prescrites aux juges avant « d'y faire droit, témoignent ouvertement que la volonté « de la loi est que la libération soit entière, et que toute « créance soit payée, sans distinction de celles qui ont été « ou n'ont pas été comprises dans l'état de faillite; — Que « c'est dans cette vue que la loi autorise les créanciers non « désintéressés à former opposition à la réhabilitation; mais « qu'elle ne leur fait pas une nécessité de cette opposition, « et qu'elle ne prononce contre ceux qui ne l'auront pas « faite aucune déchéance ni forclusion de leurs droits, tels « qu'ils existaient avant la faillite; qu'elle est surtout fort « éloignée de vouloir les ramener à l'exécution du concordat, « auquel le débiteur renonce virtuellement par sa demande « en réhabilitation, concordat qui par conséquent est incom- « patible avec la réhabilitation; — Qu'en effet la réhabili- « tation doit être entière; qu'elle ne comporte pas de moyen « terme; qu'elle doit seule régler la condition du réhabilité « à l'égard de tous ses créanciers sans exception; qu'il ne « peut rester failli pour les uns et réhabilité pour les autres; « qu'enfin la réhabilitation opère une restitution d'état, et « que l'état des personnes est indivisible... » (1).

Ainsi, la réhabilitation ne doit être prononcée qu'au profit du failli qui a intégralement payé ses créanciers; prononcée dans un cas où cette condition n'était pas remplie, elle implique promesse du failli de la remplir à première réquisition. En d'autres termes, l'arrêt portant réhabilitation constate pour le public que le failli a complètement désintéressé ses créanciers, ou, tout au moins, si quelque dette non payée est restée inconnue, qu'il y fera honneur (2).

(1) Dev.-Car., 46, 1, 359.

(2) Voy. aussi, en ce sens, MM. Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 3107.

LIVRE QUATRIÈME

DE LA JURIDICTION COMMERCIALE

*M. Bravard, dans sa chaire, ne pouvait consacrer qu'une seule leçon à l'explication des matières importantes qui font l'objet de ce Livre IV. Il ne disait même rien des dispositions comprises sous les Titres III et IV, lesquelles, du reste, seraient mieux placées dans le Code de procédure civile que dans le Code de commerce (1).

Je vais d'abord reproduire ici la leçon faite par le savant professeur le 5 juillet 1860 : on y trouvera un excellent tableau d'ensemble sur les juridictions et sur la compétence en matière de commerce. J'entrerai ensuite dans l'examen détaillé des dispositions législatives.*

(1) Titre III, *De la forme de procéder devant les tribunaux de commerce;* Titre IV, *De la forme de procéder devant les Cours d'appel.*

NOTIONS GÉNÉRALES SUR LES JURIDICTIONS ET SUR LA COMPÉTENCE.

Les juridictions commerciales, sous l'empire du Code de 1808, étaient au nombre de trois, savoir : les tribunaux de commerce, les arbitres en matière de sociétés, les prud'hommes. Aujourd'hui, depuis la loi du 17 juillet 1856, qui a supprimé l'arbitrage forcé en matière de société (1), les juridictions commerciales se réduisent à deux, les tribunaux de commerce et les prud'hommes (2). Je vais essayer de donner une idée succincte, et cependant assez précise, de chacune de ces juridictions.

Mais, avant tout, quelle est la raison d'être des juridictions commerciales? C'est l'insuffisance de la juridiction civile; c'est le peu d'harmonie qui existe entre les conditions propres à cette juridiction et la nature particulière des opérations commerciales, des contestations qui en résultent. Cette inaptitude, si je puis m'exprimer ainsi, de la juridiction civile pour le jugement des contestations commerciales se manifeste à un triple point de vue :

D'abord la marche de la juridiction ordinaire ou civile est lente, et cette lenteur a été considérée comme une garantie des intérêts engagés dans les contestations judiciaires, surtout pour les affaires criminelles : la précipitation dans les jugements a, en effet, quelques graves inconvénients, de véritables dangers surtout en matière criminelle. Mais les affaires commerciales ne sauraient s'accommoder de ces lenteurs : il est de leur nature, de leur essence, de se former et de s'exécuter rapidement. Dans le commerce, le temps est un capital, une sorte de richesse; tout retard, toute entrave, est une cause de dommage, un obstacle. Il fallait donc

(1) Voy. notre t. I, p. 491 et suiv.

(2) Ajoutons, avec MM. Lyon-Caen et Renault (*Traité de droit commercial*, 2e édition, t. I, nº 326), qu'en pays étranger les *consuls* ont une juridiction, volontaire ou contentieuse, d'une grande importance surtout au point de vue maritime.

instituer, pour juger les différends qui s'élèvent en matière commerciale, une juridiction qui procédât avec plus de rapidité que ne le fait la juridiction ordinaire, sous peine de créer des difficultés au lieu de les aplanir, de mettre l'instrument judiciaire en contradiction avec la matière sur laquelle il doit s'exercer.

A un second point de vue, la juridiction ordinaire ne convenait pas au jugement des contestations commerciales : devant elle, les formes sont compliquées, et les frais assez considérables. Le taux de ces frais et la complication de ces formes n'ont sans doute rien d'exorbitant en matière civile, où les contestations sont peu nombreuses et ne se renouvellent que de loin en loin, où elles sont si rares, même, qu'il y a beaucoup de personnes qui n'ont jamais eu de procès en leur vie. Mais, en matière commerciale, les contestations sont aussi multipliées que les opérations mêmes qui les engendrent ou auxquelles elles se rattachent; elles se succèdent, elles se renouvellent, en quelque sorte, comme ces opérations elles-mêmes. Dès lors, on le comprend, si, en matière commerciale, les formes de la procédure étaient aussi compliquées, les frais aussi élevés qu'en matière civile, il en résulterait, à raison du nombre des contestations, une aggravation très préjudiciable aux intérêts du commerce. Il fallait donc lui octroyer une juridiction devant laquelle les formes fussent plus simples, et les frais beaucoup moindres. C'est la seconde raison qui a fait établir des juridictions commerciales.

Il y a une troisième donnée, commune à toutes les juridictions commerciales et qui est aussi une de leurs raisons d'être : c'est le désir de terminer les différends à l'amiable, par la voie de la conciliation. Il n'y a pas de meilleur moyen de prévenir les frais et les embarras inséparables de tout procès; or, la première condition requise pour faciliter les conciliations, les arrangements à l'amiable, c'est que le magistrat qui s'interpose entre les parties les connaisse, soit en rapport avec elles, exerce ou ait exercé la même profession, ait eu à défendre pour lui-même les mêmes intérêts. Cela étant, pour atteindre le but, il fallait instituer des juri-

dictions dont les membres, exerçant la même profession que les justiciables, fussent élus par ces derniers; et c'est en cela que les juridictions commerciales diffèrent surtout des juridictions civiles, dont les membres, nommés par le souverain, inamovibles et à vie, n'ont pour ainsi dire aucun point de contact, en dehors de leurs fonctions, avec leurs justiciables, et en sont séparés par une trop grande distance pour pouvoir remplir avec succès le rôle de conciliateurs (1).

Après ces notions préliminaires, formons-nous une idée des différentes juridictions commerciales, et d'abord de la juridiction des tribunaux de commerce, qui est de beaucoup la plus importante. Elle est instituée pour prononcer, en général, sur les contestations qui s'élèvent entre commerçants à raison de leur commerce, et aussi sur celles qui peuvent s'élever entre toutes personnes à raison d'actes de commerce.

Cette juridiction, qui date de 1563 (2), a toujours été, comme elle est encore aujourd'hui, *élective*. Les juges de commerce sont élus par les commerçants notables de l'arrondissement dans lequel chaque tribunal est établi; la liste des notables est dressée par le préfet et approuvée par le ministre de l'intérieur (3). Pour être éligible, il suffit d'être âgé de trente ans, et d'exercer ou d'avoir exercé le commerce avec distinction pendant cinq ans. Mais pour le président l'âge de quarante ans est exigé; il faut, de plus, la qualité d'ancien juge (4).

(1) En regard des avantages indiqués par M. Bravard, on peut signaler un inconvénient notable. Comme le dit M. Ferdinand Jacques (*Revue pratique de droit français*, t. IX, p. 7), « la magistrature consulaire, qui peut avoir l'habitude du négoce, est en général insuffisante quand il s'agit de juger une de ces questions difficiles et épineuses que suscite le droit commercial ». Comp. MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, nº 330.

(2) Voy. l'Édit de Charles IX, qui établit en la ville de Paris un juge et quatre consuls des marchands. Longtemps auparavant, une juridiction spéciale connaissait des procès auxquels pouvaient donner lieu les marchés passés dans les célèbres foires de Champagne et de Brie.

(3) Aujourd'hui, d'après la loi du 8 décembre 1883, le principe est que les juges de commerce sont élus directement par tous les commerçants du ressort.

(4) Aux termes de l'art. 8 de la loi du 8 décembre 1883, « sont éligibles

Un second caractère de la juridiction dont il s'agit, c'est d'être *temporaire*. La temporalité des fonctions des juges de commerce est la conséquence naturelle de ce qu'elles sont électives : il est de la nature de tout mandat d'être donné pour un temps limité. D'après le texte primitif du Code de commerce, la durée des fonctions des juges de commerce était limitée à deux ans, et ils ne pouvaient être réélus qu'après un an d'intervalle; mais en 1840, cette disposition fut modifiée, et remplacée par une autre, suivant laquelle, après une période de deux ans de judicature, les juges de commerce peuvent être également réélus pour une seconde période de deux années, de sorte que, contrairement au texte primitif du Code, il leur est laissé la possibilité de rester quatre ans de suite en fonction. Mais, après ces quatre ans, ils ne peuvent plus être réélus, si ce n'est après un an d'intervalle (1).

Un troisième caractère de la juridiction commerciale, qui se rattache aux deux précédents et les complète, c'est d'être *gratuite*. Non seulement la juridiction commerciale est gratuite, mais elle l'a toujours été. C'est une différence encore qui distingue les juridictions commerciales de la juridiction ordinaire, et elle s'explique facilement. En effet, d'abord les juges de commerce ne sont pas obligés d'interrompre leur profession commerciale pour vaquer à leurs fonctions de juges de commerce; ils peuvent, tout à la fois, être juges de commerce et commerçants en exercice, — tandis que les fonctions des juges civils sont incompatibles avec toute autre fonction rétribuée, avec toute autre profession lucrative.

« aux fonctions de président, de juge et de juge suppléant, tous les élec-
« teurs inscrits sur la liste électorale, âgés de trente ans, et les anciens
« commerçants français ayant exercé leur profession pendant cinq ans
« au moins dans l'arrondissement et y résidant. Toutefois, nul ne pourra
« être élu président, s'il n'a exercé pendant deux ans les fonctions de juge
« titulaire, et nul ne pourra être nommé juge s'il n'a été juge suppléant
« pendant un an. »

(1) Disposition additionnelle de l'art. 13 de la loi du 8 décembre 1883 :
« Le président, quel que soit, au moment de son élection, le nombre de
« ses années de judicature comme juge titulaire, pourra toujours être
« élu pour deux années, à l'expiration desquelles il pourra être réélu
« pour une seconde période de même durée. »

En second lieu, les fonctions des juges de commerce sont limitées à une très courte durée, tandis que les fonctions des juges civils durent toute leur vie (1).

Enfin, les juges de commerce ne sont assujettis à la justification d'aucune condition de capacité juridique, à l'obtention d'aucun diplôme ; ils n'ont pas à supporter des frais d'études, — tandis que, comme chacun sait, il en est tout autrement des juges civils.

En conséquence, autant il est naturel que les fonctions des juges de commerce soient gratuites, autant il l'est que celles des juges civils soient rémunérées.

À côté des tribunaux de commerce, il y a les conseils de prud'hommes, dont les fonctions sont également électives, temporaires et gratuites, et qui sont institués pour juger et surtout pour concilier les différends qui s'élèvent journellement entre les patrons ou fabricants et les ouvriers, contremaîtres ou chefs d'atelier. C'est une espèce de justice de paix industrielle. Elle procède avec plus de simplicité et de rapidité encore que la juridiction commerciale ordinaire. Je dis *ordinaire* : car on peut considérer les tribunaux de commerce comme la juridiction commerciale ordinaire, et les conseils de prud'hommes comme une juridiction commerciale exceptionnelle. Les prud'hommes opèrent surtout un très grand nombre de conciliations : le nombre des contestations qu'ils concilient est incomparablement plus grand que celui des contestations qu'ils jugent. Leur institution date de 1806, et elle repose toujours sur la loi du 18 mars 1806, qui est la loi fondamentale. Quant aux modifications qui y ont été faites depuis, quant au mode de nomination des prud'hommes, aux conditions d'électorat, d'éligibilité, ce sont là des dispositions réglementaires en quelque sorte, dans le détail desquelles je n'entrerai pas (2).

(1) Aux termes de l'art. 1er du décret du 1er mars 1852, « sont mis de « plein droit à laretraite : les membres de la Cour de cassation, à l'âge de « soixante-quinze ans accomplis ; les magistrats des Cours d'appel et des « tribunaux de première instance, à l'âge de soixante-dix ans accomplis ».

(2) Je me borne à dire pour le moment que la dernière loi sur les conseils de prud'hommes est du 11 décembre 1884.

Je passe à la compétence des tribunaux de commerce.

Et d'abord, je dois faire remarquer que leur compétence est exceptionnelle, en ce sens qu'ils ne peuvent connaître que des contestations dont la connaissance leur a été expressément attribuée par la loi, tandis que les tribunaux civils sont compétents pour statuer en matière de droit privé sur toutes les contestations dont la connaissance ne leur a pas été retirée. Ainsi, ce qui pour les uns est la règle, est pour les autres l'exception. Pour les tribunaux ordinaires, la règle, c'est la compétence; l'exception, c'est l'incompétence. Pour les tribunaux de commerce, au contraire, la règle c'est l'incompétence; l'exception, c'est la compétence.

Voilà pourquoi, quand il s'agit de déterminer la compétence de ces tribunaux, on a procédé par voie d'énumération, on a énoncé les différentes natures d'affaires qu'on entendait soumettre à leur juridiction. Donc, dans le doute, il faudrait plutôt se prononcer contre que pour la compétence de ces tribunaux (1).

Cela posé, voyons sur quelle base est fondée la compétence des tribunaux de commerce. Elle est fondée sur trois bases distinctes, savoir : 1° la nature des actes; 2° la qualité des personnes; 3° ces deux données réunies. En d'autres termes, la compétence des tribunaux de commerce est, suivant les cas, *réelle*, *personnelle* ou *mixte* : car les actes qu'elle comprend sont réputés commerciaux, ou d'après leur nature propre, ou à raison de la qualité de celui qui les a faits, ou en considération tout à la fois de la nature propre de l'acte en lui-même et de la qualité personnelle.

Commençons par la compétence *réelle;* c'est la première branche de la compétence. Elle s'applique aux actes qui, en eux-mêmes et abstraction faite de la qualité des personnes qui y participent, constituent des actes de commerce ou sont

(1) J'admets parfaitement ce que dit ici M. Bravard. Mais cela ne m'empêche point d'admettre que le tribunal civil appelé à connaître d'une affaire commerciale est incompétent *ratione materiæ*. En ce sens, voy. notamment Boitard, t. I, n° 354. Au contraire, suivant la jurisprudence, il n'y aurait là qu'une incompétence *ratione personæ :* c'est ce que la Chambre des requêtes a jugé par son arrêt du 15 mai 1876 (Dev.-Car., 76, 1. 305).

réputés tels. L'art. 632 en contient une assez longue énumération.

Le premier, le plus important, le plus fréquent des actes de commerce qui sont tels par leur nature, c'est l'achat de denrées ou de marchandises pour les revendre ou pour en louer l'usage (art. 632, n° 1). Ainsi :

1° Il faut qu'il y ait un achat, ou, ce qui peut être considéré comme équivalent, qu'il y ait un échange, car la vente n'est qu'un échange perfectionné (1). Dès lors, quand il s'agit d'objets recueillis par succession ou par donation, ou qu'on s'est procurés par son travail ou par son industrie, la première condition requise pour constituer la commercialité manque. Supposons, par exemple, que le fils d'un commerçant recueille la succession de son père et que, ne voulant pas continuer l'exercice du commerce de son père, il vend, pour liquider cette succession, les marchandises qui s'y trouvent : il ne fait pas en cela d'acte de commerce, parce qu'il n'a pas acheté les marchandises qu'il vend, et qu'il n'est pas commerçant. Il en serait de même d'un chasseur ou d'un pêcheur qui vendrait le produit de sa chasse ou de sa pêche.

2° Il faut, pour être commercial, que l'achat ait pour objet des denrées ou marchandises, ce qui exclut tous les immeubles : car on ne saurait faire rentrer les immeubles dans ces expressions. Quand même des immeubles auraient été achetés par spéculation, pour être revendus et afin de réaliser un bénéfice sur la vente, l'achat qui en serait fait ne constituerait pas un acte de commerce.

(1) J'ai toujours admiré, comme modèle d'exactitude et de précision, ce texte du jurisconsulte romain : *Origo emendi vendendique a permutationibus cœpit. Olim enim non ità erat nummus, neque aliud* MERX, *aliud* PRETIUM *vocabatur ; sed unusquisque, secundùm necessitatem temporum ac rerum, utilibus inutilia permutabat, quandò plerumque evenit ut, quod alteri superest, alteri desit. Sed quia non semper nec facilè concurrebat ut, cùm tu haberes quod ego desiderarem, invicem haberem quod tu accipere velles, electa materia est cujus publica ac perpetua æstimatio difficultatibus permutationum, æqualitate quantitatis subveniret; eaque materia, formâ publicâ percussa, usum dominiumque non tàm ex substantiâ præbet quàm ex quantitate; nec ultrà* MERX *utrumque, sed alterum* PRETIUM *vocatur*. Paul, L. 1 pr., D., *De contrah. empt.* (XVIII, 1).

3° Il faut que l'achat ait été fait en vue de la revente, qu'il ait eu pour cause déterminante l'intention de revendre. Un achat pourrait être suivi d'une vente sans qu'il y eût d'acte de commerce dans l'achat ni dans la revente, si l'achat n'avait pas été fait en vue de la revente. Ainsi, celui qui achète pour son usage un objet mobilier, et qui, ensuite, n'en étant pas satisfait, le revend, celui-là ne fait d'acte de commerce ni dans l'achat, ni dans la revente, parce que l'un de ces actes n'a pas été déterminé par l'autre ; ils se succèdent, mais ils ne dérivent pas l'un de l'autre ; ils ne se rattachent pas à une spéculation, dont ils constitueraient les deux éléments ; ils sont indépendants l'un de l'autre dans leur cause, dans leur cause efficiente, si je puis m'exprimer ainsi.

4° Il faut que ce qui a été acheté l'ait été non seulement pour être revendu, mais encore l'ait été en vue de réaliser un bénéfice sur la revente, et non pas simplement comme un moyen de faciliter la vente d'autres objets qui n'ont pas été achetés. Il faut, en un mot, que la chose joue dans la revente le même rôle que dans l'achat, et forme le second terme d'une spéculation qui a commencé par l'achat. Ainsi, par exemple, le propriétaire de vignes qui, pour tirer meilleur parti de son vin, le vend en pièces, et achète des tonneaux destinés à le recevoir et à être revendus en même temps, achète bien ces tonneaux pour les revendre, et néanmoins il ne fait pas en cela d'acte de commerce, parce qu'il n'a pas acheté ces tonneaux pour bénéficier sur leur revente, mais simplement pour tirer meilleur parti d'un produit de son cru. Il n'y a donc pas là, dans le sens de l'art. 632, un achat pour revendre ; il y a un achat fait pour servir à la vente de choses non achetées et comme un moyen de la faciliter : donc rien de commercial (1).

5° Quand même l'achat n'aurait pas été fait pour revendre, il constituerait un acte de commerce, s'il avait été fait pour louer : car dans ce cas encore il constituerait une spéculation. Le caractère de spéculation est même, à un certain point de vue, plus prononcé dans l'achat pour louer que dans l'achat

(1) Comp. MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, n° 116.

pour revendre : en effet, l'achat pour revendre ne peut servir de base qu'à une seule spéculation, laquelle commence par l'achat et se termine par la vente, tandis que l'achat pour louer est fait en vue, non pas d'une, mais de plusieurs opérations successives, qui constituent, en quelque sorte, autant de spéculations : les spéculations se renouvellent, se réitèrent avec chaque opération.

— Indépendamment des achats pour revendre ou pour louer, il y a d'autres actes qui sont réputés actes de commerce à l'égard de toute personne, et qui le sont alors même qu'ils seraient faits sans aucune vue de spéculation. Telles sont les opérations de change et les lettres de change. L'art. 632 s'en explique en ces termes : « La loi répute acte « de commerce :... toute opération de change;... entre toutes « personnes, les lettres de change ou remises d'argent faites « de place en place. »

Mais pourquoi, après avoir parlé des *opérations de change*, ajouter les *lettres de change?* Est-ce que toute lettre de change ne suppose pas une opération de change, un contrat de change? Sans doute, et s'il ne s'agissait que du tireur et du preneur, on aurait pu s'en tenir aux mots *opération de change:* car le tireur et le preneur font une opération de change. Maintenant, pour la lettre de change, il faut une troisième personne, savoir, le tiré; or, quand le tiré accepte, il s'engage bien sous forme de lettre de change et par lettre de change, mais on ne peut pas dire qu'il fait une opération de change, surtout quand c'est un non-commerçant qui n'a d'autre intention que de rendre service au tireur en s'engageant à payer le montant de la lettre de change, à la création de laquelle il est, du reste, complètement étranger. Cependant il sera réputé faire un acte de commerce, il sera justiciable du tribunal de commerce et contraignable par corps.

Pareillement, on ne peut pas dire que les endosseurs, surtout quand ils cèdent la lettre dans le lieu où elle est payable, font une opération ou un contrat de change; et pourtant, dans quelque lieu qu'il ait été passé, fût-ce dans le lieu du paiement, l'endossement constitue de la part de l'endosseur, même non-commerçant, un acte de commerce : quand même

il n'aurait eu aucune vue de spéculation, il n'en sera pas moins justiciable du tribunal de commerce et contraignable par corps, parce que les engagements contractés par lettre de change constituent en eux-mêmes et à l'égard de toute personne, en général, un acte de commerce.

On le voit donc, c'est avec raison qu'après avoir parlé des opérations de change le législateur a dit : *les lettres de change;* et ces derniers mots doivent s'entendre non seulement de la création de la lettre, mais encore de tout engagement contracté par lettre de change, par la signature donnée sur une lettre de change en une qualité ou en une autre.

Le législateur ne s'est pas contenté de dire : *Les opérations de change*, puis *les lettres de change;* il a encore ajouté : *ou remises d'argent faites de place en place*, et il s'agit de savoir quelle peut être l'utilité de cette addition, ce que ces mots disent de plus que ceux qui précèdent. On a soutenu que ce n'était là qu'une espèce de définition de la lettre de change. Mais, n'y pas voir autre chose, ce serait, d'une part, supposer dans cet article une sorte d'inadvertance, puisque c'est au Titre *De la lettre de change* et non au Titre *De la compétence,* que devrait naturellement se trouver la définition de la lettre de change. D'autre part, cette définition serait inexacte : car, pour la lettre de change il importe peu que le lieu où elle est tirée et celui où elle est payable soient ou non une place de commerce. Il faut donc donner un autre sens à ces expressions, et je crois que le législateur a voulu par là désigner les *billets à domicile*, c'est-à-dire ceux qui sont souscrits par une personne dans un lieu autre que le lieu où elle est domiciliée, et payables à son domicile, et qui, par conséquent, contiennent une remise d'un lieu sur un autre; c'est en quoi ces billets diffèrent des billets à ordre ordinaires. Je crois donc que les remises d'argent faites sous cette forme, du moins lorsqu'elles le sont de place en place, constituent, et à l'égard de toutes personnes, des actes de commerce; c'est là, ce me semble, ce qu'on a voulu dire par les mots : *remises d'argent faites de place en place.* Cette interprétation me paraît conforme à l'économie de l'article, où l'on a commencé par mentionner les opérations de change; puis, pour donner plus

d'extension à la compétence, on a ajouté les lettres de change, et, enfin, par une extension nouvelle, les remises d'argent faites de place en place. Il y a là une sorte de progression dans la compétence, qui va en s'étendant d'abord des opérations de change aux lettres de change, et enfin des lettres de change aux billets à domicile (1).

Après les lettres de change et les billets à domicile viennent les *opérations de banque*, qui diffèrent d'abord des opérations de change en ce qu'elles portent non seulement sur des lettres de change, mais encore sur toute espèce de titres commerçables. En second lieu, elles ne consistent pas seulement dans l'achat et la vente, la création et l'endossement de papiers de commerce, d'effets de circulation; elles comprennent des actes d'une tout autre nature, tels que l'escompte et le recouvrement des effets commerçables et autres titres. Enfin, c'est aussi une opération de banque que l'ouverture de crédit. Les banquiers ouvrent des crédits à leurs correspondants et même à toutes personnes qui leur paraissent offrir des sûretés convenables.

Mais, après avoir parlé des opérations de banque, on a ajouté : *toutes les opérations des banques publiques;* et ces expressions semblent former double emploi avec celles qui précèdent. Cependant il n'en est rien : on a voulu par là comprendre dans la nomenclature des actes de commerce certaines opérations que font les banques publiques et qui par elles-mêmes ne sont pas des opérations de banque, telles que la réception de valeurs en numéraire, en effets, en actions ou en inscriptions de rentes, comme dépôt.

Il y a une autre espèce d'opérations que la loi répute en elle-même commerciale de la part de toute personne : c'est le courtage, c'est-à-dire le fait de s'interposer entre les contractants pour les rapprocher et pour faciliter ainsi la conclusion du contrat. C'est parce que le courtage est en soi un acte de commerce que les agents de change et les courtiers, qui font du courtage leur profession, sont commerçants en même temps que fonctionnaires publics. Dans les villes où il

(1) Sur le *billet à domicile*, comp. notre t. III, p. 37, note.

n'y a pas de courtiers ni d'agents de change en titre, toute personne peut se livrer à des actes isolés de courtage; elle peut même faire des actes de courtage sa profession. Il y a ainsi des courtiers non officiels : ils sont commerçants, sans être officiers publics (1). Du reste, les actes, même isolés, de courtage constituent, à l'égard de toute personne, des actes de commerce quoiqu'ils n'aient pas en eux-mêmes le caractère de spéculation. On les a rangés dans la catégorie des actes de commerce, pour donner plus de sûreté à ceux qui recourent aux intermédiaires dont il s'agit : les personnes qui les emploieront pourront les poursuivre, s'il y a lieu, devant la juridiction commerciale, et les faire condamner par corps.

— Il y a, indépendamment des actes que je viens de passer en revue, des entreprises qui sont réputées commerciales.

Ainsi l'on considère comme étant commerciale l'*entreprise de transports*. Il ne s'agit pas de tout acte de transport, il s'agit de l'entreprise de transports. Un fermier conduit ses grains au marché pour les vendre; dans le but d'utiliser son retour, il se charge d'un transport de marchandises moyennant un salaire : ce n'est point là un acte de commerce. Il en est autrement s'il s'agit d'un entrepreneur de roulage. C'est qu'ici la spéculation consiste dans l'entreprise, c'est-à-dire dans l'établissement lui-même, dans les avances de fonds qu'il nécessite pour l'installation de magasins, de bureaux, pour la réunion d'un personnel, d'un matériel suffisant, etc. La commercialité descend de l'établissement aux actes; mais, si vous isolez les actes, ils ne sont plus commerciaux.

De même, la loi répute acte de commerce toute *entreprise de commission*. Ce n'est point l'acte isolé de commission qui est commercial, mais seulement l'entreprise. Je me charge d'une opération pour un commerçant : c'est là un acte purement civil, acte de commission ou de mandat salarié. Il en est autrement à l'égard de celui qui forme une entreprise de

(1) Tel est aujourd'hui le cas des *courtiers de marchandises*. Voy. la loi du 18 juillet 1866.

commission, parce qu'il y a là une avance de fonds considérable et une chance résultant de cette avance, donc une spéculation. Ici encore la commercialité réside dans l'établissement et descend de l'établissement aux actes.

Il en est de même pour les *agences, bureaux d'affaires, établissements de ventes à l'encan*. Les actes, en eux-mêmes, ne sont point commerciaux : c'est l'établissement qui est commercial, qui forme la spéculation. La vente à l'encan d'une bibliothèque ou d'un mobilier après décès ne constitue pas pour les héritiers un acte de commerce; mais l'établissement formé pour ces sortes de ventes suppose une avance de fonds en vue d'un bénéfice à faire : il est donc commercial.

L'entreprise de spectacles publics est celle qui présente au plus haut degré le caractère commercial : car le matériel et le personnel exigent des avances de fonds énormes; il faut faire des appels incessants à la publicité. Aussi les entrepreneurs de spectacles publics sont-ils commerçants, et tous les actes qui se rattachent à cette entreprise sont-ils commerciaux. Cette expression *spectacles publics* comprend, outre les théâtres, les jardins d'hiver, cafés-concerts, etc.

Il est deux sortes d'entreprises qui méritent une attention spéciale : ce sont les *entreprises de fournitures* et les *entreprises de manufactures*. Le mot *entreprise* a ici un sens particulier, un peu différent de celui que nous lui avons vu jusqu'à présent.

Qu'est-ce qu'une *entreprise de fournitures?* Un propriétaire s'engage à fournir à un établissement sa récolte en vin pendant dix ans. Ce n'est pas là une entreprise de fournitures : il n'y a rien de commercial, pas d'acte de spéculation, mais bien un simple acte d'administration. Il en est de même pour le propriétaire de forêts qui s'oblige à fournir tant de stères de bois à une forge pendant dix ans. C'est un simple engagement de fournir, ce n'est pas une entreprise de fournitures. Pour l'entreprise, il faut qu'il y ait spéculation, et la spéculation consiste dans la revente d'objets qu'achètera l'entrepreneur. Il y a une vente qui constitue une chance, parce qu'il y a achat à faire pour fournir à la revente déjà faite. La spéculation a commencé ici par la vente et se liquide par

l'achat. C'est précisément l'inverse de ce que nous avons rencontré dans le 1° de notre art. 632.

Quant aux *entreprises de manufactures*, en quoi diffèrent-elles des achats pour revendre? Est-ce que le fabricant n'achète pas les matières premières, pour les revendre ensuite après les avoir travaillées? A cette question, il y a deux réponses. D'abord l'entrepreneur de manufactures se borne quelquefois à fournir la main-d'œuvre. Le propriétaire lui fournit la matière première, qu'il transforme et qu'il rend en retenant un bénéfice convenu pour la mise en œuvre. Mais c'est là un cas assez rare : en général, il achète la matière première pour la revendre après l'avoir transformée. Cependant on ne dira jamais que cet entrepreneur est un marchand de draps, de rubans, de soieries : c'est qu'il ne se propose pas de faire un bénéfice sur la revente de la chose elle-même, il spécule uniquement sur la main-d'œuvre qui transforme la matière et sur la plus-value qui résulte de la forme nouvelle ainsi donnée à la chose. La matière n'est que l'un des éléments constitutifs de l'objet nouveau. Voilà pourquoi celui dont nous parlons n'est pas appelé *marchand de draps*, mais *fabricant de draps*.

Ces principes une fois posés, on peut résoudre sans peine les difficultés qui se présentent dans la pratique. Le propriétaire d'un vignoble établit un pressoir pour convertir sa récolte en vin, un alambic pour transformer ses vins en eaux-de-vie : il n'y a point là entreprise de manufacture, car il ne spécule pas sur la main-d'œuvre, il s'agit seulement pour lui de tirer parti de ses récoltes. Au contraire, pour celui qui établit une fabrique de sucre de betteraves, il y a entreprise de manufacture. Quelques personnes distinguent suivant qu'il achète les betteraves à transformer en sucre ou qu'il les produit lui-même : en effet, dans ce dernier cas, il tire tout de sa propriété, comme le propriétaire de vignobles. Mais c'est là une confusion : on confond l'achat pour revendre avec l'entreprise de manufacture, et ce sont deux opérations très distinctes. Tout se réduit à ceci : Y a-t-il ou n'y a-t-il pas une spéculation sur la main-d'œuvre? Le propriétaire a-t-il fait une avance de fonds pour réaliser un bénéfice, non pas

sur la matière première, mais sur sa transformation? Alors il y a ici entreprise de manufacture : car il n'existe aucun rapport entre la valeur de la matière première et celle de l'objet transformé. Il y a donc acte de commerce, lors même que ce propriétaire récolterait toutes les betteraves sur lesquelles il opère (1).

— Je veux maintenant appeler votre attention sur un cas particulier de compétence réelle, qui me permettra de compléter les explications que je vous ai présentées sur la matière des faillites.

En 1838, on a remplacé l'ancien art. 635 (2) par une disposition nouvelle, qui est ainsi conçue : « Les tribunaux de « commerce connaîtront de tout ce qui concerne les faillites, « conformément à ce qui est prescrit au Livre III du présent « Code. » C'est, comme on voit, une espèce de renvoi à la loi sur les faillites. Mais il y a ici une règle générale à poser. Le tribunal de commerce sera compétent toutes les fois qu'il s'agira d'une contestation qui s'élèvera non seulement dans le cours des opérations de la faillite, mais encore à raison de l'événement de la faillite, et qui devra se décider par l'application des principes particuliers à la situation que crée cet événement. Ainsi, par exemple, supposons que la nullité d'une inscription hypothécaire est demandée. Si c'est par des motifs tirés du droit commun, parce que, je suppose, on prétendrait que les biens ne sont pas situés dans l'arrondissement au bureau des hypothèques duquel l'inscription a été prise, ce sera la juridiction civile qui sera exclusivement compétente. Au contraire, si la nullité est demandée sur ce motif que l'inscription a été prise depuis la cessation des paiements ou dans les dix jours qui l'ont précédée, et qu'en même temps elle l'a été plus de quinze jours après l'acte constitutif de l'hypothèque, c'est là une question de faillite, une question qui se rattache à la cause génératrice de la faillite, à la cessation des paiements, et qui doit se décider

(1) Comp. MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, nos 126, 133 et suiv.

(2) L'ancien art. 635 énumérait limitativement certains cas dans lesquels, en matière de faillite, les tribunaux de commerce étaient compétents.

d'après les règles particulières à cette situation. Le tribunal de commerce sera compétent, et seul compétent, pour en connaître. De même, lorsque la nullité d'une donation est demandée, il faudra distinguer : si elle est demandée parce que pour l'acte de donation on ne se serait pas conformé aux conditions requises par le Code civil, c'est une question de droit commun que les tribunaux civils seront seuls compétents pour décider, bien qu'elle soit élevée par les syndics. Si, au contraire, la nullité est demandée par cette raison que la donation aurait été faite depuis la cessation des paiements ou dans les dix jours précédents, c'est une question de faillite, et le tribunal de commerce est seul compétent pour en connaître. Je crois cette distinction suffisamment comprise, et je passe à la seconde branche de la compétence, à la compétence *personnelle*.

Mais ici se présente tout d'abord une question fondamentale. Y a-t-il bien véritablement une compétence personnelle, c'est-à-dire dérivant de la qualité des personnes, de ce que l'acte émane de commerçants? On peut en douter, ce semble. En effet, de deux choses l'une : ou bien l'acte en soi est réputé acte de commerce, et alors il est indifférent qu'il émane d'un commerçant ou d'un non-commerçant; il emporte par lui-même, et abstraction faite de la qualité de son auteur, la compétence du tribunal de commerce; ou bien, au contraire, l'acte en lui-même est purement civil, et alors il ne cessera pas de l'être quoiqu'il ait été fait par des commerçants. Supposons, par exemple, qu'un commerçant a acheté d'un autre commerçant un immeuble et qu'il se trouve en procès avec lui au sujet de cet achat. Est-ce que le tribunal de commerce sera compétent pour en connaître? Nullement : car, pour tout ce qui est étranger au commerce, le commerçant est soumis au droit commun. De même, si un commerçant est en procès avec un autre au sujet d'une succession mobilière ou immobilière qui leur est échue : il n'y a rien là qui se rattache à la qualité de commerçant, et le tribunal de commerce est incompétent à raison de la matière. De même encore, si un commerçant qui a épousé la fille d'un autre commerçant a un procès avec son beau-père au sujet.

d'une stipulation du contrat de mariage, ce ne sera pas le tribunal de commerce, ce sera le tribunal civil seul qui sera compétent pour en connaître.

Dès lors, ne faut-il pas rayer du Code la compétence personnelle, puisque si, en soi, l'acte est commercial, il appartient à la compétence réelle, et s'il est civil, il reste tel quoique fait par un commerçant? A ce dilemme, la réponse est qu'il y a des actes qui, sans être commerciaux en eux-mêmes, se rattachent cependant à l'exercice du commerce, et qui, faits par des commerçants, participent à la commercialité de leur profession, dont ils sont, en quelque sorte, des conséquences et des accessoires; en d'autres termes, il y a des actes qui tiennent le milieu entre les actes essentiellement civils et les actes essentiellement commerciaux, et c'est à ces actes, lorsqu'ils sont faits par des commerçants, que s'applique la compétence personnelle, compétence qui, à la différence de la compétence réelle, descend de la personne à l'acte. Supposons, par exemple, qu'un commerçant ait acheté un cheval et une voiture. Si c'est pour son usage personnel, il y a là un acte purement civil; si c'est, au contraire, pour le transport de ses marchandises, il y a là un acte de commerce, bien qu'il n'ait pas fait cet achat pour vendre ou pour louer. Comme il l'a fait pour les besoins de son commerce, en sa qualité de commerçant, cet acte est réputé commercial à raison de la qualité de son auteur, comme étant un accessoire du commerce de celui qui l'a fait. C'est là un cas de compétence personnelle. Il en est de même de tous les cas analogues, qui sont innombrables. En effet, les achats de charbons, de papiers, de bois, etc., faits par un commerçant, offrent le même caractère et sont soumis à la même distinction.

Une autre conséquence de la qualité de commerçant, et qui rentre aussi dans la compétence personnelle, c'est de faire considérer, jusqu'à preuve contraire, comme étant commerciaux certains actes dont la cause est indéterminée, incertaine. Tels sont les billets souscrits par un commerçant. Jusqu'à preuve contraire, on les supposera souscrits pour son commerce. Le porteur pourra donc assigner le souscripteur *de plano* devant le tribunal de commerce et le faire con-

damner par corps. Le souscripteur pourra bien demander son renvoi devant la juridiction civile et l'obtenir, mais à la condition de prouver que les billets ont été souscrits pour une cause étrangère à son commerce (1).

Il y a pour la compétence personnelle, comme pour la compétence réelle, surtout pour la compétence personnelle, des cas particuliers, exceptionnels, où la compétence est tout à fait anormale et que je dois expliquer. Ils sont prévus et régis par l'art. 634.

Le premier de ces cas est celui où une action est intentée contre le commis, le facteur ou le serviteur d'un commerçant, à raison du commerce de son patron. En ce qui concerne ce commis, facteur ou serviteur d'un commerçant, il faut distinguer trois hypothèses :

1° Si l'action est intentée par un tiers qui a traité avec le commis, elle sera de la compétence du tribunal de commerce : car il ne peut dépendre d'un commerçant de se soustraire à la juridiction de ce tribunal en se substituant un de ses commis.

2° L'action est intentée par le commis contre son patron : là, encore, la compétence du tribunal de commerce est évidente, car c'est comme commerçant que le patron a traité avec le commis, et, dès lors, pour l'exécution des engagements qu'il a pris en cette qualité, il est justiciable du tribunal de commerce; c'est un accessoire de son commerce.

3° Si c'est le patron qui assigne le commis, il semble qu'il devrait porter son action devant le tribunal civil, et non devant le tribunal de commerce : car le commis n'est pas commerçant, et, en louant ses services à un commerçant, il n'a rien fait de commercial en soi; le contrat de louage de services est purement civil et ne change pas de nature, parce que celui à qui les services sont loués est commerçant. Cependant, le tribunal de commerce sera compétent pour connaître de cette action (2). Mais c'est qu'on a étendu sa compétence au delà

(1) Comp. les art. 631, 636 et 637.

(2) En effet, elle est évidemment comprise dans cette disposition : « Les tribunaux de commerce connaîtront : 1° des actions contre les fac- « teurs, commis des marchands ou leurs serviteurs, pour le fait seule- « ment du trafic du marchand auquel ils sont attachés... »

de la sphère de la commercialité, par des raisons spéciales tirées de ce que le tribunal de commerce, composé de commerçants, a paru plus apte que le tribunal civil à apprécier ces sortes de contestations; de ce que d'ailleurs elles exigent une décision prompte, qu'on ne peut attendre que du tribunal de commerce et non du tribunal civil. Du reste, tout en en connaissant, le tribunal de commerce aura égard à ce qu'il y a véritablement, à l'égard du commis, absence de commercialité et dans sa personne et dans son engagement, et, s'il le condamne, il ne le condamnera pas par corps. Le commis, bien que justiciable du tribunal de commerce pour ses contestations avec son patron, n'est pas contraignable par corps.

Aussi l'art. 634 ne dit-il pas que les engagements d'où dérivent les actions dont il parle sont commerciaux : il dit seulement que le tribunal de commerce connaîtra de ces actions, encore qu'elles puissent n'avoir rien de commercial dans leur cause.

Cela est surtout évident quand on considère la seconde classe de personnes auxquelles cet article s'applique, savoir : les receveurs, payeurs, percepteurs et autres comptables de deniers publics. En effet, ce ne sont certes pas là des commerçants, et les billets qu'ils souscrivent par suite de leurs fonctions n'ont rien de commercial; cependant le tribunal de commerce en connaîtra. On a été conduit par des raisons spéciales à étendre ici la compétence du tribunal de commerce hors de sa sphère naturelle, à des personnes et à des actes qui n'ont rien de commercial; on a cru que c'était le meilleur moyen, en accordant aux porteurs de ces billets les garanties inhérentes à la juridiction commerciale, de donner tout à la fois plus de crédit à ces agents et plus de sécurité au public. C'est uniquement par ces motifs qu'on a soumis à la compétence des tribunaux de commerce les actions dont il s'agit, et, par conséquent, ils ne pourront pas prononcer la contrainte par corps contre les souscripteurs.

Avant de passer à une autre disposition, je dois faire remarquer que le premier numéro de l'art. 634 est plus général que ses termes ne sembleraient l'indiquer au premier abord. Les mots *commis, facteurs, préposés*, doivent être pris

dans le sens le plus général, et c'est en vertu de cette disposition que, quand il s'élève une contestation entre un directeur de théâtre et un acteur, le directeur assigne l'acteur devant le tribunal de commerce (1), bien que l'acteur ne soit pas commerçant, et qu'il n'ait pas fait acte de commerce dans l'engagement qu'il a contracté envers le directeur du théâtre auquel il est attaché. Aussi l'acteur ne sera-t-il pas condamné par corps.

Je passe à la troisième branche de la compétence, à la compétence *mixte,* c'est-à-dire qui dérive tout à la fois de la nature de l'acte et de la qualité des personnes. Mais d'abord je dois poser quelques règles générales. La forme *à ordre,* qui rend l'effet négociable, cessible par endossement, en un mot susceptible de circulation, étant une forme essentiellement commerciale, fait présumer la commercialité de l'acte, de l'engagement, et emporte la compétence du tribunal de commerce. Seulement, le signataire, s'il n'est pas commerçant et si l'engagement pour lequel il a souscrit le billet n'est pas commercial en lui-même, pourra, en le prouvant, obtenir son renvoi devant la juridiction civile. Mais il faudra qu'il le demande et qu'il fasse cette preuve. Le tribunal de commerce, ici, est présumé compétent, à raison de la forme de l'acte. Ainsi, par exemple, supposons qu'un étudiant en droit a souscrit un billet à ordre à son tailleur, en paiement de fournitures que le tailleur lui a faites. S'il ne paie pas ce billet à l'échéance, le tailleur pourra l'assigner devant le tribunal de commerce, et si le souscripteur ne se présente pas, s'il fait défaut, le tribunal de commerce le condamnera au paiement. Mais le souscripteur pourra se faire renvoyer devant la juridiction civile, en demandant ce renvoi. Et, il ne faut pas s'y tromper, ce n'est pas là une question, soit quant à la compétence, soit quant à la faculté de la décliner, une question particulière aux billets à ordre; elle est commune à tous les titres où se trouve la clause *à ordre,* et les art. 636 et 637 le

(1) Voy., en sens contraire, l'arrêt de cassation du 8 décembre 1875 (Dev.-Car., 76, 1, 25).

prouvent péremptoirement : car ils décident de même pour les lettres de change qui contiennent des suppositions de lieux, c'est-à-dire pour des titres qui n'ont pas le caractère de lettre de change et ne présentent rien de commercial que la forme dont ils sont revêtus. Les signataires de ces lettres de change pourront être cités devant le tribunal de commerce; seulement, ils pourront requérir leur renvoi devant la juridiction civile, et ce renvoi devra alors être ordonné.

On le voit donc, la forme de l'acte emporte, quand même le fond serait évidemment civil, compétence du tribunal de commerce, sauf au défendeur à demander son renvoi devant le tribunal civil.

Cela posé, arrivons au cas où la compétence peut être considérée comme mixte. Supposons qu'un propriétaire de vignes a reçu, en paiement du vin qu'il a vendu à un marchand de vin, un billet à ordre souscrit par ce dernier, et qu'il a passé ce billet à l'ordre d'un tiers : le porteur est en droit d'assigner devant le tribunal de commerce le souscripteur et l'endosseur. Le souscripteur ne pourra pas, c'est évident, demander son renvoi devant le tribunal civil, puisque en souscrivant ce billet il a fait un acte relatif à son commerce; mais l'endosseur, qui, lui, n'est pas commerçant et n'a rien fait de commercial en endossant ce billet, pourra-t-il demander son renvoi devant la juridiction civile? Non, il ne le pourra pas. Il sera valablement cité devant le tribunal de commerce, parce que la forme de son engagement est commerciale, et il ne poura pas décliner la compétence de ce tribunal, parce que sur le titre se trouve la signature d'un commerçant. Et c'est ici le cas de dire que le commerçant attire le non-commerçant devant la juridiction commerciale, parce qu'il ne faut pas que la compétence soit scindée et que le porteur du billet soit réduit à intenter successivement son action devant deux juridictions différentes. Mais, lors même que le non-commerçant n'aurait pas, comme dans l'espèce, apposé sa signature sur le titre à un moment où s'y trouvait déjà celle d'un commerçant, ce qui a dû l'avertir qu'il ne pourrait pas décliner la juridiction commerciale, lors même, dis-je, qu'il serait le souscripteur du billet, comme dans

l'espèce que je citais tout à l'heure d'un billet à ordre souscrit par un simple particulier à son tailleur, si le tailleur négociait ce billet, le porteur, trouvant sur le titre une signature de commerçant, serait en droit de citer tous les signataires devant le tribunal de commerce, et aucun d'eux ne pourrait décliner la compétence de ce tribunal; seulement, il va de soi que le tribunal ne prononcerait pas la contrainte par corps contre des signataires non commerçants et qui ne se seraient pas engagés pour des faits de commerce. C'est bien là évidemment un cas de compétence mixte, car elle est fondée tout à la fois, et sur la forme de l'acte, et sur la qualité de l'un des signataires. Quand même le signataire commerçant ne serait ni le souscripteur, ni le bénéficiaire, quand même ce serait simplement un de ceux qui ont reçu le billet de seconde ou de troisième main, la signature de ce commerçant suffirait pour que le tribunal de commerce fût compétent à l'égard des autres signataires.

Il faut aller plus loin encore, et la jurisprudence est fixée en ce sens : lors même que le porteur du billet ne citerait pas le signataire commerçant, ne citerait qu'un ou plusieurs signataires non commerçants, celui-ci ou ceux-ci ne pourraient pas se faire renvoyer devant la juridiction civile, parce qu'ils ont éventuellement accepté la juridiction commerciale, pour le cas où il se trouverait sur le titre une signature de commerçant (1).

(1) Voy., en ce sens, l'arrêt de cassation du 20 décembre 1847 (Dev.-Car., 48, 1, 241).

TITRE PREMIER

DE L'ORGANISATION DES TRIBUNAUX DE COMMERCE

(Ch. D.)

La première origine de nos tribunaux de commerce peut être reportée aux célèbres foires de Champagne et de Brie. Un Édit de Philippe de Valois, du 6 août 1349, dispose que « aux *gardes de la foire* appartient la connaissance des cas et « contrats advenus ès-dites foires ».

Au quinzième siècle, les foires de Champagne furent transférées à Lyon, et avec elles la juridiction particulière applicable aux actes qui y étaient passés. Voici, à cet égard, comment s'exprime Savary, dans son *Dictionnaire du commerce :* « Lorsque les deux premières foires de Lyon furent « établies en 1419, sous le règne de Charles VI, et ensuite « augmentées d'une troisième sous Charles VII en 1443, elles « eurent des *gardes conservateurs*, tels qu'en avaient les foires « de Champagne et de Brie, sur le modèle desquelles cet « établissement fut fait, c'est-à-dire des gardes en commission et non en titre d'office (1). — Louis XI, ayant ajouté « en 1462 une quatrième foire aux trois autres accordées « aux habitants de cette ville par ses prédécesseurs, en ôta « la garde aux anciens conservateurs et l'attribua au bailli « de Mâcon, alors sénéchal de Lyon, ou à son lieutenant, à « la charge néanmoins de juger sommairement, comme les « gardes avaient fait auparavant, et de terminer les débats « sans longs procès ni figure de plaids. »

Mais, dès l'année 1464, un nouvel Édit octroya pouvoir

(1) Quel est l'intérêt de cette distinction? « Toutes sortes d'offices sont « perpétuels, et au contraire toutes sortes de commissions sont révo- « cables..... Comme la perpétuité introduite aux offices fut cause de « réduire plusieurs offices en commissions afin qu'ils fussent révocables, « aussi au rebours la vénalité qui y fut introduite par après fit ériger « en offices plusieurs commissions, afin de les rendre perpétuelles et de « les pouvoir vendre. » (Loyseau, *Des offices*, liv. IV, chap. v.)

« aux conseillers, bourgeois, manants et habitants de la ville « de Lyon, de commettre un prud'homme suffisant et idoine « pour régler les contestations qui pourraient arriver entre « les marchands fréquentant les foires ».

Il paraît qu'à Marseille il y eut très anciennement des *juges des marchands*. La même juridiction fut établie, à Toulouse, en 1549.

Enfin, en 1563, sous le règne de Charles IX, le chancelier de l'Hospital fit rendre pour Paris un Édit ainsi conçu :

« Sur la requête et remontrances à nous faites en notre « Conseil de la part des marchands de notre bonne ville de « Paris, et pour le bien public et abréviation de tous procez « et différends entre marchands, qui doivent négocier ensemble « de bonne foi, sans être astreints aux subtilités des lois et « ordonnances, avons :

« Art. 1er. Permis et enjoint aux prévost des marchands et « eschevins de nostre dite ville de Paris, nommer et élire, en « l'assemblée de cent notables bourgeois de ladite ville, qui « seront pour ces effets appelez et convoquez trois jours « après la publication des présentes, cinq membres desdits « cent ou autres absents, pourvu qu'ils soient natifs et origi- « naires de notre royaume, marchands et demeurant en « notre dite ville de Paris, le premier desquels nous avons « nommé *juge des marchands* et les quatre autres *consuls* des- « dits marchands, qui feront le serment devant ledit prévost « des marchands, la charge desquels cinq ne durera qu'un « an, sans que, pour quelque cause que ce soit, l'un d'eux « puisse être continué..... »

Bientôt la juridiction consulaire fut établie dans toutes les villes commerçantes, et l'Ordonnance de 1673 contient un article ainsi conçu : « Déclarons communs pour tous les « siéges des juges et consuls l'Édit de leur établissement dans « notre bonne ville de Paris, du mois de novembre 1563, et « tous autres Édits et Déclarations touchant la juridiction « consulaire, enregistrés en nos Cours de parlement » (1).

(1) Titre XII, art. 1er. — Jousse, dans son commentaire sur cet article, dit qu'il existe en France 77 *consulats*.

La Révolution conserva les tribunaux de commerce, elle augmenta même leurs attributions. Le 31 mars 1790, l'Assemblée nationale décrète qu'avant de régler l'organisation du pouvoir judiciaire, un certain nombre de questions seront discutées et décidées; or, parmi ces questions se trouvait notamment celle-ci : *Les mêmes juges connaîtront-ils de toutes les matières, ou divisera-t-on les différents pouvoirs de juridiction pour les causes de commerce, de l'administration des impôts et de la police?* Dès le 27 mai suivant, un décret est rendu, portant qu'il y aura des tribunaux particuliers pour les affaires de commerce; il paraît que ce décret fut voté par l'Assemblée presque à l'unanimité. Enfin le décret des 16-24 août 1790 *sur l'organisation judiciaire* contient un Titre XII qui décide notamment que, dans les villes où l'administration départementale le jugera nécessaire, un tribunal particulier connaîtra de toutes les affaires de commerce, tant de terre que de mer, sans distinction (1).

La juridiction commerciale, consacrée sans opposition sérieuse par le Code de 1808, ne rencontre guère depuis lors d'adversaires absolus. Y a-t-il en effet de bonnes raisons pour enlever aux tribunaux civils la connaissance des affaires commerciales? Je le crois. Dans la séance du Corps législatif du 14 septembre 1807, l'orateur du Tribunat, M. Gillet, s'exprimait ainsi : « On peut réduire à quatre les principes « essentiels des juridictions commerciales : 1° expérience des « juges dans les opérations du commerce; 2° simplicité dans « les débats entre les parties; 3° procédure expéditive; « 4° rapidité dans l'exécution des jugements. » En ce qui concerne la simplicité dans les débats, la procédure expéditive, la rapidité dans l'exécution des jugements, on pourrait peut-être avoir tout cela, même en laissant aux tribunaux ordinaires la compétence en matière commerciale; mais alors on ne trouverait pas chez les juges une certaine expérience, une certaine connaissance, qui paraît être véritable-

(1) Voy. aussi le décret du 19 vendémiaire an IV, art. 15. — Autrefois les affaires maritimes étaient jugées par des tribunaux spéciaux, appelés *amirautés*. Voy. l'Ordonnance *de la Marine*, du mois d'août 1681, liv. I (*Des officiers de l'amirauté et de leur juridiction*).

ment indispensable ici pour une bonne administration de la justice. « La juridiction commerciale, dit très bien M. Parin-« gault (1), offre dans sa spécialité des avantages incontes-« tables. Les livres et l'étude ne peuvent pas suppléer la « connaissance des traditions, de la langue et des habitudes « du commerce. Dans les questions de dol ou de fraude, dans « les affaires de faillite, les magistrats consulaires apportent « des connaissances techniques et pratiques qu'on ne trou-« verait pas chez les légistes les plus consommés. Les juges-« consuls connaissent le mécanisme des écritures commer-« ciales et leurs obscurités; ils ont surtout, par eux-mêmes « ou par leurs intermédiaires, une connaissance des hommes « et de la place qui manque presque toujours aux magistrats « ordinaires, et dans nombre de cas l'appréciation de la « moralité est décisive pour l'issue du procès quand il s'agit « de faits de commerce. » On peut ajouter, avec M. Bravard (2), que les juges, étant commerçants, auront par là même plus de facilité pour parvenir à concilier les commerçants entre lesquels il existe une contestation.

Il faut donc reconnaître qu'il est utile de faire juger par des commerçants les affaires commerciales. Mais la raison peut-elle admettre que des commerçants soient abandonnés à eux-mêmes pour interpréter une loi souvent obscure, pour résoudre des questions dont la solution tient d'une manière plus ou moins directe aux principes généraux du droit? Non. Il ne faut demander aux hommes que ce qu'ils peuvent donner; or, le commerçant le plus honnête, le plus habile, le plus expérimenté, ne peut pas avoir certaines connaissances qui sont aussi indispensables pour la bonne solution de maintes questions de droit commercial que pour la bonne solution des questions de droit civil. « Dans l'état actuel de la science « et des besoins de la pratique, dit encore M. Paringault (3), « on doit s'étonner qu'il n'y ait pas infusion officielle de

(1) *Revue pratique de droit français*, t. VIII, p. 433 et suiv. M. Paringault, après avoir été procureur impérial à Beauvais, est devenu professeur à la Faculté de droit de Nancy.

(2) Ci-dessus, p. 227.

(3) *Loc. cit.*

« l'élément juridique dans les tribunaux de commerce. Je « parle d'une infusion *officielle* : car, en fait, la nécessité a « presque toujours contraint les juges de commerce à prendre « ailleurs l'élément qui leur manquait chez eux..... Henrys « écrivait : « *Les juges-consuls, ne sachant ni les règles ni les « formalités, sont obligés à toute occurrence de recourir au conseil « et de chercher autant de fois d'assesseurs qu'il y a de règlements « à faire dans la cause.* Il disait encore : *Lorsque le moindre « doute se présente, ils ne font que prêter leur nom, et ce sont les « avocats qui sont juges.* A Marseille, lorsque dans une cause « de marchand à marchand il se présentait des questions de « droit, les juges-consuls appelaient des gradués pour les « éclairer... »

Aujourd'hui le tribunal de commerce de la Seine, dès qu'il se trouve en présence d'une question un peu compliquée, renvoie les parties devant un arbitre rapporteur, qui le plus souvent est pris sur une liste jusqu'à un certain point officielle. L'arbitre, pour faire son *rapport*, a besoin d'un délai, qui peut aller à un an; il a droit à des honoraires, qui peuvent monter à 500 francs. Que deviennent alors, je le demande, ces deux avantages de la juridiction commerciale, la prompte terminaison des procès et le peu d'élévation des frais?

En somme, s'il importe de conserver une juridiction commerciale, cependant l'état de choses qui en fait existe aujourd'hui appelle impérieusement une réforme législative. En quoi devra consister précisément cette réforme? Que devra faire le législateur pour amener les tribunaux de commerce à rendre tous les services qu'on peut attendre de cette institution? Il y a là une difficulté véritable, et la question a encore besoin d'être très sérieusement étudiée. Je veux seulement donner un aperçu des deux systèmes principaux qui ont été proposés dans ces derniers temps.

D'après M. Paringault (1), il faut que les magistrats consulaires trouvent à côté d'eux et chez eux les secours juridiques dont ils ont besoin à tout moment; c'est comme auxiliaire du tribunal de commerce qu'il paraît utile d'y faire entrer le

(1) *Revue pratique, loc. cit.*

représentant de la loi. La manière la plus naturelle de l'y introduire, c'est de l'appeler au même titre et sous la même forme que dans les autres juridictions : il s'agit donc de confier cette fonction à un officier du ministère public. Anciennement, les juridictions consulaires de Montpellier et de Toulouse avaient déjà, sous le nom de *syndic*, un véritable officier du ministère public, qui devait être élu dans le nombre des avocats; à Lyon, près des conservateurs des privilèges des foires, on trouve, de temps immémorial, parmi les officiers du siège, un procureur du Roi, gradué. Lors de la rédaction du Code de commerce, la Commission avait proposé l'établissement, près de chaque tribunal de commerce, d'un commissaire du Gouvernement; cette proposition, approuvée par la plupart des Cours et des tribunaux, s'évanouit, on ne sait trop pourquoi, au Conseil d'État (1). — Un point sur lequel on peut hésiter, c'est de savoir où serait pris l'officier du ministère public exerçant près du tribunal de commerce. Le plus simple est d'admettre, avec M. Paringault, que les fonctions dont il s'agit seraient remplies par les procureurs

(1) Dans les discussions qui ont précédé la loi du 3 mars 1840, il fut encore question d'établir un ministère public près des tribunaux de commerce. Mais, ainsi que le remarque M. Duvergier (*Collection complète des lois, décrets*, etc., t. XL, p. 20), la proposition dont il s'agit fut rejetée comme tendant à changer le caractère de cette juridiction toute conciliatrice, toute d'équité et de conscience : on craignit l'influence que ne manquerait pas d'avoir sur le tribunal le magistrat chargé de fonctions semblables. Ce sont là, du moins, les raisons que l'on a données; et ces raisons n'ont évidemment aucune valeur, puisqu'elles reposent sur l'idée inadmissible que les juges consulaires n'ont pas besoin de connaître les règles du droit. « La vraie raison, peut-être, dit « M. Duvergier, a été la crainte de froisser la susceptibilité des juges « de commerce. »

M. Nouguier (*Des tribunaux de commerce*, t. Ier, p. 175 à 200) développe l'idée qu'il y a nécessité d'introduire un officier du ministère public auprès des tribunaux de commerce.

En sens inverse, voy. M. Bédarride (*De la juridiction commerciale*, nos 83-89). — « Nous ne croyons pas, disent également MM. Lyon et Renault, qu'il y aurait là une réforme heureuse..... On doit craindre que les juges consulaires ou négligent absolument l'opinion du ministère public, ou, au contraire, ne s'y conforment aveuglément. Dans le premier cas, la réforme serait inutile. Dans le second, elle modifierait profondément la nature de la juridiction commerciale : elle y donnerait, en fait, la prépondérance à un magistrat de profession » (*Traité*, t. I, no 330 *bis*).

de la République et par leurs substituts; on pourrait seulement, à Paris et dans quelques grandes villes, créer un substitut supplémentaire, pour venir en aide au procureur de la République.

Un autre système a été proposé par M. Ferd. Jacques (1). Comme M. Paringault, M. Jacques part de l'idée que la magistrature consulaire est, en général, insuffisante quand il s'agit de juger une de ces questions difficiles que suscite le droit commercial : comme M. Paringault, il reconnaît la nécessité d'introduire dans les tribunaux de commerce un élément juridique. Mais M. Jacques conclut à l'institution de tribunaux mixtes, dans lesquels l'élément commercial et l'élément judiciaire se trouveraient également représentés : « La partie stable, dit M. Jacques, représentera la loi; la partie variable, le commerce. Le magistrat inamovible doit naturellement avoir la direction; les magistrats mobiles sont juges ou assesseurs, rôle suffisamment honorable pour être encore ambitionné par beaucoup de négociants » (2).

En résumé, le mal auquel il s'agit de remédier, c'est-à-dire l'absence de connaissances juridiques chez les juges de commerce, ce mal est très grave. Le remède le plus énergique est donc le meilleur. Voilà pourquoi je préférerais le système de M. Jacques. Espérons que le pouvoir législatif sera bientôt saisi de la question : peut-être, en l'étudiant, trouvera-t-on quelque combinaison nouvelle, complètement exempte d'inconvénients.

Après ces observations générales, occupons-nous en détail des dispositions de la loi actuelle. Ces dispositions peuvent être ramenées aux six questions suivantes :

(1) *Revue pratique*, t. IX, p. 7 et suiv. M. Jacques a été longtemps président du tribunal civil d'Avignon.

(2) Le système consistant à faire statuer sur les affaires commerciales par une juridiction composée de deux commerçants et d'un magistrat de profession chargé de la présidence nous paraîtrait avoir de grands avantages. Il mettrait fin à un fâcheux état de choses, dans lequel les juges s'en rapportent pour une large part, pour la rédaction des jugements, au greffier ou au secrétaire de la présidence... Le système de la juridiction *mixte* en matière commerciale a, du reste, fonctionné ou fonctionne dans plusieurs États » (MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, n° 330).

I. A qui appartient-il d'établir des tribunaux de commerce, et quel est le ressort de chacun de ces tribunaux?

II. De quels magistrats est composé chaque tribunal de commerce?

III. Comment sont nommés les membres des tribunaux de commerce?

IV. Quels sont les officiers établis près des tribunaux de commerce?

V. Quelles sont les règles particulières qui se rattachent à la discipline, à la manière dont doivent être rendus les jugements, etc.?

VI. Comment sont jugées les affaires commerciales, dans les arrondissements où il n'existe pas de tribunal de commerce?

Reprenons successivement les six questions qui viennent d'être posées.

I. L'établissement dans telle ou telle localité d'un tribunal de commerce, comme l'établissement de tout autre tribunal, rentre certainement dans les attributions du pouvoir législatif. Du reste, le législateur peut très bien en cette matière accorder une délégation au pouvoir exécutif. Cette délégation se comprend d'autant mieux que, comme le dit l'*Exposé de motifs* fait dans la séance du Corps législatif du 4 septembre 1807, « le chef de l'État peut seul bien juger des besoins des « localités ». Ajoutez qu'une Assemblée législative peut en général employer son temps à des objets plus importants que la question de savoir si telle ville aura ou n'aura pas un tribunal de commerce. Nous trouvons, en conséquence, dans le Code de commerce, un art. 615 ainsi conçu : « Un règlement « d'administration publique déterminera le nombre des tri- « bunaux de commerce, et les villes qui seront susceptibles « d'en recevoir par l'étendue de leur commerce et de leur « industrie. »

On appelle *règlement d'administration publique* un décret qui doit être précédé d'une délibération du Conseil d'État (1). —

(1) Comme la loi, le *règlement d'administration publique* a la force obligatoire, la réglementation de l'avenir, la sanction pénale; comme elle, il ne commande que dans l'intérêt général. Voy. M. Ducrocq, *Cours de droit administratif*, t. I, nº 62.

Celui qu'annonçait le Code de commerce a été rendu, à Schœnbrün, le 6 octobre 1809. Du reste, depuis ce décret, des tribunaux de commerce ont encore été accordés à certaines villes : Elbeuf, par exemple, n'a obtenu un tribunal de commerce qu'en 1829, et Roanne qu'en 1835. Avant le décret de 1809, soixante-quatorze villes seulement possédaient une juridiction consulaire spéciale; cette juridiction existe aujourd'hui dans plus de deux cents villes.

Si la loi a confié au pouvoir exécutif le soin d'établir un tribunal de commerce là où il le jugerait convenable, elle ne lui a pas confié, du moins en général, le soin de déterminer le ressort ou l'arrondissement de chaque tribunal de commerce : c'est la loi elle-même qui, pour la plupart des cas, a déterminé ce ressort. « L'arrondissement de chaque tribunal « de commerce, dit l'art. 616, sera le même que celui du tribunal civil dans le ressort duquel il sera placé; et, s'il se « trouve plusieurs tribunaux de commerce dans le ressort « d'un seul tribunal civil, il leur sera assigné des arrondissements particuliers. » Ainsi, lorsqu'un règlement d'administration publique crée un tribunal de commerce dans une ville, que cette ville soit ou non celle où siège le tribunal civil, en principe, le tribunal de commerce ainsi créé se trouve de plein droit avoir le même ressort que le tribunal civil; seulement, si dans l'arrondissement il existait déjà un tribunal de commerce, le règlement d'administration publique devrait désigner le canton ou les cantons dont se composera le ressort du nouveau tribunal (1).

Nous verrons un peu plus loin par qui sont jugées les affaires commerciales dans les arrondissements où il n'existe aucun tribunal de commerce (2).

(1) La loi des 16-24 août 1790 n'avait pas prévu le cas où il y aurait lieu d'établir plusieurs tribunaux de commerce dans un seul et même district. Elle contenait seulement la disposition suivante : « Les juges de « commerce établis dans une des villes d'un district connaîtront des « affaires de commerce dans toute l'étendue du district » (Titre XII, art. 12).

Pour le département de la Seine, il n'y a qu'un seul tribunal de commerce, tout comme il n'y a qu'un seul tribunal civil.

(2) C'est l'objet de l'art. 640, que les rédacteurs du Code ont placé mal à-propos dans le Titre *De la compétence des tribunaux de commerce.*

II. Comme il appartient au législateur d'établir les tribunaux, il lui appartient de même de régler la composition de chaque tribunal, de déterminer le nombre de ses membres. Du reste, ici encore le législateur a jugé utile de laisser une certaine latitude au chef de l'État. Le législateur pose en principe que, dans tout tribunal de commerce, il doit y avoir un président, des juges et des suppléants; de plus, il fixe un minimum en ce qui concerne le nombre des juges. Maintenant, dans chaque tribunal, quel sera précisément le nombre des juges? quel sera le nombre des suppléants? Le législateur confie au règlement d'administration publique qui établira le tribunal de commerce le soin de décider en même temps cette double question.

En ce qui concerne la composition des tribunaux de commerce, le système du Code de 1808 différait en plusieurs points du système de la loi des 16-24 août 1790. D'après cette loi (Titre XII, art. 6), chaque tribunal de commerce devait être composé de cinq juges. On avait eu tort de fixer ainsi un chiffre uniforme. Pour certaines localités, ce chiffre était trop considérable; pour d'autres, au contraire, il était trop faible eu égard à ce qu'exigeait une bonne administration de la justice. Dans ces dernières localités, il avait fallu instituer des juges suppléants, bien que la loi de 1790 n'en dît pas un mot dans le Titre consacré aux juges en matière de commerce (1). D'après le Code de 1808, il y a des suppléants dans chaque tribunal de commerce. Du reste, il faut reconnaître qu'à tous égards la disposition de ce Code est préférable à celle de la loi de 1790. « Chaque tribunal de commerce, « dit l'art. 617, sera composé d'un juge-président, de juges

(1) Décret des 10-16 juillet 1792 :
« L'Assemblée nationale,
« Considérant que plusieurs tribunaux de commerce se trouvent jour-
« nellement dans l'impossibilité de remplir l'objet de leur établissement,
« par les cas d'absence ou récusation de plusieurs juges, le décret des
« 16-24 août 1790, relatif à leur formation, ne les ayant pas autorisés à
« se nommer des suppléants,
« Décrète que, dans toutes les villes du royaume où il y a des tribu-
« naux de commerce, il pourra être nommé quatre suppléants, en se
« conformant, pour leur nomination, aux formalités prescrites pour
« l'élection des juges desdits tribunaux de commerce. »

« et de suppléants. Le nombre des juges ne pourra pas être « au-dessous de deux ni au-dessus de huit, non compris le « président. Le nombre des suppléants sera proportionné au « besoin du service. Le règlement d'administration publique « fixera, pour chaque tribunal, le nombre des juges et celui « des suppléants. »

Sur cet art. 617, j'ai à faire plusieurs observations :

La première, c'est que l'expérience a montré que le nombre de juges établi comme maximum en 1807 pouvait quelquefois se trouver trop faible. En 1838, le Gouvernement demandait que, pour le tribunal de commerce de la Seine, le nombre des juges fût porté à douze; la Commission de la Chambre des députés généralisa cette disposition, de manière à permettre au Gouvernement d'élever même à quatorze le nombre des juges partout où l'exigeraient les besoins du service. En conséquence, le maximum, fixé à huit par l'art. 617 du Code, a été porté à quatorze par l'art. 5 de la loi du 3 mars 1840. — Le texte primitif de l'art. 617 a été modifié, sous un autre rapport, par la même disposition de la loi de 1840. La dernière phrase de ce texte primitif commençait ainsi : « Le règlement d'administration publique « fixera... » On pouvait en conclure que le règlement d'administration publique qui établissait dans telle ville un tribunal de commerce devait, une fois pour toutes et d'une manière irrévocable, fixer le nombre des juges et le nombre des suppléants qui composeraient ce tribunal. Or, cela n'était véritablement pas raisonnable : en dix ou vingt ans, l'importance commerciale d'une localité peut changer complètement, et il est nécessaire que le nombre des membres du tribunal soit mis en rapport avec ce changement. Aussi, d'après l'observation faite en ce sens par M. Renouard, la dernière phrase de l'art. 617 commençait-elle ainsi, aux termes de la loi de 1840 : « Un règlement d'administration publique fixera... »

Enfin l'art. 617 présentait cette bizarrerie qu'il limitait le nombre des juges titulaires, et qu'il proportionnait le nombre des juges suppléants aux besoins du service. Il a paru convenable de supprimer la limitation *maxima* du nombre des juges titulaires.

En conséquence, aux termes de la loi du 18 juillet 1889, l'art. 617 est aujourd'hui ainsi conçu : « Chaque tribunal « de commerce sera composé d'un président, de juges et de « juges suppléants. Le nombre des juges ne peut être « inférieur à deux, non compris le président. — Un règle- « ment d'administration publique fixera, pour chaque tri- « bunal, le nombre des juges et juges suppléants. »

— L'art. 617 indique la composition normale des tribunaux de commerce. Mais, indépendamment des juges et des suppléants proprement dits dont parle cet article, nous verrons qu'en cas de besoin de simples négociants peuvent accidentellement être appelés à faire fonction de juges (1).

III. On peut dire que la magistrature consulaire a toujours été élective. Nous savons, relativement aux foires de Lyon, qu'un Édit de 1462 avait confié la conservation des foires au sénéchal de Lyon (2); mais deux ans à peine s'étaient écoulés lorsqu'un nouvel Édit vint octroyer *pouvoir aux conseillers, bourgeois, manants et habitants de la ville de Lyon, de commettre un prud'homme suffisant et idoine pour régler les contestations qui pourraient arriver entre les marchands fréquentant les foires.* L'Édit de 1563, qui établit à Paris les juges-consuls, portait, dans son art. 1^er^, que ces juges-consuls, pour la première fois, seraient élus dans une assemblée de cent notables bourgeois désignés par le prévôt des marchands et par les échevins (3); et, relativement aux élections subséquentes, l'art. 2 du même Édit contenait les dispositions remarquables que voici : « Ordonnons et permettons auxdits cinq juge et « consuls d'assembler et appeler, trois jours avant la fin de « leur année, jusqu'au nombre de soixante marchands, bour- « geois de ladite ville, qui en éliront trente d'entre eux, les- « quels, sans partir du lieu et sans discontinuer, procé- « deront, avec lesdits juge et consuls, en l'instant et le jour « même, à peine de nullité, à l'élection de cinq nouveaux

(1) Ceci se réfère à la disposition contenue dans l'art. 4 du règlement d'administration publique en date du 6 octobre 1809.

(2) Voy. ci-dessus, p. 248.

(3) Ci-dessus, p. 249.

« juge et consuls des marchands, qui feront le serment devant « les anciens, et sera la forme susdite gardée et observée « dorénavant en l'élection desdits juge et consuls... »

Lors de la Révolution, ces dispositions étaient applicables à toutes les juridictions consulaires établies en France, conformément à la règle posée dans l'Ordonnance de 1673 (Titre XII, art. 1er).

La loi des 16-24 août 1790, qui rendit élective la magistrature ordinaire elle-même (1), n'eut garde de supprimer l'élection comme mode de recrutement des tribunaux consulaires. Loin de là, elle élargit jusqu'à l'abus le cercle des électeurs : « Les juges de commerce, dit-elle (Titre XII, art. 7), « seront élus dans l'assemblée des négociants, banquiers, « marchands, manufacturiers, armateurs et capitaines de « navire, de la ville où le tribunal sera établi. » Ainsi, dans ce système, la qualité de commerçant suffit pour conférer le droit de faire partie de l'assemblée et d'y donner son suffrage; de plus, l'assemblée élit directement les juges, tandis qu'autrefois l'élection était à deux degrés.

L'article suivant ajoute que « cette assemblée sera con- « voquée, huit jours en avant, par affiches et à cri public, « par les juges-consuls en exercice, dans les lieux où ils sont « actuellement établis; et, pour la première fois, par les « officiers municipaux, dans les lieux où il sera fait un « établissement nouveau ».

La Constitution de l'an VIII ne contenait aucune disposition spéciale sur les juridictions consulaires. Les dispositions de la loi de 1790 sont restées en vigueur jusqu'à la promulgation du Code de commerce.

La Commission chargée de rédiger un projet de Code de commerce avait d'abord maintenu le système de 1790. Son projet primitif contenait un article ainsi conçu : « Les « membres des tribunaux de commerce seront élus par les « commerçants domiciliés et résidant dans l'arrondissement. » Mais, dans son projet corrigé, elle abandonne le système dont il s'agit, et voici comment elle explique elle-même ce chan-

(1) Titre II, art. 3 : « Les juges seront élus par les justiciables. »

gement : « Dans les grandes villes de commerce, dit-elle, et « même dans les villes du second et du troisième ordre, on « ne peut réunir tous les commerçants pour l'élection des « juges. — Des juges ne peuvent être bien choisis que par « ceux qui ont le plus d'intérêt à ce que cette fonction ne « soit confiée qu'à des hommes capables de la bien remplir. « — La profession de commerçant, dans le sens absolu de « l'expression, comprend tous ceux qui font le commerce, « depuis le marchand en détail jusqu'à l'armateur ou au « banquier le plus considérable. Les rapports qui existent « entre ces différentes classes de commerçants ne sont que « relatifs (1). En les appelant tous, soit dans un même lieu, « soit dans différentes assemblées, il peut en résulter une « grande confusion ou une grande indifférence. Ce double « inconvénient doit paraître assez sensible : l'expérience ne « l'a que trop prouvé dans le système des élections » (2).

La Commission arriva donc à proposer les deux articles suivants, qui sont devenus les art. 618 et 619 du Code de commerce : « Les membres des tribunaux de commerce « seront élus dans une assemblée composée de commerçants « notables, et principalement des chefs des maisons les plus « anciennes et les plus recommandables par la probité, l'es- « prit d'ordre et d'économie. — La liste des notables sera « dressée, sur tous les commerçants de l'arrondissement, par « le préfet, et approuvée par le ministre de l'intérieur. Leur « nombre ne peut être au-dessous de vingt-cinq, dans les « villes où la population n'excède pas 15,000 âmes; dans « les autres villes, il doit être augmenté, à raison d'un « électeur pour 1,000 âmes de population » (3).

(1) Des *rapports* qui ne sont que *relatifs!* La Commission veut sans doute dire qu'un commerçant n'est pas en rapport avec tous les commerçants du même arrondissement.

(2) En voyant comment la Commission cherche à expliquer l'abandon du système de 1790, on se rappelle involontairement un passage bien connu des Institutes de Justinien : *Cùm auctus esset populus romanus in eum modum ut difficile esset in unum eum convocari legis sanciendæ causâ, æquum visum est senatum vice populi consuli* (§ 5 *De jure natur., gent. et civ.*).

(3) Ces deux articles, comme nous le verrons, sont restés en vigueur jusqu'en 1871.

Ce système du Code de commerce se rapproche, jusqu'à un certain point, de celui que nous avons vu consacré dans l'art. 2 de l'Édit de 1563. Seulement, tandis que d'après l'Édit c'étaient les juge et consuls actuellement en exercice qui assemblaient et appelaient soixante marchands, le Code de commerce confie au préfet le soin de former la liste des notables. Il me paraît impossible de justifier ce changement consacré par le législateur de 1807 : évidemment le tribunal de commerce, sous tous les rapports, est plus apte que le préfet à dresser convenablement la liste des commerçants notables de l'arrondissement. Sans doute, aux termes de l'art. 619, la liste dressée par le préfet doit être approuvée par le ministre (1), d'où l'on conclut avec raison que le commerçant qui croit avoir été omis mal à propos par le préfet peut se pourvoir auprès du ministre; mais est-il possible que le ministre lui-même possède les éléments nécessaires pour contrôler efficacement et sérieusement les motifs qui ont dicté les choix du préfet?

Lors des délibérations qui précédèrent le vote de la loi du 3 mars 1840, la Chambre des pairs proposait de modifier en deux points la disposition de l'art. 619. Elle voulait d'abord que, dans les villes dont la population n'excède pas 15,000 âmes, le minimum du nombre des notables fût porté de vingt-cinq à quarante; elle voulait, de plus, que le préfet fût tenu de consulter préalablement la chambre et le tribunal de commerce, ainsi que le maire de la ville où siège ce tribunal. Mais la Chambre des députés rejeta les deux modifications dont il s'agit. « Il nous suffira de faire remar-
« quer, disait à ce sujet le ministre de la justice, que le
« régime du Code de commerce, qui, comme on l'a dit pré-
« cédemment, a vécu pendant plus de trente ans sans récla-
« mation importante, et qui a doté le pays de magistrats
« consulaires dignes de leur haute mission, n'exigeait pas

(1) L'art. 619 parle du ministre de l'intérieur; mais l'approbation dont il s'agit était donnée, en dernier lieu, par le ministre du commerce. L'Ordonnance royale du 6 avril 1834, dans son art. 2, range parmi les attributions du ministère du commerce *la confection des listes des commerçants notables.*

« impérieusement les deux modifications qu'on voulait y « introduire. On a paru craindre, d'ailleurs, quant à l'exten- « sion de la notabilité commerciale, que, dans les villes au- « dessous de 15,000 âmes, il fût souvent difficile de former « une liste de quarante électeurs. Quant à l'obligation de « consulter les autorités locales pour la formation de cette « liste, il n'était pas indispensable de la formuler en article « de loi : car, sous l'empire de la législation actuelle, les « préfets, sur qui pèse la responsabilité de la désignation, « ont toujours compris que le concours des représentants « légaux du commerce leur était nécessaire » (1).

La liste des commerçants notables, une fois dressée par le préfet et approuvée par le ministre, ne peut plus être critiquée par personne. Il est arrivé plusieurs fois que des tribunaux de commerce ont blâmé le mode employé par l'autorité administrative pour la confection de la liste dont il s'agit; mais leur délibération, en cas pareil, a toujours été annulée et devait l'être (2).

Remarquons-le bien, du reste, c'est seulement quand il s'agit d'apprécier la notabilité des commerçants que le préfet a un pouvoir discrétionnaire. Il y a des individus qui sont légalement incapables et que le préfet, même avec l'approbation du ministre, n'a nullement le droit de faire figurer sur la liste. Procéder à l'élection des membres du tribunal de commerce, c'est certainement exercer un droit politique : donc la liste des notables ne peut contenir que les noms des personnes qui ont la jouissance et l'exercice des droits attachés à la qualité de citoyen : le préfet ne pourrait pas y faire figurer une femme, un mineur, un failli non réhabilité, un étranger non naturalisé (lors même qu'il aurait été admis à établir son domicile en France, aux termes de l'art. 13 du Code civil), etc. Cette doctrine me paraît incontestable; et

(1) Locré (*Esprit du Code de commerce*, t. VIII, p. 60) disait déjà : « Il « n'est sans doute pas de préfet qui, pour former la liste, ne consulte le « tribunal de commerce, et ce tribunal peut aussi adresser des observa- « tions au préfet et au ministre. »

(2) Voy. notamment l'arrêt de la Chambre des requêtes, du 16 janvier 1844, annulant une délibération prise par cinq membres du tribunal de commerce d'Angers (Dev.-Car., 44, 1, 351).

je n'ai même pas besoin de tirer argument de ce que la loi décide relativement aux personnes capables ou incapables de concourir à l'élection des prud'hommes (1).

Pour pouvoir figurer sur la liste des notables, il faut être commerçant au moment où la liste est dressée : il ne suffirait pas d'avoir autrefois exercé le commerce. Cela résulte clairement du texte de nos art. 618 et 619. Mais on s'est demandé si les agents de change et les courtiers sont réellement des commerçants, si par conséquent ils peuvent être portés sur la liste. La raison de douter, c'est que les agents de change et les courtiers sont des fonctionnaires publics, à qui la loi défend même expressément de faire, en aucun cas et sous aucun prétexte, des opérations de commerce ou de banque pour leur compte (2). Certains auteurs en concluent que les agents de change et les courtiers ne sont pas commerçants, et qu'ainsi leur manque la qualité essentielle pour pouvoir prendre part à l'élection des membres du tribunal de commerce (3). Je crois, au contraire, que les agents de change et les courtiers, faisant leur profession habituelle d'actes de commerce (qu'ils concluent, à la vérité, non pour leur propre compte, mais pour le compte de leurs clients, comme les commissionnaires), sont par cela même commerçants; et j'en vois la preuve certaine dans ce fait qu'ils peuvent être déclarés en faillite, lors même qu'ils n'auraient fait aucune opération commerciale pour leur compte personnel (4). Il faut donc reconnaître, et c'est aussi l'opinion la plus générale, que les agents de change et les courtiers sont de véritables commerçants, et qu'ils peuvent parfaitement figurer sur la liste des notables dressée en exécution de notre art. 619.

Le système qui vient d'être exposé, d'après lequel les membres du tribunal de commerce sont élus par un certain nombre de commerçants que désigne l'administration, ce système a été changé en 1848. On est revenu à peu près, en

(1) Voy. ci-dessus, p. 200 et p. 206, note 1.

(2) Voy. l'art. 85 du Code de commerce.

(3) Voy., en ce sens, MM. Bioche et Goujet, *Dictionnaire de procédure*, v° *Agents de change*, § 1, n° 5.

(4) Voy. l'art. 89 du Code de commerce, et, ci-dessus, p. 83 et suiv.

1848, au système de la loi de 1790. Aux termes du décret du 28 août 1848, l'art. 618 du Code de commerce contenait d'abord la disposition suivante : « Les membres des tribunaux de « commerce seront élus par une assemblée composée des « citoyens français, commerçants patentés depuis cinq ans, « des capitaines au long cours et des maîtres au cabotage « ayant commandé des bâtiments pendant cinq ans, et domi- « ciliés depuis deux ans au moins dans le ressort du tribunal. » L'article énumérait ensuite certains individus qu'il déclarait incapables de participer à l'élection. Quant au nouvel art. 619, il portait, en premier lieu, que tous les ans la liste des électeurs du ressort de chaque tribunal serait dressée pour chaque commune par le maire, dans la première quinzaine du mois de septembre ; puis il indiquait comment la liste serait publiée, comment elle pourrait être rectifiée.

Je n'entrerai pas dans l'examen des questions auxquelles ces dispositions ont donné lieu dans la pratique. Elles n'ont été applicables que pendant un temps assez court : en vertu d'un décret du 2 mars 1852, on en est revenu au régime qui était en vigueur avant 1848. Voici les motifs écrits en tête du décret : « Le mode d'élection des juges des tribunaux de commerce, établi par la loi du 28 août 1848, a fait naître de sérieuses difficultés, qui ont souvent empêché ou au moins retardé le renouvellement de ces tribunaux ; — Loin d'accroître le nombre des votants, il l'a réduit dans de si étroites limites que, dans certaines localités, il ne s'est pas présenté assez d'électeurs pour composer le bureau électoral, et que, dans d'autres, les juges élus ont refusé un mandat dont ils ne se trouvaient pas suffisamment investis ; — Des intérêts étrangers à ceux de la justice et du commerce n'ont que trop souvent dicté les choix d'une faible minorité d'électeurs... »

Dans une circulaire ministérielle adressée aux préfets le 19 mars 1852, nous trouvons des détails intéressants en ce qui concerne la formation de la liste des notables. D'après cette circulaire, « on ne saurait investir ni des droits d'électeurs, ni de la qualité d'éligibles, les Français que des Gouvernements étrangers se sont attachés en qualité d'agents consulaires : les titulaires de ces fonctions, quelque honorables

qu'elles soient, se trouvent placés dans une situation particulière, en tant que chargés de représenter et de défendre des intérêts qui peuvent être en opposition avec ceux de notre commerce. »

— Dans le système du Code de commerce de 1808, les notables portés sur la liste que le préfet dresse en exécution de l'art. 619 avaient exclusivement pour fonction d'élire les membres du tribunal de commerce; l'ordre dans lequel ils étaient inscrits sur cette liste n'avait aucune importance pratique. Peu de temps après la promulgation du Code, une modification considérable fut apportée à cet état de choses. En effet, le règlement d'administration publique du 6 octobre 1809 contient un art. 4 ainsi conçu : « Lorsque, par des récusations et « des empêchements, il ne restera pas dans les tribunaux de « commerce un nombre suffisant de juges ou de suppléants, « ces tribunaux seront complétés par des négociants pris sur « la liste formée en vertu de l'art. 619 du Code de commerce et « suivant l'ordre dans lequel ils y sont portés, s'ils ont d'ailleurs « les qualités énoncées en l'art. 620 de la même loi. » — Cette disposition, remplacée en 1848 par une disposition nouvelle(1), a été expressément rétablie par le décret du 2 mars 1852 (art. 2); elle est restée en vigueur jusqu'en 1876 (2).

Aucun jugement du tribunal de commerce ne peut être rendu, si ce n'est par trois juges au moins : l'art. 4 du décret de 1809 s'applique lorsque ce nombre de trois ne peut être fourni par les titulaires ni même par les suppléants, conformément à l'art. 626 du Code de commerce. Il doit y avoir empêchement des autres titulaires et des suppléants; et, de même, en cas d'empêchement du négociant porté le premier sur la liste, celui qui est porté le second serait valablement appelé. La loi ne paraît pas exiger que le jugement constate expressément l'empêchement des autres titulaires, des suppléants, du négociant porté le premier sur la liste des notables (3).

(1) Voy. la loi du 28 août 1848, art. 2.

(2) C'est ce que nous verrons en expliquant le nouvel art. 626 du Code de commerce.

(3) Voy. l'arrêt de la Cour de cassation (ch. civile) du 22 juillet 1850 (Dev.-Car., 51, 1, 62).

Dans les tribunaux civils, en cas d'empêchement d'un juge, on appelle pour le remplacer, à défaut de suppléants, un avocat ou un avoué, en suivant l'ordre du tableau; mais le jugement rendu par un juge et par deux avocats serait nul (1). Faut-il dire, de même, que le jugement d'un tribunal de commerce serait nul s'il avait été rendu par un seul juge et par deux négociants portés sur la liste des notables? La question est diversement résolue dans la pratique. Je ne vois aucune bonne raison pour ajouter au texte de l'art. 4 du décret de 1809, et je déciderais, en conséquence, qu'il n'est pas nécessaire que les membres du tribunal de commerce soient ici en majorité (2).

— Revenons maintenant à l'élection des membres du tribunal de commerce. Comme nous allons le voir, les prescriptions de la loi ne sont pas absolument les mêmes en ce qui concerne le président et en ce qui concerne les juges.

D'abord, aux termes de l'art. 620, « tout commerçant « pourra être nommé juge ou suppléant, s'il est âgé de trente « ans, s'il exerce le commerce avec honneur et distinction de- « puis cinq ans. Le président devra être âgé de quarante ans, « et ne pourra être choisi que parmi les anciens juges... » (3).

Ainsi, les conditions de l'éligibilité sont différentes, suivant qu'il s'agit des fonctions de juge (titulaire ou suppléant) ou des fonctions de président : 1° en ce que, pour être juge, il suffit d'avoir trente ans, tandis que pour être président il faut en avoir quarante; 2° en ce que, pour être juge, il faut exercer le commerce avec honneur et distinction depuis cinq ans, tandis que pour être président il faut avoir été juge. — Il semble bien résulter du texte même de l'art. 620 que celui qui est nommé juge doit être *actuellement* commerçant (4),

(1) Voy. l'art. 49 du règlement du 30 mars 1808.

(2) Voy., en ce sens, un arrêt de la Cour de Besançon, du 4 août 1857 (Dev.-Car., 59, 2, 167). Nous retrouverons la question en expliquant l'art. 626.

(3) L'art. 620 se terminait par cette disposition transitoire, devenue promptement inapplicable : « *Y compris ceux qui ont exercé dans les tri- « bunaux actuels, et même les anciens juges-consuls des marchands.* » — Le surplus de l'article est resté en vigueur jusqu'en 1871.

(4) « *Tout commerçant,* dit l'article, pourra être nommé juge... » Dans

tandis que cela n'est pas indispensable pour celui qui est nommé président. Cependant un Avis du Conseil d'État, du 26 janvier 1808 (approuvé le 2 février), a interprété autrement la disposition qui nous occupe :

« Le Conseil d'État,...

« Considérant d'abord qu'il ne peut y avoir de difficulté « sérieuse à l'égard du président, la loi n'obligeant qu'à le « prendre parmi les anciens juges, ce qui emporte bien la « condition d'avoir exercé le commerce pendant plus de cinq « ans, puisqu'il n'a pu être antérieurement juge qu'après ce « laps de temps, mais ce qui n'établit point textuellement « qu'au moment où il est élu président il doive encore exercer « le commerce; — Qu'en ce qui concerne le simple juge, ces « mots, *s'il exerce depuis cinq ans*, employés par la loi et pris « au temps présent, offrent littéralement un peu plus de dif- « ficulté, qui cependant doit se dissiper en se pénétrant de « l'esprit de cette loi; — Que ce que le législateur a voulu, « ç'a été que les juges de commerce eussent une expérience « garantie par un exercice suffisant et dont il a fixé la durée, « mais qu'il n'est point entré dans ses vues d'exclure les « négociants retirés, qui étaient d'ailleurs formellement « admis par l'Ordonnance de 1673 et par la loi du 10 août « 1791, et dont l'exclusion eût été prononcée sans doute en « termes aussi formels si telle eût été l'intention du législa- « teur; — Qu'au surplus cette exclusion ne pourrait être « que nuisible au commerce, en privant ses tribunaux de « juges qui à une expérience également garantie réunissent « plus de loisirs; — Qu'à la vérité celui qui n'aurait quitté « le commerce que pour suivre une autre profession n'au- « rait plus la capacité requise, mais que cette modification, « qui est dans la nature des choses, ne saurait nuire aux « principes posés :

« Est d'avis que les négociants retirés du commerce et non « livrés actuellement à d'autres professions sont susceptibles « d'être élus aux places mentionnées en l'art. 620 du Code

le projet primitif de la Commission, au lieu de *tout commerçant*, il y avait *tout individu*.

« de commerce, s'ils ont exercé le commerce pendant le « temps prescrit et s'ils remplissent d'ailleurs les autres « conditions imposées par la loi » (1).

La loi du 28 août 1848 avait remplacé l'art. 620 par la disposition suivante : « Sont éligibles aux fonctions de juge « et de suppléant : 1° tout citoyen français qui a déjà exercé « l'une ou l'autre de ces fonctions ; 2° tout citoyen français « âgé de trente ans, ayant exercé le commerce avec patente « pendant cinq ans au moins, tout capitaine au long cours « ou maître au cabotage ayant commandé pendant cinq ans, « pourvu que chacun des éligibles désignés ait son domicile « réel dans le ressort du tribunal et qu'il ne se trouve dans « aucun des cas prévus aux §§ 2-5 de l'art. 618. — A Paris, « nul ne pourra être nommé juge s'il n'a été suppléant. — « Pour être éligible à la présidence, il faudra, à Paris, avoir « exercé pendant quatre ans comme juge ; dans les tribunaux « de neuf membres, avoir exercé pendant quatre ans, dont « deux au moins comme juge. Dans les autres tribunaux, il « suffira d'avoir été juge ou suppléant. » Cette rédaction indiquait clairement que l'exercice *actuel* du commerce n'était pas une condition nécessaire pour l'éligibilité. Du reste, en vertu du décret du 2 mars 1852, on en est revenu à l'état de choses antérieur à 1848.

Le législateur ne donne le nom de *juges* qu'aux juges titulaires. Il est donc certain que, dans un tribunal quelconque, aux termes de l'ancien art. 620, pour pouvoir être nommé

(1) La loi des 16-24 août 1790 disait (Tit. XII, art. 9) : « Nul ne pourra « être juge d'un tribunal de commerce, s'il n'a résidé et fait le commerce « au moins depuis cinq ans dans la ville où le tribunal sera établi, et s'il « n'a trente ans accomplis. Il faudra être âgé de trente-cinq ans et avoir « fait le commerce depuis dix ans, pour être président. »

La loi du 10 août 1791, citée dans l'Avis du Conseil d'Etat, était ainsi conçue : « L'Assemblée nationale, considérant que les anciens négociants, « marchands, banquiers et autres désignés par la loi de l'organisation « judiciaire, qui se sont retirés du commerce, ne peuvent, par le fait de « cette discontinuation, être assujettis à prendre des patentes, décrète « qu'ils sont éligibles en qualité de juges aux tribunaux de commerce, « et néanmoins qu'ils ne pourront être électeurs. »

Tant qu'il y a eu une *liste des notables*, les négociants retirés du commerce n'auraient certainement pas pu être portés sur cette liste des notables.

président, il ne suffirait pas d'avoir déjà rempli les fonctions de suppléant.

Lorsqu'un tribunal de commerce est établi pour la première fois dans une ville, dès le principe il doit avoir un président : c'est ce que l'art. 622 suppose clairement. Mais il est impossible que ce président, conformément à l'exigence de notre art. 620, ait déjà rempli les fonctions de juge (du moins dans la ville où il réside aujourd'hui). Il faut donc reconnaître que l'art. 620 n'a pas prévu l'hypothèse dont il s'agit, et que parmi ses dispositions il en est une qui ne saurait s'y appliquer. Un Avis du Conseil d'État, du 21 décembre 1810, porte effectivement que, dans les lieux où il n'existait point de tribunal de commerce, et pour la première fois seulement, le président n'aura pas besoin d'avoir déjà exercé les fonctions de juge, il suffira qu'il remplisse les autres conditions de la loi.

Une observation qui s'applique en général à tous les membres des tribunaux de commerce, c'est, d'une part, qu'ils doivent avoir la jouissance et l'exercice des droits politiques (1); c'est, d'autre part, qu'ils peuvent être élus en dehors de la liste des notables (2). Sous ce double rapport, il n'y a aucune distinction à faire entre le président, les juges et les suppléants.

— Comment se fait l'élection? « L'élection, disait l'art. 621, « sera faite au scrutin individuel, à la pluralité absolue des « suffrages; et, lorsqu'il s'agira d'élire le président, l'objet « spécial de cette élection sera annoncé avant d'aller au scru- « tin. » — Cette disposition très brève (textuellement empruntée à la loi de 1790, Titre XII, art. 10) avait été remplacée, en 1848, par une disposition beaucoup plus détaillée, que je

(1) Une circulaire du ministre de l'intérieur aux préfets, en date du 27 octobre 1817, fait application du principe en ce qui concerne la qualité de Français. « Il est vrai, dit le ministre, que l'art. 620 du Code de com- « merce n'établit pas textuellement, comme condition d'éligibilité, la « qualité de Français natif ou naturalisé; mais c'est le cas d'appliquer « les principes généraux consignés dans les anciennes Ordonnances de « nos rois, principes qui ont toujours été rappelés depuis, et notamment « dans la loi du 14 octobre 1814 *sur les naturalisations* et dans celle du « 5 février 1817 *sur les élections*. »

(2) Cette idée se trouve déjà dans l'Édit de 1563. Voy. ci-dessus, p. 249.

reproduis seulement en partie : « ...L'élection du président « sera faite au scrutin individuel et à la majorité absolue des « suffrages exprimés. Les juges seront nommés tous par un « seul scrutin de liste; les suppléants seront également nom- « més tous par un seul scrutin de liste. La majorité absolue « des suffrages exprimés sera nécessaire pour chaque nomi- « nation... »

Sous l'empire de ce nouvel art. 621, on s'est plusieurs fois demandé dans la pratique si, pour l'élection du président, pour celle des juges et pour celle des suppléants, il peut y avoir trois scrutins simultanés ou si, au contraire, il doit nécessairement y avoir trois scrutins successifs; du reste, la même question pouvait encore se présenter après qu'on était revenu au texte de 1807. Les Cours d'Orléans et de Bordeaux ont décidé, en 1851, que les scrutins devaient nécessairement être successifs (1). L'arrêt de la Cour de Bordeaux ayant été déféré à la Cour de cassation, celle-ci a rejeté le pourvoi, par les motifs suivants : « La rédaction de l'art. 621 eût été différente, si le législateur avait voulu autoriser trois scrutins simultanés : il l'aurait littéralement permis. — Le système contraire porterait atteinte à la liberté des électeurs, et à leur droit de voter successivement, dans les degrés inférieurs, pour celui ou ceux jugés dignes d'être nommés dans un degré supérieur. — Cette affaire est un exemple des graves erreurs qu'entraînent nécessairement des élections simultanées, puisque, malgré la délibération et l'avis préalable du bureau, on trouva dans l'urne de la nomination du président six bulletins applicables aux juges et trente-huit aux suppléants, dans l'urne des juges on trouva trente-huit bulletins applicables aux suppléants, et dans l'urne des suppléants, cinquante-quatre bulletins applicables aux juges... » (2).

Les électeurs ne peuvent jamais faire que les élections pour lesquelles ils sont convoqués. Si, par exemple, ayant été

(1) Dans un arrêt de la Cour d'Angers, du 25 août 1849, il est dit que, si l'élection du président, des juges et des suppléants n'a point été faite successivement, *comme cela eût été plus convenable et plus rationnel*, néanmoins cette formalité n'est pas substantielle (Dev.-Car., 51, 2, 546).

(2) Arrêt de la Chambre des requêtes, du 6 août 1851, rendu contrairement aux conclusions du procureur général (Dev.-Car., 51, 1, 520).

convoqués pour le remplacement de deux juges et d'un suppléant, ils nomment juge un autre suppléant, il ne leur sera pas permis pour cela de procéder à l'élection de deux suppléants (1).

Pour qu'il y ait élection, il faut nécessairement que le candidat ait obtenu la majorité absolue des suffrages. Du reste, aucune disposition de loi ne fixe un *minimum* que devrait atteindre le nombre des suffrages exprimés. C'est là, sans doute, une lacune très regrettable : une élection pourra être valablement faite par quelques commerçants notables, peut-être par cinq ou six. C'est une lacune qu'il ne nous appartient pas de combler ; et il est absolument impossible d'admettre, avec M. Bédarride (2), que les suffrages exprimés doivent atteindre le *minimum* indiqué par l'art. 619.

— Les règles qui viennent d'être exposées ont été profondément modifiées par plusieurs lois, à la suite des événements politiques de 1870.

Aux termes de la loi du 21 décembre 1871, les membres des tribunaux de commerce étaient nommés dans une assemblée d'électeurs pris parmi les commerçants recommandables par leur probité, esprit d'ordre et d'économie. La liste des électeurs était dressée par une commission, composée du président du tribunal de commerce et d'un juge au tribunal de commerce ; du président et d'un membre de la chambre de commerce ; de trois conseillers généraux ; du président du conseil des prud'hommes ; du maire de la ville où siège le tribunal de commerce.

La loi du 5 décembre 1876 porte que « tout commerçant et « agent de change âgé de trente ans, inscrit à la patente « depuis cinq ans, et domicilié, au moment de l'élection, « dans le ressort du tribunal ; toute personne ayant rempli « pendant cinq ans les fonctions de directeur de société ano- « nyme ; tout capitaine au long cours et maître au cabotage, « ayant commandé pendant cinq ans, justifiant des mêmes « conditions d'âge et de domicile, porté sur la liste des élec-

(1) Voy., en ce sens, l'arrêt de la Cour d'Orléans du 9 janvier 1851 (Dev.-Car., 51, 2, 549).

(2) *De la juridiction commerciale*, n° 56.

« teurs ou étant dans les conditions voulues pour y être « inscrit, pourra être nommé juge ou suppléant ».

Enfin voici les principales dispositions que contient la loi du 8 décembre 1883, la dernière qui ait été faite sur la matière :

ARTICLE PREMIER. — « Les membres des tribunaux de com- « merce seront élus par les citoyens français, commerçants « patentés ou associés en nom collectif depuis cinq ans au « moins, capitaines au long cours et maîtres de cabotage « ayant commandé des bâtiments pendant cinq ans, direc- « teurs de compagnies françaises anonymes de finances, de « commerce et d'industrie, agents de change et courtiers « d'assurances maritimes, courtiers de marchandises, cour- « tiers interprètes et conducteurs de navires institués en « vertu des art. 77, 79 et 80 du Code de commerce, les uns « et les autres après cinq années d'exercice, et tous, sans « exception, devant être domiciliés depuis cinq ans au moins « dans le ressort du tribunal. — Sont également électeurs « dans leur ressort, les membres anciens ou en exercice des « tribunaux et des chambres de commerce, des chambres « consultatives des arts et manufactures, les présidents « anciens ou en exercice des conseils de prud'hommes » (1).

(1) Je constate, avec MM. Lyon-Caen et Renault (*Traité*, t. I, p. 320, note 2), que le système électoral organisé par la loi du 8 décembre 1883 n'a pas jusqu'ici produit de bons résultats. Le nombre des commerçants qui prennent part aux élections est véritablement dérisoire.

« Si la qualité de commerçant s'acquiert par l'exercice habituel des actes d'une profession commerciale, la qualité de patenté ne peut résulter que de l'inscription personnelle du commerçant sur les rôles qui constatent régulièrement qu'il est soumis à l'impôt de la patente; ni la propriété d'un établissement de commerce, ni le paiement de l'impôt auquel cet établissement est assujetti sous le nom d'un autre, ne suffisent dès lors pour conférer au commerçant le droit à l'électorat consulaire. » Arrêt de la Cour de cassation du 13 décembre 1886 (Sir., 87, 1, 132).

A côté des *commerçants patentés*, la loi mentionne les *associés en nom collectif*. Ceux-ci, pour être électeurs, n'ont pas besoin d'être inscrits au rôle des patentes ; c'est à eux à justifier de leur qualité, soit par la production d'un extrait de l'acte constitutif de la société, soit par tout autre document probant. Autre arrêt du même jour, 13 déc. 1886 (Sir., 87, 1, 170).

Dans un arrêt de cassation du 23 décembre 1884, il est dit que « des termes de l'art. 632 du Code de commerce, il ressort que *les entreprises d'agences et bureaux d'affaires* constituent des actes de commerce, et que

ART. 8. — « Sont éligibles aux fonctions de président, de « juge et de juge suppléant, tous les électeurs inscrits sur la « liste électorale, âgés de trente ans (1), et les anciens com- « merçants français ayant exercé leur profession pendant « cinq ans au moins dans l'arrondissement et y résidant. — « Toutefois, nul ne pourra être élu président, s'il n'a exercé « pendant deux ans les fonctions de juge titulaire, et nul ne « pourra être nommé juge s'il n'a été juge suppléant pendant « un an. »

ART. 10. — « Le président sera élu au scrutin individuel. « — Les juges titulaires et les juges suppléants seront nom- « més au scrutin de liste, mais par des bulletins distincts, « déposés dans des boîtes séparées. — Ces élections auront « lieu simultanément... »

J'ai déjà eu l'occasion de mentionner l'art. 13, qui contient une disposition additionnelle à l'art. 623 du Code de commerce (2).

A la date du 13 février 1884, le ministre de la justice a adressé une circulaire aux préfets et aux procureurs généraux, au sujet de l'application de la loi du 8 décembre 1883.

— Les membres des tribunaux de commerce sont-ils nommés à vie, ou sont-ils nommés pour un temps déterminé ? A tous les points de vue, il était convenable que les juges consulaires fussent nommés seulement pour un temps déterminé, et même pour un temps assez court; dans le même ordre d'idées, le législateur devait aussi proscrire la réélection, du moins la réélection immédiate et indéfinie, des magistrats dont la fonction était expirée. En conséquence, l'Édit de 1563 (art. 1 *in fine*) contenait déjà la disposition suivante : « La charge des juge et consuls des marchands ne durera « qu'un an, sans que, pour quelque cause ou occasion que

celui qui en fait sa profession habituelle, sans aucune indication restrictive de la nature de ses opérations, doit être réputé commerçant » (Sir., 85, 1, 73). Joignez la note de M. Lyon-Caen.

(1) Est inéligible le commerçant en exercice qui n'est pas inscrit sur la liste électorale au moment de l'élection, encore bien qu'il fût dans les conditions voulues pour être inscrit. Arrêt de la Cour de cassation, du 9 mars 1887 (Sir., 87, 1, 131).

(2) Voy., ci-dessus, p. 229

« ce soit, l'un d'eux puisse être continué. » Cependant, renouveler le tribunal en bloc à un certain moment, c'est un procédé qui présente un grave inconvénient : la tradition est brusquement interrompue, les nouveaux venus ne trouvent personne pour les guider, ils doivent faire eux-mêmes leur apprentissage. Le législateur de 1790 avait donc amélioré, sous un certain rapport, le système antérieur, lorsqu'il avait dit (Titre XII, art. 11) : « Les juges du tribunal de « commerce seront deux ans en exercice. Le président sera « renouvelé, par une élection particulière, tous les deux ans. « Les autres juges le seront, tous les ans, par moitié : la pre- « mière fois, les deux juges qui auront eu le moins de voix « sortiront de fonctions à l'expiration de l'année ; les autres « sortiront ensuite, à titre d'ancienneté. »

Cette amélioration passa sans difficulté dans le Code de 1808 : « A la première élection, disait l'art. 622, le président « et la moitié des juges et des suppléants dont le tribunal « sera composé, seront nommés pour deux ans ; la seconde « moitié des juges et des suppléants sera nommée pour un « an. Aux élections postérieures, toutes nominations seront « faites pour deux ans. »

Mais, en 1807, la question de rééligibilité souleva de longues discussions. D'après le projet de la Commission, *le président, les juges et suppléants pouvaient être réélus*. La Section *de l'intérieur* du Conseil d'Etat proposa, au contraire, de dire : « Le président, les juges et les suppléants ne peuvent rester « plus de deux ans en place, ni être réélus qu'après un an « d'intervalle. » Dans la séance du Conseil d'Etat du 9 mai 1807, M. l'archichancelier demande pourquoi la Section ne permet pas la réélection immédiate. M. Beugnot répond qu'on a observé que des juges de commerce qui demeurent longtemps en fonction, se regardent comme établis à vie et prennent trop les habitudes des juges en titre... M. Treilhard ajoute que c'est déjà un sacrifice que de se vouer pendant deux ans à des fonctions gratuites comme celles de juge de commerce ; qu'il faut donc faciliter à ceux qui les exercent les moyens de s'en retirer après ce laps de temps; qu'ils pourraient d'abord voir leur honneur engagé à accepter leur

réélection ; qu'ensuite ils se croiraient peut-être compromis s'ils n'étaient pas réélus... A son tour, M. Réal fait observer qu'on manquera le but qu'on se propose, si l'on permet la réélection immédiate des magistrats consulaires : l'habitude de demeurer dans ces fonctions les portera à se donner l'importance des juges en titre ; ils se créeront une jurisprudence, et perdront l'habitude du commerce. Enfin M. Berlier dit que si, en général, on doit désirer d'être élu par ses pairs, parce qu'il s'y attache des idées d'honneur, on doit craindre aussi d'être perpétuellement investi de fonctions onéreuses et gratuites, pour lesquelles il y a de grands sacrifices à faire de ses propres intérêts : la proposition de la Section est donc toute en faveur des juges en exercice qui, non réélus, pouvant l'être, se trouveraient humiliés, et qui, réélus, n'osent refuser la charge qui leur est imposée. Mais l'inéligibilité immédiate est aussi en faveur des autres négociants, dont elle augmente l'expectative honorifique : en effet, s'il est possible de réélire immédiatement les mêmes, il y aura une propension toute naturelle à le faire, et il s'établira une espèce de permanence fort décourageante pour ceux qui auraient sans elle le juste espoir de parvenir ; or, ce découragement serait un mal réel. Ajoutons que la rééligibilité immédiate, qui donne en apparence plus de latitude aux choix, la restreindrait réellement, à cause de l'extrême répugnance qu'éprouveraient les *nominateurs* à blesser l'amour-propre des juges en exercice, en ne faisant pas porter leur choix sur eux, toutes les fois qu'ils n'auraient pas scandaleusement démérité. — Le Conseil d'État finit pas adopter l'article proposé par la Section. Seulement, dans la séance du 18 juillet 1807, sur la proposition du Tribunat, le Conseil d'État adopta la suppression, dans l'article, des trois mots *et les suppléants*. En conséquence, l'art. 623 du Code de commerce était ainsi conçu : « Le président et les juges ne pourront rester plus de deux ans en place, ni être réélus qu'après un an d'intervalle. »

En résumé, dans le système du Code de 1808, tous les ans il y a lieu à l'élection d'une partie des membres du tribunal de commerce ; et, dès qu'il ne s'agit plus de la première élec-

tion, tous les membres élus le sont pour deux ans. Ni le président ni les juges sortants ne peuvent être immédiatement réélus; ils ne peuvent être réélus qu'au bout d'un an. Au contraire, les suppléants peuvent être immédiatement et indéfiniment réélus. — Ajoutons que le règlement d'administration publique, du 6 octobre 1809, contenait un art. 7 ainsi conçu : « Les procès-verbaux d'élection des membres des tri-« bunaux de commerce seront transmis à notre grand-juge, « ministre de justice, qui nous proposera l'institution des « élus, lesquels ne seront admis à prêter serment qu'après « avoir été par nous institués. »

Ces dispositions (art. 622 et 623 du Code de 1808, art. 7 du décret de 1809) avaient donné lieu à plusieurs difficultés. Ainsi, on s'est demandé si le chef de l'État est dans la nécessité d'instituer un membre régulièrement élu, ou si, au contraire, il peut s'y refuser (1); si les membres compris dans une même élection, mais institués à des époques différentes, sont soumis simultanément au renouvellement périodique; combien de temps doit demeurer en exercice le membre isolément élu en remplacement d'un autre qui, par exemple, est venu à mourir un an ou six mois après sa nomination. Enfin l'expérience avait montré qu'il y a inconvénient à prohiber d'une manière absolue toute réélection immédiate du président et des juges (2). En conséquence, les dispositions dont il s'agit ont été complétées ou modifiées en plusieurs points par la loi du 3 mars 1840 :

1° Aux termes de l'art. 6 de cette loi, l'alinéa suivant doit

(1) Suivant MM. Devilleneuve et Massé (*Dictionnaire du contentieux commercial,* v° *Tribunal de commerce*), l'institution ne saurait être refusée à l'élu qui n'est pas frappé d'une incapacité légale. M. Pardessus soutenait la doctrine contraire.

(2) « Un des plus graves inconvénients de la mobilité du personnel de « la magistrature consulaire était l'influence qu'elle donnait au greffier. « Pouvait-il en être autrement? Seul inamovible au milieu de juges qui « étaient remplacés à peine initiés dans leurs fonctions, dépositaire des « minutes, continuant les traditions ou plutôt formant lui-même la tra-« dition vivante, n'est-ce pas à lui qu'on demandait les usages et la « jurisprudence? Aussi croyons-nous ne rien exagérer en disant que, « pour certains tribunaux, même dans des cités importantes, le greffier « était un oracle infaillible, pesant bien malheureusement quelquefois « sur la décision et les actes du tribunal » (M. Bédarride, *op. cit.*, n° 66).

être ajouté à l'art. 622 du Code de 1808 : « Tous les membres « compris dans une même élection seront soumis simulta- « nément au renouvellement périodique, encore bien que « l'institution de l'un ou de plusieurs d'entre eux ait été diffé- « rée. » Par là sont épargnés aux électeurs des dérangements trop fréquents : la circonstance que de deux membres élus en même temps, l'un a été institué tout de suite et l'autre seulement au bout de deux ou trois mois, cette circonstance ne donnera pas lieu à deux convocations distantes l'une de l'autre de deux ou trois mois.

2° Aux termes de l'art. 3 de la loi de 1840, l'art. 623 du Code de 1808 est rectifié ainsi qu'il suit : « Le président et « les juges, sortant d'exercice après deux années, pourront « être réélus immédiatement pour deux autres années. Cette « nouvelle période expirée, ils ne seront éligibles qu'après « un an d'intervalle. — Tout membre élu en remplacement d'un « autre, par suite de décès ou de toute autre cause, ne demeu- « rera en exercice que pendant la durée du mandat confié à « son prédécesseur. » Ce nouvel art. 623 contient, on le voit, deux dispositions bien distinctes. La première (proposée par la Commission de la Chambre des pairs) est fondée sur ce que le système du Code de 1808, surtout dans les petites villes, rendait souvent les choix très difficiles, et aussi sur ce que les magistrats devaient nécessairement descendre de leur siège au moment où ils avaient assez d'expérience pour rendre de véritables services. La deuxième disposition consacre la jurisprudence qui avait prévalu avant la loi de 1840 : comme la disposition ajoutée à l'art. 622, elle tend à empêcher qu'on ne soit fréquemment dans le cas de convoquer les électeurs plusieurs fois par année (1).

(1) L'art. 13 de la loi du 8 décembre 1883 maintient expressément l'art. 623 du Code de commerce. Seulement, il y ajoute une disposition qui nous est déjà connue. Voy., ci-dessus, p. 229.

« Si le dernier alinéa de l'art. 18 de la loi de 1883 dispose que, lors de l'élection générale qui suivrait la promulgation de ladite loi, les présidents et les juges actuellement en fonction seraient éligibles sans qu'il fût tenu compte des années de judicature pendant lesquelles ils auraient exercé leurs fonctions, il est certain que cet alinéa a été ajouté par le Sénat sur des demandes d'interprétation du projet de loi adressées par quelques tribunaux de commerce, et qu'il a eu uniquement pour objet

Quant à la question de savoir si le chef de l'État pourrait se refuser à instituer celui qui a été régulièrement élu pour faire partie du tribunal de commerce, le législateur de 1840 n'a pas jugé nécessaire de la résoudre, probablement parce qu'elle ne s'était jamais présentée dans la pratique. Sous l'empire de la loi de 1790, le roi n'aurait certainement pas pu se refuser à l'institution. En effet, cette loi disait, dans son Titre II, intitulé : *Des juges en général :* « Les juges élus recevront « du roi des lettres patentes, scellées du sceau de l'État, les- « quelles ne pourront être refusées, et seront expédiées, sans « retard et sans frais, sur la seule présentation du procès- « verbal d'élection. » Il suffit de comparer cette disposition et l'art. 7 du décret de 1809 pour être convaincu, comme nous, que, sous l'empire dudit décret, le chef de l'État, qui ne pouvait pas directement nommer le président, un juge ou même un suppléant d'un tribunal de commerce, pouvait, au contraire, refuser l'institution à celui qui avait été élu et en appeler ainsi, en quelque sorte, à une élection nouvelle. Mais la question ne peut plus se présenter aujourd'hui (1).

Une autre question, que le législateur de 1840 n'a pas jugé utile de résoudre explicitement, est celle de savoir si les magistrats consulaires deviennent incapables de faire aucun acte de leurs fonctions, par cela seul qu'il s'est écoulé deux ans depuis leur élection ou leur réélection. Un député, M. Lebœuf, avait proposé d'ajouter à l'art. 622 la disposition suivante : « Toutefois, s'il arrivait que, par des circonstances de force

de décider que les présidents et les juges déjà réélus une première fois, et dont le mandat ne finirait qu'au moment de l'élection générale de 1884, seraient rééligibles quoiqu'ils eussent à cette époque accompli quatre années de judicature, et de supprimer ainsi pour cette élection l'obligation de l'interruption des fonctions judiciaires pendant l'intervalle d'un an exigé par l'art. 623... » Arrêt de la Cour de cassation, du 22 février 1886 (Sir., 87, 1, 129). Voy. aussi MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, p. 329, note.

(1) La loi du 28 août 1848, par son art. 3, avait abrogé l'art. 7 du décret de 1809, ou, en d'autres termes, avait supprimé la nécessité de l'institution. Depuis 1852, cette institution était redevenue nécessaire. La loi de 1883 ne l'a pas maintenue. Les magistrats élus sont *reçus* à l'audience de la Cour d'appel ou du tribunal civil commis par elle; ils sont ensuite *installés* publiquement au tribunal de commerce. Voy. l'art. 14 de la loi de 1883.

« majeure, l'élection ou l'installation des nouveaux juges et « suppléants se trouvât retardée, les fonctions des juges et « suppléants arrivés à fin d'exercice continueront de droit « jusqu'à l'installation de leurs successeurs. » Mais cet amendement fut retiré, sur l'observation du ministre de la justice que cela allait de soi et que la jurisprudence était fixée sur ce point. Effectivement, soit avant la loi de 1840, soit depuis cette loi, la Cour de cassation a jugé que les magistrats consulaires peuvent continuer leurs fonctions tant que leurs successeurs n'ont pas été installés : autrement, il pourrait arriver que le cours de la justice se trouvât interrompu (1).

IV. Nous voyons qu'auprès de tout tribunal civil d'arrondissement, indépendamment des *avocats*, il existe certains officiers ministériels, savoir : des *avoués*, un *greffier*, des *huissiers*. Nous avons à rechercher si les mêmes officiers ministériels existent auprès des tribunaux de commerce et s'il ne peut pas en exister d'autres.

Devant les tribunaux civils on ne peut pas plaider sans avoué : l'avoué est un intermédiaire obligé entre la partie et le juge (2). Devant les tribunaux consulaires, c'est précisément l'inverse. Déjà dans l'Édit de 1563 se trouvait la disposition suivante : « Pour couper chemin à toute longueur et « ôter l'occasion de fuir et plaider, voulons et ordonnons « que tous ajournements soient libellés et qu'ils contiennent « demande certaine ; et seront tenues les parties comparoir « en personne à la première assignation, pour être ouïes par « leur bouche, s'ils n'ont légitime excuse de maladie ou d'absence, èsquels cas enverront par écrit leur réponse signée « de leur main propre, ou, audit cas de maladie, de l'un de « leurs parents, voisins ou amis, ayant de ce charge et procuration spéciale, dont il sera à paroire à ladite assigna« tion : le tout sans aucun ministère d'avocat ou de procu« reurs. » On finit par reconnaître qu'il y avait de graves inconvénients à exiger des parties qu'à moins d'empêche-

(1) Voy. les arrêts du 13 juin 1838 et du 5 août 1841 (Dev.-Car., 38, 1, 619 ; 41, 1, 864.

(2) Voy. notamment les art. 61 et 75 du Code de procédure.

ment absolu elles vinssent en personne soutenir leurs prétentions devant le tribunal; et Rogue constatait, au siècle dernier, qu'il existe dans les juridictions consulaires des personnes agréées par les juges pour plaider dans le cas que les particuliers *ne veulent* ou ne peuvent le faire.

Le Code de 1808 laisse les parties parfaitement libres de comparaître et de plaider elles-mêmes devant le tribunal, ou bien, au contraire, de se faire représenter par un tiers. « Le ministère des avoués, dit l'art. 627, est interdit dans les « tribunaux de commerce, conformément à l'art. 414 du Code « de procédure civile. Nul ne pourra plaider pour une partie « devant ces tribunaux, si la partie, présente à l'audience, ne « l'autorise, ou s'il n'est muni d'un pouvoir spécial. Ce pou- « voir, qui pourra être donné au bas de l'original ou de la « copie de l'assignation, sera exhibé au greffier avant l'appel « de la cause, et par lui visé sans frais » (1). Une Ordonnance royale du 10 mars 1825 prescrit une formalité particulière pour constater l'exécution de cet article : lorsqu'une partie aura été défendue par un tiers, il sera fait mention expresse, dans la minute du jugement, soit de l'autorisation que le tiers aura reçue de la partie présente, soit du pouvoir spécial dont il aura été muni.

Aux termes d'un arrêté du 18 thermidor an XI, « il y a « incompatibilité entre les fonctions d'huissier et celles de « défenseur officieux, nul ne pourra les exercer concurrem- « ment ». On s'est demandé, sous l'empire du Code de 1808, s'il ne fallait pas décider, conformément à cet arrêté, qu'un huissier ne saurait être chargé de représenter une partie devant le tribunal de commerce. La question a été tranchée législativement en 1840. M. Tripier, au nom de la Commission de la Chambre des pairs, s'exprimait ainsi : « Les tribunaux de commerce remplissent leur noble mission lorsqu'ils

(1) Cela est parfaitement d'accord, non seulement avec l'art. 414, mais encore avec l'art. 421 du Code de procédure civile :

ART. 414. « La procédure devant les tribunaux de commerce se fait « sans le ministère d'avoués. »

ART. 421. « Les parties seront tenues de comparaître en personne ou « par le ministère d'un fondé de procuration spéciale. »

Le texte primitif de l'art. 627 ne contenait que cette disposition.

concilient, aussi bien que lorsqu'ils jugent; il est à craindre que les huissiers, dirigés par leur intérêt personnel, ne paralysent les efforts des magistrats, et que leur intervention dans la défense ne soit un obstacle aux arrangements amiables. » En conséquence, l'art. 4 de la loi du 3 mars 1840 porte qu'à l'art. 627 du Code de commerce sera ajoutée la disposition qui suit : « Dans les causes portées devant les tribunaux de « commerce, aucun huissier ne pourra ni assister comme « conseil ni représenter les parties en qualité de procureur « fondé, à peine d'une amende de vingt-cinq à cinquante francs, « qui sera prononcée sans appel par le tribunal, sans préju- « dice des peines disciplinaires contre les huissiers contreve- « nants. — Cette disposition n'est pas applicable aux huis- « siers qui se trouveront dans l'un des cas prévus par l'art. 86 « du Code de procédure civile » (1).

En fait, les personnes qui ont un procès devant le tribunal de commerce chargent assez souvent un avocat ou un avoué de plaider pour elles (2). Cependant, à Paris et dans quelques autres villes, il existe depuis longtemps un corps d'*agréés*, lesquels sont spécialement autorisés par le tribunal à servir de conseils aux justiciables (3). A Paris, le nombre des agréés qui, pendant la Révolution, avait été porté à vingt et un, depuis 1813 est réduit à quinze : en 1813, le tribunal de commerce supprima les six cabinets les moins occupés, moyennant une indemnité de 225,000 francs que les quinze

(1) La loi du 25 mai 1838 *sur les justices de paix* contient, dans son art. 18, une disposition exactement semblable. — Du renvoi à l'art. 86 du Code de procédure civile il résulte que, par exception, les huissiers peuvent plaider devant les tribunaux de commerce, non seulement leurs causes personnelles, mais celles de leurs femmes, parents ou alliés en ligne directe, et de leurs pupilles.

(2) Nous savons qu'anciennement on ne pouvait s'adresser ni à un avocat ni à un procureur proprement dit. C'est ce que dit expressément l'art. 4 de l'Édit de novembre 1563 (ci-dessus, p. 280). — L'avocat, d'après les règlements disciplinaires, ne peut recevoir une procuration : en conséquence, lorsqu'un avocat plaide devant le tribunal de commerce, la partie doit être présente ou représentée par un mandataire.

(3) « Dans les juridictions consulaires, dit Jousse, il n'y a pas de pro- « cureur en titre d'office. Cependant l'usage, dans la plupart de ces juri- « dictions, est de se servir des personnes qui sont préposées pour défendre « et plaider les causes des parties qui veulent bien se servir de leur « ministère. Ces personnes sont choisies par les juges. »

agréés restant prélevèrent proportionnellement sur eux-mêmes. Il est admis sans difficulté qu'un agréé peut céder son cabinet, sauf le droit pour le tribunal de commerce d'apprécier la capacité, la moralité et la solvabilité du cessionnaire (1). — Les agréés ne sont pas mentionnés dans le Code de commerce. Les rédacteurs du projet du Code de procédure avaient demandé qu'il n'y eût pas de défenseurs officieux devant les tribunaux de commerce; Cambacérès fit retrancher cette exclusion : « Il n'y a pas de raison, disait-il, pour changer ce qui existe; or, toujours des agréés ont rempli, auprès des tribunaux de commerce, les fonctions de défenseurs. » Quant au projet du Code de commerce, la Section *de l'intérieur* du Conseil d'État présentait un article ainsi conçu : « Il est interdit aux tribunaux de « commerce d'agréer, pour plaider devant eux, des hommes « de loi ou des praticiens, particulièrement désignés. » Mais, dans la séance du Conseil d'État du 9 mai 1807, sur les observations de M. Jaubert et de Cambacérès, cet article de la Section fut écarté : « C'est la force des choses, disait très bien Cambacérès, qui a introduit les agréés dans les tribunaux : on n'a pu refuser aux parties qui n'avaient pas l'habitude de s'expliquer en public la ressource d'employer le secours d'hommes plus exercés. Il serait d'autant plus dangereux de supprimer les agréés et de laisser plaider pour les parties quiconque voudrait se charger de leur défense, que le tribunal de commerce n'aurait aucune police sur tous ces défenseurs. » D'après cela, il est évidemment impossible

(1) La Cour de cassation a même jugé qu'il peut y avoir lieu en cette matière au privilège du vendeur d'effets mobiliers. Voy. l'arrêt de la Chambre des requêtes, du 14 décembre 1847 : « Attendu qu'il ne s'agit « point de la transmission d'un office d'agréé, que la loi ne reconnaît « pas, mais bien de la vente de sa pratique ou clientèle; que ces objets « incorporels, dont la valeur est parfaitement appréciable, sont dans le « commerce et peuvent être légalement la matière d'un contrat de « vente;... qu'il résulte de l'arrêt attaqué que le prix de la revente de « ladite clientèle, qui représente la chose vendue, était encore entre les « mains de l'acquéreur; qu'ainsi, en décidant que J... avait droit à un « privilège, l'arrêt attaqué a fait une juste application de l'art. 2102, « § 4, du Code civil : La Cour rejette le pourvoi » (Dev.-Car., 48, 1, 97).

de prétendre que l'institution des agréés soit contraire à la loi (1).

Le législateur de 1807 n'avait certainement pas entendu dispenser les agréés de l'observation de la règle d'après laquelle *nul ne pourra plaider pour une partie, devant un tribunal de commerce, si la partie, présente à l'audience, ne l'autorise, ou s'il n'est muni d'un pouvoir spécial.* Il paraît cependant que cette règle avait été méconnue dans la pratique. En effet, l'Ordonnance royale du 10 mars 1825, qui a déjà été citée un peu plus haut, a été rendue conformément à un Avis émis la veille par le Comité du contentieux du Conseil d'État, Avis dans lequel il est dit notamment que, dans la plupart des tribunaux de commerce, les agréés sont admis à plaider sur la simple représentation de l'original ou de la copie de l'assignation (2), et sans être, comme l'exige l'art. 627 du Code de commerce, autorisés par la partie présente ou munis d'un pouvoir spécial;... que déjà l'illégalité de ce mode de procéder a été reconnue par la décision ministérielle du 6 octobre 1820, conforme à l'Avis du Comité de législation du 16 septembre précédent; qu'il importe, non seulement de rappeler les tribunaux de commerce à l'observation des règles tracées sur ce point par le législateur, mais encore de prendre des mesures qui les empêchent de s'en écarter à l'avenir... Le préambule même de l'Ordonnance du 10 mars porte que « tout individu, quel que soit sa profession ou son « titre, qui plaide devant le tribunal de commerce la cause « d'autrui, doit, conformément à l'art. 627, être autorisé par « la partie ou muni d'un pouvoir spécial. » Le pouvoir devant, aux termes de l'Ordonnance, être mentionné dans la minute du jugement, il en résulte que ce pouvoir est nécessairement enregistré (3).

(1) Voy. aussi MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, p. 334, note 2.
(2) C'est ainsi que les avoués justifient de leur mandat.
(3) Loi du 22 frimaire an VII, art. 47 : « Il est défendu aux juges et arbi- « tres de rendre aucun jugement... en faveur de particuliers, sur des actes « non enregistrés, à peine d'être personnellement responsables des droits.»
Quel est ici le droit exigible? C'était un droit fixe de 2 francs, d'après la loi du 28 avril 1816, art. 43, nº 17. C'est aujourd'hui un droit fixe de 3 francs (loi du 28 février 1872, art. 4).

Au fond, la grande différence qui existe, devant le tribunal de commerce de la Seine, entre un agréé et un mandataire ordinaire, c'est que, quand un agréé représente la procuration à lui donnée pour agir, le tribunal n'exige pas que la signature du mandant soit légalisée par le maire de la commune où il réside. Il existe même en ce sens une Délibération du 27 août 1830, approuvée par le garde des sceaux le 13 octobre suivant (1).

L'agréé n'est pas un officier ministériel; cette dénomination ne convient même pas à l'avoué, en tant qu'il représente une partie devant le tribunal de commerce. Il semble, au premier abord, qu'on serait fondé à en conclure que l'art. 60 du Code de procédure est ici absolument inapplicable, et que l'agréé ou l'avoué devra s'adresser aux tribunaux ordinaires, par exemple au juge de paix (s'il ne s'agit pas de plus de 200 francs), pour se faire payer des frais et honoraires qui peuvent lui être dus (2). — On admet aussi que les honoraires n'entrent pas dans la liquidation des dépens que doit supporter la partie perdante (3). Du reste, la question a peu

(1) Un *Arrêté* du tribunal de commerce de la Seine, du 24 septembre 1818, avait établi comme règle générale la nécessité de la légalisation.

Il ressort d'un arrêt de la Cour de cassation, du 1er mai 1883, que le tribunal de commerce, devant lequel une personne se présente comme mandataire d'une partie en vertu d'un pouvoir sous seing privé, peut exiger la légalisation de la signature du mandant, et qu'en cas de refus du mandataire le tribunal peut ne pas l'admettre à plaider, et donner défaut contre le mandant (Sir., 83, 1, 265). — Voy. aussi MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, n° 430. Ces auteurs n'admettent pas qu'il puisse y avoir dispense pour l'agréé.

(2) Il est dit, dans un arrêt de cassation, du 8 février 1869, « que le mandat donné par un négociant, soit à un agréé, soit à toute autre personne, de le représenter dans le règlement d'une faillite ou dans des litiges portés devant le tribunal de commerce, loin d'être étranger à ses opérations commerciales, s'y rattache au contraire étroitement, puisqu'il doit avoir pour effet d'en faire prévaloir les résultats légitimes;... que l'engagement qui résulte de cette convention au profit du mandataire et contre le négociant mandant est l'une des conséquences et devient l'une des charges du négoce; que l'action à laquelle cet engagement donne naissance peut être, par suite, portée contre un négociant défendeur devant la juridiction commerciale, au même titre que toutes celles qui ont pour objet l'exécution des obligations par lui contractées pour des services stipulés et rémunérés en vue et pour l'utilité du commerce » (Dev.-Car., 69, 1, 203).

(3) On lit dans un réquisitoire de M. Dupin, procureur général à la

d'intérêt en pratique, attendu que les tribunaux de commerce ont l'habitude, dans leurs jugements, d'allouer comme dommages-intérêts, à la partie gagnante, une somme équivalente aux honoraires que pourra lui réclamer son représentant (1).

Pour plus de détails sur l'institution des agréés en général, on pourra consulter avec fruit les indications contenues dans les *conclusions* de M. Dupin, à la suite desquelles la Cour de cassation a rendu son arrêt du 25 juin 1850 (2).

— Nous savons que le ministère des avoués est interdit dans les tribunaux de commerce. Mais, aux termes de l'art. 624 de notre Code, « il y aura près de chaque tribunal « un greffier et des huissiers nommés par l'Empereur (*le « président de la République*); leurs droits, vacations et devoirs, « seront fixés par un règlement d'administration publique ».

Occupons-nous d'abord du greffier.

L'Édit de 1563, qui établit à Paris les juge et consuls, avait un art. 18, ainsi conçu : « Permettons auxdits juge et « consuls de choisir et nommer pour leur scribe et greffier

Cour de cassation : « Le président du tribunal de commerce de Marseille « a excédé ses pouvoirs en allouant des frais de postulation, de rédaction, « d'assistance, de plaidoirie, tandis qu'en matière commerciale les frais « qu'il est permis d'allouer se réduisent à de simples déboursés : allouer « autre chose, ce serait consacrer l'existence de défenseurs officiels dont « la présence n'est pas permise devant les tribunaux de commerce » (Dev.-Car., 42, 1, 11.)

(1) De ce que l'agréé n'est pas un officier ministériel, il faut encore conclure que le client qui veut le désavouer n'est pas tenu de recourir à la procédure spéciale organisée par les art. 352 et suiv. du Code de procédure. Voy. MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, n° 431.

(2) Le tribunal de commerce d'Alger avait pris quatre délibérations : — la première portant qu'il sera créé un corps d'agréés et nommant une commission prise au sein du tribunal pour organiser cette institution ; — la deuxième décidant que le tribunal de commerce a le droit de créer un corps d'agréés, et que l'exercice de ce droit n'est pas subordonné en Algérie à la sanction préalable de l'autorité supérieure; — la troisième contenant un règlement pour déterminer le nombre des agréés, les conditions que seront tenus de remplir les candidats, le serment qu'ils auront à prêter, le costume qu'ils revêtiront, les peines disciplinaires qui leur seront infligées, enfin les émoluments qui leur seront alloués ou qu'ils auront le droit d'exiger des parties; — la quatrième constatant la nomination, faite au scrutin, de six agréés. La Cour suprême annule ces quatre délibérations, comme renfermant en la forme et au fond un excès de pouvoir (Dev.-Car., 50, 1, 743). Joignez l'arrêt de la même Chambre des requêtes, du 16 mars 1852 (Dev.-Car., 52, 1, 458).

« telle personne d'expérience, marchand ou autre, qu'ils « aviseront; lequel fera toute expédition en bon papier, sans « user de parchemin; et lui défendons très étroitement de « prendre, pour ses salaires et vacations, autre chose qu'un « sol tournois par feuillet, à peine de punition corporelle, et « d'en répondre par lesdits juge et consuls, en leur propre « et privé nom, en cas de dissimulation et connivence. » On voit que, dans le principe, à Paris du moins, le greffier de la juridiction consulaire était choisi par les juges eux-mêmes. Bientôt un greffe fut institué, à titre d'office, auprès de chacune des juridictions consulaires du royaume (1), et les choses en étaient là lorsque éclata la Révolution. D'après la loi des 16-24 août 1790 (Titre IX), les greffiers sont nommés au scrutin et à la majarité absolue des voix, par les juges; ils sont nommés à vie, et ne peuvent être destitués que pour cause de prévarication jugée. Mais les greffiers perdirent bientôt le bénéfice de l'inamovibilité : d'après l'art. 24 de la loi du 19 vendémiaire an IV *sur l'organisation administrative et judiciaire,* le greffier est nommé et révocable par le tribunal pour lequel il a été institué. Enfin, la loi du 27 ventôse an VIII, *sur l'organisation des tribunaux,* porte, dans son art. 92, que les greffiers de tous les tribunaux seront nommés par le premier Consul, qui pourra les révoquer à volonté. Ce système n'a point été modifié par le Code de commerce; seulement, l'art. 91 de la loi du 28 avril 1816 comprend les greffiers parmi les fonctionnaires qui peuvent présenter des successeurs à l'agrément de Sa Majesté.

Il ressort, par argument *a contrario,* des art. 64 et 65 de la loi du 20 avril 1810, qu'on peut être nommé greffier d'un tribunal de commerce sans être licencié en droit et sans avoir suivi le barreau pendant deux ans.

L'art. 624 du Code de commerce annonce qu'un règlement d'administration publique viendra fixer les droits, vacations et devoirs des greffiers. Cette promesse est demeurée sans exécution, au moins jusqu'en 1825. Voici, du reste, les prin-

(1) Voy. surtout l'Édit de mars 1710, *contenant suppression de certains droits de greffe, établissement de greffiers en chef, règlement et érection de vingt nouvelles juridictions consulaires.*

cipes qui avaient déjà été consacrés en cette matière lors de la promulgation de notre art. 624, principes qui, en général, subsistent encore aujourd'hui :

La loi du 21 ventôse an VII avait établi des droits de greffe au profit de la République, dans tous les tribunaux civils et de commerce. D'après la même loi (art. 6), les expéditions doivent contenir vingt lignes à la page, et huit à dix syllabes à la ligne, compensation faite des unes avec les autres; le greffier ne peut délivrer aucune expédition que les droits n'aient été acquittés (art. 11); le greffier doit tenir un registre coté et parafé par le président, sur lequel il inscrit jour par jour les actes sujets au droit de greffe, les expéditions qu'il délivre, etc. (art. 13). Les greffiers peuvent exiger un *droit de recherche* pour les actes et jugements qui n'ont pas été faits ou rendus dans l'année et dont ils ne délivrent pas d'expédition; il leur est, en outre, attribué 25 cent. pour chaque légalisation d'acte des officiers publics (art. 14). — Le traitement des greffiers des tribunaux de commerce est de la moitié de celui du greffier d'un tribunal civil, s'il avait été établi dans la commune où siège le tribunal de commerce; et, néanmoins, le traitement de ceux des tribunaux de commerce établis dans des communes de 6,000 habitants et au-dessous demeure fixé à 800 francs (1). En outre, il est accordé aux greffiers une remise de 30 centimes par chaque rôle d'expédition, et d'un décime par franc sur le produit du droit de mise au rôle et de celui établi pour la rédaction et la transcription des actes (art. 18 et 19). — Il est défendu aux greffiers d'exiger ni recevoir d'autres droits de greffe, ni aucun droit de prompte expédition, à peine de 100 francs d'amende et de destitution (art. 23). La destitution dont il s'agit serait prononcée par les tribunaux; elle est tout à fait distincte du droit de révocation qui, conformément à l'art. 92 de la loi du 27 ventôse an VIII, appartient au chef du Gouvernement (2).

(1) Aux termes de l'art. 9 de la loi du 30 août 1883, « les traitements « des greffiers près les tribunaux de commerce demeurent, jusqu'à ce « qu'il en ait été autrement ordonné, fixés aux chiffres auxquels ils « s'élèvent actuellement ».

(2) Voy. en ce sens un arrêt de la Cour de cassation du 16 mai 1806 (Sir., 6, 2, 920).

Un décret du 6 janvier 1814 portait spécialement fixation des droits que le greffier du tribunal de commerce de Paris pourrait percevoir à son profit. Ce décret a été expressément abrogé par l'Ordonnance royale du 9 octobre 1825, laquelle, en exécution de l'art. 624 du Code de commerce, fixe les droits que peuvent percevoir les greffiers des tribunaux consulaires, indépendamment de ceux qui leur sont accordés par la loi du 21 ventôse an VII et par le décret du 12 juillet 1808.

Enfin, un arrêté du Gouvernement provisoire, du 8 avril 1848, a modifié sur certains points le tarif relatif aux émoluments des greffiers des tribunaux de commerce (1).

La fonction du greffier ne se borne pas à garder la minute des jugements et à en délivrer expédition. D'abord c'est lui qui a mission de rédiger les *qualités* (2). De plus, certains actes doivent être déposés au greffe du tribunal de commerce : tels sont les contrats de mariage (C. de comm., art. 67, 68 et 69), les actes de société et les actes modifiant les statuts sociaux (loi du 24 juillet 1867, art. 55 et 61), les marques de fabrique et de commerce (loi du 23 juin 1857, art. 2, et loi du 3 mai 1890) (3).

La loi du 27 ventôse an VIII (art. 97) soumettait les greffiers des tribunaux de commerce à la nécessité de fournir un cautionnement; d'après le tarif annexé à cette loi, le chiffre du cautionnement était de 1,000 francs dans les départements et de 4,000 francs à Paris. Ce chiffre fut un peu augmenté par la loi du 2 ventôse an XIII, qui est le budget de cette année. Enfin, d'après un tableau annexé à la loi du 28 avril 1816, il est de 3,000 francs dans les départements et de 8,000 francs à Paris.

(1) Voy. aussi le décret du 24 mai 1854, *portant fixation des émoluments attribués, en matière civile et commerciale, aux greffiers des tribunaux civils de première instance et aux greffiers des Cours impériales.*

(2) Voy. l'Ordonnance, déjà citée, du 9 octobre 1825, art. 1, § 1. — Joignez MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, n° 475.

(3) Comp. MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, n° 410.

Nous rechercherons un peu plus loin si le greffier du tribunal de commerce doit tenir le registre prescrit par l'art. 163 du Code de procédure.

Les greffiers des tribunaux de commerce doivent prêter serment. Conformément à la loi des 16-24 août 1790 (Titre IX, art. 1er), c'est le tribunal de commerce auquel ils sont attachés, et non la Cour d'appel, qui doit recevoir leur serment (1).

D'après la loi du 27 ventôse an VIII (art. 4), il fallait avoir trente ans accomplis pour pouvoir être greffier. Aujourd'hui, d'après la loi du 16 ventôse an XI (art. 1er), il suffit d'être âgé de vingt-cinq ans.

Il reste à dire quelques mots des commis greffiers. Aux termes de la loi du 21 ventôse an VII, les greffiers présentent et font recevoir un commis greffier assermenté par chaque section (art. 15); au moyen du traitement et des remises accordés aux greffiers, ceux-ci demeurent chargés du traitement des commis assermentés et de tous les employés du greffe, ainsi que des frais de bureau, papier libre, rôles, registres, etc. (art. 16). — Le décret du 30 mars 1808, *contenant règlement pour la police et la discipline des cours et tribunaux*, porte (art. 91) que le greffier ou l'un de ses commis assermentés tiendra la plume aux audiences depuis leur ouverture jusqu'à ce qu'elles soient terminées. — Je citerai encore plusieurs dispositions contenues dans le décret du 18 août 1810 : Le greffier doit présenter au tribunal et faire admettre au serment le nombre de commis greffiers nécessaire pour le service (art. 24). Le président du tribunal peut, s'il y a lieu, avertir ou réprimander les commis assermentés; après une seconde réprimande, le tribunal pourra, après avoir entendu le commis greffier inculpé, ou lui dûment appelé, ordonner qu'il cessera ses fonctions sur-le-champ, et le greffier sera tenu de le faire remplacer dans le délai qui aura été fixé par le tribunal (art. 26).

Quant aux huissiers, la rédaction de notre art. 624, qui les met sur la même ligne que le greffier (2), a cessé d'être parfaitement exacte. En effet, le tribunal de commerce ne

(1) Ainsi jugé par la Cour de cassation, le 22 mars 1843 (Dev.-Car., 43, 1, 333).

(2) « Il y aura près de chaque tribunal un greffier et des huissiers « nommés par l'Empereur... »

nomme pas son greffier, il le reçoit ; au contraire, c'est le tribunal de commerce qui choisit ses huissiers, seulement avec cette réserve qu'il doit les choisir parmi les huissiers déjà nommés par le chef de l'État. Cela résulte des dispositions suivantes du décret, en forme de règlement d'administration publique, du 6 octobre 1809 :

ART. 5. « Le tribunal de commerce de Paris sera divisé « en deux sections et aura quatre huissiers. »

ART. 6. « Les autres tribunaux de commerce n'auront « que deux huissiers. Les huissiers seront, autant que faire « se pourra, choisis parmi ceux déjà nommés par nous. »

Le rédacteur de ces articles se référait manifestement au décret du 30 mars 1808, *contenant règlement pour la police et la discipline des cours et tribunaux*, dans lequel il est dit (art. 94) que « les tribunaux désigneront, pour le service intérieur, « ceux de leurs huissiers qu'ils jugeront les plus dignes de « leur confiance ». Cette dernière disposition est formellement consacrée dans l'art. 2 du décret du 14 juin 1813, *portant règlement sur l'organisation et le service des huissiers*. Le même décret de 1813 règle l'indemnité à laquelle ont droit les huissiers attachés au tribunal de commerce pour ce service particulier : voy. notamment l'art. 94 (1).

On pourrait croire, au premier abord, que le tribunal de commerce a le droit de choisir ses huissiers parmi tous les huissiers qui résident dans son ressort; en y regardant de plus près, on reconnaît qu'il ne peut faire son choix que parmi ceux qui résident dans le lieu où il siège. La Cour de cassation a statué en ce sens, sur un pourvoi formé par ordre du Ministre de la justice, conformément à l'art. 80 de la loi du 27 ventôse an VIII. Le tribunal de commerce d'Amiens, à la date du 13 juin 1836, avait révoqué ses deux huissiers audienciers et avait nommé en leur remplacement un huissier d'un canton rural de l'arrondissement. Cette nomination ayant paru contraire à la loi, le Ministre de la justice invita le tribunal à la révoquer ; mais le tribunal, par

(1) L'arrêté du 8 avril 1848, déjà cité à propos des greffiers, modifie également sur quelques points le tarif relatif aux émoluments des huissiers audienciers près des tribunaux de commerce.

une nouvelle délibération, persista dans la première, en se fondant notamment sur l'art. 2 du décret du 14 juin 1813. Pour faire annuler par la Cour de cassation les deux délibérations dont il s'agit, voici comment raisonnait le procureur général : « Le droit de fixer la résidence des huissiers a été exclusivement attribué, par le décret de 1813, aux tribunaux de première instance, chacun dans toute l'étendue de son ressort. Cette fixation faite, la limite dans laquelle chaque juridiction doit se renfermer pour le choix de ses huissiers audienciers en ressort nécessairement. En effet, d'un côté, l'art. 15 du décret de 1813 porte que *les huissiers audienciers seront tenus, à peine d'être remplacés, de résider dans les villes où siègent les cours et tribunaux près desquels ils devront faire leur service;* et, d'un autre côté, l'art. 16 ordonne que *les huissiers audienciers seront tenus, sous la même peine, de garder la résidence qui leur aura été assignée par le tribunal de première instance.* De la combinaison de ces deux articles, il résulte forcément que chaque tribunal peut choisir ses huissiers audienciers parmi tous ceux dont la résidence a été fixée dans le lieu où il siège, mais qu'il ne peut appeler à ces fonctions un huissier d'une autre résidence, puisque ce serait mettre cet huissier dans l'alternative inévitable de contrevenir soit à l'art. 15, soit à l'art. 16, qui tous deux lui commandent impérativement et sous peine de destitution. » Par son arrêt du 14 décembre 1836, la Cour de cassation, adoptant ces motifs, a prononcé l'annulation des deux délibérations du tribunal de commerce d'Amiens (1).

— Le Code de commerce reconnaît, mais pour Paris seulement, une dernière classe d'officiers ministériels : ce sont les *gardes du commerce,* spécialement chargés de mettre à exécution les jugements qui entraînent contrainte par corps. Il paraît que la première origine des officiers dont il s'agit remonte à un Édit de Louis XV, de 1772, qui fut bientôt suivi d'un Édit de Louis XVI, de 1778. D'après le projet du Code de commerce, il appartenait au Gouvernement de désigner les tribunaux près lesquels il serait établi des gardes du com-

(1) Dev.-Car., 37, 1, 366.

merce. Plusieurs Cours et plusieurs tribunaux repoussèrent cet article, les uns combattant d'une manière absolue l'établissement des gardes du commerce, d'autres demandant qu'ils ne pussent être établis qu'à Paris. Cette dernière opinion prévalut dans l'esprit du législateur, et l'art. 625 du Code de commerce est ainsi conçu : « Il sera établi, pour la « ville de Paris seulement, des gardes du commerce pour « l'exécution des jugements emportant la contrainte par « corps. La forme de leur organisation et leurs attributions « seront déterminées par un règlement particulier. » Dans l'*exposé des motifs* fait par M. Maret, à la séance du Corps législatif du 4 septembre 1807, il est dit, à propos de cet art. 625 : « La loi ne fait que redonner la vie à un établisse- « ment regretté par le commerce de Paris, parce que les « gardes procuraient sûreté dans l'exécution, sans employer « des formes trop dures. »

Le *règlement particulier* annoncé par le Code de commerce est contenu dans le décret du 14 mars 1808, lequel ne renferme pas moins de vingt-sept articles. Je présenterai seulement quelques observations au sujet de ce décret :

Aux termes de l'art. 625 du Code de commerce, les gardes du commerce sont établis *pour l'exécution des jugements emportant la contrainte par corps ;* et l'art. 7 du décret de 1808 dit qu'ils sont chargés *exclusivement* de l'exécution des contraintes par corps. En présence de ces expressions absolues, je n'hésite pas à décider que, dans le département de la Seine (1), les gardes du commerce étaient compétents, à l'exclusion des huissiers, aussi bien quand il s'agissait de *recommandation* que quand il s'agissait d'*emprisonnement,* aussi bien quand la contrainte par corps avait été prononcée *en matière civile* que quand elle avait été prononcée *en matière commerciale* (2). Une exception au principe paraissait seulement devoir être faite quand il s'agissait de la contrainte par corps prononcée en matière criminelle, correctionnelle ou de police, pour assurer

(1) Tandis que l'art. 625 du Code de commerce parle de la *ville de Paris*, l'art. 1er du décret de 1808 parle du *département de la Seine.*

(2) Voy. le *Commentaire du tarif en matière civile*, par MM. Chauveau (Adolphe) et Godoffre, 2e édit., t. II, p. 486.

le paiement de dommages-intérêts accordés à la partie civile. En effet, dans cette hypothèse, l'art. 38 de la loi du 17 avril 1832 porte qu'il sera procédé en suivant les mêmes formes et voies de contrainte que pour les jugements prononçant condamnation au profit de l'État (1). Or, ces formes et voies de contrainte sont nécessairement celles que trace l'art. 33 de la même loi de 1832, lorsqu'il dit : « Le procureur du roi « adressera les réquisitions nécessaires aux agents de la « force publique et autres fonctionnaires chargés de l'exécu- « tion des mandements de justice » (2).

L'art. 789 *in fine* du Code de procédure veut que copie soit laissée au débiteur, *parlant à sa personne,* tant du procès-verbal d'emprisonnement que de l'écrou. L'huissier qui ne remettrait pas lui-même cette copie au débiteur serait passible de la peine portée par l'art. 45 du décret du 14 juin 1813, c'est-à-dire d'une suspension de trois mois et d'une amende de 200 à 2,000 francs. On s'est demandé si la même pénalité doit atteindre le garde du commerce qui aurait commis l'infraction dont il s'agit ; et l'on a décidé avec raison que le décret de 1813, relatif aux huissiers, rendu depuis l'organisation des gardes du commerce, ne les comprend pas au nombre des officiers ministériels auxquels l'art. 45 doit être appliqué. La seule disposition de loi qu'on pût appliquer serait donc l'art. 27 du décret du 14 mars 1808, qui punit d'une peine disciplinaire les prévarications commises par les gardes du commerce (3).

Aux termes de l'art. 781, n° 5, du Code de procédure, le débiteur ne peut être arrêté dans une maison quelconque, même dans son domicile, à moins qu'il n'ait été ainsi ordonné par le juge de paix du lieu, lequel juge de paix devra dans ce cas se transporter dans la maison avec l'officier ministériel. Le décret du 14 mars 1808 avait dérogé à cette disposition

(1) Disposition reproduite dans l'art. 4 de la loi du 22 juillet 1867.

(2) Voy. l'arrêt de la Cour de Paris, du 22 mai 1845 (Dev.-Car., 45, 2, 342). Dans l'espèce, le débiteur avait été arrêté par un sergent de ville, l'écrou avait été rédigé et signé par un huissier. — Cette disposition de la loi de 1832 a passé dans la loi du 22 juillet 1867 (art. 3).

(3) Voy. l'arrêt de la Cour de Paris, du 13 juin 1851 (Dev.-Car., 51, 2, 479).

par son art. 15, ainsi conçu : « Dans le cas où, en exécution « du § 5 de l'art. 781 du Code judiciaire, le juge de paix du « canton ne pourrait pas ou refuserait d'ordonner l'arresta- « tion dans la maison tierce où se trouverait le débiteur, et de « se transporter avec le garde pour procéder à l'arrestation, « le garde chargé de l'exécution requerra le juge de paix d'un « autre canton. Le garde du commerce n'aura pas besoin de « l'autorité et assistance du juge de paix pour arrêter le débi- « teur dans son propre domicile, si l'entrée ne lui en est pas « refusée. » On voit que le décret de 1808 dérogeait sous deux rapports à l'article du Code de procédure. Il paraît qu'à Paris l'arrestation des débiteurs était devenue, sinon impossible, du moins très difficile pour les gardes du commerce, et que cette difficulté procédait notamment de l'obligation qui leur était imposée de requérir l'autorisation et l'assistance du juge de paix. En conséquence, on avait jugé nécessaire de remanier cette partie de notre législation ; et les dispositions applicables en dernier lieu étaient celles de la loi du 26 mars 1855, ainsi conçues :

ART. 1er. « Le paragraphe n° 5 de l'art. 781 du Code de pro- « cédure civile est remplacé par la disposition suivante : « 5° *Dans une maison quelconque, même dans son domicile, à « moins qu'il n'ait été ordonné par le juge de paix du lieu, lequel « juge de paix devra, dans ce cas, se transporter dans la maison « avec l'officier ministériel ou déléguer un commissaire de police.* »

ART. 2. « L'art. 15 du décret du 14 mars 1808 est abrogé. « Il est remplacé par la disposition suivante : *Dans le cas prévu « par le § 5 de l'art. 781 du Code de procédure civile, il ne peut « être procédé à l'arrestation qu'en vertu d'une ordonnance du pré- « sident du tribunal civil, qui désigne un commissaire de police « chargé de se transporter dans la maison avec le garde du « commerce* » (1).

Je mentionnerai encore ici deux dispositions importantes de la loi du 13 décembre 1848 *sur la contrainte par corps*. Aux

(1) Dans le projet du Gouvernement, l'art. 2 contenait seulement cette disposition : « L'art. 15 du décret du 14 mars 1808 est abrogé. » La disposition subséquente a été ajoutée sur la demande de la Commission du Corps législatif.

termes de l'art. 3 de cette loi, « les greffiers, les commis-« saires-priseurs et les gardes du commerce, seront, comme « les notaires, les avoués et les huissiers, soumis à la contrainte « par corps, dans les cas prévus par le § 7 de l'art. 2060 du « Code civil », c'est-à-dire *pour la restitution des titres à eux confiés et des deniers par eux reçus pour leurs clients par suite de leurs fonctions*. La même loi du 13 décembre 1848 promettait (art. 15) que, dans les trois mois de sa promulgation, un arrêté du pouvoir exécutif, rendu dans la forme des règlements d'administration publique, viendrait modifier le tarif des frais en matière de contrainte par corps. L'arrêté ainsi promis a été rendu, à la date du 24 mars 1849; il abroge expressément (art. 8) les deux premiers paragraphes de l'art. 20 et l'art. 21 du décret du 14 mars 1808.

Le nombre des gardes du commerce, que l'art. 1er du décret de 1808 fixait à dix, avait fini par être réduit à sept.

L'art. 91 de la loi du 28 avril 1816 n'énumère pas les gardes du commerce au nombre des officiers qui peuvent présenter leurs successeurs à l'agrément de Sa Majesté. Cependant il paraît que l'Administration admettait les gardes du commerce à exercer ce droit de présentation.

La loi du 22 juillet 1867 ayant supprimé la contrainte par corps en matière commerciale, civile et contre les étrangers, et ne l'ayant maintenue qu'en matière criminelle, correctionnelle et de simple police, il s'ensuit naturellement que l'institution des gardes du commerce a disparu (1).

— La plupart des tribunaux de commerce ont l'habitude de désigner d'avance un certain nombre de personnes parmi lesquelles ils choisissent les *syndics de faillites*, les *liquidateurs de sociétés*, les *arbitres rapporteurs* (2).

V. Aux termes de l'art. 630 du Code de commerce, « les « tribunaux de commerce sont dans les attributions et sous « la surveillance du Ministre de la justice ». Cette disposition n'existait point dans le projet de la Commission. A la séance

(1) Comp., ci-dessus, p. 293 et 294.
(2) Voy. MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, nº 353.

du Conseil d'État du 9 mai 1807, Cambacérès dit qu'il conviendrait, par une disposition quelconque, de rattacher les tribunaux de commerce au grand juge, ministre de la justice; ils lui sont entièrement subordonnés, mais il importe de ne pas laisser de doute sur le principe. Regnault de Saint-Jean d'Angely dit qu'il faut s'en expliquer très formellement, et, de plus, ordonner que les procès-verbaux d'élection seront renvoyés au grand juge... « Toutes ces propositions, ajoute M. Locré (1), sont adoptées et renvoyées à la Section. » Du reste, en ce qui concerne la transmission au grand juge des procès-verbaux d'élection, on peut remarquer qu'elle a été ordonnée, non par le Code de commerce, mais seulement par le décret du 6 octobre 1809 (2).

Le projet présenté par le Gouvernement en 1838, projet auquel se rattache la loi du 3 mars 1840, soumettait les juges de commerce à la surveillance et au pouvoir disciplinaire des Cours d'appel, conformément aux art. 49, 50, 52, 55 et 56 de la loi du 20 avril 1810 (3). Mais cette disposition a été rejetée

(1) *Législation de la France*, t. XX, p. 36.

(2) Voy. ci-dessus, p. 277. — Aux termes de l'art. 11 de la loi du 8 décembre 1883, « le président de chaque assemblée électorale proclame le « résultat de l'élection et transmet immédiatement au préfet le procès-« verbal des opérations électorales. Dans les vingt-quatre heures de la « réception des procès-verbaux, le résultat général de l'élection de chaque « ressort est constaté par une Commission siégeant à la préfecture... « Dans les trois jours qui suivront les constatations des résultats élec-« toraux par la Commission, le préfet transmettra au procureur général « près la Cour d'appel une copie certifiée du procès-verbal de l'ensemble « des constatations, et une autre copie, également certifiée, à chacun des « greffiers des tribunaux de commerce du département... »

(3) Voici le texte même de ces articles :

ART. 49. « Les présidents des Cours impériales et des tribunaux de « première instance avertiront d'office, ou sur la réquisition du minis-« tère public, tout juge qui compromettra la dignité de son caractère. »

ART. 50. « Si l'avertissement reste sans effet, le juge sera soumis, par « forme de discipline, à l'une des peines suivantes, savoir : la censure « simple, la censure avec réprimande, la suspension provisoire... »

ART. 52. « L'application des peines déterminées par l'art. 50 ci-dessus « sera faite en chambre du conseil... »

ART. 55. « Aucune décision ne pourra être prise que le juge inculpé « n'ait été entendu ou dûment appelé, et que le procureur impérial ou le « procureur général n'ait donné ses conclusions par écrit. »

ART. 56. « Dans tous les cas, il sera rendu compte au grand juge, « ministre de la justice, par les procureurs généraux, de la décision prise

comme étant trop rigoureuse à l'encontre de fonctionnaires qui administrent gratuitement la justice et pour qui une peine de cette nature pourrait avoir les conséquences les plus graves.

L'art. 17 de la loi du 30 août 1883 contient les dispositions suivantes : « Le garde des sceaux a, sur les magistrats « de toutes les juridictions civiles et commerciales, un droit « de surveillance. Il peut leur adresser une réprimande... « Le garde des sceaux peut mander tout magistrat, afin de « recevoir ses explications sur les faits qui lui sont impu- « tés. » — Mais les juges consulaires ne sont pas soumis au pouvoir disciplinaire de la Cour de cassation, constituant le conseil supérieur de la magistrature.

— Dans notre ancienne jurisprudence, en général, les plaideurs payaient les juges. Il y avait exception relativement aux juges consulaires. L'Ordonnance d'avril 1667, *sur la réformation de la justice*, s'exprime ainsi (Tit. XVI, art 11) : « Ne sera pris par les juge et consuls aucunes épices, salaires, « droits de rapport et de conseil, même pour les interroga- « toires et audition de témoins ou autrement, en quelque cas « ou pour quelque cause que ce soit, à peine de concussion « et de restitution du quadruple. » — La loi des 16-24 août 1790, dans son Titre II (*Des juges en général*), porte que *la vénalité des offices de judicature est abolie pour toujours*, que *les juges rendront gratuitement la justice*, double innovation qui ne se réfère aucunement aux juges de commerce. La loi ajoute que *les juges seront salariés par l'État*, et cette disposition est également étrangère aux juges de commerce, dont les fonctions ont toujours été gratuites.

Dans le projet présenté au Conseil d'État le 9 mai 1807, se trouvait un article ainsi conçu : « Les fonctions des juges « de commerce sont entièrement honorifiques et gratuites. »

« par les Cours impériales ; quand elles auront prononcé ou confirmé la « censure avec réprimande ou la suspension provisoire, la décision ne « sera mise à exécution qu'après avoir été approuvée par le grand juge. « Néanmoins, en cas de suspension provisoire, le juge sera tenu de « s'abstenir de ses fonctions jusqu'à ce que le grand juge ait prononcé ; « sans préjudice du droit que l'art. 82 du Sénatus-consulte du 16 thermidor « an X donne au grand juge de déférer le juge inculpé à la Cour de cas- « sation, si la gravité des faits l'exige. »

On voulait exprimer que le juge de commerce, comme les autres juges, ne doit rien recevoir des plaideurs, et, de plus, que le juge de commerce, à la différence des autres juges, n'est pas rétribué par l'État. Sur cet article, les Sections *de législation* et *de l'intérieur* du Tribunat présentèrent l'observation suivante : « Les fonctions de juge sont des fonctions honorables, lors même qu'elles sont salariées, et la loi ne saurait attribuer le caractère de l'honneur à celles qui ne sont pas payées plutôt qu'à celles qui le sont. On croit donc que ce mot *honorifiques* doit être retranché de l'article. Il suffirait, ce semble, de dire : *les fonctions de juge de commerce sont gratuites*. » On a tenu compte, jusqu'à un certain point, de cette observation, et voici comment s'exprime l'art. 628 du Code : « Les fonctions des juges de commerce sont seule-« ment honorifiques. »

Cette rédaction de l'art. 628 fournit d'ailleurs un argument pour soutenir que la fonction de juge de commerce n'est point une de ces charges publiques que ne peut décliner le citoyen qui s'y trouve appelé. Et l'on admet universellement aujourd'hui la possibilité pour l'élu de ne pas accepter et la possibilité de donner sa démission après avoir accepté les fonctions dont il s'agit (1).

— Les juges de commerce qui ont été régulièrement élus n'ont pas encore qualité pour rendre la justice. Il faut : 1° qu'ils aient prêté serment (2) ; 2° qu'ils aient été installés.

Aux termes de l'art. 629 du Code, « ils prêtent serment « avant d'entrer en fonction, à l'audience de la Cour d'appel, « lorsqu'elle siège dans l'arrondissement communal où le « tribunal de commerce est établi ; dans le cas contraire, la « Cour commet, si les juges de commerce le demandent, le « tribunal civil de l'arrondissement pour recevoir leur ser-« ment, et, dans ce cas, le tribunal en dresse procès-verbal et « l'envoie à la Cour d'appel, qui en ordonne l'insertion dans « ses registres. Ces formalités sont remplies sur les conclu-« sions du ministère public, et sans frais. »

(1) Voy. M. Nouguier, *op. cit.*, t. I, p. 100 et suiv.
(2) Voy. l'art. 7 du décret du 6 octobre 1809 (ci-dessus, p. 277).

L'Édit de novembre 1563 disait, dans son art. 1er, que les juge et consuls, qui seraient nommés la première fois, devraient *faire le serment devant le prévôt des marchands*, et, dans son art. 2, que ceux qui seraient nommés ensuite le feraient *devant les anciens*. Mais il paraît que le Parlement de Paris, en enregistrant cet Édit, ordonna que le serment serait prêté par-devant le Parlement lui-même, et commit la Grand'-Chambre pour le recevoir. — Lors des travaux préparatoires du Code de commerce, on se demanda s'il était bien convenable que les juges fussent toujours soumis à la nécessité d'aller prêter serment devant la Cour d'appel. Dans la séance du Conseil d'État du 18 juillet 1807, « M. Beugnot dit que le Tribunat relève l'inconvénient d'obliger les juges de commerce à un déplacement dispendieux et incommode pour aller prêter serment devant la Cour d'appel, quand cette Cour siège loin de leur domicile. Ces difficultés, ajoute M. Beugnot, ont détourné beaucoup de citoyens d'accepter les fonctions de juge de commerce. Le Tribunat propose, en conséquence, de décider que, lorsque la Cour d'appel siégera loin de l'arrondissement communal où le tribunal de commerce est établi, elle commettra, pour recevoir le serment du récipiendaire, le tribunal civil de cet arrondissement, et insérera dans ses propres registres le procès-verbal de prestation de serment que le tribunal civil lui adressera. » La proposition du Tribunat fut adoptée par le Conseil d'État; et, le 14 septembre 1807, M. Gillet, dans son discours au Corps législatif, s'exprimait ainsi : « Par quelle autorité le « serment des juges de commerce doit-il être reçu? Cette « question avait produit dans notre ancien ordre judiciaire « de grands débats, et les usages sur ce point variaient dans « les diverses localités. Sans doute il est convenable que les « Cours d'appel, comme juridictions supérieures, soient dépo- « sitaires de ce serment; mais jusqu'ici il en résultait un dépla- « cement quelquefois considérable, dont il était dur de faire « supporter les longueurs à des commerçants et les dépenses « à des fonctionnaires gratuits. Le moyen terme adopté par « l'art. 15 du projet maintient la règle et sauve les inconvé- « nients. » C'est effectivement le système qui a passé dans la loi.

Le principe est donc qu'il appartient à la Cour d'appel de recevoir le serment des juges de commerce. Aux termes du décret du 30 mars 1808 (art. 26), les réceptions sont faites à l'audience de la Chambre où siège le premier président, ou à l'audience de la Chambre des vacations, si ces réceptions se trouvent avoir lieu pendant le temps des vacances. — Mais, quand la Cour ne siège pas dans l'arrondissement où est établi le tribunal de commerce, le serment peut être prêté devant le tribunal civil de cet arrondissement. Seulement, il faut alors que la Cour d'appel commette expressément le tribunal civil : aussi la Cour suprême a-t-elle avec juste raison cassé un jugement du tribunal de commerce de Soissons, par le motif que le président et l'un des juges qui avaient concouru à cette décision avaient prêté serment à l'audience du tribunal civil, sans qu'aucun arrêt de délégation fût intervenu (1). Et, pour que la Cour d'appel délègue valablement le tribunal civil, il doit y avoir une demande à cet effet de la part des récipiendaires : la Cour ne pourrait pas d'office faire la délégation. — Comme c'est véritablement la Cour d'appel qui a qualité pour recevoir le serment, c'est toujours dans ses registres que doit se trouver le procès-verbal de la prestation, lors même que cette prestation aurait eu lieu devant le tribunal civil.

La loi du 8 décembre 1883 contient la disposition suivante (art. 14) : « Dans la quinzaine de la réception du procès-ver-
« bal, s'il n'y a pas de réclamations, ou dans la huitaine de
« l'arrêt statuant sur les réclamations, le procureur général
« invite les élus à se présenter à l'audience de la Cour d'ap-
« pel, qui procède publiquement à leur réception et en dresse
« procès-verbal consigné dans ses registres. — Si la Cour ne
« siège pas dans l'arrondissement où le tribunal de commerce
« est établi, et si les élus le demandent, elle peut commettre,
« pour leur réception, le tribunal civil de l'arrondissement,
« qui y procédera en séance publique, à la diligence du pro-
« cureur de la République. Le procès-verbal de cette séance
« est transmis à la Cour d'appel, qui en ordonne l'insertion

(1) Arrêt du 31 mars 1862 (Dev.-Car., 62, 1, 704).

« dans ses registres. — Le jour de l'installation publique du « tribunal de commerce, il est donné lecture du procès-ver- « bal de réception » (1).

Même après la prestation du serment, il manque encore quelque chose au juge de commerce pour qu'il puisse exercer ses fonctions : il doit être *installé*. Comme nous le savons, la jurisprudence admet que les juges déjà remplacés peuvent et doivent continuer à remplir leurs fonctions jusqu'à l'installation de leurs successeurs (2) : c'est donc seulement à dater de leur installation que ceux-ci peuvent exercer leurs fonctions de juges. D'après l'usage, l'installation a lieu en séance publique et en réunion générale du tribunal de commerce (3).

— Pour qu'il y ait jugement du tribunal de commerce, quelles sont les conditions requises, soit quant au nombre, soit quant à la qualité des personnes de qui émane la décision? Il résulte de l'Édit de 1563 qu'un jugement est valablement rendu soit par les cinq juge et consuls, soit par quatre ou au moins par trois d'entre eux. La loi des 16-24 août 1790 disait, de même, que les juges de commerce ne pourront rendre aucun jugement, s'ils ne sont au nombre de trois au moins (Titre XII, art. 6). Enfin, dans le projet de la Commission du Code, il y avait un article ainsi conçu : « Les juge- « ments ne pourront être rendus par moins de trois juges. » Dans la séance du Conseil d'État du 9 mai 1807, Merlin dit « qu'il est un autre point sur lequel il importe de statuer. Les tribunaux de commerce sont dans l'usage d'appeler des suppléants, même lorsque les juges se trouvent réunis au nombre de trois...; il paraîtrait convenable de défendre expressément aux tribunaux de commerce d'appeler des suppléants, lorsque les juges siègent au nombre requis. — M. Réal pense que cette prohibition est nécessaire. Souvent, en effet, les

(1) Dans la circulaire du garde des sceaux, du 13 février 1884, il est dit que la prestation de serment aura lieu conformément aux règles adoptées antérieurement, et que l'obligation de prêter serment est imposée non seulement aux nouveaux élus, mais encore aux magistrats dont le mandat est renouvelé.

(2) Voy. ci-dessus, p. 279 et 280.

(3) L'art. 14 *in fine* de la loi du 8 décembre 1883 parle de cette installation.

suppléants ne sont appelés que par intrigue et pour faire triompher l'une des parties, et ils viennent avec une opinion toute formée. — M. Bégouen observe que..., dans les tribunaux de commerce, rien ne s'oppose à ce que les trois juges s'adjoignent deux suppléants, et qu'il y a même de l'avantage à le leur permettre : car, plus le tribunal est nombreux, plus il y a de lumières et de garantie pour les plaideurs. — M. Treilhard dit que l'adjonction de suppléants, non nécessaire, est ordinairement l'effet de l'intrigue : la partie qui craint d'être condamnée fait trouver au tribunal ceux des suppléants qui sont ses amis. »

En définitive, la proposition de Merlin, adoptée par le Conseil d'État, a passé dans la loi. L'art. 626 du Code était ainsi conçu : « Les jugements, dans les tribunaux de com-« merce, seront rendus par trois juges au moins; aucun « suppléant ne pourra être appelé que pour compléter ce « nombre. »

De ce texte il faut évidemment conclure qu'un jugement est régulièrement rendu, non seulement par trois juges titulaires, mais aussi par quatre, par cinq, etc. (1). Au contraire, le jugement serait nul s'il était l'œuvre de trois titulaires et d'un suppléant, ou de deux titulaires et de deux suppléants. Du reste, il est universellement admis que les suppléants peuvent toujours assister aux débats et aux délibérations du tribunal, sauf à n'avoir que voix consultative s'il se trouve trois juges pour rendre la décision.

La manière dont s'exprime la loi nous conduit encore à dire qu'un jugement pourrait bien être rendu par un juge et deux suppléants, mais qu'il ne pourrait pas l'être par trois suppléants. En effet, d'après le texte, les suppléants peuvent

(1) Ceci n'est plus absolument vrai aujourd'hui. En effet, l'art. 4 de la loi du 30 août 1883 est ainsi conçu : « Les jugements des tribunaux de « première instance sont rendus par des magistrats délibérant en nombre « impair. Ils sont rendus par trois juges au moins. Lorsque les membres « d'un tribunal siégeant dans une affaire seront en nombre pair, le der-« nier des juges dans l'ordre du tableau devra s'abstenir. Le tout à peine « de nullité. » Et il a été jugé, avec raison, que cet article est applicable aux tribunaux de commerce comme aux tribunaux civils. Voy. l'arrêt de la Cour de Douai du 31 janvier 1885 (Sir., 85, 2, 161), et l'arrêt de la Cour de Dijon du 19 janvier 1886 (Sir., 86, 2, 136).

être appelés pour *compléter* le nombre de trois; ils ne peuvent pas, à eux seuls, le former.

Dans les tribunaux civils, le décret du 30 mars 1808 (art. 49) veut qu'en cas d'empêchement d'un juge, il soit, pour compléter le nombre indispensable, remplacé ou par un juge d'une autre Chambre qui ne tiendrait pas audience dans le même temps, ou par un des juges suppléants, en observant, dans tous les cas et autant que faire se pourra, l'ordre des nominations. Dans les tribunaux de commerce, le Code ne prescrit certainement pas d'observer un ordre quelconque entre les suppléants quand il faut appeler un ou deux d'entre eux pour compléter le tribunal : on peut donc soutenir qu'il n'y aurait pas nullité du jugement par cela seul que, pouvant appeler le plus ancien des suppléants, on aurait appelé le plus jeune. De même, en cas d'empêchement du président, le Code ne prescrit pas de le remplacer par le juge le plus ancien. « L'art. 626 du Code de commerce, a dit la Cour de « cassation (1), n'exige autre chose pour la validité des juge- « ments, en ce qui concerne la composition du tribunal, si « ce n'est qu'ils soient rendus par trois juges au moins, « et qu'aucun juge suppléant ne soit appelé que pour com- « pléter ce nombre. Cet article n'exige pas, comme les art. 2 « et 3 du décret du 30 mars 1808 et l'art. 41 du décret du « 6 juillet 1810, que le président absent ou empêché soit « remplacé par le juge le plus ancien selon l'ordre du tableau. » — « D'ailleurs, ajoute la Cour, les énonciations du jugement « attaqué font présumer que M. C... n'a été appelé à présider « le tribunal que parce que le président titulaire était absent « ou empêché, et qu'il était le plus ancien suivant l'ordre du « tableau; que le juge suppléant n'a été appelé à compléter « le tribunal qu'à raison de l'insuffisance des juges titulaires « pour le composer. » Il est, en effet, généralement admis que, quand les énonciations du jugement peuvent être entendues de deux manières, il faut s'arrêter de préférence au sens avec lequel tout s'est passé régulièrement. Par exemple

(1) Arrêt de la Chambre des requêtes, du 17 juin 1856 (Dev.-Car., 56, 1, 601).

lorsque le jugement fait mention de la présence à l'audience de trois titulaires et d'un suppléant, on présumera que le suppléant n'a pas participé au jugement, parce qu'autrement il y aurait nullité.

Qu'on ne doive pas appeler, pour remplacer le président, le juge le plus ancien, et pour remplacer un juge, le suppléant le plus ancien, c'est ce qu'il me paraît impossible d'admettre aujourd'hui. En effet, la loi du 8 décembre 1883 a un art. 15 ainsi conçu : « Le rang à prendre dans le tableau des juges « et des suppléants sera fixé par l'ancienneté, c'est-à-dire par « le nombre des années de judicature, avec ou sans interrup- « tion, et, entre les juges élus pour la première fois et par le « même scrutin, par le nombre de voix que chacun d'eux « aura obtenu dans l'élection, et en cas d'égalité de suffrages, « la priorité appartiendra au plus âgé (1). — Les jugements « seront rendus par trois juges au moins; un juge titulaire « fera nécessairement partie du tribunal, à peine de nullité. »

— Non seulement les suppléants sont appelés, à défaut de juges titulaires, pour compléter le tribunal, mais nous savons déjà (2) qu'à défaut de juges titulaires et de suppléants, le décret du 6 octobre 1809 prescrivait d'appeler des commerçants inscrits sur la liste des notables. La première origine de cette règle se trouve dans une Ordonnance du 22 juillet 1566. La loi du 23 vendémiaire an IV *sur les récusations des juges* disait (art. 2) : « Dans les affaires susceptibles « d'être jugées en dernier ressort, la récusation péremptoire « pourra être exercée contre les juges des tribunaux de com- « merce de terre et de mer, qui seront remplacés par des sup- « pléants et, à leur défaut, par des négociants ou armateurs « appelés par les juges ou suppléants non récusés. » Le Code de 1808 n'avait point prévu le cas où l'on ne pourrait pas trouver trois membres du tribunal pour siéger conformément à l'art. 626. Le cas a été prévu par le décret du 6 octobre 1809 : aux termes de l'art. 4 de ce décret, « lorsque par

(1) « Les questions de préséance ont une importance particulière, à raison des fonctions de la présidence, exercées, en cas d'absence, par le premier juge » (Circulaire du garde des sceaux, du 13 février 1884).

(2) Voy. ci-dessus, p. 266 et 267.

« des récusations ou des empêchements, il ne reste plus dans « les tribunaux de commerce un nombre suffisant de juges ou « de suppléants, ces tribunaux sont complétés par des négo- « ciants pris sur la liste formée en vertu de l'art. 619 du Code « de commerce et suivant l'ordre dans lequel ils y sont por- « tés, s'ils ont d'ailleurs les qualités énoncées en l'art. 620 « de la même loi. »

Nous savons qu'un jugement ne serait pas valablement rendu par trois suppléants. A plus forte raison ne serait-il pas valablement rendu par trois commerçants notables, ni par deux suppléants et un commerçant notable, ni par un suppléant et deux commerçants notables. Un système différent avait été consacré en 1848. En effet, l'art. 2 de la loi du 28 août avait ajouté à l'art. 626 du Code plusieurs dispositions nouvelles et notamment la disposition suivante : « Un « juge titulaire ou suppléant au moins doit concourir à tout « jugement du tribunal de commerce, à peine de nullité. » Cette loi a été abrogée en 1852, et dès lors nous devions dire que la participation des notables commerçants au jugement est possible seulement en ce sens qu'il peut y avoir deux juges titulaires et un notable commerçant, ou bien un juge titulaire, un suppléant et un notable commerçant, ou bien enfin un juge titulaire et deux notables commerçants (1).

On s'est demandé, sous l'empire du décret de 1809, si les notables commerçants, appelés accidentellement à rendre la justice, doivent au préalable prêter serment. La Cour de Poitiers, dans son arrêt du 2 décembre 1824, déclare que l'obligation de prêter serment n'est imposée qu'aux juges et aux suppléants; que, si cette obligation était rendue commune aux négociants appelés momentanément pour compléter le tribunal de commerce, ce serait rendre leur coopération impossible, puisque les tribunaux de commerce ne peuvent pas recevoir le serment de leurs membres, et que ce serment doit être prêté devant la Cour ou devant le tribunal civil

(1) Selon M. Bédarride (*op. cit.*, n° 119), en 1848, on avait voulu, non pas introduire un droit nouveau, mais prévenir toute difficulté en précisant le sens de la loi. Cette idée, à mes yeux, est absolument inadmissible.

dûment commis à cet effet. On peut ajouter, avec M. Bédarride (n° 117), que les avocats ou avoués appelés à compléter le tribunal civil ne prêtent point serment, et qu'il serait bizarre de se montrer plus exigeant quand il s'agit de compléter le tribunal de commerce.

Que décider si, par impossible, il arrivait qu'on ne trouvât ni suppléant ni notable commerçant pour compléter le nombre de trois que prescrit l'art. 626? Ce serait alors exactement comme si dans l'arrondissement il n'existait point de tribunal de commerce, et par conséquent la disposition de l'art. 640 deviendrait applicable (1).

Sous l'empire de la loi de 21 décembre 1871, qui abroge le décret du 2 mars 1852, on a jugé (2) qu'il n'était pas permis d'appeler des *juges complémentaires* et qu'il appartenait à la Cour d'appel d'indiquer un autre tribunal de commerce en le chargeant de statuer. Mais la loi du 5 décembre 1876 (art. 2) porte que l'art. 626 du Code de commerce est complété comme il suit, conformément au décret du 28 août 1848 : « Lorsque, par des récusations ou empêchements, il ne restera « pas un nombre suffisant de juges ou de juges suppléants, « il y sera pourvu au moyen d'une liste formée annuellement « par chaque tribunal de commerce entre les éligibles du « ressort et, en cas d'insuffisance, entre les électeurs ayant « les uns et les autres leur résidence dans la ville où siège le « tribunal. Cette liste sera de cinquante noms à Paris, de « vingt-cinq noms pour les tribunaux de neuf membres, de « quinze noms pour les autres tribunaux. Les juges complé- « mentaires seront appelés dans l'ordre fixé par un tirage au « sort, fait en séance publique, par le président du tribunal, « entre tous les noms de la liste. » — La même disposition se retrouve dans la loi du 8 décembre 1883, dont elle forme l'art. 16 (3).

— Le décret du 6 octobre 1809 contient, spécialement en

(1) Voy., en ce sens, M. Nouguier (*op. cit.*, t. III, p. 125) et les autorités qu'il invoque. Voy. aussi MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, p. 332.

(2) Arrêt de la Cour de Caen, du 2 août 1875 (Dev.-Car., 76, 2, 171).

(3) Dans la circulaire du garde des sceaux du 13 février 1884, il est dit que les juges complémentaires doivent prêter serment et siéger en robe

ce qui concerne le tribunal de commerce de Paris. une disposition qui a son importance : aux termes de l'art. 5, ce tribunal est divisé en deux sections. En conséquence, il y a au tribunal de Paris ce qu'on appelle le *grand rôle* et le *petit rôle :* les affaires difficiles et compliquées sont placées au grand rôle; les autres, qui sont de nature à être jugées très sommairement, sont placées au petit rôle. Le grand rôle et le petit rôle ont chacun leurs jours d'audience distincts. Du reste, indépendamment de cette division, soit pour le grand rôle, soit pour le petit rôle, les magistrats sont répartis en un certain nombre de *chambres*. Dans les tribunaux civils, aux termes des Ordonnances royales du 11 octobre 1820 et du 24 juillet 1825, le *roulement* se fait par année; quant au tribunal de commerce de la Seine, il est dans l'usage de faire un *roulement* tous les six mois.

VI. Par qui et comment sont jugées les affaires commerciales là où il n'existe pas de tribunal de commerce?

La question avait été résolue par une Déclaration du 7 avril 1759. Voici le texte même de l'art. 2 de cette Déclaration : « Si le défendeur est domicilié dans un bailliage ou « sénéchaussée dans l'étendue desquels il n'y ait pas de juri- « diction consulaire établie, les parties ne pourront se pour- « voir dans aucunes juridictions consulaires voisines, encore « que la juridiction consulaire voisine soit établie dans un « bailliage qui soit le siège principal du bailliage du domicile « du défendeur; mais elles seront tenues de procéder par- « devant les juges ordinaires du domicile du défendeur, « auxquels nous enjoignons de juger les causes consulaires « sommairement et ainsi qu'il est prescrit par l'Ordonnance « du mois d'avril 1667 pour les matières sommaires, et de se « conformer aux dispositions de l'Ordonnance de 1673 et « autres lois concernant les matières consulaires, sans qu'ils « puissent prononcer dans ces sortes d'affaires aucuns appoin- « tements et prendre aucune épice, à peine de restitution et « autres peines. »

La loi des 16-24 août 1790 disait également (Titre XII, art. 13) : « Dans les districts où il n'y aura pas de juges de

« commerce, les juges du district connaîtront de toutes les « matières de commerce, et les jugeront dans la même forme « que les juges de commerce ; leurs jugements seront de même « sans appel jusqu'à la somme de 1,000 livres, exécutoires « nonobstant l'appel au-dessus de 1,000 livres en donnant « caution, et produiront dans tous les cas la contrainte par « corps. »

Le projet de Code de commerce présenté par la Commission ne contenait aucune disposition sur le cas dont il s'agit. Mais, dans la séance du Conseil d'État du 9 mai 1807, à propos de l'art. 2 du projet (aujourd'hui art. 615), M. Treilhard proposa d'exprimer que, dans les villes (1) où il ne serait pas placé de tribunaux de commerce, ces tribunaux seraient suppléés par les tribunaux de 1re instance; et l'art. 2 fut adopté avec cet amendement. Plus tard, dans la séance du 8 août 1807, tenue sous la présidence de Napoléon, fut adoptée la rédaction définitive du Livre IV, contenant notamment les deux dispositions suivantes :

« Dans les arrondissements où il n'y aura pas de tribunaux « de commerce, les juges du tribunal civil exerceront les « fonctions et connaîtront des matières attribuées aux juges « de commerce par la présente loi. »

« L'instruction, dans ce cas, aura lieu dans la même forme « que devant les tribunaux de commerce, et les jugements « produiront les mêmes effets. »

Ces deux dispositions, qui forment dans le Code de commerce les art. 640 et 641, doivent nous arrêter quelques instants.

Dans tout arrondissement où il n'existe pas de tribunal de commerce, les affaires commerciales sont portées au tribunal civil, le tribunal civil fait fonctions de tribunal de commerce. Ainsi, pour citer un exemple qui nous est parfaitement connu, si un commerçant se trouve en état de cessation de paiements, c'est au tribunal civil qu'il appartient de déclarer la faillite, c'est un membre du tribunal civil qui devra être nommé juge-commissaire, etc. — Du reste, que l'affaire soit

(1) Mot évidemment inexact : il fallait dire *dans les arrondissements*.

portée devant le tribunal de commerce, ou qu'à défaut de tribunal de commerce elle soit portée devant le tribunal civil, dans les deux cas, la forme de l'instruction est la même, le jugement rendu produit les mêmes effets. La forme de l'instruction est la même : par conséquent, il y a toujours lieu d'appliquer les art. 414 et suiv. du Code de procédure, 642 et 643 du Code de commerce. Il en résulte notamment que l'affaire s'instruit sans le ministère d'avoués. Cependant, on l'a quelquefois contesté. On a dit : « Quand une affaire commerciale est portée en appel devant la Cour, il faut recourir au ministère des avoués, conformément à l'art. 648 du Code de commerce : si la nature commerciale de l'affaire n'exclut pas le ministère des avoués devant la Cour d'appel, pourquoi l'exclurait-elle devant le tribunal civil ? » La réponse est facile : la loi charge la Cour d'appel, comme telle, de connaître en appel des affaires commerciales : c'est là une attribution normale de la Cour, puisque l'appel des affaires commerciales n'est jamais porté que devant elle, et alors on comprend très bien que la procédure soit toujours la même sans distinction entre les causes civiles et les causes commerciales. Au contraire, quand un tribunal civil connaît d'une affaire commerciale, c'est exceptionnellement, et, pour ainsi dire, en sortant de ses attributions propres : il est naturel qu'il emprunte alors les formes plus expéditives employées devant les tribunaux de commerce, et qu'ainsi les parties soient traitées autant que possible comme elles le seraient s'il existait un tribunal de commerce dans l'arrondissement. Cela, du reste, ne fait pas de doute dans la pratique.

Il résulte encore de notre art. 641 que le tribunal civil, jugeant comme tribunal de commerce, peut, quand il rejette le déclinatoire proposé, statuer, par un seul et même jugement, sur la compétence et sur le fond, conformément à l'article 425 du Code de procédure (1).

(1) Au contraire, en matière civile, aux termes de l'art. 172 du même Code de procédure, la *demande en renvoi* ne peut être réservée ni jointe au principal.

Pour d'autres applications de la règle posée dans l'art. 641, voy. MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, n° 510.

Enfin, il peut arriver, comme nous le voyons dans les art. 426 et 427 du Code de procédure, que le tribunal de commerce, saisi d'une question commerciale, doive renvoyer les parties devant le tribunal civil pour être statué par celui-ci sur une question incidente relativement à laquelle le tribunal de commerce se trouve incompétent *ratione materiæ*. Ces art. 426 et 427 peuvent-ils recevoir leur application, lors même que c'est déjà le tribunal civil qui, à défaut de tribunal de commerce, est saisi de la demande principale? Je n'hésite pas à répondre affirmativement : lorsqu'à l'audience commerciale s'élève un des incidents dont il s'agit, le tribunal renvoie cet incident à l'audience civile pour y être statué avec l'assistance des avoués (1).

Notre art. 641 ne se borne pas à dire que, devant le tribunal civil jugeant une affaire commerciale, l'instruction aura lieu dans la même forme que devant les tribunaux de commerce; il ajoute que le jugement du tribunal civil produira les mêmes effets que s'il émanait du tribunal de commerce. En conséquence, le jugement dont il s'agit est toujours exécutoire par provision, avec ou sans caution, conformément à l'art. 439 du Code de procédure; et, en principe, jusqu'en 1867, il emportait la contrainte par corps, conformément aux dispositions du Titre Ier de la loi du 17 avril 1832 (2).

Le décret du 24 mai 1854, *portant fixation des émoluments attribués aux greffiers en matière civile et commerciale*, contient un § 2 spécialement consacré *aux greffiers des tribunaux civils qui exercent la juridiction commerciale*.

Il reste à examiner une question sur laquelle on a beaucoup discuté : lorsque le tribunal civil fait fonctions de tribunal de commerce, y a-t-il lieu d'appliquer l'art. 83 du Code de procédure, aux termes duquel certaines causes doivent nécessairement être communiquées au ministère public, qui de plus peut prendre communication de toutes autres causes quand il le juge convenable?

(1) Le fond même serait renvoyé à l'audience civile, dans le cas prévu par l'art. 636 du Code de commerce.

(2) Comp. l'art. 13 *in fine* du Titre XII de la loi de 1790, rapporté ci-dessus, p. 309.

La question a été pour la première fois portée devant la Cour de cassation en 1846. Par un jugement du 11 septembre 1845, le tribunal civil de Pontoise avait refusé au ministère public le droit d'assister et de prendre la parole à son audience commerciale. Le Ministre de la justice ayant transmis ce jugement au procureur général pour le déférer à la Cour de cassation, un arrêt de la Chambre des requêtes, rendu, conformément aux conclusions de M. Dupin, le 21 avril 1846, décida que le tribunal civil, même quand il juge commercialement, conserve sa nature propre de tribunal civil, *doté, par la loi même de son institution, de la plénitude de juridiction, et dont le ministère public fait partie intégrante;* que, par conséquent, le procureur du roi ou ses substituts doivent participer aux audiences commerciales de la même manière qu'aux audiences civiles : le tribunal de Pontoise ayant ainsi commis un excès de pouvoir, son jugement est cassé (1). Depuis, la Cour de cassation a constamment statué dans le même sens, et toujours par le même motif (2).

Les Cours d'appel ont suivi la doctrine de la Cour de cassation. Ainsi notamment dans un arrêt de la Cour de Poitiers, du 16 décembre 1847, il est dit que, si le législateur eût voulu établir une exception à la règle générale qui fixe la composition des tribunaux de 1re instance, il s'en serait expliqué d'une manière positive, et qu'il n'est point entré dans son intention de diminuer l'importance de ces tribunaux en modifiant leur composition (3).

Parmi les auteurs, M. Bédarride approuve également la doctrine dont il s'agit. Suivant lui, « la loi, en conférant aux « tribunaux civils la mission de juger en matière commer- « ciale, n'a point dérogé aux règles de leur organisation. Ils « ne peuvent, dans aucun cas et sur aucune matière, pro- « noncer que s'ils sont régulièrement constitués; or, pour

(1) Dev.-Car., 46, 1, 300.

(2) Voy. les arrêts du 12 juillet 1847 (Dev.-Car., 47, 1, 842), du 24 novembre 1847 (Dev.-Car., 48, 1, 48), du 5 avril 1848 (Dev.-Car., 52, 2, 650, en note), du 18 novembre 1879 (Dev.-Car., 80, 1, 208).

(3) Dev.-Car., 48, 2, 684. — Voy. encore les arrêts de la Cour de Rennes du 26 juin 1851 (Dev.-Car., 52, 2, 650) et de la Cour de Poitiers du 7 janvier 1856 (Dev.-Car., 56, 2, 556).

« que cette condition soit remplie, il faut, non seulement « que les juges siègent en nombre requis, mais encore qu'ils « soient assistés d'un officier du parquet. L'absence du « ministère public laisse donc le tribunal incomplet, enlève « toute régularité à sa constitution et s'oppose à ce qu'il « puisse juger légalement... A-t-on jamais pensé à cette « exclusion lorsque, sur l'appel, les affaires commerciales se « trouvent soumises à l'appréciation de la Cour? Or, l'inter- « vention du ministère public dans ce cas n'est motivée que « par son existence même. Pourquoi en serait-il autrement « lorsque cette existence se réalise devant le premier degré « de juridiction ?... » (1).

Quelque imposantes que soient ces autorités, je crois que le texte et l'esprit de la loi veulent que le ministère public n'assiste pas aux audiences du tribunal civil jugeant commercialement. Évidemment l'art. 640 est bien en ce sens, quand il dit : « Les juges du tribunal civil exerceront les « fonctions attribuées aux juges de commerce. » Cette expression, *les juges du tribunal civil*, ne paraît pas être absolument synonyme de celle-ci : *le tribunal civil, y compris le procureur de la République ou son substitut.* De plus, la communication au ministère public semble bien être une forme de l'instruction; cette forme étant nécessairement inapplicable quand la cause commerciale est portée au tribunal de commerce, peut-on, sans violer l'art. 641, l'appliquer quand la même cause commerciale est portée au tribunal civil? — En définitive, la Cour de cassation se borne à invoquer le principe que le tribunal civil a plénitude de juridiction. Mais il y a là une erreur manifeste. En effet, ceux qui admettent ce principe comme réellement existant dans notre législation, en concluent que si, dans un arrondissement où il existe un tribunal de commerce, une affaire commerciale est portée devant le tribunal civil, ce tribunal ne pourra pas d'office se déclarer incompétent; mais alors très certainement l'affaire commerciale sera instruite dans la forme habituellement suivie devant les tribunaux civils. Or, en présence de l'art. 641 du Code de

(1) *Op. cit.*, nos 31 et 32.

commerce, il est impossible de soutenir qu'il doive en être de même lorsque c'est à défaut de tribunal de commerce que le tribunal civil connaît d'une affaire commerciale : donc, le principe de la plénitude de juridiction, en supposant qu'il existe dans nos lois, n'a du moins aucune espèce d'application au cas qui nous occupe et doit être tenu pour complètement étranger à la disposition de notre art. 640 (1). — Quant à l'argument tiré par M. Bédarride de ce qui se passe en appel, je l'ai déjà réfuté par avance en montrant que le ministère des avoués est interdit devant le tribunal civil jugeant commercialement (2).

APPENDICE AU TITRE Ier.

ORGANISATION DES CONSEILS DE PRUD'HOMMES.

On rapporte ordinairement l'origine des conseils de prud'hommes à la loi du 18 mars 1806, *portant établissement d'un conseil de prud'hommes à Lyon*. Du reste, même avant 1789, des fonctions analogues à celles de ces conseils étaient exercées par les gardes ou syndics des communautés d'arts et métiers; à Lyon, un *tribunal commun*, composé de juges appartenant à la fabrique lyonnaise, conciliait les différends des fabricants de soieries et de leurs ouvriers.

La loi du 18 mars 1806 contenait un art. 34, ainsi conçu : « Il pourra être établi, par un règlement d'administration « publique, délibéré en Conseil d'État, un conseil de prud'-

(1) M. Bédarride en fait lui-même l'observation. « Même confiée aux « juges ordinaires, dit-il, la juridiction exceptionnelle ne perd rien de son « caractère ; dans ce cas, le tribunal civil devient un tribunal de commerce, et juge comme tel... Vainement exciperait-on de la plénitude « de juridiction qui lui appartient : ce qui est vrai lorsqu'il est appelé à « prononcer en matière ordinaire, ne saurait l'être dans l'hypothèse de « la mission exceptionnelle que l'art. 640 lui confère » (*op. cit.*, n° 437).

(2) Voy., en ce sens, l'excellente dissertation de M. Bourbeau, professeur à la Faculté de droit de Poitiers, et le jugement rendu par le tribunal civil de Jonzac le 19 mai 1846 (Dev.-Car., 46, 2, 433). Voy. aussi M. Alauzet, t. VIII, n° 3043 ; M. Boistel, n° 1464. — En sens contraire, MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, n° 511.

« hommes dans les villes de fabrique où le Gouvernement « le jugera convenable. » Conformément à cette disposition, des conseils de prud'hommes ont été créés dans un très grand nombre de villes commerçantes et manufacturières. Paris n'a obtenu qu'à la fin de 1844 la juridiction dont il s'agit (1).

Le décret du 11 juin 1809 contient un règlement général sur les conseils de prud'hommes. Du reste, la rédaction de ce décret a été rectifiée par un Avis du Conseil d'État du 20 février 1810 (2).

En 1848, une des premières lois votées par l'Assemblée nationale, c'est la loi du 27 mai, contenant réorganisation des conseils de prud'hommes. Cette loi avait été complétée par une autre, du 6 juin suivant.

Une loi qui est encore en vigueur, du moins pour partie, est celle du 1er juin 1853, dont je vais indiquer les principales dispositions :

Aux termes de l'art. 1er, « les conseils de prud'hommes « sont établis par décrets rendus dans la forme des règle- « ments d'administration publique (3), après avis des cham- « bres de commerce ou des chambres consultatives des arts

(1) Voy. l'Ordonnance royale du 29 décembre 1844. Il existe aujourd'hui à Paris quatre conseils de prud'hommes : un pour les métaux, un pour les tissus, un pour les produits chimiques et un pour les industries diverses.

Dans les villes où il n'y a pas de conseil de prud'hommes, leur juridiction est exercée par le juge de paix. En effet, la loi du 25 mai 1838 contient, dans son art. 5, la disposition suivante : « Les juges de paix con- « naissent, sans appel jusqu'à la valeur de 100 francs, et à charge « d'appel à quelque valeur que la demande puisse s'élever : ...des con- « testations relatives aux engagements respectifs des maîtres et de leurs « ouvriers ou apprentis, sans néanmoins qu'il soit dérogé aux lois et « règlements relatifs à la juridiction des prud'hommes. »

(2) Aux termes de l'art. 10 de ce décret, « nul ne sera justiciable des « conseils de prud'hommes, s'il n'est marchand fabricant, chef d'atelier, « contremaître, teinturier, ouvrier, compagnon ou apprenti... » Par application de cet article, un arrêt de cassation du 18 août 1874 décide que les conseils de prud'hommes sont incompétents pour statuer sur la demande formée par un ouvrier contre une *société civile* en paiement de travaux exécutés pour le compte de celle-ci (Dev.-Car., 74, 1, 476). Le Gouvernement ne pourrait pas établir un conseil de prud'hommes ayant juridiction relativement à l'industrie des mines.

(3) Comp. l'art. 615 du Code de commerce.

« et manufactures (1). Les décrets d'institution déterminent « le nombre des membres de chaque conseil. Ce nombre est « de six au moins, non compris le président et le vice-prési- « dent. »

Les membres des conseils de prud'hommes sont élus par les patrons, chefs d'atelier, contremaîtres et ouvriers, appartenant aux industries dénommées dans les décrets d'institution, suivant les conditions que la loi détermine (art. 2).

Aux termes de l'art. 3, « les présidents et les vice-prési- « dents des conseils de prud'hommes sont nommés par le « chef de l'État. Ils peuvent être pris en dehors des éligibles. « Leurs fonctions durent trois années. Ils peuvent être « nommés de nouveau. — Les secrétaires des mêmes conseils « sont nommés et révoqués par le préfet, sur la proposition « du président » (2).

Aux termes de l'art. 4, « sont électeurs : 1° les patrons, âgés « de vingt-cinq ans accomplis et patentés depuis cinq années « au moins, et domiciliés depuis trois ans dans la circonscrip- « tion du conseil (3); 2° les chefs d'atelier, contremaîtres et

(1) Il faut également prendre l'avis des conseils municipaux, les frais et dépenses des conseils de prud'hommes étant à la charge des communes. Voy. la loi du 5 avril 1884, art. 136, n° 15.

En ce qui concerne les chambres de commerce et les chambres consultatives des arts et manufactures, comp. l'Ordonnance du 16 juin 1832, l'arrêté du 19 juin 1848, le décret du 3 septembre 1851, le décret du 30 août 1852 et le décret du 22 janvier 1872. Voy. aussi MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, nos 573 et suiv.

(2) Cet article a été abrogé par la loi du 7 février 1880, qui contient les dispositions suivantes :

ARTICLE PREMIER. « Les membres des conseils de prud'hommes, réunis « en assemblée générale, éliront parmi eux, à la majorité absolue des « membres présents, un président et un vice-président... »

ART. 2. « Lorsque le président sera choisi parmi les prud'hommes « patrons, le vice-président ne pourra l'être que parmi les prud'hommes « ouvriers, et réciproquement. »

ART. 3. « La durée des fonctions du président et du vice-président est « d'une année. Ils seront rééligibles. »

ART. 5. « Le secrétaire attaché aux conseils de prud'hommes sera « nommé à la majorité absolue des suffrages. Il pourra être révoqué à « volonté; mais, dans ce cas, la délibération devra être signée par les « deux tiers des prud'hommes. »

(3) Ajoutez : « Les associés en nom collectif, *patentés ou non*, âgés de « vingt-cinq ans accomplis, exerçant depuis cinq ans une profession

« ouvriers, âgés de vingt-cinq ans accomplis, exerçant leur « industrie depuis cinq ans au moins et domiciliés depuis « trois ans dans la circonscription du conseil. » Le Conseil d'État a décidé, le 31 mars 1864, qu'on doit considérer comme *patron* dans le sens de cet art. 4, celui qui, faisant le commerce de la bijouterie en boutique et n'ayant pas d'atelier, emploie, du reste, des ouvriers à façon, travaillant pour son compte sur des dessins et avec des matières qu'il leur fournit (1). On peut dire, en effet, que cet homme n'est pas seulement commerçant, qu'il est aussi fabricant.

« Sont éligibles les électeurs âgés de trente ans accomplis « et sachant lire et écrire » (art. 5). Cette disposition a été interprétée par le Conseil d'État, le 11 août 1859 et le 13 juillet 1883, en ce sens que la loi exige des éligibles les mêmes conditions qui sont requises pour être électeur, mais qu'elle ne subordonne pas l'éligibilité à la condition d'être inscrit sur la liste électorale (2).

Les patrons, réunis en assemblée particulière, nomment directement les prud'hommes patrons. Les contremaîtres, chefs d'atelier, et les ouvriers, également réunis en assemblées particulières, nomment les prud'hommes ouvriers, en nombre égal à celui des patrons (art. 9) (3). — Les conseils de prud'hommes sont renouvelés par moitié tous les trois ans (art. 10).

Soit dans la loi du 18 mars 1806, soit dans le décret du 11 juin 1809 et dans l'avis du Conseil d'État du 20 février 1810, on distingue le *bureau particulier*, chargé de concilier les parties, et le *bureau général*, chargé de les juger lorsqu'elles n'ont pas pu être conciliées, et chargé aussi de la répression des contraventions. La loi de 1853 laisse subsister cette distinction. Aux termes de l'art. 11, « le bureau général

« assujettie à la contribution des patentes, et domiciliés depuis trois ans « dans la circonscription du conseil » (loi du 24 novembre 1883). Voy. MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, p. 547, note 2.

(1) Dev.-Car., 64, 2, 311.

(2) Dev.-Car., 60, 2, 398 ; Sir., 85, 3, 44.

(3) Le Conseil d'État a décidé, le 23 novembre 1883, qu'il n'est pas nécessaire que les candidats, pour être proclamés élus, réunissent un nombre de voix égal au quart des électeurs inscrits (Sir., 85, 3, 55).

« est composé, indépendamment du président ou du vice-pré-
« sident, d'un nombre égal de prud'hommes patrons et de
« prud'hommes ouvriers. Ce nombre est au moins de deux
« prud'hommes patrons et de deux prud'hommes ouvriers,
« quel que soit celui des membres dont se compose le con-
« seil » (1).

Les conseils de prud'hommes peuvent être dissous par un décret du chef de l'État, sur la proposition du ministre compétent (art. 16).

— Nous verrons que les conseils de prud'hommes rendent de véritables jugements, tantôt en premier et dernier ressort, tantôt en premier ressort seulement. Plusieurs articles de la loi du 1er juin 1853 parlent des *jugements des conseils de prud'hommes;* et le rapporteur de la Commission du Corps législatif disait très bien que le *bureau général* est un véritable tribunal chargé d'appliquer la législation industrielle. En conséquence, on s'est demandé s'il y a lieu de faire application au président ou au membre d'un conseil de prud'hommes de l'art. 3 de la loi du 4 juin 1853 *sur la composition du jury,* portant que les fonctions de juré sont incompatibles avec celles de juge. Dans un arrêt de la Cour de cassation du 17 septembre 1858, il est dit que le président ou le membre d'un conseil de prud'hommes ne peut être considéré comme investi des fonctions habituelles de juge dans le sens de l'art. 3 de la loi du 4 juin 1853, ses fonctions, par leur nature spéciale, ne se rattachant pas à l'ordre judiciaire (2).

— La loi du 1er juin 1853 permet au chef de l'État de dis-

(1) Aux termes de l'art. 4 de la loi du 7 février 1880, « le bureau parti-
« culier des conseils de prud'hommes, institué par l'art. 21 du décret du
« 11 juin 1809, sera présidé alternativement par un patron et un ouvrier,
« suivant un roulement établi par le règlement particulier de chaque
« conseil. »

(2) Dev.-Car., 59, 1, 656. — La question ne peut plus se présenter depuis la promulgation de la nouvelle loi sur le jury (loi du 21 novembre 1872). En effet, l'art. 3 de cette loi dit que les fonctions de juré sont incompatibles, non pas avec celles de *juge,* mais seulement avec celles de *juge titulaire ou suppléant des tribunaux civils et des tribunaux de commerce.*

Mais on peut soutenir que les art. 483 et 484 du Code d'instruction criminelle sont applicables aux prud'hommes. Voy., en ce sens, MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité,* t. I, nº 543.

soudre un conseil de prud'hommes ; il n'a que bien rarement été fait usage de cette faculté. Mais il peut se produire, et il s'est quelquefois produit, dans le sein de certains conseils, des infractions individuelles de nature à entraver le service. Ceepndant la loi, qui permet au Gouvernement de dissoudre le conseil, ne lui donne aucun droit sur chacun de ses membres. Il y avait là une lacune, qu'on a essayé de combler d'abord par le décret du 4 décembre 1854, puis par le décret du 8 septembre 1860. Ces décrets n'ayant atteint qu'imparfaitement le but qu'on se proposait, et, de plus, des doutes ayant été élevés sur leur constitutionnalité, le Gouvernement, en 1864, présenta au Corps législatif un projet de loi organisant d'une manière complète le régime disciplinaire des conseils de prud'hommes. Ce projet, après avoir été profondément modifié par la Commission, est devenu la loi du 4 juin 1864. En voici le texte :

ART. 1er. « Tout membre d'un conseil de prud'hommes « qui, sans motifs légitimes et après mise en demeure, se « refuserait à remplir le service auquel il est appelé, pourra « être déclaré démissionnaire. Le président constate le refus « de service par un procès-verbal contenant l'avis motivé « du conseil, le prud'homme préalablement entendu ou « dûment appelé. Si le conseil n'émet pas son avis dans le « délai d'un mois à dater de la convocation, il est passé « outre. Sur le vu du procès-verbal, la démission est déclarée « par arrêté du préfet. En cas de réclamation, il est statué définitivement par le Ministre de l'agriculture, du commerce « et des travaux publics (1), sauf recours au Conseil d'État « pour cause d'excès de pouvoir. »

ART. 2. « Tout membre d'un conseil de prud'hommes qui « aura manqué gravement à ses devoirs dans l'exercice « de ses fonctions, sera appelé par le président devant le « conseil, pour s'expliquer sur les faits qui lui sont repro- « chés. Si le conseil n'émet pas son avis motivé, dans le « délai d'un mois à dater de la convocation, il est passé

(1) Il y a aujourd'hui un Ministre *de l'agriculture* et un Ministre *des travaux publics*. Les conseils de prud'hommes ressortissent au Ministère *du commerce, de l'industrie et des colonies*.

« outre. Un procès-verbal est dressé par le président. »

ART. 3. « Le procès-verbal est transmis par le préfet, avec « son avis, au Ministre. Les peines suivantes peuvent être « prononcées, suivant les cas : la censure, la suspension « pour un temps qui ne peut excéder un mois, la déchéance. « La censure et la suspension sont prononcées par un arrêté « ministériel; la déchéance est prononcée par décret impé- « rial. »

ART. 4. « Le prud'homme contre lequel la déchéance a été « prononcée ne peut être élu aux mêmes fonctions pendant « six ans à dater du décret impérial. »

Sous l'empire du décret du 8 septembre 1860, le Conseil d'État a reconnu, le 27 février 1862, que la décision du Ministre qui prononce la suspension d'un prud'homme a un caractère purement disciplinaire et, à ce titre, n'est pas susceptible de recours par la voie contentieuse (1). Cela n'a pas cessé d'être vrai aujourd'hui.

Enfin, la loi du 11 décembre 1884 contient les dispositions suivantes :

« Dans le cas où, dans les élections pour les conseils de « prud'hommes, se produirait l'abstention collective, soit des « patrons, soit des ouvriers ;

« Dans le cas où ils porteraient leurs suffrages sur le nom « d'un candidat notoirement inéligible ;

« Dans le cas où les candidats élus par les patrons ou par « les ouvriers refuseraient d'accepter le mandat ;

« Dans celui où les membres élus s'abstiendraient systéma- « tiquement de siéger :

« Il sera procédé, dans la quinzaine, à des élections nou- « velles pour compléter le conseil. Si, après ces nouvelles « élections, les mêmes obstacles empêchent encore la consti- « tution ou le fonctionnement du conseil, les prud'hommes « régulièrement élus, acceptant le mandat et se rendant aux « convocations, constitueront le conseil et procéderont, « pourvu que leur nombre soit au moins égal à la moitié du « nombre total des membres dont le conseil est composé. »

(1) Dev.-Car., 62, 2, 143.

Et alors les deux membres composant le *bureau particulier* peuvent être pris exclusivement, soit parmi les prud'hommes patrons, soit parmi les prud'hommes ouvriers; de même pour les quatre membres du *bureau général;* de même pour le président et le vice-président; et le bureau particulier peut ne pas être présidé alternativement par un patron et par un ouvrier (1).

— Il va sans dire que le ministère des avoués est interdit devant les conseils de prud'hommes comme devant les tribunaux de commerce. D'après le règlement du 20 février 1810 (art. 29) : « Tout marchand fabricant, tout chef d'ate-« lier, tout contremaître, tout teinturier, tout ouvrier, com-« pagnon ou apprenti, appelé devant les prud'hommes, sera « tenu, sur une simple lettre de leur secrétaire, de s'y rendre « en personne, au jour et à l'heure fixés, sans pouvoir se « faire remplacer, hors le cas d'absence ou de maladie : alors « seulement il sera admis à se faire représenter par l'un de « ses parents, *négociant ou marchand exclusivement,* porteur de « sa procuration. » Cette disposition n'a jamais été abrogée.

Il existe depuis très longtemps, dans certaines villes maritimes, des *prud'hommes pêcheurs,* qu'il ne faut pas confondre avec les prud'hommes dont nous venons de parler. L'Ordonnance *de la Marine*, de 1681 (Livre V, Titre VIII, art. 6), s'exprime ainsi : « Dans les lieux où il y a des prud'hommes, « les pêcheurs s'assembleront annuellement pour les élire « par-devant les officiers de l'amirauté, qui recevront le ser-« ment de ceux qui seront nommés, et entendront sans frais « les comptes des deniers de leur communauté. » Dans le commentaire de Valin sur l'Ordonnance de la Marine, on peut voir des détails curieux en ce qui concerne les prud'hommes pêcheurs de Marseille. De nos jours, la Cour de cassation a plusieurs fois reconnu l'existence de la juridiction dont il s'agit. Ainsi, je lis dans un arrêt de la Chambre criminelle, du 19 juin 1847, « que l'institution des prud'hommes pêcheurs

(1) Voy., sur cette loi du 11 décembre 1884, MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, n° 542.

« de Martigues, établie par la loi des 16-20 avril 1791, et « maintenue par l'arrêté des Consuls du 23 messidor an IX, « est régie, d'après ladite loi, par les Statuts de la commu- « nauté des pêcheurs de Marseille, c'est-à-dire par les arrêts « du Conseil du 16 mai 1738, du 9 novembre 1766, du 4 octo- « bre 1778 et du 20 mars 1786; — que lesdits prud'hommes « ne rentrent dans aucune catégorie des fonctionnaires énu- « mérés dans les art. 479 et 483 du Code d'instruction crimi- « nelle; d'où il suit qu'en cas de délit commis par eux, soit « dans l'exercice de leurs fonctions, soit hors de leurs fonc- « tions, il n'y a pas lieu de procéder contre eux d'après les « formes particulières déterminées par ces articles... » (1).

Les décrets du 4 juillet 1853 et du 19 novembre 1859 *sur la police de la pêche côtière* contiennent des dispositions spéciales relativement aux prud'hommes pêcheurs.

(1) Dev.-Car., 47, 1, 667. — Voy. encore un arrêt de la Chambre des requêtes du 13 juillet 1847 (Dev.-Car., 48, 1, 400), et un jugement du tribunal de Montpellier, confirmé en appel le 3 avril 1856 (Dev.-Car., 56, 2, 525).

TITRE II

COMPÉTENCE DES TRIBUNAUX DE COMMERCE (Ch. D.)

Il s'agit uniquement, dans ce Titre, de la compétence *ratione materiæ*. Nous avons à rechercher ici quelles actions doivent être portées devant les tribunaux de commerce, et non pas quel est précisément celui des tribunaux de commerce établis en France qui, d'après les circonstances, a qualité pour connaître de telle ou telle affaire commerciale (1).

Si une affaire purement civile se trouve avoir été portée devant un tribunal de commerce, tout le monde convient que, conformément à l'art. 170 du Code de procédure, l'incompétence peut être alléguée en tout état de cause, soit par le défendeur, soit par le demandeur, et qu'elle peut même être déclarée d'office par le tribunal (2). Ne doit-il pas en être ainsi dans le cas inverse, c'est-à-dire dans le cas où un tribunal civil (bien entendu en dehors de l'hypothèse prévue par l'art. 640) se trouverait saisi d'une contestation de laquelle, aux termes des art. 631 et suivants du Code de commerce, ce sont les tribunaux de commerce qui doivent connaître?

A en croire la jurisprudence et un assez grand nombre d'auteurs, dans ce dernier cas l'incompétence du tribunal civil est purement une incompétence *ratione personæ*, une incompétence relative : elle doit être proposée par le défendeur *in limine litis*, elle ne peut pas être prononcée d'office

(1) L'intérêt pratique de la distinction ressort des art. 169 et 170 de Code de procédure.

(2) L'incompétence peut aussi être proposée pour la première fois en appel; seulement, si la Cour d'appel reconnaît que le tribunal de commerce était incompétent, cela ne l'empêche pas de statuer au fond (Code de procédure, art. 473). — L'incompétence pourrait-elle être proposée pour la première fois devant la Cour de cassation ? La jurisprudence a toujours répondu négativement. Voy. notamment l'arrêt de la Chambre civile du 14 août 1882 (Sir., 83, 1, 145), et l'arrêt de la Chambre des requêtes du 10 février 1885 (Sir., 85, 1, 303). En sens contraire, MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, n° 381.

par le tribunal. C'est là un système que la Cour de cassation, en 1806, lors de la rédaction du Code de procédure, avait proposé d'admettre. Dans ses observations sur la compétence des tribunaux civils, se trouvait un art. 127, ainsi conçu : « Les tribunaux civils jugent les affaires attribuées aux tri- « bunaux de commerce, dans les deux cas suivants : 1° s'il « n'existe pas de tribunal de commerce dans leur ressort; « 2° si le demandeur, qui aurait pu agir devant le tribunal « de commerce du ressort, porte son action devant le tribu- « nal civil, et si le défendeur n'oppose pas l'exception décli- « natoire avant toute autre exception dilatoire ou périemp- « toire. » Cet article n'ayant point passé dans la loi, comment peut être soutenu, en droit, le système qui s'y trouvait formulé? Dans un arrêt de la Cour de cassation, du 10 juillet 1816, qui a servi de modèle à presque tous ceux qui ont suivi, on se borne à dire « que ce n'est pas à raison de la « matière que les tribunaux ordinaires sont incompétents « pour connaître des affaires de commerce; que si ces sortes « d'affaires ont été distraites de leur juridiction, c'est uni- « quement dans l'intérêt des commerçants, dans la vue de « faire juger promptement et à moins de frais les contesta- « tions qui les concernent; qu'il suit de là qu'en matière de « commerce l'incompétence des tribunaux ordinaires est « seulement relative, et que, par conséquent, elle peut être « couverte... » (1).

Cette jurisprudence me paraît complètement arbitraire. De ce que les tribunaux civils ont une compétence générale, de droit commun, tandis que les tribunaux de commerce ont une compétence exceptionnelle, il s'ensuit que, dans le doute, quand il n'est pas certain que telle nature d'affaires ait été attribuée par la loi aux tribunaux de commerce, nous devons dire que c'est aux tribunaux civils qu'il appartient d'en connaître (2); mais il ne s'ensuit pas le moins du monde que les

(1) Voy. encore les arrêts du 20 novembre 1848 (Dev.-Car., 49, 1, 129), du 15 mai 1876 (Dev.-Car., 76, 1, 305) et du 17 juin 1884 (Sir., 86, 1, 407).

(2) C'est ce qu'exprime très bien la Cour de Poitiers dans un arrêt du 7 janvier 1856, sur lequel j'aurai encore plus d'une fois occasion de revenir : « Dans tous les cas, dit la Cour, s'il y a doute sur la nature de « la convention, ce doute doit être interprété en faveur du défendeur,

tribunaux civils soient restés compétents pour connaître des affaires spécialement attribuées par la loi aux tribunaux de commerce. Henrion de Pansey, partant de l'idée qu'anciennement les tribunaux civils n'étaient incompétents que *ratione personæ* pour connaître des affaires commerciales, Henrion de Pansey ajoute : « Il faut convenir qu'en lisant la « loi de 1790, on a peine à se défendre de l'idée qu'il ait été « dans l'intention du législateur moderne d'élever un mur « de séparation entre les tribunaux ordinaires et les tribu- « naux extraordinaires, et de rendre les premiers incompé- « tents *à raison de la matière* pour les affaires attribuées aux « autres. » Effectivement, la loi des 16-24 août 1790 (Titre IV, art. 4) s'exprime ainsi : « Les juges de district connaîtront, « en première instance, de toutes les affaires, personnelles, « réelles et mixtes, en toutes matières, excepté seulement « celles qui ont été déclarées ci-dessus être de la compétence « des juges de paix, les affaires de commerce dans les dis- « tricts où il y aura des tribunaux de commerce établis, et le « contentieux de la police municipale. » Or, comme le fait très justement remarquer un éminent professeur, M. Benech (1), il faut nécessairement induire de ces expressions du législateur qu'il n'a entendu conférer aux juges de district aucune attribution sur les matières réservées aux juridictions exceptionnelles qu'il désigne, ou bien il faut considérer comme non avenue l'*exception* qu'il a si formellement établie.

Mais il est même absolument inexact de présenter le système de la jurisprudence comme ayant été reçu dans notre ancien droit : « Il y a incompétence *ratione materiæ*, dit « Pothier, non seulement lorsque la demande est donnée « devant un juge d'attribution, sur quelque matière qui ne « lui est point attribuée, mais même lorsqu'elle est donnée « devant le juge ordinaire, sur une matière qui, suivant les « Ordonnances et Édits, a été distraite de la juridiction ordi- « naire et attribuée à quelque juge d'attribution, comme si on

« dans le sens de l'attribution à la juridiction civile ordinaire... » (Dev.-Car., 56, 2, 556).

(1) Dissertation insérée dans le *Journal des avoués*, t. LVI, p. 265 et suiv.

« formait une demande devant le juge ordinaire sur une « matière d'eaux et forêts ou sur une matière consulaire » (1).

Reste cette idée, que nous trouvons exprimée dans tous les arrêts : *Si les tribunaux civils sont incompétents en matière commerciale, c'est uniquement dans l'intérêt des commerçants, et, par conséquent, l'incompétence dont il s'agit est susceptible d'être couverte si la partie qui pouvait s'en prévaloir y renonce.* Mais, comme le remarque encore M. Benech, le législateur a considéré ici moins l'intérêt privé des commerçants que l'intérêt général du commerce et de la société : cela est d'autant plus certain que les tribunaux de commerce ne connaissent pas seulement des contestations entre commerçants, mais qu'ils connaissent, entre toutes personnes, des contestations relatives aux actes de commerce. Personne, apparemment, n'oserait soutenir que, dans une cause sommaire (voy. l'art. 404 du Code de procédure), le silence ou le consentement explicite de la partie suffirait pour légitimer le luxe d'une procédure ordinaire; or, les matières commerciales peuvent être très exactement comparées aux matières sommaires.

En somme, je suis pleinement convaincu qu'on ne peut, sans s'écarter du texte et de l'esprit de la loi, considérer l'incompétence des tribunaux civils en matière commerciale comme n'étant qu'une incompétence *ratione personæ*, et je ne désespère pas de voir les Cours et les tribunaux abandonner un jour la jurisprudence dans laquelle ils ont persévéré jusqu'à présent. A côté de M. Benech, on peut encore citer, comme ayant combattu cette jurisprudence, trois autres savants professeurs, Carré, Boncenne et Boitard (2).

(1) *Traité de la procédure civile*, première partie, chap. II, sect. IV, § 2, *De l'incompétence.*

(2) Carré, *Lois de la compétence*, t. VII, quest. 472; Boncenne, *Théorie de la procédure civile*, t. I, p. 322; Boitard, *Leçons de procédure civile*, t. I, n° 354. En sens contraire, voy. MM. Nouguier, *op. cit.*, t. II, p. 89 et suiv.; Bédarride, *op. cit.*, n°s 195 et 196; Glasson, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, année 1881, p. 232 et suiv.; Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, n° 382.

Du reste, suivant ces derniers auteurs, il faudrait reconnaître une exception à la règle générale : tout ce qui concerne les faillites étant d'ordre public, MM. Lyon-Caen et Renault admettent que l'incompétence des tribunaux civils pour statuer en matière de faillite est absolue.

— Recherchons maintenant en détail quelles affaires sont de la compétence des tribunaux de commerce.

L'Édit de novembre 1563 s'exprimait ainsi : « Connaîtront « les juge et consuls des marchands, de tous procès et dif- « férends qui seront ci-après mus entre marchands pour fait « de marchandises seulement, leurs veuves, marchandes « publiques, leurs facteurs, serviteurs et commettants, tous « marchands, soit que lesdits différends procèdent d'obliga- « tions (1), cédules (2), récépissés, lettres de change ou cré- « dit, réponses, assurances, transports de dettes et novations « d'icelles, compte, calcul ou erreur en iceux, compagnies, « sociétés jà faites ou qui se feront ci-après; desquelles « matières et différends nous avons, de nos pleine puissance « et autorité royale, attribué et commis la connaissance, « jugement et décision, auxdits juge et consuls, et aux trois « d'eux, privativement à tous nos juges... »

De même, dans la Déclaration du 28 avril 1565, Charles IX ordonne « que les juge et consuls des marchands, établis « en la ville de Paris, connaissent et jugent en première « instance de tous différends entre marchands habitants de « Paris pour marchandise vendue ou achetée en gros ou en « détail, sans que, pour raison de ce notre Cour de Parle- « ment à Paris ou autrement nos juges en puissent prendre « aucune Cour, connaissance et juridiction... Et quant à la « marchandise vendue ou achetée ou promise livrer et paie- « ment pour icelle destiné à faire en ladite ville par les mar- « chands en gros ou en détail, tant habitants de ladite ville « qu'autres juridictions et ressort de notre royaume, par « cédules, promesses ou obligations, encore qu'elles soient « passées sous le scel de notre Châtelet de Paris, avons iceux « juge et consuls desdits marchands de notredite ville de « Paris déclaré et déclarons juges et compétents, et à eux, « en tant que besoin est, de nouvel attribué et attribuons la « connaissance et juridiction des différends qui naîtront

(1) Actes notariés. — L'art. 2132 du Code civil prend également le mot *obligation* comme synonyme d'*acte notarié*.

(2) Actes sous seing privé. — Comp. l'art. 2274 du Code civil, où la *cédule* est opposée à l'*obligation*.

« entre lesdits marchands pour les cas que dessus. »

Il paraît bien résulter de ces dispositions qu'un non-marchand, pour quelque cause qu'il fût poursuivi, ne pouvait jamais se trouver soumis à la juridiction consulaire. L'Ordonnance de 1673 (Titre XII, art. 2) contient sur ce point une innovation remarquable : « Les juge et consuls, y est-il « dit, connaîtront de tous billets de change faits entre négo- « ciants et marchands, ou dont ils devront la valeur, et, « *entre toutes personnes, pour lettres de change ou remises d'argent* « *faites de place en place* » (1).

D'après la loi des 16-24 août 1790 (Titre XII, art. 3), il devait être « fait un règlement particulier pour déterminer, « d'une manière précise, l'étendue et les limites de la compé- « tence des juges de commerce ». Mais, à ma connaissance, ce règlement particulier n'a point été fait, et c'est seulement dans le Code de commerce que nous trouvons des indications précises en ce qui concerne cette compétence.

Dans le projet rédigé par la Section *de législation* du Conseil d'État sur la compétence des tribunaux de commerce (2), comme dans l'art. 631 du Code, on distingue nettement deux classes de contestations qui doivent être portées devant la juridiction consulaire, savoir : 1° les contestations relatives aux engagements et transactions entre négociants, marchands et banquiers; 2° les contestations qui peuvent s'élever entre toutes personnes relativement à des actes de commerce. — Nous pouvons immédiatement remarquer dans la loi une véritable bizarrerie. D'une part, dans l'art. 631, on oppose aux actes qui, en eux-mêmes, sont actes de commerce, les engagements et transactions entre commerçants; et, d'autre part, aux termes de l'art. 632, la loi répute actes de commerce... toutes obligations entre commerçants. Il y a là, évidemment, une rédaction qui laisse un peu à désirer. Toujours est-il qu'à la simple lecture du texte, on reconnaît immédiatement que la cause qui rend compétent le tribunal

(1) Nous savons déjà que cette dernière disposition se retrouve dans l'art. 632 *in fine* du Code de commerce.

(2) Projet présenté au Conseil d'État par M. Bigot-Préameneu, dans la séance du 8 novembre 1806.

de commerce est tantôt la nature propre de l'acte, indépendamment de la qualité des personnes qui peuvent y avoir concouru, et tantôt, au contraire, la qualité des personnes ou des agents, l'acte en lui-même n'ayant rien d'essentiellement commercial. Dans le premier cas, on dit habituellement que le tribunal a une compétence *réelle*, tandis que dans le deuxième il a une compétence *personnelle*.

A côté de la compétence *réelle* et de la compétence *personnelle*, M. Bravard reconnaît, dans un certain cas, aux tribunaux de commerce ce qu'il appelle une compétence *mixte* (1). Leur compétence ici dépend tout à la fois de la nature propre de l'acte considéré en lui-même et de la qualité de commerçants chez ceux qui sont liés par l'acte en question.

Nous devons étudier successivement les cas de compétence réelle, les cas de compétence personnelle et les cas de compétence mixte. Mais, tout d'abord, nous devons montrer que les auteurs du Code de commerce ne sont arrivés que graduellement à reconnaître la triple cause de compétence qui vient d'être indiquée.

Dans la séance du Conseil d'État du 8 novembre 1806, tout le monde paraît d'accord pour admettre exclusivement la compétence *réelle*. « M. Cretet dit qu'il est un point sur lequel il importe de se fixer avant tout... Il s'agit de savoir si, pour soumettre un particulier à la juridiction des tribunaux de commerce, on s'arrêtera à la matière de la convention ou à la qualité de la personne. Les rédacteurs du projet de Code ont pensé qu'il convenait de se déterminer par la nature des actes et des faits, et c'est ce qui les a portés à ne pas employer les termes de l'Ordonnance de 1673. Leur opinion est juste : on ne doit pas faire une classe particulière de justiciables, mais faire juger commercialement tout ce qui est affaire de commerce, sans examiner si les parties ou l'une d'elles font ou ne font pas habituellement la profession de négociant. » — « M. Bigot-Préameneu dit que la Section *de législation* n'entend point faire résulter la compétence de la qualité des personnes : aucun article de son projet ne peut

(1) Voy., ci-dessus, p. 231.

le faire supposer. » — « M. Regnaud de Saint-Jean d'Angely dit que l'explication donnée par M. Bigot-Préameneu prouve qu'on est d'accord, et que le Conseil, par la rédaction qu'il vient d'adopter, a décidé que la juridiction des tribunaux de commerce doit être réglée sur la nature des actes et non sur la qualité des personnes; qu'au surplus ce principe est celui de l'Ordonnance de 1673, laquelle a toujours été ainsi entendue dans l'usage et par tous les commentateurs. » — Toutefois, M. Defermon et M. Treilhard pensent qu'il faut réserver la question de savoir si la signature d'un billet à ordre doit rendre justiciables des tribunaux de commerce tous ceux qui se la sont permise.

Dans l'*Exposé de motifs,* fait par M. Maret, à la séance du Corps législatif du 4 septembre 1807, nous lisons ce qui suit : « Depuis la publication de l'Ordonnance de 1673, sur-
« tout depuis 1789, le commerce est devenu la profession
« d'un bien plus grand nombre de Français... Tel se livre
« habituellement au négoce; tel autre ne fait qu'accidentelle-
« ment des actes qui, sous certains rapports, sont de véri-
« tables actes de commerce. De là on avait conclu que la
« compétence des tribunaux de commerce se déterminait
« par le fait qui donnait lieu à la contestation; que si ce fait
« était un acte de commerce, celui qui y avait pris part, quelle
« que fût sa qualité, était justiciable d'un tribunal de com-
« merce... Mais, si la loi a dû dire : *Tel acte est réputé fait de*
« *commerce,* n'en est-il pas tels autres qui le sont si évidem-
« ment qu'il n'y a point d'examen à faire pour les qualifier?
« Oui, sans doute; mais c'est en considérant, comme le fait
« la loi, la qualité des personnes qui ont contracté. Et, en
« effet, il est constant que les engagements et transactions
« entre négociants, marchands et banquiers, sont des actes
« positifs de commerce, à moins qu'il ne s'agisse de denrées
« et marchandises achetées pour leur usage particulier... Il
« suit de ces considérations que la compétence des tribunaux
« de commerce a dû être déterminée soit par la nature de
« l'acte sur lequel il y aura contestation, soit par la qualité
« de la personne. »

Enfin, la compétence mixte apparaît nettement dans le

discours prononcé par le tribun Delpierre, à la séance du Corps législatif du 14 septembre 1807. « Le projet, dit « M. Delpierre, admet en même temps, dans le billet à ordre, « le caractère civil et le caractère commercial... Quand le « billet à ordre sera souscrit alternativement d'individus « négociants et d'individus non négociants, tous les signa- « taires indistinctement, en cas de contestations, ressortiront « des tribunaux de commerce, qui prononceront contre les « uns la contrainte par corps et ordonneront sur les autres « l'exécution mobilière. Il fallait donner à la même autorité « le droit de rendre ces deux espèces de jugements sur une « matière indivisible de sa nature; et, comme, dans les « causes mixtes, c'est l'objet le plus grave qui entraîne celui « qui l'est moins, il était juste de déférer aux tribunaux de « commerce la connaissance de ce genre de différends. »

— Laissons de côté, pour le moment, ce qui concerne la compétence mixte. L'art. 631, nous le savons déjà, pose clairement le principe que la compétence du tribunal de commerce peut tenir tantôt à la nature de l'acte qui donne lieu au procès, et tantôt à la qualité des personnes entre lesquelles cet acte est intervenu. Voici le texte même de cet article, tel que nous le trouvons dans le Code de 1808 : « Les « tribunaux de commerce connaîtront : 1° de toutes contesta- « tions relatives aux engagements et transactions entre « négociants; marchands et banquiers; 2° entre toutes per- « sonnes, des contestations relatives aux actes de commerce. »

Cet article, pris au pied de la lettre, donnerait certainement lieu à une erreur. On pourrait croire que, du moment qu'il s'agit de l'obligation contractée par un commerçant envers un autre commerçant, de la transaction (c'est-à-dire de la convention) conclue entre deux ou plusieurs commerçants, le procès qui peut en résulter est toujours de la compétence du tribunal de commerce. Mais c'est là une idée beaucoup trop générale; et, pour s'en convaincre, il suffit de lire le premier alinéa de l'art. 638, lequel est ainsi conçu : « Ne seront point de la compétence des tribunaux de com- « merce... les actions intentées contre un commerçant, pour « paiement de denrées et marchandises achetées pour son

« usage particulier. » La vérité, c'est que personne, pas plus le commerçant que le non-commerçant, ne peut être jugé par le tribunal de commerce à l'occasion d'un acte qui n'est pas commercial. Mais alors, que signifie la distinction formulée dans l'art. 631 ? Elle signifie simplement que tel acte, qui peut être un acte civil aussi bien qu'un acte commercial, sera présumé légalement être un acte commercial par cela seul qu'il émanera d'un commerçant, tandis qu'il faudrait plutôt admettre la présomption inverse s'il émanait d'un non-commerçant. Au fond, la compétence du tribunal de commerce est toujours réelle ; mais ce tribunal est souvent présumé compétent, en raison de la qualité de la personne auteur de l'acte qui donne lieu au procès. Le deuxième alinéa de l'art. 638 contient une application remarquable de cette idée. C'est un point qui a déjà été indiqué par M. Bravard (1) et sur lequel j'aurai encore l'occasion de revenir.

— C'est ici le lieu de remarquer que, d'après la loi du 17 juillet 1856, qui a supprimé l'arbitrage forcé (2), les tribunaux de commerce connaissent aujourd'hui des contestations entre associés, pour raison d'une société de commerce. En conséquence, a été ajoutée aux dispositions du texte primitif de l'art. 631 une disposition nouvelle (qui porte le n° 2). L'art. 631 mentionne donc actuellement trois classes distinctes de contestations qui sont de la compétence des tribunaux de commerce. — De ce que la loi attribue expressément aux tribunaux de commerce la connaissance des contestations qui peuvent naître *entre associés* pour raison d'une société de commerce, il ne faudrait pas conclure *à contrario* que ces tribunaux sont incompétents pour toute autre contestation à laquelle peut donner lieu une société de commerce. Nous verrons, par exemple, qu'abstraction faite de la loi du 17 juillet 1856 et conformément aux principes généraux du Code, les tribunaux de commerce peuvent avoir à connaître des contestations entre la société et ses créanciers.

(1) Voy. ci-dessus, p. 241 et suiv.
(2) Voy. notre t. I^er^, p. 491 et suiv.

— Nous pouvons maintenant étudier en détail les principales actions qui sont de la compétence des tribunaux de commerce.

I. — *Principaux cas de compétence réelle.*

Il est de principe que les tribunaux de commerce connaissent, entre toutes personnes, des contestations relatives aux actes de commerce. Ce principe est clairement formulé dans l'art. 631 du Code; mais déjà, dans notre ancienne jurisprudence, il était admis, au moins par certains auteurs et par certains tribunaux. Jousse, commentant les mots ENTRE MARCHANDS dont se servaient les Ordonnances (1), s'exprime ainsi : « On doit mettre de ce nombre ceux qui s'immiscent « dans le négoce, et qui achètent des marchandises pour les « revendre et y gagner, quand même ils n'auraient été ni « apprentis ni maîtres, et quand même ils exerceraient des « professions différentes de celle du commerce... Les bour- « geois et autres, qui ne sont ni marchands ni artisans, même « les officiers, qui se mêlent d'acheter et de vendre, sont « réputés marchands, quoiqu'ils n'aient ni boutique, ni ma- « gasins, ni registres, et sont, en cette partie, sujets à la « juridiction consulaire, quoiqu'ils ne fassent le commerce « qu'en passant... Un ecclésiastique qui ferait le commerce « serait même sujet à cette juridiction. Ainsi jugé par un « arrêt du 9 août 1607. »

Assurément les termes de l'art. 631 *in fine* sont assez formels pour nous autoriser à croire que, depuis la promulgation du Code, jamais tribunal n'a fait de la qualité de commerçant une condition sans laquelle on ne pourrait être traduit devant la juridiction consulaire. La Cour de Paris est cependant tombée dans cette singulière aberration. Une société commerciale ayant fait faillite, les syndics assignent P..., l'un de ses débiteurs, devant le tribunal de commerce, en paiement de 34,000 francs; le tribunal condamne P... Mais, sur l'appel, la Cour de Paris infirme, attendu qu'il n'a pas été prouvé que P... fût commerçant, et que, en conséquence,

(1) Voy. ci-dessus, p. 327 et 328.

le tribunal de commerce était incompétent. Cet arrêt a été cassé, comme il devait l'être (le 3 juin 1817), « attendu qu'il « suppose qu'il faut nécessairement avoir la qualité de négo- « ciant pour être justiciable des tribunaux de commerce, en « quoi il contrevient à l'art. 631... » (1).

— Les tribunaux de commerce connaissent de toute contestation qui s'élève au sujet d'un acte de commerce. Il importe donc avant tout de bien savoir ce que c'est qu'un acte de commerce. Malheureusement, la rédaction de la loi, sous ce rapport, n'est pas d'une exactitude parfaite (2). En effet, aux termes des art. 632 et 633, *la loi répute actes de commerce* une série d'actes qui, évidemment, ne doivent pas être mis tous sur la même ligne, mais auxquels s'appliquent des règles un peu différentes. Ces actes, à mon sens, doivent être répartis en trois classes :

La première classe comprend ceux qui supposent chez l'agent l'intention de réaliser un profit au moyen d'une spéculation, par conséquent en s'exposant à des risques : tel est l'achat de denrées et marchandises pour les revendre ou même pour en louer simplement l'usage (art. 632, n° 1); ceci n'est qu'un exemple, et je crois qu'il faut considérer comme étant *acte de commerce*, par la force des choses, toute opération qui implique ainsi l'idée d'une spéculation. Appliquées aux actes de cette première classe, les expressions

(1) Dalloz, *Rép. alph.*, v° *Compétence commerciale*, n° 46.

(2) Le Code ne définit nulle part l'*acte de commerce*. Il dit que les tribunaux de commerce connaîtront des contestations relatives à certains actes qu'il énumère. Du reste, ce n'est pas seulement au point de vue de la *compétence* qu'il importe de savoir si tel acte est ou non un acte de commerce. Voy. MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, n°s 90 et suiv.; et notre t. I, p. 49, note.

« Les actes de commerce, dit M. Labbé (Dev.-Car., 68, 2, 329), ne trouvent pas leur définition dans des conditions absolues de droit et de justice; ce sont des actes que, pour des raisons d'utilité pratique, la loi soustrait au droit commun et régit d'une façon spéciale, au point de vue de la juridiction et de la sanction des obligations contractées. » Joignez MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, n° 103.

Lorsque l'un des actes compris dans l'énumération du Code se trouve être immoral ou illicite, cette circonstance lui fait-elle perdre son caractère d'acte de commerce? L'affirmative a été admise par un arrêt de la Chambre des requêtes du 27 juin 1883 (Sir., 85, 1, 241). Nous examinerons la question en parlant des opérations de *courtage* (art. 632, n° 4).

de la loi : *sont réputés actes de commerce,* manquent un peu d'exactitude.

La seconde classe se compose de certains actes que la loi répute commerciaux sans qu'il y ait à rechercher dans chaque espèce quelle a été l'intention des parties : nous avons ici une présomption de la loi, présomption qui n'admet pas la preuve contraire : tel est le cas d'une opération de change, banque ou courtage (art. 632, n° 4). Conformément à la règle générale posée en tête de l'art. 1350 du Code civil, un acte ne peut jamais être considéré comme rentrant dans cette seconde classe qu'en vertu d'une disposition spéciale de la loi.

Enfin, dans la troisième classe, je fais rentrer les actes que la loi présume actes de commerce, mais en admettant la preuve contraire : c'est le cas des obligations contractées entre négociants, marchands et banquiers (art. 632, n° 6, et art. 638 *in fine*). Nous y reviendrons en parlant de la compétence *personnelle* des tribunaux de commerce.

Telle est, du moins à mon sens, la classification la plus logique des actes de commerce (1).

— Avant de passer à l'explication détaillée des cas prévus

(1) Au fond, mes idées, sur ce point, ne diffèrent pas sensiblement de celles de M. Bravard : voy. notre t. Ier, p. 49 et 54; comp. ci-dessus, p. 231 et suiv.

« On peut distinguer, disent aussi MM. Lyon-Caen et Renault (*Traité*, t. I, n° 100), deux catégories d'actes de commerce : les uns sont *commerciaux par eux-mêmes* et indépendamment du caractère de la personne qui les a faits; les autres sont *réputés commerciaux,* à raison de la qualité de leur auteur. »

Mais les notions que je trouve dans les auteurs me paraissent, en général, vagues, incomplètes ou arbitraires. A cet égard, je citerai notamment ce que disent MM. Delamarre et Lepoitvin (*Traité de droit commercial,* t. I, p. 77 et suiv.) :

« De l'analyse des art. 631 et suiv., il résulte quatre catégories d'actes:

« 1° Les uns ont le caractère commercial *re ipsâ,* à raison de la nature « même des choses qui en sont l'objet. Dans cette première catégorie se « rangent les lettres de change et tous actes quelconques concernant le « commerce maritime.

« 2° D'autres empruntent leur caractère de la qualité des personnes qui « les ont faits ou fait faire. Les actes de cette deuxième catégorie ne sont « pas commerciaux d'une manière absolue, ils ne le sont que par rela- « tion. La loi suppose que tout engagement d'un commerçant se rapporte « à son commerce et entre dans le cercle de ses opérations habituelles,

aux art. 632 et suiv., je dois encore faire ici une observation générale, laquelle, du reste, paraît admise, en principe, par tous les auteurs. Lorsque deux personnes contractent ensemble, il peut très bien se faire qu'une seule de ces personnes ait l'intention de spéculer : en conséquence, le contrat unique qui intervient se trouve être un acte de commerce pour l'une des parties et un acte purement civil pour l'autre. Sur le principe, je le répète, tout le monde paraît être d'accord (1); quant aux applications dont il peut être

« si le contraire n'est pas prouvé par la nature de la chose ou l'évidence « du fait...

« 3° D'autres actes ne se caractérisent que par l'intention de celui qui « les exerce ou les a commandés. Cette troisième catégorie, à la différence des deux autres, n'est pas explicitement comprise dans le Code; « mais elle y est virtuellement impliquée, et résulte principalement de « l'art. 631 *in fine*, combiné avec le § 1er de l'art. 638. En effet, acheter « des marchandises n'est point en soi un acte de commerce; il faut, de « plus, qu'on les achète pour les revendre ou pour en louer l'usage... Il « est donc des actes qui ne deviennent commerciaux que par l'intention « de celui qui les fait, et la troisième catégorie se trouve par là complètement justifiée...

« 4° Une quatrième catégorie est celle de certains actes que la loi n'a « *commercialisés* que parce qu'ils sont des moyens de commerce. Le courtier et l'agent de change ne sont pas commerçants : car quel commerçant est celui auquel il est défendu, sous les peines les plus sévères, de « faire, en aucun cas et sous aucun prétexte, des opérations de commerce ou de banque pour son compte? Mais la médiation du courtier « et de l'agent de change est un instrument de commerce, et voilà pourquoi elle est *commercialisée*. Le commissionnaire et le préposé ou facteur ne sont pas, il est vrai, des intermédiaires; mais, agents auxiliaires, ils n'en sont pas moins indispensables à la prospérité et à « l'extension du commerce, et par ce motif la commission et la préposition sont qualifiées actes de commerce... »

MM. Lyon-Caen et Renault se réfèrent, au moins pour partie, à cette classification lorsqu'ils disent (*Traité*, t. I, n° 105) :

« Il y a des actes qui sont commerciaux *à raison de l'intention de celui « qui les accomplit*. Tels sont les achats auxquels la loi ne reconnaît le « caractère commercial qu'autant qu'ils sont faits pour revendre.

« Il y a des actes qui sont commerciaux *sans qu'il y ait à s'inquiéter « de l'intention des parties*, telles que les opérations de banque et de « courtage, les lettres de change.

« Enfin, il y a des actes que la loi qualifie d'*entreprises*. Il faut, pour « que ces actes aient le caractère commercial, qu'une personne se consacre à des opérations répétées de la même nature. »

(1) Voy. ce que dit M. Bravard, t. I, p. 53. Comp. MM. Dalloz, *Rép. alph.*, v° *Acte de commerce*, n° 19; Nouguier, *op. cit.*, t. I, p. 350; Molinier, *Traité de droit commercial*, t. I, n° 29; Orillard, *De la compétence et de la*

susceptible, quant au point de savoir quel sera le tribunal compétent, nous nous en occuperons plus tard.

Recherchons maintenant les principaux actes qui constituent des actes de commerce ou qui du moins doivent être considérés comme tels. Nous les étudierons, autant que possible, dans l'ordre même du Code.

I. *Achat de denrées et marchandises pour les revendre, soit en nature, soit après les avoir travaillées et mises en œuvre, ou même pour en louer simplement l'usage.* — Cette matière a été traitée avec beaucoup de soin par M. Bravard (1), et je n'aurai guère ici à faire autre chose qu'à développer ses idées.

L'expression dont se sert la loi me paraît être purement énonciative. La règle doit être formulée en termes plus larges, de la manière suivante : *Toute acquisition, à titre onéreux, de denrées ou de marchandises, faite dans un but de spéculation.*

Je dis *toute acquisition à titre onéreux,* et non pas *tout achat.* En effet, peu importe que les denrées ou marchandises soient acquises *à titre d'échange* ou *à titre d'achat proprement dit.* L'achat est une espèce d'échange, ou, suivant l'expression de M. Bravard, c'est un échange perfectionné. Il est tel pays qui donne des productions d'une grande valeur, productions qu'on ne peut se procurer sur les lieux qu'au moyen d'échanges, parce que, comme le suppose expressément l'art. 340 du Code de commerce, *le commerce dans ce pays ne se fait que par troc.* Ne serait-il pas absurde que ceux qui vont chercher ces productions pour les vendre ensuite en France fussent considérés comme n'ayant pas fait acte de commerce, par cela seul qu'ils ont fourni, non pas de l'argent, mais d'autres valeurs? Du reste, je ne sache pas qu'il y ait discussion sur ce point (2). Il faut donc admettre, avec M. Molinier, que, si le propriétaire qui vend les denrées

procédure des tribunaux de commerce, n° 245; Alauzet, *op. cit.*, t. VIII, n° 2949; Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, n°s 101 et 130.

(1) Ci-dessus, p. 232 et suiv. Voy. aussi notre t. I, p. 50 et suiv.

(2) Voy. MM. Dalloz, *loc. cit.*, n° 27; Nouguier, *op. cit.*, t. I, p. 353; Molinier, *op. cit.*, n° 12; Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, n° 106 *bis*. Comp. M. Massé, *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*, t. IV, n° 2660.

provenant de son cru ne fait pas en cela un acte de commerce (art. 638, 1er alinéa), au contraire le propriétaire qui en échange de ces denrées reçoit d'autres denrées ou des marchandises sur lesquelles il entend spéculer, fait très bien acte de commerce et se soumet, par conséquent, à la juridiction commerciale.

La loi suppose qu'on spécule sur des *denrées* ou *marchandises*. Le mot *denrées* désigne des produits destinés à la consommation de l'homme ou des animaux; il n'est guère possible de l'appliquer aux immeubles. Mais le mot *marchandises* a sans aucun doute un sens plus large. Toutes choses que certaines personnes font métier de vendre peuvent être appelées *marchandises*. Ne faut-il pas en conclure que celui qui achète un immeuble pour le revendre en détail et pour bénéficier sur cette revente fait un acte de commerce? Jusqu'à présent ni la majorité des auteurs ni la jurisprudence n'ont voulu l'admettre. Je conviens qu'il est tout au moins très douteux que le législateur ait entendu comprendre même les immeubles sous la dénomination de *marchandises*, attendu que, dans le langage ordinaire, cette dénomination s'applique exclusivement à des valeurs mobilières et même pas à toutes (1); je conviens aussi que le texte met sur la même ligne l'achat de marchandises *pour les revendre* et l'achat de marchandises *pour en louer simplement l'usage*, et qu'alors, si on considérait comme acte de commerce l'achat d'un immeuble pour le revendre, on serait conduit à considérer aussi comme acte de commerce l'achat d'un immeuble pour le donner à bail, ce qui cependant n'est guère admissible (2). Je conviens de tout cela. Mais en même temps je tiens pour incontestable qu'il est arrivé plus d'une fois à la jurisprudence de passer par-dessus des textes au moins aussi clairs que celui de notre art. 632; et j'ajoute que, si, en définitive,

(1) « Le mot *marchandises*, dit Littré, comprend tout ce qui est meuble et objet de commerce. »

(2) « Si l'immeuble est une marchandise, l'achat d'une maison ou d'un domaine pour spéculer sur la location est commercial, et les propriétaires louant les maisons ou les fonds de terre achetés par eux sont des commerçants; or, cela, tout le monde le reconnaît, est inadmissible » (MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, nº 109).

la jurisprudence n'ose pas le faire, il serait utile et conforme aux véritables principes que le législateur vînt proclamer la possibilité pour les immeubles d'être considérés comme objets de spéculations proprement dites et par conséquent d'actes de commerce.

Faisons pour un instant abstraction des textes et recherchons *à priori*, d'après les seules indications de la raison, ce qui constitue essentiellement l'achat *civil* et l'achat *commercial*. Quant à moi, je ne puis trouver d'autre *criterium* que celui-ci : L'acheteur a-t-il l'intention de consommer la chose, ou bien encore de la garder pour s'en servir ou pour en tirer des produits, suivant sa nature? Alors l'achat est purement *civil*. Au contraire, l'acheteur a-t-il l'intention, non pas de profiter de la chose elle-même et de ses qualités propres, mais de spéculer sur l'envie ou sur le besoin que des tiers pourront avoir d'en profiter? Considère-t-il, lors de l'achat, non pas un avantage qu'il retirerait de la chose elle-même d'après sa nature, mais uniquement un avantage à retirer de tel ou tels contrats qu'il pourra faire à l'occasion de cette chose devenue sienne? Alors l'achat est *commercial*, car l'acheteur n'a vu dans la chose qu'un objet de trafic et de spéculation, qu'une marchandise. S'il en est ainsi, il faut nécessairement arriver à reconnaître que l'achat d'un immeuble, comme l'achat de choses mobilières, peut constituer, suivant les cas, soit un acte purement civil, soit un acte de commerce. Donc, que j'achète une maison, nous ne distinguerons pas si j'ai l'intention de l'habiter tout entière avec ma famille, ou bien de la louer, en totalité ou en partie, à une seule personne ou à plusieurs : dans tous les cas, j'aurai fait un acte purement civil, attendu que, louer ma maison, c'est une manière ordinaire et naturelle d'en jouir, ce n'est point spéculer. Lors, au contraire, que j'achète un domaine dans l'intention de le morceler, de le revendre en détail, et d'allécher ainsi les personnes de fortune médiocre désireuses d'acquérir de la terre, il est manifeste que je fais une pure spéculation : ce n'est pas le désir de devenir propriétaire foncier qui me guide, c'est uniquement l'idée d'acheter 100 ce que je pourrai revendre

200, c'est uniquement l'espoir de gagner une certaine somme au moyen de conventions habilement conclues. La commercialité de l'opération saute aux yeux (1).

Quels sont donc les motifs si puissants qui ne permettent pas de s'en tenir à ces données simples et rationnelles? A cet égard, voici d'abord ce que je trouve dans l'ouvrage de M. Massé : « Économiquement parlant, le commerce n'est « pas autre chose que le transport des marchandises d'un « lieu à un autre; en d'autres termes, le commerce met à « notre portée les objets de nos besoins, qui n'y seraient pas « sans cela : ce qui, bien évidemment, ne s'entend que des « objets mobiliers » (2). Si, comme le dit d'abord M. Massé, il ne pouvait y avoir commerce que là où il y a transport matériel de certaines choses d'un lieu à un autre, il s'ensuivrait nécessairement que le commerce ne peut s'appliquer qu'aux meubles, qu'un immeuble ne peut jamais être l'objet d'un acte de commerce. Mais M. Massé reconnaît lui-même que c'est là une idée arbitraire, que le transport matériel

(1) Je lis effectivement dans un jugement du tribunal de commerce de Poitiers, du 2 juillet 1849, « que par la dénomination de *marchandises* il « faut entendre sans exception tout ce qui a été acheté, non pour un « besoin personnel, mais en vue d'une spéculation quelconque; que, si « dès les premiers temps de la promulgation du Code de commerce les « jurisconsultes les plus renommés ont été unanimes pour refuser le « caractère commercial à la vente des biens en détail, il faut bien remarquer qu'à cette époque la vente des biens en détail par spéculation était « chose presque inconnue ou tout au moins peu pratiquée; que, si la « dénomination de *marchandises* se donne maintenant même à des choses « purement intellectuelles, telles que le droit de propriété des auteurs « de productions littéraires, artistiques ou scientifiques, de procédés particuliers ou de découvertes des arts et de l'industrie, il est bien rationnel de penser que ce serait aller contre le vœu de la loi et les nécessités « de l'époque que de ne pas déclarer acte commercial l'acquisition d'un « immeuble faite avec l'intention de le revendre en détail et dans le but « vrai de se procurer des bénéfices... » (Dev.-Car., 50, 1, 593). A la vérité, ce jugement a été infirmé. — D'autre part, un notaire Bouar ayant été poursuivi devant le tribunal de commerce de la Seine, à l'occasion d'immeubles qu'il avait achetés pour les revendre, le tribunal se déclara incompétent; mais, sur l'appel, la Cour infirma le jugement, par un arrêt du 12 juillet 1842, rendu sur les conclusions conformes de M. Nouguier, avocat général (journal *le Droit* du 14 juillet). D'autres décisions dans le même sens, toutes de la Cour de Paris, sont rapportées par M. Dalloz, *Rép. alph.*, v° *Acte de commerce*, n° 41.

(2) *Op. cit.*, t. II, n° 1382.

des choses n'est point de l'essence du commerce, puisqu'il s'empresse d'ajouter : *Le commerce met à notre portée les objets de nos besoins, qui n'y seraient pas sans cela.* Attachons-nous à cette idée : celui qui achète un immeuble pour le revendre en détail, le *marchand de biens*, comme on l'appelle avec raison, fait certainement acte de commerce, puisqu'il met de la terre à portée de ceux qui, vu l'exiguïté de leur fortune, ne peuvent en acheter qu'une petite étendue. M. Massé s'est donc véritablement contredit lui-même.

Un deuxième motif a été mis en avant. « Dans l'esprit de « l'art. 632 du Code de commerce, dit M. le conseiller Mesnard, « pour qu'une chose soit réputée marchandise, il ne suffit « pas qu'elle soit susceptible d'achat et de vente ; il faut, de « plus, que la transmission de main en main soit prompte et « facile, et que, par sa nature, elle se prête, à l'aide d'un prix « courant habituellement déterminé, au trafic et aux rapides « mouvements de la spéculation... De toutes ces conditions, « facilité de transmission, valeur vénale habituellement déter« minée par un prix courant, simplicité des transactions, rapi« dité des échanges et de la consommation, il n'en est aucune « qui puisse convenir aux immeubles et aux biens-fonds. La « transmission ne s'en opère qu'avec des formes lentes et « compliquées ; la valeur vénale, incertaine et variable, en « est souvent déterminée plutôt par la convenance de la « situation que par le produit réel. Ils ne changent de main « qu'en traînant à leur suite, pour la plupart du temps, un « cortège d'hypothèques et de charges réelles qui entravent « leur marche et ne les laissent arriver aux mains d'un « nouvel acquéreur qu'après un long et difficile travail de « dégagement et d'affranchissement. Comment des choses « d'un déplacement si lent et si difficile se pourraient-elles « prêter aux allures tout à la fois si simples et si rapides de « la spéculation commerciale ? Comment serait-il possible de « faire intervenir les procédés expéditifs de la juridiction « commerciale dans les contestations auxquelles donnent « naissance les contrats, souvent hérissés de difficultés, qui, « sous des formes si variées et si savantes, assurent la régu« lière transmission des immeubles ? » Ces idées ont été con-

sacrées par la Cour de cassation, dans son arrêt du 4 juin 1850 (1). Elles se réduisent à ceci : *L'aliénation ou l'acquisition d'un immeuble suppose trop de formalités, s'opère avec trop de lenteur, pour pouvoir constituer un acte de commerce.* Elles auraient certainement une grande valeur si nous devions admettre qu'il est de l'essence de tout acte de commerce de s'effectuer simplement et rapidement. Mais devons-nous réellement l'admettre? Je n'en crois rien. La Cour de cassation me paraît avoir pris ici un caractère accidentel pour le caractère essentiel des actes de commerce. Certes, il y a des actes civils qui se concluent et se consomment aussi simplement, aussi rapidement que possible ; et, réciproquement, il y a des actes de commerce, tels que le contrat d'assurance maritime et certaines sociétés commerciales, qui supposent des formalités assez compliquées et qui peuvent donner lieu aux difficultés les plus sérieuses, aux questions les plus subtiles. D'ailleurs, l'aliénation même ou l'hypothèque d'un immeuble peut, très certainement, être soumise, dans certains cas, à l'appréciation des tribunaux de commerce (2).

En somme, je ne vois aucune bonne raison pour proclamer l'impossibilité absolue que l'achat d'un immeuble constitue un acte de commerce (3).

(1) J'ai rapporté le texte même des *considérants* de l'arrêt, t. I, p. 50, en note.

(2) Par exemple, dans le cas des art. 6 et 7, 446 et 447 du Code de commerce. Comp. ce que dit M. Bravard, ci-dessus, p. 240 et 241.

(3) Comme je l'ai déjà indiqué, la jurisprudence est contraire. Joignez l'arrêt de cassation du 18 avril 1882 (Sir., 82, 1, 407). On peut invoquer, en faveur de cette jurisprudence, la circonstance que l'art. 1er de la loi du 11 avril 1838 fixe la compétence en dernier ressort des tribunaux civils, soit pour les actions personnelles et mobilières, soit pour les actions immobilières, tandis que, relativement aux tribunaux de commerce, la loi du 3 mars 1840 ne parle pas des actions immobilières. On peut invoquer aussi l'art. 487 du Code de commerce. Voy. MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, n° 109. — La jurisprudence est critiquée par MM. Émile Ollivier (*Revue pratique*, t. I, p. 241 et suiv.), Garsonnet (*Revue critique*, t. XXXV, p. 325 et suiv.), Ruben de Couder (*Dictionnaire*, v° *Acte de commerce*, n° 91).

Se plaçant au point de vue de la loi à faire, MM. Lyon-Caen et Renault disent très bien : « Nous ne saurions comprendre pourquoi on refuse-« rait les avantages de la législation commerciale à des opérations qui « se présentent sous la même forme et ont au moins la même impor-« tance que les autres, pourquoi spécialement les créanciers de celui qui

Du reste, il est généralement admis que celui qui achète du propriétaire le droit de démolir la maison pour vendre les matériaux, ou le droit de faire une coupe de taillis ou de futaie pour vendre ensuite le bois qui en proviendra, que celui-là fait un acte de commerce : en réalité, il achète des objets mobiliers, et il les achète pour les revendre (1).

Dans le langage vulgaire, l'argent monnayé et les *meubles incorporels* ne sont certainement pas compris sous la dénomination de *marchandises*. De plus, les termes employés par le législateur (*achat de denrées et marchandises pour les revendre, soit en nature, soit après les avoir* TRAVAILLÉES *et* MISES EN OEUVRE, *ou même pour en louer simplement l'usage*) semblent bien indiquer que sa pensée ne s'est pas portée sur les choses dont il s'agit. On admet cependant, et l'on a parfaitement raison, que celui qui se procure certaines pièces de monnaie, ou des droits de créance, même purement civils, dans l'intention de spéculer

« fait sa profession de spéculer sur l'achat et la revente des immeubles « ne pourraient pas être protégés par une déclaration de faillite. »

(1) Voy. MM. Nouguier, *op. cit.*, t. I, p. 361; Dalloz, *op. et v° cit.*, n° 42; Molinier, *op. cit.*, n^os^ 14 et 15; Bédarride, *op. cit.*, n^os^ 210, 211 et 221; Lyon-Caen et Renault, n° 111. M. Bédarride cite un arrêt de la Cour d'Aix qui décide que le fait d'affermer un bois de chênes-liège pour un certain temps et pour une quantité d'extractions déterminée, dans le but de revendre les écorces, constitue un acte de commerce.

Aux termes de l'art. 1^er^ de la loi du 5 juin 1851, « les ventes publiques « volontaires, soit à terme, soit au comptant, de fruits et de récoltes pen- « dants par racines, et des coupes de bois taillis, seront faites en con- « currence, et au choix des parties, par les notaires, commissaires-pri- « seurs, huissiers et greffiers de justice de paix, même dans le lieu « de la résidence des commissaires-priseurs. » Quant aux ventes publiques des coupes de bois de haute futaie ou des matériaux provenant d'une maison à démolir, elles sont exclusivement dans les attributions des notaires. Mais, dans ce dernier cas comme dans le précédent, il s'agit toujours de l'achat d'objets mobiliers (voy. M. Demolombe, *Traité de la distinction des biens*, n^os^ 156 et suiv.) : en conséquence, il n'y a jamais lieu, de la part de l'acheteur, à la transcription ni aux formalités de la purge.

Non seulement celui qui achète une coupe à faire ou une maison à démolir, achète des objets mobiliers; mais je suis même disposé à croire qu'en vertu du contrat il n'acquiert immédiatement qu'un simple droit de créance, et non un droit réel. Voy. M. Mourlon, *Traité de la transcription*, t. I, n° 9. — Comp. M. Valette, *Traité des privilèges et des hypothèques*, n° 129, p. 212 et suiv.; M. Demolombe, t. IX, n° 518.

sur ces objets, de les revendre avec bénéfice, que celui-là fait un acte de commerce (1).

Que décider en ce qui concerne l'achat d'un fonds de commerce? D'abord, s'il est établi, en fait, que l'acheteur se propose, non pas d'exploiter lui-même le fonds, mais de le revendre avec bénéfice, il paraît incontestable qu'il fait un acte de commerce. Quant à l'hypothèse où l'acheteur se propose de garder le fonds pour l'exploiter, la jurisprudence nous fournit de nombreux monuments qui se contredisent les uns les autres. Je crois qu'ici encore il faut dire qu'il y a, de la part de cet acheteur, un acte de commerce : en effet, il achète un certain objet, une sorte de meuble incorporel, il l'achète uniquement pour faire le commerce, pour spéculer. La plupart du temps, en achetant le fonds, il achète les marchandises qui se trouvent en magasin; or, en nous attachant à ces marchandises, nous sommes littéralement dans le cas prévu par notre art. 632, n° 1. L'achat du fonds de commerce comprend aussi habituellement l'achat de l'achalandage et

(1) Voy. MM. Dalloz, *op. et v° cit.*, n^os^ 44 et suiv.; Molinier, *op. cit.*, n° 20; Massé, *op. cit.*, t. II, n^os^ 1386 et suiv.; Bédarride, *op. cit.*, n^os^ 215-220; Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, n^os^ 107 *in fine* et 108. — Se procurer certaines pièces de monnaie pour en tirer un bénéfice en les remettant à des personnes relativement auxquelles elles ont une valeur particulière, cela rentre dans les *opérations de change* que prévoit le n° 4 de notre art. 632. — Quant aux meubles incorporels, M. le conseiller Mesnard, dans son *rapport* déjà cité, s'exprime ainsi :

« Il a été fait assez de science et d'érudition autour du mot *marchan-*
« *dises*. Contentons-nous, pour en déterminer la portée, des vulgaires
« ressources du sens commun. Dans l'esprit de l'art. 632 du Code de
« commerce, pour qu'une chose soit réputée marchandise, il ne suffit pas
« qu'elle soit susceptible d'achat et de vente; il faut, de plus, que la
« transmission de main en main soit prompte et facile, et que, par sa
« nature, elle se prête, à l'aide d'un prix courant habituellement déter-
« miné, au trafic et aux rapides mouvements de la spéculation. Il est
« visible que, dans cette acception toute simple, toute naturelle, où rien
« n'est forcé, où tout cependant paraît compris, les choses mobilières
« seules se présentent comme satisfaisant aux conditions que sous-entend
« le mot *marchandises*. Que les choses mobilières incorporelles viennent
« se ranger, comme vous l'avez décidé, sous cette définition, il n'y a pas
« à s'en étonner... Mais, alors que des meubles corporels ou incorporels
« on arrive aux immeubles, évidemment on passe sans intermédiaire,
« sans raison, d'une nature de choses à une autre » (Dev.-Car., 50, 1, 593). J'avoue que je ne puis parvenir à trouver une raison sérieuse pour distinguer ainsi entre les meubles incorporels et les immeubles.

l'achat du droit au bail ; et, sans doute, considérés en eux-mêmes, ces deux achats, surtout le dernier, sont des actes purement civils. Je le reconnais, en principe ; mais je dis que, dans l'espèce, ces achats, n'étant que des accessoires de l'achat du fonds, étant des actes sans lesquels l'acheteur ne pourrait pas faire le commerce qu'il a en vue, il est naturel d'admettre qu'ils prennent le caractère de l'opération à laquelle ils accèdent, et qu'ainsi l'opération tout entière constitue, de la part de l'acheteur, un acte de commerce (1).

Lorsqu'un homme, fût-il même aujourd'hui non-commerçant, achète l'ouvrage d'un auteur, sans distinguer si cet acheteur se charge ou non de l'impression, si l'impression est déjà faite ou à faire, du moment qu'il se propose de mettre l'ouvrage en vente, de vendre les exemplaires, il faut dire qu'il fait acte de commerce : il achète pour revendre, et l'ouvrage à son point de vue, aussi bien que chaque exemplaire, n'est qu'une marchandise (2). — J'en dis autant de celui qui achète un brevet d'invention pour l'exploiter ; et cette doctrine n'est point contraire à l'arrêt de la Cour de Paris, du 16 novembre 1852, lequel se borne à constater qu'au moment du contrat la chose vendue n'était pas encore marchandise, et que la destination industrielle, qui pouvait lui être donnée plus tard par le fait de l'acheteur, ne change pas la nature de l'acte *au regard du vendeur*, qui n'a fait qu'une vente civile (3). Il y avait donc ici, dans l'espèce jugée par la Cour de Paris, quelque chose d'analogue à ce qui arrive quand un propriétaire vend à un marchand les

(1) Voy., en ce sens, MM. Dalloz, *op. et v° cit.*, n°s 58 et suiv. ; Molinier, *op. cit.*, n° 21 ; Massé, *op. cit.*, t. II, n° 1390 *in fine ;* Alauzet, *op. cit.*, t. VIII, n° 2968 ; Bédarride, *op. cit.*, n° 214 ; Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, n°s 175 et 176.

La Chambre des requêtes a jugé, le 17 janvier 1882, « que la *dation en paiement* d'un fonds de commerce, faite par un mari à sa femme et ayant pour cause la restitution de sa dot, n'est pas un acte commercial ; que c'est en se fondant sur ce principe et conformément à l'art. 1341 du Code civil que l'arrêt attaqué déclare P... non recevable à prouver par témoins ou par présomptions contre et outre le contenu en l'acte du 20 février 1877 » (Sir., 83, 1, 128).

(2) Voy. M. Massé, *op cit.*, t. II, n° 1392.

(3) Dev.-Car., 52, 2, 677.

produits de son fonds : le vendeur fait un acte purement civil (art. 638, 1er alinéa), l'acheteur fait un acte de commerce (1).

Le restaurateur, qui achète des denrées alimentaires pour les revendre, soit en nature, soit après les avoir préparées, fait certainement acte de commerce. On a jugé plusieurs fois qu'il en est autrement de l'instituteur ou du maître de pension qui achète les provisions qu'il doit fournir à ses élèves. En effet, la personne dont il s'agit contracte principalement l'obligation de donner une certaine instruction aux jeunes gens qu'on lui confie, et elle fait ainsi un acte purement civil : les contrats qu'elle doit faire en vue de pourvoir à l'entretien de ses élèves sont essentiellement accessoires. On ne peut admettre que la pensée de l'instituteur soit de gagner de l'argent en spéculant sur la consommation qui se fait dans sa maison. On peut dire aussi que l'instituteur ne doit pas être et n'est pas un *entrepreneur de fournitures* (2). — Par application d'une idée analogue, il a été plusieurs fois décidé que le médecin ou officier de santé, en achetant des drogues pour préparer les médicaments que la loi du 21 germinal an XI (art. 27) l'autorise à fournir aux malades près desquels il est appelé, dans les localités où il n'existe point de pharmacie, ne fait pas acte de commerce (3).

Mais il en est autrement du pharmacien qui achète des drogues pour les revendre en sa qualité de pharmacien.

Toutes les fois que la marchandise achetée doit être

(1) Comme le dit M. Lyon-Caen, « les ventes de brevets sont des ventes commerciales dans tous les cas où les ventes de meubles ont ce caractère d'après les art. 631 et suiv. Ainsi le commerçant qui achète un brevet pour les besoins de son commerce fait un acte de commerce, en vertu de la *théorie de l'accessoire*. Si l'inventeur qui vend son brevet fait une vente civile, celui qui a acheté un brevet pour le revendre fait acte de commerce, et en l'achetant, et en opérant la revente par laquelle il consomme sa spéculation. Il résulte de là que la vente d'un brevet est, suivant les cas, soit un acte civil ou un acte de commerce pour les deux parties, soit un acte *mixte*, c'est-à-dire civil pour l'une et commercial pour l'autre. » *Note critique sur un arrêt de la Cour d'Alger du 18 novembre 1885* (Sir., 86, 2, 113).

(2) Voy. MM. Dalloz, *op. et v° cit.*, nos 96 et suiv.; Bédarride, *op. cit.*, no 231; Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, no 116.

(3) Voy. notamment l'arrêt de la Cour de Rennes, du 20 janvier 1859 (Dev.-Car., 59, 2, 256).

revendue avec une chose principale, de manière qu'on ne puisse pas considérer cette marchandise comme objet direct de la revente, l'achat qui en est fait ne constitue un acte de commerce qu'autant que la vente qui doit avoir lieu serait elle-même commerciale. C'est là une observation qui peut s'appliquer à un grand nombre de cas, à des cas bien dissemblables en apparence. Ainsi l'artiste qui vend le tableau ou la statue, produit de son pinceau ou de son ciseau, ne fait certainement pas un acte de commerce, personne ne dira qu'il vend des couleurs ou du marbre : nous en conclurons qu'en achetant les couleurs ou le bloc de marbre il n'a pas fait non plus acte de commerce (1). Même décision quant à l'écrivain qui, voulant publier lui-même son ouvrage, achète le papier sur lequel il doit être imprimé (2). Ainsi encore le propriétaire de vignobles, vendant le vin qu'il retire de son fonds, ne fait pas un acte de commerce : donc, en achetant les tonneaux dans lesquels il renferme son vin avant de le vendre et qu'il vendra avec lui, il n'a pas fait non plus un acte de commerce : il n'achète les tonneaux que pour mieux vendre son vin, il ne songe guère à spéculer sur les tonneaux (3).

(1) Au contraire, l'artisan (serrurier, charron), qui achète des matières premières (du fer, du bois) pour les revendre après les avoir façonnées, fait en cela un acte de commerce. Voy. l'arrêt de la Cour de Colmar, du 28 mai, et l'arrêt de la Cour d'Orléans, du 25 juin 1850 (Dev.-Car., 51, 2, 13 et 487). Voy. aussi l'arrêt de la Cour de Bourges, du 20 juin 1856 (Dev.-Car., 56, 2, 682). — *Quid* de la couturière qui achète des étoffes pour les fournir à sa clientèle après les avoir mises en œuvre dans les travaux de son état? Voy. l'arrêt de la Chambre des requêtes du 24 juillet 1883 (Sir., 85, 1, 72). — Joignez, MM. Lyon-Caen et Renault, n° 118.

(2) « S'il est de jurisprudence que l'auteur d'un ouvrage littéraire ou scientifique ne fait pas acte de commerce en publiant ses œuvres, soit par lui-même, soit par l'office d'un éditeur, alors même qu'il emploierait le concours d'écrivains dans la composition de ses ouvrages, il faudrait, pour que la situation des défendeurs pût être considérée comme analogue à celle qui vient d'être définie, que la Société possédât dans son sein les auteurs et rédacteurs mêmes de ses publications. » Jugement du tribunal de commerce de la Seine, confirmé en appel, avec adoption de motifs, le 2 juillet 1880 (Sir., 81, 2, 89).

(3) Voy. MM. Bravard, ci-dessus, p. 233; Dalloz, *op. et v° cit.*, n°s 85, 87, 88 et 109; Molinier, *op. cit.*, n° 25; Alauzet, *op. cit.*, t. VIII, n° 3026; Bédarride, *op. cit.*, n° 230.

Un arrêt de la Cour de Montpellier, du 7 mai 1887, déclare le tribunal

— Aux termes de notre art. 632, peu importe qu'on achète les denrées ou marchandises pour les revendre ou qu'on les achète pour en louer simplement l'usage : dans les deux cas, l'achat est également un acte de commerce. Effectivement, l'acheteur peut faire une véritable spéculation sur la location tout aussi bien que sur la revente. Je citerai, comme exemple ne pouvant donner lieu à aucune difficulté, le cas d'un homme qui achète des voitures ou des chevaux pour les tenir à la disposition de tous ceux qui voudront s'en servir. J'en dirai autant du maître d'un café, d'un hôtel garni, etc., achetant les meubles à l'aide desquels il pourra exploiter son établissement.

Supposons que le propriétaire d'un terrain y fasse construire un bâtiment qui dans sa pensée doit servir à l'exploitation d'un café et qu'il entend louer à un limonadier. Dans l'espérance de rendre cette location plus avantageuse, il achète lui-même et place dans l'établissement les objets nécessaires pour l'exploitation dont il s'agit : l'achat qu'il fait ainsi est-il un acte de commerce? A cet égard, M. Nouguier (1) propose la distinction suivante : « Des glaces sont placées « dans un parquet faisant corps avec la boiserie, des tables « de marbre sont scellées à plâtre ou à chaux, des statues « sont placées dans des niches pratiquées exprès pour les « recevoir : ces objets mobiliers sont devenus immeubles par « destination, conformément à l'art. 525 du Code civil, et leur « location ne constitue pas plus un acte de commerce que la « location même du fonds dont ils sont l'accessoire. Mais, au « contraire, des banquettes mobiles, des rideaux, des porce- « laines et cristaux, sont achetés et placés dans le fonds : « comme ils conservent leur nature mobilière, leur achat est de commerce incompétent pour connaître de l'action formée par un vendeur de trois-six contre son acheteur, par le motif « qu'en recevant d'A... deux fûts de trois-six destinés à relever le titre alcoolique de sa récolte de vin, C... n'a pas acheté une marchandise pour la revendre; que l'alcool, partie accessoire du vin, n'a été employé par lui que pour faciliter le transport par mer et la vente de sa récolte; que par cet achat il a simplement fait l'acte d'un propriétaire exploitant son domaine et les produits qu'il en retire » (Sir., 88, 2, 216).

(1) *Op. cit.*, t. I, p. 367.

« commercial, même lorsqu'il a été fait pour être loués avec « le fonds, parce que, restant essentiellement distincts, ils « n'en sont plus l'accessoire indispensable. » Cette distinction a été repoussée (1), et elle devait l'être. En effet, à côté de l'art. 525 du Code civil, se trouve l'art. 524, aux termes duquel les objets que le propriétaire d'un fonds y a placés pour le service et l'exploitation de ce fonds sont immeubles par destination. Il semble bien résulter de cet article que, dans l'espèce, même les banquettes mobiles, les rideaux, les porcelaines et cristaux, deviennent immeubles par destination. L'achat des différents objets cités par M. Nouguier doit donc avoir toujours la même nature. Suivant M. Dalloz, il constitue toujours un acte civil; suivant M. Bédarride, au contraire, il constitue toujours un acte de commerce. Comme on déciderait sans doute que, dans l'espèce supposée, l'achat du terrain et l'achat des matériaux destinés à la construction sont des actes purement civils, quelle que soit la destination que doit recevoir le bâtiment, je ne vois aucune bonne raison pour traiter autrement l'achat des glaces, des tables, des tapis, etc. Le but principal que se propose le propriétaire est de louer, aussi avantageusement que possible, un immeuble approprié à un certain genre de commerce : il paraît difficile de le considérer comme faisant une spéculation proprement dite (2).

Notre art. 632 s'applique littéralement lorsqu'un homme *achète* des marchandises pour en louer l'usage. La règle sera-t-elle différente si l'homme, au lieu d'*acheter* les marchandises, les a lui-même *prises à loyer* pour ensuite les *relouer* ou *sous-louer?* Je ne vois aucune bonne raison pour distinguer : l'esprit de spéculation existe dans un cas comme dans l'autre. Ainsi, les individus qui, les jours de fête tiennent des chaises à la disposition du public ont fait acte de commerce quand ils ont pris ces chaises à loyer, tout aussi bien

(1) Voy. MM. Dalloz, *op. et v° cit.*, n° 126; et Bédarride, *op. cit.*, n° 244.

(2) La Cour de Colmar a effectivement jugé, le 28 novembre 1849, que le bail d'une usine et de son mobilier industriel ne constitue pas un acte de commerce de la part du propriétaire, bien qu'il ait le caractère commercial à l'égard du preneur (Dev.-Car., 51, 2, 331).

que quand ils les ont achetées (1). — Mais on comprend que la jurisprudence ne veuille pas voir un acte de commerce dans le fait de louer des immeubles pour les sous-louer avec bénéfice (2).

— A s'en tenir au texte de la loi, l'achat de marchandises n'est un acte de commerce qu'autant que l'acheteur se propose de les revendre ou d'en louer l'usage. Mais il ne paraît pas possible de donner à ces expressions un sens limitatif. Nous dirons d'une manière générale, et la jurisprudence est complètement entrée dans cette voie, bien que, sous l'empire de l'Ordonnance de 1673, Jousse professât une opinion contraire (3), que l'achat est un acte de commerce toutes les fois que, dans la pensée de l'acheteur, il se rattache à une spéculation, toutes les fois par exemple que la chose achetée doit servir accessoirement au commerce de l'acheteur. La Cour de cassation, dans son arrêt du 1er décembre 1851, pose effectivement en principe que l'achat est commercial dès qu'il se rattache à l'exercice du commerce de l'acheteur : il s'agissait, dans l'espèce, d'un commissionnaire qui avait acheté une voiture pour y mettre des échantillons de marchandises et pouvoir se transporter plus facilement dans les divers lieux où il espérait faire des placements (4). Déjà, par son arrêt du 28 juin 1843, la Cour de cassation avait reconnu qu'une compagnie de chemin de fer, qui achète des matériaux pour la construction de la voie, fait en cela un acte de commerce (5). Enfin la même Cour, par un arrêt de cassation, du 11 avril 1854, a décidé qu'on ne peut pas considérer comme achetées pour l'usage particulier des membres d'une compagnie d'éclairage par le gaz les tôles destinées et employées à la toiture de l'usine servant à leur exploitation industrielle et commerciale, et qu'en con-

(1) Voy. en ce sens MM. Dalloz, *op. et v° cit.*, n° 148; Nouguier, *op. cit.*, t. I, p. 368; Molinier, *op. cit.*, n° 26; Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, n° 121.

(2) Arrêt de la Cour de Paris, du 13 juillet 1861 (Dev.-Car., 61, 2, 568).

(3) Voy. M. Nouguier, *op. cit.*, t. I, p. 393 et suiv.; et M. Bédarride, *op. cit.*, n°s 224 et suiv.

(4) Dev.-Car., 52, 1, 23. — Comp. M. Bravard, ci-dessus, p. 242.

(5) Dev.-Car., 43, 1, 574.

séquence l'achat dont il s'agit est un acte de commerce (1).

Vice versâ, l'achat, même fait avec l'intention de revendre, ne saurait être considéré comme constituant un acte de commerce lorsqu'il se rattache à une exploitation qui n'a rien de commercial. Ainsi, un domaine comprend des herbages, dont l'emploi naturel est de servir à l'engraissement du bétail : en achetant des bestiaux pour les placer dans ces herbages et les revendre après engraissement, le fermier ne fait point un acte de commerce, mais se livre à une opération qui se lie étroitement à l'exploitation agricole de la ferme et qui constitue un acte de même nature que le surplus de l'exploitation (2).

— Dans les différents cas étudiés jusqu'ici, pour que l'achat soit un acte de commerce, il ne suffirait pas que par le fait les denrées ou marchandises achetées eussent été revendues, ou que l'usage en eût été loué, ou enfin qu'elles eussent servi au commerce de l'acheteur. Il faut toujours, essentiellement, qu'elles aient été achetées par un homme qui les achetait dans le but de les revendre, d'en louer l'usage, ou de les faire servir accessoirement à l'exercice de son commerce : la commercialité de l'achat dépend absolument de l'intention de l'acheteur. Si j'ai acheté des denrées ou marchandises pour mon usage personnel, et qu'ensuite, trouvant une occasion de les revendre avec bénéfice ou d'en faire une location avantageuse, je profite de cette occasion, l'achat n'en a pas moins été un acte purement civil, et il reste tel. A l'inverse, si j'ai acheté certains objets pour spéculer sur la revente ou sur la location, et qu'ensuite je me décide à les garder pour moi, l'achat dans le principe a été un acte de commerce, et il reste tel malgré le changement de destination de la chose.

— Maintenant, comment saurons-nous que l'acheteur a eu l'intention de revendre ou de louer? Nous le présumerons,

(1) Dev.-Car., 54, 1, 299.

Joignez les arrêts de la Chambre des requêtes, du 28 janvier 1878 (Dev.-Car., 79, 1, 289) et du 29 janvier 1883 (Sir., 85, 1, 482). Voy. aussi MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, nos 171 et suiv.

(2) Arrêt de la Chambre des requêtes du 7 avril 1869 (Dev.-Car., 69, 1, 312). Joignez, MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, no 116.

si cet acheteur est commerçant. S'il n'est pas commerçant, il y aura là une pure question de fait, abandonnée aux lumières et à la prudence du juge, lequel au surplus pourra former sa conviction à l'aide de tous les moyens de preuve sans exception (1).

— Lorsqu'un homme achète des denrées ou marchandises pour les revendre ou pour en louer simplement l'usage, l'*achat* ainsi fait constitue un acte de commerce : c'est la disposition même de la loi. Mais cet acheteur n'exerce-t-il pas un nouvel acte de commerce lorsqu'il *revend* les denrées ou marchandises dont il s'agit ou lorsqu'il en *loue l'usage?* Sur ce point, la loi ne contient pas de disposition explicite, et la question ne comporte pas une réponse absolue. Si les choses se passent conformément à l'intention qu'avait l'acheteur au moment où il s'est procuré les denrées ou marchandises, si, au bout d'un certain temps, il revend ou donne à loyer les objets achetés précisément dans ce but, sans difficulté cette revente ou cette location constitue un acte de commerce : comme le dit très bien M. Bravard (2), l'achat, d'une part, la revente ou la location, d'autre part, se rattachent à une spéculation unique dont ils forment les deux éléments : chacun de ces deux éléments est également empreint du caractère commercial. Par conséquent, de même que le tribunal de commerce eût été compétent pour connaître de l'action intentée contre notre spéculateur par son vendeur, de même ce tribunal sera compétent pour connaître de l'action intentée contre ce même spéculateur par son acheteur ou par son locataire.

Toutefois la question a été vivement discutée. Voici comment M. Dalloz s'était d'abord exprimé : « L'art. 632 ne « répute actes de commerce que les *achats* pour revendre ; il « laisse les *ventes* sous l'empire du droit commun. Lorsque « les rédacteurs du Code ont voulu que la vente ou revente

(1) Voy. M. Bravard, ci-dessus, p. 233. — Comp. MM. Dalloz, *op. et v° cit.*, nos 51 et suiv.; Nouguier, *op. cit.*, t. I, p. 361 et suiv.; Molinier, *op. cit.*, nos 17 et 18; Bédarride, *op. cit.*, nos 203 et suiv.; Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, nos 113 et suiv.

(2) Ci-dessus, p. 233.

« fût un acte de commerce, ils ont pris soin de l'exprimer, « comme on le voit dans l'art. 633, à l'égard des ventes et « reventes de navires, etc. D'ailleurs, on peut trouver la « raison de la différence établie entre la vente et l'achat, dans « l'inconvénient qu'il y aurait eu à multiplier les attributions « des tribunaux de commerce et à surcharger cette juridiction « exceptionnelle de la connaissance d'une infinité de contes- « tations qui peuvent s'élever entre les consommateurs et les « marchands en détail. Ce serait entraver, en effet, le cours « rapide de la justice commerciale, sans utilité réelle pour le « commerce, qui n'est pas essentiellement intéressé à ce que « ces sortes de contestations soient vidées avec plus de célé- « rité que les contestations purement civiles. » — M. Coin-Delisle (1) ajoute que c'est dans l'intérêt du commerce qu'ont été établies, et la juridiction commerciale, et la contrainte par corps, et que ce serait en intervertir l'usage que de les accorder à de simples particuliers contre les commerçants (2).

Je n'aurai pas besoin de réfuter en détail ces considérations, qui ne me paraissent point solides. C'est un soin dont M. Dalloz s'est chargé lui-même, dans sa nouvelle édition : « Cette doctrine, dit-il en parlant de celle qu'il avait d'abord « soutenue, a contre elle des raisons très puissantes et de « nombreuses autorités... Si, au lieu de s'attacher trop stric- « tement à la lettre de l'art. 632, on veut s'élever à la pensée « de la loi, on admet difficilement l'idée que la législation, « qui qualifie *acte de commerce* l'achat avec intention de « revendre, ait pu entendre dénier ce caractère au fait même « de la revente, c'est-à-dire à la réalisation de la condition « nécessaire pour imprimer à l'achat le caractère commercial. « La rédaction de l'art. 632 laisse sans doute beaucoup à « désirer; néanmoins, ces mots *achat de denrées ou marchan- « dises pour les revendre* peuvent se prêter assez naturellement à « l'idée que la loi a attaché le caractère commercial non « seulement à l'achat pour revendre, mais encore à la revente

(1) *Traité de la contrainte par corps*, p. 76.
(2) Voy. aussi MM. Delamarre et Lepoitvin, t. I, nº 40.

« des choses qui ont été achetées dans cette intention. L'ex-
« périence montre, au surplus, que les contestations entre
« les consommateurs et les marchands en détail sont assez
« rares : on peut donc en laisser la décision aux tribunaux
« de commerce, quand l'action est intentée par le consom-
« mateur, sans craindre de ralentir le cours de la justice
« consulaire » (1).

Comme le remarque M. Bédarride (2), en ce dernier sens, on peut tirer un argument *a contrario,* qui n'est pas sans valeur, de la disposition contenue dans le premier alinéa de l'art. 638. Si la loi prend la peine de dire que la vente, faite par un propriétaire, cultivateur ou vigneron, de denrées provenant de son cru, n'est point un acte de commerce, c'est qu'il en est autrement de la vente de denrées faite par un homme qui les avait achetées pour les revendre.

Cette doctrine raisonnable a été plusieurs fois consacrée par la jurisprudence (3). Je me bornerai à citer un arrêt de la Cour de Poitiers, du 7 janvier 1856. Dans l'espèce, le sieur F..., propriétaire et fermier, avait pris envers un boulanger l'engagement de lui fournir pendant un an tout le blé nécessaire au service de sa boulangerie ; l'engagement n'ayant pas été exécuté, S... assigne F... devant le tribunal civil de Napoléon-Vendée, jugeant comme tribunal de commerce. Le tribunal ayant rejeté le déclinatoire opposé par F..., la Cour infirme ce jugement, « attendu que, pour que la fourniture pro-
« mise, dont l'étendue n'est pas fixée, constituât un acte de com-
« merce, il faudrait qu'il eût été au moins allégué que F...,
« pour la remplir, serait obligé d'acheter le blé qu'il livrerait
« à S..., et que cela n'est pas même articulé... » (4).

(1) *Répert. alph.*, v° *Acte de commerce*, n° 30.
(2) *Op. cit.*, n° 212.
(3) « Dans la pratique, dit M. Molinier (*op. cit.*, n° 27), j'ai vu journel-
« lement porter devant les tribunaux de commerce les demandes en
« résolution de vente intentées par les particuliers contre les marchands
« de bestiaux, à raison des vices rédhibitoires dont se trouvaient atteints
« les animaux vendus. »
(4) Dev.-Car., 56, 2, 556. — Voy. aussi MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, n° 122 ; M. Ruben de Couder, *Dictionn.*, v° *Acte de commerce*, n° 101. M. Alauzet, qui assurément s'exprime en termes un peu obscurs, me paraît se prononcer en définitive dans le même sens (t. VIII, n° 2965).

J'ai toujours supposé que l'homme qui avait acheté des denrées ou marchandises avec l'intention de les revendre ne s'est jamais départi de cette intention, qu'il a effectué la revente à la première occasion favorable qui s'est présentée. La revente alors ne peut être qu'un acte de commerce. Mais supposons qu'ayant d'abord acheté un objet avec l'intention de le revendre, je me sois ensuite décidé à le garder pour mon usage personnel : si plus tard, quand l'objet a cessé de me plaire, quand il est usé, je prends le parti de m'en défaire, il n'y a point là de ma part un acte de spéculation, et la vente devra être considérée comme n'ayant rien de commercial (1).

— Pour compléter les explications qui viennent d'être données sur le n° 1 de l'art. 632, je crois utile de parler dès à présent d'une innovation considérable apportée, en ce qui concerne l'enregistrement des marchés et traités commerciaux, par la loi du 11 juin 1859 (budget de 1860).

La loi du 22 frimaire an VII (art. 69, § 5, n° 1) soumettait à un droit de 2 p. 100 les adjudications, ventes, reventes, cessions, rétrocessions, marchés, traités, et tous autres actes, soit civils, soit judiciaires, translatifs de propriété, à titre onéreux, de meubles, récoltes de l'année sur pied, coupes de bois taillis et de haute futaie, et autres objets mobiliers généralement quelconques... On voit que, sous le rapport de l'enregistrement, il n'y avait pas à distinguer entre les actes purement civils et les actes de commerce. Cet état de choses présentait de graves inconvénients, auxquels on a voulu porter remède en 1859. L'art. 22 de la loi du 11 juin est ainsi conçu : « Les marchés et traités réputés actes de commerce, « par les art. 632, 633 et 634, n° 1, du Code de commerce, « faits ou passés sous signature privée, et donnant lieu au « droit proportionnel, suivant l'art. 69, § 3, n° 1, et § 5. n° 1, « de la loi du 22 frimaire an VII, seront enregistrés provisoi- « rement, moyennant un droit fixe de 2 francs (2) et les

(1) Comp., ci-dessus, p. 351, ce que je dis de l'*achat*.

(2) Aux termes de l'art. 2 de la loi du 19 février 1874, « les divers « droits fixes d'enregistrement auxquels les actes extrajudiciaires sont « assujettis par les lois en vigueur sont augmentés de moitié ». Le droit fixe, qui était primitivement de 2 francs, se trouve donc être aujourd'hui, avec les décimes, de 3 fr. 75 c.

« autres droits fixes auxquels leurs dispositions peuvent « donner ouverture d'après les lois en vigueur. Les droits « proportionnels édictés par ledit article seront perçus lors- « qu'un jugement portant condamnation, liquidation, collo- « cation ou reconnaissance, interviendra sur ces marchés ou « traités, ou qu'un acte public sera fait ou rédigé en consé- « quence, mais seulement sur la partie du prix ou des « sommes faisant l'objet soit de la condamnation, liquidation, « collocation ou reconnaissance, soit des dispositions de « l'acte public. »

L'*Exposé des motifs* contient des renseignements intéressants sur cet art. 22. J'en emprunte quelques passages :

« Comme les marchés et traités que le projet de loi concerne constituent des actes synallagmatiques, il en résulte que les actes unilatéraux, tels que les billets à ordre, les lettres de change et les autres effets de commerce, restent, sous tous les rapports, soumis à la législation qui les régit aujourd'hui.

« L'enregistrement des traités et marchés, quand ils sont passés sous signatures privées, n'est pas obligatoire dans un délai déterminé; mais il ne peut en être fait usage, soit dans un acte public, soit en justice, sans qu'ils aient été préalablement enregistrés (art. 23 de la loi du 22 frimaire). Lorsqu'ils sont présentés à la formalité de l'enregistrement, tous les droits fixes et proportionnels auxquels ils peuvent donner ouverture sont intégralement perçus, quelle que soit l'importance ou la nature des dispositions qui sont reprises dans l'acte public ou qui font naître des contestations judiciaires, quand même le marché serait presque entièrement exécuté et que le procès, par exemple, aurait pour cause un simple reliquat de compte. — Ce mode de perception a donné lieu à des réclamations très vives et très persistantes, surtout relativement aux marchés dont il doit être fait usage devant la justice consulaire. L'Administration elle-même a reconnu depuis longtemps les inconvénients de ce régime, et elle a pu constater souvent que les droits à percevoir s'élevaient bien au-dessus des sommes ou valeurs faisant l'objet du litige, et que, dans un grand nombre de cas, les parties se trouvaient

placées dans cette alternative, ou de dissimuler leurs titres, ou de renoncer à les faire valoir devant la justice...

« Bien placé pour apprécier les inconvénients de la loi actuelle et constater les abus qui en découlent, le tribunal de commerce de la Seine signale les uns et les autres avec une grande force. Nous lisons dans une note émanée de lui : « La « plus grande partie des demandes formées devant les tribu- « naux consulaires s'appuie sur l'énonciation que la conven- « tion est verbale (lors même qu'un écrit existe entre les « parties). Le juge consulaire lui-même ne peut exiger la « production d'un acte qui rendrait sa tâche plus facile, mais « ruinerait le plaideur. »

« Il existe aujourd'hui, dans l'application des lois de l'enregistrement aux actes de commerce, une singulière anomalie. Nous chercherons à la faire bien comprendre par un exemple, et nous prendrons une hypothèse, celle d'une vente de marchandises faite moyennant 100,000 francs. Si cette vente donne lieu à des contestations, et que l'on s'appuie sur une convention écrite, l'acte doit être enregistré et le droit perçu sur le prix total de la vente, quel que soit le montant de la demande et de la condamnation. Si, au contraire, il n'y a pas d'acte écrit, ou si celui qui existe est dissimulé, le droit est perçu sur les dispositions du jugement, quand même le chiffre de la demande serait supérieur à celui des condamnations, et que l'on aurait fait connaître dans les énonciations verbales la véritable importance du marché. Il y avait à la fois des motifs d'équité et une raison morale pour faire disparaître cette anomalie : le projet étend au cas où un acte écrit est produit devant la justice la règle que la loi et la jurisprudence avaient établie pour le cas moins favorable où les parties n'invoquaient que des conventions verbales.. » (1).

L'innovation de la loi de 1859 serait-elle applicable au cas où l'acte se trouve être purement civil de la part de l'un des contractants et commercial de la part de l'autre ? L'affirmative était formellement admise par un amendement présenté lors de la discussion de la loi. L'amendement fut rejeté ; mais il fut

(1) Joignez MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, n° 98.

déclaré, au nom du Gouvernement, qu'il était inutile, ne faisant que développer d'une manière plus ou moins heureuse ce que la loi avait voulu dire et ce qu'elle disait. — La question a été portée devant les tribunaux. Voici le texte d'un jugement du tribunal de la Seine, du 29 novembre 1861 :

« Attendu que J... a vendu à B... un procédé chimique « susceptible d'être breveté...; que cette vente, contractée « par un acte sous seings privés, a eu lieu moyennant un prix « déterminé...; — Attendu que cet acte, commercial pour « l'une des parties et civil pour l'autre, doit jouir de la faveur « accordée aux actes de commerce par l'art. 22 de la loi du « 11 juin 1859; que c'est ce qui résulte de la discussion qui a « eu lieu, discussion dans laquelle il a été entendu que la loi, « au lieu d'être restreinte au cas où les actes seraient faits « entre commerçants, s'étendrait à celui d'un acte dans « lequel interviendraient concurremment un commerçant et « un non-commerçant; qu'il suffit que l'acte, considéré en « lui-même, indépendamment de la condition d'une des par- « ties contractantes, soit réputé acte de commerce aux termes « des art. 632, 633 et 634 du Code de commerce; — Attendu « que B..., commerçant, a acheté la découverte de J... pour « en faire l'application à son négoce; qu'il paie, à titre de « prime, 10 francs à J... pour chaque kilogramme de matières « fabriquées, et qu'enfin il peut revendre le procédé, soit en « France, soit à l'étranger...; que dès lors c'est avec raison « que ce traité a été enregistré provisoirement au droit fixe « de 2 francs... » (1).

Aux termes de notre art. 22, le droit proportionnel est dû lorsqu'un acte public est fait ou rédigé en conséquence du marché ou traité passé sous signatures privées. Mais il a été jugé avec raison que cela est inapplicable lorsque l'acte public contient une simple mention dénuée de toute efficacité juridique (2).

(1) *Répertoire périodique de l'enregistrement*, par M. Garnier, t. VIII (année 1861), art. 1558.

Voy., dans le même recueil, les observations générales sur l'innovation consacrée en 1859 (t. VI, art. 1168). Voy. aussi t. XI, art. 1849.

(2) Jugement du tribunal civil de Versailles, du 25 février 1879 (Dev.-Car., 80, 2, 85).

L'enregistrement provisoire moyennant un droit fixe est subordonné notamment à cette condition qu'il s'agisse d'un marché passé entre particuliers. La Cour de cassation en a conclu que le droit proportionnel reste exigible quand le marché a été passé par une chambre de commerce (1).

II. *Entreprise de manufacture, de commission, de transport par terre ou par eau.* — La *manufacture* consiste à transformer une matière de telle sorte qu'elle acquière une valeur beaucoup plus grande. L'*entreprise de manufacture* suppose qu'un homme se met à la disposition du public pour transformer ainsi, à l'aide d'ouvriers et de machines, tel ou tel genre de matières.

Celui qui achète des denrées ou marchandises pour les revendre après les avoir travaillées et mises en œuvre, celui-là fait certainement un acte de commerce : c'est la disposition formelle du n° 1 de notre art. 632. Peu importe que la chose ainsi travaillée et mise en œuvre n'ait pas acquis une valeur bien supérieure à celle qu'elle avait d'abord : la spéculation ayant porté sur la revente plutôt que sur la main-d'œuvre, il n'y a pas, à proprement parler, *entreprise de manufacture*, et le n° 2 de notre art. 632 est étranger à cette hypothèse. Mais supposons un homme qui n'achète pas les matières qu'il se charge de transformer : les matières lui sont fournies, et il les rend transformées à celui de qui il les a reçues. Y a-t-il là un acte de commerce? Il faudrait dire non, si nous n'avions que le n° 1 de l'art. 632. La question est de savoir si le n° 2 du même article n'est pas applicable, ou, en d'autres termes, si nous n'avons pas là une *entreprise de manufacture*. A cet égard, il faut distinguer. S'agit-il, par exemple, d'un meunier qui, seul ou avec l'aide d'un garçon, se charge de convertir en farine le blé qu'on lui apporte : nous dirons qu'il y a de sa part un simple louage, qu'il n'y a pas entreprise de manufacture, ni par conséquent acte de commerce. En effet, d'une part, l'opération étant très simple,

(1) Arrêt de la Chambre des requêtes du 28 octobre 1885 (Sir., 86, 1, 436).

la chose soumise à cette opération n'augmente pas sensiblement de valeur; et, d'autre part, le meunier n'est pas un spéculateur, c'est un homme qui loue ses services et ceux du moulin dont il est propriétaire ou locataire (1). Mais supposons un homme qui transforme de la laine en drap : il y a bien certainement ici entreprise de manufacture, parce que la laine est soumise à une opération compliquée, qui exige le concours d'un assez grand nombre d'ouvriers et qui lui donne une plus-value considérable. La spéculation porte sur la main-d'œuvre : la valeur acquise par l'objet transformé sera telle qu'il restera un bénéfice après que les frais de la transformation auront été payés. C'est bien un cas d'application du n° 2 de l'art. 632, lors même que la laine aurait été achetée par l'homme qui veut en faire du drap et le vendre : suivant la remarque ingénieuse de M. Bravard (2), cet homme est un *fabricant* et non pas un *marchand* : il n'achète pas une chose pour la revendre, il l'achète pour la transformer en une chose nouvelle d'une bien plus grande valeur. Nous dirons, de même, qu'il y a *entreprise de manufacture* de la part de l'imprimeur, sans distinguer si l'imprimeur fournit ou non le papier, sans distinguer non plus s'il doit remettre les exemplaires à l'auteur ou à l'éditeur, ou si, au contraire, étant lui-même éditeur, c'est lui qui doit les vendre au public.

Ce qui vient d'être dit fait suffisamment comprendre ce que le législateur a voulu exprimer quand il a parlé d'*entreprise de manufacture*. Maintenant, il est certain que l'application du principe pourra souvent donner lieu à des difficultés. Sans aucun doute il n'y a pas *entreprise de manufacture* de la part du propriétaire de vignobles qui fait du vin avec ses

(1) Comme le disent MM. Lyon-Caen et Renault (n° 131), « celui qui loue ses services ne fait pas acte d'entremise; il agit comme le fait le propriétaire qui vend les produits de son fonds, ou comme l'écrivain qui vend son ouvrage ». — Et les mêmes auteurs ajoutent : « N'est pas un manufacturier le meunier qui se borne à convertir en farine le blé qui lui est confié (Cour de Besançon, 14 mai 1859, Dall., 60, 5, 61). Il faut supposer une entreprise très peu importante ; cela se rattache à la distinction de l'ouvrier et du commerçant. »

(2) Voy. ci-dessus, p. 239.

raisins : il se borne à préparer les produits de son cru de manière à pouvoir les vendre. Je décide encore de même si ce propriétaire fait de l'eau-de-vie avec son vin : on peut dire, en effet, qu'il ne spécule pas sur la transformation, mais qu'il cherche seulement à retirer des produits de son cru le meilleur parti possible. Quant au propriétaire qui fait du sucre avec les betteraves récoltées même exclusivement sur son fonds, je crois, avec M. Bravard, qu'il y a là *entreprise de manufacture* : il y a, dans ce cas, une transformation radicale et non pas une simple mise en œuvre, et de plus l'opération est très dispendieuse (1). J'en dirai autant du concessionnaire d'une mine qui établit un haut fourneau pour convertir en fer le minerai, dans l'espoir qu'il gagnera plus en vendant du fer qu'en vendant du minerai (2).

Conformément à un principe dont nous avons déjà fait application, nous dirons que tout acte qui se rattache comme accessoire à une entreprise de manufacture doit être réputé acte de commerce. Par exemple, le manufacturier qui achète des instruments, des machines, etc., pour les employer dans son usine, fait en cela un acte de commerce. On a même jugé que celui qui fait marché avec un aubergiste pour la nourriture de ses ouvriers fait également un acte de commerce (3).

(1) Le contraire a cependant été jugé par la Cour de Douai, le 21 juillet 1830 (Sir., 31, 2, 172). Voy. aussi l'arrêt de la Chambre des requêtes, du 12 mai 1875 (Dev.-Car., 76, 1, 376).

(2) Voy. cependant M. Bédarride, *op. cit.*, nos 249-251. — La Chambre des requêtes, par son arrêt du 1er juillet 1878 (Dev.-Car., 78, 1, 414), a reconnu le caractère de société de commerce à la Société anonyme des forges de Liverdun, alors qu'il était établi en fait : « 1° que la Société a pour objet l'exploitation du minerai de fer de Croisette et des mines métallurgiques de Liverdun, leur développement, toutes les opérations qui s'y rattachent, le commerce des matières employées et des matières fabriquées dans ces usines, ainsi que l'achat et l'exploitation d'autres usines métallurgiques, de houillères et de fours à coke; 2° qu'à différentes reprises la Société s'est livrée, sur une grande échelle, à l'achat de minerais étrangers, pour les travailler dans ses hauts fourneaux et vendre ensuite les produits résultant de leur transformation ». Il est évident que, dans l'espèce, la commercialité de la Société ne pouvait faire aucun doute. — Joignez l'arrêt de la même Chambre des requêtes, du 28 octobre 1885 (Sir., 86, 1, 108).

(3) Voy. l'arrêt de la Chambre des requêtes, du 29 novembre 1842 (Dev.-Car., 43, 1, 85). Voy. aussi l'arrêt de la Cour de Caen, du 25 mars

En législation, je serais disposé à dire que l'homme qui achète un immeuble pour y établir une usine ou une manufacture fait un acte de commerce; mais, en droit, la doctrine et la jurisprudence sont contraires (1). Quant à celui qui achète une manufacture, comprenant en bloc bâtiments, machines, outils, matières premières et autres objets se rattachant à l'exploitation, M. Molinier admet que, du moins dans le cas où il apparaît que les immeubles n'ont été envisagés que comme des instruments d'exploitation accessoires du fonds industriel, il serait convenable de qualifier l'achat d'après la nature du principal et de le considérer comme constituant pour le tout un acte de commerce (2).

L'entrepreneur qui se charge d'un travail considérable sur un immeuble, par exemple, d'une construction, d'un drainage, etc., fait-il un acte de commerce? En théorie pure, je n'hésite pas à répondre affirmativement : car cet entrepreneur spécule évidemment sur la main-d'œuvre (3). Mais, en présence du texte de la loi et de ce qui a eu lieu lors de l'élaboration de notre art. 632, je crois, avec M. Molinier, que l'interprète a une distinction à faire. D'après le projet de Code de commerce présenté par la Commission, devait être réputée fait de commerce *toute entreprise de construction ;* mais on fit remarquer qu'il convenait de n'appliquer cette disposition qu'aux constructions maritimes, et le projet fut corrigé en ce sens. Il faut en conclure qu'en général l'entrepreneur qui doit effectuer un travail sur un immeuble sans avoir rien à fournir ne fait pas un acte de commerce. Quant à celui qui se charge de fournir la matière première, les matériaux qui doivent être mis en œuvre, il achète ces objets pour les revendre, il est entrepreneur de fournitures en même temps

1846 (Dev.-Car., 46, 2, 481), et l'arrêt de la même Cour, du 2 février 1858 (Dev.-Car., 59, 2, 160).

(1) Voy. MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, n° 172.

(2) *Op. cit.*, n° 38. — Voy. aussi MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, n° 175 *in fine*.

(3) C'est ce qu'enseigne Merlin (*Quest. de droit*, v° *Acte de commerce*, § 6, n° 3). Voy. aussi M. Ruben de Couder, *Dictionn.*, v° *Acte de commerce*, n°s 125 et suiv.; M. Arthuys, professeur à la Faculté de droit de Poitiers (*Revue crit. de législ. et de jurisprud.*, année 1882, p. 610 et suiv.).

qu'entrepreneur de travaux : jusqu'à un certain point il fait acte de commerce (1). S'il s'agissait de le poursuivre eu égard à la mauvaise qualité des matériaux, c'est le tribunal de commerce qui devrait en connaître (2). — La Cour de Caen, dans son arrêt, déjà cité, du 2 février 1858, paraît également tenir grand compte de la circonstance que l'entrepreneur devait faire certaines fournitures, sans cependant la considérer comme absolument essentielle à la commercialité de l'acte. En effet, la Cour dit d'abord que L... a fait distribuer des circulaires par lesquelles il annonçait au public qu'il se chargeait à forfait du drainage des propriétés; que cette entreprise, pour laquelle L... fournissait les conduits de drainage, les ustensiles et outils nécessaires à l'entreprise et à la main-d'œuvre des ouvriers, et qui était faite dans un but de spéculation, est rangée par l'art. 632 du Code de commerce au nombre des actes de commerce. Puis elle ajoute qu'il faut considérer comme acte de commerce l'entreprise du drainage d'une pièce de terre, *entreprise faite dans un but de spéculation* (3). De ces dernières expressions on peut conclure que la Cour voit purement et simplement un acte de commerce dans toute entreprise qui suppose chez l'entrepreneur une idée de spéculation.

Il est généralement admis qu'il faut voir un acte de commerce dans le fait d'un entrepreneur de travaux et de bâtiments qui achète des terrains pour les revendre après y avoir élevé des constructions, lors, du moins, que l'exécution de ces constructions était l'objet principal

(1) Voy. le nº 3 de notre art. 632.

(2) M. Molinier, *op. cit.*, nº 39. — Voici ce que je lis dans l'arrêt de la Chambre des requêtes, déjà cité, du 29 novembre 1842 : « Il s'agit de « l'entreprise des travaux à faire sur la route de Parthenay à Chan- « tonnay, avec fourniture de main-d'œuvre et de matériaux, entreprise « essentiellement commerciale, puisque l'entrepreneur ne pouvait remplir « ses engagements sans acheter des matériaux, et sans employer des « chevaux pour le transport, des ouvriers pour la mise en œuvre. » — MM. Lyon-Caen et Renault (nº 137) admettent, avec la jurisprudence, que le caractère commercial doit être attribué à l'entreprise dans son ensemble, et, par suite, aux divers contrats faits par l'entrepreneur pour l'exécution de son travail, ainsi aux contrats faits avec des sous-entrepreneurs, avec des ouvriers.

(3) Dev.-Car., 59, 2, 160.

de la spéculation, les terrains n'étant que l'accessoire (1).

Aux termes de l'art. 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII, le conseil de préfecture prononce sur les difficultés qui peuvent s'élever entre les entrepreneurs de travaux publics et l'Administration, concernant le sens ou l'exécution des clauses de leurs marchés. Mais le tribunal de commerce resterait compétent, suivant les distinctions précédemment indiquées, pour connaître, par exemple, des réclamations formées par les ouvriers contre les entrepreneurs (2).

— Il y a *entreprise de commission* lorsqu'un homme se met à la disposition de toutes personnes qui voudront l'employer en qualité de commissionnaire, c'est-à-dire le charger de faire pour leur compte des actes de commerce déterminés. Je dis *actes de commerce*. Voici, en effet, ce qui se passa dans la séance du Conseil d'État, du 8 novembre 1806 :

« M. Merlin observe que ces mots *entreprise de commission* présentent une idée trop vague, susceptible d'être étendue trop loin. On pourrait prétendre, par exemple, qu'ils autorisent de traduire devant les tribunaux de commerce le particulier, tel qu'il en a toujours existé beaucoup à Paris, qui fait profession et métier de recevoir les rentes et pensions des créanciers et pensionnaires de l'État domiciliés dans les départements. — M. Regnaud de Saint-Jean d'Angely dit que la Section *de l'intérieur* n'entend parler que de celui qui est chargé de commission pour marchandises, et observe, au surplus, que le Titre *Des commissionnaires* développe bien la pensée des rédacteurs... — M. Beugnot dit que le mot *commission* est suffisamment expliqué par la nature de la loi. Dans un Code de commerce, il ne peut signifier que les commissions relatives à des objets de commerce. » Et là-dessus, la rédaction proposée par la Section *de l'intérieur* fut adoptée.

La définition de la commission que donnent MM. Dela-

(1) Voy. deux arrêts de rejet, de la Chambre civile, du 3 février 1869 (Dev.-Car , 69, 1, 217). Voy. aussi M. Arthuys, *Revue crit.*, 1882, p. 617 et suiv.; MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, n° 137.

(2) Arrêt de la Cour de Poitiers du 20 février 1851 (Dev.-Car., 51, 2, 637). Voy. aussi M. Molinier, n° 40; MM. Lyon-Caen et Renault, n° 137 *ter*.

marre et Lepoitvin est parfaitement d'accord avec l'idée qui ressort de cette discussion. La commission, suivant eux, est *un contrat par lequel l'un des contractants donne le pouvoir de faire pour lui une ou plusieurs opérations de commerce individuellement déterminées, à l'autre contractant, qui s'engage à les traiter et conclure soit sous un nom social ou sous le sien propre, soit au nom du commettant, et à lui en rendre compte* (1).

Il est donc de l'essence du contrat de commission d'avoir pour objet un acte de commerce. Si Paul se charge d'acheter une maison pour Pierre, il y a là mandat; si, au contraire, Paul se charge d'acheter un navire pour Pierre, il y a commission. S'ensuit-il qu'accepter une commission, c'est nécessairement faire acte de commerce, et qu'ainsi l'action du commettant contre le commissionnaire devra toujours être portée devant le tribunal de commerce? C'est ce qu'enseignent MM. Delamarre et Lepoitvin. Suivant eux, la loi, en parlant de *toute entreprise de commission*, a voulu parler du fait isolé de celui qui se charge d'une commission relative à une opération commerciale : le commissionnaire devient commerçant accidentellement, parce qu'il se fait *un moyen ou un instrument accidentel de commerce* (2). Mais cette interprétation, qui appartient exclusivement aux savants jurisconsultes bretons, me paraît tout à fait inadmissible. De même qu'il n'y a certainement pas *entreprise de transport par terre ou par eau* dans le fait de la personne qui, propriétaire d'une voiture ou d'un bateau, se charge, une fois par hasard, de transporter un voyageur ou des marchandises, de même il n'y a pas *entreprise de commission* dans le fait de la personne qui, une fois par hasard, se charge d'une affaire commerciale pour le compte d'autrui (3). Comme le dit très bien M. Alauzet, « à « la différence du courtage, un acte isolé de commission ne « tombe pas nécessairement dans la compétence des tribu- « naux de commerce : la loi exige qu'il y ait *entreprise*, et, « par conséquent, des actes fréquents et habituels » (4).

(1) *Traité de droit commercial*, nouvelle édition (1861), t. II, p. 58.
(2) *Op. cit.*, t. II, p. 75 et 76.
(3) Voy. M. Bravard, ci-dessus, p. 237 et 238.
(4) *Op. cit.*, t. VIII, n° 2977. — MM. Lyon-Caen et Renault (*Traité*, t. I,

En somme, celui qui accepte accidentellement le rôle de commissionnaire ne fait point par cela seul un acte de commerce, du moins vis-à-vis du commettant : l'action en reddition de compte que le commettant peut avoir à exercer contre lui n'est point par sa nature de la compétence des tribunaux de commerce; et il faut en dire autant de l'action que peut avoir le commissionnaire pour obtenir la rémunération convenue. Bien entendu, si le commettant et le commissionnaire étaient tous deux commerçants, il pourrait y avoir lieu d'appliquer le 1° de l'art. 631. De plus, si le commissionnaire, et c'est ce qui arrive habituellement, a fait un acte commercial en son propre nom, bien qu'il l'ait fait pour le compte du commettant, comme, par exemple, s'il a émis une lettre de change, il va de soi que le tiers porteur pourrait le poursuivre devant le tribunal de commerce. Mais ces deux cas, où le commissionnaire est actionné devant le tribunal de commerce, sont absolument en dehors de la disposition qui répute acte de commerce *toute entreprise de commission*. Cette disposition suppose un homme qui s'annonce au public comme se chargeant de conclure pour le compte d'autrui tel ou tel genre d'affaires commerciales, et elle signifie que cet entrepreneur de commission serait justiciable des tribunaux de commerce, même dans ses rapports avec ses commettants.

Comment expliquer la disposition dont il s'agit? D'une manière bien simple. Le commissionnaire rend au commettant un service que celui-ci rétribue; d'un autre côté, la plupart du temps le commissionnaire agit en son propre nom, et, par conséquent, se trouve personnellement obligé envers les tiers avec lesquels il traite : cela suppose qu'il a du crédit et de l'argent. L'entreprise de commission devait donc être réputée acte de commerce, comme impliquant une spéculation sur une vaste échelle : en effet, l'entrepreneur de commission tire parti de son crédit et de son argent, et même il

n° 138) blâment, avec raison, un arrêt de la Cour de Douai, du 31 janvier 1876 (Dev.-Car., 76, 2, 296), aux termes duquel le mandat que vous donnez à une personne de vous trouver un associé pour une opération commerciale constituerait un acte de commerce.

risque son argent dans l'espoir de s'enrichir ainsi en raison de la rétribution que lui paieront ses commettants.

L'entreprise de commission, nous l'avons vu, doit se rapporter à des opérations commerciales. Du reste, il ne me paraît pas indispensable que pour le commettant lui-même il s'agisse d'un acte de commerce. Ainsi le propriétaire d'un vignoble s'adresse à un commissionnaire en vins et le charge de vendre pour son compte 200 pièces de son cru. Le propriétaire ne fait pas acte de commerce; le commissionnaire qui se charge de l'opération fait au contraire acte de commerce, et, s'il y a lieu à quelque réclamation de la part du propriétaire, c'est au tribunal de commerce qu'elle devra être soumise. Tel, du moins, me paraît être le sens de notre disposition.

— L'*entreprise de transport par terre ou par eau* suppose évidemment l'idée d'une spéculation : la loi y voit avec raison un acte de commerce. Peu importe que l'entrepreneur emploie des chevaux, des voitures, des bateaux, etc., à lui appartenant, ou bien, au contraire, qu'il s'agisse d'un commissionnaire qui pour effectuer le transport dont il s'est chargé devra lui-même traiter avec un ou plusieurs voituriers, bateliers, etc. (1). La spéculation ne s'exerce pas sur le même objet dans les deux cas; mais dans les deux cas il y a entreprise de transport et, par conséquent, acte de commerce. De la part des commissionnaires de roulage, on peut dire indifféremment qu'il y a *entreprise de transport* ou *entreprise de commission*.

Doit-on considérer le maître de poste comme étant un entrepreneur de transport? Pour lui refuser cette qualité, on a fait remarquer que le maître de poste doit obtenir un brevet du Gouvernement, et l'on en a conclu qu'il était simplement un agent du Gouvernement; il suffit de répondre que les agents de change et les courtiers sont bien nommés par le Gouvernement, ce qui ne les empêche point d'être considérés comme se livrant habituellement à des actes de commerce. On a fait remarquer, en second lieu, que les maîtres de poste

(1) Voy. Code de commerce, art. 96-108.

sont soumis à un tarif, obligatoire pour eux comme pour le public; mais, suivant l'observation très juste de M. Bédarride (1), les transports par chemin de fer sont aussi tarifés, et certes on n'oserait pas dire que de la part des compagnies de chemins de fer il n'y a point entreprise de transport! Au surplus, la question, en ce qui concerne le maître de poste, a été résolue, dans un arrêt parfaitement motivé de la Cour d'Orléans, le 21 février 1837 : « L'établissement d'une maî-
« trise de poste aux chevaux, dit la Cour, a pour but un
« trafic qui consiste à acheter, pour en louer l'usage, des
« chevaux et des voitures, à fournir des relais nécessaires
« aux agents de l'Administration des postes et autres voya-
« geurs en poste. La législation qui fixe les droits et les
« devoirs des maîtres de poste établit pour ceux-ci des rap-
« ports distincts, l'un vis-à-vis du Gouvernement, l'autre
« vis-à-vis du public : considérés sous le premier rapport,
« les maîtres de poste sont des agents commissionnés du
« Gouvernement; vis à-vis du public, ils sont des entrepre-
« neurs de transport, des spéculateurs qui achètent pour
« les louer des chevaux et des voitures, enfin des commer-
« çants privilégiés. Si les maîtres de poste ne sont pas soumis
« au droit de patente (2), cette circonstance n'exclut pas en
« eux la qualité de négociants et prouve seulement que par
« cette dispense le législateur a voulu avantager les maîtres
« de poste en les exonérant d'une charge qui pèse sur tous
« les négociants (3). S'ils sont soumis à des prix fixes et
« invariables et à des conditions dictées par un intérêt d'ordre
« public, on ne peut déduire de ce fait qu'ils n'exercent pas
« un commerce libre et volontaire. Il en est de ce cas comme
« de tous ceux où deux individus passent un contrat à long
« terme, pour des transports journaliers ou à des époques
« fixes ou à des prix déterminés : ceux-ci, quoique soumis à
« des conditions obligées, n'en ont pas moins le caractère de

(1) *Op. cit.*, n° 257.

(2) Loi du 19 frimaire an VII, art. 6.

(3) Le tableau A, joint à la loi du 25 avril 1844, *sur les patentes*, comprend dans la cinquième classe de patentables l'*entrepreneur de relais, même lorsqu'il est maître de poste.*

« commerçants, dès qu'il y a achat de marchandises pour « les revendre ou pour en louer l'usage... » (1).

Pour tout ce qui concerne le service des *colis postaux*, les tribunaux administratifs jugent non seulement les contestations dans lesquelles l'Administration est partie, mais encore celles qui peuvent s'élever entre les compagnies, substituées à l'Administration, et les tiers (2).

La Cour de cassation, par un arrêt du 9 janvier 1810, a jugé qu'une entreprise de pompes funèbres doit être considérée comme une sorte d'entreprise de transports, et qu'en conséquence les entrepreneurs de pompes funèbres sont justiciables du tribunal de commerce quand on les poursuit à raison de ventes ou de fournitures à eux faites. L'entreprise des pompes funèbres peut aussi être considérée comme une *entreprise de fournitures* (3).

Peut-on dire que, de la part d'un homme qui fait métier de haler les bateaux dans un certain parcours, il y ait *entreprise de transport par eau?* Je ne le crois pas : il y a là tout simplement un louage de services. La question s'est présentée dans des circonstances particulières, et c'est par ces circonstances qu'on peut expliquer la décision intervenue. Il existe à Lyon une association de mariniers dont la fonction consiste à haler

(1) Voy., en ce sens, M. Dalloz, *op. et v° cit.*, n° 179; MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, n. 139. En sens contraire, voy. M. Molinier, *op. cit.*, n°s 129 et 130.

(2) Voy. la Convention du 2 novembre 1880, et l'arrêt de la Cour de cassation, du 11 février 1884 (Sir., 84, 1. 385). Voy. aussi MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, n° 139.

(3) « Si le service des pompes funèbres, lorsqu'il est exploité par un adjudicataire ou régisseur dans son intérêt particulier, constitue une entreprise commerciale à raison du caractère de spéculation qui s'y rattache nécessairement, il en est autrement lorsque les fabriques et consistoires accomplissent directement les devoirs ou exercent les droits résultant pour eux des dispositions du décret du 23 prairial an XII : en effet, les opérations et les fournitures qu'entraîne le service des pompes funèbres, quelque complexes et multipliées qu'elles soient, ne sont que la conséquence même du service que les fabriques et consistoires sont chargés d'assurer, et n'ont aucun caractère commercial, puisqu'elles sont accomplies par les établissements susdits, conformément à leurs attributions légales, en vue d'un service d'intérêt public, en dehors de tout esprit de spéculation... » Arrêt de la Cour de Paris, du 3 mai 1881 (Sir., 82, 2, 45).

les bateaux qui remontent la Saône; cette association se compose d'hommes expérimentés, qui ne prêtent pas seulement le secours de leur force physique. Un bateau ayant été submergé pendant l'opération du halage, les haleurs furent poursuivis, en la personne de leur syndic, devant le tribunal de commerce, et, sur le déclinatoire, celui-ci se déclara compétent; la Cour de Lyon ayant confirmé le jugement, le pourvoi fut rejeté par la Cour de cassation, le 24 février 1841 (1).

— L'entreprise de transports par terre ou par eau étant un acte de commerce, il s'ensuit que toute demande formée contre l'entrepreneur est de la compétence du tribunal de commerce, sans distinguer si la demande émane de voyageurs, de propriétaires d'objets transportés, ou enfin de personnes qui prétendraient avoir fait à l'entrepreneur des fournitures concernant son entreprise. Toutefois, ce principe ne doit être admis comme vrai qu'avec une restriction fort remarquable. En effet, aux termes de l'art. 2 de la loi du 25 mai 1838 *sur les justices de paix*, « les juges de paix prononcent, sans appel, jusqu'à la valeur de 100 francs, et, à « charge d'appel, jusqu'au taux de la compétence en dernier « ressort des tribunaux de première instance : ... entre les « voyageurs et les voituriers ou bateliers, pour retards, frais « de route et perte ou avarie d'*effets accompagnant les voya-* « *geurs* » (2).

On a prétendu, il est vrai, qu'il ne faut point voir là une dérogation apportée au principe général de notre art. 632. Un voyageur, ayant perdu au chemin de fer une malle qui l'accompagnait, assigne la compagnie devant le tribunal de commerce; celui-ci rejette le déclinatoire proposé par la compagnie, et, sur l'appel, la Cour de Poitiers confirme, par les motifs suivants : « Il n'est pas douteux que le texte de la loi de 1838 n'embrasse les faits du procès, que le mot *voituriers* ne renferme toute entreprise de transport par terre et par conséquent celle des chemins de fer; il s'agit de savoir,

(1) Dev.-Car., 41, 1, 427. Comp. M. Bédarride, *op. cit.*, n° 261.
(2) J'ai déjà eu l'occasion de citer cette disposition de la loi de 1838. Voy. t. I, p. 367, note 2.

non pas si le juge de paix est compétent, mais s'il est seul compétent. La responsabilité des voituriers est établie non seulement par la loi civile (art. 1782 et suiv. du Code civil), mais encore et parallèlement par la loi commerciale (art. 103 et suiv. du Code de commerce) : d'où la conséquence inévitable qu'elle peut être invoquée facultativement devant les tribunaux civils ou de commerce (1). Le principe est admis par la jurisprudence, qui repousse le déclinatoire du voiturier, proposé tour à tour contre la juridiction civile et contre la juridiction commerciale, dans le cas où le voiturier seul avait fait acte de commerce (2).

« La question revient donc à savoir s'il a été dérogé à cet état de la législation par la loi de 1838, en ce sens que les juges de paix, juges d'exception jusque-là en matière civile seulement, auraient été appelés à connaître dans certains cas, dans certaines limites, des matières commerciales. Un pareil changement, une dérogation si grave à l'ordre des juridictions établies, nécessitait une disposition expresse, qui ne se rencontre point dans la loi nouvelle. Son texte se concilie même difficilement avec cette hypothèse : car, en parlant du taux de la compétence des tribunaux de première instance, elle n'a point en vue les tribunaux de commerce, dont le dernier ressort ne s'élevait alors qu'à 1,000 francs; il était nécessaire cependant de parler de ces tribunaux, ne fût-ce que pour dire s'ils connaîtraient sur l'appel des affaires commerciales distraites de leur compétence. — D'ailleurs, on ne peut voir une dérogation implicite dans la généralité des termes de la loi. Ses termes sont généraux, en effet, mais en tant qu'ils s'appliquent aux matières civiles seulement. Une exclusion formelle des affaires commerciales devenait inutile,

(1) Si je comprends bien le sens du mot *facultativement*, il y a là une erreur évidente. Le voiturier dont s'occupe le Code de commerce n'est pas du tout celui dont s'occupe le Code civil : le premier seul fait acte de commerce.

(2) Ceci se rattache à une théorie générale d'après laquelle, une convention étant commerciale pour l'une des parties et civile pour l'autre, celle-ci pourrait à son choix porter son action devant le tribunal civil ou devant le tribunal de commerce. J'aurai bientôt occasion de revenir sur cette théorie, que je tiens pour complètement fausse.

alors qu'il s'agissait d'étendre et non de changer la compétence toute civile des justices de paix; les contestations entre voyageurs et voituriers n'y sont considérées qu'au point de vue de leur caractère civil, et il est à remarquer que la loi de 1838 n'a placé dans les attributions du juge de paix aucune action purement commerciale.

« Si l'on se reporte à la discussion de la loi pour y découvrir l'intention du législateur, on voit qu'il a voulu assurer aux parties une justice prompte et économique. Ce but, il l'a atteint en obligeant le voiturier demandeur à plaider devant le juge de paix plutôt que devant le tribunal civil du domicile du voyageur. Mais le résultat eût été tout autre à l'égard du voyageur obligé de plaider devant le juge de paix du domicile du voiturier : la suppression de la juridiction commerciale le priverait de la garantie de la contrainte par corps, et lui ferait subir des retards et des dépenses considérables hors de toute proportion avec l'intérêt, le plus souvent minime, qu'il s'agirait de sa part de sauvegarder. — Cette volonté du législateur, de ne saisir les juges de paix que des contestations civiles, et de réserver dans son entier la compétence des tribunaux consulaires, telle qu'elle est établie aux art. 631 et 632 du Code de commerce, ressort d'une manière non équivoque d'un incident de cette discussion, qui a eu pour résultat le rejet d'un amendement tendant à faire rentrer dans les attributions des juges de paix les causes commerciales, dans les mêmes limites que les causes civiles... » (1).

(1) Arrêt du 12 février 1861 (Dev.-Car., 61, 2, 332). — J'avoue que je ne saisis pas très bien la pensée de la Cour de Poitiers. Le pourvoi formé contre son arrêt a toutefois été rejeté par la Chambre civile, le 4 novembre 1863 (Dev.-Car., 64, 1, 132). — MM. Lyon-Caen et Renault s'expriment, au contraire, avec une netteté parfaite lorsqu'ils disent (nº 372) : « Il est certain que le voiturier agissant contre le voyageur ne peut l'actionner que devant le juge de paix : pour le voyageur, le contrat n'a rien de commercial. Mais, si c'est le voyageur qui actionne le voiturier, et si la valeur du litige ne dépasse pas 1,500 francs, le procès doit-il nécessairement être porté devant le juge de paix? On peut le soutenir, en s'appuyant sur le texte de la loi du 25 mai 1838 : elle ne réserve pas d'option au demandeur quel qu'il soit. De nombreux arrêts reconnaissent pourtant au voyageur l'option entre la juridiction civile et la juridiction consulaire. Cette option, d'après une jurisprudence constante,

Le texte de la loi résiste manifestement à l'interprétation donnée par la Cour de Poitiers. Aussi cette interprétation a-t-elle été repoussée soit par la Cour de Limoges, le 2 mai 1862, soit par la Cour de Paris, le 20 juin 1863. Comme le dit la Cour de Paris, « la loi, qui a étendu la juridiction des justices de paix dans le but, qu'exprime l'*Exposé des motifs*, de terminer sans frais et sans retard, et souvent au moyen d'un arbitrage équitable, des différends qui s'élèvent sur des points de fait d'une solution simple et facile, établit une compétence nouvelle et uniforme, quelle que soit celle des parties au nom de laquelle la demande est formée. On ne peut admettre, contre le texte formel de l'art. 2 et l'esprit général de la loi, qu'elle ait entendu réserver et maintenir la compétence des tribunaux de commerce, lorsque l'action serait intentée contre les voituriers, et subordonner ainsi toujours son application à la volonté des voyageurs, qui seuls peuvent être demandeurs dans des contestations de cette nature..... » (1).

III. *Entreprise de fournitures, d'agences, bureaux d'affaires, établissements de vente à l'encan, de spectacles publics.* — L'*entreprise de fournitures* est un commerce qui consiste à spéculer sur la différence des prix d'achat et des prix de revente. Ce qu'il y a ici de particulier, comme le remarque très bien M. Bravard (2), c'est qu'on commence par vendre, et qu'on se procure ensuite les objets qu'on a vendus et qu'on doit fournir. Il faut donc tenir pour certain ce que dit M. Dalloz : « La disposition qui répute commerciale toute entreprise de « fournitures repose sur la présomption que celui qui s'oblige « à livrer une certaine quantité de denrées ou marchandises « doit, s'il ne l'a déjà fait, les acheter en vue de bénéficier « sur la revente... Il ne peut y avoir réellement entreprise de « fournitures, dans le sens de l'art. 632, qu'autant qu'il y a appartient à la personne qui intente une action à raison d'un acte qui est commercial pour le défendeur seul : on ne voit pas pour quelle raison elle serait supprimée dans les cas prévus par la loi de 1838... »

(1) Dev.-Car., 63, 2, 163. — Voy. aussi M. Glasson, *Revue crit. de législ. et de jurispr.*, année 1881, p. 246.

(2) Ci-dessus, p. 238 et 239.

« achat ou du moins possibilité et présomption d'achat pour « revendre, présomption qui cesse d'exister là où l'engage- « ment du fournisseur est expressément limité aux denrées « de son cru, et de fait n'excède pas cette limite » (1).

Il peut y avoir *entreprise de fournitures* lors même qu'une personne se serait engagée à fournir, non pas la propriété, mais seulement l'usage de certains objets. Ainsi, une grande fête devant avoir lieu, celui qui s'oblige à procurer des objets nécessaires à la décoration, objets qu'il pourra retirer après la fête, celui-là est un *entrepreneur de fournitures*. Ce que la loi dit ici doit être complété par ce qu'elle a dit dans le n° 1 de notre article.

Il arrive souvent que l'État est partie dans les marchés de fournitures. La règle générale, en cas pareil, est que toute contestation qui viendrait à s'élever devra être portée devant le ministre compétent. Bien entendu, il n'en est ainsi qu'autant que l'État est en cause : qu'une contestation vienne à s'élever entre le fournisseur et un sous-traitant, c'est le tribunal de commerce qui sera compétent. — Il y a certains marchés de fournitures pour lesquels c'est le Conseil de préfecture qui a reçu compétence. Tels sont les marchés qui ont pour objet la fourniture des matériaux nécessaires à l'exécution des travaux publics, et aussi, d'après la jurisprudence du Conseil d'État, les marchés passés pour le service des maisons centrales de détention. — Quant aux marchés de fournitures pour le compte des départements, des communes ou des établissements publics, c'est devant le tribunal de commerce que l'entrepreneur devrait être poursuivi, sauf que le Conseil de préfecture est toujours compétent quand il s'agit de fournitures pour l'exécution de travaux publics (2).

— Se mettre à la tête d'une *agence* ou d'un *bureau d'affaires*, c'est faire acte de commerce. Les expressions de la loi mon-

(1) *Op. et v°-cit.*, n°s 191 à 193. Voy. aussi l'arrêt, déjà cité, de la Cour de Poitiers, du 7 janvier 1856 (ci-dessus, p. 354).

(2) Voy. M. Cabantous, *Répétitions écrites sur le droit public et administratif*, 3e édition, n°s 546-548; M. Ducrocq, *Cours de droit administratif*, t. I, n°s 416, 432 et 433. Comp. MM. Molinier, *op. cit.*, n° 33, et Dalloz, *op. et v° cit.*, n°s 200-202.

trent bien qu'un homme qui plus ou moins souvent aura accepté d'autrui des mandats salariés ne devra pas nécessairement être considéré pour cela comme ayant fait des actes de commerce. Il faut encore ici qu'il y ait *entreprise*, que l'homme s'annonce au public comme étant à la disposition de tous ceux qui voudront lui donner pouvoir de faire pour eux certaines démarches. Du reste, il n'y a pas besoin de supposer qu'il s'agit exclusivement de représenter les tiers dans des affaires commerciales : l'entreprise d'une agence ou d'un bureau d'affaires est commerciale, non pas en raison de la nature des affaires que devra suivre l'entrepreneur, mais en raison de la spéculation qu'il veut faire sur le salaire qu'il obtiendra pour ses soins et pour ses démarches. Comme le dit M. Nouguier, « les agents d'affaires guident le plaideur « au début de son procès, poursuivent auprès des adminis- « trations le recouvrement de créances méconnues, négocient « pour leurs clients des valeurs dont le produit immédiat est « utile, procurent des emplois à ceux qui les recherchent, « perçoivent les arrérages des rentes sur l'État ou sur les « particuliers (1), pénètrent même dans l'intérieur des familles « et mettent en rapport des personnes inconnues l'une à « l'autre qui désirent contracter un mariage, fournissent des « placements pour les capitaux, gèrent les fortunes des grands « propriétaires, dirigent les opérations des faillites, s'occu- « pent de traduire en des langues diverses les documents qui « leur sont remis : en un mot, les agents d'affaires donnent « la direction à tous les intérêts, acceptent tous les mandats « et spéculent sur le salaire que mérite leur empressement à « satisfaire à tous les besoins » (2).

Je crois qu'on devait considérer comme rentrant dans les termes de la loi les *agences de remplacement militaire* : c'était

(1) Ainsi, de la part du *receveur de rentes*, s'il n'y a pas entreprise de commission (voy. ci-dessus, p. 364), il y a du moins entreprise d'agence, il y a par conséquent acte de commerce. Comp. M. Dalloz, *op. et v° cit.*, n° 169 *in fine*.

(2) *Op. cit.*, t. I, p. 427 et 428. — La Chambre des requêtes a jugé, le 8 novembre 1876 (Dev.-Car., 77, 1, 20), qu'il y avait acte de commerce de la part d'un agent d'affaires acceptant le mandat de vendre un immeuble.

bien là une entreprise commerciale. La question ne peut plus se présenter aujourd'hui (1).

La jurisprudence se refuse à voir dans les *agréés* des commerçants. Mais cela est très contestable (2).

L'agent d'affaires fait acte de commerce : donc, si celui qui l'a employé est dans le cas de le poursuivre, il le poursuivra devant le tribunal de commerce, sans distinguer si l'affaire dont il l'a chargé était civile ou commerciale (3). *Quid* dans le cas inverse, lorsque c'est l'agent d'affaires qui poursuit son client, par exemple en paiement des honoraires convenus? En principe, la connaissance de l'action appartient alors au tribunal civil, à moins que le client ne soit lui-même commerçant, cas auquel il y aurait lieu d'appliquer le n° 1 de l'art. 631. C'est ce que la Cour de Paris a plusieurs fois jugé (4). Et la Cour de cassation, par son arrêt du 15 décembre 1856, a reconnu que le tribunal de commerce était compétent pour statuer sur la demande formée par un agent d'affaires en paiement d'une *commission* à lui promise pour la vente d'un fonds de commerce; la Cour ajoute, ce qui à mon sens allait de soi, que le tribunal de commerce était également compétent pour statuer sur la demande reconventionnelle formée contre l'agent d'affaires en restitution des sommes payées d'avance sur cette commission. — Du reste, en 1863, la Cour de Paris a rendu deux arrêts qui ne paraissent pas être parfaitement d'accord. L'un, de la 1re chambre (du 11 avril), porte que le contrat aux termes duquel N... avait

(1) La loi du 26 avril 1855 (art. 5 et suiv.) n'atteignait pas les compagnies d'assurance *avant le tirage*, qui avaient pour objet de fournir aux jeunes gens que le sort n'aurait pas favorisés le montant du prix fixé pour l'exonération. Aujourd'hui il n'y a plus de remplacement possible; tout Français doit le service militaire personnel.

(2) Voy. MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, n° 140.

(3) Jusqu'en 1867, l'agent d'affaires était contraignable par corps. — Doit-il être inscrit sur les listes électorales consulaires? L'affirmative a été admise par un arrêt de cassation, du 23 décembre 1884 (Sir., 85, 1, 73). Il est vrai qu'aux termes de cet arrêt l'agent d'affaires ne serait commerçant qu'autant qu'il ne restreindrait pas sa profession à certaines opérations; mais ce tempérament me paraît tout à fait arbitraire. Voy. aussi la note de M. Lyon-Caen.

(4) Voy. notamment les arrêts du 23 mai et du 23 septembre 18 (Dev.-Car., 57, 2, 598 et 599).

chargé C... de poursuivre et d'opérer le recouvrement d'un certain nombre de créances était purement civil, et qu'il ne saurait perdre ce caractère soit parce que N... serait commerçant, soit parce que les poursuites dont il aurait chargé C... se rattacheraient au commerce dudit N...; qu'en conséquence le tribunal de commerce n'était pas compétent pour connaître de la demande de C... L'autre, de la 2e chambre (du 23 juin), admet bien également l'incompétence du tribunal de commerce, mais la motive sur ce que, les créances à recouvrer n'ayant aucun caractère commercial, le mandat ne saurait avoir un caractère différent (1). Quant à moi, je déciderais, en principe, avec la 1re chambre, que le mandat est un acte civil de la part du mandant, malgré la nature commerciale des créances à recouvrer.

— Les *établissements de ventes à l'encan* ressemblent beaucoup aux *agences* ou *bureaux d'affaires*. Aussi la loi les a-t-elle mis sur la même ligne. On suppose un individu qui, dans un local à ce affecté, met en vente les objets que le propriétaire lui confie : les objets pourront ainsi atteindre un prix plus élevé que si le propriétaire lui-même faisait appel aux acheteurs, et c'est précisément là-dessus que spécule l'entrepreneur dont nous parlons. — On peut dire encore avec raison que cet entrepreneur se livre à des actes de courtage (2).

Il n'y a pas à distinguer suivant que les ventes doivent se faire *aux enchères* ou *au rabais* : la disposition de la loi s'applique également aux deux cas. La *vente aux enchères* suppose qu'une mise à prix est proposée, et que les personnes présentes sont appelées à enchérir sur cette mise à prix : l'objet est adjugé à la personne qui a fait la plus forte enchère. Au contraire, la *vente au rabais* suppose qu'on commence par déterminer une mise à prix assez élevée : celui-là reste adjudicataire qui le premier consent à payer ce prix sans diminution; si personne n'y consent, une réduction est opérée sur la mise à prix; une deuxième réduction pourra encore être opérée, et ainsi de suite, jusqu'à ce que, le prix le plus

(1) Dev.-Car., 63, 2, 223.

(2) Voy. M. Nouguier, *op. cit.*, t. I, nº 437; et M. Orillard, *op. cit.*, nº 344.

bas auquel le propriétaire veut vendre ayant été inutilement offert, il n'y a plus qu'à retirer la chose.

Jusqu'en 1841 il était parfaitement permis de mettre ainsi en vente toute espèce d'objets. Aujourd'hui une distinction doit être faite. L'art. 1er de la loi du 25 juin 1841 contient, en effet, la disposition suivante : « Sont interdites les ventes « en détail des marchandises neuves, à cri public, soit aux « enchères, soit au rabais, soit à prix fixe proclamé, avec ou « sans l'assistance des officiers ministériels. » Cette interdiction a été prononcée surtout dans l'intérêt du commerce sédentaire, que le législateur a voulu protéger contre les moyens employés par le colportage pour provoquer la concurrence des acheteurs (1). Le législateur a-t-il réellement atteint son but ? L'interdiction qu'il a établie n'a-t-elle pas quelque chose d'excessif? Ce sont des points sur lesquels on peut discuter. Il me suffira de dire que le projet de loi a rencontré dans les deux Chambres une opposition très véhémente, et que notamment dans la Chambre des pairs il n'a passé qu'à une faible majorité. Un magistrat de qui l'expérience égale le savoir, M. Massé, critique avec beaucoup de force et de justesse le système dont il s'agit (2).

La loi interdit les ventes en détail, à cri public, soit aux enchères, soit au rabais, soit *à prix fixe proclamé*. Que signifient ces derniers mots? Il faut convenir qu'ils rendent bien imparfaitement la pensée du législateur. Voici comment le garde des sceaux les a expliqués à la Chambre des députés : « Il est arrivé souvent que des négociants, ou plutôt, pour me servir d'une plus juste expression, que des colporteurs apportent dans une ville des marchandises assez considé-

(1) « Par la rapidité avec laquelle se font ces ventes, disent MM. Lyon-Caen et Renault (*Traité*, t. III, n° 209), elles donnent la plus grande facilité pour tromper l'acheteur, qui n'a pas le temps de réfléchir. Elles peuvent fournir au commerçant sur le point de faire faillite un moyen de faire disparaître le gage de ses créanciers; parfois même elles permettent d'écouler des marchandises provenant de vol. En livrant tout à coup, dans un seul lieu, à la consommation une grande quantité d'objets de même nature, elles peuvent causer un grave préjudice aux commerçants qui ne veulent faire des ventes que dans les conditions ordinaires. »

(2) *Op. cit.*, t. II, nos 904 et suiv.

rables; ils annoncent une vente à prix fixe. D'abord ils montrent au public un mouchoir, par exemple, le font circuler et l'adjugent au prix proclamé. Mais bientôt ils vendent, au même prix, un grand nombre de mouchoirs d'une qualité inférieure; de telle sorte que, au lieu de débiter des marchandises de la bonté de l'échantillon, ils finissent par vendre des marchandises détériorées, de rebut, aux dépens du public et de la foi due aux enchères. Voilà les ventes à prix fixe qu'on a voulu proscrire. Mais il est entendu que le négociant loyal, qui déclare vendre à prix fixe, fait un acte de commerce excellent que le projet est loin de vouloir atteindre. » De la discussion qui s'est engagée à cet égard il résulte que la disposition doit seulement s'appliquer au cas où un marchand arrêterait autour de lui une foule d'individus qui, n'ayant pas besoin d'abord d'acheter, se trouveraient excités par l'espoir du bon marché, et donneraient ainsi au marchand le moyen de leur vendre frauduleusement et par ruse sa marchandise beaucoup au-dessus de sa valeur (1).

La loi de 1841 n'interdit que les ventes en détail de *marchandises neuves* (2). En ce qui concerne les objets mobiliers ayant déjà servi, qui par exemple se trouvent compris dans la succession d'un défunt (3), rien ne s'oppose à ce qu'ils

(1) Dans une espèce où une vente de bestiaux avait été poursuivie sans la participation du public aux enchères, puisque les membres du comice de Reims y avaient seuls été admis, un arrêt de la Cour de Paris, du 13 juillet 1875, dit que la loi du 25 juin 1841 n'était pas applicable (Dev.-Car., 75, 2, 316).

(2) Aux termes de l'*Exposé des motifs*, « pour que des marchandises « ne puissent être vendues en détail, il est évident qu'il faut qu'elles « soient neuves, et, en outre, qu'elles aient été achetées par un commer- « çant avec l'intention primitive de les revendre : car, sans cela, il ne « saurait y avoir acte et objet de commerce, conditions essentielles de la « loi ».

Je lis, dans les *motifs* d'un arrêt de cassation, du 3 février 1885, « que, pour imprimer aux tableaux vendus le caractère de *marchandises neuves*, l'arrêt attaqué se borne à dire qu'ils sont revenus dans les magasins d'une personne vendant des choses pareilles, et que par cela seul ils doivent être considérés non seulement comme des marchandises, mais encore comme des marchandises neuves; qu'une telle déclaration est manifestement erronée en droit, le caractère de nouveauté de la marchandise se constituant d'éléments propres et divers qu'il est du devoir du juge de constater » (Sir., 85, 1, 344).

(3) C'est le cas que suppose M. Bravard, ci-dessus, p. 238.

soient vendus à cri public, soit aux enchères, soit au rabais. L'individu qui se chargerait habituellement, et moyennant salaire, de recevoir de pareils objets, de fournir une salle où l'on pût procéder à la vente, etc., ferait acte de commerce, conformément à notre art. 632.

Même en ce qui concerne les marchandises neuves, la loi de 1841 (art. 2-5) admet certains cas où par exception il est permis de les vendre publiquement et aux enchères (1).

Enfin les ventes publiques aux enchères de marchandises en gros peuvent être faites par le ministère des courtiers, suivant des règles auxquelles renvoie l'art. 6 de la loi de 1841. Voy. aussi la loi du 28 mai 1858 *sur les ventes publiques de marchandises en gros*, ainsi que le décret impérial du 12 mars 1859, *portant règlement d'administration publique pour l'exécution des lois du 28 mai 1858 sur les négociations concernant les marchandises dans les magasins généraux et sur les ventes publiques de marchandises en gros* (2).

La communauté des huissiers, celle des commissaires-priseurs, possèdent, dans plusieurs villes, des salles pour les ventes que la loi les charge de faire. Mais, comme le remarque très bien M. Molinier, l'établissement de ces salles ne saurait constituer de leur part un acte de commerce, parce qu'il n'a pour objet que l'exercice de leur profession (3).

— La loi répute acte de commerce *toute entreprise de spectacles publics*. Il en était autrement avant la promulgation du Code de commerce, et même la disposition dont il s'agit n'a été insérée dans le Code que sur les observations de la Cour de Paris. Anciennement, le directeur de théâtre était toujours en même temps acteur et souvent auteur : il s'agissait

(1) Sur ces cas exceptionnels, voy. MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. III, nos 215 et suiv.

(2) Pour qu'on puisse facilement emprunter sur des marchandises qu'on dépose dans les *magasins généraux*, il faut donner au prêteur le moyen de faire vendre promptement et au plus haut prix possible : aussi la loi *sur les ventes publiques de marchandises en gros* porte-t-elle la même date que la loi *sur les magasins généraux*. Il existe, du reste, sur les magasins généraux une nouvelle loi, qui porte la date du 31 août 1870.

(3) *Op. cit.*, no 45. — Voy. aussi MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, no 141, p. 125, note 2.

uniquement pour lui de produire son talent devant le public et d'en tirer parti. On pouvait donc avec raison le considérer comme exerçant, en quelque sorte, une profession purement civile, à peu près comme le peintre qui expose ses tableaux. Mais, depuis la Révolution, et particulièrement de nos jours, le directeur de théâtre, en général, est avant tout un spéculateur : il spécule sur le talent des artistes qu'il présente au public, sur l'éclat de la mise en scène, etc.; il a besoin de risquer un capital assez considérable. Le législateur a donc consacré une idée juste quand il a réputé acte de commerce *toute entreprise de spectacles publics*.

Ces expressions, du reste, sont assez larges pour que nous ne devions pas restreindre la disposition de la loi au cas où il s'agit de donner des représentations théâtrales proprement dites. Comme celui qui tient un café achète nécessairement des marchandises pour les revendre, sans aucun doute il fait acte de commerce : comment donc pourrait-on décider autrement quant à celui qui tient un café-concert? De même encore pour celui qui tient une salle de danse et qui fournit des rafraîchissements. Mais, indépendamment même de cette dernière circonstance, tenir une salle de danse, c'est faire acte de commerce : car c'est spéculer sur la location de la salle, où peuvent entrer en payant tous ceux qui le veulent, sur la location de la musique, etc. Je suis également disposé à voir un acte de commerce de la part de celui qui fait métier de s'enlever en ballon et qui admet le public, moyennant une certaine rétribution, à entrer dans l'enceinte d'où le ballon doit s'élancer (1).

Mais j'aurais beaucoup de peine à voir un acte de commerce dans le fait par un artiste, par un professeur de chant, de donner un concert à son profit. Les raisons par suite desquelles, anciennement, même le directeur d'un théâtre n'était point considéré comme faisant acte de commerce s'appliquent ici dans toute leur force. D'ailleurs, est-il possible de dire,

(1) Le tribunal de commerce de la Seine, par jugement du 24 janvier 1887, a même vu un acte de commerce dans le fait de celui qui exhibe moyennant rétribution un homme faisant sur lui-même des expériences de jeûne prolongé. Voy. MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, nº 142.

sans faire violence aux mots, que, de la part de l'artiste qui, une fois par hasard, organise un concert, il y ait *entreprise de spectacles publics?* Il me paraît évident, et c'était aussi l'opinion de M. Bravard, que les rédacteurs de notre art. 632, en employant le mot *entreprise,* ont toujours voulu exprimer une série d'actes d'une certaine nature, et non pas un acte isolé. La Cour de Paris a cependant jugé le contraire, mais sans donner aucun motif à l'appui de sa décision, par un arrêt du 3 juillet 1857 (1).

Puisque l'entreprise de spectacles publics constitue un acte de commerce, il s'ensuit que, s'il y a lieu d'actionner l'entrepreneur à raison d'actes faits par lui en cette qualité d'entrepreneur, c'est devant le tribunal de commerce que l'action devra être portée. Cela s'applique sans difficulté au cas de poursuites exercées par un acteur ou par un musicien, par un employé, par un fournisseur, par un abonné. *Quid* s'il s'agit de poursuites exercées par le propriétaire de la salle contre l'entrepreneur, considéré comme locataire? En général, on n'admet pas que le commerçant qui, pour l'exercice de son commerce, prend une boutique à loyer, fasse en cela un acte de commerce et doive être poursuivi devant la juridiction consulaire pour inexécution du contrat de bail : la boutique est pour lui un moyen de spéculer, elle n'est pas l'objet même de la spéculation. Pour la salle de spectacle, il n'en est pas tout à fait de même : le directeur spécule sur le profit qu'il retirera de la location des différentes places destinées au public : en prenant la salle à loyer, il loue pour relouer ou pour sous-louer. J'admettrais donc volontiers qu'il y a là de sa part un acte de commerce (2). La Cour de Paris est allée plus loin : elle a décidé que le propriétaire d'un terrain, faisant construire un théâtre avec l'intention de l'exploiter lui-même, fait en cela un acte de commerce, et que, par conséquent, l'architecte devra le poursuivre, s'il y a lieu, devant la juridiction consulaire. En effet, ainsi que le

(1) Dev.-Car., 58, 2, 193. — Sur ce point, je me trouve d'accord avec M. Molinier, *op. cit.*, n° 47, et avec MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité,* t. I, n° 143.

(2) Voy. cependant MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité,* t. I, n° 144.

dit M. Nouguier, la construction du théâtre peut être considérée comme le premier acte de l'entreprise de spectacles publics, spécialement réputée acte de commerce par l'art. 632 (1).

Si l'entrepreneur de spectacles publics est justiciable, en cette qualité, du tribunal de commerce, devons-nous en dire autant des artistes qu'il a engagés? A cet égard, les opinions sont très divergentes. Suivant M. Molinier, « l'acteur qui « perçoit des gages fixes n'en concourt pas moins, avec le « directeur qui le paie, à l'entreprise qui a pour objet d'offrir « un spectacle au public; quoiqu'il ne soit pas associé, quoi- « qu'il ne perçoive pas une quotité des bénéfices, il n'en est « pas moins vrai que l'entreprise n'existe que par son con- « cours et qu'il s'engage avec elle vis-à-vis du public. Il « n'est plus dans la position de l'artiste qui fait librement « valoir son talent par lui-même : il a spéculé sur l'engage- « ment de ses services, sur l'habileté du directeur de la « troupe dont il fait partie, et il a fait de l'exercice de son « art l'objet d'une opération commerciale... L'acteur fait « également acte de commerce en achetant les costumes, les « parures et autres objets qu'exigent ses rôles. C'est, en « effet, en vue d'une spéculation commerciale qu'il fait ces « achats... Ceux qui lui font ces fournitures lui accordent du « crédit en vue des bénéfices commerciaux que ces objets « doivent lui procurer » (2). Cette doctrine conduit à dire, non seulement que l'acteur doit être poursuivi devant le tribunal de commerce, mais encore que la contrainte par corps devait être prononcée contre lui toutes les fois qu'il était condamné au paiement d'une somme principale de 200 francs ou au-dessus (3). Mais cette doctrine, en elle-même, me paraît complètement erronée. Ce qui est acte de commerce, aux termes de la loi, c'est l'entreprise de spectacles publics; or, si cette entreprise existe du côté du directeur, elle n'existe point du côté de l'acteur. Du côté de celui-ci, il y a pure-

(1) *Op. cit.*, t. I, p. 445 et 446. — L'arrêt de la Cour de Paris est du 10 juillet 1837.

(2) *Op. cit.*, nos 49 et 50.

(3) Loi du 17 avril 1832, art. 1er.

ment et simplement une location de services, c'est-à-dire un contrat civil.

Une opinion plus répandue consiste à dire que sans doute l'acteur, en contractant un engagement, ne fait pas acte de commerce, mais que l'acteur, une fois engagé, n'est, en réalité, que le facteur ou le commis d'un commerçant, et qu'ainsi, aux termes de l'art. 634-1°, il est justiciable du tribunal de commerce pour le fait du trafic du directeur auquel il est attaché (1). Dans ce système, comme le remarque M. Nouguier, l'acteur n'aurait pas été, ainsi que dans le précédent, de plein droit contraignable par corps ; la contrainte par corps aurait pu seulement être prononcée contre lui pour dommages-intérêts au-dessus de 300 francs, conformément à l'art. 126 du Code de procédure civile (2). — A mon sens, ce deuxième système n'est pas plus admissible que le premier. Il est absolument contraire à l'esprit de la langue française et même à la nature des choses de considérer les artistes comme étant les facteurs ou les commis du directeur qui les a engagés (3).

En 1865, la Cour de Paris a consacré les véritables principes. Le tribunal de commerce de la Seine avait décidé « que les artistes dramatiques apportent aux directeurs de « théâtre, par l'emploi de leur talent, un concours à l'ex- « ploitation d'entreprises essentiellement commerciales ; que « leur engagement avec les directeurs, fixant les conditions « de ce concours, est un contrat de louage de leur industrie, « nécessairement soumis, pour les contestations que peut « soulever l'exécution de ses clauses, à l'appréciation des « tribunaux de commerce... ». En appel, ce jugement a été infirmé : « Attendu que, si l'exploitation d'un spectacle « public constitue une opération commerciale, le comédien « ne fait pas acte de commerce ; qu'il n'est point intéressé « dans l'entreprise; qu'il ne participe point aux chances de

(1) D'après M. Alauzet (t. VIII, n° 2984), les acteurs seraient, sinon les *facteurs*, du moins les *commis* du directeur.

(2) M. Nouguier, *op. cit.*, t. I, p. 443 et suiv. Comp. MM. Dalloz, *op. et v° cit.*, n° 242; Orillard, *op. cit.*, n° 350; Bédarride, *op. cit.*, n° 285; Bravard, ci-dessus, p. 245.

(3) Comp. ce que j'ai dit à propos de l'art. 549, t. V, p. 582, note 2.

« bénéfices ou de pertes; qu'en louant son industrie il ne « contracte qu'un engagement civil; — Attendu, d'autre « part, que, en vertu de cet engagement, le comédien ne « devient pas commis ou serviteur de l'entrepreneur de « théâtre, qu'il n'agit ni comme son mandataire, ni comme « son représentant; — Qu'ainsi la compétence du tribunal de « commerce ne peut s'appuyer sur les dispositions ni de « l'art. 632 ni de l'art. 634 du Code de commerce » (1).

De même, la Cour de cassation, en 1875 : « Les tribunaux « de commerce, a-t-elle dit, n'exercent qu'une juridiction « exceptionnelle, qui ne peut être étendue au delà des limites « déterminées par la loi. Le traité par lequel un artiste dra- « matique s'engage avec le directeur d'un théâtre public à « remplir un rôle dans les représentations données sur ce « théâtre, n'est autre chose qu'un louage d'industrie qui ne « saurait constituer par lui-même un acte de commerce. On « ne saurait, d'ailleurs, considérer les acteurs comme associés « à l'entreprise théâtrale, à laquelle il ne font que prêter le « concours de leur art moyennant un traitement ou des « appointements déterminés : d'où il suit qu'ils ne peuvent « être justiciables de la juridiction commerciale en vertu de « l'art. 632. On ne saurait non plus leur appliquer la dispo- « sition de l'art. 634, qui attribue aux tribunaux de commerce « les actions intentées contre les facteurs, commis des mar- « chands ou leurs serviteurs : aucune de ces dénominations, « en effet, ne peut convenir aux artistes dramatiques, et il « est impossible de leur appliquer par analogie une disposi- « tion tout exceptionnelle dans laquelle ils ne sont pas nom- « mément compris » (2).

IV et V. *Toute opération de change, banque et courtage; toutes les opérations des banques publiques.* — Il faut remarquer tout d'abord, avec M. Dalloz (3), qu'ici la loi substitue le mot *opération* au mot *entreprise*, de sorte que le caractère d'acte

(1) Arrêt du 25 février 1865 (Dev.-Car., 65, 2, 325).

(2) Arrêt de cassation, du 8 décembre 1875 (Dev.-Car., 76, 1, 25). Voy. aussi MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, n° 145.

(3) *Op. et v° cit.*, n° 244.

de commerce s'attache même à une opération unique de change, de banque ou de courtage.

Qu'est-ce que l'*opération de change* dont il est ici question? Suivant M. Bravard (1), il s'agit de l'engagement qui résulte du contrat de change, de l'obligation contractée par celui qui tire une lettre de change. Assurément celui-là fait un acte de commerce; mais notre art. 632 s'occupe de lui dans son n° 7 et dernier, et non pas dans son n° 4. L'*opération de change* indiquée dans ce n° 4, c'est l'opération qui consiste à échanger certaines pièces de monnaie ou des titres *au porteur* contre une autre espèce de monnaie : en un mot, il s'agit ici de ce qu'on appelait autrefois le change *menu* ou *manuel*, par opposition au *cambium locale* ou *trajectitium*. S'il en était autrement, on ne s'expliquerait pas pourquoi les rédacteurs de l'art. 632 auraient pris la peine de reproduire dans le n° 7 une disposition déjà contenue dans le n° 4 (2). Le sens de cette disposition est donc que celui qui, dans l'espoir de réaliser un bénéfice, me remet une certaine monnaie en échange d'une autre, que celui-là, ne fût-il pas changeur de profession, fait un acte de commerce (3). Bien entendu, celui qui se procure, au moyen d'un échange, sans aucune idée de spéculation, des pièces de monnaie qu'il pourra employer plus facilement que celles qu'il abandonne, celui-là ne fait pas acte de commerce. Et de même, lorsque deux personnes, fussent-elles toutes deux commerçantes,

(1) Ci-dessus, p. 234.

(2) Voy. en ce sens, M. Alauzet, *op. cit.*, t. VIII, n° 2987.

(3) Sur ce point, M. Bédarride professe une doctrine absolument contraire à la loi. Il commence par remarquer très justement que, dans notre n° 4, la loi n'exige plus ni l'établissement ni l'entreprise; qu'une opération isolée suffit, non pour conférer à son auteur la qualité de commerçant, mais pour le soumettre à la juridiction consulaire pour toutes les difficultés nées à l'occasion de l'opération. Puis il ajoute : « Cependant « ce principe ne pouvait être absolu : il se modifie selon la nature des « choses. Ainsi, le change s'entend, non seulement de la négociation des « valeurs, mais encore du change d'une monnaie contre une autre;... « or, celui qui accidentellement opérerait un change ne deviendrait pas « commerçant s'il ne l'était déjà; il ne pourrait même, à raison de ce, « être justiciable du tribunal de commerce, alors même qu'il eût réalisé « le bénéfice que le changeur de profession aurait retenu » (*op. cit.*, n° 287).

échangent ensemble des pièces de monnaie diverses, si c'est par simple obligeance et pour se rendre réciproquement service, il n'y a point acte de commerce (1).

— Que faut-il entendre par une *opération de banque?* La principale fonction du banquier consiste à fournir de l'argent ou à prendre l'engagement d'en faire toucher dans tel ou tel lieu. Je n'ai pas à parler ici du cas où une lettre de change est créée, acceptée ou endossée, bien qu'il puisse y avoir là une opération de banque : nous savons que cela rentre dans le n° 7 de notre art. 632, et qu'aux termes de ce n° 7, le tireur, l'accepteur ou l'endosseur fait un acte de commerce. Mais je puis citer spécialement comme exemple d'*opération de banque* l'escompte d'une lettre de change, d'un billet à ordre ou de tout autre titre non encore exigible; de même la remise d'une lettre de crédit, de même l'ouverture d'un crédit à un propriétaire qui veut bâtir une maison sur son terrain, à un commerçant qui veut construire ou armer un navire, etc. — Ici comme dans l'achat pour revendre, comme dans le change de monnaies, etc., on comprend qu'il peut très bien arriver que, des deux parties contractantes, une seule fasse acte de commerce, tandis que l'autre fait un acte purement civil (2).

La loi ne se borne pas à réputer acte de commerce *toute opération de banque;* elle ajoute (art. 632, n° 5) *toutes les opérations des banques publiques*. Je crois, avec M. Bravard (3), qu'on a voulu exprimer par ces derniers mots que telle opération, qui en elle-même serait purement civile, devra être considérée comme commerciale par cela seul qu'elle émane

(1) Comp. MM. Dalloz, *op. et v° cit.*, n° 245; Nouguier, *op. cit.*, t. I, p. 454; Orillard, *op. cit.*, n° 352; Bédarride, *op. cit.*, n° 288; Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, n° 148.

(2) Notamment en ce qui concerne la *lettre de crédit*, voy. M. Molinier, *op. cit.*, n° 60. — Du moment qu'une avance de fonds est faite par un banquier, la Cour de cassation admet que les parties peuvent fixer l'intérêt au taux que bon leur semble. Voy. l'arrêt de cassation, du 29 avril 1868 (Dev.-Car., 68, 1, 281). Au contraire, suivant MM. Lyon-Caen et Renault (*Précis*, t. I, n° 1385), il faut voir si les fonds avancés par le banquier doivent ou non être employés dans une opération commerciale. Voy. aussi, en ce sens, M. Bonfils, professeur à la Faculté de droit de Toulouse (*Revue critique de législ. et de jurispr.*, année 1880, p. 383).

(3) Ci-dessus. p. 236.

d'une banque publique (1). Ainsi, en général, celui qui fait un prêt d'argent, une avance de fonds, même en stipulant des intérêts et en exigeant des sûretés particulières, celui-là fait un acte purement civil : s'il y a lieu de le poursuivre à l'occasion de ce prêt, c'est le tribunal civil qui sera compétent. Au contraire, que la Banque de France fasse une avance sur effets publics français et que, faute par l'emprunteur de satisfaire à son engagement, elle fasse vendre à la Bourse, conformément à l'art. 5 de l'Ordonnance du 15 juin 1834, tout ou partie des effets qui lui ont été transférés, il y a là de sa part un acte de commerce (2). De même lorsqu'elle reçoit à titre de dépôt volontaire les objets mentionnés dans le décret du 3 septembre 1808 (3). Il est clair que la Banque fait également acte de commerce quand elle émet des billets, quand elle se charge de recouvrements, etc.

— Le *courtage*, en général, est le fait d'un individu qui prépare et facilite la conclusion d'un marché, en abouchant deux personnes qu'il sait être disposées, chacune de son côté, à faire le marché dont il s'agit. Paul a du blé à vendre, Pierre désire acheter du blé : ces deux personnes, ne se connaissant pas, n'auront pas l'idée de s'adresser l'une à l'autre ; un tiers, qui est au courant des dispositions de chacune, les rapproche de telle sorte que la vente s'effectue par son entremise. Cette opération de courtage est un acte de commerce, en supposant, bien entendu, que le tiers qui joue ainsi le rôle d'intermédiaire entre les parties, sans s'obliger lui-même, se fasse payer le service qu'il leur a rendu : ce tiers spécule sur la connaissance qu'il a de la situation de la place et de la position actuelle des personnes qui font habituellement des affaires.

(1) On appelle *banques publiques* des sociétés établies sous l'autorité du Gouvernement, régies par des statuts qu'il a sanctionnés et qui lui donnent dans leur gestion un certain droit d'intervention. Voy. MM. Lyon-Caen et Renault, *Précis*, t. I, n° 1369 ; *Traité*, t. I, n° 147.

(2) Le *Mont-de-piété*, qui fait aussi des avances sur nantissement, n'est pas une *banque publique* dans le sens de notre article ; c'est un établissement charitable et non un établissement commercial.

(3) La *caisse d'épargne*, qui reçoit, à titre de dépôt, les espèces monnayées, n'est pas plus que le Mont-de-piété une *banque publique*. Voy. M. Molinier, nos 77 et 78.

La loi du 28 ventôse an IX contient les dispositions suivantes :

ART. 6. « Dans toutes les villes où il y aura une Bourse, il « y aura des agents de change et des courtiers de commerce « nommés par le Gouvernement » (1).

ART. 7. « Les agents de change et courtiers qui seront « nommés en vertu de l'article précédent auront seuls le droit « d'en exercer la profession, de constater le cours du change, « celui des effets publics, marchandises, matières d'or et « d'argent, et de justifier devant les tribunaux ou arbitres « la vérité et le taux des négociations, ventes et achats. »

ART. 8. « Il est défendu, sous peine d'une amende, qui sera « au plus du sixième du cautionnement des agents de change « ou courtiers de la place, et au moins du douzième, à tous « individus autres que ceux nommés par le Gouvernement, « d'exercer les fonctions d'agent de change ou courtier. « L'amende sera prononcée correctionnellement par le tribu- « nal de première instance, payable par corps et applicable « aux enfants abandonnés. »

Ces dispositions sont renforcées par l'arrêté du 27 prairial an X, dans lequel nous trouvons ce qui suit :

ART. 4. « Il est défendu, sous les peines portées par les « art. 13 de l'arrêt du Conseil du 26 novembre 1781 et 8 de « la loi du 28 ventôse an IX, à toutes personnes autres que « celles nommées par le Gouvernement, de s'immiscer en « façon quelconque, et sous quelque prétexte que ce puisse « être, dans les fonctions des agents de change et courtiers « de commerce, soit dans l'intérieur, soit à l'extérieur de la « Bourse. Les commissaires de police sont spécialement « chargés de veiller à ce qu'il ne soit pas contrevenu à la « présente disposition. — Il est néanmoins permis à tous « particuliers de négocier entre eux et par eux-mêmes les « lettres de change ou billets à leur ordre ou au porteur, et « tous les effets de commerce qu'ils garantiront par leur « endossement, et de vendre ainsi par eux-mêmes leurs mar- « chandises. »

(1) Cette disposition est reproduite dans l'art. 75 du Code de commerce.

ART. 6. « Il est défendu, sous les peines portées contre « ceux qui s'immiscent dans les négociations sans être agents « de change ou courtiers, à tout banquier, négociant ou « marchand, de confier ses négociations, vente ou achat, et « de payer des droits de commission ou de courtage, à « d'autres qu'aux agents de change et courtiers... »

ART. 7. « Conformément à l'art. 7 de la loi du 28 ventôse « an IX, toutes négociations faites par des intermédiaires « sans qualité sont déclarées nulles » (1).

Il va sans difficulté que toute opération faite par un agent de change ou par un courtier dans l'exercice de ses fonctions est un acte de commerce. Mais que décider en ce qui concerne une *opération de courtage* faite par un simple particulier? Dans les localités où il n'y a pas de Bourse, où par conséquent il n'y a pas de courtiers officiels, chacun est libre de se livrer à des opérations de courtage, et il faut certainement dire, aux termes de notre art. 632, que de la part de celui qui fait une opération de courtage il y a un acte de commerce. Quant au courtage exercé d'une manière illicite, c'est-à-dire exercé par un individu sans qualité dans une ville où il existe une Bourse de commerce, voici comment s'exprime M. Molinier : « Les « négociations ainsi faites par des individus sans qualité sont « déclarées nulles. On doit dès lors en induire que le cour- « tage illicite ne saurait être réputé acte de commerce, puis- « que la loi, loin de l'avouer, dénie même, à cette occasion, « toute action en justice. Les actes du courtier marron n'ont « d'existence juridique qu'à raison des peines encourues par « ceux dont ils émanent. Ils sont censés ne pas exister à « l'égard de la loi commerciale, puisqu'elle ne s'en occupe « que pour les proscrire et pour les frapper de nullité. Ils ne « constituent donc pas des actes de commerce... » (2). Cette doctrine, repoussée par tous les auteurs (3), me paraît, en effet, reposer sur une confusion. L'homme qui, contraire-

(1) Nous savons qu'aujourd'hui, aux termes de la loi du 18 juillet 1866, toute personne est libre d'exercer la profession de *courtier de marchandises*.

(2) *Op. cit.*, n° 53.

(3) Voy. MM. Dalloz, *op. et v° cit.*, n° 255; Nouguier, *op. cit.*, t. I, p. 465; Bédarride, *op. cit.*, n° 295; Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I,

ment à la prohibition de la loi, fait un acte de courtage, sera puni correctionnellement; de plus, la négociation par lui faite est frappée de nullité, ce qui veut dire notamment qu'il n'a droit à aucun salaire. Mais si par ses soins deux personnes ont été mises en présence et amenées à conclure, par exemple, un contrat d'assurance maritime, est-ce que ce contrat d'assurance lui-même est frappé de nullité? Telle n'est point, à mon sens, la pensée de la loi. L'assurance aurait pu se faire valablement sans la médiation, sans l'entremise du courtier marron; en droit, nous tenons pour non avenue cette entremise qui, en fait, a conduit les parties à contracter l'une avec l'autre : le contrat d'assurance n'en subsiste pas moins. Et s'il se trouve qu'il y ait lieu, pour l'une des parties, de demander un compte à l'entremetteur, qui a peut-être touché des sommes par suite du rôle qu'en fait il a joué dans la négociation, je ne comprends pas comment il pourrait argumenter de son délit pour décliner la compétence du tribunal de commerce (1).

Aux termes de l'art. 74 du Code de commerce, la loi reconnaît les courtiers comme agents intermédiaires *pour les opérations commerciales*. S'ensuit-il que, si l'opération conclue par l'entremise d'un courtier n'avait rien de commercial, si, par exemple, un propriétaire a vendu les produits de son cru à un homme qui les achète pour sa consommation personnelle, l'entremise du courtier dût être considérée comme cessant elle-même de constituer un acte de commerce? Je ne le crois pas. L'art. 74 est purement énonciatif : il parle *de eo quod plerumque fit*. Que l'opération soit civile ou commerciale, le courtier par l'entremise de qui elle se conclut fait toujours acte de spéculation. Aussi notre art. 632 dit-il, dans les termes les plus généraux, que la loi répute acte de commerce *toute opération de courtage*. — J'irais même jusqu'à

nº 146. Seul, M. Orillard (nº 364) se range à l'idée de M. Molinier : « Un « délit, dit-il, ne peut donner naissance à un acte de commerce. »

(1) La Chambre des requêtes a cependant jugé (antérieurement à la loi du 28 mars 1885) que, là où des opérations de bourse étaient fictives et n'avaient d'autre cause que le jeu et le pari, elles ne constituaient pas des actes de commerce. Voy. les arrêts du 27 juin 1883 et du 9 mars 1885 (Sir., 85, 1, 241).

penser que le simple particulier qui, d'une manière licite ou d'une manière illicite, s'entremet, moyennant salaire, pour amener la conclusion d'un marché de cette espèce, fait en cela un acte de commerce : il spécule, et le texte de l'art. 632 s'applique parfaitement à lui. Comme le remarque très bien M. Molinier, « le courtage offre un fait séparé de la vente qu'il a eu pour objet d'opérer, et constitue par lui-même un acte de commerce » (1). Seulement il ajoute, et sur ce point je ne saurais adhérer à sa doctrine, que cette décision ne pourrait plus s'appliquer s'il s'agissait de la vente d'une chose qui par sa nature ne peut pas être réputée *marchandise*, d'un immeuble, par exemple (2).

L'agent de change ou le courtier, qui en cas de contestation avec son client devrait être poursuivi devant le tribunal de commerce, peut-il, dans le cas inverse, actionner son client devant le même tribunal ? Cela dépend des circonstances : le client peut avoir fait un acte purement civil ; il peut aussi avoir fait un acte commercial. Je tiens pour parfaitement exacte la doctrine consacrée par la Cour de cassation dans l'arrêt suivant, du 25 juillet 1864 :

« Attendu qu'il est reconnu, en fait, par l'arrêt attaqué, « que F..., agent d'affaires, avait pour élément principal de sa « profession la négociation et le placement pour autrui des « valeurs de bourse ; que c'est pour le fait de son commerce « qu'il s'est mis en rapport avec l'agent de change B... ; qu'il « est résulté de ces relations un compte dont le règlement « fait l'objet de la demande formée par F... contre B... ; et que « l'arrêt conclut de ces faits que le règlement de leurs comptes « respectifs constitue une liquidation d'opérations commer- « ciales, de la compétence des tribunaux consulaires ; — « Attendu que, si l'ordre d'achat et de vente donné à un « agent de change constitue un mandat civil qui ne donne

(1) *Op. cit.*, n° 54.

(2) Au moins faut-il admettre, avec M. Dalloz (*op. et v° cit.*, n° 253), que celui qui ferait profession de mettre en rapport les vendeurs et les acheteurs d'immeubles et de favoriser leurs opérations serait un véritable *agent d'affaires* et passible, à ce titre, de la juridiction consulaire. — Notre manière de voir est pleinement adoptée par MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, n° 146.

« point, en général, à celui-ci une action commerciale contre « son client, il en est autrement lorsque c'est l'agent de change « qui est actionné en justice pour l'exécution de ce mandat, « considéré comme fait de courtage et de commission, aux « termes de l'art. 632 du Code de commerce; et qu'il y a acte « de commerce de la part des deux parties, lorsque les opéra- « tions suivies entre elles se rattachent à leur négoce res- « pectif : au négoce de l'agent d'affaires, ayant pour profes- « sion habituelle la négociation pour autrui des valeurs de « bourse, et à celui de l'agent de change, intermédiaire « obligé de ces sortes de négociations... » (1).

VI. *Lettres de change ou remises d'argent faites de place en place.* — Toute personne obligée par lettre de change, c'est-à-dire comme ayant apposé sa signature sur une lettre de change, s'il y a lieu de la poursuivre en exécution de l'obligation ainsi contractée, est justiciable du tribunal de commerce. Cela s'applique au tireur, à l'accepteur, à l'endosseur. En ce qui concerne le donneur d'aval, il y a quelque chose de particulier : aux termes de l'art. 142, la garantie dont il s'agit peut être fournie sur la lettre même ou par acte séparé, et, dans les deux cas, le donneur d'aval est tenu par les mêmes voies que les tireur et endosseurs (2). — Il n'y a pas ici à s'inquiéter de la cause pour laquelle s'oblige le tireur, l'accepteur ou l'endosseur : cette cause fût-elle purement civile, une fois que la personne est obligée dans la forme d'une lettre de change, elle est justiciable du tribunal de commerce. Cela résulte évidemment de notre art. 632 *in fine;* et la différence qui existe à cet égard entre la lettre de change et le billet à ordre apparaît clairement dans les art. 636 et 637, ainsi que dans l'art. 189. Voyez aussi l'art. 3 de la loi du 17 avril 1832 (3). Pour que la lettre de change soit mise purement et simple-

(1) Dev.-Car., 64, 1, 500. — Je crois, avec MM. Lyon-Caen et Renault (*Traité*, t. I, nos 146 *in fine* et 174 *bis*), qu'il faut admettre la *théorie de l'accessoire* même pour les opérations qui se rattachent à un acte isolé de commerce fait par un non-commerçant.

(2) Comp. notre t. III, p. 232 et suiv., 308 et suiv.

(3) Ce qui est vrai du *billet à ordre* est également vrai du *chèque*. Voy. l'art. 4 de la loi du 14 juin 1865, et notre t. III, p. 577 et suiv.

ment sur la même ligne que le billet à ordre, soit au point de vue de la compétence, *soit au point de vue de la contrainte par corps,* il faut toujours qu'on se trouve dans un des cas exceptionnels où elle ne vaut que comme simple promesse (1).

Aux termes de notre art. 632, la loi répute actes de commerce, *entre toutes personnes,* les lettres de change ou remises d'argent faites de place en place. Par ces mots : *entre toutes personnes,* on a voulu exprimer que celui qui est obligé par lettre de change n'a pas besoin d'être commerçant pour se trouver justiciable du tribunal de commerce : son engagement, d'après la forme même sous laquelle il se produit, constitue, aux yeux de la loi, un acte de commerce : la règle, en cette matière, est que le signataire non commerçant n'est pas traité autrement que le signataire commerçant. Il n'en est pas moins vrai que, conformément à l'art. 113, si une femme ou une fille non négociante ou marchande publique a mis sa signature sur une lettre de change, cela ne vaut à son égard que comme simple promesse, — d'où il résulte, suivant moi, que, dans l'hypothèse où sur le même titre ne se trouverait aucune signature d'individu capable de s'obliger par lettre de change, et où, de plus, l'obligation ainsi contractée ne serait pas en elle-même commerciale, la femme ou la fille dont nous parlons pourrait parfaitement décliner la compétence du tribunal de commerce (2). De même, conformément à l'art. 114, l'engagement qu'aurait pris par lettre de change un mineur non négociant (et non autorisé dans les termes de l'art. 3) est frappé de nullité : le mineur peut bien être condamné *quatenus locupletior factus est,* par application de l'art. 1312 du Code civil ; mais, en principe, c'est au tribunal civil qu'il appartient de prononcer cette condamnation (3).

Supposons qu'une lettre de change a été souscrite par une personne parfaitement capable de s'obliger ainsi ; seulement cette personne demande la nullité de l'obligation, attendu que son consentement aurait été vicié. Ou bien encore la lettre de

(1) Voy. notre t. III, p. 112 et suiv.

(2) Voy. notre t. III, p. 128, note. Comp. M. Orillard, *op. cit.,* n° 386.

(3) Comp. notre t. III, p. 123 et suiv. Voy. aussi M. Orillard, *op. cit.,* n° 390.

change a été souscrite par un mineur commerçant; il demande, la nullité, comme s'étant obligé en dehors des termes dans lesquels il avait été autorisé à faire le commerce. Dans les deux cas, la question de nullité est-elle de la compétence du tribunal civil ou de la compétence du tribunal de commerce? En principe, je suis disposé à dire qu'elle est de la compétence du tribunal de commerce : car, en définitive, il s'agit d'apprécier la validité d'un acte de commerce, de rechercher si une personne se trouve ou non obligée commercialement. Toutefois, la Cour suprême paraît admettre qu'il y a lieu de faire une distinction. La personne qui a souscrit la lettre de change est-elle déjà poursuivie en exécution de son engagement devant le tribunal de commerce : alors ce tribunal sera compétent pour connaître de la nullité alléguée par le défendeur (1). Au contraire, la personne qui a souscrit la lettre de change veut-elle prendre les devants, et, sans qu'aucune poursuite ait encore été exercée contre elle, faire prononcer la nullité de son obligation : alors c'est au tribunal civil qu'elle doit s'adresser. Voici, au surplus, le texte même de l'arrêt, qui porte la date du 23 mars 1857 :

« La Cour :

« Vu les art. 631, 632 et 638 du Code de commerce;

« Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué que le mineur B... « fut valablement émancipé et autorisé à faire le commerce, « conformément aux art. 487 du Code Napoléon et 2 du Code « de commerce; — Attendu que, depuis cette autorisation, « il souscrivit plusieurs lettres de change en faveur d'autres « commerçants; — Attendu que ces lettres de change, mises « en circulation, furent protestées, à leur échéance, faute de « paiement, ce qui motiva l'action du porteur G... devant le « tribunal de commerce; — Attendu que ce tribunal était « compétent pour connaître de cette action, soit à raison de « la nature des titres, soit à raison de la qualité de commer- « çant qui appartenait au tireur, au tiré et aux endosseurs; « — Attendu que, pour soustraire la cause à la juridiction

(1) En vertu de la règle : *Le juge de l'action est le juge de l'exception.* Voy. MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, nº 380.

« consulaire, on oppose vainement pour le mineur B... qu'il « avait déjà saisi la juridiction civile de la demande en nul- « lité de ces lettres de change, comme ayant été arrachées « par dol et par fraude, et même pour des faits étrangers au « commerce pour lequel il avait été autorisé; — Attendu, « d'une part, qu'il ne résulte pas des *qualités* de l'arrêt attaqué « et qu'il n'est pas d'ailleurs justifié que l'action civile ait « précédé l'action commerciale; — Attendu, d'autre part, « qu'aux termes de l'art. 638 du Code de commerce, les bil- « lets souscrits par un négociant sont censés faits pour son « commerce lorsqu'une autre cause n'y est pas énoncée; — « Attendu que les effets dont il s'agit, loin d'exprimer une « cause non commerciale, sont causés, au contraire, *pour* « *valeur en marchandises;* — Attendu que l'allégation du sous- « cripteur ne saurait prévaloir, au point de vue de la com- « pétence, sur cette énonciation ni sur la présomption légale « de commercialité écrite dans l'art. 638 précité; — Attendu « enfin que l'exception de dol ou de fraude, relevée contre « ces lettres de change, pouvait être débattue devant le tri- « bunal de commerce, puisque cette exception se rattachait « essentiellement à la validité et à l'exécution de ces lettres « de change dont ledit tribunal avait été compétemment saisi; « — Attendu qu'en décidant le contraire l'arrêt attaqué a violé « les articles ci-dessus;

« Casse... » (1).

— L'art. 632, tel qu'il a été rédigé en 1807, ne se borne pas à dire que la loi répute actes de commerce entre toutes personnes *les lettres de change;* il ajoute : *ou remises d'argent faites de place en place*. Quelques auteurs entendent ces derniers mots en ce sens que le tribunal de commerce est compétent pour connaître des différends auxquels peut donner lieu le *billet à domicile,* c'est-à-dire le billet à ordre qui est souscrit dans une place de commerce et payable dans une autre. Telle était notamment l'opinion de M. Bravard (2).

La jurisprudence, après avoir hésité pendant longtemps

(1) Dev.-Car., 58, 1, 300.
(2) Ci-dessus, p. 235 et 236.

sur la question, paraît admettre, en dernier lieu, que les règles posées en matière de lettres de change doivent être purement et simplement appliquées à ce qu'on appelle le *billet à domicile*. Je crois que cette jurisprudence n'est conforme ni aux principes, ni à la volonté du législateur de 1807 (1).

Le Sénat a voté, en deuxième lecture (le 7 novembre 1890), un projet de loi qui, selon toute apparence, sera prochainement converti en loi, et qui est ainsi conçu :

« *Article unique*. Le § 1 de l'art. 110, l'art. 112 et le § der-
« nier de l'art. 632 du Code de commerce, sont modifiés ainsi
« qu'il suit :

« Art. 110, § 1. La lettre de change est tirée soit d'un lieu
« sur un autre, soit d'un lieu sur le même lieu. »

« Art. 112. Sont réputées simples promesses toutes lettres
« de change contenant supposition soit de nom, soit de
« qualité. »

« Art. 632, § dernier. Entre toutes personnes, les lettres
« de change et remises d'argent d'un lieu sur un autre. »

Les actes de commerce dont nous avons parlé jusqu'ici et qui sont indiqués dans l'art. 632 se référaient, en général, au commerce terrestre. Aux termes de l'art. 633, la loi répute également actes de commerce certaines entreprises ou certaines opérations qui se rattachent à la navigation, au commerce maritime. Nous allons étudier successivement les actes de commerce compris dans cette seconde catégorie.

Il faut rappeler tout d'abord qu'anciennement les contestations soulevées en matière de commerce maritime étaient de la compétence des amirautés. « Dès qu'il y a eu un amiral
« en France, dit Valin, il y a eu des juges d'amirauté pour
« connaître, privativement à tous autres juges, des causes
« maritimes, tant au criminel qu'au civil, et entre quelques
« personnes que ce fût. C'est ce que prouvent toutes les
« anciennes Ordonnances, à la tête desquelles on peut mettre
« la Transaction du 30 août 1377 » (2). Une innovation con-

(1) Voy. ce que j'ai dit sur ce point, t. III, p. 37, note. Voy. aussi MM. Lyon-Caen et Renault, *Précis*, t. I, nos 1300 et 1301.

(2) *Commentaire sur l'Ordonnance de la Marine* (Livre I, Tit. II, art. 1).

sidérable fut apportée en cette matière par l'Ordonnance du commerce de 1673, dans laquelle nous trouvons un article ainsi conçu (Tit. XII, art. 7) : « Les juge et consuls connaî-« tront des différends à cause des assurances, grosses aven-« tures, promesses, obligations et contrats concernant le « commerce de la mer, le fret et le naulage des vaisseaux. » Mais cette disposition ne fut guère appliquée. « A peine cette « Ordonnance fut-elle publiée, dit Valin, que M. le comte de « Vermandois, alors amiral de France, se pourvut au Con-« seil d'État du Roi, par requête en opposition contre cet « article, opposition fondée sur ce que de tout temps ces « sortes de causes avaient été de la compétence de sa juridic-« tion et qu'elle serait ruinée si cet article subsistait » (1). Sur cette requête intervint, dès le 28 juin 1673, un arrêt du Conseil par lequel *Sa Majesté a sursis et sursoit à l'exécution de l'art. 7 du Titre XII de l'Ordonnance du mois de mars dernier; ordonne, en conséquence, que les officiers des amirautés continueront l'exercice de leurs charges et connaîtront du commerce de la mer, comme ils faisaient auparavant.* Par un nouvel arrêt du Conseil, du 13 avril 1679, *le Roi a maintenu et gardé définitivement les juges de l'amirauté au droit et possession de connaître des différends procédant des assurances, grosses aventures,* etc., *comme ils auraient pu faire avant l'art. 7 du Titre XII de l'Ordonnance de* 1673. Enfin l'Ordonnance de la Marine, de 1681, contient (Livre I, Titre II) un Titre, intitulé : *De la compétence des juges de l'amirauté,* dans lequel nous trouvons notamment les deux dispositions suivantes :

ART. 1. « Les juges de l'amirauté connaîtront, privative-« ment à tous autres, et entre toutes personnes, de quelque « qualité qu'elles soient, même privilégiées, Français et étran-« gers, tant en demandant que défendant, de tout ce qui con-« cerne la construction, les agrès et apparaux, avitaillement « et équipement, vente et adjudication des vaisseaux. »

ART. 2. « Déclarons de leur compétence toutes actions qui « procèdent de chartes parties, affrétements ou nolissements, « connaissements ou polices de chargement, fret ou nolis,

(1) *Op. cit.* (Livre I, Tit. II, art. 2).

« engagement ou loyer de matelots, et des victuailles qui leur « seront fournies pour leur nourriture par ordre du maître « pendant l'équipement des vaisseaux; ensemble des polices « d'assurance; obligations à la grosse aventure ou à retour « de voyage, et généralement de tous contrats concernant le « commerce de la mer, nonobstant toutes soumissions et « privilèges à ce contraires. »

Cet état de choses subsista jusqu'à la Révolution. La loi des 16-24 août 1790 pose en principe (Titre XII, art. 2) que le tribunal de commerce connaîtra de toutes les affaires de commerce, tant de terre que de mer, sans distinction. La loi des 9-13 août 1791 dit également (Titre I, art. 1) que les tribunaux de commerce connaîtront de toutes affaires de commerce de terre et de mer, en matière civile seulement, et sans y comprendre, quant à présent, la compétence pour les prises. En vertu de cette même loi de 1791 (Titre V, art. 1), les tribunaux d'amirauté demeurent supprimés.

Prenons maintenant en détail les différents cas indiqués dans l'art. 633 du Code de commerce.

I. *Entreprise de construction, achats, ventes et reventes de bâtiments pour la navigation intérieure et extérieure.* — L'*entreprise de construction* dont il s'agit ici, c'est l'entreprise de construction appliquée aux bâtiments pour la navigation intérieure et extérieure. Ainsi que nous l'avons vu (1), celui qui se charge de construire une maison, un pont, etc., ne doit être considéré, dans le système de la loi, comme faisant acte de commerce qu'autant qu'il se charge de fournir les matériaux nécessaires : pour que ce constructeur soit justiciable du tribunal de commerce, il faut absolument qu'il y ait de sa part *entreprise de fournitures*. Au contraire, l'entrepreneur de constructions navales fait toujours acte de commerce, lors même qu'il se chargerait purement et simplement de la construction, et qu'il n'aurait pas à se procurer les matériaux nécessaires (2). — Cet entrepreneur de construction doit être considéré comme faisant acte de commerce, soit vis-à-vis de

(1) Ci-dessus, p. 362 et 363.

(2) Et lors même qu'il s'engagerait à construire, non un navire destiné au commerce, mais un yacht de plaisance, destiné à des voyages d'étude

celui qui fait construire le navire, soit vis-à-vis des ouvriers qui travaillent sous sa direction, soit enfin vis-à-vis des sous-entrepreneurs, si lui-même a fait marché avec des tiers pour telle et telle parties de la construction. De son côté, le sous-entrepreneur, à la différence du simple ouvrier, fait acte de commerce vis-à-vis de l'entrepreneur principal, comme vis-à-vis des ouvriers qu'il emploie : il y a bien de sa part *entreprise de construction* (1).

L'achat ou la vente d'un navire est toujours un acte de commerce, sans distinguer si le navire est destiné à la navigation fluviale ou à la navigation maritime (2). Il faut seulement supposer un navire qui sert à spéculer sur le transport des personnes ou des marchandises. Si j'achète un navire uniquement pour faire des promenades ou des voyages, sans aucune idée de trafic ou de spéculation, je ne fais pas en cela un acte de commerce (3) ; et de même si, possédant un navire dans ce but, je me décide à le vendre. Du reste, il peut arriver

ou d'agrément. Voy. l'arrêt de la Chambre des requêtes, cité ci-dessous, note 3.

(1) Quant aux actions que l'entrepreneur ou le sous-entrepreneur pourrait être dans le cas d'intenter contre ses ouvriers, il y aurait lieu d'appliquer la disposition suivante de la loi du 25 mai 1838 (art 5) : « Les juges de paix connaîtront, sans appel, jusqu'à la valeur de « cent francs, et, à charge d'appel, à quelque valeur que la demande « puisse s'élever : 1°...; 2°...; 3° des contestations relatives aux engage- « ments respectifs des gens de travail au jour, au mois et à l'année, et « de ceux qui les emploient...; des maîtres et de leurs ouvriers ou « apprentis, sans néanmoins qu'il soit dérogé aux lois et règlements « relatifs à la juridiction des prud'hommes. »

(2) Voy. aussi MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, n° 153.

(3) Arrêt de la Chambre des requêtes, rendu sur mon *rapport*, le 23 janvier 1888 : « Attendu, en fait, que la société de M... s'est engagée à « construire pour le compte de G. B... un yacht de plaisance...; que, G. B... « ayant refusé la livraison, la Société de M... l'assigna devant le tribunal « de commerce de la Seine en paiement du solde du prix convenu ; que, « de son côté, G. B... forma devant le tribunal civil une demande en résiliation du traité, et qu'enfin il saisit la Cour de Paris d'une requête en « règlement de juges ; attendu, en droit, que si, aux termes de l'art. 633, « la loi répute actes de commerce tous achats de bâtiments pour la « navigation intérieure ou extérieure, cela ne saurait s'appliquer au cas « où, comme dans l'espèce, un non-commerçant commande à un constructeur un yacht de plaisance, destiné à des voyages d'étude ou « d'agrément... » (Sir., 88, 1, 109).

Joignez MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, n° 155.

ici ce qui arrive dans bien d'autres cas : c'est qu'il y ait acte de commerce de la part d'un des contractants, acte purement civil de la part de l'autre. J'avais un navire pour mon agrément personnel, et je le vends à un homme qui compte l'employer à un transport salarié de personnes ou de marchandises : il y a de ma part un acte civil, tandis qu'il y a très bien de la part de l'acheteur un acte de commerce.

L'art. 633, disant que la loi répute acte de commerce toute vente de bâtiments pour la navigation intérieure et extérieure, ne peut avoir eu en vue que la *vente volontaire*, non la *vente sur saisie*. C'est ce qui a été très justement reconnu par un Avis du Conseil d'État, du 17 mai 1809, dont voici le texte :

« Le Conseil d'État, qui, d'après le renvoi ordonné par « Sa Majesté, a entendu le rapport de la Section *de législation* « sur celui du Grand Juge ministre de la justice, tendant à « faire décider à qui des tribunaux ordinaires ou des tribu- « naux de commerce il appartient de connaître des ventes « des navires saisis ;

« Considérant qu'aux termes de l'art. 442 du Code de procé- « dure civile les tribunaux de commerce ne peuvent connaître « de l'exécution de leurs jugements ; — Que la vente des « navires saisis ne peut être faite sans le ministère d'avoués, « puisque l'art. 204 du Code de commerce porte expressé- « ment que le nom de l'avoué du poursuivant doit être désigné « dans les criées, publications et affiches ; que le ministère « des avoués est interdit dans les tribunaux de commerce « par l'art. 414 du Code de procédure et par l'art. 627 du « Code de commerce ; — Que de ces diverses dispositions il « résulte que la vente des navires saisis ne peut avoir lieu « devant les tribunaux de commerce ; — Qu'enfin il ne peut « être établi aucune assimilation entre les tribunaux de com- « merce actuels et les amirautés ; qu'il existait auprès des « amirautés un officier du ministère public ; que le ministère « des procureurs, loin d'y être interdit, y était nécessaire, et « qu'elles connaissaient de l'exécution de leurs jugements ; « que, si dans cet état les amirautés ont dû connaître des « ventes des navires saisis, la raison contraire en exclut les « tribunaux de commerce :

« Est d'avis que la connaissance des ventes des navires « saisis appartient aux tribunaux ordinaires... »

Faut-il décider pour la vente du navire *déclaré innavigable* (1) ce qu'on décide pour la vente du navire *saisi?* Du moment que le propriétaire du navire fait le commerce, je crois, bien que la vente ne soit pas absolument volontaire, que c'est au tribunal de commerce qu'il appartient d'en connaître (2).

II. *Expéditions maritimes.* — Toute personne qui arme ou expédie un navire, soit en vue du transport des personnes ou des marchandises, soit en vue de la pêche, fait acte de commerce : par conséquent, les obligations contractées par cette personne, à l'occasion de l'expédition dont il s'agit, sont de la compétence du tribunal de commerce. Ainsi, j'expédie aux Antilles un navire chargé de spiritueux, lequel doit revenir en France avec un chargement de sucres : il est d'abord évident que l'achat et la revente des spiritueux, l'achat et la revente des sucres, sont des actes de commerce ; mais, pour le décider ainsi, nous n'avons même pas besoin de la disposition de notre art. 633. Le sens véritable de cette disposition est que toute obligation dont je puis me trouver tenu en ma qualité d'expéditeur est de la compétence du tribunal de commerce. Il n'est même pas nécessaire que l'obligation dont il s'agit résulte d'un contrat. Aussi la Cour suprême a-t-elle décidé, par un arrêt de cassation du 22 avril 1835, que « les frais « sanitaires faits à bord d'un navire durant l'expédition, « étant une suite et une conséquence de cette expédition, « font nécessairement partie des frais qu'elle occasionne, et « que, dès lors. les contestations qui s'élèvent à l'occasion « desdits frais sanitaires sont des contestations relatives aux « frais d'une expédition maritime et rentrent, par leur nature, « dans la compétence des tribunaux de commerce » (3).

(1) Voy. l'art. 237 du Code de commerce. Joignez M. Arthur Desjardins, *Traité de droit commercial maritime*, t. II, nos 516 et suiv.; M. de Valroger, *Commentaire du Livre II du Code de commerce*, t. I, nos 448 et suiv.; et notre t. IV, p. 194 et suiv.

(2) En ce sens, MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, no 155 *in fine*.

(3) Sir., 35, 1, 435.

Comme le dit très bien M. Orillard, « que les actes de la com-
« mission sanitaire n'aient rien de commercial, c'est ce que
« personne n'entreprendra de contester ; mais l'obligation de
« payer les frais de visite, étant contractée pour les besoins
« de l'expédition, est un acte de commerce » (1).

L'Ordonnance de la Marine, de 1681, attribuait expressément aux amirautés (Liv. I, Tit. II, art. 3) la connaissance des bris, naufrages et échouements, du jet et de la contribution, des avaries, et des dommages arrivés aux vaisseaux et aux marchandises de leur chargement. Il est universellement admis que nos tribunaux de commerce sont compétents en ces matières comme l'étaient autrefois les amirautés; que notamment ils sont compétents pour statuer sur l'indemnité réclamée en cas d'abordage. Mais on n'est point d'accord sur le point de savoir s'ils sont également compétents quand l'abordage a eu lieu sur un fleuve ou sur une rivière et non en mer (2). La Cour de cassation a été appelée à se prononcer sur la question, et je crois qu'elle l'a résolue de la manière la plus conforme aux principes. Un abordage ayant eu lieu sur le Rhône, le tribunal de commerce de Lyon s'était déclaré compétent pour en connaître. Sur l'appel, arrêt infirmatif, motivé comme il suit : « Les tribunaux de commerce ne connaissent que des engagements commerciaux ou légalement présumés tels ; il n'y a d'engagement commercial que celui qui naît d'un contrat ou d'un fait de nature commerciale; dans l'espèce, l'engagement, dont on se prévaut résulterait d'un fait accidentel et non d'un fait commercial. Il importe peu que les bateaux entre lesquels a eu lieu l'abordage fussent l'un et l'autre employés à des opérations commerciales : un fait qui n'est pas commercial en soi ne change pas de nature et ne devient pas commercial par cela seul qu'il se produit à l'occasion et même dans le cours d'une opération commerciale. Il importe peu aussi que le prétendu fait obligatoire ait eu lieu entre personnes qui toutes deux étaient commerçantes : les engagements qui interviennent

(1) *Op. cit.*, nº 465.

(2) Le doute vient principalement de ce que notre art. 633 parle d'*expéditions maritimes*.

entre commerçants ne sont pas nécessairement commerciaux; ils sont seulement présumés tels, et cette présomption cesse quand elle est démentie par la nature du contrat ou des faits générateurs de l'engagement. Il est vrai que les faits d'abordage dans la navigation maritime sont de la compétence des tribunaux de commerce. Mais, d'une part, la juridiction consulaire, tout exceptionnelle, ne peut pas être étendue, par analogie, d'un cas à un autre (1); et, d'autre part, les circonstances particulières qui ont fait entrer les abordages maritimes sous l'empire de la juridiction consulaire sont étrangères aux abordages fluviaux. En effet, dans l'ancien droit, la connaissance des cas d'abordage maritime appartenait à des tribunaux spéciaux, aux tribunaux de l'amirauté; en supprimant les tribunaux de l'amirauté, le législateur moderne a transféré la généralité de leurs attributions aux tribunaux de commerce, et c'est ainsi que les tribunaux de commerce se sont trouvés saisis de la connaissance des abordages maritimes, les seuls qui fussent de la compétence des tribunaux de l'amirauté. »

Cet arrêt de la Cour de Lyon a été cassé, le 24 août 1863, comme violant les art. 631 et 632 : « Attendu, dit la Cour « de cassation, qu'aux termes du premier de ces articles, les « tribunaux de commerce connaissent de toutes contestations « relatives aux engagements et transactions entre négociants; « que, par la généralité de ces expressions, l'art. 631 com- « prend les contestations relatives non seulement aux obli- « gations conventionnelles, mais encore à celles qui se for- « ment sans conventions, par l'effet d'un quasi-contrat ou « même d'un quasi-délit, lorsque ces engagements résultent « d'une faute commise dans l'exercice d'une industrie dont « les règles et les devoirs sont méconnus par un commerçant « au préjudice d'un autre... » (2).

(1) Pour prétendre que le Code de commerce prévoit exclusivement le cas d'abordage *maritime*, on pourrait invoquer l'art. 350, aux termes duquel « sont aux risques des assureurs toutes pertes et dommages qui « arrivent par tempête, naufrage, échouement, abordage fortuit,... et « généralement par toutes les autres *fortunes de mer*. »

(2) Dev.-Car., 63, 1, 497. — Voy. aussi MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, n° 177.

Du principe que toutes expéditions maritimes doivent être réputées actes de commerce, la Cour de cassation a tiré une conséquence très importante. Aux termes d'un arrêt de la Chambre civile, du 27 février 1877, « il y a nécessairement « société de commerce entre les copropriétaires d'un navire « qui l'emploient à la navigation maritime, soit qu'ils l'aient « armé eux-mêmes directement, soit qu'ils en aient confié « l'armement à un tiers qui les représente : par conséquent, « dans l'un ou l'autre cas, ils sont tenus solidairement des « engagements pris par eux ou en leur nom pour ce qui con- « cerne le navire et son expédition » (1).

III. *Achat ou vente d'agrès, apparaux et avitaillements.* — L'Ordonnance de la Marine, de 1681, donnait aux juges de l'amirauté la connaissance exclusive de tout ce qui concerne les agrès et apparaux, avitaillement et équipement des vaisseaux (Liv. I, Tit. II., art. 1er). Que l'achat d'agrès, apparaux et avitaillements, soit un acte de commerce, cela résultait déjà suffisamment du numéro précédent de notre art. 633 : car l'achat dont il s'agit est l'accessoire indispensable d'une expédition maritime. Quant à la vente des mêmes objets, on aurait pu douter; en présence du texte formel de la loi, il faut dire que, s'il y a lieu d'actionner le vendeur, c'est le tribunal de commerce qui sera compétent. Toutefois la vente qu'un propriétaire ferait des denrées provenant de son cru pour avitailler un navire ne le rendrait pas justiciable des tribunaux de commerce : comme le dit très bien M. Molinier, « cette vente n'offrirait de sa part rien de commercial, et « resterait, à son égard, régie par le droit civil, conformé- « ment aux principes consacrés par l'art. 638, dont les dis- « positions doivent nécessairement être combinées avec « celles qui les précèdent » (2).

IV. *Affrètement ou nolissement, emprunt ou prêt à la grosse, assurances et autres contrats concernant le commerce de mer.* —

(1) Dev.-Car., 77, 1, 209.

(2) *Op. cit.*, nº 83. — Joignez MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, nº 157.

Affréter un navire, c'est le prendre à loyer. Le contrat de louage, appliqué à un navire, s'appelle *affrètement* ou *nolissement;* on donne le nom de *fréteur* au bailleur, et le nom d'*affréteur* au preneur; enfin, le *fret* ou *nolis,* c'est le prix du loyer (1). Toute contestation qui peut naître à la suite du contrat dont il s'agit, et dans laquelle le fréteur joue le rôle de défendeur, est de la compétence des tribunaux de commerce (2). On s'est pourtant demandé s'il y a lieu d'appliquer la disposition de notre article lorsqu'un simple passager actionne l'armateur à raison de la perte de ses bagages. La Cour de cassation, par un arrêt du 11 janvier 1860, s'est prononcée pour la négative. Voici comment elle motive cette décision : « Les tribunaux civils, investis de la plénitude de juridiction, sont compétents pour connaître des contestations commerciales; ce principe ne reçoit d'exception que dans les deux cas prévus par l'art. 631 du Code de commerce, à savoir : lorsque la contestation est relative aux engagements et transactions entre négociants, marchands ou banquiers, ou bien lorsque le procès se meut à l'occasion d'actes qui sont de leur nature des actes de commerce. Dans l'espèce, R. A... n'étant pas commerçant, la juridiction consulaire n'aurait été compétente que tout autant que l'action eût procédé d'un contrat commercial. — L'assignation donnée par R. A... avait pour objet le paiement des bagages qui avaient péri avec le bâtiment sur lequel il était embarqué, et procédait des dispositions des art. 1382 et 1784 du Code civil : considérée en elle-même, cette action était purement civile et de la compétence des tribunaux ordinaires; pour qu'il en fût autrement, il faudrait qu'une disposition expresse de la loi en eût fait l'attribution aux tribunaux de commerce, ainsi qu'elle l'a décidé en matière de faillite, de lettres de change et de contrats maritimes. Mais aucun texte

(1) Voy. notamment les art. 273 et suiv., 286 et suiv. du Code de commerce.

(2) En effet, fréter un navire, c'est toujours faire acte de commerce, quand même on ne serait pas entrepreneur de transports. Comparez la manière dont s'exprime l'art. 632, en parlant du *transport par terre ou par eau.* L'idée de la loi paraît être que toute contestation qui se rattache à la navigation maritime doit être jugée promptement.

de loi n'a déféré à la juridiction consulaire la connaissance du litige qui s'élève entre le capitaine et le voyageur qui réclame ses bagages. En prenant place avec les effets qui l'accompagnent sur un bâtiment à vapeur pour le transporter d'un lieu à un autre, le passager ne fait pas un acte de commerce et ne contracte pas un *affrètement* dans le sens de l'art. 633 : si absolus que soient les termes du § 4 de cet article, ils reçoivent une limitation nécessaire des expressions qui le terminent et qui restreignent la qualité d'actes de commerce aux *contrats concernant le commerce de mer;* d'ailleurs, pour qu'une convention de la nature de celle dont il s'agit au procès pût être considérée comme un *affrètement*, il faudrait (car telle est la condition exigée par l'art. 273 du Code de commerce) qu'elle eût dû être constatée par écrit dans un acte que la loi appelle *charte partie.* On ne saurait donc prétendre que le passager qui monte accidentellement sur un navire avec ses bagages, et dont les conventions avec le capitaine sont purement verbales, ait contracté un acte d'affrètement et, par suite, souscrit un contrat commercial qui lui enlève le bénéfice de la juridiction ordinaire pour le rendre justiciable des tribunaux de commerce » (1).

Que faut-il penser de cette décision de la Cour suprême? Quant à moi, je la tiens pour absolument inadmissible, et je n'hésite pas à dire qu'elle est le résultat d'une pure confusion. Sans doute, on peut considérer que le contrat qui intervient entre un passager et le capitaine ou l'armateur n'est pas, à proprement parler, ce que la loi appelle l'*affrètement;* je reconnais encore qu'il n'y a pas acte de commerce de la part du passager, et que, par conséquent, si l'armateur avait une réclamation à faire contre lui, il devrait l'actionner devant le tribunal civil (2). Mais s'ensuit-il que, dans ce con-

(1) Dev.-Car., 60, 1, 232.

(2) Voy., en ce sens, M. Molinier, *op. cit.*, n° 82; M. Orillard, *op. cit.*, n° 464, et M. Bédarride, *op. cit.*, n° 317. — Suivant MM. Lyon-Caen et Renault (*Traité,* t. I, n°s 158 et 159), il y a toujours acte de commerce, soit de la part de l'affréteur, soit de la part de la personne qui se fait transporter par mer avec ses bagages.

trat intervenu entre l'armateur et le passager, l'armateur lui-même ne fasse pas acte de commerce? En aucune façon : de la part de l'armateur, il y a un acte de commerce, sinon d'après l'art. 632, qui répute acte de commerce *toute entreprise de transport par terre ou par eau*, du moins d'après l'art. 633, qui répute pareillement actes de commerce *toute expédition maritime* et *tout contrat concernant le commerce de mer*. Si l'armateur a fait acte de commerce, est-il possible que les réclamations formées contre lui à l'occasion de cet acte ne soient pas de la compétence des juges consulaires? En termes plus généraux, ne faut-il pas dire que, toutes les fois qu'une convention se présente comme étant un acte de commerce pour l'une des parties et un acte purement civil pour l'autre, celle-ci sera bien actionnée devant le tribunal civil, mais la première devra l'être devant le tribunal de commerce? Aujourd'hui, il paraît être généralement admis en jurisprudence que la partie qui a fait un acte purement civil, et qui, par conséquent, ne pourrait être actionnée que devant le tribunal civil, est au contraire parfaitement libre d'actionner l'autre partie soit devant le tribunal civil, soit devant le tribunal de commerce (1). Mais il est impossible de trouver un motif sérieux à l'appui de cette jurisprudence, et les arrêts qui la consacrent se contentent d'affirmer que, si celui qui n'a point fait acte de commerce avait le droit de ne point subir la juridiction commerciale devant laquelle il aurait été assigné, il n'est point tenu davantage de subir cette juridiction lorsqu'il se constitue demandeur. La vérité est, comme le disait le tribunal civil d'Amiens (jugement du 29 mars 1841), que la loi détermine la juridiction d'une manière absolue, sans distinguer si l'acte n'est commercial que de la part de l'une des parties; que, prétendre que l'autre partie peut assigner à son gré son adversaire soit devant le tribunal civil, soit devant le tribunal de commerce, c'est subordonner la juridiction à l'intérêt de l'un des plaideurs et créer entre

(1) Voy. l'arrêt de la Cour de cassation, du 6 novembre 1843 (Dev.-Car., 44, 1, 168), et l'arrêt de la Cour de Paris, du 30 décembre 1853 (Dev.-Car., 54, 2, 120). Cette jurisprudence est encore affirmée dans l'arrêt de la Chambre des requêtes, du 30 juillet 1884 (Sir., 85, 1, 77).

ces plaideurs une inégalité exorbitante; qu'il est plus juste, plus conforme à l'ordre des juridictions, de déterminer la compétence par la nature de l'engagement pris par la partie contre laquelle l'action est dirigée (1).

— Voici comment Pothier définit le *contrat de prêt à la grosse aventure*, ou, plus simplement, le *contrat à la grosse :* « Un « contrat par lequel l'un des contractants, qui est le *prêteur*, « prête à l'autre, qui est l'*emprunteur*, une certaine somme « d'argent, à condition qu'en cas de perte des effets pour « lesquels cette somme a été prêtée, perte arrivée par quelque « fortune de mer ou accident de force majeure, le prêteur « n'en aura aucune répétition, si ce n'est jusqu'à concurrence « de ce qui en restera; et qu'au cas d'heureuse arrivée, ou « au cas qu'elle n'aurait été empêchée que par le vice de la « chose ou par la faute du maître ou des mariniers, l'em- « prunteur sera tenu de rendre au prêteur la somme, avec « un certain profit convenu pour le prix du risque desdits « effets dont le prêteur s'est chargé » (2).

Prêter à la grosse, c'est évidemment spéculer. De son côté, l'emprunteur spécule : car il se procure des fonds pour armer un navire, pour acheter des marchandises et les transporter au loin, etc., et il espère qu'après avoir remboursé les fonds

(1) Sans doute on décidait le contraire sous l'empire de l'Ordonnance de 1673, mais en vertu d'une disposition formelle (Tit. XII, art. 10), ainsi conçue : « Les gens d'Église, gentilshommes et bourgeois, laboureurs, « vignerons et autres, pourront faire assigner, pour vente de blés, vins, « bestiaux et autres denrées procédant de leur cru, ou par-devant les « juges ordinaires ou par-devant les juge et consuls, si les ventes ont « été faites à des marchands ou artisans faisant profession de revendre ». Le Code de commerce ne contient rien de semblable à cette disposition; et, comme le dit M. Orillard (*op. cit.*, n° 235), ce retranchement n'est pas le résultat d'une simple omission, il est évidemment la conséquence de l'abrogation qu'entendait prononcer le législateur, — abrogation commandée par le droit sacré de la défense, qui veut que le demandeur aille plaider devant les juges du défendeur, tant à raison du territoire qu'à raison de la matière... — M. Bédarride (*op. cit.*, n° 193) exprime la même idée sous une autre forme : « Est-ce qu'on écouterait un plaideur disant : « *Comme défendeur je ne puis subir le juge du domicile de mon adversaire*, « *je ne dois pas davantage le subir comme demandeur?* C'est pourtant ce « que, dans une autre hypothèse, consacre la Cour de cassation. » — Voy. aussi MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, n° 361.

(2) *Traité du contrat de prêt à la grosse aventure*, n° 1. Comp. les art. 311 et suiv. du Code de commerce.

et payé le profit convenu, il lui restera encore un bénéfice. Puisque les deux parties font acte de commerce, il est facile de comprendre que le tribunal de commerce doit être compétent pour connaître de toute contestation à laquelle pourra donner lieu le contrat dont il s'agit (1).

Le *contrat d'assurance* est, comme le dit Pothier, « un « contrat par lequel l'un des contractants se charge des « risques et fortunes de mer que doit courir un vaisseau, ou « les marchandises qui y sont ou qui y doivent être char- « gées, et promet en indemniser l'autre contractant, pour « une certaine somme que celui-ci lui donne ou s'oblige de « lui donner pour le prix du risque dont il le charge » (2). Dans le contrat d'assurance comme dans le prêt à la grosse, chacune des parties fait acte de commerce : cela est évident pour l'assureur; cela est également vrai pour l'assuré, parce que, suivant la remarque de Pothier, « le commerce de mer, « qui sans ce contrat ne se ferait que par un petit nombre « de personnes qui auraient assez de fortune pour oser courir « les risques auxquels il expose, peut, par le secours de ce « contrat, être fait par toutes sortes de personnes, même par « celles qui ont le moins de fortune » (3). Ainsi, que l'assureur poursuive l'assuré en paiement de la prime, ou que l'assureur soit poursuivi en paiement de la somme assurée, dans les deux cas c'est le tribunal de commerce qui doit en connaître.

La règle posée par notre art. 633 recevrait son application lors même qu'il s'agirait d'une compagnie d'assurance mutuelle : la Cour de cassation, par son arrêt du 21 juillet 1856, a jugé avec raison que la demande formée, au nom de la compagnie, contre un assuré, en paiement du montant de sa police d'assurance, était essentiellement commerciale, et qu'il y avait lieu d'appliquer l'art. 420 du Code de procédure (4).

(1) Suivant MM. Lyon-Caen et Renault, « le Code paraît même, puisqu'il ne fait aucune distinction, reconnaître à ce contrat le caractère commercial, quelle que soit la profession habituelle du prêteur ou de l'emprunteur, que le navire ou les objets affectés au prêt aient ou non une destination commerciale » (*Traité*, t. I, n° 161).

(2) *Traité du contrat d'assurance*, n° 4.

(3) Même *Traité*, n° 10.

(4) Dev.-Car., 57, 1, 106. — MM. Lyon-Caen et Renault (*Traité*, t. I,

Nous dirons, en termes généraux, que toute décision à rendre au sujet des clauses que peut contenir la police d'assurance est dans les attributions du tribunal de commerce. La question s'est présentée au sujet d'une clause portant qu'en cas de difficultés il y aurait lieu de nommer des arbitres amiables (1). A la suite d'un sinistre, l'assuré avait fait délaissement du navire, puis avait cité l'assureur devant le tribunal de commerce de Marseille, en condamnation au montant de l'assurance ou en nomination d'arbitres si le délaissement était contesté; l'assureur, qui contestait le délaissement, a soutenu que le tribunal de commerce était incompétent pour nommer des arbitres. Jugement par lequel le tribunal se déclare compétent; arrêt confirmatif de la Cour d'Aix; enfin, le 27 novembre 1860, arrêt de la Chambre des requêtes, qui rejette le pourvoi : « Attendu que l'art. 633 « du Code de commerce répute actes de commerce toutes les « assurances et autres contrats concernant le négoce mari- « time; — Attendu que l'art. 631 du même Code attribue à « la juridiction consulaire la connaissance des contestations « relatives aux actes de commerce; que cette attribution de « juridiction implique la compétence des tribunaux de com- « merce pour nommer les arbitres appelés à statuer sur les « contestations nées d'un contrat d'assurance maritime; que « cette interprétation des art. 631 et 633 précités trouve sa « confirmation dans la législation antérieure à la rédaction « du Code de commerce; qu'en effet, sous l'empire de l'ancien « droit, la nomination des arbitres appartenait aux juges de « l'amirauté lorsque les parties n'avaient pu s'entendre pour « les nommer elles-mêmes (2); — Attendu que cette compé- « tence n'avait pas son principe dans la juridiction générale « de l'amirauté, qui s'étendait, dans une certaine limite, aux « matières civiles, commerciales, administratives et crimi-

nº 162) me présentent à tort comme admettant que les assurances mutuelles maritimes ne sont pas des actes de commerce.

(1) Cette clause est expressément prévue par l'art. 332 du Code de commerce.

(2) Voy. l'Ordonnance de 1681, Livre III, Titre VI, art. 70 et 72, et le commentaire de Valin sur ce dernier article.

« nelles, mais bien dans son pouvoir juridictionnel spécial « pour tout ce qui concernait les contrats maritimes; — « Attendu que, sous ce rapport, les tribunaux de commerce « ont succédé à l'amirauté; qu'ils peuvent légalement, dès « lors, comme le pouvaient les juges de l'amirauté, nommer « des arbitres lorsqu'ils n'ont été désignés ni par la police « d'assurance, ni ultérieurement par les parties » (1).

L'assurance que l'art. 633 répute acte de commerce, c'est seulement l'*assurance maritime*. Que décider en ce qui concerne l'*assurance terrestre?* Avant tout, il faut distinguer entre les assurances *mutuelles* et les assurances *à prime*. En cas d'assurance mutuelle, il n'y a sous aucun rapport acte de commerce : car, en principe, il ne peut y avoir acte de commerce là où manque la perspective d'un gain, et c'est ce qui se rencontre ici (2). En ce qui concerne l'assurance à prime, il y a une idée de spéculation, il y a par conséquent acte de commerce de la part de l'assureur : il est aujourd'hui généralement admis que les compagnies d'assurance contre l'incendie, contre la grêle, sur la vie humaine, etc., sont des sociétés commerciales (3). Mais, de la part de l'assuré, y a-t-il un acte de commerce ou bien, au contraire, un acte

(1) Dev.-Car., 62, 1, 159.

(2) Voy. l'arrêt de la Chambre des requêtes, du 15 juillet 1884 (Sir., 85, 1, 348).

La Cour de cassation a jugé, le 13 mai 1857, qu'une société d'assurances mutuelles contre les pertes résultant des faillites était bien une société civile, mais que, constituée dans la forme anonyme, elle ne pouvait exister sans l'autorisation du Gouvernement, conformément à l'art. 37 du Code de commerce. Voy. notre t. I, p. 341 et suiv. — Comp. l'arrêt de cassation, de la Chambre civile, du 8 février 1860 (Dev.-Car., 60, 1, 207).

La Cour de Paris, par son arrêt du 18 décembre 1885 : « Con- « sidérant que D... est négociant; que l'assurance qu'il a contractée avec « la société mutuelle X... a pour but de le garantir des pertes qu'il peut « éprouver à raison des crédits qu'il accorde dans l'exercice de sa pro- « fession de commerçant; que c'est donc exclusivement pour les besoins « de son commerce qu'il a agi; que, dans sa pensée, l'assurance a été un « véritable acte de commerce, et que dès lors le tribunal de commerce « était compétent pour connaître de la demande suivie contre D... à la « requête de ladite société : met à néant le jugement... » (Sir., 87, 2, 121).

(3) Voy. notamment l'arrêt de la Chambre des requêtes, du 16 juillet 1872 (Dev.-Car., 72, 1, 277).

purement civil? Toujours avec la jurisprudence, je crois qu'il faut sous-distinguer : évidemment, le propriétaire d'une maison, d'un fonds de terre, de meubles meublants, qui se fait assurer contre l'incendie, contre la grêle, etc., ne spécule pas, ne fait pas acte de commerce ; mais il en serait autrement si nous supposions un commerçant qui fait assurer ses marchandises, attendu qu'ici l'assurance ne serait qu'un accessoire du commerce de l'assuré (1).

— Notre art. 633, après avoir indiqué comme étant des actes de commerce l'affrètement, le contrat à la grosse, l'assurance maritime, ajoute : *et autres contrats concernant le commerce de mer*. On peut citer comme exemple la convention par laquelle une pacotille est confiée à un capitaine qui la vendra en voyage et aura droit à une part du bénéfice.

V. *Tous accords et conventions pour salaires et loyers d'équipages ; tous engagements de gens de mer pour le service de bâtiments de commerce.* — Toute convention par laquelle des individus s'engagent envers un armateur ou un capitaine à servir sur mer, en qualité de matelots, pilotes, etc., constitue de part et d'autre un acte de commerce : toute contestation qui pourrait en résulter sera donc de la compétence des tribunaux consulaires. Lors, au contraire, qu'un entrepreneur, un armateur, un capitaine, fait marché avec des ouvriers pour la construction ou pour la réparation d'un navire, il y a bien acte de commerce de la part de l'entrepreneur, de l'armateur ou du capitaine, mais non de la part des ouvriers : en cas d'inexécution de leurs engagements, c'est devant le tribunal civil que les ouvriers devraient être poursuivis (2).

Spécialement en ce qui concerne les *pilotes lamaneurs*, il existe

(1) Voy., sur cette matière, M. Orillard, *op. cit.*, nos 470 et suiv.

MM. Lyon-Caen et Renault admettent, avec l'arrêt de la Cour de Paris du 18 décembre 1885, que l'assurance mutuelle est un acte de commerce quand elle se rattache pour les mutuellistes à l'exercice de leur commerce (*Traité*, t. I, n° 164).

(2) Comp. MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, n° 163.

Il y a, au livre II du Code de commerce, un titre particulier, *De l'engagement et des loyers des matelots et gens de l'équipage* (art. 250-272). Plusieurs articles de ce Titre ont été modifiés par la loi du 12 août 1885.

un décret, du 12 décembre 1806, qui porte (art. 50) : « Les « contestations relatives aux droits de pilotage, indemnités et « salaires des pilotes, seront jugées par le tribunal de com- « merce du port. » On s'est demandé si cette disposition est applicable lors même que la contestation porte sur le point de savoir si tel bâtiment n'est pas affranchi de tout droit de pilotage. Sur cette question, un arrêt de la Cour de Bastia, du 30 mars 1857, a consacré l'affirmative : « Attendu que les « termes de l'art. 50 placent dans les attributions de la juri- « diction consulaire non seulement les contestations sur les « indemnités et salaires des pilotes, mais encore celles qui « peuvent s'élever sur le *droit* même *de pilotage;* que ces « expressions sont générales et ne comportent aucune excep- « tion... » (1).

Je ne terminerai pas ce qui concerne la compétence en matière de commerce maritime sans dire un mot de la compétence en matière de prises.

Statuer sur la validité d'une prise, ce n'est point résoudre une question contentieuse ordinaire. A proprement parler, il ne peut pas y avoir de juge prononçant entre les belligérants sur la légitimité des moyens que l'un d'eux a employés pour ruiner le commerce de l'autre. Lorsqu'un Gouvernement a soumis à certaines conditions la validité des prises faites en son nom, c'est à lui seul qu'il peut appartenir d'examiner si dans tel ou tel cas ces conditions ont bien été observées; et la décision qui interviendra sera plutôt *gracieuse* que *contentieuse*, puisque par la nature des choses aucune autorité humaine ne peut connaître de la plainte du capturé, disant que le capteur a commis à son égard une injustice (2). En conséquence, les plus anciennes Ordonnances françaises avaient attribué aux amirautés le jugement des prises; ce

(1) Dev.-Car., 57, 2, 435.

(2) « De ce que le jugement des prises n'a pas pour objet la solution d'une question contentieuse ou d'un procès ordinaire, de ce qu'il constitue, au contraire, un acte de souveraineté et de haute police, il suit que c'est au Gouvernement ou à ses délégués spéciaux qu'il appartient de connaître des prises, dans une forme en quelque sorte administrative » (M. Massé, *op. cit.*, t. I, n° 414).

jugement fut ensuite attribué à l'amiral ; enfin, lorsqu'éclata la Révolution, il appartenait à un *conseil des prises*, composé de conseillers d'État et de maîtres des requêtes et présidé par l'amiral (1); l'appel des jugements de ce conseil des prises avait été réservé primitivement au Conseil d'État du roi et plus tard au Conseil royal des finances. Une loi du 3 brumaire an IV chargeait les tribunaux de commerce de prononcer sur la validité des prises; cette loi fut abrogée dès le 26 ventôse an VIII. La matière a été successivement régie par les arrêtés du 6 germinal an VIII et du 2 prairial an XI, puis par l'Ordonnance du 25 août 1815. En dernier lieu, deux décrets impériaux, du 18 juillet 1854 et du 9 mai 1859, ont reconstitué temporairement le *conseil des prises*, avec recours devant le Conseil d'État (2).

Nous avons encore à étudier deux cas de compétence *réelle*, deux cas où les tribunaux de commerce sont compétents en raison de la nature de l'acte qui donne lieu à la contestation; il s'agit du cas de *société* et du cas de *faillite*.

I. *Société*. — Sous l'empire du Code de commerce, il fallait soigneusement distinguer les procès élevés entre une société et des tiers, et les procès élevés entre les associés et pour raison de la société. Dans le premier cas, du moment que l'acte donnant lieu au procès était un acte de commerce de la part du défendeur, c'était au tribunal de commerce à con-

(1) L'Ordonnance de 1681 dit bien (Livre I, Titre II, art. 3) que *les juges d'amirauté connaîtront des prises faites en mer*; mais cela signifie simplement qu'ils auront l'instruction, non le jugement, des prises. Voy. le commentaire de Valin sur le Livre III, Titre IX, art. 21.

(2) Aux termes d'un décret rendu en Conseil d'Etat, le 11 janvier 1855, les recours dirigés contre les décisions du conseil des prises ne peuvent être portés que devant l'assemblée générale du Conseil d'État, et non devant le Conseil d'État délibérant au contentieux (Dev.-Car., 55, 2, 437).

Un décret du 28 novembre 1861 (promulgué seulement le 18 août 1870) est ainsi conçu : « Le conseil des prises, institué par notre décret du « 9 mai 1859 statuera, pendant tout le temps durant lequel il sera main- « tenu, sur toutes les demandes et contestations relatives à la validité « des prises maritimes dont le jugement doit appartenir à l'autorité « française. »

Pour plus de détails sur le *jugement des prises*, voy. M. Massé, *op. cit.*, t. I, nos 405 et suiv. Voy. aussi l'ouvrage de MM. de Pistoye et Duverdy, *Prises maritimes*.

naître de l'affaire ; dans le deuxième cas, la contestation devait être jugée par des arbitres. Aujourd'hui, d'après l'art. 631, tel qu'il a été rectifié par la loi du 17 juillet 1856, « les tribunaux de commerce connaissent : 1°... ; 2° des con- « testations entre associés, pour raison d'une société de « commerce... »

On s'est demandé si celui qui prend l'engagement de verser des fonds dans une société commerciale, soit à titre de simple commanditaire, soit comme souscripteur d'actions, fait par là même un acte de commerce. De nombreux arrêts se sont prononcés, et, je crois, avec raison, dans le sens de l'affirmative (1). La Cour de cassation a même jugé, par son arrêt du 15 juillet 1863, qu'il n'y a pas à tenir compte de la circonstance que les actions, souscrites par un employé de la société, étaient destinées à demeurer au registre à souche, à titre de cautionnement, pour la garantie de sa gestion : « S'il est vrai, « dit la Cour, que les actions étaient frappées d'indisponibilité « entre les mains de M..., en ce sens qu'il était stipulé qu'elles « resteraient attachées, à titre de cautionnement, au registre « à souche, pendant toute la durée de sa gestion, on ne sau- « rait en induire, ainsi que le prétend le pourvoi, que cette « stipulation ait pu avoir pour effet de changer le caractère « ou de modifier les effets légaux de la souscription ; que « notamment elle eût cessé par là même de constituer un « acte commercial, échappant ainsi, soit par rapport à la com- « pétence, soit par rapport aux voies d'exécution, aux consé- « quences nécessaires de cette juste qualification... » (2).

Par application du même principe, il a été jugé que l'action en répétition de dividendes indûment touchés par des action-

(1) Voy. notre t. I, p. 258, note. Comp. MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, n° 365.

(2) Dev.-Car., 63, 1, 485. — Cet arrêt de 1863 ne contredit en aucune façon l'arrêt de la même Cour du 22 février 1859. Dans ce dernier arrêt il est dit que l'acceptation par le sieur D..., non-commerçant, des fonctions de directeur d'une société commerciale, non plus que le dépôt fait par lui, à titre de cautionnement, d'une somme de 25,000 francs, convertie en actions demeurées au registre à souche pour la garantie de sa gestion, ne constituent pas des actes de commerce (Dev.-Car., 59, 1, 321). Comme le remarque l'arrêtiste, il y a évidemment une nuance entre les deux espèces.

naires, alors que la société se trouvait en perte, est de la compétence du tribunal de commerce. Comme le dit très bien la Cour de Rouen, « une action intentée contre des « actionnaires en commandite, ayant pour objet la restitution « des dividendes par eux indûment perçus, se lie intimement « à l'obligation prise par eux de verser leur mise, puisque « cette restitution aurait pour résultat de rendre cette mise « intégrale et la garantie promise entière : l'action est donc « fondée sur l'engagement primitif, dont le syndic ne fait que « demander l'exécution et le complément : elle s'y rattache « nécessairement, comme la conséquence au principe, « comme l'effet à la cause : par suite, la juridiction consulaire « reste compétente pour la juger » (1).

II. *Faillite.* — Ni l'Édit de 1563 ni l'Ordonnance de 1673 ne donnaient compétence aux juge et consuls en matière de faillite. L'Ordonnance, dans le Titre *Des défenses et lettres de répit,* contenait seulement la disposition suivante (Titre VI, art. 3) : « Les négociants, marchands et banquiers, seront « encore tenus de représenter tous leurs livres et registres, « cotés et parafés en la forme prescrite...., pour être remis « au greffe des juge et consuls, s'il y en a; sinon, de l'hôtel « commun des villes ou ès mains des créanciers, à leur choix. » Quant aux contestations auxquelles la faillite peut donner lieu, plusieurs Déclarations du Roi (notamment celle du 10 juin 1715) en attribuèrent temporairement la connaissance aux tribunaux consulaires. A Paris, cette connaissance appartenait au prévôt ou à son lieutenant, sauf appel au Parlement. Lorsqu'éclata la Révolution, la plus grande confusion existait en France sur cette question de compétence (2).

La Commission chargée de préparer le projet du Code de commerce présenta un article ainsi conçu : « Les tribunaux « de commerce connaissent des faillites. » Cette disposition

(1) Le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté par la Cour de cassation, le 3 mars 1863 (Dev.-Car., 63, 1, 137).

(2) Voy. MM. Renouard, *Traité des faillites et banqueroutes*, t. I, p. 96 et suiv.; Orillard, *op. cit.*, nos 493 et suiv.; Nouguier, *op. cit.*, t. II, p. 286 et suiv.

ayant été attaquée par plusieurs Cours d'appel, le législateur de 1807 finit par s'arrêter à un système moins absolu. Voici comment s'exprimait l'art. 635 du Code : « Les tribu-« naux de commerce connaîtront :

« 1° Du dépôt du bilan et des registres du commerçant en « faillite, de l'affirmation et de la vérification des créances;

« 2° Des oppositions au concordat, lorsque les moyens de « l'opposant seront fondés sur des actes ou opérations dont « la connaissance est attribuée par la loi aux juges des tri-« bunaux de commerce. Dans tous les autres cas, ces oppo-« sitions seront jugées par les tribunaux civils. En consé-« quence, toute opposition au concordat contiendra les « moyens de l'opposant, à peine de nullité;

« 3° De l'homologation du traité entre le failli et ses créan-« ciers;

« 4° De la cession de biens faite par le failli, pour la par-« tie qui en est attribuée aux tribunaux de commerce par « l'art. 901 du Code de procédure civile. »

En présence de cet art. 635, on pouvait dire que la compétence du tribunal de commerce en matière de faillite était l'exception. Un système différent a été consacré par le législateur de 1838. Le nouvel art. 635 est ainsi conçu : « Les « tribunaux de commerce connaîtront de tout ce qui con-« cerne les faillites, conformément à ce qui est prescrit au « Livre III du présent Code. » Évidemment le sens de cette disposition n'est pas que le tribunal de commerce est compétent pour connaître de toute action intentée par ou contre les syndics d'une faillite, par un créancier ou contre un débiteur du failli. Ainsi, nous savons qu'aux termes de l'art. 500 du Code de commerce, la créance présentée à la vérification étant contestée, il peut se faire que la contestation doive être soumise au tribunal civil (1); nous savons également qu'aux termes de l'art. 512, dans le cas où il est formé opposition au concordat, le jugement de l'opposition peut être subordonné à la solution de questions rentrant dans la compétence du tribunal civil, et qu'alors le tribunal

(1) Voy. notre t. V, p. 365 et suiv.

de commerce doit surseoir à prononcer jusqu'après la décision de ces questions (1).

Voilà des cas où certainement le tribunal de commerce est incompétent pour juger une question qui se présente dans le cours d'une faillite et qui intéresse le failli ou la masse de la faillite. Réciproquement, dans le Livre III il y a un certain nombre d'articles qui, en termes formels, déclarent que c'est au tribunal de commerce qu'il appartient de connaître de telle ou telle question (2).

Une difficulté sur le point de savoir si le tribunal de commerce est ou n'est pas compétent pourra seulement se présenter au sujet de cas non prévus par une disposition spéciale du Livre III. M. Bravard pose une règle très exacte lorsqu'il dit : « Le tribunal de commerce sera compétent « toutes les fois qu'il s'agira d'une contestation qui s'élè« vera non seulement dans le cours des opérations de la « faillite, mais encore à raison de l'événement de la faillite, « et qui devra se décider par l'application des principes « particuliers à la situation que crée cet événement » (3). Cette règle a été plusieurs fois consacrée par la jurisprudence. Je me bornerai à citer ici quelques arrêts de la Cour de cassation :

1° Une vente d'immeubles ayant été consentie par un commerçant depuis l'époque fixée comme étant celle de la cessation de ses paiements, la nullité, demandée par les syndics conformément à l'art. 447, doit-elle être poursuivie par-devant le tribunal de commerce ou par-devant le tribunal civil? La Cour de Rouen, par un arrêt du 18 janvier 1851, avait attribué compétence au tribunal civil. Cet arrêt a été cassé le 19 avril 1853 : « Attendu que la demande des syn« dics a été formée en vertu de l'art. 447 du Code de com-

(1) Voyez notre t. V, p. 420.

(2) Voy. la liste donnée par M. Nouguier, *op. cit.*, t. II, p. 296 et suiv. Comp. M. Orillard, *op. cit.*, n° 499.

(3) Ci-dessus, p. 240. Joignez MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, n° 366. — La même règle doit être suivie pour l'interprétation de l'art. 582, d'après lequel le délai d'appel, *pour tout jugement rendu en matière de faillite*, est de quinze jours. Comp. notre t. V, p. 660 et suiv. Voy. aussi M. Bédarride, *op. cit.*, n° 350.

« merce, compris au livre III du même Code; qu'elle a eu « pour but de faire rentrer dans la masse active de la faillite « divers biens qu'ils prétendaient avoir été aliénés par le « failli postérieurement à la cessation de ses paiements, et « acquis par D... avec connaissance de cette cessation; — « Attendu que, ne s'agissant au procès ni d'une matière pour « laquelle l'action n'aurait pu être portée que devant le tri- « bunal de la situation de l'objet litigieux, ni de biens ou « droits immobiliers placés en dehors de l'actif de la faillite « et de son administration, la nature immobilière des biens « dont le rapport à la masse était demandé, et de la vente « dont l'annulation était poursuivie, ne modifiait pas les « règles spéciales de la compétence en matière de faillite; — « Attendu que vainement, pour décliner cette compétence, « D... s'appuie sur ce que, les faits allégués dans la demande « restant encore à prouver, leur vérification régulière ne « devra résulter que du jugement à intervenir sur le fond du « procès; que c'est d'après la demande que se règle la com- « pétence... » (1).

2° Le dessaisissement qui résulte du jugement déclaratif de faillite ne rend pas le failli incapable de contracter avec des tiers; seulement les syndics peuvent, suivant les cas, demander que, dans l'intérêt de la masse, les actes dont il s'agit soient considérés comme non avenus (2). Quel est alors le tribunal compétent pour prononcer sur cette demande? La question s'est présentée dans les circonstances suivantes : Un sieur B..., déclaré en faillite par le tribunal de commerce de Lyon, vient peu de temps après à Paris et y prend à bail un local destiné à l'établissement d'un café, puis il consent la résiliation de son bail et vend son établissement au sieur L... Le syndic de la faillite ayant demandé la nullité de ces actes devant le tribunal de commerce de Lyon, tant pour cause d'incapacité que pour cause de dol ou de fraude, les défendeurs ont opposé l'incompétence du tribunal. Jugement du tribunal qui rejette l'exception, et, sur l'appel, arrêt confir-

(1) Dev.-Car., 53, 1, 433.
(2) Comp. notre t. V, p. 70 et suiv.

matif : « Les conclusions du syndic, dit la Cour, tendent à « faire décider que B..., étant en état de faillite, n'a pas pu « traiter valablement, ni de la vente de son fonds de café « avec L..., ni accessoirement de la résiliation de son bail « avec R... Cette double prétention constitue un litige qui, en « regard de R..., comme en regard de L..., prend sa source dans « le fait même de la faillite, et qui dès lors, aux termes des « art. 635 du Code de commerce et 59 du Code de procédure, « appartenait incontestablement à la juridiction du tribunal « de commerce de Lyon. » Et les sieurs R... et L... s'étant pourvus en cassation, leur pourvoi est rejeté : « Attendu que « l'action du syndic, telle qu'elle était formulée, tendait à « l'annulation, dans l'intérêt des créanciers de la faillite, des « actes intervenus entre le failli et les demandeurs, et que « cette action dérivait ainsi de l'état de faillite... » (1).

3° Aux termes de l'art. 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII, le conseil de préfecture est seul compétent pour prononcer sur les difficultés qui peuvent s'élever entre les entrepreneurs de travaux publics et l'Administration, concernant l'exécution de leurs marchés : c'est là une règle d'ordre et de droit public. En conséquence, dans une espèce où l'entrepreneur avait résilié son traité depuis la cessation de ses paiements, le tribunal de commerce était incompétent pour connaître de la demande formée par le syndic en nullité de la convention de résiliation. Arrêt de la Chambre des requêtes, du 15 juin 1887 (2).

4° L'action intentée par le syndic contre un commissaire-priseur qui a vendu sur saisie les meubles d'un commerçant déclaré depuis en faillite échappe à la compétence du tribu-

(1) Arrêt du 12 janvier 1864 (Dev.-Car., 64, 1, 17). Du reste, au fond, la Cour suprême décide qu'il n'y avait pas lieu de prononcer l'annulation demandée par le syndic.

(2) Sir., 88, 1, 209. — Le Conseil d'État avait décidé, au contraire, le 15 avril 1858, que la question de savoir si l'Administration pouvait, pour rembourser l'État des sommes à lui dues par le failli, toucher, par préférence aux autres créanciers, la somme représentant la valeur du matériel repris par le nouvel adjudicataire, soulevait une question de privilège qui n'était pas de la compétence du conseil de préfecture (Dev.-Car., 59, 2, 189). — Voy., au surplus, sous l'arrêt de la Chambre des requêtes l'excellente note de M. Chavegrin, agrégé à la Faculté de droit de Paris.

nal de commerce, les devoirs des officiers ministériels étant formulés par la loi en termes généraux et absolus, et indépendamment d'événements tels que la faillite. Arrêt de rejet, de la Chambre civile, du 4 juin 1888 (1).

— La Cour de cassation a jugé, le 24 janvier 1887, qu'il y a lieu d'appliquer notre art. 635 aux liquidations judiciaires, créées par la loi du 22 avril 1871 (2). Il doit en être de même pour les liquidations judiciaires prononcées en vertu de la loi du 4 mars 1889 : cela ne peut faire aucun doute en présence de l'art. 24 de ladite loi.

On pourrait croire que les questions relatives aux marques de fabrique et aux marques de commerce rentrent dans la compétence *réelle* des tribunaux de commerce. Tel était effectivement le système du projet présenté en 1856 au Corps législatif. Mais, conformément à un amendement de la Commission, ce système n'a point passé dans la loi. L'art. 16 de la loi du 23 juin 1857 est ainsi conçu : « Les actions civiles « relatives aux marques sont portées devant les tribunaux « civils et jugées comme matières sommaires. En cas d'action « intentée par voie correctionnelle, si le prévenu soulève « pour sa défense des questions relatives à la propriété de la « marque, le tribunal de police correctionnelle statue sur « l'exception » (3).

(1) Sir., 89, 1, 177.
(2) Sir., 88, 1, 454.
(3) Voici ce que nous lisons dans le *rapport* de la Commission : « La « propriété des marques définie et protégée, les délits contre elle prévus « et punis, à quel tribunal faut-il confier cette défense et cette répres- « sion? La législation qu'il s'agit de réformer offre sur ce point une « diversité vraiment remarquable. Tantôt ce sont les prud'hommes et « les juges de paix, tantôt les tribunaux de commerce et aussi les tribu- « naux ordinaires ...Si l'action civile est seule engagée, quel tribunal en « connaîtra? Il était difficile de la soumettre aux conseils de prud'hommes, « dont le nombre est encore trop restreint et dont l'institution a surtout « pour objet de terminer les différends entre patrons et ouvriers. Il fallait « opter entre les tribunaux de commerce, ainsi que l'indiquait le projet, « et les tribunaux ordinaires, comme l'ont proposé plusieurs membres « de la Commission.

« C'est à cette dernière idée que votre Commission s'est arrêtée. La « marque de fabrique ou de commerce est une propriété : c'est donc aux « tribunaux chargés d'apprécier les questions de propriété qu'il faut

Du reste, il faut soigneusement distinguer du cas où il y aurait eu usurpation ou contrefaçon de marques celui où il y aurait eu simplement des actes de concurrence déloyale. C'est ce qu'a parfaitement reconnu la Cour d'Orléans dans son arrêt du 20 janvier 1864. La Cour commence par constater que dans l'espèce la demande n'avait pas pour cause des faits d'usurpation ou de contrefaçon de marques de fabrique, mais qu'elle était uniquement fondée sur des actes successifs de concurrence déloyale, en ce que depuis longtemps les défendeurs, fabricants de poterie à Beaugency, faisaient figurer dans la marque de leurs produits, en caractères plus apparents que les autres signes de cette marque, le nom d'*Orléans,* impliquant sur la provenance réelle de ces produits une confusion évidemment dommageable aux demandeurs, fabricants de poterie à Orléans. La Cour en conclut que la règle posée par l'art. 16 de la loi du 23 juin 1857, concernant spécialement les marques de fabrique et de commerce, quant à la juridiction compétente pour connaître des actions civiles qui pourraient être intentées en vertu de cette loi, n'était pas applicable à la cause ; qu'aux termes de l'art. 631 du Code de commerce, cette demande, ainsi formulée, était de la compétence de la juridiction commerciale (1).

Il faut également distinguer, au point de vue de la compétence, les *marques de fabrique ou de commerce*, et les *dessins de fabrique*. Aux termes de la loi du 23 juin 1857 (art. 1er), « sont considérés comme marques de fabrique et de com-

« attribuer ces litiges. Les difficultés relatives aux brevets d'invention « sont soumises aux tribunaux civils par la loi du 5 juillet 1844, dont « l'expérience a justifié les dispositions sur ce point... La détermination « de la juridiction commerciale n'eût pas été sans inconvénients : l'art. 20 « de la loi en étend l'application aux produits de l'agriculture; on eût « donc soumis à la juridiction exceptionnelle des tribunaux de commerce, « et peut-être à ses sanctions rigoureuses, des personnes qui jamais n'ont « fait ni ne veulent faire le commerce... »

(1) Dev.-Car., 64, 2, 115. Voy. aussi l'arrêt de la Cour d'Aix, du 3 juin 1863 (Dev.-Car., 64, 2, 167). Il y a dans ces arrêts une application du principe que le tribunal de commerce a compétence, non seulement en matière d'obligations conventionnelles, mais même en matière de quasi-contrats, de délits ou de quasi-délits, lorsque le fait en question se produit dans l'exercice et à l'occasion du commerce de la partie. Voy. ci-dessus, p. 403 et 404.

« merce : les noms sous une forme distinctive, les dénomi-
« nations, emblèmes, empreintes, timbres, cachets, vignettes,
« reliefs, lettres, chiffres, enveloppes, et tous autres signes
« servant à distinguer les produits d'une fabrique ou les
« objets d'un commerce ». Quant au dessin de fabrique, c'est un dessin imprimé sur une étoffe ou sur un tissu, ou appliqué à tout autre objet de fabrique par un procédé mécanique facile et rapide (1). Il ressort dè la loi du 18 mars 1806 que l'action en contrefaçon d'un dessin de fabrique, quand elle n'est pas soumise au tribunal correctionnel, est de la compétence du tribunal de commerce. En effet, l'art. 15 de cette loi porte que « tout fabricant qui voudra pouvoir « revendiquer par la suite, *devant le tribunal de commerce*, la « propriété d'un dessin de son invention, sera tenu d'en dé- « poser, aux archives des conseils de prud'hommes, un « échantillon... » (2).

II. — *Compétence personnelle.*

Nous savons déjà que l'acte qui émane d'un commerçant est par là même présumé commercial. Le tribunal de commerce se trouvant ainsi compétent (au moins provisoirement), par suite de la qualité de la personne, on dit en pareil cas qu'il y a une *compétence personnelle* (3). A cet égard, nous avons dans le Code plusieurs dispositions qui malheureusement sont loin d'être rédigées d'une manière irréprochable. L'art. 631 porte d'abord que les tribunaux de commerce connaîtront de toutes contestations relatives aux *engagements et transactions entre négociants, marchands et banquiers* ; l'art. 632 dit de même, dans son n° 6, que la loi répute actes de commerce *toutes obligations entre négociants, marchands et banquiers*. D'un autre côté, aux termes de l'art. 638, 2e alinéa,

(1) Sur le point de savoir quand on peut dire qu'il y a, non pas *invention brevetable*, mais *dessin de fabrique*, voy. l'arrêt de cassation du 10 mars 1858 (Dev.-Car., 58, 1, 353).

(2) Joignez l'arrêt de la Chambre des requêtes du 17 mai 1843 (Dev.-Car., 43, 1, 702).

(3) Voy. ci-dessus, p. 241 et suiv., 330, 331 et 335.

« les billets *souscrits par un commerçant* seront censés faits « pour son commerce... lorsqu'une autre cause n'y sera « point énoncée ». En présence de ces dispositions, on se demande si, pour que la présomption légale de commercialité existe, il faut nécessairement que toutes les parties entre lesquelles l'acte est intervenu fussent commerçantes, ou si, au contraire, il suffit que la qualité de commerçant existât chez la partie qui est poursuivie comme s'étant obligée. C'est évidemment à cette dernière opinion que nous devons nous arrêter. Lorsqu'un banquier ouvre un crédit à une personne, il est clair qu'il fait acte de commerce aussi bien quand cette personne n'est pas commerçante que quand elle est commerçante; de même, qu'un négociant en vin vende dix pièces de vin, nous devons voir dans cette vente un acte de commerce aussi bien quand l'acheteur se propose de les consommer dans sa maison que quand c'est un marchand qui se propose de les revendre en détail. La doctrine contraire mènerait à un résultat véritablement absurde : elle mènerait à dire que le marchand en détail, qui ne vend en général ses marchandises qu'à des non-commerçants, qu'à des consommateurs, doit bien être présumé faire acte de commerce quand il achète d'un marchand en gros, mais non quand il revend à ses pratiques. Je dis que ce serait absurde : car le commerce de l'homme dont nous parlons consiste précisément à revendre en détail ce qu'il a d'abord acheté en gros, et il faut bien présumer qu'il fait acte de commerce en effectuant ces ventes au détail. Ne serait-il pas bizarre et contraire à toute l'économie de l'art. 638 que le marchand de vin qui achète les récoltes d'un propriétaire ne fût pas présumé faire ainsi un acte de commerce? Sous ce rapport, l'art. 638 doit servir à rectifier la rédaction des art. 631, n° 1, et 632, n° 6 (1).

Du reste, le 2e alinéa de l'art. 638 a lui-même besoin d'être

(1) Cette doctrine est aujourd'hui généralement admise. Voy. MM. Bravard, *Manuel de droit commercial*, 7e édition, p. 767; Nouguier, *op. cit.*, t. I, p. 335 et suiv.; Molinier, *op. cit.*, nos 87 et 92; Orillard, *op. cit.*, nos 217 et 218; Bédarride, *op. cit.*, n° 391. En sens contraire, voy. M. Dalloz, *op. et vo cit.*, n° 376.

corrigé, à un autre point de vue. Il parle seulement des *billets* souscrits par un commerçant. Les art. 631 et 632 emploient des expressions plus larges, *engagements transactions, obligations;* et il faut en conclure que dans l'art. 638 on a parlé *de eo quod plerumque fit*, mais que du reste peu importe la forme dans laquelle se trouve constatée l'opération émanée d'un commerçant. Le tribunal de commerce serait également présumé compétent si l'on avait passé un acte notarié, ou, à l'inverse, s'il n'existait qu'une simple promesse verbale. — La Cour de cassation a fait une application remarquable de la doctrine que je défends ici. Par acte notarié, un sieur D..., maître de poste et entrepreneur de diligences, s'était reconnu débiteur des sieurs G... père et fils, et leur avait constitué hypothèque ; les intérêts devaient être payés de six en six mois, sur billets souscrits par D... En 1833, trois semestres d'intérêts étaient échus et non payés, des poursuites furent commencées contre D... : celui-ci assigne alors ses créanciers devant le tribunal civil, prétendant que le taux de 5 1/2 et de 6 p. 100 qu'il avait constamment payé en intérêts était un taux illicite en matière civile, et que l'art. 638 du Code de commerce ne pouvait pas s'appliquer aux obligations notariées constitutives d'hypothèques. Le tribunal civil repousse cette prétention. Sur l'appel de D..., arrêt confirmatif de la Cour de Bordeaux, portant que dans l'art. 638 le mot *billet* n'est point limitatif; que la loi doit s'appliquer également aux autres promesses et obligations qui, sous une autre forme, peuvent constituer des engagements de commerce; que notamment des obligations et emprunts contractés par un négociant, par un acte authentique et par hypothèque, offrent à la vérité une garantie de plus au créancier, mais qu'ils n'empêchent pas que l'engagement ne puisse être déclaré commercial. Enfin, D... s'étant pourvu en cassation, son pourvoi a été rejeté par un arrêt du 6 juillet 1836 : « Attendu que ces termes de l'art. 638, « *les billets souscrits par un commerçant sont censés faits pour* « *son commerce,* sont déclaratifs et non limitatifs, et que la « règle posée par cet article s'applique à toutes les obliga- « tions souscrites par un commerçant, quelle que soit la

« forme de ces obligations, lorsque, comme dans l'espèce, il « n'est pas prouvé qu'elles aient une cause non commer- « ciale... » (1).

La présomption légale de commercialité qu'établit le deuxième alinéa de notre art. 638 n'existe qu'autant que l'écrit qui constate l'engagement du commerçant n'assigne pas à cet engagement une cause purement civile. C'est ce qu'indiquent expressément les derniers mots de notre disposition. Ainsi un acte authentique ou sous seing privé constate l'engagement pris par un commerçant de payer une somme qui représente le prix d'achat d'un immeuble, le montant d'une soulte due par suite d'un partage de succession, etc. : en cas pareil, il ne peut évidemment exister aucune présomption de commercialité, et, s'il y a lieu de poursuivre le commerçant ainsi obligé, ce n'est pas le tribunal de commerce qui sera compétent.

Où la présomption légale existe, c'est lorsque l'acte ne fait pas connaître si la cause est civile ou si elle est commerciale. Cela se présente sans difficulté dans le cas d'un billet *à personne dénommée* : car il peut n'y avoir aucune mention de cause dans ce billet (2). Cela peut se présenter même dans le cas d'un billet *à ordre*, bien qu'aux termes de l'art. 188 du Code de commerce ce billet doive énoncer la *valeur fournie en espèces, en marchandises, en compte ou de toute autre manière*, c'est-à-dire la cause de l'obligation. En effet, il est très possible qu'on soit en règle avec cet art. 188, et que pourtant à la lecture du billet nous n'apercevions pas si la cause est civile ou si elle est commerciale : c'est ce qui arriverait notamment si le billet était causé *valeur reçue comptant* : les écus empruntés par le souscripteur l'ont-ils été pour son commerce ou

(1) Sir., 36, 1, 694. Voy. aussi l'arrêt de la Cour de Paris du 27 novembre 1841 (Dev.-Car., 42, 2, 50). — Pourtant M. Dalloz, v° *Compétence commerciale*, n° 138, cite un arrêt de la Cour de cassation, du 23 novembre 1846, duquel il résulterait que la présomption écrite dans notre art. 638 ne peut pas s'appliquer au cas de la simple promesse verbale faite par un commerçant. Mais, en sens contraire, on peut citer notamment un arrêt de la Cour de Poitiers du 20 mars 1877 (Dev.-Car., 77, 2, 121). Voy. aussi MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, n° 168.

(2) Voy. l'art. 1132 du Code civil.

pour toute autre cause ? Le billet ne le fait pas connaître.

Du reste, la présomption légale de commercialité est une présomption *juris tantùm* : elle admet la preuve contraire, et cette preuve, en général, peut se faire par tous les moyens possibles. Ainsi, lorsque le commerçant assigné devant le tribunal de commerce prouve qu'en réalité l'acte pour lequel il est poursuivi a une cause civile, que par exemple il s'agit de denrées ou marchandises achetées non pour être revendues, mais pour l'usage particulier de l'acheteur, le tribunal de commerce devra se déclarer incompétent. On est généralement d'accord pour entendre ainsi le deuxième alinéa de l'art. 638. — Même lorsqu'il s'agit d'un billet à ordre souscrit par un commerçant, la présomption de commercialité ne devient point une présomption *juris et de jure* : le souscripteur, traduit devant le tribunal de commerce, sera encore recevable à décliner la compétence de ce tribunal en prouvant que la cause de son obligation est purement civile. Cette décision, au premier abord, peut sembler contraire aux art. 636 et 637; mais ces articles ne doivent pas être interprétés isolément de l'art. 638, et il me paraît impossible d'admettre que le mot *billets,* dans ce dernier article, ne comprenne pas les *billets à ordre* (1). Comme le dit M. Orillard (2), le commerçant obligé par un billet à ordre n'ayant pas pour objet une spéculation commerciale, doit jouir des mêmes droits et des mêmes prérogatives qu'un signataire non commerçant (3). La distinction suivante, que je trouve dans un jugement du tribunal de commerce de la Seine, me paraît tout à fait arbitraire : « Si, suivant l'art. 638 du Code de « commerce, les billets souscrits par un négociant sont censés « faits pour son commerce lorsqu'une autre cause n'y est pas « énoncée, cette disposition a été insérée dans l'intérêt des « tiers qui auraient pu être déterminés à prendre un effet « sur la foi d'un titre commercial : un commerçant n'est donc « pas recevable à faire preuve que la cause du billet par lui

(1) D'ailleurs, l'art. 187, à propos du billet à ordre, mentionne expressément la disposition de l'art. 638. Comp. notre t. III, p. 525 et 526.

(2) *Op. cit.*, n° 418.

(3) Comp. ce que j'ai dit, à propos de l'art. 189, t. III, p. 545 et 546.

« souscrit n'était pas commerciale, lorsqu'il se trouve vis-à-
« vis d'un tiers porteur saisi par endossement régulier. Mais
« il n'en est pas de même lorsqu'il a pour adversaire le béné-
« ficiaire du titre, celui qui a contracté directement avec lui :
« dans cette dernière circonstance et par interprétation de
« l'art. 638, la présomption est en faveur du bénéficiaire, elle
« le dispense de toute preuve ; mais elle ne s'oppose pas à la
« preuve contraire, car il n'a pas ignoré la nature et l'origine
« de l'engagement » (1). La Cour de Metz, par un arrêt du 22 mars 1839, décide avec raison que, « lorsque la preuve
« d'une cause non commerciale existe et est rapportée, il
« faut admettre que cette preuve produit son effet, non
« seulement contre celui au profit duquel le billet a été créé,
« mais encore contre le tiers porteur, par la raison que
« l'exception opposée n'est nullement personnelle au premier
« créancier, mais qu'elle tient à la nature, à l'essence du
« titre lui-même... » (2).

— On s'est demandé si la présomption légale qu'établit le deuxième alinéa de l'art. 638 s'applique même aux billets souscrits par une personne qui de droit commun est incapable (mineur ou femme mariée), mais qui a été régulièrement autorisée à faire le commerce. J'ai essayé de montrer que ce billet doit être présumé souscrit pour le commerce du souscripteur, et, par conséquent, présumé valable (3). Je me bornerai à reproduire ici les observations d'un éminent jurisconsulte italien, M. Rocco, qui nous a fait l'honneur de rendre compte du premier volume de ce traité :

« M. Bravard se demande ce qu'il faut décider en cas de
« discussion sur le caractère civil ou commercial d'un acte
« fait par le mineur dûment autorisé. Le problème offre un

(1) Jugement du 7 janvier 1841 (Dalloz, v° *Compétence commerciale*, n° 139).

(2) Dev.-Car., 41, 2, 272. — MM. Lyon-Caen et Renault (*Traité*, t. I, n° 169) ne se prononcent pas nettement sur la question. « Un tiers de bonne foi, disent-ils, est devenu titulaire de la créance, qu'il a dû croire commerciale d'après la qualité du débiteur : celui-ci pourra-t-il prouver contre lui qu'il n'est pas tenu commercialement? Peut-être doit-on distinguer, admettre l'affirmative pour une obligation envers une personne dénommée, la négative pour une obligation *à ordre* ou *au porteur*. »

(3) Voy. notre t. I, p. 84 et suiv., p. 102 et 103.

« grand intérêt pratique : car l'acte sera nul si on lui recon-
« naît le caractère civil, valable si on le considère comme
« commercial. Pas de doute à cet égard.

« ...Nous ne pouvons accepter la solution proposée par
« M. Bravard, et nous admettons au contraire la critique
« qu'elle provoque de la part de M. Demangeat. M. Bravard
« commence par repousser l'argument si grave tiré de l'article
« du Code de commerce français, qui déclare, comme le Code
« napolitain, que les billets souscrits par un commerçant
« sont réputés faits pour son commerce lorsqu'aucune autre
« cause n'y est énoncée (1). Il pense avoir renversé cet argu-
« ment en faisant remarquer que la disposition de la loi n'est
« relative qu'à la question de compétence. Quand il s'agit
« d'un majeur, cette question, en cas de doute sur la nature
« de l'acte, se résout dans le sens de la juridiction com-
« merciale, qui est sa juridiction naturelle. Mais, dit-il, on
« ne saurait décider de même pour le mineur rendu habile
« au commerce : pour lui, la règle c'est la non-commer-
« cialité, et la commercialité est l'exception : par conséquent,
« dans le doute, il faut préférer la règle à l'exception, c'est-
« à-dire la nullité à la validité de l'acte. M. Bravard arrive
« ainsi à cette conclusion que le créancier au profit duquel
« aurait été souscrite l'obligation du mineur, devrait s'en
« prendre à son incurie de n'avoir pas fait consigner dans
« l'acte la cause de l'engagement.

« M. Demangeat remarque avec grande raison que cet avis
« s'écarte de l'opinion généralement professée par les meil-
« leurs jurisconsultes. Si, ajoute-t-il, pour exclure l'action en
« nullité, il suffisait de l'énonciation dans l'acte de sa nature
« commerciale, rien de plus facile pour celui qui traite avec
« le mineur commerçant, quoique, en principe, et d'après le
« sens commun, la simple déclaration de majorité, faite par
« le mineur, n'empêche pas la restitution. Si, au contraire,

(1) Le nouveau Code de commerce italien, après avoir énuméré, dans son art. 3, les divers actes de commerce, ajoute, dans son art. 4 : « On
« répute, en outre, actes de commerce les autres contrats et les autres
« engagements des commerçants, s'ils ne sont pas de nature essentielle-
« ment civile, ou si le contraire ne résulte pas de l'acte lui-même. »

« l'acte souscrit par le mineur doit être réputé fait par un « incapable tant que le créancier n'en prouve pas la com- « mercialité, la difficulté de cette preuve pour le créancier « opposerait un obstacle insurmontable à l'exercice du com- « merce par le mineur. Avec une inflexible logique, M. De- « mangeat renferme son raisonnement dans le dilemme sui- « vant : *Le système de M. Bravard conduit à la nécessité puérile « de l'insertion dans l'acte d'une simple clause de style ou à « l'impossibilité absolue pour le mineur commerçant d'exercer le « commerce*. A cette argumentation, d'une évidence manifeste, « nous n'avons rien à ajouter. .Attestons, toutefois, que, « pour la jurisprudence napolitaine et même pour la juris- « prudence de toutes les autres provinces de la péninsule « Italienne où la codification a été modelée sur le type du « Code de commerce français, ce n'est même plus une ques- « tion. On admet le système le plus favorable au libre exer- « cice du commerce par le mineur légalement autorisé » (1).

Aux termes du premier alinéa de l'art. 634, les tribunaux de commerce connaissent « des actions contre les facteurs, « commis des marchands ou leurs serviteurs, pour le fait « seulement du trafic du marchand auquel ils sont attachés ».

Quel est précisément le cas qu'ont eu en vue les rédacteurs de cette disposition? S'agit-il d'actions intentées par des tiers contre les préposés d'un marchand, à raison d'actes faits par ces préposés pour le compte du marchand auquel ils sont attachés? Il faudrait le dire, si le préposé était considéré comme étant une sorte de commissionnaire (2). Mais, tandis qu'en principe le commissionnaire agit en son propre nom,

(1) *Revue pratique de droit français*, t. XIV, p. 502 et 503.

(2) MM. Delamarre et Lepoitvin le considèrent effectivement ainsi. Suivant eux, « il existe des rapports réels entre le préposé et le commis- « sionnaire. Également étrangers à l'entremise, qui n'appartient qu'au « courtier, tous deux négocient directement avec l'autre contractant, tous « deux sont habiles à s'engager, tous deux gèrent et sont comptables. « Mais voici où la parité cesse. La commission à pour objet tel ou tel « agissement, et s'évanouit, une fois cet agissement accompli; la prépo- « sition ne se limite qu'à un genre d'actes successifs, et renouvelle ses « agissements tant qu'elle subsiste » (*Traité de droit commercial*, t. II, p. 41 et 42).

le préposé, au contraire, agit au nom du préposant et le représente, de sorte que le tiers qui a une réclamation à former au sujet de l'acte qu'il a fait avec un préposé s'en prendra, non pas à ce préposé, mais bien au préposant. Il est donc difficile d'admettre que le premier alinéa de l'art. 634 s'applique, dans la pensée du législateur, aux actions intentées par un tiers contre les facteurs ou commis d'un marchand : car des actions de ce genre ne peuvent se concevoir que dans des cas exceptionnels (1), et d'ailleurs, dérivant d'un acte de commerce fait par le préposé, il était bien superflu de les soumettre par une disposition expresse à la juridiction consulaire. L'action que régit cette disposition, c'est bien plutôt celle que le marchand peut avoir à intenter contre ses facteurs, commis ou serviteurs, pour leur demander compte de leur gestion. Il est vrai que ces préposés ne sont point commerçants ; je crois même qu'ils ne font point acte de commerce en louant leurs services à un commerçant pour l'aider dans l'exercice de son commerce. Mais le législateur a néanmoins jugé utile de les soumettre à la juridiction consulaire, parce qu'il est de l'intérêt général du commerce que les contestations dont il s'agit soient promptement terminées, et surtout parce que les juges consulaires sont évidemment mieux à même que les juges ordinaires d'apprécier si le préposé a rempli avec intelligence et avec fidélité les fonctions qui lui ont été confiées (2).

La jurisprudence admet bien, en général, que l'action exercée par le marchand contre son préposé est de la compétence du tribunal de commerce ; mais, dans la plupart des arrêts, on voit percer l'idée que cette action n'est pas la principale ou du moins la seule à laquelle aient songé les rédacteurs de notre art. 634, n° 1. Voici, en effet, ce que je lis dans l'arrêt de la Cour de cassation du 3 janvier 1828 : « S'il « résulte de l'art. 634, § 1, du Code de commerce que les « facteurs ne sont justiciables des tribunaux de commerce

(1) MM. Lyon-Caen et Renault (*Traité*, t. I, n° 368) citent le cas où un commis, en vendant une marchandise, aurait personnellement garanti une qualité qu'elle n'a point.

(2) Voy., en ce sens, M. Bédarride, *op. cit.*, n^os^ 318 et suiv.

« que pour le fait seulement du trafic du marchand auquel « ils sont attachés, ce mot *seulement* n'est pas tellement res- « trictif qu'il rende les facteurs non justiciables des mêmes « tribunaux à l'égard des marchands avec lesquels ils ont « contracté en acceptant d'eux le titre et la qualité de leurs « facteurs, lorsqu'ils sont poursuivis, comme dans la cause « actuelle, pour raison de la gestion et administration qu'ils « ont faite en cette même qualité de facteurs... La saine « entente de cet art. 634, et du mot *seulement* qui s'y trouve « inséré, est que, pour que les tribunaux de commerce soient « compétents à l'effet de juger les demandes et actions diri- « gées contre les facteurs, il faut que ces demandes et actions « se rapportent à cette qualité de facteurs... » (1).

Je lis, de même, dans un arrêt de la Cour de Paris, du 11 juillet 1844, « que l'Ordonnance de 1673 soumettait le « jugement de ces sortes de contestations (contestation entre « un commerçant et son commis) aux juge et consuls (2); « que les dispositions du Code de commerce n'ont pas innové « en ce point à la juridiction; qu'en effet l'art. 634, en sou- « mettant à la juridiction commerciale les actions dirigées « contre les commis pour le fait du trafic du marchand auquel « ils sont attachés, ne distingue pas entre les actions dirigées « par les tiers contre les commis et les actions dirigées contre « ces derniers par les commerçants qui les ont préposés à « leur négoce... » (3).

Le tribunal de commerce, compétent pour connaître de l'action en reddition de compte formée par un marchand contre ses facteurs et commis, est-il encore compétent quand il s'agit du compte demandé au liquidateur d'une maison de commerce? Je crois que les termes de notre art. 634, n° 1, embrassent même cette hypothèse. La Cour de cassation, par un arrêt du 20 novembre 1834, a bien proclamé la compétence du tribunal de commerce; mais elle ne s'est pas fondée, pour cela, sur notre art. 634 : « La liquidation d'une maison

(1) Dalloz, *op. cit.*, v° *Compétence commerciale*, n° 147.

(2) Cette proposition générale n'est nullement justifiée. Je citerai, dans un instant, le texte de l'Ordonnance.

(3) Dev.-Car., 45, 2, 163.

« de commerce, dit la Cour, se compose et se complique « nécessairement d'opérations, de questions et d'affaires « commerciales, qui sont essentiellement de la compétence « des tribunaux de commerce; d'où résulte le droit de tous « les intéressés d'agir contre les liquidateurs, pour raison de « leur gestion, devant les tribunaux de commerce » (1).

— La loi nous dit bien que le préposé doit être poursuivi devant le tribunal de commerce; elle ne nous dit pas devant quel tribunal lui-même devra poursuivre le préposant, s'il a quelque réclamation à former contre lui. Sur ce point, l'Ordonnance de 1673 (Tit. XII, art. 5) contenait la disposition suivante : « Les juge et consuls connaîtront des gages, « salaires et pensions des commissionnaires, facteurs ou ser- « viteurs des marchands, pour le fait du trafic seulement. » Est-il croyable que les rédacteurs du Code de 1808 aient voulu enlever aux tribunaux de commerce la connaissance des actions dont il s'agit? Non. S'ils n'en ont pas parlé expressément, c'est parce que cela était inutile. En effet, le commerçant qui prend à son service un facteur ou un commis fait un acte qui se rattache à l'exercice de son commerce : il fait donc un acte qui, pour lui, est commercial, et, par conséquent, il se soumet à la juridiction commerciale, en tant que, par suite de cet acte, une réclamation serait dirigée contre lui.

Cependant la question a été vivement discutée, soit dans la doctrine, soit dans la jurisprudence. Parmi les auteurs, à l'appui de notre opinion, nous pouvons invoquer notamment M. Pardessus, M. Bravard (2), M. Dalloz (3), M. Bédarride (4). Quant aux arrêts, parmi ceux qui ont déclaré incompétent le tribunal de commerce, je citerai seulement, comme étant le plus récent à ma connaissance, un arrêt de la Cour de Rouen, du 6 novembre 1845. Cet arrêt n'a, du reste, aucune valeur

(1) Dalloz, *op. cit.*, v° *Compétence commerciale*, n° 150. Dans l'espèce, le liquidateur était un avocat. — « Les liquidateurs et les gérants, comme le disent MM. Lyon-Caen et Renault, sont des préposés de la société » (*Traité*, t. I, n° 368).

(2) Ci-dessus, p. 243.

(3) *Op. cit.*, v° *Compétence commerciale*, n° 152.

(4) *Op. cit.*, n°s 324 et suiv.

doctrinale : il se borne à affirmer que les conventions intervenues entre le commerçant et son commis, quant au salaire de celui-ci, ont un caractère purement civil (1). En sens inverse, la Cour de Bordeaux, par un arrêt du 10 janvier 1843, décide qu'un facteur assigne valablement son patron devant le tribunal de commerce, « attendu qu'aux termes de « l'art. 634, les tribunaux de commerce connaissent des « actions contre les facteurs, et que, par une réciprocité « qu'avouent le droit et l'équité, les facteurs doivent pouvoir « traduire, à leur tour, devant les mêmes tribunaux, ceux « avec lesquels ils ont traité en la qualité dont il s'agit » (2).

La question a été soumise à la Cour de cassation en 1851. La Cour de Grenoble avait infirmé pour incompétence un jugement du tribunal de commerce, par les motifs suivants : « Aucune disposition législative n'attribue, d'une manière « spéciale, aux tribunaux de commerce, la connaissance des « actions des commis contre leurs patrons, en paiement de « leurs salaires; mais cette connaissance peut leur être « dévolue d'après les principes généraux, si les accords « intervenus entre le maître et le commis sont commerciaux. « Or, il est résulté des explications fournies à l'audience que « l'accord intervenu entre D... et L... n'avait aucun caractère « commercial; qu'en effet ce dernier n'était chargé que « d'une surveillance dans l'usine de D..., laquelle surveillance « n'exigeait aucune connaissance spéciale et constituait « plutôt un louage de service qu'un louage d'industrie, qui, « seul, eût entraîné une participation réelle du commis au

(1) Dev.-Car., 47, 2, 96.

(2) Dev.-Car., 43, 2, 191. — Il paraît que dans l'espèce on invoquait, pour établir l'incompétence du tribunal de commerce, l'art. 5, n° 3, de la loi du 25 mai 1838 *sur les justices de paix*. Il est évident que cette disposition n'est point applicable aux contestations entre un commerçant et ses facteurs ou commis. Elle ne l'est même pas, comme le décide un arrêt de la Chambre des requêtes, du 13 mai 1857 (Dev.-Car., 57, 1, 669), aux contestations entre une compagnie de chemin de fer et le mécanicien qui lui a loué son industrie en qualité de conducteur de locomotives. Au contraire, les *gens de travail*, employés au jour, au mois, même à l'année, les *ouvriers* engagés par un maître, sont justiciables du tribunal de paix, sans qu'il y ait à distinguer si celui qui les emploie est commerçant ou ne l'est pas. Voy. l'arrêt de la Cour de Nancy, du 2 juillet 1873 (Dev.-Car., 73, 2, 181).

« commerce du maître. » La distinction indiquée par la Cour de Grenoble était purement arbitraire. Aussi son arrêt a-t-il été cassé par la Cour suprême, le 10 février 1851. « En fait, dit la Cour de cassation, il est constant que le demandeur était attaché exclusivement à la maison commerciale du défendeur, et *pour le fait du trafic*... En droit, les commerçants sont justiciables des tribunaux consulaires pour tous les faits de leur trafic; et l'arrêt attaqué, en décidant que des conventions intervenues en vue et dans l'intérêt du trafic n'étaient pas de la compétence des tribunaux de commerce, a formellement violé l'art. 631 et faussement appliqué l'art. 634 » (1).

Malheureusement, la Cour de cassation ne s'est pas tenue à la doctrine si justement appliquée dans cet arrêt de 1851. Dans un arrêt de la Chambre des requêtes, du 22 février 1859, il est dit que : « Si l'art. 634 déclare que les tribunaux de « commerce connaîtront des actions contre les facteurs et « commis des marchands, pour le fait du trafic du marchand « auquel ils sont attachés, il ne s'ensuit pas nécessairement « que les actions des facteurs et commis contre les marchands « ne puissent être portées devant les tribunaux civils; que « des termes de l'art. 631 il résulte que, pour que la juridic- « tion de ces tribunaux soit forcée, il faut, ou que le deman- « deur et le défendeur soient commerçants, ou que la con- « testation soit relative à un acte de commerce, réputé tel à « l'égard de l'une et de l'autre des parties; — que celle des « parties qui n'a pas la qualité de commerçant, et à l'égard « de laquelle l'engagement ou le fait litigieux n'a pas le « caractère d'un acte de commerce, ne peut donc être con- « trainte d'appeler le défendeur devant le tribunal de com- « merce, sous le prétexte que la qualité du défendeur ou le « caractère de l'engagement ou du fait litigieux, par rapport « à celui-ci, le soumettrait à cette juridiction d'exception, « pas plus qu'elle ne serait tenue d'accepter cette juridiction « si elle y était elle-même appelée; — que les tribunaux « ordinaires, ayant juridiction entière et *vrai détroit et terri-*

(1) Dev.-Car., 51, 1, 737.

« *toire*, ont une compétence générale, qui ne cesse pas à « raison de la qualité de commerçant du défendeur, vu le « caractère commercial, par rapport à celui-ci seulement, « du fait litigieux, lorsque ce fait leur est soumis comme « fait civil par le demandeur, à l'égard duquel il a réellement « ce caractère...; que, si la société *le Cheptel* est une société « de commerce, il en résulte que le sieur D... aurait pu l'assi- « gner devant la juridiction commerciale, mais non pas que « cette société soit fondée à l'entraîner devant cette juridic- « tion d'exception en déclinant la compétence des tribunaux « ordinaires... » (1). Je tiens pour absolument fausse, pour contraire à l'esprit comme au texte de la loi, cette théorie d'après laquelle il est loisible au demandeur de choisir la juridiction qui lui convient le mieux. J'ai déjà eu l'occasion de la réfuter (2). — Du reste, un arrêt de la même Chambre des requêtes, du 20 mars 1865, s'exprime, sur le point qui nous occupe, d'une manière absolument irréprochable (3).

— Un deuxième cas, que l'on peut considérer comme n'ayant pas été expressément prévu par l'art. 634, c'est le cas où l'action serait intentée par un préposé contre un autre préposé du même commerçant. Si l'action se rattache au trafic du patron commun des deux plaideurs, ne devons-nous pas encore admettre qu'elle est de la compétence du tribunal de commerce? La question s'est présentée devant la Cour de cassation, non pas, il est vrai, au point de vue de la compétence, mais au point de vue de l'admissibilité de la preuve testimoniale au-dessus de 150 francs. Voici dans quelles circonstances : Un sieur B..., employé aux expéditions du chemin de fer de Paris au Havre, prétendait avoir remis à R..., employé comme conducteur pour le service du même

(1) Dev.-Car., 59, 1, 321.

(2) Voy., ci-dessus, p. 408. — Comp. MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, n° 369. « Même en admettant, disent-ils, que, lorsqu'un acte est civil d'un côté et commercial de l'autre, la partie pour laquelle l'opération est civile peut saisir à son choix le tribunal de commerce ou le tribunal civil, on ne saurait prétendre que le commis doit avoir le droit d'actionner son patron devant le tribunal civil : car, en vertu d'une disposition légale formelle, le commis n'est pas justiciable du tribunal civil. »

(3) Dev.-Car., 66, 1, 333.

chemin, un sac d'argent ficelé et cacheté, avec mission de le faire parvenir à sa destination; B... traduit R... en police correctionnelle comme s'étant rendu coupable d'abus de confiance, le sac n'étant point parvenu à destination, et l'Administration ayant été obligée d'en restituer la valeur. Devant le tribunal, B... devait-il être admis à prouver par témoins que le sac avait été par lui remis à R...? La question revenait à celle-ci : *Le fait allégué par B... ne constituait-il pas un acte de commerce?* La Cour de Rouen ayant admis la recevabilité de la preuve testimoniale, le pourvoi formé contre son arrêt a été rejeté, le 1er septembre 1848 : « Attendu que, « dans l'espèce, il s'agissait d'un transport, opération toute « commerciale qui rentrait précisément dans la destination « de l'entreprise du chemin de fer, comme dans le service « pour lequel l'Administration dudit chemin avait préposé « ses commis B... et R...; — Attendu que les termes généraux « de l'art. 634 s'appliquent tout à la fois aux actions dirigées « par les marchands contre leurs préposés et leurs commis, « comme aux actions que ces derniers peuvent avoir à « exercer entre eux, respectivement, pour le fait du négoce « auquel ils sont attachés; et que B... pouvait invoquer, « sous l'un comme sous l'autre rapport, les dispositions de « cet article, puisque, à raison du remboursement de la « somme par l'Administration du chemin de fer, il se trou- « vait subrogé aux droits de ses commettants, et que soit à « raison de cette subrogation, soit parce qu'il s'agissait de « l'action introduite pour un fait du trafic du maître par un « préposé envers un autre préposé pour un service qui leur « était confié, la compétence appartenait au tribunal de « commerce... » (1).

Il y a certains fonctionnaires qui ne sont pas commerçants et qui, sans avoir fait aucun des actes de commerce que nous connaissons, sont cependant justiciables des tribunaux de commerce. Ce sont les comptables des deniers publics. Aux termes de l'art. 634, n° 2, les tribunaux de commerce con-

(1) Dev.-Car., 48, 1, 653.

naissent des billets faits par les receveurs, payeurs, percepteurs ou autres comptables de deniers publics ; et le deuxième alinéa de l'art. 638 ajoute que les billets des receveurs, payeurs, percepteurs ou autres comptables de deniers publics, seront censés faits pour leur gestion, lorsqu'une autre cause n'y sera point énoncée. — Ici, comme dans bien d'autres cas, la contrainte par corps et la compétence commerciale vont de pair. Seulement, la contrainte par corps (qui aujourd'hui ne pourrait plus être exercée) a précédé de longtemps la compétence commerciale.

L'Ordonnance de 1673 avait un Titre VII, consacré à la contrainte par corps. Ce Titre se composait de deux articles, l'un relatif au commerce de terre, l'autre relatif au commerce de mer. Voici le texte de l'art. 1er : « Ceux qui auront signé « des lettres ou billets de change (1) pourront être contraints « par corps; ensemble ceux qui y auront mis leur aval, qui « auront promis d'en fournir avec remise de place en place, « qui auront fait des promesses pour lettres de change à eux « fournies ou qui le devront être; entre tous négociants ou « marchands qui auront signé des billets pour valeur reçue « comptant ou en marchandises, soit qu'ils doivent être « acquittés à un particulier y nommé, ou à son ordre, ou au « porteur. »

Une Déclaration du Roi, en date du 26 février 1692, contient ce qui suit : « Encore que par l'art. 1er du Titre VII de « de notre Édit du mois de mars 1673, il soit porté que ceux « qui ont signé des lettres ou billets de change pourront être « contraints par corps; ensemble entre tous négociants ou « marchands qui auront signé des billets pour valeur reçue « comptant ou en marchandises, soit qu'ils doivent être « acquittés à un particulier y nommé, ou à son ordre, ou au « porteur.

« Néanmoins, plusieurs Cours, juges et juridictions ont « déchargé et déchargent de la contrainte par corps plusieurs « particuliers, gens d'affaires, lorsqu'il s'agit du payement « des billets par eux faits pour valeur reçue, même pour

(1) Sur les *billets de change*, voy. notre t. III, p. 544, en note.

« valeur reçue comptant, sous prétexte que par l'art. 27 du « Titre V du même Édit il est porté qu'aucun billet ne sera « réputé *billet de change* si ce n'est pour lettres de change qui « auront été fournies ou qui devront l'être, et que nos comptables, chargés du recouvrement de nos deniers, les receveurs, trésoriers, receveurs généraux et particuliers, traitants, sous-traitants et intéressés dans nos affaires, ne sont « point marchands ni négociants. — De sorte que, si on continuait à les décharger de la contrainte par corps pour le « paiement des simples billets qu'ils font, de valeur reçue et « de valeur reçue comptant, payables au porteur, ou à un « particulier y nommé, ou à son ordre, le crédit qui leur est « nécessaire pour le bien de notre service cesserait absolument, sans lequel ils ne peuvent soutenir les affaires dont ils « sont chargés et qu'ils ne soutiennent pour l'ordinaire que « par l'usage de ces sortes de billets qu'ils font comme les « marchands et les négociants.

« A quoi voulant parvenir, nous avons déclaré que l'art. 1er « du Titre VII de notre Édit du mois de mars 1673 soit exécuté « contre les receveurs, trésoriers, fermiers et sous-fermiers « de nos droits, traitants généraux et particuliers, intéressés « et gens chargés du recouvrement de nos deniers, et tous « autres nos comptables ; et ce faisant qu'ils puissent être « contraints par corps, ainsi que les négociants, au paiement « des billets, pour valeur reçue, qu'ils feront à l'avenir, pendant qu'ils seront pourvus desdites charges ou qu'ils seront « chargés du recouvrement de nos deniers... »

Au fond, cette disposition était encore en vigueur lorsqu'a été promulguée la loi du 22 juillet 1867, qui a supprimé la contrainte par corps en matière commerciale, civile et contre les étrangers, et ne l'a maintenue qu'en matière criminelle, correctionnelle et de simple police. La loi du 15 germinal an VI portait (Titre I, art. 3) que la contrainte par corps aurait lieu *pour versement de deniers publics et nationaux*. Et la loi du 17 avril 1832 contient les dispositions suivantes :

Art. 8. « Sont soumis à la contrainte par corps, pour « raison du reliquat de leurs comptes, déficit ou débet constaté

« à leur charge, et dont ils ont été déclarés responsables :
« 1° les comptables de deniers publics ou d'effets mobiliers
« publics, et leurs cautions; 2° leurs agents ou préposés, qui
« ont personnellement géré ou fait la recette; 3° toutes per-
« sonnes qui ont perçu des deniers publics dont elles n'ont
« point effectué le versement ou l'emploi, ou qui, ayant reçu
« des effets mobiliers appartenant à l'État, ne les représen-
« tent pas ou ne justifient pas de l'emploi qui leur avait été
« prescrit. »

ART. 9. « Sont compris dans les dispositions de l'article
« précédent : les comptables chargés de la perception des
« deniers ou de la garde et de l'emploi des effets mobiliers
« appartenant aux communes, aux hospices et aux éta-
« blissements publics, ainsi que leurs cautions et leurs
« agents et préposés, ayant personnellement géré ou fait la
« recette. »

Cependant la Commission chargée de rédiger le projet du Code de commerce n'avait point rendu justiciables des tribunaux consulaires les comptables de deniers publics. Mais le projet rédigé par la Section *de législation* du Conseil d'État *sur la compétence des tribunaux de commerce,* et présenté par M. Bigot-Préameneu dans la séance du 8 novembre 1806, contenait un art. 5 ainsi conçu : « Les tribunaux de com-
« merce connaîtront de tous billets faits par les receveurs,
« trésoriers et autres comptables chargés du recouvrement
« des deniers publics. » M. Bérenger ayant dit : « On ne sait
« pas quel rapport ont ces billets avec le négoce, ni pourquoi
« la Section *de législation* en attribue la connaissance aux tri-
« bunaux de commerce », M. Bigot-Préameneu répond que c'est parce que ces billets sont des effets mis en circulation. Évidemment cette réponse n'était pas suffisante. Plus tard, dans la séance du 9 mai 1807, fut présentée la rédaction qui a passé dans l'art. 634. Là-dessus « M. Defermon observe que les receveurs, payeurs, percepteurs et autres comptables de deniers publics, n'ont pas le droit de s'acquitter en billets. M. Beugnot dit que l'article a été demandé par le Directeur général de la Caisse d'amortissement. M. Louis dit que le Trésor public a aussi intérêt à ce que la contrainte par corps

soit attachée aux billets qu'il peut recevoir. La disposition est adoptée » (1).

— Examinons maintenant en détail les différentes questions auxquelles peuvent donner lieu les dispositions des art. 634 et 638 sur les comptables de deniers publics.

I. Quels sont précisément ces *comptables de deniers publics*, dont parlent nos deux articles? Suivant M. Pardessus, « on « doit considérer comme *comptables publics* ceux qu'une admi- « nistration financière créée par l'État prépose aux recettes « dont elle est chargée, et qui versent dans les caisses publi- « ques leurs recettes, en deniers ou effets souscrits ou en- « dossés par eux ». Cette définition me paraît prêter à la critique, sous deux rapports :

1° M. Pardessus ne mentionne que les receveurs de deniers publics; or, il est incontestable que la loi s'applique également aux payeurs. On peut être comptable de deniers publics, non seulement quand on reçoit des débiteurs de l'État des sommes qui doivent être versées au Trésor, mais aussi quand on est dépositaire de sommes appartenant à l'État et destinées à être payées aux créanciers de l'État (2). L'art. 2121 du Code civil a voulu indiquer ces deux classes de comptables en disant que l'État a hypothèque légale sur les biens des *receveurs et administrateurs comptables* (3). Le mot *receveurs* comprend d'abord les receveurs généraux de département, les receveurs particuliers d'arrondissement, puis les percepteurs des contributions directes, enfin ceux qu'on appelle proprement les receveurs des con-

(1) Locré, *Législ. de la France*, t. XX, p. 37.

Comme le disent MM. Lyon-Caen et Renault (*Traité*, t. I, n° 370), « il importe que les comptables de deniers publics jouissent d'un assez grand crédit, et que les billets souscrits par eux relativement à leur gestion se négocient aussi facilement que ceux des commerçants. Cela présentait une grande utilité lorsque le Trésor public, ayant besoin d'argent avant la rentrée des impôts, se faisait souscrire par ses comptables des billets qu'il escomptait auprès des banquiers. »

(2) « On entend par *comptable*, dit très bien M. Cabantous, celui qui « est chargé de manier les fonds, c'est-à-dire de recevoir ou de payer » (*Répét. écr. sur le droit public et administratif*, n° 671).

(3) Voy. aussi l'art. 1er de la loi du 5 septembre 1807, *relative aux droits du Trésor public sur les biens des comptables.*

tributions indirectes, les receveurs de l'enregistrement, les conservateurs des hypothèques, les receveurs des douanes. En ce qui concerne les *payeurs* ou *administrateurs comptables,* je me borne à transcrire ici l'art. 352 du décret impérial du 31 mai 1862, *portant règlement général sur la comptabilité publique* : « Le paiement des ordonnances et mandats délivrés sur « les caisses des payeurs est effectué par un payeur unique « dans chaque département, par le directeur comptable des « caisses centrales à Paris, par des trésoriers-payeurs en « Algérie et dans les colonies, et, lorsqu'il y a lieu, par des « payeurs d'armées » (1).

2° M. Pardessus n'indique pas assez clairement ce qu'il faut entendre par *deniers publics*. On pourrait croire qu'il s'agit exclusivement de *deniers appartenant à l'État*. Or, l'expression *deniers publics* doit être prise dans un sens plus large, comme synonyme de *deniers qui n'appartiennent point à un particulier*. « Les deniers publics, dit en effet l'art. 1er du décret du « 31 mai 1862, sont les deniers de l'État, des départements, « des communes et des établissements publics ou de bien- « faisance. » Il faut donc considérer comme justiciables des tribunaux de commerce, aux termes de nos art. 634, n° 2, et 638, le receveur municipal (2), le receveur spécial d'un hospice (3), l'économe d'un lycée, etc. — La pratique paraît admettre sans difficulté cette interprétation des mots *deniers publics*. Seulement, on s'est demandé si la règle qui nous occupe est applicable au fermier de l'octroi d'une ville. La Cour de Caen a répondu affirmativement : « Le fermier de « l'octroi, dit la Cour, est véritablement receveur de deniers « publics; l'art. 634 du Code de commerce attribue aux tri-

(1) Du reste, les *receveurs* jouent éventuellement le rôle de *payeurs* : « Les receveurs des finances et les percepteurs sous leurs ordres, dit « l'art. 354 du décret, doivent faire, sur les fonds de leurs recettes, tous « les paiements pour lesquels leur concours est jugé nécessaire. Les « autres receveurs des revenus publics peuvent être appelés à concourir « de la même manière au paiement des dépenses pour le compte du payeur.»

Aux termes d'un décret du 21 novembre 1865 (art. 1er), « les fonctions de receveur général et de payeur dans chaque département sont réunies et confiées à un fonctionnaire qui prend le titre de *trésorier-payeur général.* »

(2) Voy. l'art. 515 du décret de 1862.

(3) Voy. l'art. 559 du même décret.

« bunaux de commerce la connaissance des billets faits par « des hommes de cette profession, et il est superflu d'exa- « miner si G... doit, à raison de cette qualité, être réputé « comptable, parce que la loi ne fait pas dépendre exclu- « sivement la compétence de la qualité de comptable. » A l'appui du pourvoi formé contre cet arrêt, on disait, avec raison : « Les mots *ou autres comptables*, contenus dans « l'art. 634, démontrent clairement que, suivant l'inten- « tion de la loi, il ne suffit pas, pour être justiciable des « tribunaux de commerce, d'être chargé de percevoir des « deniers publics, il faut encore être tenu de rendre un « compte ; or un fermier de l'octroi n'a aucun compte à pré- « senter, ses obligations se bornent à payer le prix de son « bail... » Le pourvoi fut néanmoins rejeté par la Cour suprême, le 12 mai 1814 (1). La Cour de Toulouse me paraît avoir fait une plus juste application des principes, en décidant, le 5 mars 1825, que les sommes perçues par le fermier de l'octroi ne sont pas des deniers publics (2). Cependant la doctrine de la Cour de cassation a été embrassée, en général, par les auteurs (3).

Ce que nous décidons relativement au fermier de l'octroi, nous devons évidemment le décider, par identité de motifs, relativement au débitant de tabac. Comme l'exprime très bien un arrêt de la Cour de Caen, du 10 juin 1862, « les débitants « de tabac ne peuvent pas être rangés dans la classe des *rece-* « *veurs* ou *comptables de deniers publics*. Ils paient à l'Adminis- « tration des contributions indirectes le prix des tabacs qu'on « leur fournit, au moment même où cette fourniture a lieu, « et c'est, par conséquent, pour eux-mêmes qu'ils reçoivent « le prix payé par les consommateurs, prix dont ils n'ont « point à rendre compte. Ainsi on ne peut leur appliquer « sous aucun rapport la disposition du § 2 de l'art. 634 du « Code de commerce » (4).

(1) Dalloz, *op. cit.*, v° *Compétence commerciale*, n° 160.

(2) Dalloz, *op. cit.*, v° *Acte de commerce*, n° 76.

(3) Voy. MM. Nouguier, *op. cit.*, t. I, p. 328; Orillard, *op. cit.*, n° 482; Bédarride, *op. cit.*, n°s 343 et 344.

(4) Dev.-Car., 62, 2, 507. Dans l'espèce, il s'agissait de savoir, non pas

II. Quels sont précisément les actes à raison desquels les comptables de deniers publics sont justiciables des tribunaux de commerce? Les art. 634 et 638 parlent des *billets* que ces comptables ont faits ou souscrits. Peu importe qu'il s'agisse de billets à ordre ou de billets à personne dénommée, d'actes sous seing privé ou d'actes notariés : l'expression de la loi me paraît embrasser ces différents cas, et c'est aussi l'opinion commune (1). Mais il ne me paraît pas possible d'appliquer nos articles à une simple promesse verbale. J'ai bien admis que la promesse même verbale d'un commerçant doit être présumée de la compétence des tribunaux de commerce : c'est qu'à cet égard les art. 631 et 632 s'expriment dans les termes les plus généraux. Au contraire, en ce qui concerne les comptables de deniers publics, la loi ne parle nulle part d'*engagements* ou d'*obligations*, elle parle uniquement de *billets* (2).

Relativement aux billets à ordre, je ne distingue pas sui-

si le débitant de tabac est justiciable du tribunal de commerce, mais s'il est contraignable par corps. Comme nous l'avons indiqué, les deux questions, en général, n'en font qu'une. Voy. en ce sens l'arrêt de la Cour de Metz, du 29 décembre 1859 (Dev.-Car., 61, 2, 287). Je ne puis voir qu'une inadvertance dans les lignes suivantes de M. Bravard : « On « a été conduit par des raisons spéciales à étendre ici la compétence du « tribunal de commerce hors de sa sphère naturelle, à des personnes et « à des actes qui n'ont rien de commercial; on a cru que c'était le meil- « leur moyen de donner tout à la fois plus de crédit aux comptables et « plus de sécurité au public. C'est uniquement par ces motifs qu'on a « soumis à la compétence des tribunaux de commerce les actions dont il « s'agit, et, *par conséquent, ils ne pourront pas prononcer la contrainte « par corps* » (ci-dessus, p. 244).

Le débitant de tabac, qui n'est pas un *receveur comptable de deniers publics*, n'est pas davantage un commerçant, lors même qu'il vend des pipes et autres objets nécessaires aux consommateurs : il y a là un simple accessoire de la gestion du bureau. Ainsi jugé par la Cour de Lyon, le 29 août 1861 (Dev.-Car., 62, 2, 507).

(1) M. Molinier est d'un avis contraire : « Ces dispositions, dit-il (n° 106), « sont exorbitantes du droit, et leur application doit dès lors être stric- « tement renfermée dans les termes de la loi. En partant de ce point de « vue, nous sommes amené à penser qu'un comptable ne serait pas jus- « ticiable des tribunaux de commerce à raison des obligations qu'il « aurait contractées sous une forme autre que celle des billets suscep- « tibles d'être cédés dans le commerce. »

(2) C'est l'opinion de M. Pardessus. Voy. aussi MM. Nouguier, *op. cit.*, t. I, p. 329 et 330; Bédarride, *op. cit.*, n°s 335 et 336. En sens contraire, voy. M. Orillard, *op. cit.*, n° 484.

vant qu'ils ont été souscrits ou simplement endossés par les comptables de deniers publics. Comme le dit M. Vincens, « quand un receveur négocie sa signature pour se faire des « fonds en usant des ressources du commerce, peu importe « qu'il fasse circuler le papier qu'il crée ou celui qu'il s'est « procuré et qu'il endosse ». Comme le dit également la Cour de Poitiers, dans un arrêt du 24 janvier 1832, « le § 2 de « l'art. 634 du Code de commerce est applicable à tous comp- « tables de deniers publics qui, par une voie quelconque, « transmettent à un tiers la propriété d'un billet à ordre « revêtu de leur signature : décider autrement serait leur « procurer les moyens d'éluder la sévérité de l'article » (1).

Le tribunal de commerce est-il donc compétent pour connaître toujours de l'écrit constatant l'obligation d'un comptable de deniers publics? Non : la portée générale qu'on serait tenté de donner à l'art. 634, s'il existait seul dans la loi, est certainement restreinte par la disposition finale de l'art. 638. Cette disposition finale ne peut avoir pour objet que d'indiquer la possibilité qu'un billet fait par un comptable de deniers publics demeure dans la compétence des tribunaux ordinaires. Du reste, deux hypothèses peuvent se présenter :

1° Il est énoncé dans le billet que l'obligation du comptable a une cause étrangère à sa gestion, telle que l'achat d'un immeuble ou l'achat de denrées ou marchandises destinées à l'usage particulier du comptable (2). Alors, sans aucun doute, on appliquera la disposition finale de l'art. 638, on décidera que le tribunal de commerce n'est pas compétent. La seule difficulté est de savoir si, en dehors de ce cas où le billet énonce expressément une cause étrangère à la gestion, le tribunal de commerce est nécessairement compétent, et ceci nous amène à l'examen de notre deuxième hypothèse.

2° Le billet n'exprime pas la nature de la cause : à la simple

(1) Dalloz, *op. cit.*, v° *Compétence commerciale*, n° 162. Voy. aussi MM. Nouguier, *op. cit.*, p. 330 et 331; Molinier, *op. cit.*, n° 107; Orillard, *op. cit.*, n° 485; Bédarride, *op. cit.*, n° 346.

(2) De même, quand un trésorier-payeur général s'oblige envers un particulier à lui acheter des rentes sur l'État, il n'agit point en qualité de comptable des deniers publics. Voy. Dalloz, *op. cit.*, v° *Compétence commerciale*, n° 165.

lecture du billet, on ne voit pas si l'obligation du comptable a été contractée à l'occasion de sa gestion ou pour une cause étrangère à cette gestion. Alors il est bien certain que nous devons présumer qu'elle a été contractée à l'occasion de la gestion, et qu'ainsi c'est au tribunal de commerce qu'il appartient d'en connaître. La loi établit clairement cette présomption, lorsqu'elle dit : « Les billets des receveurs, payeurs, « percepteurs ou autres comptables de deniers publics, seront « censés faits pour leur gestion. » Seulement, on se demande si cette présomption légale est une présomption *juris et de jure*, ou si, au contraire, il est permis au comptable d'y échapper. Le comptable, poursuivi devant le tribunal de commerce à raison d'un billet qui n'énonce pas clairement la cause, est-il recevable à décliner la compétence de ce tribunal en prouvant que la cause est étrangère à sa gestion? En ce qui concerne le billet souscrit par un commerçant, nous avons reconnu que la présomption légale admet la preuve contraire (1); il paraît impossible que la disposition finale de l'art. 638, qui embrasse dans sa rédaction le cas où le billet émane d'un commerçant et le cas où le billet émane d'un comptable, n'ait pas la même signification relativement à l'un et relativement à l'autre. Voici cependant ce que je lis dans l'ouvrage de M. Bédarride (n° 337) :

« Dès que la dette du comptable est constatée par écrit, la « compétence du tribunal consulaire est acquise, et la faculté « de prononcer au fond ne saurait lui être contestée... Comme « l'art. 634 est général et absolu dans sa spécialité, il ne « subordonne pas la compétence du tribunal consulaire à la « condition que les billets auront pour cause la gestion. Dès « qu'il s'agit d'un billet souscrit par un comptable des deniers « publics, la juridiction commerciale peut et doit être investie; il n'en est autrement que si le billet exprimait formellement une cause civile. Dans ce cas, l'ajournement devant « les juges consulaires ne serait qu'un abus; et, comme leur « incompétence serait non seulement à raison de la personne, « mais encore à raison de la matière, ils devraient se désin-

(1) Ci-dessus, p. 428.

« vestir sur la requête du défendeur et même d'office. Si le « billet n'indique aucune cause, le droit pour le tribunal de « commerce de prononcer entre les parties est, comme nous « venons de le dire, la conséquence forcée de l'art. 634; et ce « droit ne recevrait aucune atteinte, même de la certitude « acquise que la cause réelle est étrangère à la gestion et ne « repose sur aucune opération ni acte de commerce. »

A cela plusieurs réponses peuvent être faites :

M. Bédarride lui-même dit, un peu plus loin (n° 393), en parlant de l'obligation contractée par un commerçant : « Le « silence gardé sur la cause de l'obligation ne la rend pas for- « cément commerciale. On a prétendu faire résulter des der- « niers mots de notre art. 638 la nécessité de l'énonciation, « dans le titre même, de la cause étrangère au commerce, d'où « l'on concluait qu'à défaut la compétence consulaire était « irrévocablement acquise; mais cette interprétation n'a été « accueillie ni en doctrine ni en jurisprudence. L'article n'in- « duit du silence sur la cause qu'une présomption qui n'est « pas *juris et de jure*. En conséquence, elle peut être détruite « par la preuve contraire... » Si cela est vrai, comme je le crois, quand il s'agit du billet souscrit par un commerçant, à plus forte raison faut-il le tenir pour vrai quand il s'agit du billet souscrit par un comptable de deniers publics : car, comme le remarque si justement notre auteur (n° 392), « à la « différence des comptables, les commerçants sont de droit « justiciables de la juridiction consulaire : les y ajourner, « c'est donc les traduire devant leur juge naturel, quel « que soit d'ailleurs l'objet de la demande... Quant aux « comptables, n'étant pas commerçants, ce n'est que par « exception qu'on peut les traduire devant les tribunaux « consulaires. »

Après avoir dit que la compétence du tribunal de commerce ne recevrait aucune atteinte même de la certitude acquise que la cause réelle de l'obligation du comptable est étrangère à la gestion, M. Bédarride ajoute (n° 338) : « L'unique « effet de cette certitude serait de créer un obstacle invincible « à la prononciation de la contrainte par corps. » Mais, si le tribunal de commerce reste compétent, il me paraît difficile

d'admettre qu'il ne devra pas prononcer la contrainte par corps contre le comptable en le condamnant. En effet, les origines historiques de la disposition contenue dans l'art. 634, n° 2, et les motifs donnés au Conseil d'État pour expliquer cette disposition ne permettent guère de croire que, dans la pensée du législateur, le comptable de deniers publics puisse être justiciable du tribunal de commerce sans être contraignable par corps. On peut, d'ailleurs, induire par un argument *a contrario* de l'art. 637 le principe général que, partout où le tribunal de commerce est compétent, la contrainte par corps doit être prononcée (1).

Enfin la doctrine que je combats est absolument contraire aux principes généraux; celle que je défends est conforme à la fois aux principes généraux et au texte de l'art. 638 *in fine*. Quelle est la règle générale concernant l'effet d'une présomption de la loi? C'est d'abord que cette présomption dispense de toute preuve celui au profit de qui elle existe; c'est, de plus, que nulle preuve contraire n'est admise lorsque, sur le fondement de cette présomption, la loi annule certains actes ou dénie l'action en justice (2). Dans le cas qui nous occupe, il ne s'agit ni d'annuler un acte, ni de dénier l'action en justice : donc le droit commun nous conduit à dire que la présomption légale formulée dans l'art. 638 *in fine* peut céder devant la preuve contraire. Et le texte de la loi, n'apportant aucune dérogation à cette règle du droit commun, la confirme implicitement. Ce texte doit être paraphrasé ainsi : *Lorsque le billet du comptable énonce une cause étrangère à la gestion, la loi ne présume pas que cette énonciation soit fausse, et, en principe, le comptable reste soumis à la juridiction des tribunaux ordinaires. Lors, au contraire, que le billet est muet sur la nature précise de la cause, lorsque, par exemple, il est causé* VALEUR REÇUE COMPTANT, *il y a bien présomption de la loi que l'obligation se rattache à la gestion du comptable; mais ce comptable, qui a pu être régulièrement poursuivi devant le tribunal de commerce, est recevable, con-*

(1) Voy. particulièrement l'arrêt de la Cour de Metz, du 29 décembre 1859 (Dev.-Car., 61, 2, 287). Voy. aussi MM. Nouguier, *op. cit.*, t. Ier, p. 328; Molinier, *op. cit.*, n° 104; Orillard, *op. cit.*, n° 481.

(2) Voy. l'art. 1352 du Code civil.

formément au droit commun, à faire tomber la présomption, à prouver qu'en réalité il s'est obligé en dehors de sa gestion, et, cette preuve une fois faite, il se trouvera que le tribunal de commerce est incompétent.

La doctrine à laquelle je me suis arrêté paraît, du reste, être généralement admise par les auteurs. Ils ne prennent même pas la peine de discuter la question. Écoutons M. Orillard : « La présomption élevée par la qualité de la personne « est de même nature que celle imprimée pareillement à tous « les engagements des commerçants par leur qualité person- « nelle : ces présomptions s'établissent et se combattent par « les mêmes moyens » (1).

III. En principe, la compétence du tribunal de commerce dans le cas que nous étudions n'existe qu'autant que l'obligé avait la qualité de comptable des deniers publics au moment où il a fait le billet; et, du reste, peu importe qu'il ait encore cette qualité ou bien qu'il l'ait perdue au moment des poursuites exercées contre lui. J'aurais cependant beaucoup de peine à dire, avec un arrêt de la Cour de Paris, du 22 juillet 1826 (2), que celui qui s'oblige à payer tel jour une somme *à lui prêtée pour faire le cautionnement de la place de receveur des finances qu'il doit obtenir*, que celui-là ne peut pas être justiciable du tribunal de commerce (3).

IV. Lorsqu'un billet a été fait par le préposé du comptable, en sa qualité de préposé, le comptable ayant été dûment représenté, les choses se passent comme si le billet avait été fait par le comptable lui-même. Du reste, la disposition de l'art. 634, n° 1, étant exorbitante du droit commun, il ne me paraît pas possible d'étendre aux préposés du comptable ce que la loi dit des préposés du commerçant : le comptable qui aurait quelque réclamation à faire contre son préposé devrait donc s'adresser aux tribunaux ordinaires. La question s'est présentée devant la Cour de Riom, mais à un autre point de vue. Un percepteur avait remis une somme de 1,000 francs à

(1) *Op. cit.*, n° 483. Voy. aussi M. Nouguier, *op. cit.*, t. I, p. 329.
(2) Dalloz, *op. cit.*, v° *Compétence commerciale*, n° 166.
(3) L'arrêt de la Cour de Paris est critiqué par M. Orillard (n° 486), et approuvé par M. Bédarride (n° 343).

un commis du receveur des finances pour la verser dans la caisse de celui-ci; le versement n'ayant pas eu lieu, le percepteur assigne le commis devant le tribunal de commerce en restitution des 1,000 francs, et le tribunal de commerce, nonobstant le déclinatoire proposé, se déclare compétent. Sur l'appel, la Cour de Riom, par un arrêt du 3 août 1815, confirme le jugement : l'arrêt se borne à dire qu'un pareil abus de confiance de la part d'un employé à une recette est prévu par l'art. 638 du Code de commerce et le rend, par cela même, justiciable du tribunal consulaire (1). Comme le remarque M. Bédarride (n° 347), cet arrêt méconnaît tous les principes. De deux choses l'une : ou le commis avait pouvoir du receveur de toucher pour son compte, ou il n'avait pas ce pouvoir. Dans le premier cas, le percepteur, ayant remis l'argent au commis du receveur, devait être exactement dans la même position que s'il l'eût remis au receveur ; c'était seulement au receveur à poursuivre son commis infidèle, et il devait le poursuivre devant les tribunaux ordinaires. Dans le deuxième cas, au contraire, c'est au percepteur et non au receveur que devait nuire l'infidélité du commis : c'était donc au percepteur à exercer la poursuite, et il devait l'exercer devant les tribunaux ordinaires, surtout si nous supposons que le commis ne s'était pas obligé envers lui par écrit.

III. — *Compétence mixte.*

Le tribunal de commerce peut être compétent, à raison de la nature de l'acte qui donne lieu au procès (*compétence réelle*); il peut être compétent, à raison de la qualité de la personne qui joue le rôle de défendeur (*compétence personnelle*). Enfin, nous allons étudier des cas où la compétence dépend tout à la fois de la nature de l'acte et de la qualité d'une personne obligée par cet acte (2). Cette dernière étude comprend l'explication des art. 636 et 637, lesquels sont ainsi conçus :

ART. 636. « Lorsque les lettres de change ne seront répu-

(1) Dalloz, *loc. cit.*, n° 169.
(2) Voy. ci-dessus, p. 231 et suiv.

« tées que simples promesses aux termes de l'art. 112, ou « lorsque les billets à ordre ne porteront que des signatures « d'individus non négociants, et n'auront pas pour occasion « des opérations de commerce, trafic, banque, change ou « courtage, le tribunal de commerce sera tenu de renvoyer « au tribunal civil, s'il en est requis par le défendeur. »

ART. 637. « Lorsque ces lettres de change et ces billets à « ordre porteront en même temps des signatures d'individus « négociants et d'individus non négociants, le tribunal de « commerce en connaîtra; mais il ne pourra prononcer la « contrainte par corps contre les individus non commer- « çants, à moins qu'ils ne se soient engagés à l'occasion « d'opérations de commerce, trafic, change, banque ou cour- « tage. »

Voici comment je formulerai tout d'abord, d'une manière générale, l'idée qui ressort de ces deux articles : *L'obligation contractée par lettre de change est essentiellement un acte de commerce; l'obligation contractée simplement dans la forme d'un billet* A ORDRE (*ou d'un titre assimilé*) *est bien considérée comme ayant aussi un certain caractère commercial, mais avec des effets beaucoup moins puissants.*

Je suppose une personne obligée, non par une lettre de change régulière, mais cependant par un titre qui présente avec elle une certaine analogie et qui, en vertu de la clause *à ordre* qu'il contient, peut se négocier et circuler par voie d'endossement. Cela comprend le *billet à ordre* proprement dit (1); cela comprend aussi le titre qui aurait été qualifié *lettre de change*, mais dans lequel la loi ne veut voir qu'*une simple promesse*. Sur ce dernier point, il faut remarquer que notre art. 636 renvoie seulement à l'art. 112, qui répute simples promesses *toutes lettres de change contenant supposition soit de nom, soit de qualité, soit de domicile, soit des lieux d'où elles sont tirées ou dans lesquels elles sont payables*. On ne renvoie pas à l'art. 113, aux termes duquel *la signature des femmes et des filles non négociantes ou marchandes publiques, sur lettre de*

(1) Et le législateur a voulu traiter le chèque comme le billet à ordre, sans distinguer si le chèque est *à ordre, au porteur*, ou *à personne dénommée.*

change, ne vaut, à leur égard, que comme simple promesse. Mais, j'ai déjà eu l'occasion de le remarquer (1), il ne paraît pas possible que la *simple promesse* d'une femme ou d'une fille non commerçante ait contre elle une efficacité commerciale que n'aurait pas le titre réputé simple promesse pour cause de *supposition*. Ce que l'art. 636 dit du cas prévu par l'art. 112, il faut donc le dire également du cas prévu par l'art. 113 (2).

La personne ainsi obligée par un titre à ordre qui n'a pas la valeur d'une lettre de change est-elle justiciable du tribunal de commerce? A cet égard, plusieurs distinctions doivent être faites. Je supposerai d'abord que, sur le titre, il ne se trouve aucune signature de commerçant. Alors, si la personne poursuivie ne s'est pas obligée à l'occasion d'une opération de commerce, s'il n'y a pas eu, de sa part, un acte de commerce, elle pourra bien décliner la compétence du tribunal consulaire; mais, au cas où elle ne la déclinerait point, la clause *à ordre* aura cet effet que le tribunal consulaire ne devra pas d'office se déclarer incompétent (3). Si, au contraire, il y a eu acte de commerce, il va de soi (et ici la règle serait la même au cas d'un titre *à personne dénommée*) que le tribunal consulaire est parfaitement compétent; et, en supposant que le tribunal civil eût été saisi, je crois que, même d'office, il devrait se déclarer incompétent (4).

Maintenant, je suppose que, sur le titre, il se trouve à la fois une ou plusieurs signatures de non-commerçants, une ou plusieurs signatures de commerçants. Le non-commerçant, obligé pour cause purement civile, pourra-t-il, s'il est poursuivi devant le tribunal de commerce, décliner la compétence de ce tribunal? L'art. 637 répond, en termes absolus, qu'il ne le pourra pas; il ajoute seulement, ce qui avait besoin

(1) Voy. notre t. III, p. 128, note.

(2) Voy., en sens contraire, Dalloz, *loc. cit.*, nº 183. Comp. M. Bédarride, *op. cit.*, nº 381.

(3) Il n'y a donc pas ici, de la part du tribunal de commerce, une incompétence absolue, *ratione materiæ*. Il en était autrement sous l'empire de l'Ordonnance de 1673, comme l'a jugé le tribunal de cassation le 14 octobre 1791. Voy. Dalloz, *loc. cit.*, nºs 187, 212-214.

(4) Voy. ci-dessus, p. 323 et suiv.

d'être dit, que, en cas pareil, le tribunal de commerce ne prononcera pas la contrainte par corps contre l'homme dont il s'agit (1). De ce que la loi proclame ainsi en termes absolus la compétence du tribunal de commerce, il faut conclure qu'il n'y a pas à distinguer suivant que le non-commerçant a signé le titre avant ou après le commerçant, ni suivant que ce non-commerçant est poursuivi seul ou conjointement avec des signataires commerçants : le tribunal de commerce est également compétent dans tous les cas (2). Sur le premier point, il n'y a pas grande controverse (3). Mais la question a été vivement débattue pour le cas où le porteur du titre demande le paiement au non-commerçant tout seul. MM. Orillard et Bédarride soutiennent que l'art. 637 n'est applicable qu'autant que des signataires commerçants sont poursuivis conjointement avec le non-commerçant. Suivant ces auteurs, « le créancier n'est pas obligé de diviser son action : il peut traduire simultanément devant les juges-consuls le signataire commerçant et le signataire non commerçant. Mais, s'il divise son action, il ne pourra, contre le gré de son débiteur, saisir la juridiction consulaire de la connaissance d'une obligation purement civile; c'est seulement lorsqu'il lui défère la connaissance de l'obligation commerciale que le compétent peut y attirer l'incompétent... Il faut chercher ailleurs que

(1) Il faut encore ajouter que cet homme ne peut devoir un intérêt supérieur à 5| pour 100; que, s'il a constitué un gage, les formes soit de la constitution, soit de la réalisation, ne peuvent être que celles du gage civil, et que le tribunal de commerce ne serait pas compétent pour connaître des contestations concernant ce gage. Voy. MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité,* t. I, nº 362.

(2) Telle était aussi la doctrine de M. Bravard (voy., ci-dessus, p. 246 et 247).

(3) La Cour de Bastia, dans un arrêt du 28 août 1854, s'exprime très-bien lorsqu'elle dit : « Vainement la veuve S... soutient qu'elle n'a consenti qu'un engagement civil qui ne saurait la soumettre à la juridiction consulaire, les endossements, bien qu'émanés de négociants, n'ayant pu changer la nature de l'effet ni modifier quant à elle les règles de la compétence : celui qui souscrit une valeur négociable par la voie de l'endossement doit nécessairement subir toutes les conséquences qui résultent du caractère propre du titre...; les principes posés dans l'art. 637 sont applicables même dans le cas où le souscripteur originaire n'est pas négociant et où les endosseurs seuls sont revêtus de cette qualité » (Dev.-Car., 54, 2, 644).

dans le caractère commercial du titre la raison de l'attribution que l'art. 637 confère à la juridiction exceptionnelle : cette raison n'est et ne peut être que la volonté d'éviter la multiplicité des actions et de prévenir ainsi une fâcheuse contrariété dans les jugements... » (1).

Ces considérations n'ont point prévalu devant la Cour de cassation. S'attachant au texte de l'art. 637, la Cour de cassation a décidé, à deux reprises, que le tribunal de commerce est compétent, lors même que les poursuites seraient dirigées seulement contre le signataire non commerçant (2). A l'appui de cette décision, outre le texte de l'art. 637, on peut invoquer encore le texte de l'art. 636 : en effet, il ressort de l'art. 636 que le non-commerçant, actionné devant le tribunal de commerce, n'est fondé à décliner la compétence qu'autant que le titre porte uniquement des signatures d'individus non commerçants. D'ailleurs, je crois qu'il est dans l'esprit de la loi de ne pas permettre que le créancier puisse à son gré faire juger sa prétention par le tribunal civil ou par le tribunal de commerce (3).

— Les art. 636 et 637 supposent un titre qui vaut comme *effet à ordre,* qui est négociable par simple endossement : ces articles seraient inapplicables si à la prétendue lettre de change manquait l'une des formalités prescrites par l'art. 110, si au prétendu billet à ordre manquait l'une des énonciations requises par l'art. 188. Ainsi, par exemple, le titre n'exprime pas la valeur fournie : s'il ne porte aucune signature de commerçant, l'art. 636 ne s'appliquera pas, en ce sens qu'un non-commerçant obligé pour cause non commerciale étant

(1) M. Orillard, *op. cit.*, n° 433; M. Bédarride, *op. cit.*, n°s 374 et suiv.

(2) Arrêts du 26 juin 1839 (Dev.-Car., 39, 1, 878) et du 20 décembre 1847 (Dev.-Car., 48, 1, 241). Voy. aussi l'arrêt de la Cour de Paris du 26 mars 1858 (Dev.-Car., 58, 2, 568).—Joignez MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, n° 362.

(3) Le texte de l'art. 637 suppose exclusivement le cas où le titre porte en même temps des signatures d'individus négociants et des signatures d'individus non négociants. Il faudrait décider de même si, aucun des signataires n'étant négociant, les uns étaient tenus pour cause commerciale et les autres pour cause purement civile. Voy. MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, n° 362 *in fine*.

traduit devant le tribunal de commerce, il y aurait là une incompétence absolue que le tribunal lui-même devrait déclarer d'office; si le titre porte à la fois des signatures d'individus commerçants et d'individus non commerçants, l'art. 637 ne s'appliquera pas, en ce sens que le commerçant, obligé pour cause non commerciale, ne sera nullement justiciable du tribunal de commerce (1).

— Lorsque les art. 636 et 637 parlent de titres portant la signature d'individus négociants ou non négociants, ces articles supposent toujours un signataire obligé comme tireur, comme accepteur, comme souscripteur, comme endosseur ou comme donneur d'aval. Cela est incontestable. Mais on peut se demander quel sera, en cette matière, l'effet d'un endossement irrégulier ou d'un endossement en blanc. Par exemple, que décider si le titre ne porte que des signatures de non-commerçants, sauf celle d'un commerçant qui l'a endossé en blanc ou d'une manière irrégulière? En s'attachant au principe que l'endossement irrégulier n'est qu'une procuration, il faut répondre, avec un arrêt de la Cour de Bordeaux, du 19 novembre 1827 : « Le souscripteur d'un « billet à ordre n'est exclu du droit d'en contester l'endosse- « ment, ni par l'art. 138 du Code de commerce, ni par « aucun autre : par conséquent, il est recevable, s'il a intérêt « à le faire, soit pour n'être pas distrait de ses juges naturels, « soit pour opposer à l'endosseur des compensations et des « exceptions. Si l'art. 637 renvoie au tribunal de commerce « la connaissance des billets à ordre qui porteront en même « temps des signatures d'individus négociants et d'individus « non négociants, cette disposition n'est applicable qu'au « cas où l'action en paiement desdits billets peut être exercée « contre tous, également obligés par leurs signatures; aux « termes de l'art. 138, l'endossement en blanc n'opère pas « le transport des billets, et n'est qu'une procuration qui « n'autorise pas le mandataire à assigner le mandant en « paiement des effets qu'il est chargé de négocier ou de

(1) Comp. M. Bédarride et les arrêts qu'il rapporte (*op. cit.*, nos 373, 379 et 380). Voy. aussi Dalloz, *loc. cit.*, nos 216 et 217; MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, no 364.

« recouvrer pour son compte.... » (1). — Je crois qu'il faudrait s'en tenir à cette décision, lors même que le commerçant qui a fait l'endossement irrégulier reconnaîtrait avoir reçu la valeur du billet, et, par conséquent, en avoir transféré la propriété (2).

— Contrairement à la jurisprudence qui a fini par prévaloir, je crois que, sous l'empire du Code de 1808, le *billet à domicile*, en principe, n'a que les effets du billet à ordre proprement dit (3) : en conséquence, les art. 636 et 637 sont parfaitement applicables au cas d'un *billet à domicile*.

Il faut admettre sans difficulté que le *chèque*, même tiré d'un lieu sur un autre, doit être traité absolument comme le billet à ordre (4).

— La partie qui s'oblige peut toujours, pour l'exécution de son obligation, faire élection de domicile dans un lieu autre que celui où elle a réellement son domicile ; et alors le procès auquel pourra donner lieu l'obligation dont il s'agit sera régulièrement soumis au tribunal du domicile élu (5). Cette élection de domicile résulte-t-elle implicitement de ce que l'obligé a déclaré qu'il paierait en tel lieu ? Non, en matière civile (6) ; oui, en matière commerciale (7). D'après cela, lorsqu'un billet à ordre a été souscrit par un non-commerçant pour une cause non commerciale, les poursuites à fin de paiement pourront-elles être exercées devant le tribunal du lieu où le paiement devait être fait ? L'affirmative doit être admise seulement dans le cas où le billet se trouve revêtu de la signature d'un ou de plusieurs commerçants, dans le cas où la compétence des tribunaux de commerce ne pourrait pas être déclinée. La question s'est présentée dans les

(1) Dalloz, *loc. cit.*, n° 221. Voy. aussi l'arrêt de la Cour d'Orléans, du 11 décembre 1837 (Dalloz, *op. et v° cit.*, n° 222).

(2) Voy. notre t. III, p. 181 et suiv.

(3) Voy., ci-dessus, p. 396 et 397.

(4) Voy. MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, n° 363.

(5) Voy. l'art. 111 du Code civil et l'art. 59 *in fine* du Code de procédure.

(6) C'est ce que prouve notamment l'art. 1258, n° 6, du Code civil, qui distingue *le lieu dont on est convenu pour le paiement* et *le domicile élu pour l'exécution de la convention*.

(7) Voy. l'art. 420 *in fine* du Code de procédure.

circonstances suivantes : Un sieur N... avait souscrit à l'ordre du sieur R... un billet de 1,200 francs ; et ce billet portait l'indication de paiement que voici : *à mon domicile, à Larche.* Le billet n'ayant pas été acquitté à l'échéance, R... assigne N... devant le tribunal civil du domicile indiqué, bien que N... eût alors transporté son domicile à Neuilly. Le tribunal de Brives n'ayant pas admis le déclinatoire, son jugement fut infirmé par la Cour de Limoges, et le pourvoi formé contre l'arrêt de cette Cour rejeté, le 10 avril 1861. Comme le dit très bien la Chambre des requêtes, « le billet à ordre « dont s'agit au procès, souscrit par un non-négociant au « profit d'un non-négociant, n'est pas sorti des mains de « celui-ci et n'a pour cause aucune des opérations prévues « par l'art. 636 : dès lors il ne constitue qu'une obligation « civile. Or, en matière civile, à la différence de ce qui a lieu « en matière commerciale, l'indication du lieu de paiement « n'est point attributive de juridiction. D'où il suit qu'en « refusant d'appliquer à la cause l'art. 420 du Code de pro- « cédure, spécial aux obligations commerciales, l'arrêt atta- « qué, bien loin d'avoir violé ledit article et l'art. 111 du « Code Napoléon, s'y est au contraire exactement con- « formé... » (1).

IV. — *Si les tribunaux de commerce peuvent quelquefois juger des questions civiles.*

Il résulte des art. 636 et 637 que, dans deux cas particuliers, un tribunal de commerce connaîtra régulièrement d'une obligation civile. Pour qu'il en soit ainsi, il faut qu'un texte formel de loi l'ait admis : car il y a là une dérogation aux principes généraux, en vertu desquels les tribunaux de commerce ne sont compétents que relativement aux contestations énumérées dans les art. 631 et suiv., contestations nées à l'occasion d'un fait commercial en lui-même ou réputé commercial par le législateur. Nous disons donc qu'en dehors des cas prévus par les art. 636 et 637, jamais, sous aucun

(1) Dev.-Car., 61, 1, 532.

prétexte, un tribunal de commerce n'est fondé à connaître d'une question purement civile. Voyons les principales applications qui ont été faites de cette doctrine.

I. Un homme est tenu d'une obligation commerciale : c'est, par exemple, un négociant qui a acheté la récolte d'un propriétaire pour la revendre. Ce débiteur a fourni une caution. On se demande si, à défaut de paiement, la caution ne doit pas être poursuivie devant le tribunal de commerce, comme le débiteur principal. Je distingue. Il est possible qu'en raison des circonstances l'engagement de la caution constitue de sa part un véritable acte de commerce (1) : alors, sans difficulté, la caution sera justiciable du même tribunal que le débiteur principal : ainsi le veut la nature propre de l'engagement de cette caution. Mais si, au contraire, la caution en s'obligeant n'a point fait acte de commerce, si de sa part il y a eu purement et simplement un contrat de bienfaisance, aucune disposition de la loi ne nous autorise à dire que, comme le débiteur qu'elle a cautionné, elle devra être traduite devant le tribunal de commerce ; et ce serait fausser le sens de la règle *Accessorium sequitur principale* que de vouloir l'appliquer ici. C'est, du reste, un point qui paraît être aujourd'hui définitivement admis en jurisprudence. Le 26 jan-

(1) Aux termes de l'art. 142 du Code de commerce, « le donneur d'aval « est tenu solidairement et par les mêmes voies que les tireur et endos- « seurs » ; et, aux termes de l'art. 187, « toutes les dispositions relatives « aux lettres de change et concernant l'aval sont applicables aux billets « à ordre, sans préjudice des dispositions relatives aux cas prévus par « les art. 636, 637 et 638 ». J'en conclus que celui qui a cautionné, fût-ce par acte séparé (voy. le 1er alinéa de l'art. 142), le signataire d'une lettre de change, doit être poursuivi devant le tribunal de commerce ; et qu'il en est de même de celui qui a cautionné le souscripteur ou l'endosseur d'un billet à ordre, lorsque ce billet porte à la fois des signatures d'individus négociants et d'individus non négociants. Voy. l'arrêt de la Chambre des requêtes du 22 février 1869 (Dev.-Car., 69, 1, 256).

Il faut ajouter, avec M. Massé (t. IV, n° 2704), que si, en cautionnant votre obligation commerciale, j'emploie une forme commerciale, que si je vous cautionne dans un but de spéculation, en m'intéressant à votre opération soit directement, en y prenant une part quelconque, soit indirectement, en stipulant un salaire, alors je fais un acte de commerce... Voy. aussi l'arrêt de la Cour de Chambéry du 6 juin 1865 (Dev.-Car., 66, 2, 32) et l'arrêt de la Chambre des requêtes du 31 janvier 1872 (Dev.-Car., 72, 1, 106).

vier 1852, la Cour suprême cassait un arrêt de la Cour de Lyon qui avait jugé que le commis d'un marchand, lorsqu'il cautionne une dette commerciale de son patron, fait un acte de commerce et tombe sous l'application de l'art. 634, n° 1. Le principe est bien posé dans cet arrêt du 26 janvier 1852; je regrette seulement d'y trouver une sorte de réserve pour le cas où le créancier voudrait poursuivre la caution conjointement avec le débiteur principal. Après avoir constaté que l'engagement consenti par E... et J. T..., commis de commerce, ne peut être considéré comme ayant eu lieu pour le fait du trafic de leur patron, dans le sens de l'art. 634, la Cour de cassation ajoute : « Le cautionnement, lors même « que l'obligation principale qu'il a pour objet de garantir « est commerciale, conserve son caractère d'engagement « purement civil, surtout quand celui qui l'a donné n'a pas « la qualité de commerçant et que ce cautionnement n'a pas « été consenti dans une forme commerciale de sa nature. La « caution, surtout lorsqu'elle est poursuivie seule et non pas « concurremment avec le débiteur principal, n'est pas justi- « ciable des tribunaux de commerce, lesquels sont incompé- « tents *à raison de la matière* pour connaître de l'action en « paiement dirigée contre elle... » (1).

Le même principe est posé avec plus de fermeté et d'exactitude dans un jugement du tribunal civil de Montbéliard jugeant commercialement, jugement dont les motifs ont été adoptés par la Cour de Besançon, le 21 mai 1860. « En droit, « dit le tribunal, le cautionnement, abstraction faite de la « qualification qui lui est donnée, conserve sa nature de « contrat purement civil, lorsqu'il ne présente, à raison des « circonstances, que les caractères d'un simple engagement « de bienfaisance, encore bien qu'il ait été souscrit par un « commerçant envers un autre commerçant, qu'il ait été « affecté à la garantie d'une dette commerciale, et que la « caution soit poursuivie séparément ou concurremment « avec le débiteur principal, à moins cependant que ce cau- « tionnement n'ait été consenti dans une forme commerciale,

(1) Dev.-Car., 52, 1, 202.

« ou bien que le garant n'ait eu manifestement un intérêt « direct ou indirect dans l'opération de commerce qu'il a « cautionnée... » (1).

Le principe souffrirait seulement exception au cas d'un cautionnement donné aux créanciers d'un failli pour assurer l'exécution du concordat. Comme le dit la Cour de Besançon (2), « si, en thèse générale, le cautionnement d'une « dette même commerciale est un contrat purement civil, de « la compétence des tribunaux ordinaires, ce principe cesse « d'être applicable en présence de la disposition exceptionnelle de l'art. 635 du Code de commerce ». Le cautionnement n'aurait pas existé sans la faillite : l'action contre la caution est donc née de la faillite.

De même que la caution d'un homme obligé commercialement n'est point, par cela seul, justiciable du tribunal de commerce, de même cette caution, ou, pour parler d'une manière plus générale, la caution d'un contraignable par corps, n'était point, en principe, soumise elle-même à la contrainte par corps. Je dis *en principe :* car le législateur a quelquefois dérogé à cette règle. Ainsi, celui qui cautionnait un comptable de deniers publics se trouvait soumis par là même, dans certaines éventualités, à la contrainte par corps (3).

II. Il résulte des art. 59, n° 8, et 181 du Code de procédure que l'individu assigné en garantie est tenu de procéder devant le tribunal où la demande originaire est pendante, encore qu'il dénie être garant. Mais cette disposition n'est applicable qu'autant que le tribunal saisi de la demande originaire n'est pas incompétent *ratione materiæ*, pour connaître de l'obligation du garant. Comme le dit très bien la Cour suprême, dans un arrêt de cassation, du 20 avril 1859, « si, « aux termes des art. 59 et 181 du Code de procédure, l'assignation en garantie doit être donnée devant le tribunal où « la demande originaire est pendante, cette règle ne peut

(1) Dev.-Car., 61, 2, 141. — Joignez l'arrêt de la Chambre des requêtes du 13 août 1872 (Dev.-Car., 73, 1, 56).

(2) Arrêt du 20 novembre 1884 (Sir., 86, 2, 206).

(3) Voy. les art. 8 et 9 de la loi du 17 avril 1832. Ci-dessus, p. 441.

« être appliquée au cas où l'action en garantie fait naître un « débat qui, *à raison de la matière*, n'est pas de la compé- « tence du tribunal saisi de l'action principale. En effet, « d'après les dispositions formelles des art. 170 et 424 du « même Code, le tribunal incompétent à raison de la matière « est tenu de renvoyer les parties devant qui de droit, même « d'office et en tout état de cause. Ce principe fondamental et « d'ordre public est supérieur aux règles d'ajournement tra- « cées par les art. 59 et 181 ; il n'admet pas d'exception ; « il domine toutes les formes et tous les incidents de procé- « dure, et n'est point dominé par eux, ce qui arriverait « néanmoins si, sous prétexte de garantie, le juge pouvait « connaître d'une matière qui n'est pas de sa compé- « tence... » (1).

Dans l'espèce qui a donné lieu à cet arrêt, un acheteur était actionné devant le juge de paix en paiement du prix ; il se refusait à payer, en alléguant la falsification de la marchandise à lui vendue et livrée ; le demandeur appelait alors en garantie son propre vendeur, qui, ayant fait un acte de commerce, opposait l'incompétence du juge de paix. La décision de la Cour de cassation est évidemment applicable au cas où, la demande primitive ayant été portée devant le tribunal de commerce, l'individu appelé en garantie est tenu d'une pure obligation civile (2). Je l'applique égale-

(1) Dev.-Car., 59, 1, 595. Joignez l'arrêt de la Cour de Poitiers du 18 avril 1883 (Sir., 85, 2, 104). — Voy. aussi Boitard, *Leçons de procédure civile*, n° 391.

(2) Je lis dans un arrêt de la Cour de Paris du 23 février 1885 « que « les oppositions instituées par la loi du 15 juin 1872 pour garantir la « propriété des valeurs de bourse ne sont qu'une spécialité de la saisie- « arrêt ; que, par conséquent, c'est aux tribunaux civils qu'il appartient « de statuer sur leur validité comme sur toutes les contestations aux- « quelles donnent lieu les saisies... ; que le préjudice que W... prétend « lui avoir été causé par L... et D... ne résulterait que du fait d'avoir « formé opposition à la vente d'un certain nombre d'actions ; que l'ac- « tion qui tend à la réparation de ce préjudice est donc essentiellement « subordonnée et accessoire à la question de savoir si l'opposition dont « s'agit est régulière en la forme et fondée en droit ; qu'il importe peu « que cette action ait été introduite comme recours en garantie consécutif « à la demande formée contre W... (vendeur) par T... (agent de change) ; « qu'en effet l'art. 181 du Code de procédure déroge seulement à cette règle « qu'en matière personnelle le défendeur doit être appelé devant le juge

ment au cas inverse, où, la demande originaire étant pendante devant le tribunal civil, l'individu appelé en garantie est obligé pour cause commerciale : je crois, en effet, que si le tribunal de commerce est incompétent *ratione materiæ* en ce qui concerne les questions civiles, le tribunal civil est de même incompétent *ratione materiæ* en ce qui concerne les affaires commerciales (1). Mais la jurisprudence, qui considère l'incompétence du tribunal civil en matière commerciale comme n'étant qu'une incompétence relative, la jurisprudence doit tenir l'art. 181 du Code de procédure pour parfaitement applicable au cas où devant le tribunal civil est appelé en garantie un individu obligé commercialement (2).

III. Lorsqu'un homme est assigné devant le tribunal de commerce en paiement d'une dette commerciale, j'admets bien que pour sa défense il peut alléguer une cause de compensation légale, lors même que l'obligation qu'il prétend exister à la charge du demandeur serait purement civile : le tribunal de commerce, qui aurait certainement qualité pour apprécier si l'obligation commerciale du défendeur n'a pas été éteinte par le paiement, a également qualité pour apprécier si elle n'a pas été éteinte par l'effet d'une compensation légale. Mais, quand je parle de compensation légale, je suppose nécessairement que l'obligation civile alléguée par le défendeur est parfaitement liquide, que le demandeur n'élève aucune contestation au sujet de cette obligation civile : le droit du tribunal de commerce se borne alors, on peut le dire, à constater un pur fait, le fait de l'extinction de l'obligation commerciale qui a existé à la charge du défendeur : il est maintenant impossible de condamner le défendeur à

« de son domicile; que les principes de la compétence *ratione materiæ* « ne souffrent aucune exception, et qu'il ne peut y être porté atteinte « sous prétexte d'appel en garantie : que c'est donc très justement que le « tribunal de commerce s'est déclaré incompétent » (Dall., 86, 2, 118).

(1) Voy., cidessus, p. 323 et suiv.

(2) Je remarque, à propos de l'exception de garantie, que la jurisprudence refuse absolument à l'assuré, lorsqu'un tiers lui réclame des dommages-intérêts, le droit de mettre en cause son assureur. Voy. l'arrêt de la Chambre des requêtes du 3 janvier 1882 (Sir., 82, 1, 120). *Contrà*, MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, nº 453.

payer le montant de cette obligation, puisqu'elle est certainement éteinte. Que si le défendeur prétendait avoir sur le demandeur une créance civile, mais une créance non liquide, une créance dont le demandeur conteste l'existence ou au moins le *quantum*, en un mot, si le défendeur formait une demande reconventionnelle, le tribunal de commerce ne pourrait pas en connaître : l'obligation litigieuse alléguée par le défendeur étant purement civile, il y a de la part du tribunal de commerce une incompétence absolue, *ratione materiæ*. La Cour de Bruxelles, dans un arrêt du 21 avril 1818, exprime très bien « que les fonctions des juges de « commerce sont circonscrites et limitées aux seules contes- « tations dont la connaissance leur est attribuée par la loi ; « qu'il n'est pas au pouvoir des parties d'étendre la juridic- « tion de tels juges délégués et d'attribution, et que la recon- « vention, étant une espèce de prorogation, ne peut avoir « lieu devant les juges de commerce pour des contestations « qui ne sont pas de leur compétence. » La même doctrine est consacrée par un arrêt de la Cour de Paris, du 4 janvier 1842 (1).

J'arrive ainsi à décider que la partie poursuivie devant un tribunal de commerce n'est pas recevable à invoquer, sous forme de demande reconventionnelle, une obligation civile qu'elle prétend exister à la charge du demandeur, et que le tribunal de commerce doit statuer en faisant abstraction de cette obligation civile (2).

APPENDICE AU TITRE II

COMPÉTENCE DES CONSEILS DE PRUD'HOMMES.

Nous avons vu que la compétence des tribunaux de commerce peut être *réelle* ou *personnelle* ou *mixte*. La compétence

(1) Dalloz, *Rép. alph.*, v° *Compétence commerciale*, n° 334.
(2) Comp. l'excellent *Traité de la compensation et des demandes recon-*

des conseils de prud'hommes est toujours *mixte*, en ce sens que, pour qu'elle existe, il faut que les plaideurs soient des personnes d'une certaine qualité, et, de plus, il faut que la contestation en elle-même ait un certain caractère. C'est ce qu'exprime l'art. 10 du Règlement du 20 février 1810, lequel est ainsi conçu : « Nul ne sera justiciable des conseils de « prud'hommes, s'il n'est marchand fabricant, chef d'atelier, « contremaître, teinturier, ouvrier, compagnon ou apprenti ; « ceux-ci cesseront de l'être, dès que les contestations por- « teront sur des affaires autres que celles qui sont relatives « à la branche d'industrie qu'ils cultivent et aux conventions « dont cette industrie aura été l'objet : dans ce cas, ils s'adres- « seront aux juges ordinaires. » — Je crois utile d'ajouter ici quelques passages, empruntés au *rapport* de la Commission du Corps législatif qui a préparé la loi du 1er juin 1853 :

« De même que les tribunaux consulaires sont appelés à juger promptement et sans frais les litiges qui surgissent des transactions commerciales, les conseils de prud'hommes ont pour mission de terminer par voie de conciliation, ou, si la conciliation est impossible, par jugement, dans les limites déterminées, mais toujours dans les formes les plus économiques et les plus expéditives, les contestations qui résultent journellement des rapports du fabricant et de l'ouvrier, du maître et de l'apprenti (1). Les prud'hommes sont, pour ainsi dire, les juges de paix de l'industrie... A ces attributions judiciaires ils joignent des attributions d'une nature administrative : ainsi ils sont chargés de veiller à l'exécution des mesures conservatoires de la propriété des marques et dessins de fabrique (2), — de constater, sur les plaintes qui leur sont adressées, les contraven-

ventionnelles de M. Albert Desjardins, n° 151. Voy. aussi M. Orillard, *op. cit.*, nos 50 et 53; M. Bédarride, *op. cit.*, nos 431 et 432; MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, n° 380 *bis*.

(1) Comp. l'art. 6 de la loi du 18 mars 1806. — En fait, les contestations qui sont le plus souvent soumises aux conseils de prud'hommes sont des contestations relatives aux salaires.

(2) Relativement aux *marques de fabrique*, le Règlement du 20 février 1810 contenait les dispositions suivantes :

Art. 4. « Les conseils de prud'hommes seront chargés de veiller à

tions à certaines lois et à certains règlements particuliers, — de délivrer aux chefs d'atelier les livres d'acquit, — d'inspecter les manufactures, de consigner dans un registre le nombre d'ouvriers qu'elles emploient, et de transmettre à l'autorité les renseignements qu'elle a intérêt à recueillir sur la situation industrielle du pays. Enfin les délits tendant à troubler l'ordre et la discipline de l'atelier, les manquements graves des apprentis envers leurs maîtres, sont aussi de leur ressort, et, comme juges de simple police, ils peuvent les punir de l'emprisonnement... » (1).

Arrêtons-nous un instant sur la compétence des conseils de prud'hommes en matière civile. Les limites de cette compétence sont nettement tracées dans un arrêt de la Cour de cassation, du 18 mars 1846. Je reproduis, pour la plus grande partie, les idées exprimées dans cet arrêt : « De l'art. 6 de la « loi de 1806 il résulte que l'institution des prud'hommes a « pour but de donner des conciliateurs et des juges aux différends qui s'élèvent soit entre des fabricants et des ouvriers, « soit entre des chefs d'atelier et des compagnons ou appren-

« l'exécution des mesures conservatoires de la propriété des marques « empreintes aux différents produits de la fabrique. »

ART. 5. « Tout marchand-fabricant qui voudra pouvoir revendiquer « devant les tribunaux la propriété de sa marque sera tenu d'en adopter « une assez distincte des autres marques pour qu'elles ne puissent être « confondues et prises l'une pour l'autre. »

ART. 6. « Les conseils de prud'hommes réunis sont arbitres de la suffisance ou insuffisance de différence entre les marques déjà adoptées et « les nouvelles qui seraient proposées, ou même entre celles déjà existantes; et, en cas de contestation, elle sera portée au tribunal de « commerce, qui prononcera après avoir vu l'avis du conseil de prud'hommes. »

ART. 7. « Indépendamment du dépôt ordonné par l'art. 18 de la loi du « 22 germinal an XI au greffe du tribunal de commerce, nul ne sera « admis à intenter action en contrefaçon de sa marque, s'il n'a, en outre, « déposé un modèle de cette marque au secrétariat du conseil des prud'hommes. »

ART. 8. « Il sera dressé procès-verbal de ce dépôt, sur un registre en « papier timbré, ouvert à cet effet, et qui sera coté et parafé par le « conseil des prud'hommes. Une expédition de ce procès-verbal sera « remise au fabricant, pour lui servir de titre contre les contrefacteurs. »

La loi du 23 juin 1857 a supprimé les attributions des prud'hommes en matière de marques de fabrique. Voy., ci-dessus, p. 422. Comp. MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, n° 552 *in fine*.

(1) Décret du 3 août 1810, art. 4.

« tis. Ainsi cette juridiction exceptionnelle n'embrasse que les « contestations qui naissent des rapports respectifs des chefs « et des subordonnés. Telle est l'autorité définie que le décret « du 2 février 1808, qui a étendu à la ville d'Avignon l'insti- « tution des prud'hommes, attribue au conseil qu'il crée, puis- « qu'il se borne à se référer à la loi du 18 mars, qui est orga- « nique en cette matière. L'art. 10 du décret du 20 février « 1810, et l'art. 1er du décret du 3 août même année, ne « font que confirmer les limites de la juridiction, considérée « quant aux qualités des personnes : ces textes n'étendent « aucunement la compétence jusqu'aux contestations qui sur- « viennent entre marchands-fabricants, chefs d'atelier, au « sujet du loyer ou du travail d'ouvriers employés dans la « branche d'industrie qu'ils exploitent respectivement avec une « complète indépendance l'un de l'autre. Si ces textes, plus « développés que le texte de l'art. 6 de la loi du 18 mars, con- « tiennent une énumération de qualités professionnelles, ce « n'est que dans le but de désigner avec plus de précision les « personnes qui sont affectées de ces caractères respectifs de « chef et de subordonné, que l'art. 6 a posés comme bases de « la juridiction des prud'hommes. »

Dans l'espèce sur laquelle est intervenu cet arrêt de la Cour de cassation, un fabricant R... réclamait d'un autre fabricant G... une somme de 71 fr. 20 c. comme lui étant due par une ouvrière qui, sortie de l'atelier de R..., était entrée, neuf ans plus tard, dans l'atelier de G... D'après un jugement du tribunal de commerce d'Avignon, la demande de R... était de la compétence des prud'hommes. La Cour suprême casse ce jugement, après avoir constaté que les deux parties exerçaient la profession de fabricant, sans aucun rapport entre elles d'autorité, d'une part, et de subordination, de l'autre (1).

Voici une autre application de la même doctrine. Aux termes de la loi du 22 germinal an XI (art. 11 et 12), nul individu employant des ouvriers ne peut recevoir un apprenti sans *congé d'acquit,* sous peine de dommages-intérêts envers son

(1) Dev.-Car., 46, 1, 334. — Le principe avait déjà été posé dans un arrêt de cassation, du 2 février 1825 (Sir., 25, 1, 403).

maître; nul ne peut, sous la même peine, recevoir un ouvrier, s'il n'a un livret portant le certificat d'acquit de ses engagements, délivré par celui de chez qui il sort (1). Devant quel tribunal doit être portée l'action en dommages-intérêts mentionnée dans ces articles? En principe, ce n'est point devant le conseil des prud'hommes; c'est devant le tribunal civil ou devant le tribunal de commerce, suivant les cas (2). — Au contraire, lorsqu'un apprenti ou un ouvrier veut actionner son maître qui lui refuse le certificat d'acquit de ses engagements, c'est devant le conseil des prud'hommes qu'il doit porter sa réclamation (3).

Enfin, lors même qu'il s'agit de contestations entre un fabricant et un ouvrier employé par lui, si le fabricant a traité à forfait et si l'ouvrier travaille à ses pièces, comme nous n'avons plus ici entre les deux parties les rapports d'un chef avec son subordonné, on peut soutenir et il a été jugé qu'il n'appartient jamais au conseil des prud'hommes, mais qu'il appartient au tribunal de commerce (du moins lorsque c'est l'ouvrier qui poursuit le fabricant), de connaître de la contestation (4).

(1) Sur les art. 11 et 12 de la loi du 22 germinal an XI, et sur les art. 3, 4 et 11 de la loi du 22 juin 1854, qui s'y réfèrent implicitement, voy. l'arrêt de la Cour de Douai du 31 décembre 1873 (Dev.-Car., 74, 2, 176).

(2) Arrêt de la Chambre des requêtes du 11 novembre 1834 (Sir., 34, 1, 689); arrêt de la Cour de Rouen du 13 décembre 1837 (Dall., 39, 2, 207). — Mais une exception notable a été apportée au principe par la loi du 22 février 1851 *relative aux contrats d'apprentissage*. Cette loi contient, en effet, les dispositions suivantes :

ART. 13. « Tout fabricant, chef d'atelier ou ouvrier, convaincu d'avoir « détourné un apprenti de chez son maître, pour l'employer en qualité « d'apprenti ou d'ouvrier, pourra être passible de tout ou partie de l'in- « demnité à prononcer au profit du maître abandonné. »

ART. 18. « Les réclamations qui pourraient être dirigées contre les « tiers en vertu de l'art. 13 de la présente loi seront portées devant le « conseil des prud'hommes ou devant le juge de paix du lieu de leur « domicile. »

Les apprentis, comme les ouvriers, doivent avoir un livret. Voy. l'art. 10 de la loi du 19 mai 1874.

(3) Aux termes de l'art. 7 de la loi du 21 mai 1851, « les contestations « qui pourraient s'élever relativement à la délivrance des congés ou à « la rétention des livrets seront jugées par les conseils de prud'- « hommes... »

(4) Voy. l'arrêt de la Cour de cassation du 12 décembre 1836 (Dev.-

— Le décret qui institue un conseil de prud'hommes dans une localité dénomme les industries pour lesquelles ce conseil est institué. Les contestations entre fabricants et ouvriers appartenant à d'autres industries demeurent absolument en dehors de la compétence du conseil : pour ces contestations, c'est exactement comme si dans la localité dont il s'agit il n'existait aucun conseil de prud'hommes. Quel est donc le tribunal qui en connaîtra? La question autrefois était très débattue. Aujourd'hui elle est tranchée par la loi du 25 mai 1838, dont l'art. 5 s'exprime ainsi : « Les juges de paix con-« naissent, sans appel, jusqu'à la valeur de cent francs, et, à « charge d'appel, à quelque valeur que la demande puisse « s'élever : ... 3° des contestations relatives aux engagements « respectifs... des maîtres et de leurs ouvriers ou apprentis, « sans néanmoins qu'il soit dérogé aux lois et règlements « relatifs à la juridiction des prud'hommes » (1).

Quant aux *prud'hommes pêcheurs*, leur compétence est toujours réglée par l'arrêt du Conseil du 16 mai 1728. Ils connaissent seuls de la police de la pêche; ils jugent souverainement les contraventions à ladite police (par quelques pêcheurs, français ou étrangers, qu'elles soient commises), et tous les différends qui peuvent naître à l'occasion de ladite profession entre lesdits pêcheurs (2).

Car., 37, 1, 412). — Au contraire, la circonstance que l'ouvrier a droit à une part dans les bénéfices du patron ne suffirait pas pour enlever compétence au conseil des prud'hommes.

(1) Voy. sur cette disposition les judicieuses observations de M. Orillard, *op. cit.*, n° 596.

(2) La Cour de cassation a décidé, le 19 juin 1847, que les prud'hommes pêcheurs ne rentrent dans aucune catégorie des fonctionnaires énumérés dans les art. 479 et 483 du Code d'instruction criminelle, et, le 13 juillet 1847, que la dispense d'écrire leurs jugements affranchit nécessairement d'un recours direct en cassation ceux qu'ils rendent en matière civile. Voy., ci-dessus, p. 321 et 322.

TITRE III

DE LA FORME DE PROCÉDER DEVANT LES TRIBUNAUX DE COMMERCE (Ch. D.).

Il faut remarquer avant tout que cet intitulé n'est pas parfaitement exact. En effet, les règles particulières à la procédure en matière commerciale s'appliquent non seulement lorsqu'on procède devant un tribunal de commerce, mais aussi lorsque, à défaut de tribunal de commerce dans l'arrondissement, on procède devant un tribunal civil. C'est un point que nous avons déjà constaté en expliquant les art. 640 et 641 (1).

Où allons-nous trouver ces règles particulières sur la procédure en matière commerciale? En principe, elles ne se trouvent point dans le Code de commerce : lorsque ce Code a été promulgué, elles avaient déjà été écrites dans le Code de procédure. Aussi l'art. 642 du Code de commerce est-il ainsi conçu : « La forme de procéder devant les tribunaux de com-« merce sera suivie telle qu'elle a été réglée par le Titre XXV « du livre II de la *première partie* du Code de procédure ci-« vile » (2). Nous verrons, du reste, que le Code de commerce, tout en confirmant d'une manière générale les règles écrites dans le Titre du Code de procédure, y a néanmoins apporté une certaine dérogation (3).

Les règles de procédure que nous avons à étudier peuvent

(1) Voy., ci-dessus, p. 308 et suiv. — L'observation de Toubeau n'en est pas moins exacte. « L'abréviation et prompte exécution des procès, « dit-il, est le principal motif de l'érection des juge et consuls; cela doit « faire une de leurs plus grandes applications » (*Institutes de droit consulaire*, Liv. I, Tit. I). La procédure en matière commerciale est encore plus simple que ce qu'on appelle, en matière civile, la *procédure sommaire* (C. de proc., art. 404 et suiv.).

(2) Ce Titre XXV comprend les art. 414-442.

(3) Nous verrons aussi qu'il y a dans le Code de procédure, même en dehors du Titre dont il s'agit, des dispositions qui doivent être appliquées en matière commerciale.

être divisées en trois classes, suivant qu'elles se rapportent : à la *demande*, à l'*instruction*, au *jugement*.

1° *Règles relatives à la demande.*

En matière commerciale, comme en matière civile, la demande est formée par un exploit d'ajournement (1) ; et l'art. 415 ajoute : « suivant les formalités prescrites au Titre *Des ajour-* « *nements*. » Voyons quelles sont ces formalités prescrites au Titre *Des ajournements*, et recherchons si effectivement il est possible de les appliquer toutes en matière commerciale.

L'art. 61 du Code de procédure est ainsi conçu : « L'exploit « d'ajournement contiendra : 1° la date des jour, mois et an, « les noms, profession et domicile du demandeur, la consti- « tution de l'avoué qui occupera pour lui, et chez lequel « l'élection de domicile sera de droit, à moins d'une élection « contraire par le même exploit; — 2° les noms, demeure et « immatricule de l'huissier, les noms et demeure du défen- « deur, et mention de la personne à laquelle copie de l'exploit « sera laissée (2); — 3° l'objet de la demande, l'exposé som- « maire des moyens; — 4° l'indication du tribunal qui doit « connaître de la demande, et du délai pour comparaître; — « le tout à peine de nullité. » L'art. 65 ajoute qu'il sera donné, avec l'exploit, copie du procès-verbal de non-concilia-

(1) La Cour de cassation a jugé, le 2 juillet 1884, qu'une *demande reconventionnelle* peut être formée par conclusions déposées, dans une instance liée contradictoirement entre les deux parties présentes à la barre du tribunal de commerce (Sir., 85, 1, 246). Je crois qu'il faudrait décider de même s'il s'agissait d'une demande en intervention ou d'une demande en garantie formée par un défendeur contre son codéfendeur. Voy. cependant l'arrêt de la Cour d'Amiens, du 21 mai 1872 (Dev.-Car., 72, 2, 35), et l'arrêt de la Cour de Paris, du 21 juillet 1875 (Dev.-Car., 80, 2, 326).

(2) Aux termes de l'art. 68 du Code de procédure, tous exploits sont faits à personne ou domicile. Pour le cas où il s'agit, non d'une personne physique, mais d'une *collectivité*, l'art. 69 s'exprime ainsi : « Seront assi- « gnées : ...6° les sociétés de commerce, tant qu'elles existent, en leur « maison sociale, et, s'il n'y en a pas, en la personne ou au domicile de « l'un des associés; 7° les unions et directions de créanciers, en la per- « sonne ou au domicile de l'un des syndics ou directeurs. » Voy., sur ces dispositions, MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, nos 421, 422 et 423.

tion ou copie de la mention de non-comparution (1), à peine de nullité.

Tout d'abord il va sans difficulté que cette disposition de l'art. 65 n'a aucune application possible en matière commerciale. En effet, il est de principe que les *demandes en matière de commerce* sont dispensées du préliminaire de la conciliation (2).

Quant à l'art. 61, il renferme également, dans son n° 1, une disposition inapplicable en matière de commerce : la procédure se faisant ici sans le ministère d'avoués (art. 414), il est clair que l'exploit d'ajournement ne doit pas contenir constitution d'avoué pour le demandeur. Du reste, comme nous le verrons (3), il n'est pas nécessaire qu'il contienne une élection de domicile de la part du demandeur.

Les n^os^ 2 et 3 de l'art. 61 sont parfaitement applicables en matière de commerce. Le n° 4 s'applique également; néanmoins la disposition de ce n° 4 doit donner lieu, de notre part, à des observations d'une assez grande importance. L'exploit d'ajournement, à peine de nullité, indique *le tribunal qui doit connaître de la demande* et *le délai pour comparaître*. Or, quel est le tribunal compétent *ratione personæ*, et quel est le délai pour comparaître? Sur ces deux points, nous allons voir qu'il existe en matière commerciale des règles particulières, autres que celles qui existent en matière civile.

I. *Du délai pour comparaître.* — En matière civile, quel est le délai? Aux termes de l'art 72 du Code de procédure, « le « délai ordinaire des ajournements, pour ceux qui sont domi- « ciliés en France, sera de huitaine. Dans les cas qui requer- « ront célérité, le président pourra, par ordonnance rendue « sur requête, permettre d'assigner à bref délai. » En matière commerciale, le délai ordinaire est beaucoup plus court : « Le « délai, dit l'art. 416, sera au moins d'un jour. » Ainsi l'assi-

(1) Comp. les art. 54 et 58.

(2) Voy. l'art. 49, n° 4, du Code de procédure. — De cette disposition il faut cependant rapprocher l'art. 429 du même Code, dont le premier alinéa est ainsi conçu : « S'il y a lieu à renvoyer les parties devant des « arbitres, pour examen de comptes, pièces et registres, il sera nommé « un ou trois arbitres, pour entendre les parties, et les concilier, si faire « se peut, sinon donner leur avis. »

(3) En expliquant l'art. 422 du Code de procédure.

gnation est régulièrement donnée le lundi pour comparaître le mercredi suivant (1). L'art. 417 ajoute que, dans les cas qui requerront célérité, le président du tribunal pourra permettre d'assigner même de jour à jour et d'heure à heure (2). En matière maritime, il peut même arriver qu'il n'y ait pas besoin d'une permission spéciale du président. Voici, en effet, ce que dit l'art. 418 : « Dans les affaires maritimes où il « existe des parties non domiciliées (3), et dans celles où il « s'agit d'agrès, victuailles, équipages et radoubs de vais- « seaux prêts à mettre à la voile, et autres matières urgentes « et provisoires, l'assignation de jour à jour ou d'heure à « heure pourra être donnée sans ordonnance, et le défaut « pourra être jugé sur-le-champ » (4).

(1) Art. 1033, modifié par la loi du 3 mai 1862. « Le jour de la signifi- « cation et celui de l'échéance ne sont point comptés dans le délai général « fixé pour les ajournements, les citations, sommations et autres actes « faits à personne ou domicile. Ce délai sera augmenté d'un jour à raison « de cinq myriamètres de distance... Les fractions de moins de quatre « myriamètres ne seront pas comptées; les fractions de quatre myria- « mètres et au-dessus augmenteront le délai d'un jour entier. Si le der- « nier jour du délai est un jour férié, le délai sera prorogé au lendemain. »

Appliquez également l'art. 73 (cas où le défendeur demeure hors de la France continentale).

(2) Bien plus, il peut permettre dès à présent de saisir les effets mobiliers (même art. 417), et ce, lors même que le demandeur n'a point de titre. Il va de soi, du reste, que ce n'est qu'une saisie conservatoire. Comp. l'art. 172 du Code de commerce.

Voici, au surplus, le texte même de notre art. 417 : « Dans les cas qui « requerront célérité, le président du tribunal pourra permettre d'assi- « gner, même de jour à jour et d'heure à heure, et de saisir les effets « mobiliers ; il pourra, suivant l'exigence des cas, assujettir le deman- « deur à donner caution ou à justifier de solvabilité suffisante. Ses ordon- « nances seront exécutoires nonobstant opposition ou appel. »

Le défendeur serait-il fondé à recourir, par voie d'opposition ou par voie d'appel, contre l'ordonnance du président? La question est controversée. Comme le disent MM. Lyon-Caen et Renault (*Traité,* t. I, nº 419), l'affirmative constituerait une dérogation bien extraordinaire au droit commun.

Le pouvoir conféré au président de permettre l'assignation de jour à jour ou même d'heure à heure supplée, dans une certaine mesure, à la procédure rapide du référé, laquelle n'est pas admise en matière commerciale. Voy. l'arrêt de cassation du 1er décembre 1880 (Sir., 81, 1, 147).

(3) Il s'agit de personnes, Françaises ou étrangères, qui demeurent en pays étranger, qui n'ont en France ni établissement fixe ni résidence permanente. L'article, du reste, devrait être appliqué même au cas où c'est le demandeur qui est *non domicilié.*

(4) L'art. 419 déroge au droit commun sous un autre rapport. Le prin-

II. *Du tribunal compétent.* — Nous avons étudié, en expliquant le Titre II, ce qui concerne la compétence *ratione materiæ*. Nous avons maintenant à nous occuper de la compétence *ratione personæ*. Une affaire devant être portée devant un tribunal de commerce, quel est, parmi tous les tribunaux de commerce, celui qui dans l'espèce se trouvera compétent?

Quand il s'agit d'une affaire civile, en matière personnelle (et même en matière réelle mobilière), le principe est que le tribunal compétent est le tribunal du domicile du défendeur. Quand il s'agit d'une affaire commerciale, le principe est différent, on laisse en général bien plus de latitude au demandeur : « Le demandeur, dit l'art. 420, pourra assigner, à son choix, « devant le tribunal du domicile du défendeur (1), devant « celui dans l'arrondissement duquel la promesse a été faite « et la marchandise livrée, devant celui dans l'arrondisse- « ment duquel le paiement devait être effectué. »

A la simple lecture de cet art. 420, on voit qu'il n'est pas applicable dans tous les cas possibles. Il arrivera souvent qu'une affaire commerciale ne pourra être portée, conformément à la règle du droit civil, que devant un seul tribunal, devant le tribunal du domicile du défendeur. Ainsi, un banquier de Paris est en compte courant avec un négociant du

cipe est que tout exploit doit être fait à personne ou à domicile (C. de proc., art. 68). Aux termes de l'art. 419, « toutes assignations données à « bord à la personne assignée seront valables ». L'Ordonnance de 1681 avait un article ainsi conçu : « Tous exploits donnés aux maîtres et « mariniers dans le vaisseau, pendant le voyage, seront valables, comme « s'ils étaient faits à leur domicile » (Liv. I, Tit. XI, art. 1er). La disposition de notre art. 419 est plus large, en ce sens qu'elle s'applique à toute personne embarquée sur un navire. Du reste, elle ne signifie pas que l'exploit doit être fait à bord *à la personne même;* elle signifie que l'exploit fait à bord est réputé fait au domicile de la personne. Voy. notamment M. Bédarride, *op. cit.*, n° 459; MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, n° 420.

(1) Ceci doit évidemment être complété par l'art. 59, dont les deux premiers alinéas sont ainsi conçus : « Le défendeur sera assigné devant « le tribunal de son domicile; s'il n'a pas de domicile, devant le tribunal « de sa résidence; s'il y a plusieurs défendeurs, devant le tribunal du « domicile de l'un d'eux, au choix du demandeur. »

En matière commerciale, le tribunal est régulièrement saisi, du moment que, par application de l'un des alinéas de l'art. 420, il se trouve être compétent à l'égard de l'un des défendeurs. Voy. l'arrêt de rejet de la Chambre civile, du 11 mars 1884 (Dall., 84, 1, 313).

Havre; il n'y a eu ni élection de domicile ni convention spéciale relativement au lieu où devrait se faire le paiement : le négociant du Havre se trouvant reliquataire et ne payant pas à l'époque convenue, c'est devant le tribunal du Havre que le banquier de Paris devra le poursuivre. Où la disposition de l'art. 420 peut s'appliquer dans toute son étendue, c'est en matière de vente. Un négociant de Paris achète des vins et se les fait livrer dans l'arrondissement de Bordeaux; il doit payer, dans trois mois, à Angoulême : le vendeur, non payé à l'échéance, pourra porter son action, à son choix, devant le tribunal de la Seine, ou devant le tribunal de Bordeaux, ou devant le tribunal d'Angoulême.

La disposition de l'art. 420 n'est point une innovation du législateur moderne. L'Ordonnance de 1673 disait déjà (Tit. XII, art. 17) : « Dans les matières attribuées aux juge et « consuls, le créancier pourra faire donner l'assignation, à son « choix, ou au lieu du domicile du débiteur, ou au lieu auquel « la promesse a été faite et la marchandise fournie, ou au lieu « auquel le paiement doit être fait » (1).

Les tribunaux ont eu bien souvent à interpréter cet art. 420. Nous allons étudier les principales questions auxquelles il a donné lieu.

D'après l'article de l'Ordonnance, comme d'après l'article du Code de procédure, la demande peut être portée devant le tribunal *du lieu où la promesse a été faite et la marchandise livrée.* Pour que le tribunal soit compétent, il faut que ces deux faits, d'une part *la promesse* et d'autre part *la livraison de la marchandise,* se soient accomplis dans son ressort. Si la promesse avait été faite dans un arrondissement, et la marchandise livrée dans un autre, ni le tribunal de l'arrondissement où la promesse a été faite, ni le tribunal de l'arrondissement où la marchandise a été livrée, ne seraient compétents. Voici comment Jousse explique l'article de l'Ordonnance : « Le lieu où « la promesse a été faite et la marchandise fournie étant le

(1) Déjà l'Édit du 6 août 1349, portant création des gardes des foires de Champagne et de Brie, leur attribue la connaissance des *cas et contrats advenus ès dites foires.* Ainsi la compétence est déterminée par le *locus contractûs.*

« lieu où le débiteur a contracté, il est juste qu'il puisse y « être assigné, ce qui est conforme à la disposition du droit « en la loi *Si longius*, § fin., D., *De judiciis*. — Au reste, la « conjonction *et*, qui est ici apposée, fait voir qu'il faut l'une « et l'autre de ces conditions, c'est-à-dire que la promesse « ait été faite et la marchandise fournie dans le lieu : car, si « la promesse a été faite en un lieu et la marchandise fournie « en un autre, alors on ne pourrait faire assigner le débiteur « au lieu où la promesse a été faite ou au lieu où la mar- « chandise a été fournie; mais il faut nécessairement que ces « deux choses concourent. » Sous l'empire du Code de procédure, la jurisprudence est constante en ce sens. La Cour suprême, dans un arrêt de cassation, du 31 août 1852, s'exprime ainsi : « La promesse ne pouvant être réputée avoir « été faite dans l'arrondissement de Béziers, il devient inutile « de rechercher si la livraison a eu lieu dans cet arrondisse- « ment. En effet, pour soustraire le défendeur à la juridiction « de son domicile, l'art. 420, quand le paiement ne doit pas « être effectué dans un lieu qui détermine la compétence, « exige le concours de deux circonstances, c'est-à-dire que le « tribunal saisi par le demandeur soit à la fois celui dans l'ar- « rondissement duquel sa promesse a été faite et celui dans « lequel la marchandise a été livrée. Ainsi il suffisait que la « promesse n'eût pas été faite dans son arrondissement pour « que le tribunal de Béziers dût se déclarer incompétent... » (1).

Ce n'est pas seulement le vendeur qui, réclamant le paiement du prix, peut poursuivre l'acheteur devant le tribunal du lieu où la promesse a été faite et la marchandise livrée : ce même tribunal sera compétent pour connaître de la demande de l'acheteur, si l'acheteur a quelque réclamation à former au sujet de la vente, si par exemple il demande la résiliation pour vices rédhibitoires. — Il n'est même pas nécessaire que le contrat qui donne lieu à l'action soit un contrat de vente. Ainsi la Cour de cassation a jugé que, lorsqu'une compagnie de chemin de fer s'est chargée de transporter des marchan-

(1) Dev.-Car., 53, 1, 177. — Voy. aussi MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, nº 386.

dises, l'action en réduction de prix intentée par l'expéditeur est régulièrement portée devant le tribunal du lieu où les marchandises ont été remises aux agents de la compagnie (1).

L'art. 420 *in fine* permet au demandeur de porter son action devant le tribunal du lieu où le paiement devait être effectué (2). Que devons-nous précisément entendre par ce *lieu où le paiement devait être effectué*, lorsqu'il est convenu que le débiteur remettra au créancier dans un certain lieu des effets payables dans un autre lieu ? Il est généralement admis qu'en cas semblable le *lieu de paiement* n'est pas celui où les effets sont remis, mais celui où les effets sont payables, attendu que les billets ne sont reçus que sauf encaissement, et que c'est l'encaissement qui, à vrai dire, constitue le paiement. La Cour de cassation s'est prononcée en ce sens (3).

Il va de soi que l'art. 420 *in fine*, qui donne compétence au tribunal du lieu où le paiement devait être effectué, ne s'applique pas uniquement au cas où il s'agit pour un acheteur de payer son prix. Cette disposition a une portée très générale. Ainsi, on a jugé que l'employé d'une compagnie de chemin de fer peut poursuivre la compagnie en paiement de dommages-intérêts pour congé donné mal à propos, devant

(1) Arrêt de la Chambre des requêtes, du 29 avril 1856 (Dev.-Car., 56, 1, 579). — Mais la même Chambre des requêtes a jugé, le 18 juin 1867, « que la livraison ne saurait être censée faite, dans le sens de l'art. 420, § 2, par la remise des marchandises à la gare d'expédition; que cette livraison n'est accomplie *entre la compagnie et le destinataire* que par la remise des objets transportés au lieu de destination » (Dev.-Car., 67, 1, 237). MM. Lyon-Caen et Renault estiment qu'en effet le *lieu de la livraison* est toujours celui où les marchandises sont remises par le voiturier au destinataire (*Traité*, t. I, p. 380, note 4).

(2) Dans la vente *au comptant*, l'acheteur doit payer au lieu où doit se faire la délivrance (C. civ., art. 1651). En conséquence, le tribunal du lieu où doit se faire la délivrance est compétent, bien que le défendeur n'ait pas son domicile et que la promesse n'ait pas été faite en ce lieu. Arrêt de la Chambre des requêtes, du 30 novembre 1880 (Sir., 82, 1, 224).

(3) Arrêt du 16 juin 1856 (Dev.-Car., 56, 1, 597). — Une question qui s'est bien souvent présentée dans la pratique est celle de savoir si, du moment que dans la facture adressée par le vendeur à l'acheteur se trouve indiqué le lieu où le prix devra être payé, le tribunal de ce lieu devient compétent. Pour qu'il devienne ainsi compétent, il faut qu'il soit établi en fait que la facture a été acceptée par l'acheteur. Voy. notamment les arrêts de la Chambre des requêtes du 9 novembre 1885 (Sir., 86, 1, 206).

le tribunal du lieu où il remplissait ses fonctions et où il devait toucher ses appointements (1); on a jugé, de même, qu'un courtier maritime agit régulièrement en paiement de ses débours et honoraires devant le tribunal de sa résidence, « attendu qu'il est d'usage général dans le commerce, qu'il « est d'ailleurs dans la nature même des choses et conforme « aux nécessités de leur profession, que les courtiers mari- « times soient payés au lieu où ils exercent leur ministère et « où ils reçoivent et accomplissent leur mandat... » (2). —

(1) Arrêt de la Cour de cassation, du 13 mai 1857 (Dev.-Car., 57, 1, 669). Comp. l'arrêt de la même Cour, du 7 mars 1860 (Dev.-Car., 60, 1, 807).

(2) Arrêt de la Cour de Bordeaux, du 11 mai 1864 (Dev.-Car., 64, 2, 245). Je dois ajouter que la Cour de cassation paraît avoir abandonné en 1862 le principe dont elle avait si bien fait l'application en 1857 et en 1860. Une compagnie d'assurance, établie à Paris, avait constitué pour être ses agents dans les provinces liguriennes deux négociants de Gênes; révoqués de leurs fonctions, ceux-ci actionnent en dommages-intérêts, devant le tribunal de commerce de Gênes, le directeur de la Compagnie, et deux jugements par défaut leur allouent une somme de 25,000 livres. Il s'agissait alors de faire déclarer ces deux jugements exécutoires en France : la Cour de Paris ayant repoussé la demande formée devant elle à cet effet, le pourvoi en cassation a été rejeté par un arrêt du 18 février 1862, fondé notamment sur ce que « l'art. 420 du Code de procédure « n'est pas applicable à la cause, puisqu'il ne s'agit ni de vente, ni de « livraison, ni de paiement de marchandises, mais de l'exécution d'un « mandat qui rentrait dans les dispositions générales de la loi » (Dev.-Car., 62, 1, 427). M. Bédarride (*op. cit.*, n° 169 *bis*) prétend justifier cette décision, en faisant remarquer que l'action avait pour objet, non l'exécution même du contrat, mais la réparation d'un fait dommageable. Cette distinction ne me paraît pas bien solide, et la Cour de cassation n'en tenait aucun compte dans son arrêt de 1857. En tout cas, le *considérant* de l'arrêt de 1862, qui vient d'être rapporté, outre que je le crois faux en lui-même, est certainement contraire à la doctrine admise jusqu'alors par la Cour de cassation.

Quoi qu'il en soit, la Chambre des requêtes a fait une juste application des principes, lorsqu'elle a dit, dans son arrêt du 1er décembre 1884, « que l'art. 420, § 3, attribue compétence au tribunal du lieu où « doit s'effectuer le paiement du prix stipulé non seulement dans une « vente de marchandises, mais dans tout autre contrat commercial, et « que, cette disposition étant générale, il n'y a pas lieu de distinguer « entre les diverses natures de contestations que l'exécution du marché « fait surgir de la part de l'une ou l'autre des parties contractantes; « — que la prime moyennant laquelle l'assureur s'engage à garantir « l'assuré contre certains risques constitue juridiquement le prix de « l'assurance; que, dès lors, le tribunal du lieu où elle est payable a « compétence pour statuer sur la demande formée, en exécution de la

On est allé encore plus loin. On a jugé que le voyageur qui, en cas de perte des effets qui l'accompagnent, réclame une indemnité à la compagnie du chemin de fer, peut soumettre sa demande au tribunal du lieu vers lequel il se dirigeait, « comme étant le tribunal du lieu de paiement, du lieu où « ses effets devaient lui être rendus » (1).

— L'art. 420 du Code de procédure constitue une dérogation au droit commun, une faveur exceptionnelle accordée au demandeur en matière commerciale : la conséquence est que cet article doit être appliqué avec réserve et uniquement dans les cas prévus par le texte. D'après cela, lorsqu'un commerçant actionne son préposé en règlement de compte, peut-il l'actionner devant son tribunal à lui demandeur, par le motif que le préposé devait faire parvenir au domicile du préposant les sommes qu'il touchait en sa qualité de préposé? La question s'est plusieurs fois présentée dans la pratique ; elle a même été portée devant la Cour de cassation, dans les circonstances suivantes : Une compagnie d'assurance, établie à Dijon, avait un agent principal à Toulouse ; en 1859, la compagnie retire à cet agent le mandat qu'elle lui avait confié, et l'assigne en reddition de compte devant le tribunal de commerce de Dijon, comme étant compétent à raison du paiement qui devait être fait à Dijon. Sur le déclinatoire opposé par le défendeur, le tribunal de Dijon se déclare effectivement compétent, et par des motifs qui ne sont pas sans valeur : « L'art. 420, dit le tribunal, attribue juridiction « au tribunal dans l'arrondissement duquel le paiement doit « être effectué. Dans le contrat qui intervient entre le com- « merçant et son agent, employé ou commis, il est toujours « sous-entendu, par la force des choses, que c'est dans le « lieu du domicile du maître que le paiement des sommes « dont l'agent peut se trouver débiteur doit être effectué. Il « est bien évident que c'est également à ce domicile que le « police, tant par l'assureur que par l'assuré lui-même » (Sir., 85, 1, 484). Joignez l'arrêt de la même Chambre, du 21 février 1887 (Sir., 87, 1, 119). Voy. aussi MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, nos 392 et suiv.

(1) Voy. notamment l'arrêt de la Cour de Poitiers, du 12 février 1861 (Dev.-Car., 61, 2, 332).

« compte de gestion doit être rendu. Il serait étrange que la « maison qui emploie des agents ou commis fût obligée, « pour obtenir règlement de compte et paiement des sommes « qui pourraient lui être dues par ces derniers, de les pour- « suivre partout où il leur plairait de transporter leur domi- « cile, et de déplacer, le cas échéant, les livres de la maison « nécessaires au règlement desdits comptes et dont elle a « journellement un besoin indispensable. Une telle interpré- « tation est manifestement contraire au texte et à l'esprit de « la loi, ainsi qu'à l'intention des parties... » Ce jugement a été infirmé par un arrêt de la Cour de Dijon ; et la Chambre des requêtes a rejeté le pourvoi, le 18 juin 1861, « attendu « qu'il s'agissait, dans la cause, d'une demande en règlement « et en paiement d'un compte sur les éléments duquel les « parties n'étaient pas d'accord ; que dès lors il ne pouvait y « avoir lieu à l'application de l'art. 420, qui suppose une « promesse faite, une marchandise livrée ou un paiement à « effectuer » (1).

Si l'art. 420 est inapplicable lorsqu'il est douteux qu'il y ait un paiement à effectuer, à plus forte raison ne devrons-nous pas l'appliquer lorsqu'il y aura contestation sérieuse sur l'existence même du marché ou du contrat allégué par le demandeur. C'est ce que la Cour de cassation a plusieurs fois décidé. Elle l'a décidé dans une espèce où le demandeur prétendait avoir acheté des marchandises du défendeur par le ministère du commis de celui-ci, et où le défendeur prétendait, de son côté, que son commis n'avait pas pouvoir à l'effet de conclure la vente en question : « L'art. 420, dit la « Cour, en dérogeant à la règle générale, par l'autorisation « d'assigner le défendeur soit devant le tribunal dans l'ar- « rondissement duquel la promesse a été faite et la marchan- « dise livrée, soit devant le tribunal dans l'arrondissement « duquel le paiement devait être effectué, l'art. 420 suppose « nécessairement que l'existence de la promesse n'est pas « sérieusement contestée. Les conclusions des parties pré- « sentaient, avant toute exécution de la convention alléguée,

(1) Dev.-Car., 61, 1, 767.

« la question de savoir s'il y avait eu promesse de vente « valablement faite à L... au nom et pour le compte de D... et « G... par le commis de ceux-ci, et si L... pouvait exiger la « livraison de la marchandise qu'il prétendait lui avoir été « vendue. En se saisissant de la connaissance du fond pour « arriver à statuer sur la compétence, alors que le fond était « l'objet du litige, la Cour impériale de Pau a faussement « appliqué l'art. 420... » (1).

A propos d'une espèce identique, la Cour de cassation, dans son arrêt du 24 décembre 1861, ajoute ce qui suit : « La « compétence de l'art. 420 suppose un marché prouvé ou « avoué. Mais, de même qu'il ne suffirait pas au demandeur « d'alléguer un pareil marché pour saisir la juridiction « exceptionnelle de l'art. 420, de même aussi il ne suffirait « pas au défendeur, pour échapper à cette juridiction, de « contester d'une manière quelconque une convention dont « la preuve serait apportée. Il y a lieu pour les tribunaux « d'examiner si la contestation est sérieuse ou si elle ne « cache qu'un moyen détourné employé pour soustraire une « partie à ses juges naturels : par cette appréciation, le tri- « bunal saisi ne juge pas le fond, mais motive sa compé- « tence... » (2).

Même décision, toujours à propos d'une promesse de vente faite par un commis voyageur, dans un arrêt de cassation du 15 juillet 1862 (3).

Enfin la question s'est présentée, en 1864, dans des circonstances assez curieuses. B...-W..., négociant à Arras, avait chargé H..., facteur à la Halle aux grains et farines de Paris, d'acheter pour son compte tant de sacs de farines ; B...-W... étant en retard de prendre livraison, H... revend les farines avec perte; pour être rempli de la différence, il assigne B...-W... devant le tribunal de commerce de Paris, lieu où, d'après la convention, le paiement devait être effectué.

(1) Dev.-Car., 60, 1, 314.

(2) Dev.-Car., 62, 1, 312. — Comp. l'arrêt du 29 janvier 1862 (Dev.-Car., 62, 1, 684).

(3) Dev.-Car., 62, 1, 1034. — Joignez l'arrêt de la Chambre des requêtes, du 24 juin 1868 (Dev.-Car., 68, 1, 407).

Devant le tribunal, B...-W... oppose qu'il n'y a pas eu vente commerciale, mais simple jeu sur la hausse et la baisse; il est condamné. Sur l'appel, arrêt confirmatif. Et, le 13 juillet 1864, la Chambre des requêtes rejette le pourvoi : « Attendu « que B...-W... ne niait point l'existence de la convention...; « que, pour contester la compétence du tribunal de commerce, « il excipait de la nature de la convention, et que, dès lors, le « tribunal était obligé, pour apprécier le mérite de cette « exception, de rechercher quel avait été le véritable objet de « la convention... » (1). Ainsi, suivant la Cour de cassation, quand le défendeur conteste sérieusement l'existence même de la convention, l'art. 420 se trouve inapplicable; mais il en est autrement quand il conteste, même sérieusement, la nature commerciale de la convention. J'avoue que j'ai quelque peine à comprendre sur quoi repose la distinction admise par la Cour suprême.

On a jugé que l'art. 420 n'est pas applicable aux actions qui peuvent naître d'un délit, d'un quasi-délit ou d'un quasi-contrat; que pour ces actions le seul tribunal compétent est le tribunal du domicile du défendeur (2).

Certains articles du Code de procédure excluent, pour les cas qu'ils prévoient, l'application de notre art. 420. Ainsi, aux termes de l'art. 59, « le défendeur est assigné, en matière « de *société*, tant qu'elle existe, devant le juge du lieu où elle « est établie; en matière de *faillite*, devant le juge du domi- « cile du failli » (3). De même, aux termes de l'art. 60, « les « demandes formées pour frais par les officiers ministériels « sont portées au tribunal où les frais ont été faits » (4).

— Il est encore aujourd'hui de jurisprudence que les tribunaux français sont incompétents pour connaître, entre étrangers, des actions personnelles et mobilières en matière civile, lors même qu'il s'agirait d'engagements contractés en

(1) Dev.-Car., 64, 1, 413.

(2) Voy. l'arrêt de cassation du 16 mars 1858 (Dall., 58, 1, 130). Voy. aussi MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, n° 395.

(3) Voy. ci-dessous, p. 485 et suiv.

(4) Cela s'applique sans difficulté à la demande formée par un huissier. Quant à l'agréé, il n'est pas officier ministériel. Voy. MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, n° 403.

France. Au contraire, en matière commerciale, la jurisprudence admet qu'il y a lieu d'appliquer l'art. 420 du Code de procédure, entre deux étrangers comme entre deux Français ou entre un Français et un étranger (1) : « On oppose sur ce « point, dit la Cour de Paris, que les tribunaux français ne « doivent la justice qu'aux nationaux et ne peuvent être sai- « sis de difficultés nées entre deux étrangers. Cela est incon- « testablement vrai pour les actions ordinaires ; mais les « exigences commerciales ont de tout temps fait introduire « exception pour les affaires de commerce : il est difficile « d'admettre que deux étrangers, appelés par leur négoce « sur le territoire de l'Empire, n'y puissent trouver aucune « justice pour l'exécution de leur transaction et soient obli- « gés de recourir à la force matérielle pour la réalisation de « leurs engagements... Il faut reconnaître que l'art. 420 con- « stitue un privilège au profit du commerce, privilège qui « doit être étendu à toutes les transactions commerciales, « quels que soient les contractants » (2). — Le système qui consiste à distinguer ainsi entre les contestations civiles et les contestations commerciales est-il bien juridique? Il est permis d'en douter. « Rien de mieux sans doute, dit « M. Massé, que de considérer les contrats commerciaux « comme appartenant au droit des gens; mais rien de moins « logique, quand on refuse le même caractère aux mêmes « contrats employés dans un but purement civil. Il est vrai « que la jurisprudence spéciale aux matières commerciales « se fonde sur ce que l'art. 420 du Code de procédure aurait « introduit dans les règles ordinaires de la compétence une « exception applicable aux contestations entre étrangers « comme aux contestations dans lesquelles des Français sont « intéressés. Mais en y regardant de près, on voit que cet

(1) Voy. l'édition que j'ai donnée de Fœlix, *Droit international privé* (1866), t. I, nº 156. Comp. M. Féraud-Giraud (*Journal du droit international privé*, année 1880, p. 137 et suiv., 225 et suiv.), et M. Glasson (même *Journal*, année 1881, p. 105 et suiv.).

(2) Arrêt du 7 mai 1861. Le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté par la Chambre civile, le 9 mars 1863 (Dev.-Car., 63, 1, 225). Voy. aussi l'arrêt de la Chambre des requêtes du 22 novembre 1875 (Dev.-Car., 76, 1, 213).

« article ne peut être d'aucun secours aux étrangers. Le Code « de procédure est une loi particulière aux nationaux ou à « ceux qui leur sont assimilés, destinée à régir les contesta- « tions que leur nature ou un texte spécial attribue aux tri- « bunaux français, à déterminer la compétence respective « des différents tribunaux dont le ressort se partage le terri- « toire, mais nullement à établir des règles de compétence « internationale... » (1).

« On est à peu près d'accord, dit également M. Glasson, « pour décider que les règles de compétence établies par « l'art. 631 du Code de commerce et par l'art. 420 du Code « de procédure sont applicables, quelle que soit la nationalité « des parties. On va jusqu'à décider qu'un étranger peut, en « matière commerciale, citer un Français devant un des trois « tribunaux de l'art. 420, bien qu'il n'ait pas obtenu en France « la jouissance des droits civils. Cette solution était déjà « admise dans notre ancien droit, où l'on faisait remarquer « qu'elle était aussi favorable aux Français qu'aux étran- « gers : si, en effet, ceux-ci n'avaient pas été assurés d'ob- « tenir justice en France, ils n'auraient pas traité avec les « Français, ou tout au moins leur auraient refusé crédit et « n'auraient consenti qu'à des opérations au comptant. Mais « nous nous permettons de demander si, en l'absence de « textes précis, il est permis de poser une règle en matière « civile et une exception en matière commerciale, pour les « contestations entre étrangers. Il est déjà bien étrange de « dire, dans le silence de la loi, qu'entre étrangers nos tribu- « naux sont incompétents. Mais, après avoir posé ce prin- « cipe, n'est-il pas plus extraordinaire encore d'y apporter « une exception qui n'est consacrée par aucun texte? Pour- « quoi fait-on abstraction de la qualité d'étranger en matière « commerciale, et pourquoi se préoccupe-t-on de cette qualité « dans les procès civils? Il n'y a aucune trace de cette dis- « tinction dans les art. 59 et 420, et logiquement on devrait « ou appliquer aux étrangers les deux articles, ou leur en « retirer le bénéfice. »

(1) *Op. cit.*, t. I, nº 658.

— La disposition de notre art. 420, avons-nous dit, reçoit exception en matière de faillite. De même que l'art. 635 du Code de commerce détermine la compétence *ratione materiæ*, de même l'art. 59, n° 7, du Code de procédure détermine la compétence *ratione personæ* : le tribunal compétent en matière de faillite, c'est le tribunal de commerce du domicile du failli, ou, en d'autres termes, le tribunal qui a rendu le jugement déclaratif de faillite. — Mais que faut-il supposer pour qu'il y ait lieu d'admettre cette compétence particulière? Ici plusieurs cas doivent être distingués avec soin.

D'abord, toutes les fois qu'il s'agit d'une action à diriger contre le failli ou contre les syndics, devons-nous dire d'une manière générale, par application de l'art. 59, que le tribunal compétent est le tribunal du domicile du failli? Nous excepterons, bien entendu, le cas d'une action réelle immobilière, action qui doit être portée devant le tribunal de la situation de l'immeuble litigieux; et encore, lorsque l'action réelle immobilière soulève la question de savoir s'il n'y a pas lieu d'appliquer les art. 446 et 447 du Code de commerce, c'est au tribunal de la faillite qu'elle devrait être soumise. De même, l'action mixte, pour le cas où les art. 446 et 447 ne sont pas engagés dans le débat, pourrait, s'il plaisait au demandeur, être portée devant le tribunal de la situation de l'immeuble (1). — En ce qui concerne l'action personnelle intentée par un tiers, on a soutenu que l'art. 420, et non l'art. 59, n° 7, est applicable toutes les fois que l'action a une origine antérieure à la faillite, ou, en d'autres termes, que la faillite du débiteur n'enlève pas au créancier le droit de saisir le tribunal qui était compétent lorsque cette faillite a éclaté. Il faut reconnaître, avec M. Renouard (*loc. cit.*), que cette doctrine aboutit à effacer presque entièrement l'art. 59, n° 7, et à le paralyser dans ses applications les plus fréquentes. « Ne voit-on pas, ajoute-t-il, que si chacun des « créanciers dont la réunion compose la masse peut, en « vertu d'un droit antérieur, et pour se soustraire à la gêne

(1) Comp. M. Renouard, *Traité des faillites et banqueroutes*, 3e édition, t. II, p. 526.

« d'exercer son action au siège de la faillite, porter ailleurs « le jugement de ses prétentions, on perd le bénéfice de con- « centration et d'unité, objet des sollicitudes de la loi? »

La doctrine de M. Renouard paraît bien avoir été consacrée par la Cour de cassation, dans l'espèce suivante : Un sieur H... avait été déclaré en faillite par le tribunal de commerce de la Seine. Un sieur C... négociant à Valenciennes, prétendant être créancier de H... et avoir reçu en nantissement des actions d'une société établie dans l'arrondissement de Valenciennes, assigne devant le tribunal de cette ville le syndic de la faillite et la veuve du sieur H... pour voir ordonner la vente aux enchères publiques des actions reçues en gage, conformément à la clause contenue dans l'acte de nantissement. Sur le déclinatoire du syndic, le tribunal de Valenciennes se déclare compétent. Le syndic ayant formé devant la Cour de cassation une demande en règlement de juges, tendant à l'annulation du jugement rendu par le tribunal de Valenciennes, cette annulation est effectivement prononcée : « Aux termes de l'art. 59, n° 7, du Code de procé- « dure, dit la Cour, le défendeur, en matière de faillite, doit « être cité devant le tribunal du lieu de la faillite; il n'im- « porte, d'ailleurs, que par une stipulation antérieure les « parties aient fait choix d'un autre lieu pour l'exécution de « leur convention... La question est essentiellement de savoir « si la contestation se rapporte à la faillite. Avant de faire « reconnaître le privilège qu'il prétend avoir sur les valeurs « remises entre ses mains et de demander la vente du gage, « C... devait nécessairement établir qu'il était créancier, « puisque tout droit de privilège est subordonné au fait « d'une créance légitime; or, le fait de la créance prétendue « ne pouvait être vérifié ailleurs que devant le tribunal du « lieu de l'ouverture de la faillite, contradictoirement avec « le syndic et sous la surveillance du juge-commissaire... » (1).

Mais aujourd'hui cette doctrine est certainement répudiée par la Cour de cassation. Ainsi, dans une espèce où la faillite

(1) Arrêt de la Chambre des requêtes, du 15 juillet 1862 (Dev.-Car., 62, 1, 933).

avait été déclarée par le tribunal de commerce de Saint-Hippolyte du Fort, la Chambre des requêtes dit : « que, le « contrat de commission ayant été formé et exécuté à Mar- « seille, les commissionnaires étaient en droit d'assigner le « syndic de la faillite devant le tribunal de cette ville, pour « débattre et arrêter le compte nécessaire au règlement de « leurs intérêts respectifs » (1).

Si maintenant nous supposons une action exercée contre un tiers, au nom de la masse de la faillite, alors il faudra distinguer si les faits qui donnent lieu à l'action se rattachent à la faillite, ou si, au contraire, il s'agit de faits antérieurs et étrangers à cette faillite : dans ce dernier cas, le tribunal qui devait être compétent, aux termes du droit commun ou aux termes de l'art. 420 du Code de procédure, ne va pas cesser de l'être par cela seul que le créancier est déclaré en faillite. La distinction dont il s'agit a été méconnue par certains auteurs; elle est parfaitement rationnelle, et la Cour de cassation l'a plusieurs fois consacrée (2). J'indiquerai seulement quelques cas, à titre d'exemples :

L'action en rapport, exercée, conformément à l'art. 447, contre un créancier qui a reçu depuis la cessation des paiements du débiteur tout ou partie de sa créance, cette action se rattache étroitement à la faillite : car, sans la déclaration de faillite, il ne pourrait même pas en être question. Elle devra donc être portée devant le tribunal de la faillite, et non pas devant le tribunal du domicile du défendeur (3).

Lorsque le syndic d'une faillite actionne un tiers en restitution de marchandises que ce tiers aurait détournées plus de dix jours avant la cessation des paiements, évidemment cette action n'a pas sa raison d'être dans la déclaration de faillite : l'individu dont les marchandises ont été détournées n'eût-il jamais été déclaré en faillite, l'action dont il s'agit n'en eût pas moins existé; seulement, elle n'aurait pas été exercée par

(1) Arrêt du 2 juin 1885 (Sir., 85, 1, 375).

(2) Voy. les nombreux arrêts cités par M. Renouard (*op. cit.*, t. II, p. 527 et suiv.). Plusieurs de ces arrêts ont été rendus sur le *rapport* du savant magistrat.

(3) En ce sens, voy. notamment l'arrêt de la Cour de Besançon, du 28 mars 1855 (Dev.-Car., 55, 2, 398).

le syndic. Comme le dit la Cour de cassation, « les seuls faits « qui forment la matière de la faillite et qui sont soumis aux « règles qui lui sont particulières sont ceux qui sont posté- « rieurs à l'ouverture de la faillite et aux dix jours qui l'ont « précédée; les faits qui sont antérieurs aux dix jours qui ont « précédé l'époque fixée pour l'ouverture de la faillite restent « en dehors des lois qui la régissent, et les actions qui résul- « tent de ces faits sont soumises au droit commun ». En conséquence, le syndic devra porter son action devant le tribunal du domicile du défendeur (1).

Nous avons vu que le dessaisissement qui résulte du jugement déclaratif de la faillite ne rend pas le failli incapable de contracter; seulement, le syndic peut toujours, dans l'intérêt de la masse, demander la nullité des actes ainsi faits par le failli. Devant quel tribunal devra être portée cette action en nullité? Elle tend à l'annulation, dans l'intérêt des créanciers de la faillite, des actes intervenus entre le failli et le défendeur; elle dérive ainsi de l'état de faillite : par conséquent, c'est le tribunal de commerce du domicile du failli qui est compétent pour en connaître (2).

En résumé, comme le dit M. Ruben de Couder (3), « c'est uniquement la nature de la contestation qu'il faut considérer, et non pas la qualité de demandeur ou de défendeur en laquelle procèdent les syndics, pour décider si l'on se trouve dans le cas prévu par le § 7 de l'art. 59 ».

2° *Règles relatives à l'instruction.*

Nous savons déjà qu'en matière commerciale la procédure se fait sans le ministère d'avoués; nous savons aussi que les parties sont tenues de comparaître en personne ou par le ministère d'un fondé de procuration spéciale (C. de pr., art. 414 et 421). Ce sont des points qui ont été expliqués à

(1) Arrêt de la Chambre des requêtes, du 9 mars 1858 (Dev.-Car., 58, 1, 648).

(2) Arrêt de la Chambre civile, du 12 janvier 1864 (Dev.-Car., 64, 1, 17). J'ai déjà cité cet arrêt, ci-dessus, p. 421.

(3) *Dictionnaire de droit commercial*, v° *Compétence*, n° 239.

propos de l'art. 627 du Code de commerce (1), et sur lesquels nous n'avons pas à revenir.

En matière civile ordinaire, l'exploit d'ajournement contient toujours, explicitement ou implicitement, l'élection d'un domicile pour le demandeur. Il n'y a rien de semblable en matière de commerce : les deux plaideurs peuvent venir à l'audience sans qu'il y ait eu de leur part, bien qu'ils ne soient point domiciliés dans le lieu où siège le tribunal, aucune élection de domicile; et, quand ils ont chargé de plaider pour eux un avoué, un avocat, un agréé, ils ne sont point censés avoir élu domicile chez la personne à qui est ainsi confié le soin de les défendre. Le procès pourra même se terminer sans qu'il y ait eu besoin d'aucune élection de domicile. « Si les « parties comparaissent, dit l'art. 422, et qu'à la première « audience il n'intervienne pas jugement définitif, les parties « non domiciliées dans le lieu où siège le tribunal seront « tenues d'y faire l'élection d'un domicile. L'élection de domi- « cile doit être mentionnée sur le plumitif de l'audience; à « défaut de cette élection, toute signification, même celle du « jugement définitif, sera faite valablement au greffe du tri- « bunal. » Ainsi, l'affaire n'étant pas définitivement jugée à la première audience, la partie qui n'a pas fait élection de domicile en présence du tribunal, ou même celle de qui l'élection n'a pas été mentionnée sur le plumitif, est considérée comme ayant son domicile au greffe : toutes significations lui seront valablement faites au greffe (2).

De cette disposition il résulte que non seulement l'élection

(1) Ci-dessus, p. 280 et suiv.

(2) Si la partie qui a des significations à faire peut les faire au greffe, il n'en résulte pas pour elle l'obligation de suivre exclusivement et à peine de nullité cette voie : l'art. 422, ne lui interdisant pas la faculté de les faire en observant les règles du droit commun, lui permet d'y recourir. Arrêt de la Chambre des requêtes, du 19 mai 1885 (Sir., 85, 1, 422).

Notre art. 422 déroge à toutes les dispositions qui prescrivent la signification à personne ou à domicile. En conséquence, la signification du jugement faite au greffe est le point de départ du délai de l'appel ou du délai de l'opposition. Voy. l'arrêt de rejet, de la Chambre civile, du 25 mars 1862 (Dev.-Car., 62, 1, 607), et l'arrêt de la Cour de Rouen, du 8 décembre 1879 (Dev.-Car., 80, 2, 76). — Quant à l'acte d'appel, comme il est le début d'une procédure nouvelle, je suis disposé à croire qu'il doit être signifié à personne ou à domicile, conformément à la règle générale posée dans

de domicile dans l'exploit d'ajournement n'est pas nécessaire, mais que même elle n'est pas utile. En effet, si l'exploit d'ajournement contient l'élection d'un domicile pour le demandeur, mais que cette élection ne soit pas mentionnée sur le plumitif, le défendeur pourra la tenir pour non avenue, et il fera valablement ses significations au greffe. C'est du moins ce que décident la Cour de cassation (1) et la plupart des auteurs (2).

L'art. 422 parle des *parties* en général : il ne s'applique donc pas seulement aux deux parties originaires, mais encore à une partie qui surviendrait après coup dans l'instance. Ainsi la Cour de cassation a jugé que, le défendeur originaire ayant appelé un tiers en garantie, ce tiers ayant comparu devant le tribunal et n'ayant pas fait élection de domicile conformément à notre article, le demandeur originaire lui avait valablement signifié au greffe de nouvelles conclusions (3).

Aux termes de l'art. 423, « les étrangers demandeurs ne « peuvent être obligés, en matière de commerce, à fournir « une caution de payer les frais et dommages-intérêts aux- « quels ils pourront être condamnés, même lorsque la

l'art. 456 du Code de procédure. Voy. aussi, en ce sens, MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, n° 433.

Une élection de domicile n'ayant pas été mentionnée sur le plumitif, l'autre partie peut-elle néanmoins la tenir pour bonne? La Cour de cassation ne l'admet pas ; mais je ne puis m'associer à cette décision. Voy. aussi MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, n° 434.

Le *plumitif* dont parle notre art. 422 n'est pas le registre contenant de simples notes prises à l'audience par le greffier : cette expression ne saurait désigner autre chose que la feuille signée par le président et par le greffier, contenant la mention authentique des faits qui se sont passés à l'audience. Arrêt de rejet de la Chambre civile, du 4 novembre 1885 (Sir., 87, 1, 29).

(1) Arrêts de la Chambre civile, du 25 mars 1862 (Dev.-Car., 62, 1, 607) et du 24 février 1879 (Sir., 81, 1, 63).

(2) M. Orillard enseigne cependant l'opinion contraire (*op. cit.*, n° 715). Il remarque que ce sont seulement les parties *non domiciliées* dans le lieu où siège le tribunal qui sont tenues d'y faire l'élection d'un domicile; et il en conclut que les parties qui ont élu un domicile dans ce lieu, soit par la convention, soit par l'ajournement, sont dispensées de faire une nouvelle élection de domicile conformément à l'art. 422.

(3) Arrêt de la Chambre des requêtes, du 12 décembre 1855 (Dev.-Car., 56, 1, 880).

« demande est portée devant un tribunal civil dans les lieux « où il n'y a pas de tribunal de commerce ». Cette dispense accordée à l'étranger demandeur de fournir la caution dite *judicatum solvi* résultait déjà de l'art. 16 du Code civil. Elle s'explique par la faveur due au commerce, par le désir du législateur d'encourager les commerçants étrangers à traiter avec les Français en supprimant tout ce qui tend à prolonger les procès.

Pour que le défendeur soit ainsi privé du droit d'exiger la caution, il n'est pas nécessaire que l'acte qui donne lieu au procès ait le caractère commercial pour les deux parties; il suffit qu'il l'ait du côté du défendeur : en effet, par cela seul, nous sommes réellement *en matière de commerce*, soit au point de vue de la compétence, soit au point de vue de la procédure (1).

Pour se conformer à l'esprit de la loi, il faut dire que, si, à l'occasion du procès suivi devant le tribunal de commerce, l'étranger demandeur se trouve dans le cas d'aller plaider incidemment, toujours comme demandeur, devant un tribunal civil, par exemple afin d'y faire procéder à une vérification d'écriture, il jouira devant cette nouvelle juridiction de la même dispense qui lui est accordée eu égard au caractère de sa demande principale (2).

L'action en dommages-intérêts fondée sur la contrefaçon d'une invention brevetée, d'une marque de commerce ou de fabrique, est de la compétence du tribunal civil (lois du 5 juillet 1844 et du 23 juin 1857). Le législateur est parti de l'idée qu'il s'agit là d'une question de propriété. Il faut en conclure

(1) Au contraire, MM. Lyon-Caen et Renault (*Traité*, t. I, n° 438) considèrent seulement la nature qu'a l'acte pour l'étranger demandeur : ils l'exemptent de la caution dès que l'acte est commercial à son égard. Les savants auteurs admettent avec la jurisprudence, ce qu'il m'est impossible d'admettre, que, là où l'acte n'est commercial que pour le défendeur, il est loisible au demandeur de saisir le tribunal civil ou le tribunal de commerce.

(2) A plus forte raison en serait-il de même si l'étranger, défendeur à l'action principale devant le tribunal de commerce, allait plaider incidemment comme demandeur devant le tribunal civil. Voy. MM. Aubry et Rau, t. VIII, § 747 *bis*, p. 129; MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, n° 437.

que, la contestation eût-elle réellement un caractère commercial, l'étranger demandeur peut être tenu de fournir caution (1).

Lorsqu'un tribunal étranger a rendu un jugement en matière commerciale, l'étranger qui forme en France une demande à fin d'*exequatur* doit-il fournir caution ? La négative paraît certaine, du moment qu'on admet avec la jurisprudence que le tribunal français peut de nouveau examiner l'affaire (2).

— Si le défendeur en matière de commerce ne peut pas exiger, sous forme d'exception, qu'une caution lui soit fournie par son adversaire étranger, d'autres exceptions peuvent, suivant les cas, être invoquées par ce défendeur. Les art. 424 et 425 s'occupent spécialement de l'exception qu'on appelle *déclinatoire*.

Aux termes de l'art. 424, « si le tribunal est incompétent à « raison de la matière, il renverra les parties, encore que le « déclinatoire n'ait pas été proposé. Le déclinatoire pour « toute autre cause ne pourra être proposé que préalablement « à toute autre défense ». Il résulte clairement de cet article que les principes généraux sur la distinction entre l'incompétence *ratione materiæ* et l'incompétence *ratione personæ* doivent être observés par les tribunaux de commerce comme par les tribunaux civils. Une affaire civile ou administrative a-t-elle été portée devant un tribunal de commerce : les parties pourront, en tout état de cause, soulever la question d'incompétence, et le tribunal lui-même devra d'office se déclarer incompétent (3). Au contraire, une affaire qui devait être portée devant le tribunal de commerce de Rouen a-t-elle été portée devant le tribunal de commerce de la Seine : ce dernier tribunal ne se déclarera incompétent qu'autant que le défendeur aura proposé le déclinatoire préalablement à toutes autres exceptions et défenses (4).

Voilà ce que contient incontestablement notre art. 424.

(1) Voy. l'arrêt de la Cour de cassation belge, du 5 avril 1888 (Sir., 88, 4, 17).

(2) Comp. MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, nº 439.

(3) Conformément à la règle de droit commun posée dans l'art. 170.

(4) Conformément à la règle de droit commun posée dans les art. 168 et 169.

Il contient encore une autre proposition, à savoir, que le cas de litispendance et le cas de connexité doivent être traités comme le cas d'incompétence *ratione personæ*. En effet, l'article, après avoir supposé que le tribunal est incompétent à raison de la matière, dit que le déclinatoire pour toute autre cause ne pourra être proposé que *in limine litis;* or, ces expressions ne comprennent pas seulement le cas d'incompétence *ratione personæ*, elles comprennent aussi le cas de litispendance et le cas de connexité (1).

L'art. 425 est ainsi conçu : Le même jugement pourra, en « rejetant le déclinatoire, statuer sur le fond, mais par deux « dispositions distinctes, l'une sur la compétence, l'autre sur « le fond; les dispositions sur la compétence pourront tou- « jours être attaquées par la voie de l'appel ». Ici il paraît bien y avoir dérogation au droit commun : de droit commun, comme nous le voyons dans l'art. 172, toute demande en renvoi est jugée sommairement et ne peut être réservée ni jointe au principal (2). Ce qui est certain, c'est qu'en matière commerciale le défendeur qui propose un déclinatoire peut plaider sur le fond avant que le tribunal ait statué sur le déclinatoire; c'est ainsi que le tribunal peut, par un seul et même jugement, rejeter le déclinatoire et statuer sur le fond. Seulement, la loi invite le tribunal à bien séparer, à bien

(1) Comp. Boitard, *Leçons de procédure*, t. I, nº 652. — Je suis disposé à croire que, même en matière civile ordinaire, les cas de litispendance et de connexité doivent être traités comme le cas d'incompétence *ratione personæ* : l'art. 171 suppose que le renvoi est *demandé*. Voy. aussi, en ce sens, l'arrêt de la Chambre des requêtes du 18 juillet 1859 (Dev.-Car., 60, 1, 779). Boitard semble admettre que le tribunal ne pourrait pas d'office se dessaisir; mais en même temps il pense que le déclinatoire peut être proposé en tout état de cause (t. I, nº 360).

(2) La Cour de cassation entend l'art. 172 de telle sorte que sous ce rapport la procédure en matière commerciale n'offre rien de particulier. D'après cette Cour, si le défendeur a déjà proposé le déclinatoire et plaidé au fond, l'art. 172 ne s'oppose point à ce que le tribunal par un même jugement rejette le déclinatoire et statue au fond; si le défendeur a seulement proposé le déclinatoire, le tribunal, rejetant le déclinatoire, peut immédiatement enjoindre au défendeur de plaider au fond et, s'il s'y refuse, statuer par défaut. Voy. notamment les arrêts du 19 avril et du 24 août 1852 (Dev.-Car., 52, 1, 801 et 817). En sens contraire, voy. Boitard, *op. cit.*, t. I, nº 363; voy. aussi un arrêt de la Cour de Nancy, du 4 juin 1859 (Dev.-Car., 59, 2, 691).

distinguer, dans son jugement, la disposition relative au déclinatoire et la disposition relative au fond : alors, conformément à la règle qui veut que l'appel soit toujours recevable quand il s'agit d'incompétence (1), le défendeur pourra n'interjeter appel que de la disposition qui a rejeté le déclinatoire; il va de soi, du reste, que, si cette disposition est infirmée en appel, la disposition sur le fond se trouvera nécessairement infirmée par là même. Le jugement qui, au mépris de notre art. 425, statuerait par une disposition unique sur le déclinatoire et sur le fond, serait toujours susceptible d'appel et devrait être infirmé. — Je citerai, pour terminer sur ce point, trois arrêts qui, à mon sens, ont exactement interprété la pensée du législateur :

Le sieur C..., négociant à Toulouse, avait demandé des marchandises aux sieurs B..., fabricants à Amiens. Les marchandises arrivées à Toulouse, C..., ne les trouvant pas conformes à l'échantillon, assigne les sieurs B... devant le tribunal de commerce de Toulouse : il demande qu'ils soient condamnés à les reprendre, et subsidiairement que le tribunal nomme des experts. Les sieurs B... opposent une exception d'incompétence; mais le tribunal, avant faire droit, ordonne que par experts il sera procédé à la vérification des marchandises. Sur l'appel des sieurs B..., arrêt de la Cour de Toulouse qui déclare l'appel non recevable. Cet arrêt a été cassé, le 27 mars 1849 : « Si les tribunaux de commerce, dit « la Cour suprême, sont autorisés par l'art. 425 du Code de « procédure à statuer en même temps sur le déclinatoire et « sur le fond, ils ne le peuvent que lorsqu'il y a lieu de « rejeter le déclinatoire et que le fond est en état de recevoir « jugement; mais cette disposition ne déroge en aucune façon « au principe qui oblige le juge à vérifier avant tout sa com- « pétence contestée et lui défend de réserver le déclinatoire. « S'il est permis au juge, avant de vider le déclinatoire, de « recourir à une instruction pour s'éclairer sur la question « de compétence, ou même, au besoin, d'ordonner, dans l'in- « térêt commun des parties, une mesure conservatoire, il ne

(1) Voy. l'art. 454 du Code de procédure.

« peut, en aucun cas, rendre un *avant faire droit* sans relation « avec la question essentiellement préjudicielle de compé- « tence, ni ordonner une mesure d'instruction exclusivement « relative à la question du fond : incompétent pour juger la « demande principale, il ne le serait pas moins pour instruire « sur cette demande... » (1).

Voici maintenant un arrêt de la Cour d'Orléans, du 1er avril 1851, dans lequel les faits de la cause sont suffisamment indiqués :

« La Cour :

« Attendu que B..., devant le tribunal de commerce, a « déclaré qu'il méconnaissait comme sienne la signature « apposée au bas du billet à ordre objet du litige, et, en con- « séquence, demandait aux premiers juges de se déclarer « incompétents; — Que les termes dans lesquels a été for- « mulée cette méconnaissance équivalent à une véritable « dénégation; — Que le tribunal, en se conformant aux dis- « positions de l'art. 427 du Code de procédure, devait donc « renvoyer devant les juges qui devaient en connaître, au « lieu de vérifier par lui-même, comme il l'a fait, la signature « de B...; — Attendu que l'art. 425 du même Code dispose « que les jugements, en ce qui touche la compétence, pour- « ront toujours être attaqués par la voie de l'appel; que c'est « donc avec raison que B... a ainsi attaqué le jugement du « tribunal de commerce d'Orléans qui a statué sur le fond du « litige nonobstant les dispositions prohibitives de la loi; « d'où il suit que la fin de non-recevoir tirée du dernier res- « sort ne procède pas utilement;

« Infirme le jugement dont est appel, évoque l'affaire, et, « disant droit au principal, condamne B... à payer la somme « de 270 francs, montant dudit billet à ordre... » (2).

Enfin, je lis ce qui suit dans un arrêt rendu par la Cour de Caen, le 16 mars 1880 :

« La Cour :

« Attendu, en droit, que, suivant l'art. 172 du Code de

(1) Dev.-Car., 49, 1, 339. — Joignez MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, nº 445.

(2) Dev.-Car., 53, 2, 16.

« procédure, toute demande en renvoi pour incompétence ne « peut être jointe au principal; que si, en matière commer- « ciale, l'art. 425 autorise les tribunaux, en rejetant le décli- « natoire, à statuer au fond, il exige que ce soit par deux « dispositions distinctes, l'une sur la compétence, l'autre sur « le fond ; mais que le défendeur n'est pas obligé de conclure « sur le fond en même temps que sur la compétence, et que, « s'il se borne à proposer le déclinatoire, la disposition du « jugement qui intervient sur le fond est rendue par défaut, et « est, dès lors, susceptible d'opposition ;... que l'opposition « que la veuve H... a formée avant toute exécution et même « dans la huitaine de la signification du jugement est rece- « vable ; que c'est, par conséquent, à tort que le jugement du « 13 décembre 1879 a déclaré cette opposition non recevable, « et qu'il appartient à la Cour, en évoquant le fond, qui est « en état, d'en apprécier le mérite...

« Infirme... » (1).

Le législateur a pris la peine, dans les art. 426 et 427, de signaler certaines natures de questions qui, se trouvant absolument en dehors de la compétence du tribunal de commerce, ne peuvent pas être jugées par lui, encore qu'elles soient soulevées à l'occasion d'une affaire dont il est régulièrement saisi.

Aux termes de l'art. 426, « les veuves et héritiers des jus- « ticiables du tribunal de commerce y seront assignés en « reprise ou par action nouvelle, sauf, si les qualités sont « contestées, à les renvoyer aux tribunaux ordinaires pour y « être réglés, et ensuite être jugés sur le fond au tribunal « de commerce » (2). Cet article pose d'abord une règle, puis il y apporte une restriction.

Quant à la règle, elle est bien simple. Un homme, contre qui j'ai une réclamation à faire valoir, est justiciable du tri-

(1) Dev.-Car., 80, 2, 209. — Le défendeur ayant comparu par lui-même ou par un mandataire, il ne saurait être question que d'un défaut *faute de conclure*. Voy. l'arrêt de cassation, du 8 avril 1868 (Dev.-Car., 68, 1, 305).

(2) L'Ordonnance de 1673 (Tit. XII, art. 16) contenait une disposition semblable.

bunal de commerce, — ce qui, comme nous le savons, peut arriver lors même qu'il n'est point commerçant : s'il vient à mourir, ceux qui succèdent à ses obligations, c'est-à-dire sa veuve commune en biens et ses héritiers, seront également justiciables du tribunal de commerce (1). Autrefois cela valait bien la peine d'être dit, attendu qu'en général les commerçants étaient seuls justiciables des tribunaux consulaires; aujourd'hui cela véritablement allait de soi.

La règle posée dans notre art. 426 s'applique à deux cas : la veuve et les héritiers peuvent être assignés *en reprise* ou *par action nouvelle*. Ils sont assignés *en reprise*, lorsque leur auteur avait déjà été poursuivi au moment où il est venu à mourir (2); ils sont assignés *par action nouvelle* lorsque la dette de leur auteur n'avait pas encore amené contre lui de poursuite judiciaire au moment où il est mort. Dans ce dernier cas, le même tribunal de commerce qui eût été compétent *ratione personæ* pour juger le défunt reste-t-il compétent à l'égard de la veuve ou des héritiers? La question est controversée; je crois que le droit qui résulte de l'art. 420 pour le créancier ne s'évanouit point à la mort du débiteur, et qu'ainsi la veuve et les héritiers pourront très bien être poursuivis devant le tribunal du lieu où la promesse a été faite et la marchandise livrée, ou devant le tribunal du lieu où le paiement devait être effectué (3).

Si les personnes assignées devant le tribunal de commerce en qualité de veuve commune en biens ou d'héritiers du défunt soutiennent qu'elles n'ont point cette qualité, ou si, sans la contester, elles invoquent le bénéfice de l'art. 174 du

(1) Au cas où la femme commune en biens devient veuve, il faut ajouter le cas où survient entre les époux le divorce, la séparation de corps ou la séparation de biens. Et ce que la loi dit de la femme commune en biens dont le mari était justiciable du tribunal de commerce est également vrai du mari commun en biens dont la femme était justiciable de ce même tribunal.

Quand la loi parle des héritiers, cela doit s'entendre des héritiers bénéficiaires tout comme des héritiers purs et simples. Arrêt de cassation, du 16 novembre 1874 (Dev.-Car., 75, 1, 65).

(2) Voy. les art. 342 et suiv. du Code de procédure.

(3) M. Chauveau Adolphe (*Supplément aux Lois de la procédure*, 4e édit., n° 1524) cite, en ce sens, un arrêt de la Cour de Caen du 2 janvier 1853.

Code de procédure (1), le différend qui s'élève en cette matière appartient essentiellement au tribunal civil, et le tribunal de commerce devrait, même d'office, se déclarer incompétent, sauf à reprendre l'examen du fond quand l'incident aura été vidé (2).

— Quant à l'art. 427, il est ainsi conçu : « Si une pièce « produite est méconnue, déniée ou arguée de faux, et que « la partie persiste à s'en servir, le tribunal renverra devant « les juges qui doivent en connaître, et il sera sursis au juge- « ment de la demande principale. Néanmoins, si la pièce « n'est relative qu'à un des chefs de la demande, il pourra « être passé outre au jugement des autres chefs. » Cette disposition embrasse plusieurs hypothèses distinctes, savoir : 1° celle où, mon adversaire invoquant contre moi un billet qu'il attribue à mon auteur, je déclare que je ne reconnais point l'écriture ou la signature de mon auteur; 2° celle où, mon adversaire invoquant contre moi un billet qu'il m'attribue, je désavoue formellement l'écriture ou la signature comme étant de moi (3); 3° enfin celle où, mon adversaire invoquant contre moi un acte en forme authentique ou un acte sous seing privé déjà vérifié, je déclare m'inscrire en faux (4). Dans tous ces cas, le tribunal de commerce est incompétent pour connaître de la sincérité ou de la fausseté de l'acte : c'est une question qui doit être portée devant le tribunal civil; et, en attendant la décision de celui-ci, le tribunal de commerce sursoit au jugement de la demande principale, du moins en tant que la sincérité ou la fausseté

(1) Le 1er alinéa de l'art. 174 est ainsi conçu : « L'héritier, la veuve, « la femme divorcée ou séparée de biens, assignée comme commune, « auront trois mois, du jour de l'ouverture de la succession ou disso- « lution de la communauté, pour faire inventaire, et quarante jours « pour délibérer. Si l'inventaire a été fait avant les trois mois, le délai « de quarante jours commencera du jour qu'il aura été parachevé. »

(2) *Quid* si l'héritier ou la femme commune en biens prétend simplement que l'inventaire n'a pu être fait dans les trois mois, et demande un nouveau délai, conformément au 2e alinéa de l'art. 174? Il appartiendrait au tribunal de commerce de statuer sur ce point. Voy. aussi MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, n° 448.

(3) Art. 1323 et 1324 du Code civil, 195 du Code de procédure.

(4) Art. 1319 *in fine* du Code civil, 214 et suiv. du Code de procédure.

de la pièce produite doit avoir de l'influence sur ce jugement (1).

Notre art. 427 dit, en termes absolus, que, si une pièce produite est méconnue, déniée ou arguée de faux, le tribunal de commerce renverra devant les juges qui doivent en connaître (2). En présence de ce texte, il me paraît difficile d'admettre que le tribunal de commerce soit investi d'un pouvoir discrétionnaire à l'effet de statuer immédiatement sur le fond, lorsqu'il estime que la partie qui méconnaît ou dénie la pièce produite ne cherche qu'à gagner du temps. La jurisprudence semble aussi incliner en ce sens (3).

— Les art. 426 et 427 n'indiquent pas d'une manière limitative les cas dans lesquels un incident soulevé devant le tribunal de commerce doit être renvoyé devant le tribunal civil.

(1) Lorsque l'incident dont il s'agit est soulevé devant un juge de paix, le juge de paix renvoie au tribunal civil non seulement l'incident, mais la cause tout entière. C'est du moins ce qui paraît bien résulter de l'art. 14 du Code de procédure. Comp. Boitard, *op. cit.*, t. I, nº 619.

Il n'y aurait pas lieu à sursis de la part du tribunal de commerce et à renvoi devant le tribunal civil, si le demandeur reconnaissait que la pièce par lui produite n'émane pas du défendeur et prétendait seulement qu'elle émane d'une personne qui avait qualité pour engager ledit défendeur. Arrêt de la Cour de Paris du 18 juin 1884 (Sir., 84, 2, 216).

(2) L'art. 195 dit, au contraire, que la vérification *pourra être ordonnée.*

(3) Un arrêt de la Cour de Paris, du 26 juin 1847 (*Journal des avoués*, t. LXXIII, p. 174), s'était prononcé en sens contraire. Mais je lis dans un arrêt de la Cour de Pau du 5 avril 1884 « que la disposition de l'art. 427 « est impérative; qu'elle impose aux tribunaux de commerce l'obliga« tion de s'abstenir de tout ce qui touche à la dénégation d'une écriture « ou signature, matière en dehors de leur compétence; qu'en appréciant « le mérite de la dénégation opposée par J..., en déclarant que cette « dénégation n'était pas sérieuse et, par voie de suite, que l'écriture et la « signature contestées étaient bien de sa main, le tribunal de commerce « de Bagnères a formellement violé les dispositions de l'art. 427 » (Sir., 84, 2, 166). Voy. aussi Chauveau Adolphe, *Supplément aux Lois de la procédure*, 4e éd., nº 1528.

L'arrêt de cassation, du 24 août 1881, déclare, en termes généraux, « qu'il n'est pas au pouvoir du juge de modifier les limites de sa compé« tence sous le prétexte que la demande, qui en serait exclusive, n'appa« raîtrait pas comme sérieuse » (Sir., 82, 1, 160). — Dans l'espèce, il s'agissait d'un juge de paix, non d'un tribunal de commerce, qui avait statué au fond sans tenir compte d'une dénégation d'écriture. Mais, comme le reconnaissent MM. Lyon-Caen et Renault (*Traité*, t. I, nº 456, p. 465, note 1), on peut supposer que la Cour suprême donnerait la même solution à propos d'une affaire portée devant un tribunal de commerce.

Il est arrivé qu'un homme, poursuivi comme signataire d'une lettre de change, a prétendu que la lettre de change était nulle, attendu qu'elle avait pour cause un supplément de prix d'un office ministériel. Je crois qu'il n'appartenait pas au tribunal de commerce de décider si la dette civile du tiré devait ou non être réputée nulle comme ayant pour objet un supplément de prix dissimulé au Gouvernement : évidemment il pouvait y avoir là une question délicate, question n'ayant absolument rien de commercial (1).

Quels sont les moyens que peut employer le tribunal de commerce pour arriver à bien connaître les faits à l'occasion desquels il est appelé à rendre une sentence? Ces moyens sont de diverses natures. Nous en trouvons d'abord un, qui correspond en matière commerciale à deux moyens distincts qu'on peut employer en matière civile et qui sont la comparution personnelle des parties à l'audience (2), l'interrogatoire sur faits et articles (3). « Le tribunal, dit l'art. 428, « pourra, dans tous les cas, ordonner, même d'office, que « les parties seront entendues en personne, à l'audience ou « dans la chambre, et, s'il y a empêchement légitime, com- « mettre un des juges, ou même un juge de paix, pour les « entendre, lequel dressera procès-verbal de leurs déclara- « tions » (4). Que signifient ces mots de l'article, *dans tous les cas?* Je crois qu'ils se réfèrent principalement à l'art. 421. La pensée du législateur me paraît être celle-ci : Les parties, en

(1) Je n'attache pas grande importance à un arrêt de la Chambre des requêtes, du 30 juillet 1855, qui paraît décider le contraire; c'est purement un arrêt d'espèce (Dev.-Car., 56, 1, 864). Voy. aussi Chauveau Adolphe, *op. cit.*, nº 1527. — Comp. ce que j'ai dit ci-dessus, p. 458 et suiv.

(2) C. de procéd., art. 119.

(3) C. de procéd., art. 324 et suiv.

(4) De même que le tribunal peut *d'office* ordonner que les parties seront entendues en personne, de même, à l'inverse, il n'est pas tenu de faire droit à la demande d'une partie qui réclame cette comparution personnelle. Arrêt de la Chambre des requêtes du 10 novembre 1879 (Sir., 81, 1, 146).

Il n'y aurait pas ouverture à cassation parce que le juge commis aurait fait connaître son avis dans le procès-verbal qu'il doit dresser. Arrêt de rejet, de la Chambre civile, du 20 mai 1885 (Sir., 86, 1, 219).

principe, peuvent bien comparaître par un fondé de procuration spéciale; mais le tribunal peut toujours, quand il le croit utile, ordonner qu'elles soient entendues en personne (1).

— Un autre moyen dont le tribunal de commerce fait souvent usage, c'est le renvoi des parties devant un ou plusieurs arbitres, ou la nomination d'un ou de plusieurs experts. Comme le dit l'art. 429, « s'il y a lieu à renvoyer les parties « devant des arbitres, pour examen de comptes, pièces et « registres, il sera nommé un ou trois arbitres pour entendre « les parties et les concilier si faire se peut, sinon donner « leur avis. S'il y a lieu à visite ou estimation d'ouvrages ou « marchandises, il sera nommé un ou trois experts. Les « arbitres et les experts seront nommés d'office par le tribu- « bunal, à moins que les parties n'en conviennent à l'au- « dience. » La loi indique bien quand il y a lieu à nomination d'arbitres, quand il y a lieu à nomination d'experts.

On voit que le mot *arbitres* n'est pas pris ici dans son sens ordinaire (2) : il ne s'agit pas ici d'arbitres-juges, mais d'arbitres-rapporteurs (3). Du reste, nos arbitres, d'après le texte même de l'art. 429, ne sont pas seulement chargés de faire un rapport, de donner leur avis au tribunal ; ils doivent, de plus, ce qui jusqu'à un certain point remplace le préliminaire de conciliation auquel sont soumises en général les affaires civiles, chercher à mettre les parties d'accord et à terminer ainsi le procès. En fait, les tribunaux de commerce renvoient peut-être trop souvent les parties devant arbitres. Comme le dit très bien M. Chauveau Adolphe, « on ne saurait être « assez circonspect lorsqu'il s'agit de substituer l'examen « d'un seul homme, qui n'est revêtu d'aucun caractère public « et qui ne prête même pas serment, à l'appréciation de trois

(1) Voy. aussi MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, nº 458.
(2) Comp. les art. 1003 et suiv. du Code de procédure.
(3) L'Ordonnance de 1667 *sur la procédure civile* disait déjà (Titre XVI, art. 3) : « Pourront les juge et consuls, s'il est nécessaire de voir les « pièces, nommer, en présence des parties ou de ceux qui seront chargés « de leur mémoire, un des anciens consuls ou autre marchand non sus- « pect, pour les examiner, et, sur son rapport, donner sentence, qui « sera prononcée en la prochaine audience. »

« magistrats, et de remplacer l'administration gratuite de la « justice par un mandat salarié, souvent très onéreux pour « les plaideurs. Le renvoi devant un arbitre-rapporteur ne « devrait être employé que lorsqu'il s'agit de liquidation de « comptes compliqués ou d'appréciation de faits qui exigent « une aptitude professionnelle; dans tous les autres cas, et « notamment quand le tribunal veut essayer une conciliation, « il n'a qu'à renvoyer devant un de ses membres... » (1).

En principe, nous devons considérer comme applicables en matière de commerce les règles tracées par la loi sur l'expertise en matière civile (C. de procéd., art. 302-323) : ces règles ne cesseront de s'appliquer que là où une dérogation formelle y aurait été apportée. Nous trouvons une dérogation de ce genre en ce qui concerne la nomination des experts. En matière civile, si, lors du jugement qui ordonne l'expertise, il n'y a pas d'experts choisis par les parties, le jugement ordonne qu'elles en nommeront dans les trois jours de la signification; sinon, qu'il sera procédé à l'opération par les experts que nomme d'office le même jugement (C. de procéd., art. 304 et 305). En matière commerciale, les experts sont nommés d'office par le tribunal, à moins que les parties ne conviennent de leur choix immédiatement, à l'audience même (2).

(1) *Lois de la procédure*, t. VII (*supplément*), n° 1535 *bis*. — Voy. aussi M. Paul Jozon et M. Migneret (*Revue crit. de législ. et de jurisprud.*, année 1876, p. 1 et suiv., 192 et suiv.); MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, n° 465.

Dans un arrêt de la Chambre des requêtes, du 10 juillet 1876, il est dit « qu'il ne résulte nullement des dispositions ou énonciations du jugement du tribunal de commerce que l'arbitre nommé ait été chargé de faire aucune visite ou estimation d'ouvrages ni aucune constatation pouvant rentrer dans la mission d'un expert; qu'ainsi, au cas d'ingérence de cette nature, il appartiendrait à la partie intéressée de contester ultérieurement la validité des opérations de l'arbitrage » (Dev.-Car., 77, 1, 309).

(2) Voy. l'arrêt de la Cour de cassation, du 20 novembre 1854 (Dev.-Car., 56, 1, 27). Dans l'espèce, ce qui pouvait faire difficulté, c'est que les experts avaient été nommés, non par le tribunal de commerce, mais par la Cour d'appel. De même dans l'espèce qui a donné lieu à l'arrêt du 10 mars 1858 (Dev.-Car., 58, 1, 353). — Comp. MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, n° 461.

« Si, à défaut de convention amiable, dit M. Nicias Gaillard, le tribu-

L'art. 106 du Code de commerce, dans une Section consacrée au voiturier, contient en matière d'expertise une disposition spéciale, qu'il faut considérer comme n'étant susceptible d'aucune extension. « En cas de refus ou contestation « pour la réception des objets transportés, dit l'art. 106, leur « état est vérifié et constaté par des experts nommés par le « président du tribunal de commerce, ou, à son défaut, par « le juge de paix, et par ordonnance au pied d'une requête. » Comme l'a très justement décidé la Cour de cassation, une fois que la réception de la marchandise sans protestation ni réserve a déchargé le voiturier, toute contestation ultérieure sur l'état de la marchandise, ne pouvant plus s'élever qu'entre le destinataire et l'expéditeur, se trouve soumise, pour les constatations à faire, à la disposition générale de l'art. 429 du Code de procédure et, par conséquent, aux règles et aux formalités essentielles des expertises ordinaires (1).

nal de commerce désigne lui-même les experts, cette nomination d'office sera-t-elle toujours définitive?... Si les parties conviennent de leurs experts à l'audience même, quoique après le jugement, devra-t-on rejeter comme tardive la déclaration qu'elles viennent en faire et s'en tenir malgré elles à la nomination faite par le juge? Nous ne le pensons pas. Le texte de l'art. 429 ne commande point une telle rigueur, qui serait contraire à l'esprit général de la loi... Il n'est pas indispensable, dans le cas de l'art. 429, que le tribunal, s'il n'a pas été devancé par les parties, leur réserve expressément, en leur donnant des experts d'office, la faculté d'en choisir à l'amiable *avant la fin de l'audience* » (*Rev. crit. de législ.*, année 1855). Voy. Chauveau Adolphe, *op. cit.*, nº 1535.

(1) Arrêt du 3 mars 1863 (Dev.-Car., 63, 1, 120). — Je lis également dans un arrêt de la Cour de Rouen, du 18 juillet 1872, « qu'il est reconnu par une jurisprudence constante que l'art. 106 est exclusivement relatif aux contestations entre le voiturier et le destinataire; que, si des difficultés s'élèvent entre vendeurs et acheteurs, elles doivent se juger par les dispositions du droit commun; qu'il faut que toutes les parties intéressées soient présentes ou dûment appelées, et, par suite, que, si une expertise doit avoir lieu, elle se fasse en vertu des art. 315 et 429 du Code de procédure; — Que si, dans un débat entre le vendeur et l'acheteur, il est tenu compte d'une expertise faite d'après l'art. 106, c'est dans le cas où à l'élément de preuve qu'elle peut contenir viennent s'ajouter d'autres documents ou faits qui la corroborent; mais que, lorsqu'elle est isolée comme dans l'espèce, elle n'est jamais admissible ». Le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté par la Chambre des requêtes le 3 mars 1873 (Dev.-Car., 74, 1, 341).

La Chambre des requêtes a fait brèche à cette doctrine, en décidant, le 26 novembre 1889, « que l'art. 106 reste applicable tant que le voiturier

De même que les juges ne sont pas astreints à suivre l'avis des experts, si leur conviction s'y oppose (C. de procéd., art. 323), de même ils ne sont certainement point liés par l'avis des arbitres-rapporteurs. Et je ne crois pas qu'il soit exact de considérer ces arbitres-rapporteurs comme représentant le tribunal. Aussi la Cour de Paris a-t-elle jugé, le 16 décembre 1857, que l'aveu constaté dans leur procès-verbal comme ayant été fait devant eux par l'une des parties, mais formellement dénié par cette partie, peut être méconnu par le tribunal. On admet, cependant, que toute production d'acte faite devant un arbitre-rapporteur est réputée faite en justice; qu'en conséquence, s'il résulte des termes du *rapport* que les parties ont invoqué des écrits privés non enregistrés, la Régie est fondée à réclamer les droits (1).

Les règles générales concernant la récusation des experts, telles qu'elles sont posées dans les art. 308-314 du Code de procédure, s'appliquent purement et simplement quand il s'agit d'arbitres-rapporteurs et d'experts nommés par le tribunal de commerce. Tel paraît être le sens de cette disposition, contenue dans l'art. 430 : « La récusation ne pourra être « proposée que dans les trois jours de la nomination. »

La loi met également les arbitres sur la même ligne que les experts lorsqu'elle dit (art. 431) : « Le *rapport* des arbitres et « experts sera déposé au greffe du tribunal. » Évidemment il s'agit du greffe du tribunal de commerce. Faut-il en conclure que c'est au tribunal de commerce que devra être portée l'action en paiement des honoraires dus aux arbitres

n'est pas déchargé; qu'il importe peu qu'une instance relative aux conditions ou à la bonne exécution du marché soit déjà pendante entre l'expéditeur et le destinataire au moment où la requête à fin de vérification des marchandises est présentée au président du tribunal de commerce ou au juge de paix, puisque l'urgence, qui est la raison de cette mesure et de celles qui peuvent en être la suite, n'en existe pas moins, à cause de l'attente imposée au voiturier et du dépérissement possible des marchandises » (Sir., 90, 1, 267). Je crois, avec MM. Lyon-Caen et Renault (*Traité*, t. III, n° 128), que, dans l'état actuel de nos lois, l'expertise faite conformément à l'art. 106 n'a jamais d'autorité légale dans les rapports entre le vendeur et l'acheteur.

(1) Jugement du tribunal civil de la Seine, du 21 août 1857 (*Journal des avoués*, t. LXXXIII, p. 103).

ou experts? On peut le soutenir. La Cour d'Aix l'avait effectivement décidé ainsi, le 24 juin 1857. Elle invoquait, par analogie, l'art. 319 du Code de procédure ; elle ajoutait que le tribunal de commerce avait seul les éléments nécessaires pour apprécier le travail de l'arbitre et régler ses honoraires. Mais cette décision a été cassée, le 26 décembre 1859 : « Aucune « disposition de loi, dit la Cour de cassation, n'attribue aux « tribunaux de commerce la connaissance des actions princi- « pales en paiement d'honoraires et déboursés formées par « les experts-arbitres à raison de leurs *rapports* : l'arrêt atta- « qué a donc faussement appliqué les art. 60 et 319 du Code « de procédure » (1).

La loi du 21 mars 1884, *relative à la création des syndicats professionnels*, contient, dans son art. 6, les dispositions suivantes : « Les syndicats professionnels de patrons ou d'ou- « vriers pourront être consultés sur tous les différends et « toutes les questions se rattachant à leur spécialité. Dans « les affaires contentieuses, les avis du syndicat seront tenus « à la disposition des parties, qui pourront en prendre com- « munication et copie. » L'avis d'un syndicat peut ainsi remplacer une expertise; mais le tribunal de commerce ne pourrait pas renvoyer les parties devant un syndicat comme arbitre-rapporteur (2).

— Un dernier moyen d'instruction que la loi nous indique comme pouvant être employé par le tribunal de commerce, c'est l'ouverture d'une enquête. « Si le tribunal ordonne la « preuve par témoins, dit l'art. 432, il sera procédé dans « les formes ci-dessus prescrites pour les enquêtes sommaires. « Néanmoins, dans les causes sujettes à appel, les dépositions « seront rédigées par écrit par le greffier, et signées par le « témoin ; en cas de refus, mention en sera faite. » Dire qu'il sera procédé à l'enquête dans les formes prescrites pour les enquêtes sommaires, cela veut dire surtout que l'enquête, au

(1) Dev.-Car., 60, 1, 155. — Comp. le *Commentaire du tarif* par MM. Chauveau Adolphe et A. Godoffre, t. I, nos 2285-2287; MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, no 473.

(2) Voy. les travaux préparatoires de la loi de 1884. Voy. aussi MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, nos 461 *in fine* et 469.

lieu de se faire devant un juge-commissaire, hors de l'audience, se fait devant le tribunal et publiquement (1). Du reste, il faut distinguer si l'affaire soumise au tribunal de commerce est de nature à être jugée par lui en dernier ressort, ou si au contraire elle est sujette à appel. Dans le premier cas, on applique l'art. 410 : il n'est point dressé procès-verbal de l'enquête; il est seulement fait mention, dans le jugement, des noms des témoins et du résultat de leurs dépositions (2). Dans le deuxième cas, le greffier du tribunal rédige par écrit les dépositions et fait signer chacune par le témoin (3).

La Cour de cassation a jugé, le 23 juillet 1860, que, lorsqu'en matière commerciale il devait être procédé à une enquête un certain jour, il n'y a pas nullité du jugement qui, sans qu'une prorogation ait été demandée, fixe pour l'enquête un jour plus éloigné (4). — Certaines Cours d'appel vont beaucoup plus loin, et décident que l'inobservation manifeste de notre art. 432 n'entraîne pas nécessairement nullité. Voici notamment comment s'exprime la Cour de Colmar, dans son arrêt du 19 juin 1860 : « Les enquêtes... ne sont pas nulles « par ce seul fait que la signature du président aurait été

(1) Voy. l'art. 407 du Code de procédure.

(2) Toutefois cet art. 410 doit être complété par l'art. 40, qui règle comment les choses se passent dans les causes de nature à être jugées en dernier ressort par le juge de paix.

(3) Comp. les art. 411 et 39. Le mot *néanmoins*, dans notre art. 432, s'explique parce que le greffier doit reproduire intégralement chaque déposition, tandis qu'en matière sommaire ordinaire il en donne seulement le résultat.

Un arrêt de la Cour de Toulouse, du 17 janvier 1882, porte « que l'art. 432 du Code de procédure veut qu'en matière commerciale, dans les causes sujettes à appel, les dépositions soient rédigées par écrit et reproduites dans leur forme et teneur; que de l'esprit comme de la disposition impérative de la loi il s'évince que le procès-verbal d'enquête est une formalité substantielle; que l'absence de ce procès-verbal constitue une violation des art. 411 et 432 qui doit faire prononcer l'annulation du jugement » (Sir., 85, 2, 55).

L'audition de personnes appelées à fournir devant le tribunal des explications complémentaires ne constitue pas une *enquête sommaire* dans le sens de l'art. 432, et, par suite, il n'est pas nécessaire de dresser procès-verbal des déclarations ainsi faites. Arrêt de la Cour de cassation, du 31 mars 1884 (Sir., 85, 1, 432).

(4) Dev.-Car., 60, 1, 964.

« apposée à côté de celle du greffier et à la place de celle du « témoin, au bas de chaque déposition. A la vérité, l'art. 432 « du Code de procédure exige cette dernière signature ou la « mention que le témoin ne sait pas signer ; mais, à la diffé- « rence de l'art. 273, concernant les enquêtes ordinaires aux- « quelles il est procédé devant un juge-commissaire seulement, « il n'attache pas la peine de nullité à l'inobservation de sa « disposition. Aux termes de l'art. 1030 du même Code, aucun « acte de procédure ne peut être annulé si la nullité n'a pas « été formellement prononcée par la loi. La formalité dont il « s'agit ne peut même pas être rangée dans la catégorie des « formalités substantielles : loin qu'il en soit ainsi, elle n'est « pas même mentionnée dans les art. 411 et 413, qui tracent « les règles à suivre dans les causes sujettes à appel, pour la « confection des procès-verbaux d'enquêtes sommaires en « matière civile. — Même en admettant le contraire, l'appe- « lant ne serait pas recevable à proposer ce moyen : la nullité, « si elle existait, aurait été couverte par la défense au « fond... » (1). J'aurais beaucoup de peine à suivre cette doctrine. On peut l'admettre en matière sommaire ordinaire; mais, en matière commerciale, les termes de notre art. 432 sont trop impératifs (2).

Il est généralement admis que le jugement qui ordonne une enquête doit contenir l'énonciation des faits à prouver; que cette énonciation est une formalité substantielle à laquelle s'attache la validité du jugement (3).

Il est évident que le droit de procéder à une enquête ne peut appartenir qu'aux tribunaux : il ne saurait être exercé par les arbitres-rapporteurs ni par les experts. Mais, dans la pratique, les tribunaux donnent souvent aux arbitres et aux experts la faculté d'entendre des témoins *à titre de simples renseignements;* cette habitude a

(1) Dev.-Car., 61, 2, 350.

(2) Voy. les arrêts, en sens divers, rapportés par M. Chauveau Adolphe, *Lois de la procédure*, t. VII (*supplément*), n° 1540.

(3) Voy. notamment l'arrêt de la Cour d'Orléans, du 23 novembre 1881 (Sir., 82, 2, 22). — Mais la signification de ce jugement à partie n'est pas exigée à peine de nullité. Voy. MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, n° 457.

même été consacrée par un arrêt de la Cour de cassation, du 19 novembre 1856 (1).

3° *Règles relatives au jugement.*

La loi pose d'abord une règle qui s'applique en général à tous les jugements, sans qu'il y ait à distinguer s'ils sont contradictoires ou par défaut. L'art. 433 est ainsi conçu : « Seront observées, dans la rédaction et l'expédition des juge-« ments, les formes prescrites dans les art. 141 et 146 pour « les tribunaux de 1re instance. » Aux termes de l'art. 141, la *rédaction* contient les noms des juges, du procureur de la République, s'il a été entendu, ainsi que des avoués ; les noms, professions et demeures des parties, leurs conclusions, l'exposition sommaire des points de fait et de droit, les motifs et le dispositif du jugement. Dès qu'il s'agit d'un jugement rendu en matière commerciale, il ne peut pas être question d'indiquer les noms des avoués (2) ; quant au ministère public, nous savons que, d'après la jurisprudence de la Cour de cassation, il peut être entendu lorsque c'est un tribunal civil qui juge commercialement. En ce qui concerne l'*expédition*, l'art. 146 voulait qu'elle fût intitulée et terminée au nom de l'Empereur. Aujourd'hui elle est intitulée *au nom du peuple français* (3).

La loi, qui renvoie aux art. 141 et 146, ne renvoie pas et ne pouvait pas renvoyer aux art. 142-145. Il s'agit, en effet, dans ces derniers articles, d'une procédure qui suppose nécessairement le ministère des avoués. Comme le dit la Cour de Lyon, dans son arrêt du 20 août 1858, « les dispositions « de l'art. 142 du Code de procédure, relatives à la rédaction « des qualités, ne sont point applicables en matière commer-« ciale : devant la juridiction en cette matière, où le ministère

(1) Dev.-Car., 57, 1, 33.

(2) Mais, aux termes de l'Ordonnance du 10 mars 1825 (art. 1er), « lorsqu'une partie aura été défendue par un tiers, il sera fait mention « expresse, dans la minute du jugement, soit de l'autorisation que ce « tiers aura reçue de la partie présente, soit du pouvoir spécial dont il « aura été muni ». Voy. ci-dessus, p. 281.

(3) Voy. l'art. 2 du décret du 2 septembre 1871.

« des avoués n'est pas admis, les qualités des jugements sont « rédigées par le tribunal lui-même, sur la représentation des « pièces de la procédure... » (1).

Du reste, qu'il s'agisse du jugement d'un tribunal de commerce ou du jugement d'un tribunal civil, dans un cas comme dans l'autre, l'absence de qualités entraînerait la nullité du jugement lui-même (2).

Le Code de procédure, dans une série d'articles (art. 434-438), s'occupe spécialement des jugements par défaut en matière commerciale.

L'art. 434 distingue suivant qu'il y a défaut du demandeur ou défaut du défendeur : « Si le demandeur ne se présente « pas, le tribunal donnera défaut et renverra le défendeur de « la demande. Si le défendeur ne comparaît pas, il sera donné « défaut, et les conclusions du demandeur seront adjugées, « si elles se trouvent justes et bien vérifiées. » La distinction que fait ici la loi en matière commerciale est la même qu'elle a faite en matière civile (voy., d'une part, l'art. 154, et, d'autre part, les art. 149 et 150) : par cela seul que le demandeur ne se présente pas, le défendeur est renvoyé de la demande ; au contraire, pour que le demandeur obtienne gain de cause, il ne suffit point que le défendeur ne comparaisse pas, il faut de plus que les conclusions du demandeur se trouvent justes et bien vérifiées.

Ici, comme en matière civile, on discute sur le point de

(1) Dev.-Car., 58, 2, 662. — Il n'est pas tout à fait exact de dire que les qualités des jugements sont rédigées par le tribunal lui-même. Voici, en effet, ce que je lis dans l'art. 1er de l'Ordonnance du 9 octobre 1825, *qui fixe les droits que percevront les greffiers des tribunaux de commerce...* : « Ces officiers percevront à leur profit, pour chaque jugement expédié « et *dont les qualités se rédigeront dans le greffe*, 1 franc s'il est par défaut « et 2 francs s'il est contradictoire. » Dans la pratique, les qualités sont souvent remises par l'agréé. Mais la Cour de Besançon a jugé, avec raison, le 16 mars 1882, que, le mandat donné par la partie ne comprenant pas le pouvoir de dresser les qualités, cette partie ne saurait être responsable des fautes commises dans la rédaction desdites qualités (Sir., 83, 2, 196).

(2) La Cour de Montpellier, par son arrêt du 26 juin 1849, a prononcé la nullité d'un jugement dont les qualités ne mentionnaient pas les conclusions des parties (Dev.-Car., 50, 2, 80).

savoir si, en cas de défaut du demandeur, il y a chose jugée au profit du défendeur (sauf possibilité d'opposition et peut-être d'appel), ou si au contraire le demandeur a seulement perdu le bénéfice de l'action intentée, mais sans perdre le droit de soumettre au tribunal la même prétention par une action nouvelle. La question est vivement débattue. Je ne puis croire, quant à moi, qu'il soit entré dans l'intention du législateur de considérer la prétention du demandeur comme non fondée, par cela seul que ce demandeur ne s'est pas présenté, lorsque le tribunal n'a aucunement apprécié sa prétention. Comme le dit très bien M. Gauthier, « il est difficile « d'admettre que le législateur, en même temps qu'il dispen- « sait les juges de tout examen et de toute vérification, ait « entendu qu'ils décideraient la contestation » (1).

Une question également très débattue est celle de savoir s'il faut appliquer en matière commerciale l'art. 153 du Code de procédure, lequel est ainsi conçu : « Si de deux ou de « plusieurs parties assignées l'une fait défaut et l'autre com- « paraît, le profit du défaut sera joint, et le jugement de « jonction sera signifié à la partie défaillante par un huissier « commis : la signification contiendra assignation au jour « auquel la cause sera appelée ; il sera statué par un seul « jugement, qui ne sera pas susceptible d'opposition. » L'opinion qui paraît prévaloir aujourd'hui et qui, à mon sens, est la plus plausible, consiste à dire qu'en matière commerciale le juge n'est point tenu de se conformer à cette disposition, mais qu'il est toujours libre de le faire. Cette opinion a été consacrée notamment par la Cour d'Aix, qui, dans son arrêt du 21 juin 1858, adopte purement et simplement les motifs d'un jugement du tribunal de commerce de Marseille. Comme le dit le tribunal : « Si les art. 642 et 643 « du Code de commerce ont renvoyé, pour la forme de pro- « céder devant les tribunaux de commerce, à certains arti-

(1) Dissertation insérée dans le *Recueil général des lois et des arrêts* (57, 1, 504). — Voy. aussi MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, n° 485.

Relativement au défaut-congé, la Chambre civile de la Cour de cassation a rendu, le 21 mai 1879, un important arrêt, sur lequel nous reviendrons en expliquant l'art. 645 *in fine* du Code de commerce,

« cles du Code de procédure, ce renvoi n'a pas eu pour but « d'exclure impérieusement l'application des autres règles du « Code de procédure lorsqu'il ne s'y rencontre rien d'incom- « patible avec l'organisation et la compétence de ces mêmes « tribunaux. La jonction du défaut et la réassignation ordon- « née par l'art. 153, c'est une mesure de prudence qui a pour « but de prévenir toute surprise et d'empêcher dans une « même cause la pluralité et la contrariété des jugements ; « ce même motif existe aussi bien pour les tribunaux de « commerce que pour les tribunaux civils : ainsi, bien que la « loi commerciale n'ait pas nommément renvoyé à l'art. 153, « son application cependant devant les premiers de ces tribu- « naux ne saurait soulever aucune incompatibilité et s'opposer « à ce que le vœu de la loi soit rempli. Si, pour les tribunaux « civils, le Code de procédure a imposé en termes impératifs « l'obligation de prononcer la jonction de défaut, et si rien de « semblable n'a eu lieu pour les tribunaux de commerce, il « en résulte que pour ceux-ci l'application de l'art. 153 est « purement facultative; cette différence tient à la nature « même des affaires soumises à la juridiction de ces tribu- « naux, lesquelles, demandant à être jugées avec célérité, « pourraient souffrir dans certains cas par des lenteurs « apportées à la décision sur le fond par l'application forcée « dudit art. 153 : c'est précisément pour éviter ce danger « que la loi a laissé à la prudence des tribunaux de com- « merce d'ordonner ou de refuser, suivant les circonstances « de la cause, la jonction du défaut et la réassignation des « défendeurs défaillants... » (1).

— L'art. 435 contient trois dispositions distinctes. La pre-

(1) Dev.-Car., 59, 2, 373. Voy. aussi l'arrêt de la Cour de Paris, du 20 juin 1861 (Dev.-Car., 62, 2, 217). La même doctrine a triomphé devant la Cour de cassation : voy. les arrêts de la Chambre des requêtes, du 7 août 1872 (Dev.-Car., 72, 1, 429); du 27 décembre 1880 (Sir., 82, 1, 468); du 9 juillet 1883 (Sir., 85, 1, 116). — Boitard enseigne (t. I, n° 663) que l'art. 153 est inapplicable en matière commerciale, de telle sorte qu'il n'y a pas lieu à réassignation, et que le jugement, contradictoire vis-à-vis du défendeur comparant, est par défaut vis-à-vis du défaillant. A l'inverse, suivant MM. Lyon-Caen et Renault (*Traité*, t. I, n° 484), l'art. 153 est applicable en matière commerciale comme en matière civile.

mière reproduit en matière commerciale ce qui avait été déjà décidé en matière civile ; les deux autres ont quelque chose de particulier aux affaires commerciales. Voici le texte de l'article : « Aucun jugement par défaut ne pourra être signifié « que par un huissier commis à cet effet par le tribunal ; la « signification contiendra, à peine de nullité, élection de « domicile dans la commune où elle se fait, si le demandeur « n'y est domicilié. Le jugement sera exécutoire un jour « après la signification et jusqu'à l'opposition. » Reprenons successivement ces trois dispositions :

1° En matière civile, aux termes de l'art. 156, tous jugements par défaut *contre une partie qui n'a pas constitué d'avoué* seront signifiés par un huissier commis soit par le tribunal, soit par le juge du domicile du défaillant que le tribunal aura désigné ; en matière commerciale, le texte ne distingue pas le défaut *faute de comparaître* et le défaut *faute de conclure*, et il décide, en termes généraux, qu'aucun jugement par défaut ne pourra être signifié que par un huissier commis. De même que, lorsqu'un homme assigné en matière civile n'a pas constitué avoué, on peut craindre que l'assignation ne lui soit point parvenue, de même, toutes les fois qu'un homme assigné en matière commerciale n'a comparu devant le tribunal ni en personne ni par un fondé de pouvoir, évidemment on peut craindre que l'assignation ne lui soit restée inconnue : dans les deux cas, il convient de prendre la même mesure pour s'assurer qu'il est au courant, il convient que le jugement par défaut lui soit signifié par un huissier commis à cet effet (1). — Si le tribunal avait oublié de commettre un huissier, ou si l'huissier commis se trouvait dans l'impossibilité de faire la signification, quelle marche faudrait-il suivre? On admet généralement, et, je crois, avec raison, qu'un huissier serait commis,

(1) La Cour de cassation, se fondant sur l'art. 643 du Code de commerce, décide, nonobstant les termes généraux de notre art. 435, que la signification par huissier commis n'est pas nécessaire quand il s'agit d'un jugement par défaut *faute de plaider*. Voy. l'arrêt de rejet, de la Chambre civile, du 23 août 1865 (Dev.-Car., 65, 1, 401), et l'arrêt de cassation, du 14 janvier 1884 (Dall., 84, 1, 249).

sur requête, par le président du tribunal de commerce (1).

2° En matière commerciale, la signification faite par l'huissier commis doit contenir, à peine de nullité, élection de domicile dans la commune où elle se fait, si le demandeur n'y est domicilié. En matière civile, nous ne voyons pas qu'on exige rien de semblable. La différence tient à ce que, en matière commerciale, comme le dit notre art. 435 *in fine*, le jugement par défaut est exécutoire un jour après qu'il a été signifié, à moins qu'il n'y ait de la part du défendeur opposition signifiée au domicile du demandeur. On a voulu que le défendeur pût arrêter l'exécution dès qu'elle est possible, et avant même que l'huissier se soit présenté pour y procéder : en conséquence, on a pris la mesure nécessaire pour fournir à ce défendeur le moyen de signifier promptement son opposition.

3° En matière commerciale, le jugement par défaut est exécutoire *un jour après la signification* : signifié le lundi, par exemple, il peut être mis à exécution dès le mercredi suivant. Au contraire, en matière civile, le principe est qu'il n'est exécutoire que huitaine après la signification (2). — Du reste, la force exécutoire du jugement est suspendue par l'opposition. Ce point a déjà été indiqué il n'y a qu'un instant, et nous aurons bientôt à y revenir.

— La partie condamnée par défaut peut former opposition. Dans quel délai? D'après l'art. 436 du Code de procédure, le délai n'était jamais que de huitaine à partir du jour de la signification. Ce système avait quelque chose de bizarre. Tandis qu'au point de vue de la signification à faire par un huissier commis, tout jugement par défaut, en matière commerciale, était traité comme le jugement par défaut *faute de comparaître* en matière civile (art. 435), — au contraire, au point de vue du délai donné pour former opposition, tout jugement par défaut en matière commerciale était traité comme le juge-

(1) Voy. Chauveau Adolphe, *Lois de la procédure*, t. VII (*supplément*), n° 1543 *bis*.

(2) « Les jugements par défaut, dit l'art. 155 du Code de procédure, « ne seront pas exécutés avant l'échéance de la huitaine de la significa- « tion à avoué, s'il y a eu constitution d'avoué, et de la signification à « personne ou domicile, s'il n'y a pas eu constitution d'avoué... »

ment par défaut *faute de conclure* en matière civile (1). D'ailleurs, la partie qui, en matière commerciale, a été condamnée sans avoir comparu, pourquoi ne mériterait-elle pas autant de faveur que celle qui, en matière civile, a été condamnée sans avoir constitué avoué?

Le système de l'art. 436 du Code de procédure avait donné lieu à de très vives réclamations, et les rédacteurs du Code de commerce ont voulu y faire droit. Malheureusement il est assez difficile de déterminer d'une manière précise la portée de l'innovation qu'ils ont établie. Après avoir dit, dans l'art. 642, que la forme de procéder devant les tribunaux de commerce sera suivie telle qu'elle a été réglée par les art. 414-442 du Code de procédure, ils ajoutent, dans l'art. 643 : « Néanmoins les art. 156, 158 et 159 du même Code, relatifs « aux jugements par défaut rendus par les tribunaux inférieurs, seront applicables aux jugements par défaut rendus « par les tribunaux de commerce. » Cette disposition renvoie notamment à l'art. 158, lequel porte que, le jugement étant rendu contre une partie qui n'a pas d'avoué, l'opposition est recevable jusqu'à l'exécution du jugement. Ainsi, d'après le Code de procédure (art. 436), l'individu condamné par défaut en matière commerciale ne pouvait jamais former opposition, une fois expirée la huitaine de la signification; d'après le Code de commerce (art. 643), il peut former opposition lors même que cette huitaine est expirée, tant qu'il n'y a pas eu exécution, et l'art. 159 du Code de procédure indique des cas où l'exécution est réputée avoir eu lieu.

La question qui se présente sur cet art. 643 est celle de savoir s'il abroge complètement la disposition de l'art. 436 du Code de procédure, en sorte que le délai de huitaine pour former opposition soit désormais absolument inapplicable en matière commerciale, ou si, au contraire, il se borne à établir une distinction là où le Code de procédure contenait une règle absolue. En d'autres termes, faut-il dire qu'en matière commerciale la loi ne reconnaît qu'une seule espèce de jugement par défaut, et que l'opposition est toujours recevable

(1) Comp. les art. 157 et 158 du Code de procédure.

jusqu'à l'exécution? ou bien faut-il dire que, de même qu'en matière civile on distingue le jugement par défaut *faute de comparaître* et le jugement par défaut *faute de conclure*, de même en matière commerciale, si le défendeur n'a pas comparu devant le tribunal par lui-même ou par un fondé de procuration, l'opposition sera recevable jusqu'à l'exécution, conformément à l'art. 158, tandis que, s'il a bien comparu, par exemple, pour plaider sur la compétence, mais qu'il n'ait pas conclu au fond (1), il ne pourra former opposition que pendant la huitaine à dater de la signification, conformément aux art. 157 et 436?

La plupart des auteurs entendent l'art. 643 du Code de commerce dans le premier sens, c'est-à-dire comme ayant complètement abrogé l'art. 436 du Code de procédure. En effet, d'abord l'art. 643 déclare l'art. 158 applicable, non pas à une certaine espèce de jugements par défaut, mais en général *aux jugements par défaut* rendus par les tribunaux de commerce (2). De plus, on comprend qu'en matière civile, dès que le défendeur a constitué avoué, la loi cesse de multiplier les précautions en sa faveur, parce qu'il se trouve avoir un guide expérimenté; la même garantie n'existant point en matière commerciale, la loi a pu sans inconséquence se montrer ici plus favorable au défendeur qui, sur l'assignation, s'est bien présenté devant le tribunal, mais n'a rien dit en réponse aux conclusions sur le fond prises contre lui (3).

(1) Voy. l'arrêt de cassation, du 8 avril 1868 (Dev.-Car., 68, 1, 305). — De même si le jugement statuant au fond a été rendu en l'absence du défendeur, mais n'est intervenu qu'après un jugement interlocutoire lors duquel ce défendeur avait comparu. Arrêt de cassation, du 24 février 1868 (Dev.-Car., 68, 1, 264). — De même encore si le tribunal de commerce a statué en l'absence du défendeur qui avait été assigné pour plaider sur le *rapport* d'un arbitre nommé précédemment par un jugement contradictoire. Arrêt de cassation, du 14 janvier 1880 (Dev.-Car., 80, 1, 160).

(2) De même, l'art. 156 étant déclaré applicable aux jugements par défaut rendus par les tribunaux de commerce, il semble bien qu'on doit en conclure que dans tous les cas ces jugements seront réputés non avenus faute d'avoir été exécutés dans les six mois de leur obtention.

(3) Voy. notamment, en ce sens, MM. Bonnier, *Eléments de procédure civile*, nos 959 et 960; Boitard et Colmet-Daage, t. I, no 661; Orillard, *op. cit.*, no 887. — Un argument que l'on fait valoir dans cette opinion

Cependant la jurisprudence est aujourd'hui fixée en sens contraire. Du reste, tout homme de bonne foi reconnaîtra que, dans la plupart des arrêts, surtout dans les plus anciens, on n'a pas même essayé de réfuter l'argument qui ressort du texte de l'art. 643. Ainsi la Cour de cassation, dans son arrêt du 1er février 1841, se contente d'affirmer « que l'art. 436 du Code de procédure reçoit son application « toutes les fois que le défendeur a comparu, soit en personne, « soit par le ministère d'un agréé; qu'en effet, le jugement est « alors un jugement par défaut *faute de défendre*, contre lequel « l'opposition n'est recevable que dans la huitaine de la signi- « fication » (1). La Cour de Montpellier, dans son arrêt du 19 novembre 1852, fait mieux encore : « En matière com- « merciale, dit-elle, l'opposition au jugement par défaut *faute* « *de plaider* n'est plus recevable après la huitaine du jour de « la signification : LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE CASSATION « EST FORMELLE SUR CE POINT » (2). En 1859, la Cour de cassation, tenant pour axiome indiscutable l'interprétation si péremptoirement et si arbitrairement formulée dans ses précédents arrêts, se demande seulement quelle est la signification qui fait courir le délai de huitaine. Voici le texte même de l'arrêt : « Aux termes de l'art. 436 du Code de procédure, « et en principe général, l'opposition aux jugements rendus « par les tribunaux de commerce n'est plus recevable après « la huitaine du jour de la signification (3). La signification « dont il s'agit dans cet article est nécessairement celle qui « est faite à la partie, lorsque le défendeur a comparu, soit

consiste à dire : « L'art. 643 renvoie à l'art. 158, mais non à l'art. 157 : « c'est donc que la disposition de l'art. 157 ne s'applique jamais en « matière commerciale. » Cet argument n'a réellement aucune force et doit être laissé de côté. En effet, il est trop facile aux adversaires de répondre : « Si l'art. 643 renvoie à l'art. 158 et non à l'art. 157, ce n'est point que le délai de huitaine pour former opposition soit absolument exclu en matière commerciale; c'est tout simplement que ce délai de huitaine résulte déjà suffisamment de l'art. 436 pour le cas où il y a eu comparution du défendeur et défaut *faute de conclure.* »

(1) Dev.-Car., 41, 1, 329.

(2) Dev.-Car., 53, 2, 217.

(3) Les mots *en principe général* sont véritablement curieux ! La Cour ne s'embarrasse pas plus de l'art. 643 du Code de commerce que s'il n'existait pas.

« en personne, soit par un mandataire, et qu'il a seulement « été condamné par défaut faute de plaider. En effet, d'une « part, il a eu connaissance du jugement, par suite de sa « comparution en personne ou par un mandataire; et, d'autre « part, à moins d'un pouvoir spécial à cet effet, le manda- « taire n'a pas de caractère légal pour recevoir cette signifi- « cation... » (1). Je le demande à tout homme de bonne foi, est-il possible d'attacher une valeur doctrinale quelconque à des décisions motivées de cette manière?

La Cour de Grenoble, dans son arrêt du 21 avril 1863, a daigné parler autrement qu'à la façon des oracles : elle a pris la peine de chercher à justifier sa décision. Elle montre bien, ce que j'admets sans difficulté, que l'omission de l'art. 157 dans l'art. 643 du Code de commerce ne prouve rien contre le système de la jurisprudence (2). Elle ajoute que la disposition de l'art. 643 s'applique seulement au cas prévu dans les art. 156 et 158, c'est-à-dire *au cas où la partie n'a pas comparu devant le tribunal;* mais il faut décider, au contraire, pour peu qu'on s'attache au texte, que la disposition s'applique toutes les fois que la partie n'avait pas constitué avoué, c'est-à-dire toujours. Enfin la Cour de Grenoble fait remarquer que le système qu'elle adopte est justifié par les considérations prises de la nécessité d'une prompte expédition des affaires commerciales, qui a constamment préoccupé le législateur (3). Au fond, ce n'est pas là un motif suffisant pour que nous puissions mettre de côté le texte de l'art. 643. D'ailleurs, que tout jugement par défaut en matière commerciale soit susceptible d'opposition tant qu'il n'est pas exécuté, cela n'a réellement rien d'incompatible avec la prompte expédition des affaires : car cela n'empêche pas la partie qui l'a obtenu de pouvoir le mettre à exécution un jour après la signification, et par conséquent de pouvoir promptement constituer l'autre partie en demeure de former opposition.

Ce qu'on peut dire de mieux en faveur de la distinction consacrée par la jurisprudence, c'est ce que dit un

(1) Dev.-Car., 59, 1, 454.
(2) Voy. ci-dessus, p. 515, note 3.
(3) Dalloz, *Rec. périod.*, 1863, 2e partie, p. 144.

arrêt de la Cour d'Amiens du 22 mai 1872 : « L'art. 643 du « Code de commerce s'explique par une juste sollicitude « pour le défendeur qui peut n'avoir pas été touché par « l'exploit d'ajournement; si le défendeur, après avoir com- « paru, s'est simplement abstenu de conclure, le doute « n'existant plus, l'art. 436 du Code de procédure demeure « applicable : rejeter son application serait le rayer du « Code, encore bien que l'abrogation n'en ait pas été pro- « noncée » (1).

— Sous l'empire du Code de procédure, le jugement rendu par défaut en matière commerciale ayant été exécuté (et il peut l'être un jour après la signification), souvent la voie de l'opposition restait encore ouverte pendant plusieurs jours à la partie condamnée : cela résulte clairement des art. 435 *in fine* et 436. Aujourd'hui, au contraire, sous l'empire de l'art. 643 du Code de commerce, si nous l'appliquons à tous les jugements par défaut, une fois que l'exécution a eu lieu ou est réputée avoir eu lieu, il n'y a plus possibilité de former opposition.

— Comment se fait l'opposition? Elle peut se faire de deux manières : *principalement* ou *incidemment à l'exécution*.

1° L'opposition peut être formée *principalement*. Ici c'est, en quelque sorte, la partie condamnée par défaut qui prend l'offensive : il ne s'agit pas pour elle d'arrêter une exécution commencée, car il n'y a encore eu aucun acte d'exécution. C'est le cas prévu dans l'art. 437 du Code de procédure : « L'opposition, dit cet article, contiendra les moyens de « l'opposant, et assignation dans le délai de la loi; elle sera « signifiée au domicile élu. » Le *délai de la loi*, nous savons qu'en principe il est au moins d'un jour (art. 416). Le *domicile élu*, c'est le lieu qui a dû être indiqué par la partie, au moment où elle a signifié le jugement, conformément à l'art. 435. Bien entendu, si l'opposant le préfère, il est parfaitement libre de signifier son opposition au *domicile réel* de

(1) Dev.-Car., 72, 2, 40. — Voy. aussi en ce sens, M. Bédarride, nos 481 et 482; MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, no 483.

la partie. Remarquez que, comme en matière civile (art. 161), l'opposition doit contenir les moyens de l'opposant.

2° L'opposition peut être formée *incidemment à l'exécution*. Voici sur ce point comment s'exprime l'art. 438 : « L'oppo- « sition faite à l'instant de l'exécution, par déclaration sur le « procès-verbal de l'huissier, arrêtera l'exécution, à la charge, « par l'opposant, de la réitérer dans les trois jours, par exploit « contenant assignation; passé lequel délai elle sera censée « non avenue. » Cette opposition, que j'appelle *incidente*, existe également en matière civile; seulement, en matière civile, il suffit qu'elle soit réitérée dans la huitaine (art. 162). — En fait, il est facile de comprendre que la disposition de notre art. 438 pouvait déjà s'appliquer lorsque l'opposition était recevable pendant huitaine à dater de la signification du jugement, mais qu'elle doit s'appliquer plus souvent, aujourd'hui que l'opposition est recevable jusqu'à l'exécution (1).

L'art. 438 dit expressément que l'opposition faite par simple déclaration sur le procès-verbal de l'huissier arrête l'exécution. La loi ne dit rien de semblable, dans l'art. 437, en ce qui concerne l'opposition formée *principalement;* il y a évidemment un argument *à fortiori* à tirer de l'art. 438, et d'ailleurs la question est formellement tranchée par les derniers mots de l'art. 435.

Il nous reste à parler de l'exécution des jugements rendus en matière commerciale, et tout d'abord de l'exécution *provisoire* desdits jugements.

Aux termes de l'art. 439 du Code de procédure, « les tri- « bunaux de commerce pourront ordonner l'exécution pro- « visoire de leurs jugements nonobstant l'appel, et sans cau- « tion, lorsqu'il y aura titre non attaqué ou condamnation « précédente dont il n'y aura pas d'appel; dans les autres « cas, l'exécution provisoire n'aura lieu qu'à la charge de « donner caution ou de justifier de solvabilité suffisante. » Si nous comparons cette disposition et celles qui sont relatives à

(1) Tout au moins dans le cas du défaut *faute de comparaître*, si l'on admet la distinction consacrée par la jurisprudence.

l'exécution provisoire des jugements en matière civile, nous pourrons reconnaître plusieurs différences assez importantes :

1° En matière civile ordinaire, aux termes de l'art. 135, le principe est que l'appel est suspensif, que l'exécution provisoire n'a jamais lieu de plein droit, sans avoir été ordonnée par le tribunal. Seulement, dans certains cas, le tribunal doit l'ordonner; dans d'autres, il peut l'ordonner, avec ou sans caution. — En matière commerciale, le jugement est toujours, de plein droit, exécutoire par provision (1); seulement, dans certains cas, l'exécution provisoire a lieu sans caution, tandis que dans les autres elle n'a lieu qu'à la charge de donner caution ou de justifier de solvabilité suffisante (2).

Le principe qu'en matière commerciale les jugements sont de plein droit exécutoires par provision, ce principe était déjà consacré par la loi des 16-24 août 1790 (Titre XII, art. 4). Il a certainement été maintenu par le Code de procédure (3). Voici seulement en quoi le Code de procédure a innové : tandis que, d'après la loi de 1790, la partie qui voulait exécuter provisoirement le jugement devait toujours donner caution, le Code de procédure, au contraire, fait à cet égard une distinction : quand il y a titre non attaqué (4) ou con-

(1) « Les jugements des tribunaux de commerce sont exécutoires par « provision, *par eux-mêmes et sans que cette exécution provisoire ait « besoin d'être ordonnée.* » Arrêt de la Chambre des requêtes, du 22 janvier 1867 (Dev.-Car., 67, 1, 216).

La Cour de Paris a reconnu que, par la force des choses, le principe était inapplicable dans une espèce où le tribunal de commerce avait enjoint à un agent de change de faire connaître, dans les trois jours de la signification du jugement, les acquéreurs de certaines actions. Arrêt du 1er avril 1882 (Sir., 83, 2, 244). Il est évident que, si l'appel de l'agent de change n'avait pas été suspensif, il n'aurait plus eu d'objet.

(2) En ce qui concerne les jugements des juges de paix, l'exécution provisoire n'a jamais lieu de plein droit, sans avoir été ordonnée. Voy. la loi du 25 mai 1838, art. 11 et 12.

(3) La jurisprudence est constante sur ce point. Voy. notamment M. Chauveau Adolphe, *Lois de la procédure*, t. VII (*supplément*), n° 1547. Joignez Boitard, t. I, n° 664.

(4) Comme le dit très bien la Cour de Bordeaux, dans son arrêt du 28 août 1847, « ce serait méconnaître l'esprit de l'art. 439 que de ne pas « accorder l'exécution provisoire sans caution à des *conventions verbales « reconnues*, alors qu'on l'accorderait à un titre sous signature privée » (Dev.-Car., 48, 2, 383).

damnation précédente dont il n'y a pas d'appel, le tribunal *peut* ordonner l'exécution provisoire *sans caution*, ou, plus exactement, il peut dispenser la partie de fournir caution; et, dans les autres cas, l'exécution provisoire n'a lieu qu'à la charge de donner caution, à moins que la partie ne justifie de solvabilité suffisante (1).

Au principe qu'en matière commerciale le jugement est toujours, de plein droit, exécutoire par provision, se rattache cette idée que la partie qui a succombé peut interjeter appel le jour même du jugement (C. de comm., art. 645 *in fine*). En matière civile, toutes les fois que le jugement n'est pas exécutoire par provision, l'appel ne peut pas être interjeté pendant la huitaine à dater du jugement (C. de proc., art. 449). — De même, en matière commerciale, le jugement, en principe, est exécutoire même pendant la huitaine du jour où il a été rendu; au contraire, en matière civile, à moins qu'il ne soit exécutoire par provision, il ne peut pas être exécuté pendant ladite huitaine (C. de proc., art. 450) (2).

2° En matière civile, la règle est que le jugement exécutoire par provision peut être exécuté nonobstant l'appel interjeté et aussi nonobstant l'opposition formée (3). En matière commerciale, le jugement est toujours exécutoire par provision; mais cela n'empêche pas, quand il s'agit d'un jugement par défaut, que l'exécution soit arrêtée par l'opposition. En effet, l'art. 435 *in fine* du Code de procédure dit, en termes absolus, que le jugement est exécutoire *jusqu'à l'opposition;* et l'art. 439 du même Code parle bien d'une exécution provisoire qui a lieu

(1) Nous lisons dans l'arrêt, déjà cité, de la Chambre des requêtes, du 22 janvier 1867, « que l'art. 439 a étendu le principe consacré par la loi « du 24 août 1790, en autorisant le juge à dispenser de la caution l'intimé « qui exécute le jugement rendu à son profit; que, d'ailleurs, le bail de « caution n'est pas nécessaire lorsqu'il s'agit de jugements qui, ne pro- « nonçant pas de condamnation pécuniaire, peuvent être exécutés sans « compromettre l'intérêt des parties ».

(2) Pour ce qui concerne le jugement par défaut, voy. le 1er alinéa de l'art. 155.

(3) Aux termes du 2e alinéa de l'art. 155, « pourront les juges, dans le « cas seulement où il y aurait péril en la demeure, ordonner l'exécution « nonobstant l'opposition, avec ou sans caution; ce qui ne pourra se « faire que par le même jugement ».

nonobstant l'appel, mais non d'une exécution provisoire qui aurait lieu *nonobstant l'opposition*. Cela s'explique parce qu'en matière commerciale, il est promptement statué sur l'opposition : on ne cause donc pas un grand préjudice à la partie qui a obtenu le jugement, quand on lui défend de poursuivre l'exécution en cas d'opposition (1).

— Lorsque la partie qui a obtenu un jugement exécutoire par provision doit fournir caution, quelle est la procédure à suivre en ce qui concerne cette caution? « La caution, dit « l'art. 440, sera présentée par acte signifié au domicile de « l'appelant, s'il demeure dans le lieu où siège le tribunal, « sinon au domicile par lui élu en exécution de l'art. 422, « avec sommation à jour et heure fixes de se présenter au « greffe pour prendre communication, sans déplacement, des « titres de la caution, s'il est ordonné qu'elle en fournira, et « à l'audience, pour voir prononcer sur l'admission, en cas « de contestation. » Et la loi ajoute, dans l'art. 441 : « Si « l'appelant ne comparaît pas ou ne conteste point la caution, « elle fera sa soumission au greffe; s'il conteste, il sera statué « au jour indiqué par la sommation. Dans tous les cas, le juge- « ment sera exécutoire nonobstant opposition ou appel » (2).

(1) La question est cependant controversée entre les auteurs. La doctrine que je défends comme ressortant du texte de la loi est également enseignée par M. Orillard, *op. cit.*, nº 876.

Mais *quid* s'il y avait péril en la demeure? Comme le disent MM. Lyon-Caen et Renault (*Traité*, t. I, nº 483 *bis*), « la procédure suivie devant les tribunaux civils est applicable devant les tribunaux de commerce, à moins que des dérogations ne résultent de dispositions légales ou des principes généraux de la procédure commerciale. On ne rencontre ic aucune dérogation de ce genre. On peut même dire que le Code de commerce se réfère implicitement à l'art. 155 du Code de procédure : l'art. 643 du Code de commerce renvoie expressément à l'art. 159 du Code de procédure, selon lequel *l'opposition suspend l'exécution si elle n'a pas été ordonnée nonobstant opposition*. — Il serait singulier, d'ailleurs, qu'il en fût autrement. En matière commerciale, surtout dans un but de célérité facile à comprendre, le législateur est plus favorable qu'en matière civile à l'exécution provisoire des jugements contradictoires; il serait inexplicable que le point de vue fût tout différent pour les jugements par défaut. Du reste, il est toujours à craindre que le défaut du défendeur n'ait pour but de gagner du temps, et de trouver, par des retards combinés, la possibilité de dérober au demandeur les biens lui servant de gage. »

(2) Nous venons de dire qu'en matière commerciale le principe est

Cette procédure est un peu plus simple que celle qui est organisée en matière civile par les art. 517 et suiv. (1).

— Pour que la partie qui a obtenu jugement puisse procéder à l'exécution provisoire sans caution, lorsqu'il y a titre non attaqué ou condamnation précédente, est-il nécessaire que le tribunal l'ait expressément dispensée de fournir caution? La Cour de Douai, par son arrêt du 20 juin 1853, a décidé, et, je crois, avec raison, que l'exécution provisoire ne peut avoir lieu sans caution qu'autant que le tribunal l'a ainsi ordonné; que le silence du tribunal à cet égard laisse subsister la règle générale, qui veut qu'à défaut de dispense la caution soit fournie (2). Tel est bien le sens littéral de l'art. 439 (3).

— Lorsqu'un jugement est exécutoire par provision, mais moyennant caution, l'exécution provisoire ne peut avoir lieu qu'autant que la caution a été préalablement fournie. L'exécution provisoire à laquelle on aurait procédé sans avoir tout d'abord fourni caution reste nulle lors même que plus tard la caution aurait été fournie. La Cour de cassation s'est prononcée en ce sens dans les circonstances suivantes : Un jugement du tribunal de commerce de la Seine avait condamné par corps le sieur R... à payer à Émile G... la somme de 10,812 fr.; ce jugement était déclaré exécutoire par provision, mais à la charge de fournir caution. Le sieur R... ayant interjeté appel, Émile G... fit procéder à son arrestation. R... introduisit alors un référé pour faire prononcer la nullité de l'arrestation, attendu que caution n'avait pas été préalablement fournie;

que le jugement par défaut ne peut pas être exécuté nonobstant opposition. Dans le cas particulier qui nous occupe, si le jugement qui statue sur l'admissibilité de la caution est un jugement par défaut, il est exécutoire nonobstant opposition.

(1) De plus, on applique ici, non la règle, mais l'exception formulée dans le 1er alinéa de l'art. 2019 du Code civil, lequel est ainsi conçu : « La solvabilité d'une caution ne s'estime qu'eu égard à ses propriétés « foncières, excepté en matière de commerce... »

La caution étant *judiciaire*, il y a lieu d'appliquer l'art. 2041 du Code civil, aux termes duquel « celui qui ne peut pas trouver une caution est « reçu à donner à sa place un gage en nantissement suffisant ».

(2) Dev.-Car., 53, 2, 592.

(3) Voy. aussi MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, nº 493.

mais, le garde du commerce ayant justifié qu'il était porteur d'une somme suffisante pour le cautionnement et ayant fait offre de la déposer, le président du tribunal civil ordonna qu'il serait passé outre à l'écrou. R..., sorti de prison, demandait à la Cour de Paris de lui allouer des dommages-intérêts, comme ayant été arrêté illégalement; la Cour, par un arrêt du 10 avril 1862, condamne effectivement Émile G... à payer à R... 100 francs de dommages-intérêts, à raison de son arrestation abusive. Enfin, le 4 novembre 1863, la Chambre des requêtes, « attendu que l'exécution provisoire d'un jugement « qui ne l'autorise qu'à la charge par le créancier qui l'a « obtenu de donner caution, ne peut être légalement pour- « suivie qu'autant que cette caution a été préalablement « fournie; qu'il suit de là qu'en jugeant que l'offre d'une cau- « tion, faite postérieurement à l'arrestation du sieur R..., avait « été tardive, et que la consignation effectuée par l'huissier « en exécution de l'ordonnance de référé n'avait pu rétroac- « tivement valider cette exécution, l'arrêt attaqué, loin d'avoir « violé les art. 439-441, en a fait au contraire une juste et « saine application, — Rejette le pourvoi » (1).

Autre espèce. C..., ayant poursuivi D... pour concurrence déloyale, obtient jugement faisant défense à D... de maintenir certaines mentions dans ses annonces et prospectus, à peine de 100 francs de dommages-intérêts pour chaque contravention ultérieurement constatée; ledit jugement autorise l'exécution provisoire nonobstant appel, mais à charge par C... de fournir caution. C..., ayant fait notifier à D..., le 28 octobre 1882, la réception de la caution, l'assigne, le même jour, devant le tribunal de commerce, à l'effet de s'entendre condamner à lui payer 24,300 francs de dommages-intérêts, pour deux cent quarante-trois contraventions. Cette demande de C... ayant été repoussée par le tribunal et par la Cour d'appel, arrêt de la Chambre des requêtes, du 3 décembre 1884, fondé sur ce que, « si les jugements des tribunaux de commerce peuvent être susceptibles dans tous les cas d'une exécution provisoire à la charge de donner caution, la réception

(1) Dev.-Car., 63, 1, 537.

de cette caution ne saurait avoir un effet rétroactif » (1).

— « Les tribunaux de commerce, dit l'art. 442, ne connaî-« tront point de l'exécution de leurs jugements. » C'est là un principe qu'il est facile d'expliquer en théorie. Les tribunaux de commerce sont des tribunaux d'exception ou d'attribution, ils ont compétence exclusivement pour les affaires commerciales : les difficultés auxquelles peut donner lieu l'exécution d'un jugement, fût-ce même l'exécution d'un jugement du tribunal de commerce, ces difficultés en elles-mêmes n'ont rien de commercial, et, par conséquent, elles doivent rester dans la compétence des tribunaux ordinaires. Cependant ce principe, si rationnel qu'il paraisse, n'a pas une origine ancienne : il a été consacré seulement par le Code de procédure. Évidemment la loi des 16-24 août 1790 n'en tenait aucun compte, lorsqu'elle disait (Tit. XII, art. 5), en parlant des tribunaux de commerce : « La contrainte par corps con-« tinuera d'avoir lieu pour l'exécution de tous leurs juge-« ments. S'il survient des contestations sur la validité des « emprisonnements, elles seront portées devant eux... » (2).

Il y a des cas où l'application du principe posé dans l'art. 442 ne peut souffrir aucune difficulté. Ainsi, le tribunal de commerce a condamné Pierre à payer une certaine somme à Paul; celui-ci, pour obtenir paiement, a pratiqué une saisie. Voici des questions qui pourront s'élever : Le jugement a-t-il été signifié dans les formes prescrites? La saisie a-t-elle été précédée du commandement voulu par la loi? Entre le commandement et la saisie y a-t-il eu l'intervalle, plus ou moins long, exigé par la loi selon les diverses espèces de saisie? La saisie n'a-t-elle pas porté sur des choses insaisissables? Toutes

(1) Sir, 87, 1, 300.

(2) Si les tribunaux de commerce ne connaissent point de l'exécution de leurs jugements, *à fortiori* sont-ils incompétents pour connaître de l'exécution d'actes qui n'émanent point d'eux. Ainsi, lorsque des arbitres ont statué sur une contestation commerciale, c'est au président du tribunal civil qu'il appartient de rendre leur sentence exécutoire. Voy. l'art. 1020 du Code de procédure. — Quant aux jugements rendus en matière commerciale par les tribunaux étrangers, le droit de revision que la jurisprudence reconnaît à nos tribunaux, ne peut être exercé, ce semble, que par les tribunaux de commerce. Voy. MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, n° 377.

ces questions, et bien d'autres de même nature, devront être soumises au tribunal civil, quoiqu'elles s'élèvent à propos de l'exécution d'un jugement rendu par le tribunal de commerce (1).

Réciproquement, toutes les fois qu'il y aura contestation sur le sens du jugement rendu par le tribunal de commerce, toutes les fois qu'il s'agira, non pas précisément de l'exécution, mais de l'interprétation de ce jugement, c'est au tribunal de commerce qu'il faudra s'adresser. En effet, interpréter le jugement ou une disposition obscure du jugement, c'est bien véritablement statuer encore sur la question qui a été primitivement soumise au tribunal : cette question étant commerciale, il n'y a que le tribunal de commerce qui puisse en connaître. Ici ou jamais il faut dire : *Ejus est interpretari cujus est condere*. — A plus forte raison aurions-nous dit que le tribunal de commerce, en prononçant la contrainte par corps, pouvait commettre un huissier pour faire la signification avec commandement, conformément à l'art. 780 du Code de procédure. Suivant la remarque de M. Colmet-Daage, « ce « qui est interdit aux tribunaux de commerce, c'est de juger « les contestations relatives à l'exécution de leurs jugements, « mais non de préparer cette exécution. De même qu'ils met- « tent à leurs jugements la formule exécutoire, de même ils

(1) Comp. Boitard, *op. cit.*, t. I, n° 665.

Je lis dans un arrêt de cassation, du 11 novembre 1885, « que les tribunaux civils sont compétents, à l'exclusion des tribunaux de commerce, pour connaître des demandes en validité et en mainlevée des *saisies-exécutions*, alors même que ces saisies ont pour cause une créance commerciale et qu'elles portent sur des bâtiments de mer; que cette règle de compétence, spécialement consacrée par les art. 442 du Code de procédure, 197 et 204 du Code de commerce, combinés, et par l'avis du Conseil d'État des 29 avril-17 mai 1809, ne souffre pas exception lorsqu'il s'agit de *saisies conservatoires* pratiquées avec la permission du président du tribunal de commerce, aucune disposition de loi n'ayant, pour ce cas, dérogé à la compétence des tribunaux civils; que les art. 608 du Code de procédure, 210 et 211 du Code de commerce, attribuent au juge de la saisie la connaissance des demandes en distraction formées par des tiers revendiquant tout ou partie des meubles saisis » (Sir., 86, 1, 198).

Même décision au cas de *saisie-arrêt :* ainsi, c'est sans droit que le tribunal de commerce condamne le saisissant aux frais de la saisie-arrêt. Voy. l'arrêt de cassation, du 13 mai 1884 (Sir., 85, 1, 345).

« peuvent commettre l'huissier chargé de faire la signification « et le commandement prescrits par l'art. 780 » (1).

La loi elle-même apporte certaines exceptions au principe général de l'art. 442. Lorsqu'un jugement du tribunal de commerce est exécutoire par provision, mais à charge de fournir caution, la caution que présente la partie qui veut, nonobstant l'appel, procéder à l'exécution, cette caution étant contestée par l'appelant, on peut bien dire qu'il y a là une difficulté relative à l'exécution du jugement; et cependant il est parfaitement certain que la procédure réglée par les art. 440 et 441 sera suivie devant le tribunal de commerce (2).

On dit souvent que le principe de l'art. 442 est exclusivement applicable aux jugements définitifs, aux jugements portant condamnation, qu'il ne s'applique jamais aux jugements préparatoires ou interlocutoires (3). Il y a dans cette proposition quelque chose de trop absolu. Sans doute, quand le tribunal de commerce ordonne une enquête, c'est devant lui que les témoins seront entendus, c'est à lui que seront soumises les difficultés auxquelles l'enquête pourra donner lieu; de même, quand le tribunal de commerce ordonne une expertise. Mais, lorsque le tribunal de commerce ordonne une vérification d'écriture, ce n'est point devant lui, c'est devant le tribunal civil, qu'il sera procédé à la vérification (4).

On s'est demandé à quel tribunal doit être soumise la question de savoir si un jugement par défaut du tribunal de commerce se trouve périmé faute d'avoir été exécuté dans les six mois de son obtention (5). En principe, il faut admettre que

(1) Sur Boitard, t. II, nº 1046.

C'est également le tribunal de commerce qui, après avoir rendu un jugement par défaut, commet l'huissier chargé de le signifier.

(2) Il a même été jugé que les tribunaux de commerce, étant compétents pour connaître de l'opposition à leurs jugements, le sont aussi pour connaître des contestations que cette opposition peut soulever. Voy. l'arrêt de la Chambre des requêtes, du 4 mai 1869 (Dev.-Car., 70, 1, 162).

(3) Voy. notamment les *considérants* d'un arrêt de la Cour de cassation, du 6 juillet 1863 (Dev-Car., 63, 1, 442).

(4) Ceci, comme nous l'avons vu, est formellement écrit dans l'art. 427. — Joignez MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, nº 375.

(5) Voy. les art. 643 du Code de commerce et 156 du Code de procédure.

c'est bien là une question d'exécution du jugement, et que, par conséquent, elle doit être soumise au tribunal civil et non au tribunal de commerce. La Cour de cassation, au fond, semble bien admettre cette doctrine; mais elle y apporte un notable tempérament. Pour comprendre sa décision, il est indispensable d'avoir une idée des faits de la cause à l'occasion de laquelle est intervenu l'arrêt. En 1833, le tribunal de commerce de Bordeaux condamne par défaut le sieur F... à payer au sieur A... le montant de quatre lettres de change, s'élevant à 1,950 francs; le jugement est signifié, puis commandement est fait le 3 février 1834. Le commandement ayant été renouvelé le 16 novembre 1842, F... forme opposition au jugement par défaut, et soutient, d'une part, que le jugement est périmé, et, d'autre part, que les lettres de change sont prescrites. Sur le point de savoir si le jugement était périmé, A... prétend que c'est là une question d'exécution, qui excède la compétence du tribunal de commerce; il ajoute que, tant que le jugement n'a pas été déclaré périmé, la prescription des lettres de change s'est trouvée interrompue. Jugement, du 27 février 1843, qui rejette l'exception d'incompétence et déclare acquise la prescription des lettres de change. Le 28 janvier 1845, arrêt de la Cour de Bordeaux, qui confirme en adoptant les motifs des premiers juges. Enfin, le 27 novembre 1848, arrêt de rejet, de la Chambre civile, motivé comme il suit : « La demande formée par F..., et dont « le tribunal de commerce de Bordeaux se trouvait saisi, était « une opposition au jugement par défaut rendu par ce tri- « bunal le 23 décembre 1833, et avait pour objet de faire « décider que le titre sur lequel ce jugement avait été rendu « était prescrit; le tribunal de commerce était exclusivement « compétent pour statuer à la fois sur cette opposition et sur « le moyen de prescription présenté. Il est vrai que, pour « arriver à décider qu'il y avait prescription du titre, il fallait « préalablement décider que le jugement par défaut du « 23 décembre 1833 était périmé faute d'exécution dans les « six mois de son obtention; mais, cette question de péremp- « tion ne se rattachant pas à des actes d'exécution et étant « incidente à l'instance d'opposition, le tribunal pouvait la

« juger, sans pour cela s'immiscer dans la connaissance de « contestations élevées sur l'exécution de son jugement. « Lorsque la loi, dans les art. 442 et 553 du Code de procé- « dure, a interdit aux tribunaux de commerce la connaissance « des contestations élevées sur l'exécution de leurs jugements, « elle a seulement voulu leur défendre de connaître des actes « de poursuite exercés en vertu de ces jugements; mais, puis- « qu'ils sont compétents pour connaître de l'opposition aux « jugements par eux rendus par défaut, ils le sont pour juger « les contestations que fait naître cette opposition. Ainsi, en « jugeant comme elle l'a fait que, dans l'espèce, ce n'était que « subsidiairement que le tribunal de commerce était appelé à « statuer sur la question de savoir si le jugement était ou non « périmé, et que pour la résoudre il n'avait à apprécier le mé- « rite d'aucun acte d'exécution, la Cour n'a violé aucune loi »(1).

En définitive, sur la question de savoir si la péremption du jugement peut être invoquée par voie d'opposition devant le tribunal de commerce, je dirai, avec MM. Dalloz et Chauveau Adolphe : Le moyen réel, sérieux, dirigé contre le jugement, est-ce une demande en péremption, déguisée sous la forme d'une opposition : le tribunal de commerce est incompétent. Au contraire, l'opposition est-elle basée sur la prescription de l'action, et la péremption n'est-elle invoquée que pour empêcher qu'on ne prétende que le jugement par défaut a interrompu cette prescription : il faut admettre, avec la Cour de cessation, que le tribunal de commerce est compétent nonobstant le principe de l'art. 442 (2).

Il est possible qu'un tribunal de commerce ait condamné le défendeur à des dommages-intérêts, mais sous condition, pour le cas où ce défendeur ne ferait pas telle chose, n'accomplirait pas telle prestation. Supposons qu'une contestation s'élève entre les parties sur le point de savoir si la condition est ou non réalisée : quel sera le tribunal compétent pour statuer sur cette contestation? Toutes les fois qu'il ne s'agira pas d'interpréter les dispositions du jugement, qui

(1) Dev.,-Car., 49, 1, 253.

(2) *Lois de la procédure*, t. VII (*supplément*), nº 1551 *bis*. Comp.. ci-dessus, p. 527, note 2.

peuvent très bien n'offrir matière à aucun doute, la question d'exécution d'un jugement commercial n'étant point commerciale de sa nature, c'est le tribunal civil qui sera compétent. La Cour de cassation s'est plusieurs fois prononcée en ce sens (1).

— Nous avons bien vu, dans l'art. 442, que les tribunaux de commerce ne connaissent pas de l'exécution de leurs jugements. Mais quel est précisément le tribunal qui connaît de cette exécution? La réponse ne se trouve pas dans l'art. 442; elle se trouve dans l'art. 553 du même Code de procédure, article ainsi conçu : « Les contestations élevées « sur l'exécution des jugements des tribunaux de commerce « seront portées au tribunal de première instance du lieu où « l'exécution se poursuivra. » Par exemple, si une difficulté s'élève à l'occasion de la saisie immobilière pratiquée en vertu d'un jugement du tribunal de commerce, cette difficulté sera soumise au tribunal civil de la situation de l'immeuble (C. civ., art. 2210).

En ce qui concerne la contrainte par corps, la loi indiquait une distinction : aux termes de l'art. 794 du Code de procédure, « à défaut d'observation des *formalités* prescrites, « le débiteur pourra demander la nullité de l'emprisonne- « ment, et la demande sera portée au tribunal du lieu où il « est détenu; si la demande en nullité est fondée sur des « moyens de fond, elle sera portée devant le tribunal de « l'exécution du jugement ». Cette distinction se comprend très bien quand c'est un tribunal civil qui a prononcé la contrainte par corps : l'action en nullité sera portée, suivant les cas, soit au tribunal civil du lieu où le débiteur est détenu, soit au *tribunal de l'exécution du jugement*, c'est-à-dire au tribunal civil qui a rendu le jugement. Mais la distinction est-elle encore applicable quand la contrainte par corps résulte du jugement d'un tribunal de commerce? Oui, dit M. Bonnier (2) : « La demande en nullité, fondée sur des moyens du « fond, est portée devant le tribunal qui a rendu le jugement, « fût-ce un tribunal de commerce, parce qu'il ne s'agit plus

(1) Voy. notamment l'arrêt du 31 décembre 1860 (Dev.-Car., 62, 1, 204).
(2) *Eléments de procédure civile*, n° 1520.

« alors de l'exécution forcée en elle-même, mais de l'inter-« prétation du jugement. » C'est là une idée à laquelle je ne puis me rallier. Je dis simplement que, quand la contrainte par corps résulte du jugement d'un tribunal de commerce, la distinction faite par l'art. 794 devient inapplicable, attendu que le *tribunal de l'exécution du jugement* ne peut être, aux termes de l'art. 553, que le tribunal civil du lieu où le débiteur est détenu (1).

— On s'est demandé s'il y a lieu d'appliquer en matière commerciale les articles suivants du Code de procédure :

ART. 163. « Il sera tenu au greffe un registre sur lequel « l'avoué de l'opposant fera mention sommaire de l'opposi-« tion, en énonçant les noms des parties et de leurs avoués, « les dates du jugement et de l'opposition. Il ne sera dû de « droit d'enregistrement que dans le cas où il en serait déli-« vré expédition. »

ART. 164. « Aucun jugement par défaut ne sera exécuté à « l'égard d'un tiers que sur un certificat du greffier consta-« tant qu'il n'y a aucune opposition portée sur le registre. »

ART. 548. « Les jugements qui prononceront une main-« levée, une radiation d'inscription hypothécaire, un paie-« ment ou quelque autre chose à faire par un tiers ou à sa « charge, ne seront exécutoires par les tiers ou contre eux, « même après les délais de l'opposition ou de l'appel, que « sur le certificat de l'avoué de la partie poursuivante, conte-« nant la date de la signification du jugement faite au domi-« cile de la partie condamnée, et sur l'attestation du greffier « constatant qu'il n'existe contre le jugement ni opposition « ni appel. »

ART. 549. « A cet effet, l'avoué de l'appelant fera mention « de l'appel, dans la forme et sur le registre prescrits par « l'art. 163. »

ART. 550. « Sur le certificat qu'il n'existe aucune opposi-« tion ni appel sur ce registre, les séquestres, conservateurs « et tous autres seront tenus de satisfaire au jugement. »

(1) Comp. M. Chauveau Adolphe, *Lois de la procédure*, t. VI, question 2707.

La question s'est présentée deux fois, à propos de la même espèce, devant la Cour de cassation.

Le sieur B... avait obtenu du tribunal de commerce de la Seine un jugement contradictoire, l'autorisant à toucher à la Caisse des dépôts et consignations une somme déposée par son débiteur. S'étant présenté à la Caisse après l'expiration du délai de l'appel, il éprouva un refus, motivé sur ce qu'il ne produisait pas le certificat prescrit par l'art. 548. Le sieur B... s'adresse alors au greffier, qui lui répond que le registre dont parlent les art. 163 et 549 n'est pas tenu au greffe du tribunal de commerce. Sur la poursuite du sieur B..., jugement du tribunal civil ordonnant que dans les trois jours le greffier du tribunal de commerce délivrera le certificat prescrit par l'art. 548. Mais, le 22 juillet 1854, la Cour de Paris infirme ce jugement, par le seul motif que les art. 642 et 643 du Code de commerce, réglant la forme de procéder devant les tribunaux consulaires, ont expressément déterminé les dispositions du Code de procédure qui recevraient en ce cas leur application, et que les art. 163, 164, 548 et 549 n'y sont pas compris (1). Le sieur B... s'étant pourvu en cassation, la Cour suprême rendit d'abord un arrêt de partage. M. Nicias Gaillard, alors premier avocat général, concluait, dans un réquisitoire très remarquable, au rejet du pourvoi. Mais, contrairement à ces conclusions, la Cour, par son arrêt du 9 juin 1856, cassait l'arrêt de la Cour de Paris. Voici les motifs invoqués par la Cour suprême :

« Les règles contenues dans le Titre VI du Livre V de la première partie du Code de procédure sont générales et s'appliquent à l'exécution de tous les jugements : c'est ce qu'on doit conclure non seulement de la rubrique placée en tête de ce Titre, mais encore et surtout de la nature même des dispositions qu'il contient. Notamment les art. 548-550, combinés avec l'art 163, auquel l'art. 549 se réfère, ont pour objet, d'une part, de donner aux actes d'opposition ou d'appel toute leur efficacité à l'encontre des tiers ; d'autre part, de rendre l'exécution des jugements par défaut ou jugements en pre-

(1) Dev.-Car., 54, 2, 611.

mier ressort possible et sûre dans celles de leurs dispositions qui prescrivent des mainlevées, des paiements ou autres choses qui doivent être faites par des tiers. A cet effet, il est nécessaire que la partie qui a droit de poursuivre l'exécution d'un jugement puisse justifier, aux tiers intéressés, du caractère purement et simplement exécutoire de ce jugement, en prouvant, quand il y a lieu, qu'il n'est frappé d'aucune opposition ou d'aucun appel; et l'on ne comprendrait pas pourquoi ces indispensables garanties seraient refusées aux tiers et autres parties intéressées à l'exécution des jugements civils proprement dits. — Si les art. 548-550 et l'art. 163 ne sont pas au nombre des articles du Code de procédure que les art. 642 et 643 du Code de commerce déclarent applicables à la forme de procéder devant les tribunaux de commerce, on n'en saurait tirer aucun argument contraire au principe ci-dessus posé. En effet, les règles générales contenues dans la loi commune s'appliquent aux matières spéciales, lorsqu'il y a parité de raison et lorsqu'on ne trouve à leur égard dans la loi spéciale ni dérogation expresse ni inconciliabilité. — Si les art. 548-549 et 163 supposent, pour la réalisation des mesures qu'ils prescrivent, l'intervention des avoués, on n'en saurait conclure que des prescriptions aussi générales et aussi nécessaires ne soient applicables qu'aux seuls tribunaux civils. Il faut, en effet, distinguer dans ces articles le principe général, applicable à toutes les juridictions, qu'ils posent, et le mode d'exécution particulier aux tribunaux civils qu'ils réglementent plus spécialement. Il y a simplement lieu de combiner cette dernière partie de leurs dispositions, pour leur application aux tribunaux de commerce, avec l'art. 414, qui interdit le ministère des avoués devant ces tribunaux : d'où la conséquence unique que ce qui se fait, au greffe du tribunal civil, avec l'intervention ou par le ministère des avoués, doit se faire, au greffe commercial, directement par les parties ou leur fondé de pouvoir. Rien n'empêche, du reste, que le certificat de l'avoué dont parle l'art. 548 soit remplacé par la représentation au greffier du tribunal de commerce de l'original de l'exploit même d'opposition ou d'appel, acte dont la force probante ne saurait

être inférieure à celle du simple certificat, qui ne fait que le reproduire et s'y référer » (1).

En cassant l'arrêt de la Cour de Paris, la Cour suprême avait renvoyé la cause à la Cour de Rouen. Celle-ci, par son arrêt du 26 février 1857, reproduisit la décision de la Cour de Paris. Voici comment la Cour de Rouen cherche à réfuter les motifs mis en avant par la Cour de cassation : « Les art. 164, 548 et 549 établissent, pour l'exécution des jugements par ou contre les tiers, des règles de procédure dont les garanties salutaires résultent du caractère public des officiers ministériels chargés de s'y conformer et de les suivre : c'est, en effet, bien plutôt à ce titre d'officiers publics que comme mandataires des parties que les avoués agissent en exécution des articles susénoncés de la loi. La procédure devant les tribunaux de commerce se faisant sans le ministère d'avoués et d'aucun autre officier public, l'application des art. 163 et 164, 548 et 549 aux tribunaux de commerce est impossible, non seulement parce qu'une obligation imposée aux avoués ne saurait être applicable à une juridiction où il n'y a point d'avoués, mais encore et surtout parce que l'organisation légale de cette juridiction ne permet pas d'y rencontrer la garantie que le législateur a cherchée et trouvée pour les juridictions civiles... Si l'on pouvait admettre l'utilité, la nécessité même, pour la juridiction commerciale, d'une mesure analogue à celle qu'établissent pour les tribunaux civils les art. 163 et 164, 548 et 549, c'est au législateur qu'il appartiendrait d'y pourvoir : les tribunaux sont, en effet, chargés d'appliquer et non de créer la loi... » (2).

Mais, sur le pourvoi formé contre cet arrêt, la Cour de cassation, statuant en audience solennelle, a, contrairement aux conclusions de son procureur général, persisté dans sa première décision : le 13 janvier 1859, elle a cassé l'arrêt de la Cour de Rouen, comme précédemment elle avait cassé l'arrêt de la Cour de Paris. « La substitution de la partie à l'avoué, dit la Cour de cassation, est de règle et de pratique

(1) Dev.-Car., 56, 1, 561.
(2) Dev.-Car., 57, 2, 203.

constantes dans tous les cas analogues où des articles du Code de procédure doivent être étendus aux matières de commerce. Il n'y a rien d'exorbitant à faire peser sur les parties l'obligation dont il s'agit, puisque, présumées capables de veiller à leurs intérêts en vertu du système de la loi commerciale, on ne fait qu'exiger d'elles des actes conservatoires de leurs droits, actes qui ne sont que le corollaire soit de la volonté d'exécuter de la part du poursuivant, soit de l'opposition ou de l'appel émané de la partie poursuivie, actes enfin qui se résolvent dans la simple remise au greffe du tribunal de commerce, ici de l'exploit de signification du jugement, là de l'exploit d'opposition ou d'appel... » (1).

Tous les auteurs ne se sont pas ralliés à la doctrine de la Cour de cassation. Si elle est pleinement admise par notre excellent ami Émile Ollivier (2), elle est au contraire vivement combattue par M. Chauveau Adolphe (3). « La loi exige, dit ce dernier auteur, un registre tenu par les avoués, un registre dont le greffier n'est que dépositaire; quand il n'y a pas d'avoués en cause, le registre n'a plus d'existence possible. — La Cour de cassation parle de garantie *à accorder aux tiers*. Mais qu'importe aux tiers que le registre prescrit par le Code de procédure soit tenu ou ne le soit pas ? les tiers peuvent toujours exiger que la partie prouve que le jugement est passé en force de chose jugée. Les art. 163 et 548, applicables aux tribunaux civils, près desquels postulent des avoués, se bornent à simplifier les obligations de la partie. — Dans le système de la Cour de cassation, le greffier peut exiger la représentation de l'original même de l'exploit, avant de permettre la mention sur le registre. Mais cet original peut être dans une ville éloignée ou à l'enregistrement : comment fera-t-on s'il y a intérêt à ce que la mention ne soit pas retardée d'une heure ? »

Ces considérations ne sont certes point sans force. J'incline cependant vers la doctrine de la Cour de cassation (4).

(1) Dev.-Car., 59, 1, 145.
(2) *Revue pratique de droit français*, t. VII, p. 135 et suiv.
(3) *Lois de la procédure*, t. VII (*supplément*), p. 581 et suiv.
(4) Voy. aussi MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, nº 478.

TITRE IV

DE L'APPEL DES JUGEMENTS EN MATIÈRE COMMERCIALE (Ch. D.).

Dans le Code de 1808, le Titre IV est intitulé : *De la forme de procéder devant les Cours impériales*. A cette rubrique j'en substitue une autre un peu plus large, notamment parce que je fais rentrer dans le Titre IV la disposition de l'art. 639 et celle de l'art. 644, lesquelles, à proprement parler, ne concernent pas la *forme de procéder* en appel.

Nous aurons à examiner, à propos de ce Titre, quatre questions principales, savoir :

1° Quels jugements sont susceptibles d'appel ?
2° Devant qui l'appel est-il porté ?
3° Quel est le délai pour interjeter appel ?
4° Des effets de l'appel, et de la procédure en appel.

I. Dans quel cas le jugement rendu en matière commerciale est-il susceptible d'appel ? Dans quel cas, au contraire, est-il en dernier ressort ? Le Code de 1808 disait (art. 639) : « Les « tribunaux de commerce jugeront en dernier ressort : « 1° toutes les demandes dont le principal n'excédera pas la « valeur de mille francs ; 2° toutes celles où les parties justi- « ciables de ces tribunaux, et usant de leurs droits, auront « déclaré vouloir être jugées définitivement et sans appel. » Déjà, d'après la loi des 16-24 août 1790 (Titre XII, art. 4), les juges de commerce devaient prononcer en dernier ressort sur toutes les demandes dont l'objet n'excéderait pas la valeur de mille livres (1).

(1) En matière civile, la loi de 1790 disait de même (Titre IV, art. 5) : « Les juges de district connaîtront, en premier et dernier ressort, de « toutes affaires personnelles et mobilières, jusqu'à la valeur de mille « livres de principal, et des affaires réelles dont l'objet principal sera de « cinquante livres de revenu, déterminé soit en rentes, soit par prix de « bail. »

Cette disposition du Code de 1808 est restée en vigueur pendant trente-deux ans, jusqu'en 1840. La loi du 11 avril 1838 ayant décidé, dans son art. 1er, que les tribunaux civils d'arrondissement connaîtraient, en dernier ressort, des actions personnelles et mobilières jusqu'à la valeur de quinze cents francs de principal, il a paru convenable d'élever de même le taux de la compétence en dernier ressort des tribunaux de commerce. En conséquence, aux termes de l'art. 1er de la loi du 3 mars 1840, l'art. 639 du Code de commerce est rectifié ainsi qu'il suit :

« Les tribunaux de commerce jugeront en dernier ressort :
« 1° toutes les demandes dans lesquelles les parties justi-
« ciables de ces tribunaux, et usant de leurs droits, auront
« déclaré vouloir être jugées définitivement et sans appel; —
« 2° toutes les demandes dont le principal n'excédera pas la
« valeur de quinze cents francs; — 3° les demandes recon-
« ventionnelles ou en compensation, lors même que, réunies
« à la demande principale, elles excéderaient 1,500 francs.
« Si l'une des demandes principales ou reconventionnelles
« s'élève au-dessus des limites ci-dessus indiquées, le tribunal
« ne prononcera sur toutes qu'en premier ressort; néan-
« moins, il sera statué en dernier ressort sur les demandes
« en dommages-intérêts, lorsqu'elles seront fondées exclusi-
« vement sur la demande principale elle-même » (1).

En général, les questions auxquelles peut donner lieu cet article n'ont rien de particulier aux matières de commerce; elles se présentent également à propos de la loi du 11 avril 1838. Je ne m'y arrêterai donc pas : leur place est dans un traité sur la procédure ou plutôt sur l'organisation judiciaire (2). Quelques mots seulement sur le n° 1 du nouvel art. 639.

(1) Comme on le voit, les nos 1 et 2 de cet article, sauf la substitution du chiffre de *quinze cents francs* au chiffre de *mille francs*, sont la reproduction littérale de l'ancien art. 639. Quant au n° 3, il n'était pas dans le projet du Gouvernement, il a été ajouté par la Chambre des pairs; il reproduit la disposition contenue dans l'art. 2 de la loi du 11 avril 1838 *sur les tribunaux civils de première instance*.

(2) On lira sûrement avec intérêt le travail publié par M. Négrin, avocat à Aix, sous ce titre : *Du droit d'appel limité à quinze cents francs, surtout en matière d'assurances maritimes*. Dans un volume de plus de 500 pages, l'auteur s'est proposé uniquement pour but, ainsi qu'il le dit

La loi a pris la peine de dire que, lorsqu'une affaire commerciale est, de sa nature, susceptible des deux degrés de juridiction, les parties peuvent d'avance renoncer à la faculté d'interjeter appel de la décision que va rendre le tribunal de commerce (1). A quelles conditions cette renonciation sera-t-elle valable? Il faut d'abord qu'il s'agisse de parties *usant de leurs droits*, c'est-à-dire capables. Il faut aussi qu'elles soient *justiciables des tribunaux de commerce :* cela signifie que le tribunal de commerce qui va statuer doit être au moins compétent *ratione materiæ*, sinon *ratione personæ*. Si la renonciation n'émane pas de la partie intéressée elle-même, il faut évidemment qu'elle émane d'une personne ayant un pouvoir spécial à cet effet. Enfin on s'est demandé si cette renonciation supposait nécessairement un accord, une convention synallagmatique, entre les parties. Suivant M. Bédarride (2), « le consentement isolé de l'un des plaideurs ne lierait pas « même celui dont il émane : il ne serait considéré que comme « une proposition soumise à l'acceptation formelle de tous « les intéressés, et qui, n'ayant pas obtenu et rempli cette « condition, se trouverait de plein droit rétractée ». J'admets que, dans le doute, c'est en ce sens qu'il faut interpréter l'intention des parties. Mais, s'il était constant que l'une des parties a entendu renoncer purement et simplement à la faculté d'interjeter appel, sans s'inquiéter de savoir si l'autre partie userait ou non de cette faculté, je crois que la renonciation ainsi faite serait encore valable. Du reste, l'attention du rédacteur de l'art. 639 paraît s'être portée principalement sur les cas où, l'instance étant déjà engagée, les parties déclarent devant le tribunal que leur intention est qu'il les juge en dernier ressort : elles renoncent alors l'une et l'autre à la faculté d'interjeter appel (3).

Nous savons que, quand un tribunal statue sur sa compé-

lui-même, « de déterminer comment doit être calculé le chiffre auquel le « législateur a successivement fixé la limite des deux ressorts ».

(1) Quelques auteurs soutiennent qu'une pareille renonciation ne serait pas valable en matière civile. La Cour de cassation repousse, avec raison, ce système. Voy. l'arrêt du 26 juin 1855 (Dev.-Car., 55, 1, 708).

(2) *Op. cit.*, n° 412.

(3) Comp. l'art. 7 du Code de procédure.

tence, son jugement à cet égard est toujours susceptible d'appel (1). — En ce qui concerne la contrainte par corps, la loi du 17 avril 1832 disait déjà (art. 20) : « Dans les affaires « où les tribunaux civils ou de commerce statuent en dernier « ressort, la disposition de leur jugement relative à la con- « trainte par corps sera sujette à l'appel; cet appel ne sera « pas suspensif. » Et la loi du 13 décembre 1848 est venue accorder une nouvelle faveur au débiteur, en disant (art. 7) : « Le débiteur contre lequel la contrainte par corps aura été « prononcée par jugement des tribunaux civils ou de com- « merce conservera le droit d'interjeter appel, du chef de la « contrainte, dans les trois jours qui suivront l'emprisonne- « ment ou la recommandation, lors même qu'il aurait acquiescé « au jugement et que les délais ordinaires de l'appel seraient « expirés. Le débiteur restera en état. » Ces articles ont donné lieu à plusieurs questions intéressantes, que je vais examiner rapidement, en laissant seulement de côté quant à présent celles qui se réfèrent au délai dans lequel l'appel doit être interjeté.

La loi disant que la disposition du jugement relative à la contrainte par corps est sujette à l'appel, lors même que le tribunal statue en dernier ressort, il en résulte incontestablement que le débiteur contre qui la contrainte par corps a été prononcée peut toujours de ce chef interjeter appel. Ainsi, par exemple, la demande étant de 1,200 francs et le tribunal ayant condamné par corps le défendeur, celui-ci conclut à ce que le jugement soit infirmé en tant que prononçant la contrainte par corps, attendu que le créancier n'avait pas demandé qu'elle fût prononcée, et qu'ainsi le tribunal se trouve l'avoir prononcée d'office, ce qui ne lui est jamais permis (2). Mais une question très controversée est celle de savoir si, dans cette hypothèse où le montant de la demande ne dépassait pas 1,500 francs, le créancier lui-même pourrait interjeter appel de la disposition du jugement qui statue sur

(1) Voy. l'art. 425 *in fine* du Code de procédure, et, ci-dessus, p. 493. Comp. l'art. 454 du même Code de procédure.

(2) Voy. l'arrêt de la Cour de Paris, du 19 novembre 1856 (Dev.-Car., 57, 2, 21).

la contrainte par corps. Je suis disposé à croire que la loi a voulu simplement favoriser le débiteur, et qu'elle a entendu laisser le créancier sous l'empire du droit commun. C'est ce que la Cour de Metz me paraît avoir parfaitement établi, dans son arrêt du 30 mars 1859 (1).

Nous venons de voir que la loi du 13 décembre 1848 a tranché dans le sens de l'affirmative la question de savoir si le débiteur condamné par corps peut interjeter appel, du chef de la contrainte par corps, même après avoir acquiescé au jugement. La Cour de cassation a décidé, par application de l'art. 7 de cette loi, que le débiteur qui a laissé périmer un premier appel peut néanmoins interjeter de nouveau appel du chef de la contrainte par corps (2); et, dans le même ordre d'idées, la Cour de Paris admet que le débiteur qui s'est désisté d'un premier appel peut en former un deuxième (3).

— Ce n'est pas au tribunal qu'il appartient de décider si son jugement est ou non susceptible d'appel. Ainsi, d'abord il est parfaitement certain que, quand la loi a voulu qu'un jugement fût susceptible d'appel, il ne peut pas dépendre du tribunal qui rend ce jugement de faire qu'il se trouve rendu en dernier ressort. Ce principe est consacré dans les art. 453 (1er alinéa) et 454 du Code de procédure. Le Code de commerce n'a pas pris la peine d'en faire spécialement l'application; mais il a prévu l'hypothèse inverse. L'art. 646 (tel qu'il a été rectifié par l'art. 2 de la loi du 3 mars 1840) s'exprime ainsi : « Dans les limites de la compétence fixée par l'art. 639 pour le « dernier ressort, l'appel ne sera pas reçu, encore que le juge- « ment n'énonce pas qu'il est rendu en dernier ressort, et « même quand il énoncerait qu'il est rendu à charge d'ap- « pel » (4).

II. Nous venons de voir que les tribunaux de commerce sont traités comme les tribunaux civils d'arrondissement, en

(1) Dev.-Car., 59, 2, 653.

(2) Arrêt du 29 novembre 1852 (Dev.-Car., 52, 1, 797). Voy., dans le même sens, un arrêt de la Cour d'Alger, du 4 février 1856 (Dev.-Car., 56, 2, 438).

(3) Arrêt du 12 décembre 1853 (Dev.-Car., 54, 2, 144).

(4) L'art. 453 (2e alinéa) du Code de procédure contient une disposition analogue.

ce qui concerne le taux de leur compétence en dernier ressort. La similitude existe à un autre point de vue : il appartient à la même autorité supérieure de connaître en appel des affaires jugées par les tribunaux civils et des affaires jugées par les tribunaux de commerce. La loi du 27 ventôse an VIII *sur l'organisation des tribunaux* disait déjà, dans son art. 22 : « Les tribunaux d'appel statueront sur les appels des jugements de première instance rendus par les tribunaux de commerce. » Et l'art. 644 du Code de commerce, aujourd'hui encore en vigueur, est ainsi conçu : « Les appels des jugements des tribunaux de commerce seront portés par devant les Cours dans le ressort desquelles ces tribunaux sont situés » (1).

III. Quel est le délai donné par la loi pour interjeter appel? Ici encore nous trouvons la même règle en matière civile et en matière commerciale. Aux termes de l'art. 443 du Code de procédure, « le délai pour interjeter appel sera de trois mois. Il courra, pour les jugements contradictoires, du jour de la signification à personne ou domicile; pour les jugements par défaut, du jour où l'opposition ne sera plus recevable... » Aux termes de l'art. 645 du Code de commerce, « le délai pour interjeter appel des jugements des tribunaux de commerce sera de trois mois, à compter du jour de la signification du jugement, pour ceux qui auront été rendus contradictoirement, et du jour de l'expiration du délai de l'opposition, pour ceux qui auront été rendus par défaut... » Aujourd'hui, d'après la loi du 3 mai 1862 (art. 2 et 7), le délai n'est plus de trois mois, il est seulement de deux mois : la disposition du Code de procédure et celle du Code de commerce ont été rectifiées en ce sens.

L'art. 443 du Code de procédure contient une disposition

(1) La Chambre des députés a été saisie, le 29 décembre 1885, d'une proposition de loi tendant à la création de Cours d'appel commerciales, qui seraient composées d'un magistrat président et de deux commerçants. Voy. *Rev. crit. de législ. et de jurispr.*, année 1887, p. 267 et suiv. — « Il n'y a actuellement, à notre connaissance, disent MM. Lyon-Caen et Renault (*Traité*, t. I, nº 488), aucun État dans lequel soit organisée une juridiction commerciale d'appel. »

finale ainsi conçue : « L'intimé pourra néanmoins interjeter « incidemment appel en tout état de cause, quand même il « aurait signifié le jugement sans protestation. » Ainsi, le tribunal a condamné le défendeur, mais pourtant sans avoir alloué au demandeur le montant intégral de ses conclusions; le demandeur ayant signifié le jugement, le défendeur ayant interjeté appel dans les deux mois de la signification, et ce délai de deux mois étant aujourd'hui expiré, le demandeur peut encore former un appel incident. Bien que cette disposition ne se retrouve pas écrite dans le Code de commerce, cependant je l'applique sans difficulté en matière commerciale : en effet, elle me paraît conforme aux principes généraux, et d'ailleurs l'art. 648 *in fine* du Code de commerce déclare applicable en matière commerciale la procédure organisée par les art. 443 et suiv. du Code de procédure; or, l'appel incident est bien une matière qui rentre dans la procédure.

De son côté, l'art. 645 du Code de commerce contient cette disposition finale : « L'appel pourra être interjeté le jour « même du jugement. » Ceci se rattache à la règle que les jugements en matière commerciale sont toujours exécutoires provisoirement nonobstant appel (1). La preuve que les deux idées se tiennent, c'est qu'en matière civile l'appel d'un jugement *non exécutoire par provision* ne peut pas être interjeté dans la huitaine à dater du jour du jugement (2). — Qu'il

(1) On a dit que la disposition finale de notre art. 645 constituait une innovation; qu'avant la promulgation du Code de commerce, l'appel n'était pas admis dans la huitaine, aussi bien pour les jugements des tribunaux de commerce que pour les jugements des tribunaux civils. Voy. MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, n° 490, p. 505, note 1. Je conserve, à cet égard, des doutes très sérieux. En effet, d'une part, la loi des 16-24 août 1790 dit que tous les jugements des tribunaux de commerce seront exécutoires par provision, nonobstant l'appel, en donnant caution (Tit. XII, art. 4); et, d'autre part, la même loi contient la disposition suivante : « Nul appel d'un jugement contradictoire ne pourra « être signifié, ni avant le délai de huitaine à dater du jour du jugement, « ni après l'expiration de trois mois à dater du jour de la signification « du jugement. Ces deux termes sont de rigueur, et leur inobservation « emportera la déchéance de l'appel. *En conséquence*, l'exécution des ju- « gements *qui ne sont pas exécutoires par provision* demeurera suspen- « due pendant le délai de huitaine » (Tit. V, art. 14).

(2) Voy. l'art. 449 du Code de procédure.

s'agisse de savoir à dater de quel moment l'exécution peut être poursuivie, ou à dater de quel moment l'appel peut être interjeté, nous avons cette règle générale que pour tout jugement du tribunal de commerce les choses se passent comme pour le jugement rendu en matière civile et déclaré exécutoire par provision. L'idée du législateur est que la partie qui en droit pourrait procéder à l'exécution, en fait ne s'y décidera pas trop facilement, trop légèrement, si son adversaire a déjà interjeté appel. Du reste, si en matière civile l'appel peut être non recevable comme formé prématurément (C. de proc., art. 449), cela n'est jamais possible en matière commerciale, la loi prenant soin de dire en termes absolus que l'appel peut être interjeté le jour même du jugement.

De la disposition finale de notre art. 645 ressort encore une autre conséquence. C'est après avoir parlé successivement du jugement contradictoire et du jugement par défaut que la loi ajoute : « L'appel pourra être interjeté le jour « même du jugement. » Évidemment cette disposition ne s'applique pas seulement au jugement contradictoire, elle s'applique aussi au jugement par défaut. Si elle s'applique au jugement par défaut, c'est que le législateur a voulu restreindre aux matières civiles la disposition ainsi formulée dans l'art. 455 du Code de procédure : « Les appels des jugements « susceptibles d'opposition ne seront point recevables pen- « dant la durée du délai pour l'opposition. » Ainsi, en matière civile, la partie condamnée par défaut a d'abord pendant un certain temps la voie de l'opposition, et elle n'en a pas d'autre; puis, quand elle l'a perdue, il lui reste pendant deux mois la voie de l'appel. Au contraire, en matière commerciale, cette partie a d'abord à sa disposition, pendant un certain temps (1), et la voie de l'opposition, et même celle de l'appel ; quand elle ne peut plus employer la première, il lui reste encore deux mois pour employer l'autre. On voit qu'en matière commerciale le délai pour interjeter appel dépasse

(1) C'est-à-dire, d'après la jurisprudence, soit pendant huitaine à dater de la signification, soit jusqu'à l'exécution du jugement.

toujours deux mois, puisque l'appel peut toujours être interjeté, même avant l'époque que la loi a fixée comme point de départ des deux mois passé lesquels l'appel n'est plus recevable. — Cette importante conséquence que je tire de l'art. 655 *in fine* est généralement admise par la doctrine et par la jurisprudence (1).

Le délai pour interjeter appel d'un jugement contradictoire est de deux mois à compter du jour de la signification de ce jugement. L'art. 443 du Code de procédure parle de *signification à personne ou domicile;* l'art. 645 du Code de commerce parle simplement de *signification*. On s'est demandé si, en matière commerciale, la signification au greffe, dans les termes de l'art. 422 du Code de procédure, suffirait pour faire courir le délai de deux mois. La question est très controversée. J'avoue que j'ai quelque peine à le comprendre : car elle me paraît tranchée par le texte même de l'art. 422. En effet, cet article, supposant une partie non domiciliée dans le lieu où siège le tribunal, dit qu'à défaut d'une élection de domicile mentionnée sur le plumitif de l'audience, « toute signification, même celle du jugement définitif, sera faite valablement au greffe du tribunal ». D'après cela, pour pouvoir exécuter le jugement, il suffirait de l'avoir signifié

(1) Voy. Boitard, *op. cit.*, n° 692. Voy. aussi M. Chauveau Adolphe, *Lois de la procédure*, t. VII (*supplément*), n° 1637; MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, n° 490.

Je lis dans un arrêt de rejet de la Chambre civile, du 21 mai 1879, « qu'un jugement de défaut-congé, encore bien qu'il puisse se borner à donner acte du défaut de comparution du demandeur et qu'il n'ait pas besoin d'être autrement motivé, implique toujours le rejet de la demande, et constitue ainsi une décision judiciaire contre laquelle le demandeur défaillant a le droit de se pourvoir par appel si le litige dépasse le taux du dernier ressort : qu'en effet la voie de l'appel est une faculté de droit commun, laquelle reste ouverte dans tous les cas où elle n'est pas interdite par un texte spécial de la loi; que l'art. 645 du Code de commerce dispose, d'une manière absolue, que l'appel des jugements des tribunaux consulaires peut être émis le jour même du jugement; que cette disposition s'applique aux jugements par défaut comme aux jugements contradictoires; que, par la généralité de ses termes et par son esprit, elle exclut toute distinction entre les jugements rendus contre le demandeur ou contre le défendeur; que, dès lors, pour les uns comme pour les autres, elle déroge à la règle de l'art. 455 du Code de procédure, qui défend d'appeler, en matière civile, pendant les délais de l'opposition » (Sir., 81, 1, 347).

au greffe : comment donc ne se contenterait-on pas de cette même signification au greffe quand il s'agit d'obtenir un résultat certainement moins grave, de faire courir le délai d'appel? La Cour de cassation a effectivement décidé, le 21 décembre 1857, que l'art. 422 du Code de procédure constitue une dérogation au principe posé dans le premier alinéa de l'art. 443 du même Code. Suivant la Cour, « si, aux termes « de l'art. 443, la signification à partir de laquelle court le « délai d'appel est, pour les jugements civils ordinaires, celle « qui est faite à personne ou à domicile (domicile qui ne doit « s'entendre que du domicile réel), il en est autrement de la « signification des jugements ordinaires en matière de com- « merce, auxquels s'applique l'art. 645 du Code de commerce : « quant à ces derniers jugements, les conditions de la signi- « fication sont spécialement réglées par l'art. 422 du Code de « procédure, placé sous le Titre relatif à la *Procédure devant* « *les tribunaux de commerce*. Il résulte de cet article que, dans « les cas où les parties sont tenues de faire élection de domi- « cile dans le lieu où siège le tribunal, toute signification, « même celle du jugement définitif, doit être faite à ce domi- « cile élu, et qu'à défaut de cette élection, la signification est « valablement faite au greffe du tribunal. Ce mode de signi- « fication a été ainsi réglé en vue de favoriser la prompte « expédition des affaires commerciales et d'empêcher qu'elle « ne soit entravée par l'éloignement du domicile réel des « parties, françaises ou étrangères. Un domicile dans le lieu « où siège le tribunal a été exigé par la loi, ou donné par elle, « non pas seulement pour l'instruction, mais pour que toute « signification, même celle du jugement définitif, y soit faite « valablement. La présomption de la loi est que la significa- « tion du jugement définitif, régulièrement faite selon les con- « ditions qu'elle prescrit, porte à la connaissance des parties « ou de leurs représentants le jugement signifié : ainsi, cette « signification doit produire tous ses effets, dont l'un est de « faire courir le délai d'appel... » (1).

Même depuis cet arrêt de la Cour suprême, les Cours d'appel

(1) Dev.-Car., 58, 1, 550.

sont en désaccord sur la question. La Cour de Nîmes, par son arrêt du 6 août 1861, s'est ralliée à la doctrine de la Cour de cassation (1); mais la Cour de Colmar, par son arrêt du 11 décembre 1861, a persisté dans la doctrine contraire (2). Du reste, il faut convenir que l'arrêt de la Cour de Colmar n'a pas une bien grande valeur : car la Cour se borne à remarquer « que, si l'art. 422 autorise la notification du « jugement au greffe du tribunal de commerce, il n'ajoute « pas que cette notification fera courir les délais d'appel. Dès « lors, dit la Cour, on est, dans le cas de l'art. 422, comme « dans tout autre, régi par la règle générale de l'art. 443 » (3).

La plupart des auteurs enseignent l'opinion que j'ai moi-même adoptée (4).

— Il y a certaines matières spéciales auxquelles ne s'applique pas la règle posée dans l'art. 645 du Code de commerce. Ainsi, aux termes de l'art. 582 du même Code, le délai d'appel, pour tout jugement rendu en matière de faillite, est de quinze jours seulement à compter de la signification, sauf augmentation en faveur des parties domiciliées à plus de cinq myriamètres du lieu où siège le tribunal (5). — J'ai déjà cité l'art. 7 de la loi du 13 décembre 1848, portant que le débiteur, contre lequel la contrainte par corps a été prononcée, conserve le droit d'interjeter appel, du chef de la contrainte, dans les trois jours qui suivent l'emprisonnement ou la recommandation, lors même... que les délais ordinaires de l'appel seraient expirés. On s'est demandé si cette faculté d'interjeter appel du chef de la contrainte après l'expiration des délais ordinaires peut être exercée même par un débiteur qui n'a pas encore été incarcéré. La Cour de Toulouse, par son arrêt du 16 février 1850, a répondu négativement : « Le

(1) Dev.-Car., 61, 2, 463.
(2) Dev.-Car., 62, 2, 205.
(3) Nous savons que la Cour de cassation a statué, en 1862, comme elle avait statué en 1857, et que la Cour de Rouen, par son arrêt du 8 décembre 1879, s'est prononcée dans le même sens. Voy. ci-dessus, p. 489, note 2.
(4) Voy. notamment MM. Orillard, *op. cit.*, n° 714; Bédarride, *op. cit.*, n° 506; Chauveau Adolphe, *Lois de la procédure*, t. VII (*supplément*), quest. 1556; Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, n° 433.
(5) Voy. notre t. V, p. 660 et suiv.

« bénéfice de la disposition, dit-elle, ne peut être revendiqué « que par le débiteur mis en état d'arrestation » (1). Mais cette décision ne peut se justifier : aussi est-elle universellement repoussée. Comme le dit la Cour d'Agen, dans son arrêt du 7 janvier 1856, « jusqu'à la loi du 13 décembre 1848, « c'était une question controversée que celle de savoir si le « débiteur pouvait valablement acquiescer au jugement, soit « expressément, soit tacitement, par l'exécution de l'empri- « sonnement. La jurisprudence inclinait pour la négative, et « c'est cette jurisprudence que consacre, dans le sens le plus « large, l'art. 7 de la loi du 13 décembre 1848 : à plus forte « raison il n'interdit certainement pas au débiteur non « incarcéré le droit d'interjeter appel » (2). — Le même arrêt décide, toujours avec grande raison, que le droit d'interjeter appel appartiendrait encore au débiteur incarcéré depuis plus de trois jours, si l'incarcération avait été faite illégalement.

IV. En matière civile, il est de principe que l'appel est suspensif (C. de proc., art. 457); en matière commerciale, au contraire, nous le savons, le jugement est exécutoire par provision, nonobstant appel. De cette différence fondamentale résulte la conséquence suivante : tandis qu'en matière civile, l'appelant peut obtenir de la Cour d'appel, sur assignation à bref délai, que l'exécution soit suspendue, si le jugement a été mal à propos qualifié en dernier ressort ou si l'exécution provisoire a été ordonnée hors des cas prévus par la loi (C. de proc., art. 457, 459 et 460), jamais en matière commerciale la Cour ne peut accorder de semblables défenses. L'art. 647 du Code de commerce est effectivement ainsi conçu : « Les « Cours d'appel ne pourront, en aucun cas, à peine de nul- « lité, et même de dommages-intérêts des parties, s'il y a « lieu, accorder des défenses ni surseoir à l'exécution des « jugements des tribunaux de commerce, quand même ils « seraient attaqués d'incompétence; mais elles pourront,

(1) Dev.-Car., 52, 2, 231.
(2) Dev.-Car., 56, 2, 103.

« suivant l'exigence des cas, accorder la permission de citer « extraordinairement à jour et heure fixes, pour plaider sur « l'appel » (1).

Notre art. 647 ne faisant aucune distinction, il faut en conclure que, même au cas où le tribunal de commerce aurait mal à propos ordonné l'exécution provisoire *sans caution*, la Cour ne pourrait pas accorder des défenses. Mais est-ce à dire que la Cour ne pourrait pas dès à présent, avant de rendre son arrêt sur le fond, ordonner que l'intimé, pour procéder à l'exécution provisoire, devra fournir caution? C'est ce qu'il m'est impossible d'admettre. Sur ce point, j'approuve complètement un arrêt de la Cour d'Aix, du 5 juillet 1862, motivé avec une vigueur peu commune : « Le « vrai sens de l'art. 647, dit la Cour, se montre dans son rap- « prochement avec l'art. 439 du Code de procédure, ces deux « articles, loin de se contredire, s'accordant pleinement. Si « l'art. 647 répond spécialement à l'intérêt de la célérité com- « merciale, l'art. 439 répond à l'intérêt non moins considé- « rable de la sûreté commerciale... Les deux articles étant « corrélatifs à ces deux intérêts divers, la demande par D... « d'une caution est, non pas la demande d'un *délai de grâce* « contrairement à l'art. 647, mais bien la demande d'une « *garantie* qui lui est assurée par la loi, conformément à

(1) Les Sections réunies *de législation* et *de l'intérieur* du Tribunat, dans leurs *observations* du 2 juillet 1807, avaient proposé un autre système. « Il ne faut pas, disaient-elles, que les Cours d'appel puissent donner des défenses ou des sursis sur requête, comme cela se pratiquait abusivement autrefois; mais il ne faut pas non plus que l'exécution provisoire ne puisse jamais être arrêtée que par le jugement définitif de l'appel, car ce jugement peut quelquefois tarder longtemps. » En conséquence, les Sections proposaient la rédaction suivante : « Les Cours « d'appel ne pourront en aucun cas, à peine de nullité, et même de « dommages-intérêts des parties, s'il y a lieu, accorder, sur requête non « communiquée, des défenses contre les jugements des tribunaux de « commerce, ni surseoir à leur exécution; mais elles pourront, suivant « l'exigence des cas, prononcer ces défenses ou sursis avant le jugement « de l'appel, après que les parties auront été entendues à l'audience ou « dûment appelées. Elles pourront même, à cet effet, permettre à l'appe- « lant d'assigner à bref délai devant elles, dans le cas seulement où le « jugement serait attaqué pour cause d'incompétence. » Cette rédaction n'a point passé dans la loi; mais il est certainement très curieux de la comparer à celle qui a prévalu.

« l'art. 439. Sans doute, la dation d'une caution exige un cer-
« tain temps; mais, une garantie étant voulue par la loi, ce
« temps est aussi nécessaire en première instance qu'en
« appel; de sorte que R... n'a point à se plaindre, l'arrêt
« ne lui imposant en définitive que ce qui aurait dû lui
« être imposé par le jugement et dont il a été illégalement
« dispensé.

« Vainement on objecte que la dernière partie de l'art. 647
« autorise une citation extraordinaire à bref délai pour plaider
« sur l'appel, et que la question accessoire de la caution peut
« être jointe aux questions principales du fond! En effet, cette
« jonction ne serait qu'un expédient inefficace ou illégal :
« *inefficace*, si l'exécution effective est continuée nonobstant
« l'appel, parce que, l'instruction suffisante du fond ne pou-
« vant pas marcher aussi vite que les poursuites, la caution
« serait ordonnée trop tard ou, en d'autres termes, inutile-
« ment; *illégal*, si l'exécution effective est suspendue pendant
« le temps nécessaire à la suffisante instruction de l'appel
« principal, parce que cette suspension ne serait qu'un sursis
« déguisé, et dès lors contraire à la première partie de
« l'art. 647.

« Ces raisons particulières, tirées du texte et de l'esprit des
« deux articles ci-dessus, se fortifient par les principes géné-
« raux sur le droit des appelants et sur le devoir des juges
« d'appel. 1° *Sur le droit des appelants* : c'est dénier le droit
« d'appel quant au chef de la caution (droit cependant incon-
« testable) que d'en ajourner l'exercice utile à une époque où
« l'appel serait devenu irrecevable pour défaut d'intérêt, ce
« qui arriverait si l'arrêt sur la caution demeurait lié à l'arrêt
« sur le fond, c'est-à-dire était remis à un moment où, le fait
« du paiement provisoire étant accompli, la question de la
« caution n'aurait plus d'intérêt; or, qui dit *droit d'appel* dit
« *utilité de l'appel*, de même que celui qui veut la fin veut les
« moyens. 2° *Sur le devoir des juges d'appel* : dans notre organi-
« sation judiciaire, où l'appel est la voie ordinaire de recours
« contre les jugements contradictoires, il est inadmissible
« que, les premiers juges ayant violé ouvertement une loi, le
« juge supérieur, après avoir constaté cette violation, soit

« réduit à n'en être que le vérificateur impuissant » (1).

La Cour d'Angers, par son arrêt du 28 octobre 1878, s'est prononcée dans le même sens (2). Et le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté, le 27 janvier 1880, par le motif « qu'en « faisant droit à la demande de P..., formée comme un inci- « dent de la procédure d'appel, l'arrêt attaqué n'a pas accordé « de défenses ou prononcé de sursis à l'exécution du juge- « ment, mais n'a fait que réparer, par voie de réformation « au fond, l'irrégularité commise par les premiers juges » (3).

— Dans quelle forme les Cours d'appel procèdent-elles à l'instruction et au jugement des affaires commerciales qui leur sont soumises? L'art. 648 répond à cette question : « Les « appels des jugements des tribunaux de commerce seront « instruits et jugés dans les Cours comme appels de juge- « ments rendus en matière sommaire. La procédure, jusques « et y compris l'arrêt définitif, sera conforme à celle qui est « prescrite, pour les causes d'appel en matière civile, au « livre III de la *première partie* du Code de procédure. »

La personne qui veut interjeter appel, en matière commerciale aussi bien qu'en matière civile, le fait au moyen d'une assignation (C. de proc., art. 456). L'assignation doit contenir toutes les mentions prescrites par l'art. 61 du Code de procédure, sauf qu'il est généralement admis que l'appelant n'a pas besoin d'énoncer ses moyens, les griefs qu'il impute au jugement (4). L'acte d'appel doit être signifié à personne ou à domicile : il est parfaitement certain que la signification serait nulle si elle était faite au domicile élu ou au greffe du tribunal de commerce, par application de l'art. 422 du Code de procédure, attendu que cet article concerne uniquement la première instance. — En matière civile, après l'acte d'appel vient un échange d'écritures entre les deux parties (C. de proc., art. 462); en matière commerciale, quelle que soit l'importance de la contestation, l'appel devant être instruit

(1) Dev.-Car., 63, 2, 167.
(2) Dev.-Car., 79, 2, 76.
(3) Dev.-Car., 80, 1, 80. — Voy. aussi MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, nº 494.
(4) Voy. Boitard, t. II, nº 696.

et jugé comme appel de jugement rendu en matière sommaire, il s'ensuit qu'il est porté à l'audience sur simple acte et sans autre procédure (C. de proc., art. 463).

On s'est demandé si les art. 472 et 473 du Code de procédure sont applicables en matière commerciale (1). La question a été soumise à la Cour de cassation dans les circonstances suivantes : Le syndic d'une faillite avait assigné les héritiers P... devant le tribunal de commerce de Saint-Jean d'Angely, en paiement de 214,267 francs pour solde d'un compte courant ouvert à leur auteur; le tribunal, après avoir ordonné qu'il serait procédé à l'établissement et à la vérification du compte par-devant un juge commis, avait rendu un deuxième jugement admettant le syndic à prouver par témoins certains faits. Sur l'appel, la Cour de Poitiers rendait, le 26 août 1862, un arrêt infirmatif qui rejette la preuve offerte comme portant sur des faits non pertinents, qui déclare n'y avoir lieu d'évoquer le fond, la cause n'étant pas en état, et qui enfin renvoie les parties devant le tribunal de commerce de Poitiers. Pourvoi en cassation par le syndic, fondé sur trois moyens, savoir : excès de pouvoir et violation de l'art. 473; violation par fausse application de l'art. 472; violation des art. 442 et 553. Mais la Cour suprême, par son arrêt du 6 juillet 1863, a rejeté le pourvoi. « Dans l'art. 472, « dit la Cour, par le mot *exécution* il faut nécessairement « entendre les suites que le jugement doit avoir, et, s'il s'agit « d'un jugement interlocutoire, ce qui reste à faire pour que « les droits des parties soient appréciés et déclarés par juge- « ment définitif. Dans l'espèce, la Cour impériale, ayant

(1) Voici le texte de ces deux articles :

ART. 472. « Si le jugement est confirmé, l'exécution appartiendra au « tribunal dont est appel. Si le jugement est infirmé, l'exécution, entre « les mêmes parties, appartiendra à la Cour d'appel qui aura prononcé « ou à un autre tribunal qu'elle aura indiqué par le même arrêt..... »

ART. 473. « Lorsqu'il y aura appel d'un jugement interlocutoire, si le « jugement est infirmé et que la matière soit disposée à recevoir une « décision définitive, les Cours et autres tribunaux d'appel pourront sta- « tuer en même temps sur le fond définitivement, par un seul et même « jugement. Il en sera de même dans les cas où les Cours ou autres tri- « bunaux d'appel infirmeraient, soit pour vice de forme, soit pour toute « autre cause, des jugements définitifs. »

« infirmé le jugement qui ordonnait une enquête, par le « motif que les faits admis en preuve étaient non pertinents « et inadmissibles, se trouvait dans la nécessité, ou de pro- « noncer elle-même immédiatement sur l'affaire si cette affaire « était en état, ou d'en renvoyer, ainsi qu'elle l'a fait, la con- « naissance à de nouveaux juges. Les art. 442 et 553 du « Code de procédure ont uniquement pour objet les contesta- « tions élevées sur l'exécution des jugements définitifs des « tribunaux de commerce : ils ne sauraient avoir d'applica- « tion aux jugements préparatoires ou interlocutoires rendus « par ces mêmes tribunaux pour l'instruction des affaires « portées devant eux » (1). En somme, la doctrine de cet arrêt me paraît exacte; seulement, comme j'ai déjà eu l'occasion d'en faire la remarque (ci-dessus, p. 527), le dernier *considérant* est conçu en termes trop absolus.

APPENDICE AUX TITRES III ET IV

PROCÉDURE DEVANT LES CONSEILS DE PRUD'HOMMES. APPEL DE LEURS JUGEMENTS.

Voici les principales règles concernant la procédure devant les conseils de prud'hommes et l'appel de leurs jugements, telles que nous les trouvons posées dans le règlement du 20 février 1810 et dans la loi du 1er juin 1853 :

Tout marchand fabricant, tout chef d'atelier, tout contremaître, tout teinturier, tout ouvrier, compagnon ou apprenti, appelé devant les prud'hommes, est tenu, sur une simple lettre de leur secrétaire, de s'y rendre en personne au jour et à l'heure fixés, sans pouvoir se faire remplacer, hors le cas d'absence ou de maladie... (2). — Si le particulier qui aurait été invité par le secrétaire à se rendre au bureau par-

(1) Dev.-Car., 63, 1, 442.
(2) Réglement de 1810, art. 29. Comp., ci-dessus, p. 321.

ticulier ou général des prud'hommes ne paraît point, il lui sera envoyé une citation, qui lui sera remise par l'huissier attaché au conseil. Cette citation, qui contiendra la date des jour, mois et an, les nom, profession et domicile du demandeur, les nom et demeure du défendeur, énoncera sommairement les motifs qui le font appeler (1). — La citation sera notifiée au domicile du défendeur, et il y aura un jour au moins entre celui où elle aura été remise et le jour indiqué pour la comparution, si la partie est domiciliée dans la distance de trois myriamètres; si elle est domiciliée au delà de cette distance, il sera ajouté un jour pour trois myriamètres. Dans le cas où les délais n'auraient pas été observés, si le défendeur ne paraît point, les prud'hommes ordonneront qu'il lui soit envoyé une nouvelle citation : alors les frais de la première citation seront à la charge du demandeur (2).

Au jour fixé par la lettre du secrétaire ou par la citation de l'huissier, les parties comparaîtront devant le bureau particulier des prud'hommes, sans pouvoir être admises à faire signifier aucune défense (3). — Les parties seront d'abord entendues contradictoirement. Le bureau particulier ne négligera rien pour les concilier; s'il ne peut y parvenir, il les renverra devant le bureau général, qui statuera sur-le-champ (4).

Si, au jour indiqué par la lettre du secrétaire ou par la citation de l'huissier, l'une des parties ne comparaît pas, la cause sera jugée par défaut, sauf l'envoi d'une nouvelle citation, dans le cas prévu au dernier paragraphe de l'art. 31 (5). — La partie condamnée par défaut pourra former opposition, dans les trois jours de la signification faite par l'huissier du conseil. Cette opposition contiendra sommairement

(1) Règlement de 1810, art. 30.
(2) Même règlement, art. 31.
(3) Même règlement, art. 32. — Soit devant le bureau particulier, soit devant le bureau général, elles peuvent être assistées d'un conseil, notamment d'un avocat. Voy. MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. I, nos 559 et 560.
(4) Même règlement, art. 22 et 36.
(5) Même règlement, art. 41.

les moyens de la partie, et assignation au premier jour de séance du conseil des prud'hommes, en observant toutefois les délais prescrits pour les citations; elle indiquera en même temps les jour et heure de la comparution; et sera notifiée ainsi qu'il est dit ci-dessus (1). — Si le conseil des prud'hommes sait par lui-même ou par les représentations qui lui seront faites par les proches voisins ou amis du défendeur, que celui-ci n'a pu être instruit de la contestation, il pourra, en adjugeant le défaut, fixer pour le délai de l'opposition le temps qui lui paraîtra convenable; et, dans le cas où la prorogation n'aurait été ni accordée d'office ni demandée, le défaillant pourra être relevé de la rigueur du délai et admis à opposition, en justifiant qu'à raison d'absence ou de maladie grave il n'a pu être instruit de la contestation (2). — La partie opposante qui se laisserait juger une seconde fois par défaut ne sera plus admise à former une nouvelle opposition (3). — Les jugements par défaut qui n'ont pas été exécutés dans le délai de six mois sont réputés non avenus (4).

Les jugements des conseils de prud'hommes sont signés par le président et par le secrétaire (5).

Les jugements des conseils de prud'hommes sont définitifs et sans appel, lorsque le chiffre de la demande n'excède pas deux cents francs en capital. Au-dessus de deux cents francs, les jugements sont sujets à l'appel devant le tribunal de commerce (6). — L'appel ne sera pas recevable après les trois mois de la signification faite par l'huissier attaché au conseil (7).

(1) Règlement de 1810, art. 42.
(2) Même règlement, art. 43.
(3) Même règlement, art. 44.
(4) Loi du 1er juin 1853, art. 15.
(5) Loi du 1er juin 1853, art. 12.
(6) Loi du 1er juin 1853, art. 13. — D'après le règlement du 20 février 1810 (art. 23 *in fine*), pour que le jugement fût en dernier ressort, il fallait que le différend n'excédât pas soixante francs en principal et en accessoires; mais le décret du 3 août 1810 (art. 2) avait porté à cent francs le taux maximum de la compétence en dernier ressort.
(7) Règlement de 1810, art. 38. — C'est sans doute par oubli que la loi du 3 mai 1862 n'a pas réduit ce délai à deux mois.

Lorsque le chiffre de la demande excède deux cents francs, le jugement de condamnation peut ordonner l'exécution immédiate, et à titre de provision, jusqu'à concurrence de cette somme, sans qu'il soit besoin de fournir caution. Pour le surplus, l'exécution provisoire ne peut être ordonnée qu'à la charge de fournir caution (1).

Les jugements rendus par le bureau général des prud'hommes, lorsque les parties n'auront pu être conciliées par le bureau particulier, seront mis à exécution vingt-quatre heures après la signification, et provisoirement, sauf l'appel (2)...

— On s'est demandé si les jugements rendus en dernier ressort par les conseils de prud'hommes ne sont susceptibles de recours en cassation que pour excès de pouvoir ou incompétence, ou si, au contraire, ils en sont susceptibles d'une manière générale, pour toute violation de la loi. La Cour de cassation, par son arrêt du 20 décembre 1852, s'est prononcée avec raison dans ce dernier sens : « Par la loi de son « institution, dit-elle, la Cour de cassation est appelée à pro- « noncer sur toutes demandes en cassation formées contre « les jugements en dernier ressort. Si par la loi du 27 ven- « tôse an VIII et par celle du 25 mai 1838, le législateur a cru « devoir faire une exception pour les jugements des juges de « paix, qui ne peuvent être déférés à la censure de la Cour de « cassation que pour excès de pouvoir, et pour les jugements « des tribunaux militaires, qui ne peuvent l'être que pour « incompétence ou excès de pouvoir, il n'en est pas de même « des jugements en dernier ressort rendus par les conseils « de prud'hommes, en faveur desquels aucune loi n'a fait « d'exception semblable et qui dès lors restent soumis à « l'empire de la règle générale en matière de pourvoi » (3).

(1) Loi du 1er juin 1853, art. 14.

(2) Règlement de 1810, art. 27.

(3) Dev.-Car., 53, 1, 101. — Dans l'espèce, la Cour suprême casse le jugement pour violation de l'art. 1134 du Code civil.

Je lis dans un arrêt de cassation, du 14 février 1883, « qu'aux termes de l'art. 49 du décret du 11 juin 1809, combiné avec l'art. 262 du Code de procédure, les témoins entendus dans une enquête devant les conseils de prud'hommes ne doivent être admis à faire leur déposition qu'après

— Les parties peuvent toujours se présenter volontairement devant les prud'hommes pour être conciliées par eux : dans ce cas, elles sont tenues de déclarer qu'elles demandent leurs bons offices. Cette déclaration sera signée par elles, ou mention en sera faite si elles ne savent signer. Il ne sera rien payé pour cet objet (1).

En ce qui concerne les *prud'hommes pêcheurs*, il est à remarquer qu'ils jugent *sans forme ni figure de procès, et même sans écriture*. D'où la Cour suprême a tiré la conséquence que leurs jugements ne peuvent pas être l'objet d'un pourvoi en cassation : « Cette dispense d'écrire leurs jugements, dit la Cour, « affranchit nécessairement ceux qu'ils rendent, en matière « civile, d'un recours direct en cassation, puisque, d'après « les anciens règlements toujours subsistants, nul pourvoi ne « peut être reçu par la Chambre des requêtes qu'autant « qu'on y a joint une copie signifiée ou une expédition de la « décision attaquée. Cette obligation du demandeur n'est pas « une simple formalité de procédure, ce qui permettrait de « dire que l'impossibilité de la remplir dans le cas particulier « doit dispenser de son accomplissement : en effet, la néces- « sité de cette production tient au principe le plus fondamen- « tal de ceux qui régissent la Cour de cassation, principe « qui, rendant cette Cour juge du droit seulement, l'oblige à « prendre pour base de son examen les faits constatés par les « jugements mêmes qui lui sont déférés » (2).

Il faut, du reste, aller plus loin : il faut reconnaître que les jugements des prud'hommes pêcheurs sont souverains dans le sens le plus absolu du mot, c'est-à-dire qu'ils ne peuvent

avoir prêté le serment de dire la vérité; que cette formalité est prescrite à peine de nullité, et que son accomplissement doit, par suite, être, sous la même peine, mentionné soit dans le procès-verbal d'enquête, soit dans le jugement, selon que le litige comporte ou non la rédaction d'un procès-verbal (voy. les art. 52 et 53 du règlement); que, dans l'espèce, le conseil des prudhommes de Lyon a fondé sa décision sur la déposition de plusieurs témoins entendus à son audience, sans que le jugement constate qu'ils ont prêté le serment prescrit par la loi » (Sir., 84, 1, 328).

(1) Règlement de 1810, art. 58.

(2) Arrêt du 13 juillet 1847 (Dev.-Car., 48, 1. 400).

être attaqués devant aucun tribunal. Voici en quels termes le tribunal civil de Montpellier a fait application de ce principe, le 16 août 1855 : « D'après leur titre d'institution, les prud'-« hommes pêcheurs, élus en la manière accoutumée, ont seuls « le droit de connaître de la police de la pêche, et de juger « souverainement, sans forme ni figure de procès et sans « écriture, et sans appeler avocats ou procureurs, la contra-« vention à ladite police. Les prud'hommes ont droit d'exé-« cuter eux-mêmes, sur-le-champ, leur jugement non écrit, « sans formalité de procédure. Il suit de ces principes cer-« tains sur la juridiction anormale des prud'hommes que, « lorsqu'un acte émané d'eux est déféré aux tribunaux ordi-« naires, il y a lieu d'examiner si l'acte est une pure voie de « fait ou bien si c'est un acte juridictionnel. Au premier cas, « il peut être réprimé : car, parce qu'un pêcheur est prud'-« homme, il ne peut pas commettre, en dehors de ses fonc-« tions, des actes violents ou arbitraires, exempts du con-« trôle du pouvoir judiciaire commun. Au second cas, si l'acte « est un acte juridictionnel, les tribunaux ordinaires sont « incompétents pour l'infirmer... » (1).

(1) Ce jugement a été confirmé en appel par un arrêt du 3 avril 1856 (Dev.-Car., 56, 1, 525).

FIN DU TOME SIXIÈME ET DERNIER.

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES

LIVRE TROISIÈME. — DES FAILLITES ET DES BANQUEROUTES.

TITRE II. — DES BANQUEROUTES (Ch. D.).

Étymologie et sens du mot *banqueroute*, p. 1.

Un homme ne peut être condamné comme banqueroutier qu'après que sa faillite a été déclarée par le tribunal de commerce, p. 3.

CHAPITRE I. — DE LA BANQUEROUTE SIMPLE.

§ I. DES CAS OU IL Y A BANQUEROUTE SIMPLE.

Ces cas appartiennent à deux classes distinctes, p. 28.

I. *Cas où le commerçant failli* SERA DÉCLARÉ *banqueroutier simple*, p. 30.

1^er^ *cas :* les dépenses du failli sont jugées excessives, p. 30.

2^e^ *cas :* il a consommé de fortes sommes à des opérations aléatoires ou fictives, p. 31.

3^e^ *cas :* il a employé des moyens ruineux pour retarder sa faillite, p. 35.

4^e^ *cas :* ayant cessé ses paiements, il a payé un créancier au préjudice de la masse, p. 39.

II. *Cas où le commerçant failli* POURRA ÊTRE DÉCLARÉ *banqueroutier simple*, p. 43.

1^er^ *cas :* il a contracté à découvert, pour autrui, des engagements trop considérables, p. 44.

2^e^ *cas :* il est déclaré en faillite, n'ayant pas exécuté un précédent concordat, p. 45.

3^e^ *cas :* marié sous le régime dotal ou séparé de biens, il n'a pas observé les art. 69 et 70, p. 47.

4^e^ *cas :* il n'a pas fait au greffe la déclaration exigée par les art. 438 et 439, p. 49.

5e *cas* : sans empêchement légitime, il ne s'est pas présenté aux syndics ou à justice, p. 50.

6e *cas* : il n'a pas tenu de livres, ses livres ou inventaires sont inexacts, p. 53.

Si l'individu poursuivi comme étant dans un des cas de banqueroute simple et acquitté peut encore être poursuivi comme étant dans un autre cas de banqueroute simple, p. 54.

Si, en matière de banqueroute simple, la loi punit la *tentative* et la *complicité*, p. 57.

§ II. DES PEINES INFLIGÉES AU FAILLI COUPABLE DE BANQUEROUTE SIMPLE.

Règle posée par le Code de commerce de 1808 et par le Code pénal de 1810, p. 59. — Droit actuel, p. 61.

§ III. DES PERSONNES QUI PEUVENT POURSUIVRE LE DÉLIT DE BANQUEROUTE SIMPLE, ET DE LA PROCÉDURE.

La banqueroute simple est de la compétence des tribunaux correctionnels ; elle peut cependant être jugée par la Cour d'assises, p. 62.

La loi dit que les cas de banqueroute simple sont jugés sur la poursuite des syndics; de tout créancier ou du ministère public, p. 63.

De la prescription de l'action, p. 64.

Le jugement du tribunal correctionnel est susceptible d'appel, conformément au droit commun, p. 66.

§ IV. PAR QUI SONT SUPPORTÉS LES FRAIS DE LA POURSUITE EN BANQUEROUTE SIMPLE.

Plusieurs cas doivent être distingués :

1er *cas* : la poursuite a été intentée par le ministère public, p. 67.

2e *cas* : la poursuite a été intentée par les syndics, p. 69.

3e *cas* : la poursuite a été intentée par un créancier, p. 71.

CHAPITRE II. — DE LA BANQUEROUTE FRAUDULEUSE.

§ I. DANS QUELS CAS IL Y A BANQUEROUTE FRAUDULEUSE.

Le Code de 1808 distinguait des cas où le failli *devait* et des cas où le failli *pouvait* être poursuivi comme banqueroutier frauduleux, p. 74.

Ce système a été corrigé en 1838, p. 76.

En matière de banqueroute frauduleuse, la loi punit la *tentative* et la *complicité*, p. 79.

§ II. DES PEINES INFLIGÉES PAR LA LOI AU CRIME DE BANQUEROUTE FRAUDULEUSE.

Ancien droit et Code pénal de 1810, p. 80.

Si la peine des travaux forcés, pour cinq ans au moins et pour vingt ans au plus, est toujours prononcée, p. 81.

Pénalité exceptionnelle en ce qui concerne les agents de change et les courtiers, p. 83.

Conséquences attachées à la condamnation, p. 85.

§ III. DE LA PROCÉDURE EN MATIÈRE DE BANQUEROUTE FRAUDULEUSE.

On applique les règles générales posées au Code d'instruction criminelle, p. 87.

Prescription de l'action, p. 90.

§ IV. DES FRAIS DE POURSUITE EN BANQUEROUTE FRAUDULEUSE.

Du cas où il n'y a pas eu constitution de partie civile, p. 91.

Du cas où les syndics se sont portés partie civile, p. 91.

Du cas où le failli a été reconnu coupable de banqueroute frauduleuse et d'un autre crime, p. 93.

L'arrêt de la Cour d'assises doit être affiché et publié, p. 94.

CHAPITRE III. — DES CRIMES ET DES DÉLITS COMMIS DANS LES FAILLITES PAR D'AUTRES QUE PAR LES FAILLIS.

§ I. DES TIERS QUI ENCOURENT LA PEINE DE LA BANQUEROUTE FRAUDULEUSE OU LA PEINE DU VOL.

Complices du crime de banqueroute frauduleuse, p. 96.

Individus qui ont frauduleusement présenté dans la faillite et affirmé des créances supposées, p. 101.

Individus qui, faisant le commerce sous un faux nom, commettent des faits prévus par l'art. 591, p. 105.

Proches parents ou alliés qui sans complicité ont diverti, détourné ou recélé, p. 107.

De certaines questions civiles sur lesquelles la Cour ou le tribunal peut avoir à statuer, p. 110.

§ II. DES SYNDICS QUI SE RENDENT COUPABLES DE MALVERSATION DANS LEUR GESTION.

Les syndics peuvent commettre un abus de confiance; toute malversation de leur part est punissable, p. 115.

§ III. DES CONVENTIONS NUISIBLES A LA MASSE FAITES PAR DES CRÉANCIERS AVEC LE FAILLI OU AVEC UN TIERS.

Du cas où un créancier a vendu son vote, p. 120.

Du cas où un créancier a fait un traité particulier duquel résulte en sa faveur un avantage à la charge de l'actif du failli, p. 124.

Dans les deux cas, quelle est, en droit privé, la valeur de la convention, p. 135.

L'annulation de la convention peut être poursuivie par la voie civile, p. 142.

CHAPITRE IV. — DE L'ADMINISTRATION DES BIENS EN CAS DE BANQUEROUTE.

La loi de 1838 se borne ici, en général, à reproduire le système de l'ancien Code, p. 152.

Si les art. 465 et 466 du Code d'instruction criminelle peuvent s'appliquer, p. 158.

TITRE III. — DE LA RÉHABILITATION (Ch. D.).

Il peut y avoir réhabilitation soit au profit du commerçant failli, soit au profit de l'individu condamné à une peine afflictive ou infamante ou à une peine correctionnelle, p. 161.

§ I. A QUELLES CONDITIONS UN FAILLI PEUT ÊTRE RÉHABILITÉ.

En général, un failli peut être réhabilité, quoiqu'il n'ait pas obtenu de concordat, quoiqu'il n'ait pas été déclaré excusable, s'il a payé toutes ses dettes, en capital, intérêts et frais, p. 162.

Du cas où un associé est en faillite par suite de la faillite de la société, p. 165.

Par exception, certains faillis ne peuvent jamais être réhabilités, p. 171.

Un failli peut être réhabilité après sa mort, p. 174.

§ II. DE LA PROCÉDURE A SUIVRE POUR OBTENIR LA RÉHABILITATION.

La réhabilitation est prononcée par les Cours d'appel, p. 175.
Des mesures que prend la Cour d'appel pour statuer en connaissance de cause, p. 177.
De l'opposition à la réhabilitation, p. 178.
Si les conclusions écrites du procureur général doivent être communiquées au failli, p. 184.
Qui a qualité pour provoquer l'arrêt de la Cour, p. 186.
Si la Cour a un certain pouvoir d'appréciation, p. 187.
Du cas où la Cour rejette la demande en réhabilitation, p. 193.
Du cas où la Cour admet la demande en réhabilitation, p. 194.

§ III. DES EFFETS QUI RÉSULTENT DE LA RÉHABILITATION.

La réhabilitation fait disparaître les incapacités qui ne tenaient point au dessaisissement, p. 196.
1° Incapacités politiques, p. 197.
2° Incapacités commerciales, p. 213.
3° Incapacités qui tiennent à ce que l'honorabilité du failli est suspecte, p. 217.
Si la disposition de l'art. 563 du Code de commerce cesse seulement par la réhabilitation, p. 221.
Du cas où un failli aurait été réhabilité avant d'avoir payé toutes ses dettes, p. 222.

LIVRE QUATRIÈME. — DE LA JURIDICTION COMMERCIALE.

Aperçu général sur les juridictions et sur la compétence (*leçon de M. Bravard*), p. 226.

TITRE I. — ORGANISATION DES TRIBUNAUX DE COMMERCE (Ch. D.).

Historique des tribunaux de commerce, p. 248.
Si l'institution des tribunaux de commerce est bonne en elle-même, si elle peut être améliorée, p. 250.
A qui il appartient d'établir des tribunaux de commerce, et quel est le ressort de chacun de ces tribunaux, p. 255.
De quels magistrats est composé chaque tribunal de commerce, p. 257.

Comment sont nommés les membres des tribunaux de commerce, p. 259.

Des officiers établis près des tribunaux de commerce, p. 280.

Règles particulières concernant la discipline, la manière dont doivent être rendus les jugements, etc., p. 296.

Comment sont jugées les affaires commerciales dans les arrondissements où il n'existe pas de tribunal de commerce, p. 308.

APPENDICE AU TITRE Ier. Organisation des conseils de prud'hommes, p. 314.

TITRE II. — COMPÉTENCE DES TRIBUNAUX DE COMMERCE (Ch. D.).

Si l'incompétence des tribunaux civils en matière commerciale n'est qu'une incompétence *relative*, p. 323.

Anciennement il était de principe que les commerçants seuls peuvent être traduits devant les tribunaux consulaires, p. 327.

Aujourd'hui nous distinguons la compétence *réelle*, la compétence *personnelle* et la compétence *mixte*, p. 328.

I. PRINCIPAUX CAS DE COMPÉTENCE RÉELLE.

Les tribunaux de commerce connaissent, entre toutes personnes, des contestations relatives aux actes de commerce, p. 334.

Achat de denrées et marchandises pour les revendre ou pour en louer simplement l'usage, p. 337.

Entreprise de manufactures, de commission, de transport par terre ou par eau, p. 359.

Entreprise de fournitures, d'agences, bureaux d'affaires, établissements de vente à l'encan, de spectacles publics, p. 373.

Opérations de change, banque et courtage, p. 385.

Lettres de change ou remises d'argent faites de place en place, p. 393.

Entreprises ou opérations qui se rattachent au commerce maritime, p. 397. — Entreprise de constructions, achats, ventes et reventes de bâtiments pour la navigation intérieure et extérieure, p. 399; — expéditions maritimes, p. 402; — achat ou vente d'agrès, apparaux et avitaillements, p. 405; — affrétement ou nolissement, emprunt ou prêt à la grosse, assurances et autres contrats concernant le commerce de mer, p. 405; — accords et conventions pour salaires et loyers d'équipages, engagements de

gens de mer pour le service de bâtiments de commerce, p. 413.
Incident sur la compétence en matière de prises, p. 414.
Compétence en matière de société, p. 415.
Compétence en matière de faillite, p. 417.
Des marques de fabrique et des marques de commerce, p. 422.

II. COMPÉTENCE PERSONNELLE.

L'engagement contracté par un commerçant est présumé commercial, p. 424.
Actions contre les facteurs, commis ou serviteurs des marchands, p. 431.
Actions contre les comptables de deniers publics, p. 438.

III. COMPÉTENCE MIXTE.

Compétence en matière de billets à ordre et de lettres de change réputées simples promesses, p. 451.

IV. SI LES TRIBUNAUX DE COMMERCE PEUVENT QUELQUEFOIS JUGER DES QUESTIONS CIVILES.

Du cas où l'on a cautionné une obligation commerciale, p. 459.
Du cas où la partie actionnée devant un tribunal de commerce veut appeler garant en cause, p. 461.
De la demande reconventionnelle formée devant le tribunal de commerce, p. 463.

APPENDICE AU TITRE II. Compétence des conseils de prud'hommes, p. 464.

TITRE III. — DE LA FORME DE PROCÉDER DEVANT LES TRIBUNAUX DE COMMERCE (Ch. D.).

Règles relatives à la demande (compétence *ratione personæ*), p. 471.
Règles relatives à l'instruction, p. 488.
Règles relatives au jugement, p. 508. — Des jugements par défaut, p. 509. — De l'exécution des jugements, p. 519.

TITRE IV. — DE L'APPEL DES JUGEMENTS EN MATIÈRE COMMERCIALE (Ch. D.).

Quels jugements sont susceptibles d'appel, p. 536.
Devant qui est porté l'appel, p. 540.
Quel est le délai pour interjeter appel, p. 541.
Des effets de l'appel, et de la procédure en appel, p. 547.
APPENDICE AUX TITRES III ET IV. Procédure devant les prud'-hommes; appel de leurs jugements, 552.

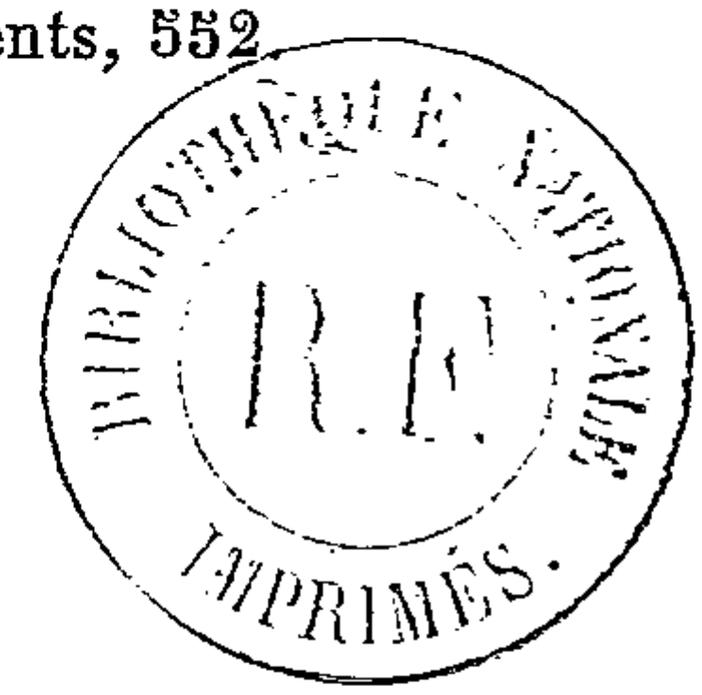


TABLE DES TEXTES DE LOIS

EXPLIQUÉS DANS CE VOLUME

CODE DE COMMERCE.

Articles.	Pages.
584.	61, 62 et 63.
585.	30.
586.	43.
587.	68.
588.	70.
589.	71.
590.	72.
591.	77.
592.	91.
593.	97.
594.	107.
595.	111.
596.	117.
597.	119.
598.	136.
599.	142.
600.	66, 73, 95 et 151.
601.	154.
602.	157.
603.	157.
604.	162.
605.	176.
606.	177.
607.	178.
608.	178.
609.	182.
610.	186.
611.	195.
612.	171.
613.	213.
614.	174.
615.	255.
616.	256.
617.	257.
618.	261.
619.	261.
620.	267.
621.	270.
622.	275.
623.	276.
624.	286.
625.	293.
626.	303.
627.	281.
628.	299.
629.	299.
630.	296.
631.	331 et 424.
632.	334.
633.	397.
634.	431.
635.	417.
636.	451.
637.	451.
638.	424 et 438.
639.	536.
640.	308.
641.	308.
642.	470.
643.	514.
644.	540.
645.	521 et 541.
646.	540.
647.	547.
648.	550.

PARIS. — TYPOGRAPHIE DE E. PLON, NOURRIT ET Cie, RUE GARANCIÈRE, 8.

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE RF

LIBRAIRIE MARESCQ AINÉ. CHEVALIER-MARESCQ & Cie, ÉDITEURS

PANDECTES FRANÇAISES

NOUVEAU RÉPERTOIRE

DE DOCTRINE, DE LÉGISLATION ET DE JURISPRUDENCE

RÉDIGÉ SOUS LA DIRECTION DE

M. RIVIÈRE

Conseiller à la Cour de cassation

AVEC LA COLLABORATION DE MM. :

AUBÉPIN, président du Tribunal civil de la Seine.
AUBERTIN, conseiller à la Cour d'appel d'Aix.
BAILLY, doyen de la Faculté de droit de Dijon.
BALLOT-BEAUPRÉ, conseiller à la Cour de cassation.
BANASTON, procureur de la République près le tribunal de la Seine.
BARBIER, premier président de la Cour de cassation.
BEAUCHET, professeur à la Faculté de droit de Nancy.
BERNARD, conseiller à la Cour de cassation.
BERTON, conseiller à la Cour d'Orléans.
BLANCHE (ALFRED), ancien conseiller d'État.
BOUTMY, membre de l'Institut, directeur de l'Ecole libre des sciences politiques.
BUCHÈRE, conseiller à la Cour d'appel de Paris.
CABOUAT, professeur à la Faculté de droit de Caen.
CHATEL, professeur à la Faculté de droit de Rennes.
CHAUFTON, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation.
COLMET DE SANTERRE, membre de l'Institut, doyen de la Faculté de droit de Paris.
DAUPHIN, sénateur, ancien ministre.
DEVÈS, sénateur, ancien garde des sceaux.
DUBOIN, procureur général près la Cour d'appel de Grenoble.
DUFRAISSE, avocat à la Cour d'appel de Paris, directeur du *Journal des tribunaux de commerce*.
FABREGUETTES, premier président de la Cour d'appel de Toulouse.
FALATEUF (OSCAR), ancien bâtonnier de l'ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris.
FALCIMAIGNE, procureur général près la Cour d'appel de Paris.
FAURE (FERNAND), professeur à la Faculté de droit de Bordeaux.
FÉRAUD-GIRAUD, conseiller à la Cour de cassation.
FLAMAND, avocat à la Cour d'appel de Paris, rédacteur en chef du journal *la Loi*.
FOURCADE, premier président de la Cour d'appel de Lyon.
GARNIER, conseiller-maître à la Cour des comptes.
GUILLOUARD, professeur à la Faculté de droit de Caen.
HORTELOUP, conseiller à la Cour d'appel de Paris.
HOUYVET, premier président de la Cour d'appel de Caen.
HUGUES, conseiller à la Cour d'appel d'Alger.
LAINÉ, professeur à la Faculté de droit de Paris.
LAVOLLÉE (RENÉ), ancien Consul général de France.
LEFEBVRE, professeur à la Faculté de droit de Paris.
LOUIS-LUCAS, professeur agrégé à la Faculté de droit de Dijon.
MAILLET, procureur général près la Cour d'appel de Dijon.
MARIGNAN, premier président de la Cour d'appel de Dijon.
MULLE, conseiller à la Cour d'appel de Paris.
MUTEAU, conseiller à la Cour d'appel de Paris.
OGER DU ROCHER, premier président de la Cour d'appel de Limoges.
PALLAIN, conseiller d'Etat, directeur général des douanes.
PÉRIVIER, premier président de la Cour d'appel de Paris.
POUILLET, avocat à la Cour d'appel de Paris.
RUBEN DE COUDER, conseiller à la Cour de cassation.
SERRE, premier président de la Cour d'appel de Nancy.
SERRES DE GAUZY, ancien magistrat, avocat.
VILLEY (E.), doyen de la Faculté de droit de Caen.
WEISS, professeur à la Faculté de droit de Paris.

MODE DE PUBLICATION

Le Répertoire se publie en volumes in-4° imprimés en deux colonnes avec des caractères entièrement neufs, sur beau papier glacé. Chaque volume comprend 800 pages, et le prix en est fixé à **Vingt-cinq francs** broché et **Vingt-huit francs** relié.

Mais, pour les souscripteurs à l'ouvrage complet, le prix en est réduit à **Vingt francs** le volume broché et **Vingt-trois francs** relié, payables après réception de chaque volume.

LIBRAIRIE MARESCQ AINÉ. CHEVALIER-MARESCQ & Cie, ÉDITEURS

PANDECTES CHRONOLOGIQUES

OU

COLLECTION NOUVELLE RÉSUMANT LA JURISPRUDENCE

DE 1789 A 1886

DATE DE LA CRÉATION DU

RECUEIL MENSUEL

COMPRENANT

TOUTES LES DÉCISIONS IMPORTANTES ET PRATIQUES DE LA COUR DE CASSATION

DES COURS D'APPEL, DES TRIBUNAUX CIVILS, DE COMMERCE ET DE PAIX

DU TRIBUNAL DES CONFLITS, DU CONSEIL D'ÉTAT

DES CONSEILS DE PRÉFECTURE ET AUTRES JURIDICTIONS

PAR

M. RUBEN DE COUDER

CONSEILLER A LA COUR DE CASSATION

Six beaux et forts volumes in-4° à deux colonnes, sur papier satiné, dont le prix est de :

20 francs le volume broché et 23 francs relié
pour les souscripteurs à la collection. — 25 francs le volume broché,
28 francs relié, pour les non-souscripteurs.

LIBRAIRIE MARESCQ AINÉ. CHEVALIER-MARESCQ & Cie, ÉDITEURS

FAISANT SUITE A LA COLLECTION PRÉCITÉE

RECUEIL MENSUEL

DE JURISPRUDENCE ET DE LÉGISLATION

DES

PANDECTES FRANÇAISES

PUBLIÉ

Sous le patronage et avec la collaboration de membres les plus éminents de la magistrature, de l'école et du barreau

Formant chaque année un volume de plus de 1,200 pages

DIVISÉ EN SIX PARTIES :

1° Arrêts de la Cour de cassation;

2° Jurisprudence des cours et tribunaux;

3° Lois annotées;

4° Jurisprudence administrative;

5° Jurisprudence et législation étrangères;

6° Jurisprudence en matière d'enregistrement, de timbre, etc. Instructions et solutions de la régie.

Abonnement : **20** *francs par an.*

Chaque année parue forme un beau volume in-4°. Prix (*franco*) : **20** fr.; relié, **23** fr.

LIBRAIRIE MARESCQ AINÉ. CHEVALIER-MARESCQ & Cie, ÉDITEURS

RÉPÉTITIONS ÉCRITES

SUR LE

CODE DE COMMERCE

contenant

L'exposé des principes généraux, leurs motifs,
l'analyse des opinions de plusieurs professeurs ou auteurs
et de la jurisprudence sur les questions controversées,
la solution de ces questions,
l'explication des lois qui complètent ou modifient le code,
l'exposé de la législation sur le timbre et l'enregistrement
en matière commerciale,
un résumé à la fin de chaque titre,

PAR

H.-F. RIVIÈRE

Conseiller à la Cour de cassation

Huitième Édition

Revue, corrigée, augmentée et suivie d'un Formulaire.

Un fort volume in-8°. . . . . 12 fr. 50

HISTOIRE

DES

INSTITUTIONS DE L'AUVERGNE

contenant

UN ESSAI HISTORIQUE

SUR

LE DROIT PUBLIC ET PRIVÉ DANS CETTE PROVINCE

PAR

H.-F. RIVIÈRE

Conseiller à la Cour de cassation

Deux beaux volumes in-8° raisin, avec une carte coloriée, 18 fr.

A la même Librairie

CH. ARCHAMBAULT
licencié en droit
avoué à Sancerre

RENÉ SENLY
docteur en droit, avocat du barreau
de Nevers, ancien bâtonnier

DICTIONNAIRE PRATIQUE
DES
ACTIONS POSSESSOIRES ET DU BORNAGE
CONTENANT
Avec l'exposé des principes de la matière,
le texte entier des documents de jurisprudence et des lois spéciales
cités dans le corps de l'ouvrage

2 beaux vol. grand in-8°, imprimés sur deux colonnes. Prix : **20** fr.

J. BÉDARRIDE
Avocat près la Cour d'appel d'Aix, ancien bâtonnier, membre correspondant de l'Académie de législation de Toulouse, officier de la Légion d'honneur.

DES CHEMINS DE FER
AU POINT DE VUE DU
TRANSPORT DES VOYAGEURS ET DES MARCHANDISES
Troisième édition, revue et annotée
Par H.-F. RIVIÈRE
Conseiller à la Cour de cassation.

Deux volumes in-8°..... **18** fr.

J. BÉDARRIDE

TRAITÉ DU DOL ET DE LA FRAUDE
EN MATIÈRE CIVILE ET COMMERCIALE
Revu et Annoté
PAR
H.-F. RIVIÈRE
CONSEILLER A LA COUR DE CASSATION

4e Édition. — 4 forts volumes in-8°. Prix..... **36** fr.

PARIS. — TYP. DE E. PLON, NOURRIT ET Cie, RUE GARANCIÈRE, 8.

DESACIDIFIE
A SABLE - 2006

TABLE ANALYTIQUE DES MATIERES

LIVRE TROISIEME. - DES FAILLITES ET DES BANQUEROUTES.

TITRE II. - DES BANQUEROUTES (Ch. D.).

Etymologie et sens du mot *banqueroute,*

Un homme ne peut être condamné comme banqueroutier qu'après que sa faillite a été déclarée par le tribunal de commerce,

CHAPITRE I. - DE LA BANQUEROUTE SIMPLE.

§ I. DES CAS OU IL Y A BANQUEROUTE SIMPLE.

Ces cas appartiennent à deux classes distinctes,

I. *Cas où le commerçant failli* SERA DECLARE *banqueroutier simple,*

1er *cas:* les dépenses du failli sont jugées excessives,

2e *cas:* il a consommé de fortes sommes à des opérations aléatoires ou fictives,

3e *cas:* il a employé des moyens ruineux pour retarder sa faillite,

4e *cas:* ayant cessé ses paiements, il a payé un créancier au préjudice de la masse,

II. *Cas où le commerçant failli* POURRA ETRE DECLARE *banqueroutier simple,*

1er *cas:* il a contracté à découvert, pour autrui, des engagements trop considérables,

2e *cas:* il est déclaré en faillite, n'ayant pas exécuté un précédent concordat,

3e *cas:* marié sous le régime dotal ou séparé de biens, il n'a pas observé les art. 69 et 70,

4e *cas:* il n'a pas fait au greffe la déclaration exigée par les art. 438 et 439,

5e *cas:* sans empêchement légitime, il ne s'est pas présenté aux syndics ou à justice,

6e *cas:* il n'a pas tenu de livres, ses livres ou inventaires sont inexacts,

Si l'individu poursuivi comme étant dans un des cas de banqueroute simple et acquitté peut encore être poursuivi comme étant dans un autre cas de banqueroute simple,

Si, en matière de banqueroute simple, la loi punit la *tentative* et la *complicité,*

§ II. DES PEINES INFLIGEES AU FAILLI COUPABLE DE BANQUEROUTE SIMPLE.

Règle posée par le Code de commerce de 1808 et par le Code pénal de 1810,

- Droit actuel,

§ III. DES PERSONNES QUI PEUVENT POURSUIVRE LE DELIT DE BANQUEROUTE SIMPLE, ET DE LA PROCEDURE.

La banqueroute simple est de la compétence des tribunaux correctionnels; elle peut cependant être jugée par la Cour d'assises,

La loi dit que les cas de banqueroute simple sont jugés sur la poursuite des syndics; de tout créancier ou du ministère public,

De la prescription de l'action,

Le jugement du tribunal correctionnel est susceptible d'appel, conformément au droit commun,

§ IV. PAR QUI SONT SUPPORTES LES FRAIS DE LA POURSUITE EN BANQUEROUTE SIMPLE.

Plusieurs cas doivent être distingués:

1er *cas:* la poursuite a été intentée par le ministère public,

2e *cas:* la poursuite a été intentée par les syndics,

3e *cas:* la poursuite a été intentée par un créancier,

CHAPITRE II. - DE LA BANQUEROUTE FRAUDULEUSE.

§ I. DANS QUELS CAS IL Y A BANQUEROUTE FRAUDULEUSE.

Le Code de 1808 distinguait des cas où le failli *devait* et des cas où le failli *pouvait* être poursuivi comme banqueroutier frauduleux,

Ce système a été corrigé en 1838,

En matière de banqueroute frauduleuse, la loi punit la *tentative* et la *complicité,*

§ II. DES PEINES INFLIGEES PAR LA LOI AU CRIME DE BANQUEROUTE FRAUDULEUSE.

Ancien droit et Code pénal de 1810,

Si la peine des travaux forcés, pour cinq ans au moins et pour vingt ans au plus, est toujours prononcée,

Pénalité exceptionnelle en ce qui concerne les agents de change et les courtiers,

Conséquences attachées à la condamnation,

§ III. DE LA PROCEDURE EN MATIERE DE BANQUEROUTE FRAUDULEUSE.

On applique les règles générales posées au Code d'instruction criminelle,

Prescription de l'action,

§ IV. DES FRAIS DE POURSUITE EN BANQUEROUTE FRAUDULEUSE.

Du cas où il n'y a pas eu constitution de partie civile,

Du cas où les syndics se sont portés partie civile,

Du cas où le failli a été reconnu coupable de banqueroute frauduleuse et d'un autre crime,

L'arrêt de la Cour d'assises doit être affiché et publié,

CHAPITRE III. - DES CRIMES ET DES DELITS COMMIS DANS LES FAILLITES PAR D'AUTRES QUE PAR LES FAILLIS.

§ I. DES TIERS QUI ENCOURENT LA PEINE DE LA BANQUEROUTE FRAUDULEUSE OU LA PEINE DU VOL.

Complices du crime de banqueroute frauduleuse,

Individus qui ont frauduleusement présenté dans la faillite et affirmé des créances supposées,

Individus qui, faisant le commerce sous un faux nom, commettent des faits prévus par l'art. 591,

Proches parents ou alliés qui sans complicité ont diverti, détourné ou recélé,

De certaines questions civiles sur lesquelles la Cour ou le tribunal peut avoir à statuer,

§ II. DES SYNDICS QUI SE RENDENT COUPABLES DE MALVERSATION DANS LEUR GESTION.

Les syndics peuvent commettre un abus de confiance; toute malversation de leur part est punissable,

§ III. DES CONVENTIONS NUISIBLES A LA MASSE FAITES PAR DES CREANCIERS AVEC LE FAILLI OU AVEC UN TIERS.

Du cas où un créancier a vendu son vote,

Du cas où un créancier a fait un traité particulier duquel résulte en sa faveur un avantage à la charge de l'actif du failli,

Dans les deux cas, quelle est, en droit privé, la valeur de la convention,

L'annulation de la convention peut être poursuivie par la voie civile,

CHAPITRE IV. - DE L'ADMINISTRATION DES BIENS EN CAS DE BANQUEROUTE.

La loi de 1838 se borne ici, en général, à reproduire le système de l'ancien Code,

Si les art. 465 et 466 du Code d'instruction criminelle peuvent s'appliquer,

TITRE III. - DE LA REHABILITATION (Ch. D.).

Il peut y avoir réhabilitation soit au profit du commerçant failli, soit au profit de l'individu condamné à une peine afflictive ou infamante ou à une peine correctionnelle,

§ I. A QUELLES CONDITIONS UN FAILLI PEUT ETRE REHABILITE.

En général, un failli peut être réhabilité, quoiqu'il n'ait pas obtenu de concordat, quoiqu'il n'ait pas été déclaré excusable, s'il a payé toutes ses dettes, en capital, intérêts et frais,

Du cas où un associé est en faillite par suite de la faillite de la société,

Par exception, certains faillis ne peuvent jamais être réhabilités,

Un failli peut être réhabilité après sa mort,

§ II. DE LA PROCEDURE A SUIVRE POUR OBTENIR LA REHABILITATION.

La réhabilitation est prononcée par les Cours d'appel,

Des mesures que prend la Cour d'appel pour statuer en connaissance de cause,

De l'opposition à la réhabilitation,

Si les conclusions écrites du procureur général doivent être communiquées au failli,

Qui a qualité pour provoquer l'arrêt de la Cour,

Si la Cour a un certain pouvoir d'appréciation,

Du cas où la Cour rejette la demande en réhabilitation,

Du cas où la Cour admet la demande en réhabilitation,

§ III. DES EFFETS QUI RESULTENT DE LA REHABILITATION.

La réhabilitation fait disparaître les incapacités qui ne tenaient point au dessaisissement,

1° Incapacités politiques,

2° Incapacités commerciales,

3° Incapacités qui tiennent à ce que l'honorabilité du failli est suspecte,

Si la disposition de l'art. 563 du Code de commerce cesse seulement par la réhabilitation,

Du cas où un failli aurait été réhabilité avant d'avoir payé toutes ses dettes,

LIVRE QUATRIEME. - DE LA JURIDICTION COMMERCIALE.

Aperçu général sur les juridictions et sur la compétence *(leçon de M. Bravard),*

TITRE I. - ORGANISATION DES TRIBUNAUX DE COMMERCE (Ch. D.).

Historique des tribunaux de commerce,

Si l'institution des tribunaux de commerce est bonne en elle-même, si elle peut être améliorée,

A qui il appartient d'établir des tribunaux de commerce, et quel est le ressort de chacun de ces tribunaux,

De quels magistrats est composé chaque tribunal de commerce,

Comment sont nommés les membres des tribunaux de commerce,

Des officiers établis près des tribunaux de commerce,

Règles particulières concernant la discipline, la manière dont doivent être rendus les jugements, etc.,

Comment sont jugées les affaires commerciales dans les arrondissements où il n'existe pas de tribunal de commerce,
APPENDICE AU TITRE Ier. Organisation des conseils de prud'hommes,
TITRE II. - COMPETENCE DES TRIBUNAUX DE COMMERCE (Ch. D.).
Si l'incompétence des tribunaux civils en matière commerciale n'est qu'une incompétence *relative,*
Anciennement il était de principe que les commerçants seuls peuvent être traduits devant les tribunaux consulaires,
Aujourd'hui nous distinguons la compétence *réelle,* la compétence *personnelle* et la compétence *mixte,*
I. PRINCIPAUX CAS DE COMPETENCE REELLE.
Les tribunaux de commerce connaissent, entre toutes personnes, des contestations relatives aux actes de commerce,
Achat de denrées et marchandises pour les revendre ou pour en louer simplement l'usage,
Entreprise de manufactures, de commission, de transport par terre ou par eau,
Entreprise de fournitures, d'agences, bureaux d'affaires, établissements de vente à l'encan, de spectacles publics,
Opérations de change, banque et courtage,
Lettres de change ou remises d'argent faites de place en place,
Entreprises ou opérations qui se rattachent au commerce maritime,
- Entreprise de constructions, achats, ventes et reventes de bâtiments pour la navigation intérieure et extérieure,
- Entreprise de constructions, expéditions maritimes,
- Entreprise de constructions, achat ou vente d'agrès, apparaux et avitaillements,
- Entreprise de constructions, affrétement ou nolissement, emprunt ou prêt à la grosse, assurances et autres contrats concernant le commerce de mer,
- Entreprise de constructions, accords et conventions pour salaires et loyers d'équipages, engagements de gens de mer pour le service de bâtiments de commerce,
Incident sur la compétence en matière de prises,
Compétence en matière de société,
Compétence en matière de faillite,
Des marques de fabrique et des marques de commerce,
II. COMPETENCE PERSONNELLE.
L'engagement contracté par un commerçant est présumé commercial,
Actions contre les facteurs, commis ou serviteurs des marchands,
Actions contre les comptables de deniers publics,
III. COMPETENCE MIXTE.
Compétence en matière de billets à ordre et de lettres de change réputées simples promesses,
IV. SI LES TRIBUNAUX DE COMMERCE PEUVENT QUELQUEFOIS JUGER DES QUESTIONS CIVILES.
Du cas où l'on a cautionné une obligation commerciale,
Du cas où la partie actionnée devant un tribunal de commerce veut appeler garant en cause,
De la demande reconventionnelle formée devant le tribunal de commerce,
APPENDICE AU TITRE II. Compétence des conseils de prud'hommes,
TITRE III. - DE LA FORME DE PROCEDER DEVANT LES TRIBUNAUX DE COMMERCE (Ch. D.).
Règles relatives à la demande *(compétence ratione personoe),*
Règles relatives à l'instruction,
Règles relatives au jugement,
- Des jugements par défaut,
- De l'exécution des jugements,
TITRE IV. - DE L'APPEL DES JUGEMENTS EN MATIERE COMMERCIALE (Ch. D.).
Quels jugements sont susceptibles d'appel,
Devant qui est porté l'appel,
Quel est le délai pour interjeter appel,
Des effets de l'appel, et de la procédure en appel,
APPENDICE AUX TITRES III ET IV. Procédure devant les prud'hommes; appel de leurs jugements,
TABLE DES TEXTES DE LOIS EXPLIQUES DANS CE VOLUME
CODE DE COMMERCE.
584.
585.
586.
587.
588.
589.
590.
591.
592.
593.
594.
595.
596.
597.
598.
599.
600. .
601.
602.
603.
604.
605.
606.
607.
608.
609.
610.
611.
612.
613.
614.
615.
616.
617.
618.
619.
620.
621.
622.
623.
624.
625.
626.
627.
628.
629.
630.
631.
632.
633.
634.
635.
636.
637.
638.
639.
640.

641.
642.
643.
644.
645.
646.
647.
648.