



"Contribution a l'étude de la banqueroute en droit africain des états francophones : réexamen des incriminations, nécessité d'une adaptation de la répression au développement économique"

Makoroka, Stanislas

Abstract

NA

Document type : *Thèse (Dissertation)*

Référence bibliographique

Makoroka, Stanislas. *Contribution a l'étude de la banqueroute en droit africain des états francophones : réexamen des incriminations, nécessité d'une adaptation de la répression au développement économique*. Prom. : Coppens, Pierre

40396

FA 511

UNIVERSITE CATHOLIQUE DE LOUVAIN

FACULTE DE DROIT

**CONTRIBUTION A L'ETUDE
DE LA BANQUEROUTE EN DROIT AFRICAIN
DES ETATS FRANCOPHONES**

**REEXAMEN DES INCRIMINATIONS,
NECESSITE D'UNE ADAPTATION DE LA REPRESSION
AU DEVELOPPEMENT ECONOMIQUE**

VOLUME I

UNIVERSITÉ CATH. LOUVAIN

**FACULTÉ DE DROIT
BIBLIOTHÈQUE**

THESE

**présentée en vue de l'obtention du grade de
Docteur spécial en Droit
par**

Stanislas MAKOROKA

Mars 1984

842378050144

AVANT - PROPOS

=====

Nous désirons exprimer nos sincères remerciements à Monsieur le professeur Pierre COPPENS, qui a accepté de diriger ce travail et l'a suivi de bout en bout. Ses conseils bienveillants, ses suggestions nous ont été d'un précieux soutien dans nos recherches. Nous n'oublierons pas l'amabilité et la compréhension dont il a fait preuve à notre égard.

Notre profonde gratitude s'adresse également à Messieurs les professeurs Henri D. BOSLY et Jean-Louis DUPLAT pour leur disponibilité et l'intérêt qu'ils ont porté à l'étude. Son affinement doit beaucoup à leurs observations.

L'Administration générale de la coopération au développement (A.G.C.D.), l'organisme boursier, mérite un acte particulier de reconnaissance pour la prise en charge matérielle de notre séjour en Belgique.

Que les parents, les amis et tous ceux qui, de près ou de loin, nous ont apporté leur soutien, trouvent ici un signe de notre attachement!

La part dans ce travail des êtres qui nous sont les plus chers, nos enfants Lydie et Prospère-Didier, ainsi que Marie-Thérèse, notre épouse et leur mère, est inestimable. Nous devons son aboutissement à leur appui inconditionnel et permanent, que même l'épreuve de la séparation n'a pu ébranler. Nous le leur dédions.

PRINCIPALES ABREVIATIONS

=====

A E F	Afrique équatoriale française
Alg.	Algérie, algérien
An. afric.	Annales africaines
An. dr.	Annales de droit
An. dr. sc. pol. ou ADSP	Annales de droit et des sciences politiques
An. fac. dr. Liège	Annales de la faculté de droit de Liège
An. univ. sc. soc. Toulouse	Annales de l'université des sciences sociales de Toulouse
Arch. philo. droit	Archives de philosophie du droit
A O F	Afrique occidentale française
A R	Arrêté royal
ARSOM	Académie royale des sciences d'outre-mer
Belg. col. com. intern.	Belgique coloniale et commerce international
BJ	Belgique judiciaire
B.O.	Bulletin officiel
B.O.B.	Bulletin officiel du Burundi
B.O.E.I.C.	Bulletin officiel de l'Etat indépendant du Congo
BORU	Bulletin officiel du Rwanda-Urundi
Bull.	Bulletin
Bull. CEPSI	Bulletin du centre d'études des problèmes sociaux indigènes
Bull. IFAN ou Bull. Inst. fr. afr. noire	Bulletin de l'institut français d'Afrique noire
Bull. jur. ind. ou BJI	Bulletin des juridictions indigènes et du droit coutumier congolais
Bull. trib. cout. ou BTC	Bulletin des tribunaux coutumiers
Bull. séances IRCB	Bulletin des séances de l'Institut royal colonial belge
Cass.	Arrêt de la cour de cassation belge
Cass. civ ou civ	Arrêt de la chambre civile de la cour de cassation française
Cass. com ou com	Arrêt de la chambre commerciale de la cour de cassation française
Cass. crim ou crim	Arrêt de la chambre criminelle de la cour de cassation française
C.C.	Code civil
C. Com.	Code de commerce
C.E.R.E.	Centre d'études pour la réforme de l'Etat
Chr.	Chronique

C.I.D.C.	Centre interuniversitaire de droit comparé
C.O.	Code des obligations (civiles et commerciales)
C. pén.	Code pénal
CRA	Compte-rendu analytique
D.L.	Décret-loi
D., chr., J., IR, P.	Dalloz (recueil hebdomadaire), chronique, jurisprudence, informations rapides, périodique
Doc. parl., ch., sénat	Documents parlementaires, chambre, sénat
Elis.	Elisabethville (actuelle Lubumbashi)
Encycl. D.	Encyclopédie Dalloz
fasc.	Fascicule
Gaz. Pal	Gazette du Palais
G.I.E.	Groupement d'intérêt économique
ibid	Ibidem
IFAN	Institut fondamental d'Afrique noire, ancien institut français d'Afrique noire
Imp.	Imprimerie
INCIDI	Institut international des civilisations différentes
IRCB	Institut royale colonial belge
J.C.P.	Jurisclasseur périodique ou semaine juridique
J.O.	Journal officiel
J. soc.	Journal des sociétés
Juriscl. com., pén., soc.	Jurisclasseur commercial, pénal, des sociétés
Jurisp.	Jurisprudence
Jurisp. col.	Jurisprudence coloniale
Jurisp. com. Belg. ou JCB	Jurisprudence commerciale de Bruxelles, de Belgique, devenue Revue de droit commercial belge
Jurisp. Liège ou JL	Jurisprudence de Liège
J.T.	Journal des tribunaux
J.T.O.M.	Journal des tribunaux d'outre-mer
Léo.	Léopoldville (actuelle Kinshasa)
ord. législ.	Ordonnance législative
Pas.	Pasicrisie belge
Répert.	Répertoire
Répert. déc. jurisp. belge	Répertoire décennal de jurisprudence belge
Répert. dr. com. soc. ou RDCS	Répertoire de droit commercial et des sociétés
Répert. not. Défrénois	Répertoire du Notariat "Défrénois"
Répert. prat. dr. belge ou RPDB	Répertoire pratique de droit belge

Rev.	Revue
Rev. adm.	Revue administrative
Rev. Congo	Revue du Congo
R.A.J.B.	Revue administrative et juridique du Burundi
Rev. adm. dr. adm. belge	Revue de l'administration et du droit administratif belge
Rev. alg. sc. jur. éco. pol. ou RASJEP	Revue algérienne des sciences juridiques et d'économie politique
Rev. Banque	Revue de la Banque (Belgique)
Rev. crit. jurisp. belge ou RJCB	Revue critique de jurisprudence belge
Rev. dr. pén. crim. ou RDPC	Revue de droit pénal et de criminologie
Rev. dr. publ. sc. pol. ou RDP et sc. pol.	Revue de droit public et de sciences politiques
Rev. gén. faill.	Revue générale du droit des faillites et des concordats
Rev. faill.	Revue des faillites
Rev. intern. dr. pén. ou RIDP	Revue internationale de droit pénal
Rev. intern. crim. pol. tech. ou RICPT	Revue internationale de criminologie et police technique
RJC	Revue juridique du Congo
RJCB	Revue juridique du Congo belge
RJZ	Revue juridique du Zaïre
Rev. judic. Congo	Revue judiciaire du Congo
Rev. jur. com.	Revue de jurisprudence commerciale
Rev. jur. pol. o.m. ou RJPOM	Revue juridique et politique des territoires d'outre-mer
Rev. jur. pol. un. fr. ou RJPUF	Revue juridique et politique de l'Union française
Rev. jur. indép. coop.	Revue juridique "Indépendance et Coopération"
Rev. prat. soc. ou RPS	Revue pratique des sociétés civiles et commerciales
Rev. rég. dr.	Revue régionale de droit
Rev. sc. crim. ou RSC	Revue des sciences criminelles et de droit pénal comparé
Rev. soc. ou RS	Revue des sociétés
Rev. Sén. dr.	Revue sénégalais de droit
Rev. trim. dr. com. ou RTDC	Revue trimestrielle de droit commercial
Rev. tunis. dr.	Revue tunisienne de droit
RU	Rwanda-Urundi
S.A.	Société anonyme
SPRL	Société de personnes à responsabilité limitée
s.d.	sans date
vol.	Volume
v°	Verbo

TABLE DES MATIERES

=====

INTRODUCTION GENERALE	1.
TITRE LIMINAIRE : EVOLUTION HISTORIQUE ET PROBLEMATIQUE DE LA BANQUEROUTE DANS LES ETATS AFRICAINS FRANCOPHONES	9.
Chapitre I : HISTORIQUE DE LA BANQUEROUTE EN AFRIQUE FRANCOPHONE	10.
Section 1: L'évolution de la banqueroute dans les anciennes possessions françaises	12.
§ 1. Peut-on parler de la banqueroute avant l'occupation française?	13.
A. Allusion à la banqueroute dans le figh	13.
B. Notion de banqueroute chez les rois malgaches	14.
C. Notion de banqueroute dans le droit coutumier précolonial	16.
§ 2. Le régime de banqueroute durant la colonisation française	18.
A. Un régime de droit écrit quasi identique à celui de la France	18.
a. Les grandes étapes de la législation française	19.
b. Le transfert de la législation française en Algérie, en Afrique noire et à Madagascar	21.
c. Dispositions régissant la banqueroute au Maroc et en Tunisie, pays de protectorat	23.
B. Le champ d'application du droit indigène et de la législation en matière de banqueroute	26.
a. Période des juridictions parallèles en Afrique noire et à Madagascar	27.
b. Période de l'unité de la justice répressive après 1946	28.
§ 3. L'évolution de la législation après l'indépendance	29.
A. Dispositions intervenues après l'indépendance en Algérie	30.
B. Dispositions sur la banqueroute au Maroc	30.
C. Législation sur la banqueroute en Tunisie	31.
D. Evolution législative en Afrique noire et à Madagascar	31.
a. Les réformes les plus importantes d'Afrique noire	32.
b. Les modifications des autres codes pénaux	33.
c. La réforme de la législation sur la banqueroute à Madagascar	34.

Section 2: L'introduction des dispositions sur la banqueroute dans les territoires ex-belges	35.
§ 1. L'existence d'une notion de banqueroute avant la colonisation	37.
A. Bref aperçu des rapports socio-économiques avant l'arrivée de la Belgique	37.
B. Les solutions prévues par le droit traditionnel en cas d'insolvabilité	38.
a. L'esclavage pour dettes	38.
b. La contrainte par corps	39.
c. Les coutumes qui ignorent l'esclavage ou la contrainte par corps	39.
§ 2. Les dispositions touchant la banqueroute ou l'insolvabilité sous la période coloniale belge	41.
A. Les dispositions de banqueroute dans la législation écrite de la colonisation	41.
a. L'ombre du droit belge de la banqueroute et genèse de l'insolvabilité frauduleuse	42.
b. Les dispositions de droit écrit en vigueur durant la période coloniale	44.
B. Les solutions de droit traditionnel en vigueur	46.
C. L'application des dispositions de droit écrit et de droit coutumier en matière de non-paiement de dettes	48.
a. Les commerçants en cas de cessation de paiements	48.
b. Les dispositions applicables aux débiteurs civils	49.
§ 3. L'évolution législative après l'indépendance	49.
A. Le droit au Zaïre et la suppression des sanctions pénales indigènes	50.
B. Le droit du Rwanda et le nouveau code pénal de 1978	51.
C. Le droit du Burundi et le code pénal de 1981	52.

Chapitre II : PROBLEMATIQUE DE LA BANQUEROUTE ET DE L'INSOLVABILITE FRAUDULEUSE	54.
Section 1: Justification de la répression de la banqueroute et de l'insolvabilité frauduleuse	56.
§ 1. La carence du débiteur est un fait d'une importante gravité	57.
§ 2. En matière de banqueroute et d'insolvabilité, la carence du débiteur porte atteinte à la conscience sociale	59.
§ 3. Les éléments de l'ordre social entamés par la banqueroute ou l'insolvabilité frauduleuse	60.
A. Protection de la propriété	61.
B. Protection de la confiance des créanciers	62.
C. Protection de l'économie publique	63.
D. Protection de l'administration de la justice	63.
Section 2: La mise en oeuvre de la répression pour banqueroute et insolvabilité frauduleuse et le caractère ambivalent de la banqueroute	65.
§ 1. L'intérêt de l'insertion de la banqueroute dans une discipline déterminée	65.
§ 2. La localisation de la banqueroute et de l'insolvabilité frauduleuse en droit africain	66.
A. Les législations ambivalentes en matière de banqueroute	67.
B. Les législations monolithiques	68.
Section 3: La complexité du droit de la banqueroute	71.
§ 1. Le droit de la banqueroute relève du droit pénal	71.
§ 2. Le droit de la banqueroute en tant que subsidiaire au droit de la faillite	73.
§ 3. Le droit de la banqueroute entretient des relations avec le droit des affaires	74.
§ 4. Spécificité du droit de la banqueroute	74.

LIVRE I : DES PERSONNES QUI PEUVENT ETRE POURSUIVIES POUR BANQUEROUTE OU INFRACTIONS ASSIMILEES	77.
TITRE I : LA QUALIFICATION DU DELINQUANT	80.
CHAPITRE I : LE COMMERÇANT OU LE DIRIGEANT D'UNE SOCIETE COMMERCIALES	81.
Section 1: La notion de débiteur commerçant, personne physique	82.
§ 1. L'accomplissement d'actes de commerce	83.
A. Les opérations commerciales communes aux différents droits comparés	85.
B. La nouvelle vague des opérations commerciales dans les législations récentes	89.
C. Les activités exclues en principe de la commercialité	92.
a. Les activités agricoles et leur caractère civil	93.
b. Le caractère civil des activités des professions libérales	94.
D. Recherche d'un critère de la commercialité	96.
§ 2. L'exercice de la profession de commerçant et la capacité juridique	99.
A. L'intention de se considérer comme commerçant	100.
B. Les éléments extérieurs révélant la profession de commerçant	100.
C. L'exercice de la profession à titre d'indépendant et pour son compte	103.
D. La capacité juridique	104.
Section 2: Notion de dirigeant de personne morale commerçante punissable de la banqueroute ou d'infraction assimilée	107.
Sous-section 1: La personne morale commerçante, notions générales	108.
§ 1. L'acquisition de la qualité de commerçant par le groupement: critère déterminant	108.
A. Caractère lacunaire et inopérant de la distinction société- association et l'apparition du groupement d'intérêt économique	109.
B. L'acquisition de la qualité de commerçant par la société: critères déterminants	113.
a. L'adoption du critère de l'objet social	114.

	V.
b. L'adoption du critère de la forme	115.
§ 2. Exigence de la personnalité juridique	117.
A. La personnalité juridique d'une société commerciale en droit belge	118.
B. La personnalité juridique d'un groupement commercial en droit français	119.
C. La personnalité morale dans les anciennes possessions françaises	121.
D. La personnalité juridique dans les anciennes possessions belges	123.
a. Le droit colonial	123.
b. La personnalité juridique des les droits du Zaïre et du Burundi	125.
SOUS-SECTION 2: Notion de dirigeant de personne morale commerçante, auteur de la banqueroute ou de délits assimilés	127.
§ 1. Système de l'incrimination spéciale: de la formule de "mandataire social" au dirigeant de fait	129.
A. La formule de mandataire social du décret de 1935 en Afrique ex-française et l'énumération des anciens territoires belges	130.
a. Contenu de la formule "mandataire social" et l'imputabilité du dirigeant de droit	131.
b. Notion de mandataire social et controverse sur la mise en cause de la catégorie des "dirigeants" salariés	132.
c. Lacunes de la notion de mandataire social dans la mise en cause des dirigeants de fait	138.
B. La répression du dirigeant de fait dans les législations les plus récentes	141.
§ 2. Système de droit commun et la théorie de l'imputabilité	144.
A. Notions générales de l'imputabilité	145.
B. Mise en oeuvre de l'imputabilité par la jurisprudence belge	147.
§ 3. Convergence du système de droit commun et du système de l'incrimination spéciale dans la théorie de l'imputabilité	152.

CHAPITRE II : LA SITUATION JURIDIQUE DES "ACOLYTES" DU DEBITEUR PUNISSABLE DE LA BANQUEROUTE	155.
Section 1: Les lacunes du droit pénal ordinaire dans la répression des infractions connexes à la banqueroute	156.
§ 1. Eléments de discordance entre la participation punissable et le fondement des infractions connexes	157.
§ 2. Incertitudes et insuffisances du droit pénal ordinaire pour réprimer les infractions connexes	160.
Section 2: Nécessité de la répression des tiers, auteurs des infractions connexes	163.
§ 1. Les créanciers	164.
§ 2. Les tiers ayant contribué à la diminution de l'actif du débiteur	165.
§ 3. Les mandataires de justice: curateurs, syndics et liquidateurs	165.
CHAPITRE III : LA PUNISSABILITE DE CEUX QUI S'INGERENT DANS L'EXPLOITATION D'UNE ENTREPRISE COMMERCIALE	168.
Section 1: L'acquisition de la qualité de commerçant et l'identification des personnes punissables de la banqueroute	170.
§ 1. L'exploitation d'une entreprise commerciale derrière ou sous le couvert du commerçant, personne physique ou morale	170.
A. Notion de prête-nom et commerce par interposition de personne	171.
B. Notion d'exploitation en commun en droit français	173.
C. Dissimulation d'une activité personnelle derrière une société fictive ou une société prête-nom	174.
D. L'immixtion dans l'activité d'une personne morale et la confusion des patrimoines	176.
§ 2. Conséquences de l'application de la faillite sur l'identification des personnes punissables de la banqueroute	178.
A. L'extension de faillite d'une personne physique à une autre et la détermination de la personne punissable de banqueroute	180.
B. L'extension de faillite d'une société à une personne physique et la banqueroute	181.

C. L'extension de faillite d'une société à une autre et la banqueroute	182.
Section 2: L'"extension" de la faillite et l'inapplicabilité des sanctions pour banqueroute	185.
§ 1. L'extension de faillite pour immixtion dans l'activité commerciale sans acquérir la qualité de commerçant	186.
A. L'immixtion dans le commerce de la société et l'abus de personnalité juridique (régime de 1935)	187.
B. La substitution de l'intérêt personnel et la confiscation de la personnalité juridique de la société	188.
§ 2. Corrélation de l'extension de faillite et de la banqueroute quant à leur domaine d'applicabilité	189.
A. Principe de non-application de la banqueroute	190.
B. Possibilité de peines pour banqueroute à charge de dirigeants objet de l'extension de faillite	191.
a. La répression comme dirigeant social	192.
b. La répression pour soustraction de patrimoine personnel (article 4 du décret 1935 ou 132 de loi de 1967)	193.
TITRE II : LA FAILLITE OU LA CESSATION DES PAIEMENTS DU COMMERCANT PERSONNE PHYSIQUE OU PERSONNE MORALE	197.
CHAPITRE I : LA CESSATION DES PAIEMENTS, ELEMENT CONSTITUTIF DE L'ETAT DE FAILLITE	200.
Section 1: Notions générales de la cessation des paiements: aspects externe et interne	201.
§ 1. L'arrêt matériel des paiements, aspect externe	202.
A. L'arrêt matériel des paiements se distingue de l'insolvabilité	202.
B. L'arrêt matériel des paiements est différent de la gêne momentanée	204.
§ 2. Le prolongement des paiements grâce à des moyens artificiels n'empêche pas la cessation des paiements	206.
A. Droit belge et celui des anciennes possessions belges	207.
B. Droit français et celui des anciennes possessions françaises	209.

Section 2: Caractères et nature des dettes impayées	211.
§ 1. Les caractères des dettes susceptibles d'entraîner la cessation de paiements	212.
§ 2. La nature des dettes entraînant la cessation des paiements	215.
A. Droit belge et des anciennes possessions belges	216.
B. La nature des dettes entraînant la cessation des paiements en droit français et dérivés	217.
Section 3: Quelques indices de la cessation des paiements	220.
§ 1. Des indices établissant la cessation des paiements	222.
A. Indices d'arrêt effectif de paiements	223.
B. Des expédients révélateurs de la cessation des paiements	223.
§ 2. Les renseignements recueillis par les services de dépistage des entreprises en difficulté	224.
A. Les moyens dont disposent ces services en droit belge	226.
B. Les éléments de dépistage des entreprises en difficulté en France	227.
CHAPITRE II : L'EBRANLEMENT DU CREDIT ET LA CONSIDERATION DE LA SITUATION GLOBALE DU DEBITEUR	229.
Section 1: La perte du crédit et la situation sans issue, compléments de la cessation des paiements	230.
§ 1. L'exigence de l'ébranlement de crédit en droit belge et dans les anciennes possessions	231.
A. Contenu de l'ébranlement de crédit	232.
B. Distinction de l'ébranlement de crédit et de la cessation des paiements	233.
§ 2. La situation sans issue en France et dans les anciennes possessions françaises: une élaboration jurisprudentielle	235.
A. L'exigence de l'analyse de la situation sans issue par la cour de cassation	236.
B. L'arrêt du 14 février 1978 (Ch. com.) et l'abandon de l'exigence de la "situation sans issue" en France	238.

§ 3. Quelques indices de l'ébranlement de crédit et de la situation sans issue ou susceptibles de révéler la défaillance du disponible face à l'exigible	240.
Section 2: L'emploi d'expédients pour maintenir le crédit n'empêche pas l'ébranlement de crédit ou le constat d'une situation sans issue	242.
§ 1. La stigmatisation en droit belge du crédit fallacieux assimilable à l'ébranlement du crédit	243.
A. Le crédit fallacieux révélé par des procédés illicites ou frauduleux	243.
B. Inopérance de moyens ruineux et licites sur le crédit du débiteur en droit belge?	245.
§ 2. La révélation de la situation sans issue par des procédés artificiels utilisés pour prolonger l'activité commerciale (droit français)	246.
A. L'emploi de procédés illicites et frauduleux, révélateurs de la situation sans issue	247.
B. L'emploi de procédés ruineux mais licites révélateurs de la situation sans issue	248.
CHAPITRE III : NECESSITE D'UN JUGEMENT DE FAILLITE PREALABLE AUX POURSUITES ET L'AUTONOMIE DE LA JURIDICTION PENALE EN MATIERE DE BANQUEROUTE	252.
Section 1: Système de l'allégeance de l'action publique à la déclaration de faillite d'une juridiction civile au Zaïre et au Burundi	254.
§ 1. Portée de la déclaration de faillite: Question préjudicielle, élément constitutif, condition préalable	255.
§ 2. Correctifs du système de l'allégeance de l'action publique à la déclaration de faillite et leurs limites	260.
Section 2: Système de l'indépendance de l'action publique et l'autonomie de la juridiction pénale en matière de banqueroute	261.
§ 1. Indépendance de la juridiction répressive dans le constat de l'état de faillite	262.

A. Principe de l'indépendance de l'action publique et ses conséquences	263.
B. L'état de faillite, élément constitutif et non condition préalable de l'infraction	267.
C. Autonomie d'interprétation de la cessation des paiements en matière pénale	269.
§ 2. La substitution du concept de cessation de paiements à l'état de faillite	273.
LIVRE II : DES FAITS CONSTITUTIFS DE BANQUEROUTE, INFRACTIONS ASSIMILEES ET CONNEXES ET LA MISE EN OEUVRE DE LA REPRESSION	278.
TITRE I : LES INCRIMINATIONS DE BANQUEROUTE FRAUDULEUSE ET ASSIMILEES	282.
CHAPITRE I : LES DIVERS ELEMENTS MATERIELS DE LA BANQUEROUTE FRAUDULEUSE	282.
Section 1: Structure matérielle du détournement, dissimulation et dissipation d'une partie de l'actif	284.
§ 1. Genèse de l'incrimination et notion générale	285.
§ 2. Distinction du détournement d'actif des autres infractions voisines	286.
A. Détournement d'actif et abus de confiance	286.
B. Détournement d'actif et abus de biens sociaux	288.
§ 3. Détournement d'actif réprimé à titre de banqueroute ou d'infraction assimilée	290.
A. Structure matérielle du détournement d'actif, cas de banqueroute frauduleuse ou d'infraction assimilée	290.
a. Notion de détournement d'actif	290.
b. Rapport du détournement d'actif avec la cessation des paiements	295.
B. Cas particulier de détournement d'actif personnel du dirigeant	298.
a. Distinction entre le détournement d'actif ordinaire et le détournement d'actif personnel	299.

b. Structure matérielle de l'infraction de détournement d'actif personnel	301.
c. Discussion sur l'opportunité de l'incrimination du détournement d'actif personnel du dirigeant	305.
Section 2: La reconnaissance frauduleuse du passif: élément matériel	309.
Section 3: La soustraction de la comptabilité	310.
§ 1. Fondement de l'incrimination de soustraction de la comptabilité	311.
§ 2. Eléments constitutifs de l'infraction en rapport avec l'exigence de la comptabilité	312.
A. Les exigences de la loi en matière de comptabilité	314.
a. Les livres de comptabilité exigés par la loi: droit des pays africains	314.
b. L'exigence de la tenue de comptabilité dans les législations récentes	317.
B. La soustraction de la comptabilité à charge du commerçant personne physique	324.
a. Droit belge et des anciennes possessions: soustraction des livres ou documents comptables et altération de leur contenu	325.
b. Droit français et des anciennes possessions: soustraction des livres ou de la comptabilité	328.
c. Inadéquation de l'exigence de la comptabilité à l'égard de petits commerçants personnes physiques et inopportunité de la répression	330.
C. La soustraction de la comptabilité ou des livres à charge des dirigeants sociaux	332.
Section 4: Les faits particuliers incriminés comme infractions assimilées à la banqueroute frauduleuse dans les anciennes possessions belges	334.
§ 1. La répression à titre de banqueroute des omissions en matière d'acte de société	335.
A. Importance de l'acte de société à l'égard des tiers	336.
B. Répression de l'omission de publication de l'acte de société et celle des déclarations fausses	337.

§ 2. L'incrimination du fait d'avoir provoqué la faillite sociale	339.
A. Fondement de l'incrimination	340.
B. Éléments matériels constitutifs de la provocation de faillite sociale	343.
1° Actes de provocation de la faillite sociale	343.
2° La survenance de la faillite sociale	346.
3° Lien de causalité entre la faillite sociale et la mauvaise gestion	347.
C. Nécessité de l'incrimination de la provocation de faillite sociale	348.
CHAPITRE II : L'ELEMENT MORAL DANS LA BANQUEROUTE FRAUDULEUSE ET LES DELITS ASSIMILES	351.
Section 1: La fraude comme intention délictuelle en matière de banqueroute frauduleuse	352.
§ 1. La banqueroute frauduleuse ne requiert pas l'intention de nuire aux créanciers = irrelevance du mobile	353.
§ 2. La banqueroute n'exige pas davantage que l'agent ait l'intention de procurer à soi-même ou à autrui un avantage illicite	355.
§ 3. La fraude déterminée par l'intention de se soustraire à l'exécution des créanciers = exigence du dol spécial	356.
A. La connaissance de la cessation des paiements	357.
B. L'intention de tromper ses créanciers sur la consistance du gage général	358.
Section 2: L'élément moral requis dans l'hypothèse de détournement d'actif personnel (droit français et dérivés)	360.

TITRE II : LES INCRIMINATIONS DE BANQUEROUTE SIMPLE ET ASSIMILEES	363.
CHAPITRE I : LA STRUCTURE MATERIELLE DE LA BANQUEROUTE SIMPLE OBLIGATOIRE ET LES DELITS ASSIMILES	366.
Section 1: Les dépenses personnelles ou familiales excessives	367.
§ 1. Problématique de l'incrimination des dépenses personnelles excessives	369.
§ 2. Eléments matériels du délit des dépenses personnelles excessives	370.
A. Les faits reprochés au débiteur et le cas échéant, au dirigeant social	371.
a. La nature des dépenses incriminées et leur divergence dans la qualification	371.
b. Le caractère excessif des dépenses et les critères d'appréciation	377.
B. L'exigence de la cessation des paiements et le lien de causalité entre elle et les dépenses excessives	379.
a. Non exigence d'un lien de causalité en droit français et belge	379.
b. L'exigence d'un lien entre les dépenses personnelles et la cessation des paiements concourant à la définition de la faute pénale en droit camerounais	380.
§ 3. L'incrimination des dépenses personnelles excessives face à l'évolution du régime de gestion des entreprises individuelles	381.
Section 2: La consommation des sommes élevées dans des opérations de pur hasard ou des opérations fictives	385.
§ 1. Technique de l'incrimination et sa spécificité	385.
§ 2. Contenu de l'incrimination	386.
A. Opérations de pur hasard	386.
B. Les opérations fictives	388.
C. La consommation de sommes élevées et ses éléments d'appréciation	389.

Section 3: L'achat pour revendre en dessous du cours et l'emploi de moyens ruineux pour se procurer des fonds, dans l'intention de retarder la faillite	391.
Sous-section 1: Recherche des éléments constitutifs de l'infraction	393.
§ 1. Structure matérielle de l'incrimination	394.
A. Éléments communs de la structure matérielle de l'infraction	394.
a. Existence de la cessation des paiements	394.
b. Le but de se procurer des fonds et le preuve du caractère unitaire de l'opération	396.
B. L'achat en vue de la revente en dessous du cours: opération à caractère complexe	398.
a. L'achat pour la revente, précision de chaque phase de l'opération	398.
b. La revente au-dessous du cours	398.
C. L'emploi de moyens ruineux pour se procurer des fonds, principaux exemples de l'incrimination générale	400.
a. La mise en circulation d'effets de commerce purement fictifs	401.
b. Le recours aux effets de complaisance, banqueroute et escroquerie à la faillite	403.
c. Les autres moyens de se procurer des fonds et leur caractère ruineux	405.
§ 2. Élément moral de l'emploi de moyens ruineux pour se procurer des fonds	412.
A. Intention de retarder la constatation de la cessation des paiements: exigence d'un dol spécial	412.
a. La connaissance de la cessation des paiements et des moyens ruineux	413.
b. La volonté de retarder la constatation de la cessation des paiements	414.
B. La mauvaise foi, complément de l'intention délictuelle reprochée au dirigeant social	418.
§ 3. La complicité en matière d'octroi de moyens ruineux pour se procurer des fonds	420.
A. L'exigence d'un fait principal punissable	422.
B. Actes de complicité: fourniture de moyens ruineux et instruction	422.

C. Élément moral de complicité	424.
a. La mauvaise foi du complice induite de la connaissance de la cessation des paiements et du caractère ruineux des moyens utilisés	424.
b. La volonté de complicité: collusion frauduleuse ou contribution consciente au dessein de l'auteur principal	426.
Sous-section 2: Discussion de l'incrimination et éventuelle amélioration de sa structure	428.
§ 1. Prévention de l'emploi de moyens ruineux par la suppression du caractère répressif de la procédure collective	428.
§ 2. Améliorations techniques de l'incrimination pour l'adapter à la réalité de la répression	430.
A. La mise en cause du débiteur-auteur principal	430.
B. La répression des tiers intervenant dans la prolongation artificielle de l'activité	432.
Section 4: La non-teneur de livres et d'inventaires ou l'absence de comptabilité	435.
§ 1. La non-teneur de livres et d'inventaires	437.
A. Contenu de l'incrimination dans un système de livres obligatoires: régime des anciennes possessions françaises	438.
B. Contenu de l'incrimination dans un système de comptabilité souple	439.
a. La non-teneur de livres et d'inventaires dans les anciennes possessions belges	439.
b. L'incrimination de non-teneur de livres face à l'obligation d'adapter la comptabilité aux usages de la profession: hypothèse du droit tunisien	440.
§ 2. L'absence de comptabilité conforme aux usages de la profession et eu égard à l'importance de l'entreprise	442.
A. L'incrimination de l'absence de comptabilité: exemples du Maroc et de Madagascar	442.
B. L'absence de comptabilité conforme aux usages de la profession et eu égard à l'importance de l'entreprise (droit français, algérien et sénégalais)	444.

§ 3. Le système de la répression directe des manquements aux obligations en matière de comptabilité, en dehors de la banqueroute: exemple du droit belge et de la Côte d'Ivoire	446.
A. Répression autonome en matière de comptabilité: droit belge	448.
a. Répression des dirigeants de petites entreprises	448.
b. La répression des dirigeants des moyennes et grandes entreprises	452.
B. Répression particulière des obligations en matière de comptabilité et en dehors de la faillite: exemple de la Côte d'Ivoire	456.
Section 5: Supposition de dépenses ou de pertes et la non-justification du dernier inventaire	458.
§ 1. Supposition des dépenses ou des pertes	459.
§ 2. Non-justification d'inventaire et des éléments d'actif venus postérieurement	460.
Section 6: Paiement d'un créancier au préjudice de la masse, après la cessation de paiements	462.
§ 1. Structure matérielle de l'incrimination	463.
A. L'existence préalable de la cessation des paiements	464.
B. Paiement ou faveur accordée à un créancier	465.
C. Exigence du préjudice à la masse	467.
§ 2. Élément moral exigé: interprétation divergente, le dol général en droit belge, la faute pénale en droit français	468.
Section 7: L'incrimination de deux faillites successives clôturées pour insuffisance d'actif	470.
Section 8: L'exercice de la profession contrairement à une interdiction de la loi	472.
§ 1. Condition de l'incrimination et son contenu	473.
A. Conditions générales d'incrimination	473.
B. Interdiction d'exercer le commerce et son contenu	474.
a. Interdiction légale découlant de la réglementation générale de la profession	474.
b. L'interdiction à caractère pénal et son applicabilité	475.

§ 2. L'incrimination à titre de banqueroute de l'exercice du commerce en violation d'une interdiction de la loi et le danger d'un conflit avec une incrimination directe	476.
A. Droit français: ordonnance de 1958 et loi de 1967	477.
B. L'incrimination par certaines législations africaines et la possibilité de concours d'infractions	478.
§ 3. Discussion de l'incrimination et ses éventuelles améliorations	479.
A. Inadéquation de l'incrimination de banqueroute en matière d'interdiction professionnelle	479.
B. Amélioration de l'incrimination	480.
C. Suffisance de la sanction directe de l'interdiction professionnelle: exemple du droit belge	481.
a. Rappel des interdictions visées	482.
b. Sanction pénale directe pour violation de ces interdictions	483.
Section 9: La répartition entre les membres de la société des dividendes non prélevés sur les bénéfices réels	484.
§ 1. Eléments constitutifs de l'incrimination de répartition de dividendes fictifs	485.
A. Structure matérielle de la répartition de dividendes fictifs	486.
a. Procédés de création de dividendes fictifs	486.
b. Dividendes non prélevés sur les bénéfices réels	487.
c. La distribution aux membres de la société	488.
B. Elément moral exigé, faute pénale ou intention délictuelle	490.
§ 2. L'inadéquation de l'infraction en matière de banqueroute et la solution de transfert dans le droit pénal des sociétés	491.
CHAPITRE II : LA STRUCTURE MATERIELLE DE LA BANQUEROUTE SIMPLE FACULTATIVE ET LES AUTRES DELITS DES DIRIGEANTS SOCIAUX	494.
Section 1: Le fait de contracter pour le compte d'autrui, sans recevoir des valeurs en échange, des engagements jugés trop considérables	497.

§ 1. Les engagements contractés pour le compte d'autrui sans contrepartie	498.
§ 2. Le caractère excessif des engagements, eu égard à la situation du débiteur commerçant	501.
Section 2: La nouvelle déclaration de faillite sans avoir satisfait aux obligations d'un précédent concordat	501.
§ 1. L'exigence d'une nouvelle déclaration de faillite	502.
§ 2. L'inexécution des engagements concordataires	504.
Section 3: L'omission de déclaration de cessation de paiements dans les conditions prescrites par la loi	505.
§ 1. Eléments constitutifs de l'omission de dépôt de bilan	506.
A. Existence préalable de la cessation des paiements	507.
B. Non-déclaration de cessation des paiements devant la juridiction civile	508.
a. A qui incombe l'obligation de dépôt de bilan?	508.
b. Formalités requises pour le dépôt du bilan	510.
C. La faute pénale ou la mauvaise foi comme élément moral ainsi que l'appréciation souveraine de la culpabilité	511.
§ 2. Ambiguïté de l'incrimination d'omission de dépôt de bilan et sa remise en cause dans une perspective de dépénalisation de la faillite	514.
Section 4: Le fait de ne pas se présenter aux autorités de faillite ou de ne pas prêter son concours au bon déroulement de la procédure collective	516.
Section 5: La non-immatriculation au registre de commerce et le non-dépôt de conventions matrimoniales	519.
Section 6: L'incrimination de la tenue incomplète et irrégulière de la comptabilité	521.
§ 1. Structure matérielle de l'infraction	523.
A. La stigmatisation du caractère incomplet de la comptabilité, son irrégularité et l'inexactitude de ses mentions	523.
B. Les manquements les plus souvent relevés par les juridictions	527.

§ 2. L'élément moral exigé en matière de comptabilité incomplète ou irrégulière: la faute pénale, le dol général et même le dol spécial selon les incriminations	528
A. La faute pénale exigée en principe pour la banqueroute du commerçant personne physique et pour le délit assimilé du dirigeant social dans les anciennes possessions belges	529.
B. L'exigence de la mauvaise foi à charge du dirigeant social en matière de délit assimilé	530
C. L'exigence de l'intention comme élément moral en droit belge	532.
D. Remodelage de l'élément moral exigé en matière d'infractions aux obligations comptables	533.
CHAPITRE III : L'ELEMENT MORAL DANS LA BANQUEROUTE SIMPLE ET LES DELITS ASSIMILES = SYNTHESE	537.
Section 1: La banqueroute requérant la faute pénale	538.
§ 1. La faute d'imprudence	539.
§ 2. La faute contraventionnelle	541.
Section 2: L'élément intentionnel dans les délits assimilés caractérisé par la mauvaise foi	543.
Section 3: L'élément moral spécifique à l'incrimination de l'emploi de moyens ruineux pour se procurer des fonds = l'intention de retarder la faillite	547.
TITRE III : LES INCRIMINATIONS CONNEXES COMMISES PAR D'AUTRES PERSONNES QUE LE FAILLI	551.
CHAPITRE I : PROBLEMATIQUE DES INCRIMINATIONS CONNEXES	552
CHAPITRE II : STRUCTURE MATERIELLE ET MORALE DES DIVERSES INCRIMINATIONS CONNEXES	555.
Section 1: Infractions commises par les tiers	555.
§ 1. Soustraction, dissimulation, recel des biens du débiteur, supposition ou exagération des créances	556
§ 2. L'intention frauduleuse des tiers	557.

§ 3. Cas particulier des personnes exerçant le commerce sous le nom d'autrui ou sous un nom supposé	558.
A. Imprécision de la catégorie des personnes visées	559.
B. Ambiguïté de la répression organisée	559.
C. Possibilité de l'incrimination de la catégorie des sujets de l'extension de faillite pour la gestion de leur patrimoine	560.
§ 4. Infractions reprochées aux parents	561.
Section 2: Infractions commises par les créanciers	562.
§ 1. La stipulation d'avantages particuliers à raison du vote dans les délibérations	562.
A. Conditions rattachées au vote même	562.
B. Stipulation d'avantages particuliers	563.
C. L'intention frauduleuse du créancier caractérisée par le trafic de vote	564.
§ 2. La conclusion de traité particulier procurant un avantage à charge de l'actif du failli	564.
A. Exigence ou non de la procédure collective comme condition préalable	564.
B. La double exigence de l'avantage procuré au créancier et du préjudice subi par la masse	566.
C. L'intention de fraude requise du créancier	567.
Section 3: Infractions des personnes participant à l'administration de la procédure collective	568.
 TITRE IV : LE DEROULEMENT DE L'ACTION PUBLIQUE ET LA REPRESSION EN MATIERE DE BANQUEROUTE ET DE DELITS ASSIMILES	 571.
 CHAPITRE I : POURSUITE ET REPRESSION DE LA BANQUEROUTE	 572.
Section 1: Mise en mouvement de l'action publique	572.
§ 1. Saisine du ministère public et les moyens mis à sa disposition	573.

§ 2. La citation directe des créanciers ou du curateur	574.
§ 3. Nécessité d'une indépendance réciproque de l'action pénale et de l'action civile	575.
Section 2: Le déroulement de l'action publique tribunaire de la nature juridique de l'infraction	576.
§ 1. Nature juridique de la banqueroute et la prescription de l'action publique	577.
§ 2. Nature juridique et concours des infractions	579.
§ 3. Correctionnalisation de la banqueroute frauduleuse	580.
§ 4. Possibilité de complicité en matière de banqueroute	581.
Section 3: Sanctions pénales en matière de banqueroute	582.
CHAPITRE II : DIFFICULTES DE RECHERCHE ET DE PREUVE DES INFRACTIONS DE BANQUEROUTE ET CERTAINES SUGGESTIONS POUR Y REMEDIER	585.
Section 1: Problèmes posés à l'instruction de la banqueroute sur le plan interne et quelques solutions	585.
§ 1. Levée de certains obstacles structurels et améliorations des dispositions législatives	586.
§ 2. La constatation des infractions et l'amélioration du rendement de l'appareil répressif	587.
Section 2: Les obstacles d'ordre international posés dans la poursuite et la répression de la banqueroute et quelques remèdes	589.

LIVRE III :	LA BANQUEROUTE ET LES NOUVEAUX ACTEURS ECONOMIQUES: VULNERABILITE DU DEBITEUR OU DU DIRIGEANT EN CAS DE DEFAILLANCE D'UNE PERSONNE PHYSIQUE OU MORALE NON COMMERCANTE	596.
TITRE I :	L'APPLICABILITE DES PEINES DE BANQUEROUTE CHEZ LES PERSONNES MORALES DE DROIT PRIVE NON COMMERCANTES	600.
CHAPITRE I :	LA LIAISON DES PROCEDURES COLLECTIVES A LA QUALITE DE COMMERÇANT ET L'INAPPLICABILITE DE LA BANQUEROUTE AUX DIRIGEANTS DES GROUPEMENTS DE DROIT PRIVE NON COMMERCANTS	603.
Section 1:	Confirmation de l'exigence de la qualité de commerçant pour l'accession à la faillite et à la banqueroute	604.
§ 1.	L'exigence de la qualité de commerçant, test de la solidité de la chaîne commerçant-faillite-banqueroute: exemple du Rwanda et du Maroc	605.
§ 2.	La flexibilité de la notion de commerçant au gré de la faillite et l'applicabilité des peines de banqueroute	607.
Section 2:	Le défaut de la qualité de commerçant, obstacle à la faillite et l'inaccessibilité des personnes morales de droit privé non commerçantes à la banqueroute: exemple du droit belge	609.
CHAPITRE II :	L'EXTENSION DES PROCEDURES COLLECTIVES AUX PERSONNES MORALES DE DROIT PRIVE NON-COMMERCANTES ET L'APPLICABILITE DES PEINES POUR BANQUEROUTE	612.
Section 1:	Le nouveau domaine des procédures collectives et l'élargissement des personnes punissables de la banqueroute	614.
§ 1.	Les nouveaux sujets des procédures collectives: les personnes morales de droit privé non-commerçantes	614.
A.	L'identification des nouveaux sujets des procédures collectives	615.

B. La qualification de la défaillance des nouveaux sujets des procédures collectives	617.
§ 2. Le nouveau domaine d'application des peines de banqueroute	619.
A. Définition des critères d'objet économique et de poursuite de but lucratif	620.
a. L'objet économique des personnes morales de droit privé non-commerçantes	621.
b. La poursuite du but lucratif en droit ou en fait	622.
B. La réalité des catégories de personnes ainsi visées et la notion voilée de dirigeant d'entreprise	623.
Section 2: L'applicabilité des sanctions pénales en cas de défaillance des nouveaux sujets des procédures collectives: mise en oeuvre de l'imputabilité	626.
§ 1. Caractère restrictif de l'applicabilité des peines de banqueroute: confusion des critères du domaine des sanctions pénales et ceux de l'imputabilité	627.
A. Echec de la séparation de l'homme et de l'entreprise	627.
B. Echec à l'imputabilité dû, à l'interférence de l'activité économique	628.
§ 2. Les lacunes dans la délimitation des justiciables de la banqueroute chez les nouveaux sujets des procédures collectives	630.
A. Limites de la formule "dirigeant de droit ou de fait" des personnes morales de droit privé non-commerçantes	631.
B. L'impunité des membres des groupements civils indéfiniment et solidairement responsables	632.
Section 3: Discussion sur le choix des personnes punissables: timidité et arbitraire dans la répression de la banqueroute en matière de groupements civils	634.
§ 1. La répression du dirigeant agissant dans le cadre d'une personne morale et l'impunité du débiteur civil personne physique	635.
§ 2. L'élargissement inattendu de la banqueroute aux dirigeants des autres personnes morales	637.

Section 4: Adéquation d'un régime de banqueroute de droit commun frappant les dirigeants des entreprises privées	639
§ 1. Inadaptation de certaines incriminations à la personne morale non-commerçante	640.
§ 2. Adéquation de la banqueroute aux personnes morales de droit privé non-commerçantes à la faveur de l'uniformisation des règles de gestion concernant les entreprises privées	641.
TITRE II : APPLICABILITE DE LA BANQUEROUTE ET DES INFRACTIONS ASSIMILABLES CHEZ LES PERSONNES MORALES DU SECTEUR PUBLIC EXERCANT UNE ACTIVITE ECONOMIQUE	644.
CHAPITRE I : LE PRINCIPE DE LA FAILLITE DES ENTREPRISES PUBLIQUES ET SEMI-PUBLIQUES ET LA VULNERABILITE DE LEURS DIRIGEANTS A L'EGARD DE LA BANQUEROUTE DANS UN SYSTEME D'ECONOMIE LIBRE	649.
Section 1: Imperméabilité à la faillite des entreprises publiques, personne morale de droit public et l'immunité de leurs dirigeants à la banqueroute	651.
§ 1. Inaccessibilité à la nature de personne de droit privé dans les nouvelles législations, obstacle à la faillite et à la banqueroute: exemple du droit français et sénégalais	652.
§ 2. L'accessibilité incomplète au statut de commerçant liée à la qualité de personne morale de droit public de certaines entreprises publiques, obstacle à la faillite et à la banqueroute: exemple du droit belge et de certains droits africains	653.
A. La commercialité des entreprises publiques personne morale de droit public	654.
B. Insaisissabilité du patrimoine et mission de service public, obstacle à la faillite de l'entreprise publique, personne morale de droit public	656.
§ 3. Immunité des dirigeants des entreprises publiques fermées au principe de la faillite par suite de leur nature publique	657.

Section 2: Perméabilité à la faillite des entreprises publiques et semi-publiques, personne morale de droit privé et la vulnérabilité de leurs dirigeants à la banqueroute	658.
§ 1. Effectivité de la faillite chez les entreprises publiques ou semi-publiques non chargées d'un service public	659.
§ 2. Ineffectivité de la faillite chez les entreprises, personne morale de droit privé chargé de la gestion d'un service public	661.
§ 3. Vulnérabilité des dirigeants des entreprises publiques dotées de la personnalité morale de droit privé: indifférence de la gestion de service public	663.
Section 3: Vulnérabilité des dirigeants des entreprises -publiques fermées à la faillite: déplacement de la criminalité	666.
§ 1. Répression empruntée au régime de droit pénal commun ou des sociétés en général	666.
§ 2. Renforcement de la répression des atteintes à la fortune publique et rapprochement des différentes catégories d'entreprises publiques	668.
A. Fondement de la répression des atteintes à la fortune publique	668.
B. Renforcement de la répression des détournements de deniers publics	670.
CHAPITRE II : LES DELITS ASSIMILABLES A LA BANQUEROUTE A CHARGE DES DIRIGEANTS DES ENTREPRISES SOCIALISTES DANS UN SYSTEME D'ECONOMIE ETATISEE	673..
Section 1: Compatibilité de la faillite et de la banqueroute avec le monopole étatique de l'activité économique: régime de l'entreprise socialiste malgache	677.
§ 1. Principe de la faillite de l'entreprise socialiste	678.
§ 2. Portée de la faillite des entreprises socialistes	679.
§ 3. Vulnérabilité des dirigeants de l'entreprise socialiste à la banqueroute	681.

Section 2: Vulnérabilité des dirigeants des entreprises socialistes en dehors du régime de faillite en droit algérien	683.
§ 1. Rejet de l'incrimination de banqueroute à la faveur de l'exclusion de la faillite des entreprises socialistes en Algérie	685.
A. Organisation et fonctionnement des entreprises socialistes: prédominance du pouvoir hiérarchique	685.
B. Patrimoine et structure financière de l'entreprise: autonomie dérisoire	687
C. Tutelle contraignante pour l'entreprise	688.
§ 2. Répression des dirigeants de l'entreprise socialiste pour atteinte à l'économie nationale: droit pénal algérien	690.
A. Infraction de sabotage économique	690.
B. L'abus dans l'économie	692.
C. La création de préjudice direct et important aux biens de l'Etat	693.
 TITRE III : LA QUALITE DE PERSONNE PHYSIQUE NON-COMMERCANTE ET L'APPLICABILITE DES SANCTIONS PENALES EN CAS D'INSOLVABILITE FRAUDULEUSE	 698.
 CHAPITRE I : INAPPLICABILITE DE LA FAILLITE ET DE LA BANQUEROUTE AUX PERSONNES PHYSIQUES NON-COMMERÇANTES MALGRE L'ACCUMULATION DES ARGUMENTS FAVORABLES	 700.
Section 1: Le recul des obstacles à la faillite et le précédent de l'extension de la faillite aux personnes morales non-commerçantes dans certaines législations	700.
§ 1. Rappel de l'argumentation en faveur de la faillite des débiteurs civils	701.
§ 2. Débiteur commerçant et personne morale non-commerçante face à l'exclusion de la personne physique non commerçante: incohérence du domaine de la faillite dans certaines législations (France, Sénégal, Algérie)	703.
A. Mise à l'écart de la faillite du débiteur civil personne physique	704.

B. Usage du critère de l'entreprise et sélection des sujets des procédures collectives	705
Section 2: Exclusion de la banqueroute à charge du débiteur civil, personne physique en raison de l'inapplicabilité de la faillite à son égard	707
§ 1. Echec à l'incrimination de la banqueroute à l'égard du débiteur dû à sa liaison avec la faillite	708
§ 2. La banqueroute doit-elle être envisagée à l'intérieur du système de l'élargissement du domaine de la faillite?	709
A. Des raisons pour fonder une incrimination de la banqueroute à charge du débiteur civil	709
B. Adéquation de la banqueroute à l'égard du débiteur personne physique non-commerçante?	711
CHAPITRE II : LA REPRESSION DE L'INSOLVABILITE FRAUDULEUSE DU DEBITEUR CIVIL	713
Section 1: Opportunité juridique de l'incrimination frauduleuse	713
§ 1. Distinction de l'insolvabilité frauduleuse et des infractions voisines	713
§ 2. Particularité de l'insolvabilité frauduleuse à l'égard de la banqueroute	717
Section 2: Régimes juridiques de l'insolvabilité frauduleuse	718
§ 1. Le régime de l'insolvabilité frauduleuse en droit belge	719
A. Détermination du délinquant punissable de l'insolvabilité frauduleuse	720
B. Eléments constitutifs de l'infraction	721
a. Eléments matériels de l'infraction	721
b. Elément moral de l'insolvabilité frauduleuse	727
C. La répression de l'insolvabilité frauduleuse en droit belge	729
a. Nature juridique du délit	730
b. Participation au délit d'insolvabilité frauduleuse	732
c. La fixation de la peine principale et des mesures complémentaires	733

§ 2. Régime juridique du non-paiement de dette frauduleux en droit africain	735.
A. Définition de l'auteur de l'infraction de non-paiement de dettes: non-consideration de l'insolvabilité	736..
a. Surabondance de l'insolvabilité pour la qualification du débiteur	736
b. Exigence ou non d'une condamnation civile préalable	738 .
B. Eléments constitutifs du non-paiement de dette frauduleux	739 .
a. Activité frauduleuse du débiteur	739..
b. L'intention frauduleuse du débiteur	742..
C. Répression du non-paiement de dette frauduleux	744. .
a. Mise en mouvement et exercice de l'action publique à charge du débiteur	745..
b. Règles concernant la participation au délit	749. .
c. La fixation de la peine	750..
CONCLUSION GENERALE	753. .
BIBLIOGRAPHIE	760.

INTRODUCTION GENERALE

=====

Lorsque, face à ses créanciers, le débiteur se trouve dans l'impossibilité d'honorer ses dettes, les sanctions ordinaires d'une simple inexécution peuvent non seulement se montrer inappropriées mais encore, en provoquant l'amenuisement du patrimoine, contribuer à l'aggravation de la situation des protagonistes (1). Alors que souvent en matière civile, malgré un volume parfois important d'obligations, l'inorganisation d'une procédure de règlement du passif laisse le patrimoine du débiteur à la merci des créanciers les plus rapides, en matière commerciale, des procédures collectives ont pour but la sauvegarde des intérêts des créanciers et du débiteur et en général de la sécurité des transactions.

Pour un débiteur diligent et honnête, procédant à un examen sérieux et régulier de ses affaires, la cessation des paiements ne doit pas être perçue comme une faute répréhensible; elle relève du risque de la profession. Il se peut cependant que le débiteur ne remarque pas ou n'accepte pas son échec: soit que trop confiant, il ne croie pas aux difficultés de son entreprise et la conduise inexorablement à la ruine au mépris des intérêts des créanciers, soit qu'obstiné et voulant sauver l'affaire par son propre génie, il ne fasse que l'enfoncer davantage dans l'insolvabilité (2). Le débiteur peut encore chercher à tirer profit de son échec et par des fraudes, accaparer ce qui reste de l'actif à moins qu'il n'ait organisé la cessation des paiements pour spolier les créanciers. Ce faisant, il franchit une zone interdite sous la menace de sanctions pénales; il viole des valeurs morales et sociales à la base de l'organisation de la société, comme le droit de propriété, la sécurité des transactions et de manière générale l'ordre économique.

(1) J. DEPRez, Les sanctions qui s'attachent à l'inexécution des obligations contractuelles en droit civil et commercial français, in Travaux... Henri Capitant (journées d'Istanbul, 20-23 mai 1964), Paris, Dalloz 1968, p. 64.

(2) D. MARTIN, Le diagnostic d'entreprise, critère de responsabilité judiciaire, RTDC 1979, p. 183 et s.

Avec l'économie de marché et la libre entreprise, les régimes africains examinés ont hérité des anciennes métropoles, la France et la Belgique, leur philosophie de règlement des conflits débiteurs-créanciers caractérisée par des régimes différents selon la qualité du débiteur civil ou commerçant et, sous l'influence des idées libérales du 19e siècle, privilégiant la protection des droits individuels des créanciers en l'occurrence. La banqueroute entraîne des peines sévères contre le commerçant qui a accompagné son état de faillite de faits de fraude ou d'imprudence fort variés et multiples tandis que le débiteur civil est à l'abri des poursuites pénales. Depuis, l'évolution économique et le changement des mentalités à l'égard du débiteur, non plus simple commerçant mais dirigeant d'une entreprise, source de revenus pour tous les partenaires, nécessiteraient une adaptation de la norme qui fonde la sanction pénale à la transformation de valeurs juridiques à protéger (1). Si les bases du règlement des questions patrimoniales sont en profonde mutation accentuée par l'actuelle crise économique, la question prioritaire étant celle de la prévention de la faillite (2), celle du traitement des entreprises en difficultés (3), il sied de s'interroger sur l'appréciation de la responsabilité du dirigeant, en particulier sa responsabilité pénale, les difficultés de l'entreprise étant tributaires des circonstances économiques comme du fait de l'homme.

Dans les jeunes pays d'Afrique, la réflexion se complique de problèmes spécifiques. La redécouverte de l'indépendance pose sans doute le problème de l'intégration du droit traditionnel et du droit moderne; mais plus cruciale est encore, en matière économique, la question de mesures susceptibles de vaincre rapidement le sous-développement pour un meilleur épanouissement des populations. Cette lutte pour le développement prend le départ dans un environnement spécifique des rapports débiteurs-créanciers. Ainsi, la faiblesse

(1) Cependant, G. ROUJOU de BOUBÉE, Les incidences pénales des procédures de règlement collectif en droit français, An. Univ. sc. soc. Toulouse, 1975, p. 186 et 187.

(2) J. VAN DER GUCHT, Prévention des faillites, RDPC 1973-74, p. 879-882; J. DUPLAT, Le rôle de prévention des mécanismes étatiques, RIDP 1982, p. 57-72.

(3) R. PERROT, Le traitement des entreprises en difficulté, Gaz. Pal. 1979-I-doctr., p. 51-56; R. BRUNOIS, Les entreprises en difficulté, les solutions préconisées par le comité d'études présidé par P. SUDREAU et leur influence sur l'évolution de la législation in Aspects contemporains du droit des affaires et de l'entreprise, p. 47-53.

du secteur privé de l'économie due notamment à la carence de l'épargne privée, la rareté de véritables chefs d'entreprise génère une intervention massive des pouvoirs publics dans l'activité économique comme artisans du développement; d'où la création sans doute à des degrés divers d'une économie plus étatisée que dirigée. Encore que l'identité de problèmes à résoudre ne conduise pas à des solutions en tous points semblables, la constante du sous-développement, l'importance de l'entreprise publique comme initiatrice économique, la nécessité d'une intégration des deux secteurs privé et public provoquent une même démarche qui imprime des caractères communs aux solutions des divers problèmes posés. Tous les Etats voient l'essor d'un droit axé sur un développement économique accéléré, la similitude des dispositions étant plus le fait de l'identité des problèmes à résoudre que celle des droits hérités des anciennes métropoles (1). La situation socio-économique particulière des Etats africains engendrerait des institutions spécifiques, encore que le modèle des institutions métropolitaines notamment dans le règlement des conflits débiteur-créancier ne soit pas totalement écarté.

La défaillance du débiteur a été sans doute toujours préoccupante pour la collectivité. A l'ère industrielle du 19^e siècle, la situation l'était surtout pour le débiteur commerçant que son activité acculait à l'usage constant du crédit et à la création d'un volume important d'obligations. Ainsi, les institutions de la faillite et de la banqueroute furent conçues en fonction de l'activité commerciale au demeurant du débiteur, personne physique. Les avantages procurés étaient essentiellement axés vers la protection des droits des créanciers.

L'apparition de nouveaux acteurs économiques recourant comme le commerçant à l'usage intensif du crédit et dont le non-respect des engagements pouvait perturber la sécurité des transactions entraîna dans les législations les plus avancées l'élargissement du domaine de la faillite et de la banqueroute (2). Mais cet élargissement s'accompagne surtout de l'introduction de concepts nouveaux, l'activité du débiteur étant notamment perçue comme une unité drainant d'autres intérêts que ceux des créanciers. L'entreprise comme source de revenus

(1) E. SCHAEFFER, Droit économique en Afrique noire francophone, in Dynamiques et finalités des droits africains, Paris, Economica 1980, p. 141-156.

(2) Lois françaises et sénégalaises de 1967 et 1976.

de tous les partenaires et cellule de base de l'économie et de la société est un sujet de préoccupation des pouvoirs publics (1) et sa survie sera assurée pour autant que ses données économiques le permettent alors que la responsabilité du dirigeant sera appréciée selon les fautes de gestion commises (2). Cette mutation de concepts amène à réfléchir sur la persistance de valeurs nécessitant une protection pénale et l'efficacité du soutien de la banqueroute aux procédures collectives puisque la protection des droits des créanciers sur lesquels elle était axée interfèrent avec d'autres intérêts.

Cette analyse est d'autant plus opportune que, même si la réprobation de la banqueroute n'est pas récente, on perçoit à l'égard de la criminalité d'affaires en général un changement d'opinion des législateurs, conscients du désordre socio-économique qui peut en découler (3).

Dans les Etats africains, les solutions de la banqueroute et de la faillite ont été apportées par le colonisateur; elles paraissent avoir été peu utilisées, les conflits des agents économiques étant rares. Les éventuels conflits entre filiales se réglaient en métropole où étaient basées les sociétés-mères. Quant aux petites et moyennes entreprises de traite en majorité, du fait des relations très personnalisées entre créanciers et débiteurs, elles arrangeaient souvent leurs conflits en marge des contraintes du droit de la faillite et de la banqueroute (4). La situation ne paraît pas de ce point de vue avoir beaucoup changé après l'indépendance, sauf parfois une requête tardive de l'administration fiscale. Ce n'est pas que les dirigeants d'entreprise se montreraient en Afrique plus compétents ou plus consciencieux qu'ailleurs. Bien au contraire; d'autant moins que l'exigence de relations honnêtes entre créanciers et débiteurs fait souvent partie de nouvelles habitudes de gestion à acquérir.

-
- (1) Cl. CHAMPAUD, La situation des entreprises en difficulté, Problème de droit économique perturbant le droit privé, Rev. Jurisp. com. 1976, septembre-octobre p. 253-258.
- (2) D. LENCOU, La faillite personnelle et la banqueroute, thèse, Bordeaux 1978, p. 223 et s.
- (3) M. DELMAS-MARTY, Définition et domaine de la criminalité d'affaires, tendances contemporaines, RIDP 1982, p. 28 et s.
- (4) Egalement le constat en matière de faillite pour le Cameroun; NYAMA, Stratégie et perspectives du droit de la faillite au Cameroun, thèse, Paris 1980, p. 5 et s.

En revanche, à l'égard des dirigeants d'entreprises publiques, la répression paraît plus fréquente; encore faut-il savoir si elle est exercée à bon escient et se trouve en harmonie avec la valeur juridique qu'on veut protéger. Sous certaines conditions, il serait pertinent d'envisager des similitudes dans la répression des dirigeants des entreprises publiques comme des entreprises privées pour leur gestion ruineuse. Dans toutes ces hypothèses, l'intérêt pratique du réexamen de la répression en matière de faillite paraît évident compte tenu des métamorphoses de ce droit et de la nécessité d'éveiller l'attention des dirigeants sur une gestion honnête et une moralisation des affaires.

Cependant l'étude de la banqueroute revêt également un intérêt d'ordre scientifique. Elle est située d'abord au carrefour de plusieurs mécanismes juridiques notamment à la rencontre du droit pénal et du droit des affaires, une institution dont la compréhension, même sous son seul aspect juridique nécessite plus d'une approche. Par ailleurs, encore que cette ambivalence ait exercé à un certain moment un effet négatif sur son autonomie, l'approfondissement des structures de la banqueroute pourrait être indicatif sur l'édification de mécanismes propres et la tendance de la répression de la criminalité d'affaires dont les contours paraissent si difficiles à fixer (1). La banqueroute paraît au demeurant à plusieurs analyses notamment de criminologues comme un des prototypes de criminalité d'affaires encore qu'une distinction doive être faite entre le crime organisé et l'infraction de gestion (2).

Le sujet n'échappe pas non plus à l'analyse des juristes dans les systèmes examinés, ne fût-ce que parce que l'examen de l'entreprise en difficulté comporte dans l'appréciation des responsabilités du dirigeant un aspect pénal non négligeable (3). En droit français où les échos de la réforme du droit de la faillite semblent avoir été amplifiés par l'actuelle crise économique, la banqueroute suscite plus d'intérêt chez les chercheurs (4). Cependant, l'accent a souvent

(1) M. DELMAS-MARTY, op. cit., RIDP 1982, p. 23 et s.

(2) G. KELLENS, Banqueroute et banqueroutiers, Brux., Dessart et Mardaga 1974, p. 119.

(3) JP SPREUTELS et J. MESSINE, Questions spéciales de droit pénal in L'entreprise en difficulté, Brux., éd. J. Barreau 1981.

(4) Sans compter les multiples analyses sur la criminalité d'affaires dont la banqueroute fait partie, trois thèses au moins lui ont été déjà consacrées en France depuis 1970: EL AJOUZ, La banqueroute en droit comparé français et libanais, Lyon, 1974; D. LENCOU, La faillite personnelle et la banqueroute, thèse, Bordeaux, 1978; G. CLEMENT, Les banqueroutes et délits assimilés, thèse, Paris V, 1980. On pourrait ajouter: A. BESSOU, La banqueroute en matière de sociétés, thèse, Paris, 1965, la véritable réforme en la matière datant de 1958.

été mis sur la définition de son rôle comme sanction de la responsabilité des dirigeants dans la genèse des difficultés de l'entreprise (1). Une étude récente (2) paraît la seule à notre connaissance à avoir été consacrée à l'analyse de la structure de l'infraction afin de découvrir la cohérence de la répression organisée contre le dirigeant d'une entreprise en difficultés. Dans un droit de l'entreprise en difficulté en mutation et compte tenu de la transformation des exigences en matière de gestion des entreprises, nous proposons quant à nous une analyse systématique de chaque élément de l'incrimination de banqueroute en particulier la structure des faits constitutifs afin de juger de sa pertinence au regard des autres mesures pénales de protection de la gestion des entreprises.

Si le système actuel de la banqueroute trouve sa cohérence dans l'idée que la gestion de "l'affaire" du commerçant ne saurait être remise en question que si ses difficultés sont une menace pour les droits des créanciers, on se préoccupe à l'heure actuelle d'une gestion de l'entreprise en permanence saine. Dans cette optique, l'isolement de chaque incrimination permet de juger de son insertion adéquate dans le système de la banqueroute qui ne saurait sans se dénaturer accueillir toutes les infractions en matière de gestion des entreprises. La banqueroute se conçoit en effet comme une infraction dont l'occasion est fournie par les difficultés de l'entreprise et qui porte atteinte de manière plus ou moins directe aux droits individuels, ceux des créanciers. Sont par conséquent exclues les atteintes aux différents mécanismes de prévention ou de traitement des entreprises en difficulté dont le but est la consolidation des structures et du système économique de production (3).

Dans ce contexte et à la faveur de la comparaison des divers droits africains, cette recherche tend à réactualiser les incriminations en regard des valeurs juridiques protégées afin de suggérer ce qui, pour une meilleure sécurité des transactions si essentielles pour le développement économique, pourrait constituer l'axe de répression du dirigeant en cas de gestion ruineuse de l'entreprise.

(1) LENCOU, thèse précitée.

(2) G. CLEMENT, thèse précitée.

(3) Voir la distinction évoquée par M. DELMAS-MARTY entre infraction financière et infraction économique; l'auteur, op. cit., RIDP 1982, p. 24 et s.

Le domaine de la recherche est constitué par les droits africains des pays francophones qui, tous sous ancienne administration française ou belge, ont hérité d'une culture juridique à notre portée. Le choix trouve cependant une raison plus fondamentale: la similitude des problèmes à l'origine d'une même démarche dans leur solution, encore que la mise en oeuvre peut revêtir des traits originaux. Par ailleurs, ce groupe de pays rassemble un éventail assez large des diverses solutions en matière de conflits débiteurs-créanciers (1). Encore que le droit traditionnel tiennne peu de place en la matière, on rencontre des Etats de culture juridique islamique, négro-coutumière et même malgache. S'agissant des structures économiques modernes, même si une grande importance est partout accordée à l'entreprise publique, la diversité est également respectée puisque la série va de la Côte d'Ivoire, adhérent à la libre entreprise et à l'économie de marché, à l'Algérie ou à la République malgache, partisan d'une économie fort étatisée, la plupart des pays adoptant à cet égard une attitude pragmatique. En matière législative enfin, ce sont divers courants qui sont concernés (2) et diverses étapes déjà parcourues à partir d'une législation quasi-identique laissée par les anciennes métropoles; mais la divergence ne paraît particulièrement sensible que dans la partition des secteurs privés et publics susceptibles d'influer sur les sanctions pénales édictées contre les dirigeants.

L'étude recourt en effet à une analyse normative des différentes incriminations prévues par les jeunes Etats, faute de pouvoir vérifier l'effectivité de la répression qui, au demeurant, ne paraît pas devoir changer les données du problème, compte tenu du taux peu élevé de conflits des divers agents économiques. Par ailleurs, la référence à une interprétation restrictive en matière pénale donne des assurances sur la fiabilité de la méthode (3). En revanche, un large recours sera fait à l'interprétation doctrinale et jurisprudentielle des régimes métropolitains pour rendre compte de la véritable étendue des dispositions considérées à plusieurs égards comme de base.

(1) Voir ci-après l'évolution historique.

(2) Des législations pénalistes comme celle du Cameroun, celles recherchant l'harmonie avec l'ancienne métropole comme celle du Sénégal, celles qui ont peu évolué, etc...

(3) Si du moins, on évite le piège d'une terminologie juridique qui peut revêtir des réalités différentes: voir M. ALLIOT, Problèmes de l'unification des droits africains, Journal of African Law 1967, vol. 11, n° 2, p. 95 et s.

Dans l'ensemble des droits considérés, la banqueroute concerne avant tout le commerçant parce que, compte tenu de son volume d'obligations élevé et de son usage constant du crédit, il compromet très gravement l'ordre socio-économique en accompagnant sa cessation des paiements d'imprudences ou négligences graves ou encore de fraudes dans la gestion du patrimoine précisément affecté à la garantie des créanciers. Or, si la notion de commerçant en difficultés irrémédiables peut avoir un domaine plus ou moins étendu selon les législations, à considérer les éléments qui fondent sa vulnérabilité, il est possible d'envisager l'application de la banqueroute à d'autres catégories de personnes indépendamment de l'acquisition de la qualité de commerçant pourvu qu'elles adoptent dans leur activité un comportement comparable.

Suivant un schéma classique en matière pénale, on cherchera dans un premier livre à qualifier le délinquant en recensant les personnes punissables de la banqueroute. Dans un deuxième livre, on déterminera la structure de l'infraction et sa répression par l'analyse des éléments constitutifs et divers problèmes que pourrait poser le déroulement de l'action publique. Enfin dans un troisième livre, on examinera, à partir de l'élargissement du domaine de la faillite et de la banqueroute dans les législations les plus avancées, la vulnérabilité des autres catégories de débiteurs compte tenu de leur insertion dans l'activité économique et du danger que leur défaillance peut engendrer pour la sécurité des transactions.

Après avoir, dans un titre liminaire, indiqué l'état des dispositions législatives soumises à notre examen et explicité les valeurs juridiques protégées par la banqueroute, compte tenu de leur influence sur sa configuration, nous consacrerons trois livres à l'étude:

- | | |
|-----------|--|
| Livre I | Des personnes qui peuvent être poursuivies pour banqueroute ou infractions assimilées. |
| Livre II | Des faits constitutifs de banqueroute, infractions assimilées et connexes et la mise en oeuvre de la répression |
| Livre III | La banqueroute et les nouveaux acteurs économiques: vulnérabilité du débiteur et du dirigeant en cas de défaillance d'une personne physique ou morale non commerçante. |

TITRE LIMINAIRE

EVOLUTION HISTORIQUE ET PROBLEMATIQUE DE LA BANQUEROUTE
DANS LES ETATS AFRICAINS FRANCOPHONES

=====

L'analyse de toute institution juridique, en matière pénale en particulier, nécessite une recherche préalable des dispositions législatives qui la régissent; à fortiori, s'il s'agit d'une étude comparative.

Dans les pays africains, la tâche peut être particulièrement ardue par suite de l'absence de moyens de diffusion des actes législatifs. Les recueils législatifs sont souvent inexistant; mais plus grave, la non-publication officielle de textes ou leur publication tardive peut engendrer des doutes sur la disposition en vigueur. Par ailleurs, la difficulté de connaître la loi se double parfois du problème du droit applicable lorsque, avant l'unification, la dualité juridique peut dans certains domaines être invoquée. Il en fut ainsi à une certaine époque de la défaillance du débiteur civil.

L'inventaire des dispositions normatives revêt par conséquent une très grande importance puisqu'il permet la détermination du texte applicable; d'autant que, par suite de l'ambivalence de la banqueroute, il est souvent nécessaire de coordonner les dispositions pénales et les dispositions normatives du code de commerce notamment. La même ambivalence requiert par ailleurs, pour préparer le terrain de la discussion, la recherche des fondements de l'incrimination.

Deux chapitres seront consacrés à cette mise au point:

- | | |
|-------------|--|
| Chapitre I | Historique de la banqueroute en Afrique francophone. |
| Chapitre II | Problématique de la banqueroute et de l'insolvabilité frauduleuse. |

CHAPITRE I : HISTORIQUE DE LA BANQUEROUTE
EN AFRIQUE FRANCOPHONE

=====

A un certain niveau de développement de l'activité économique, chaque société se préoccupe de la remise en ordre des relations perturbées par la défaillance du débiteur envers ses créanciers. Lorsque le volume des obligations et le recours au crédit sont importants, l'organisation des procédures de liquidation collectives s'impose à la sécurité des transactions et au maintien de l'égalité des créanciers (1). Ces procédures sont même généralement assorties de mesures répressives au cas où la défaillance résulterait ou serait aggravée par des fautes graves ou des actes de fraude (2).

Dans les systèmes français et belge comme dans les Etats africains francophones, la répression de la banqueroute soutient l'existence de procédures collectives pour la sauvegarde de la loyauté et d'une certaine rigueur de gestion dans les affaires; encore que, en dehors des procédures de concours, la répression de l'insolvabilité frauduleuse puisse s'imposer comme une simple atteinte condamnable au patrimoine d'autrui (3). Dans les législations africaines, ces diverses solutions, la répression de l'insolvabilité exceptée, sont le fruit du contact avec l'économie de marché introduite et développée par la colonisation sur base et dans l'intérêt du modèle métropolitain.

Concernant en particulier la banqueroute, deux bonnes raisons fondent un régime juridique nouveau du colonisateur: ses dispositions touchent d'un côté au droit de la faillite considéré comme une matière nouvelle et même de police commerciale, de l'autre, elles participent des mesures répressives destinées à protéger l'ordre social (4). Il semble néanmoins, qu'à côté de cette législation coloniale, aient subsisté en matière de défaillance du débiteur, des

-
- (1) R. PIRET, Organisation de la déconfiture ou faillite civile, Ann. dr. sc. pol. 1938, p. 66 et s.
- (2) G. ROUJOU de BOUBÉE, Les incidences pénales des procédures de règlement collectif en droit français, An. Univ. sc. soc., Toulouse, 1975, p. 185.
- (3) E. RIGAUX, Des raisons qui ont empêché jusqu'à présent l'institution du délit d'insolvabilité frauduleuse, RDPC 1961-62, p. 566 et s.
- (4) Voir E. LAMY, Le problème de l'intégration en droit congolais, son origine, son évolution, RSC 1965, n° spécial, p. 171 et s.; R. DECOTTIGNIES, Prière à Thémis, Rev. sén. dr., août 1967, p. 10 et s.

solutions de droit traditionnel. Il est vrai que les dispositions de droit colonial trouvent surtout application dans les secteurs d'activités modernes tandis que les indigènes continuent dans leurs rapports à se prévaloir du droit traditionnel, lorsque du moins l'unité de droit ne s'est pas réalisée impérativement en faveur du droit colonial (1).

Il sied par conséquent de connaître la substance de ces solutions qui ont toujours été appliquées au débiteur indigène; d'autant plus qu'elles sont susceptibles d'être revalorisées (2) après le départ du colonisateur, lors de l'élaboration des législations propres par les nouveaux Etats. Désormais maîtres de leurs destinées, ils ont, en effet, pour tâche de réussir une décolonisation complète de leurs institutions et d'assurer un plein épanouissement de tous les secteurs de la vie (3).

Dans l'édification de ce nouvel ordre juridique, la voie la plus souvent suivie, dans le secteur du droit moderne du moins, semble être l'harmonisation des dispositions avec la législation des anciennes métropoles; encore qu'elle n'écarte pas des solutions originales. Dans certains cas, cependant, une rupture avec le système de l'ancienne métropole s'évère nécessaire pour la recherche d'une autre voie de développement. Dans l'un et l'autre cas, les instruments juridiques doivent être réadaptés (4).

-
- (1) A. ROBERT, Etude comparée des lois applicables et des tribunaux de droit coutumier dans les territoires français, belges et portugais d'Afrique noire, Rev. jur. pol. o.m. 1959, p. 20 et s.
- (2) A. ALLOT, La place des coutumes juridiques africaines dans les systèmes juridiques africains modernes in Etudes de droits africains et malgaches, Paris, 1965, p. 257-266, spéc. 262. Voir aussi: J. GRAVEN, L'apport européen en matière de droit pénal aux pays africains en voie de développement, RDPC 1963-64, p. 948; M. ALLIOT, Les résistances traditionnelles au droit moderne dans les Etats d'Afrique francophone et à Madagascar, in Etudes de droits africains et malgaches, 1965, p. 235-236, spéc. 247 et s.; R. DAVID, La réforme du code civil dans les Etats africains, An. afric. 1962, p. 160-170; R. DECOTTIGNIES, Réflexion sur le projet de code sénégalais des obligations, An. Afric. 1962, p. 171-180, spéc. 175 et s.
- (3) KEBA M'BAYE, Droit et développement en Afrique francophone de l'ouest, Rev. sén. dr., août 1967, p. 42-44.
- (4) Voir A. TUNÇ, La vie du droit en Afrique, Rev. jur. Indép. coop. 1978, p. 721; G. CONAC, La vie du droit en Afrique, in Dynamiques et finalités des droits africains, Paris, Economica, 1980, p. XXVII et s.

En matière de banqueroute et d'insolvabilité frauduleuse, un certain nombre de nouvelles dispositions ont déjà été prises par les nouveaux Etats, souvent à la faveur de l'édiction de nouveaux codes pénaux; elles ne sont pas toutes en harmonie avec les textes métropolitains. Et si on élargit la catégorie de débiteurs aux nouveaux acteurs économiques, la répression de la défaillance fautive du débiteur sera assurée par des dispositions encore plus complexes.

Trois étapes seront par conséquent distinguées pour suivre l'évolution des dispositions sur la banqueroute et l'insolvabilité frauduleuse dans les territoires africains sous ancienne domination belge et française: une période antérieure à la colonisation, une période coloniale et celle qui a suivi l'indépendance.

SECTION 1: L'EVOLUTION DE LA BANQUEROUTE DANS LES ANCIENNES POSSESSIONS FRANCAISES

La domination française en Afrique s'est exercée sur des peuples hétérogènes (1), de cultures juridiques différentes, musulmane, malgache, négro-coutumière. Certains avaient érigé de véritables entités étatiques et s'acheminaient dans beaucoup de secteurs vers une organisation moderne; d'autres en revanche, menaient encore une vie tribale, avaient une organisation politique embryonnaire et menaient une activité économique primaire (2). De ce fait, et sans oublier les particularités locales, chaque organisation avait une solution spécifique au trouble causé par la défaillance du débiteur à l'égard de ses créanciers.

Négligeant ces données de base ainsi que l'hétérogénéité des situations métropolitaines et coloniales, le colonisateur français choisit en l'espèce l'assimilation des institutions juridiques; celle-ci fut totalement (3) réalisée en faveur du régime métropolitain,

-
- (1) Parmi les colonies, on compte l'Algérie, les anciens territoires de l'Afrique occidentale française et de l'Afrique équatoriale française, l'île de Madagascar et dépendances, les territoires de Somalis; le Togo et le Cameroun étaient sous mandat; le Maroc et la Tunisie des protectorats.
- (2) H. DESCHAMPS, L'Afrique tropicale au 17-18e siècle, Paris, Centre de documentation universitaire, 1964, p. 8 et s., 16 et s.
- (3) Voir la prédiction de L. GEISMAR, L'action gouvernementale et les coutumes indigènes en Afrique occidentale française, Outre-mer 1934, 2e trimestre, p. 159, citée dans le rapport de B. MANPOIL, Coutumier juridique de l'A.O.F., Paris, Larose, 1939, t. I, p. 38. Comparer: AP ROBERT, L'évolution des coutumes de l'Ouest-africain et la législation française, thèse, Strasbourg, Bibliothèque de l'Union française, Paris, 1955, p. 147 et s.

malgré une courte résistance du droit traditionnel préconisant également des sanctions pénales à l'égard du débiteur civil. Elle fut si forte qu'en principe elle ne fut pas fondamentalement remise en cause après l'indépendance; encore que la mise en valeur de l'identité africaine ou la hantise du développement constitueront un enrichissement pour le régime de base.

Plusieurs étapes caractérisent par conséquent l'évolution de la répression de la défaillance du débiteur à l'égard de ses créanciers dans les anciennes possessions françaises; la période précoloniale, celle de la colonisation et enfin celle des législations post-coloniales.

§ 1. PEUT-ON PARLER DE LA BANQUEROUTE AVANT L'OCCUPATION FRANÇAISE?

De manière schématique, trois civilisations juridiques peuvent être distinguées dans les régions africaines qui allaient passer sous la domination française: l'Afrique du nord où prédomine l'islam et le droit musulman contenu dans le coran et l'interprétation des savants, l'île de Madagascar qui, déjà au contact des navigateurs occidentaux, est dotée de codes écrits et enfin, la plus grande partie de l'Afrique tropicale et équatoriale française islamisée ou animiste recourant aux coutumes pour régler les conflits entre particuliers ou membres d'un groupe (1).

A. ALLUSION A LA BANQUEROUTE DANS LE FIGH (2)

La banqueroute n'apparaît pas dans le coran et les autres sources du droit islamique. On peut s'en étonner dans une société à forte tradition mercantile (2) et ayant mis au point diverses solutions à la défaillance du débiteur, en particulier la procédure de faillite (4).

(1) Voir G. CONAC, op. cit., in Dynamiques et finalités des droits africains, p. VII et s.

(2) L'analyse porte sur le droit musulman de rite malékite appliqué en Afrique du nord ex-française à majorité de population malékite. Voir G. BOUSQUET, Précis de droit musulman principalement malékite et algérien, t. I, Alger, Maison des livres, 8e éd., s.d.p. 40; P. RONDOT, L'Islam et les musulmans d'aujourd'hui, Paris, éd. L'Orante "Lumière et nations", 1958, p. 170 et s. Le texte de base utilisé: GH BOUSQUET, Abrégé de la loi musulmane selon le rite de l'Iman MALEK (traduction nouvelle) de KHALIL ben ISHIAQ, t. III, Alger, Maison des livres, 1961, p. 53 et s.

(3) L. GARDET, La cité musulmane: vie sociale et politique, 3e éd., Paris, Urin, 1966, p. 258 et s.

(4) BOUVET, De la faillite en droit musulman, thèse, droit, Paris, éd. Giard et Brière, 1913.)

Sans doute, en cas d'inexécution de ses obligations, le débiteur peut craindre pour sa personne puisqu'il peut, dans le cadre ou en dehors de la faillite, être détenu jusqu'à ce que sa pauvreté soit prouvée (1). Cependant cette détention apparaît comme une épreuve de solvabilité, une simple mesure de pression destinée essentiellement à briser sa résistance (2). Cela étant, en droit musulman, le débiteur insolvable ne répond pas de ses dettes sur son intégrité physique, à l'opposé de certains droits antiques comme le droit romain où la "détention avait pour but de mettre en lieu sûr la personne du débiteur qui était devenu le gage de son créancier et sur lequel il pouvait se payer en le faisant vendre comme esclave ou plus tard en l'obligeant à travailler" (3).

Alors qu'en droit romain, le recours à l'exécution sur la personne pour réaliser les droits des créanciers revêt un caractère pénal très prononcé et conduira au bout de l'évolution à l'emprisonnement pour banqueroute, en droit musulman, la détention pour dettes intervient comme moyen de pression pour faciliter la résorption de l'insolvabilité (4).

B. NOTION DE BANQUEROUTE CHEZ LES ROIS MALGACHES

Dans l'île de Madagascar, l'arrivée du colonisateur trouve également une législation écrite promulguée dans divers codes successifs par les rois merinas. L'ensemble de ces codes, au nombre de cinq, complété par les coutumes des différentes tribus, constitue le droit alors en vigueur dans cette région (5). On s'intéressera en particu-

(1) GH BOUSQUET, Abrégé de la loi musulmane..., t. III, p. 53 et s., par. 209 et s.

(2) BOUVET, op. cit., p. 15 et s.; P. PESLE, Le crédit dans l'islam malékite, Casablanca, Imprimeries réunies, 1942, p. 88 et s.

(3) BOUVET, op. cit., p. 22.

(4) Pour être dessaisi, le débiteur est préalablement interdit par la justice: L. MILLIOT, Introduction à l'étude du droit musulman, Paris, Sirey, 1953, p. 438 et s.; BOUVET, op. cit., p. 44 et s.; Y. LINANT DE BELLEFONDS, Traité de droit musulman comparé, Paris, Mouton et Cie, 1965, t. I, p. 261. En rite hanéfite, Chafik CHENATA, Etudes de droit musulman, Paris, PUF 1971, p. 146 et s.; Chafik CHENATA, Théorie générale de l'obligation en droit musulman hanéfite. Les sujets de l'obligation, Paris, Sirey 1969, p. 151 et s.

(5) Code de 1820 de Ranavalona Ier; Code de 1862 de Ramada II; deux codes des 16 et 68 art. de Rasoherina parus en 1862; code de 101 art. de Ranavalona II en 1868; code de 305 art. de 1881. Voir A. GAMON, Traité de la justice indigène à Madagascar, Tananarive, Impr. off., 1910, p. 1 et 2; P. CHEVALIER, Introduction à l'étude du droit coutumier malgache, in Annales malgaches I, Paris, Cujas 1963, p. 89.

lier au code de 305 articles (1) le plus complet et qui, éclipsant au fur et à mesure les autres sources de droit (2), représente la dernière évolution du droit malgache avant le transfert de la législation française (3).

En guise de solution au problème de la défaillance du débiteur, le code de 305 articles qui ignore l'existence de la faillite, opère une distinction selon que l'insolvabilité fait suite à une dette d'argent ou à la revendication d'autres biens. L'insolvable de dettes d'argent n'encourt que des sanctions civiles, même au cas où il y a fraude (4); encore que ses complices, tiers, parents et autres créanciers soient traités avec plus de sévérité (5). En revanche, la mise aux fers est appliquée au débiteur d'autres biens qui ne peut opérer leur remise au créancier (6).

Distincte de la contrainte par corps (7), la mise aux fers frappe le débiteur non dans le but de le contraindre à dévoiler d'autres biens, mais pour le punir de son insolvabilité. Par son aspect répressif, elle est de même nature que la peine pour banqueroute mais elle ne lui est pas assimilable puisqu'elle est quasi automatique et n'intervient pas pour réprimer spécialement un comportement frauduleux ou une éventuelle négligence du débiteur, même si les malgaches réprouvent les débiteurs malhonnêtes dont les actes constituent "un véritable délit, non seulement à l'encontre de créanciers lésés, mais aussi à l'encontre de la société toute entière" (8).

-
- (1) Un arrêté du Gouverneur général du 1er décembre 1900 déclare officiel et seul applicable à la colonie le code de 305 art. selon la traduction de JULIEN. Voir aussi E. THEBAULT, Le code de 305 art. (texte malgache intégral avec traduction française), Tananarive, Impr. off. 1960.
- (2) Pour les sources du droit Hova; R. THENARD, Le droit de créance chez les Hovas, thèse droit, Paris, éd. Domat Montchrestien, 1935, p. 3 à 17.
- (3) Voir G. JULIEN, Institutions politiques et sociales de Madagascar, Paris, Librairie orientale et américaine 1908, t. I, p. 431 et s.
- (4) et (5) Art. 241, 242 et 243 du code de 305 art.
- (6) Art. 231 du code de 305 art.
- (7) R. THENARD, op. cit., p. 21 et s. Contra: A. GAMON, op. cit., p. 221; BORREL, Le code de 305 art. de Madagascar, Paris, éd. Montchrestien 1931, p. 120. Comparer: art. 35 et 37 du Décret du 9 mai 1909, Recueil Penant, 1909-III-p. 271 et s.
- (8) G. JULIEN, op. cit., 1908, t. II, p. 272, n° 464 et p. 275, n° 470.

Destinée à compenser la créance impayée, cette mise aux fers remplace l'esclavage pour dettes supprimé par les codes merinas (1) et est une forme adoucie d'exécution des obligations (2) sur la personne du débiteur dont on ne peut savoir, suite à l'intervention du colonisateur, si elle aurait abouti à une véritable incrimination pour banqueroute ou insolvabilité frauduleuse ou à une dépenalisation pure et simple à l'instar de celle adoptée pour l'insolvabilité pour prêt d'argent.

C. NOTION DE BANQUEROUTE DANS LE DROIT COUTUMIER PRECOLONIAL

Avant l'arrivée des français, le droit coutumier domine en Afrique subsaharienne, c'est-à-dire la future Afrique équatoriale et occidentale française. Il est caractérisé par l'oralité et la diversité de ses dispositions. Celles-ci ont cependant un fonds commun qui peut être découvert, grâce à une approche systématique de ses différentes solutions (3).

On distingue en principe deux systèmes dans les coutumes juridiques africaines: le système tribal ou gentilice décadent et le système coutumier féodal (4). Dans la société gentilice, l'exploitation des richesses est plutôt rudimentaire; la production est limitée aux stricts besoins du groupe. On ne crée pas d'excédent destiné à l'échange. L'organisation communautaire du groupe restreint, quant à elle, les rapports contractuels. Ceux-ci ont lieu entre tribus et les dettes contractées, le cas échéant, se règlent de collectivité à collectivité. Parfois, la mise en gage d'un membre de la collectivité sera exigée; mais souvent, on aura recours à des négociations de droit public ou à défaut à la guerre entre tribus ou villages (5).

-
- (1) CAHUZAC, Essai sur les institutions et le droit malgache, Paris, éd. Chevalier, 1900, p. 62; THENARD, op. cit., p. 110 et s., spéc. 113 à 123.
- (2) Art. 8 et 107 du code de 305 art.; art. 65 du Code de Rascherina de 1863.
- (3) BOURJOL, Théorie générale des coutumes juridiques africaines, Contribution à une étude du système coutumier de l'Afrique occidentale française, thèse, Toulouse, 1952, poly. p. 7 à 9 et p. 366 et s.
- (4) BOURJOL, op. cit., p. 366 et 367. Mais il n'y a pas de bloc rigidement homogène: BOURJOL, op. cit., p. 312.
- (5) A. ROBERT, Attitude du législateur français en face du droit coutumier d'Afrique noire, Rev. jur. pol. un. fr. 1955, p. 748; G. DUNGLAS, Coutumes et moeurs des Beté, in Coutumiers juridiques de l'AOF, Paris, Larose 1939, t. III, p. 449; F. AUDRIC, Coutume Aïzo, Fon, Naga, in op. cit., t. III, p. 460 et 472.

Le système coutumier féodal par contre se distingue par une nette évolution dans la production et les échanges ainsi que par une organisation sociale plus structurée. On note même l'apparition de l'artisanat et d'une classe commerçante. Parmi les pouvoirs complexes de la tribu, la famille plus ou moins restreinte a récupéré les attributs privés tandis que les pouvoirs politiques sont passés à l'Etat. Cette structure développe des rapports juridiques individuels suffisamment nombreux pour permettre la naissance des créances et des dettes (1). Dans ce système, le non règlement de dettes est sanctionné par l'esclavage pour dettes et la contrainte par corps; encore que certains peuples n'ont pas connu pareilles sanctions (2).

Si l'esclavage direct ou par la technique de la mise en gage a pour résultat de mettre le débiteur à la disposition du créancier (3), la contrainte par corps apparaît essentiellement comme un moyen de coercition pour obtenir le paiement, le créancier s'emparant de la personne du débiteur et le privant de sa liberté jusqu'à complet paiement ou jusqu'à l'obtention des signes de bonne volonté (4). Néanmoins il semble que dans les deux cas, ces pratiques aient un caractère plus exécutoire que répressif; même l'esclavage pour dettes se conclut le plus souvent par l'exécution d'un travail libératoire de paiement (5). Ce qui n'enlève pas à l'insolvabilité sa gravité, le dettier étant au même titre que le voleur un "individu à la conscience noire" (6).

Avant l'occupation française, sauf la contrainte par corps de droit musulman, les diverses sanctions édictées par la plupart des droits traditionnels contre le débiteur insolvable semblent en définitive résulter de sentiments mélangés à la fois de réprobation sociale et de réparation de préjudice individuel causé, même si souvent

(1) BOURJOL, op. cit., p. 322.

(2) R. de GAALON, Coutume Peul (Niger), in op. cit., t. III, p. 259; Coutume Maouri, p. 357.

(3) M. DULPHY, Coutumes des Sérères Nones (Thies Sénégal) in Coutumiers juridiques de l'AOF, Larose, 1939, t. I, p. 235; CONTOULY, Coutume Marka-Sarakollé (Nioro, Mali) in op. cit., t. II, p. 242; F. PUIG, Etudes sur les coutumes des Cabrais (Togo), thèse droit, Toulouse, Impr. toulonnaise 1934, p. 106 et 107.

(4) R. GAALON, Coutume Touareg (Niger), in op. cit., t. III, p. 236; Coutume Sonraï in op. cit., t. II, p. 335; Coutume Haoussa et Béribéri (Zinder, Niger), in op. cit., t. III, p. 170.

(5) A. AUBERT, Coutume Bambara (Bougouni, Mali), in op. cit., t. II, p. 126; DUCHAMP, Coutume Sonraï (Gao, Mali) in op. cit., t. II, p. 335; ORTOLI, Le gage des personnes au Soudan français, Bull. Inst. fr. Afr. noire, 1939, p. 313-326, spéc. 322.

(6) PAGEARD, Le droit privé des Mossi, tradition et évolution, 2 t., Paris 1969, p. 423 et 425.

l'aspect civil paraît prévilégié. La distinction rigide sera le fait du colonisateur qui réservera la sanction pénale au débiteur commerçant qualifié de banqueroutier et consacrerá l'immunité du débiteur civil insolvable.

§ 2. LE REGIME DE BANQUEROUTE DURANT LA COLONISATION FRANCAISE

Dans tous les territoires dominés par la France, la réalité des institutions juridiques se caractérise par un transfert massif de la législation métropolitaine, même si dans certains secteurs et dans les rapports entre autochtones seulement, le principe du respect des institutions indigènes a pu triompher.

Pour rendre compte des dispositions régissant la défaillance du débiteur durant la période coloniale, on indiquera évidemment les textes de la métropole transférés dans les possessions africaines, mais aussi le champ d'application du droit indigène et de la législation coloniale.

A. UN REGIME DE DROIT ECRIT QUASI IDENTIQUE A CELUI DE LA FRANCE

Dans chaque partie conquise, l'occupation effective se couronne rapidement "d'une domination juridique" réalisée par l'introduction en bloc de la législation métropolitaine (1); dans peu de cas seulement par l'élaboration d'une législation propre (2). En matière de faillite et de banqueroute, le législateur colonial réussit toujours à répercuter les modifications intervenues en métropole, de façon à maintenir des dispositions identiques en métropole et en colonie.

Par conséquent, si quant à la forme, il importe de préciser les dispositions de transfert de la législation française dans les anciennes possessions, sur le fond, l'évolution du droit écrit en colonie reflète pour l'essentiel les grandes étapes de la législation française qui pour cela méritent d'être rappelées à l'attention de l'observateur de l'évolution de la législation coloniale.

(1) Dans les colonies et territoires assimilés (Togo et Cameroun).

(2) Protectorats de Tunisie et du Maroc, futurs Etats associés.

a. Les grandes étapes de la législation française

Hormis quelques modifications mineures (1), trois textes importants ont marqué l'évolution de la législation métropolitaine sur la banqueroute durant la période coloniale.

1^o La loi du 28 mai 1838 sur les faillites et banqueroutes modifiant le livre III du code de commerce de 1808. Elle est le couronnement d'une longue évolution des pratiques développées dans les villes marchandes italiennes, introduites en France par la ville de Lyon et mûries dans l'ancien droit (2). Ainsi les ordonnances royales notamment celle de 1673 distinguent déjà nettement les faillites ordinaires et les faillites frauduleuses très sévèrement réprimées (3). Mais la structure actuelle de la banqueroute découle du code de commerce de 1808 (4) modifié en matière de faillite par la loi de 1838 dont le but était de ramener la confiance des justiciables dans l'institution de la faillite et ses sanctions. Pour cela, elle adoucit non seulement la répression, mais acheva aussi l'édification de la banqueroute par de nouvelles incriminations à charge d'autres personnes que le failli, bénéficiaires des opérations de banqueroute.

-
- (1) Loi du 4 mars 1889 sur la liquidation judiciaire (DP 1889-4-9); loi du 28 mars 1931 réprimant les infractions à la législation du registre de commerce (D.1931-4-262); décret-loi du 17 juin 1938 (D.1938-4-337).
- (2) RENOARD et BEVING, *Traité des faillites et banqueroutes*, Brux. 1851, p. 9 et s.; DUPOUY, *Le droit des faillites en France avant le code de commerce*, thèse Paris 1956, LGDJ 1960, p. 20 et s.; G. GRANCHET, *La notion de cessation de paiements dans la faillite et le règlement judiciaire*, Paris, LGDJ 1962, p. 12 et s.
- (3) L. DOMERGUE, *De l'adoucissement progressif des mesures frappant les faillis et les banqueroutiers*, thèse Montpellier 1920, Impr. Firmin et Montane, 1920, p. 39 et s.; H. BOUTEMAIL, *Sanctions de la faillite et sanctions pénales, leur évolution*, thèse Poitiers 1933, Impr. Poitevine 1933, p. 38 et s.; J. LEVY-BRUHL, *La banqueroute dans l'ancien droit français*, RSC 1947, p. 495 et s.
- (4) RENOARD et BEVING, *op. cit.*, p. 50 et s., *Le code réserve désormais la banqueroute au seul débiteur commerçant*: DOMERGUE, *op. cit.*, p. 51, 119 et s.; DUPOUY, *op. cit.*, p. 79 et s. Cependant, des auteurs remontent à l'ordonnance de 1673: RENOARD et BEVING, *op. cit.*, p. 20 et s.; BOUTEMAIL, *op. cit.*, p. 44.

2° Le décret-loi du 8 août 1935. Il élargit la catégorie des personnes punissables en mettant sur le même plan, les commerçants personnes physiques et les dirigeants des sociétés commerciales susceptibles d'adopter le même comportement de banqueroutier à l'égard des créanciers (1).

3° L'ordonnance du 23 décembre 1958 réforme l'aspect des délits de banqueroute et des autres infractions en matière de faillite (2). Son objectif était d'édicter une répression plus rationnelle (3) et adaptée à l'évolution de la moralité commerciale. Son grand mérite fut notamment de correctionnaliser la banqueroute frauduleuse et de réaménager certaines incriminations selon l'évolution du commerce. Il convient de noter au demeurant que le texte se préoccupe des impératifs de la répression en modérant la peine à la gravité des faits (4).

Enfin, bien que son intervention soit postérieure à la période coloniale, la récente réforme de la loi du 13 juillet 1967 constitue une phase également importante de l'évolution du droit de la banqueroute en France (5), même si elle n'est souvent, en l'espèce, qu'une reprise de l'ordonnance de 1958. Elle se signale en particulier par son adaptation à l'évolution du droit de la faillite qui élargit son champ d'application à l'entreprise et, en conséquence de la séparation des sorts de l'homme et de l'entreprise (6), aboutit à une responsabilité plus aggravée du dirigeant en matière de gestion.

-
- (1) FR. GOYET, La protection de l'épargne et les dispositions pénales des décrets-loi des 8 août et 30 octobre 1935, RSC 1936, p. 342 et s.
- (2) PAGEAUD et R. VOUIN, Chronique législative, RSC 1959, p. 398; HOUIN, Réforme de la législation sur les banqueroutiers et autres infractions en matière de faillite, RTDC 1959, p. 1 et s.; TOUFFAIT et HERZOG, L'ordonnance n° 58-1299 du 23 décembre 1958 sur les banqueroutes et autres infractions en matière de faillite, JCP 1959-1-1473.
- (3) KLOMP, Les déchéances et sanctions pénales attachées à la faillite. Etude critique, thèse Paris 1959, dactyl., p. 218 et s.
- (4) TOUFFAIT et HERZOG, op. cit., JCP 1959-I-1473, n° 38 et s.; KLOMP, op. cit., p. 109 et s.; 218 et s.
- (5) A. HUET, Banqueroutes et délits annexes. Les infractions commises à l'occasion des procédures collectives de liquidation et de renflouement des entreprises, in Faillites sous la direction de R. RODIERE, Paris, Dalloz 1970, p. 427 et s.
- (6) JF MARTIN, Des idées générales sur la réforme du droit de la faillite, Gaz. Pal. 1969-II-doctrine, p. 24.

Tous ces textes, sauf ceux qui interviendront après l'acquisition de l'autonomie (1), seront au fur et à mesure rendus applicables dans les anciennes possessions françaises; encore que le mécanisme de transfert ne fut pas toujours identique.

b. Le transfert de la législation française en Algérie,
 en Afrique noire et à Madagascar.....

Des méthodes variées furent utilisées pour étendre dans les possessions d'outre-mer la législation métropolitaine. Dans les colonies, on préconisa la règle de la "spécialité législative" selon laquelle aucune mesure ne pouvait entrer en vigueur en colonie, si elle n'avait été expressément édictée pour elle ou si elle n'avait été étendue à elle de manière explicite (2). Cette règle fut invariablement appliquée à la totalité des colonies africaines et territoires assimilés, même si à l'égard de l'Algérie, l'absence d'un texte de base clair fut à l'origine d'une certaine hésitation.

Cependant, loin de signifier originalité, la spécialité législative n'aboutit souvent qu'à la création d'une législation identique à celle de la métropole selon une procédure beaucoup plus commode celle des décrets d'extension.

- Concernant l'Algérie, le code de commerce français de 1807 et la loi de 1838 portant modification des dispositions sur la faillite et les banqueroutes ont trouvé application de plein droit tantôt comme dispositions en vigueur avant l'annexion de 1834 tantôt comme loi modificative. Il en fut de même pour les lois du 4 mars 1889 et du 28 mars 1931 puisque les textes de base étaient déjà applicables en

(1) L'ordonnance de 1958 en particulier, de même que le décret du 20 mai 1955 qui furent néanmoins applicables en Algérie.

(2) DARESTE, Traité de droit colonial, Paris, 41, Rue de la Bienfaisance 1931, t. I, p. 243 et s.; 1932, t. II, p. 127 et s.; LAMPUE, Les lois applicables dans les territoires d'outre-mer, Paris, Sirey, 1948, p. 65 et s.; JP BERARD, Le régime législatif des territoires associés d'après la constitution, Recueil Penant 1948-II-p. 74-78; C. ROSSILLON, Le régime législatif de la France d'outre-mer, thèse Nancy 1952, Paris, éd. Union française, 1953, p. 39 et s., voir cependant: LUCHAIRE, Quelles sont les lois applicables de plein droit dans la France d'outre-mer, D.1950, Chr. p. 135 et s.; LAMPUE, La promulgation des lois et décrets dans les territoires d'outre-mer, An. afric. 1956, p. 13 et s.; P. GARDE, La promulgation locale des lois et des décrets dans les territoires d'outre-mer, thèse Paris 1954, p. 101 et s.

Algérie (1). En revanche, le décret-loi du 8 août 1935 fut rendu applicable par le décret du 4 octobre 1935 (2) alors que le décret-loi métropolitain du 17 juin 1938 fut ignoré. Quant au décret du 20 mai 1955 et à l'ordonnance du 23 décembre 1958, ils furent transférés par des dispositions internes (3).

- Dans les anciennes possessions de l'Afrique occidentale, l'Afrique équatoriale et les territoires sous mandat du Togo et du Cameroun qui leur étaient rattachés, de même que dans l'île de Madagascar et ses dépendances, le principe de la spécialité législative fut en notre domaine appliqué sans hésitation (4). Les textes de transfert suffisent par conséquent à indiquer les dispositions en vigueur (5).

Au début de la colonisation, l'extension de la législation métropolitaine en Afrique noire passe par le Sénégal considéré comme noyau de la conquête des territoires dans cette région. Ainsi, le code de commerce et le code pénal métropolitains, rendus applicables au Sénégal par la loi du 7 décembre 1850 et le décret du 6 mars 1877 s'étendent à tous les autres territoires de l'Afrique occidentale au fur et à mesure de leur conquête (6). Le Sénégal sert également de relais pour l'extension des premières dispositions législatives en Afrique

(1) Voir: LAMPUE, Les lois applicables en Algérie, RJPUF 1950, p. 1 à 23.

(2) JO Alg. du 25 octobre 1935.

(3) Art. 186 du décret du 20 mai 1955, D.1955, législ. p. 237 et s.; art. 15 de l'ordonnance du 23 décembre 1958, D.1959, législ., p. 105 et s.

(4) CHARLIER, Comment légifère-t-on pour les territoires d'outre-mer, Recueil Penant 1949, p. 91 à 114; LUCHAIRE, L'apport européen dans l'élaboration des droits nationaux, Rev. adm. 1964, p. 571 et s.

(5) Voir SEGEALON, Répertoire des textes applicables en AOF (31 décembre 1948 avec mise à jour 1952); SOL et HARANGER, Recueil de législation coloniale; Juris-classeur de la France d'outre-mer; GJ BOUVENENT et R. BOURDIN, Codes et lois du Cameroun, Yaoundé 1956; EJ GUILLOT, Code pénal analytique pour la communauté, le Cameroun et le Togo, librairies techniques, Paris, 1959: noter toutefois l'erreur de l'auteur qui considère le décret-loi du 17 juin 1938 comme étendu dans toutes les possessions sans distinction.

(6) Guinée (décret du 11 mai 1892, art. 23); Dahomey (Décret du 26 juillet 1894, art. 23); Côte d'Ivoire (décret du 16 décembre 1896, art. 23). Pour les autres se référer au décret du 1er octobre 1902 réorganisant le gouvernement général de l'AOF.

équatoriale française (1).

Pendant la colonisation, en revanche, ce sont des dispositions internes des textes modificatifs ou des dispositions particulières qui réalisent le transfert de législation. Ainsi, la loi française du 4 mars 1889 sur la liquidation judiciaire fut étendue par décret du 9 juillet 1890 aux territoires déjà colonisés et aux nouvelles colonies par les divers textes organisant le service de la justice; la loi du 28 mars 1931 réprimant les manquements à la loi du 18 mars 1919 sur le registre de commerce fut étendue à l'AOF et à l'AEF par décret du 18 mai 1934 (2); le décret du 3 septembre 1936, à l'instar du décret-loi du 8 août 1935, mit à charge des dirigeants sociaux les délits assimilés à la banqueroute (3).

- Quant à la colonie de Madagascar et ses dépendances, elles furent régies par des textes identiques, étendus par des dispositions spécifiques (4).

c. Dispositions régissant la banqueroute au Maroc et en Tunisie, pays de protectorat

Le Maroc et la Tunisie n'ont jamais été considérés comme des colonies. Pays de protectorat et plus tard Etats associés, ils ont gardé leur souveraineté interne tandis que la France, pays protecteur, exerce les attributs de la souveraineté externe. Dans les faits, cependant, l'action de la France s'imprimera même en matière juridique interne.

-
- (1) Décret du 1er juin 1878, art. 14 au Gabon; au Congo, décret du 28 septembre 1897, art. 23; dans les autres territoires de l'AEF par décret du 17 mars 1903 réorganisant le service de justice au Congo français. Voir notamment J. SALIS, Essai sur l'évolution de l'organisation judiciaire et de la législation applicable au Gabon, Congo, AEF, thèse Toulouse 1939, p. 125.
- (2) Recueil Penant 1934-III-p. 286. Voir aussi le décret du 13 décembre 1932 abrogé; Recueil Penant 1933-III-174.
- (3) Recueil Penant 1937-III-p. 126.
- (4) Art. 2 du décret du 28 décembre 1895 et art. 19 du décret du 9 juin 1896, Recueil Daresté 1898, législ. p. 35 et 46. Pour les textes ultérieurs, les décrets d'extension sont les mêmes que pour l'AOF et AEF.

Dans le protectorat du Maroc, l'autonomie législative de l'autorité chérifienne repose sur des textes clairs (1): elle édicte ses propres lois, obligatoires pour tous les résidents (2); les lois françaises ne sont pas en principe applicables, sauf si le dahir du sultan le décide.

En matière de banqueroute, deux textes successifs reprenant pour l'essentiel les dispositions de la loi française du 28 mai 1838, ont régi le Maroc sous domination française: le dahir du 12 août 1913 portant code de commerce (3) et le code pénal français dont l'applicabilité résulte d'une interprétation coordonnée de deux autres dahirs du 12 août 1913 portant respectivement sur l'organisation judiciaire et sur la procédure criminelle (4).

Ces textes ne subirent en matière de banqueroute aucune modification (5) jusqu'à la promulgation du code pénal marocain par dahir du 24 octobre 1953 (6). Celui-ci prenant une option pénaliste, organisait une véritable réforme du droit de la banqueroute. Malheureusement, il n'eut qu'un champ d'application très limité puisqu'il n'avait cours que devant les juridictions Makhzén (indigènes) jugeant des conflits impliquant exclusivement des autochtones.

-
- (1) En particulier l'accord de Fés du 30 mars 1912: PL RIVIERE, Traités, Codes et lois du Maroc, t. I., Paris, Sirey 1924, p. 88 et s., spéc. 120 et s.
- (2) J. RACINE, Le régime législatif de l'empire chérifien depuis le protectorat, thèse Paris, polyc. 9 janvier 1951, p. 124; J. RACINE, Normes législatives et réglementaires prises par les autorités en exercice au Maroc, RJPUF 1952, p. 212-245, spéc. 219.
- (3) Voir L. RIVIERE et G. CATTENOZ, Traité de droit marocain, législation, coutume, historique avec référence aux législations étrangères, Caen, Ozanne, 1948, p. 507 et s.
- (4) Notamment art. 14 du dahir sur la procédure criminelle: L. RIVIERE, op. cit., t. III, p. 234 et s.
- (5) Ni la loi du 28 mars 1931, ni le décret-loi du 17 juin 1938 ne furent pris par l'autorité chérifienne. Sur l'inapplicabilité du décret-loi du 8 août 1935 sur les délits assimilés: Casablanca, 28 juillet 1950, Gazette des tribunaux marocains, 25 novembre 1950, p. 180.
- (6) PL RIVIERE, A propos du nouveau code pénal marocain, D.1951, chr., p. 173 et s.; A. PLANTEY, La justice répressive et le droit pénal chérifien, RJPUF 1951, p. 89 et s.; L. MOLLAVAL, La réforme de la justice pénale au Maroc, RSC 1954, p. 318 et s.; NAGUIB HOSNI, La législation pénale dans le monde arabe, RSC 1967, p. 795 et Mohamed FASSI-FIHRI, La législation pénale au Maroc, RSC 1968, p. 308.

En définitive, l'autonomie législative a, en matière de faillite et de banqueroute, engendré la stagnation au Maroc, puisque c'est, pour l'essentiel, un droit français cristallisé à la réforme de 1838 qui trouve application.

En Tunisie, à l'opposé du Maroc, les actes du protectorat et les décrets additionnels (1) n'ont pas réglé l'exercice du pouvoir législatif. De ce fait, une incertitude règne, au début, sur le domaine de l'intervention des autorités tunisiennes et par suite sur les règles applicables dans ce protectorat (2). Cependant, en deux étapes successives, l'autorité tunisienne conquiert son autonomie législative: en se faisant d'abord reconnaître la compétence territoriale (3) et ensuite, en obtenant par le biais du principe de la spécialité législative le droit de décider souverainement de l'introduction dans son arsenal législatif d'une loi étrangère, en l'occurrence la loi française (4). De la sorte, l'autorité tunisienne devient le législateur de droit commun.

En vertu de l'autonomie législative qui lui est reconnue, le Bey édicte par conséquent des lois territoriales qui obligent tous les habitants de la régence, sauf dans les matières dont la compétence lui échappe. Néanmoins, par le jeu de la loi du 27 mars 1833 sur l'organisation de la justice française, des lois françaises peuvent intervenir pour combler les lacunes de la législation tunisienne (5).

(1) Notamment le traité du 12 mai 1881 et la convention de la Marsa du 8 juin 1883: MAAREK et autres, Recueil général et pratique de la législation tunisienne, Paris, 1949, t. I. Documents constitutionnels, législatifs et diplomatiques; Institut colonial international, 4e série: Le régime des protectorats, Brux., t. I, p. 503-574.

(2) COHEN-SOLAL, L'application des lois françaises en Tunisie. Contribution à l'étude des sources de la législation tunisienne, thèse Alger n° 7, Tunis, Impr. E. Salika et Cie., 1934, p. 8 et s.; A. GIRAULT, L'exercice du pouvoir législatif dans les pays de protectorat, Compte rendu de la cession de l'Institut colonial international, tenue à La Haye, les 7, 8, 10 juin 1927, p. 115 et s.

(3) Cass. crim. 8 août 1889, Sirey 1890-I-p. 239; SILVERA, Le régime législatif d'un protectorat de droit international. Essai sur l'origine et les fondements de droit public tunisien, annexe au Recueil Général et pratique de législation tunisienne, t. I, 2 janvier 1947 (sans pagination).

(4) SILVERA, op. cit.

(5) COHEN-SOLAL, op. cit., p. 255 et s.

En matière de banqueroute, cette exception fut lourde de conséquences puisqu'elle eut pour résultat de faire juger le plus gros des litiges selon le droit français, devant les juridictions françaises. Sans doute, un code pénal contenant des dispositions sur la banqueroute avait été édicté par décret beylical du 9 juillet 1913. Applicable devant les seules juridictions indigènes, il n'avait toutefois d'effets qu'à l'égard des autochtones seuls (1). L'absence de dispositions à caractère territorial appela donc à l'existence les dispositions de droit français en l'occurrence le code pénal et le code de commerce français, entendus dans leurs dernières modifications (2).

Force est par conséquent de constater que les dispositions sur la banqueroute applicables au protectorat de la Tunisie ne sont pas uniformes et qu'il existe une double législation, le code pénal tunisien et la législation française que "chaque juridiction repliée en elle-même en l'absence de loi territoriale va rechercher dans sa nature propre" (3). Cette dualité juridique n'existe pas d'ailleurs qu'en Tunisie. Dans bon nombre de colonies, une analyse quelque peu poussée du droit applicable démontre l'existence à une certaine époque du moins, d'un droit indigène à côté de la législation coloniale pour réprimer la défaillance fautive ou frauduleuse du débiteur.

B. LE CHAMP D'APPLICATION DU DROIT INDIGÈNE ET DE LA LÉGISLATION EN MATIÈRE DE BANQUEROUTE

Le transfert de la législation métropolitaine en colonie sauf dans de rares cas ne fit pas au début table rase des institutions juridiques indigènes. Bien au contraire, en organisant les tribunaux indigènes statuant en toute matière sur les litiges des autochtones d'après le droit local, le colonisateur rendait possible son épanouissement (4). C'est la période des juridictions parallèles.

(1) COHEN-SOLAL, op. cit., p. 251.

(2) Il faut entendre les dispositions métropolitaines y compris le décret-loi du 17 juin 1938.

(3) COHEN-SOLAL, op. cit., p. 253.

(4) AP ROBERT, La justice de droit local en Afrique occidentale française, RJPUF 1956, p. 780; A. ROBERT, op. cit., thèse 1955, p. 196 et s. Noter en Algérie la suppression des tribunaux indigènes en matière pénale: Ph. REMION, Les tribunaux répressifs indigènes en Algérie et leur suppression, thèse Paris, Marcel Giard, 1934, p. 11-77. Le Maroc a quant à lui, une législation uniforme en l'es-pèce. La dualité juridique en Tunisie vient d'être examinée.

Après la seconde guerre mondiale cependant, la justice indigène en matière pénale fut supprimée en Afrique noire et à Madagascar et l'unité de la justice répressive réalisée en faveur des juridictions françaises.

a. Période des juridictions parallèles en Afrique noire
et à Madagascar.....

Les multiples dispositions sur l'applicabilité du droit portées par les divers textes sur l'organisation de la justice soit indigène soit française peuvent ainsi être résumées (1): le droit autochtone est applicable en matière civile et pénale aux litiges entre indigènes ou assimilés, sous réserve du respect des dispositions impératives et des principes de la civilisation française; de même, le droit colonial s'applique aussi bien en matière civile qu'en matière pénale aux litiges entre européens ou assimilés, entre européens ou assimilés et indigènes, le statut français étant privilégié en matière de compétence juridictionnelle et législative.

De plus, en toute matière, mais à titre supplétif uniquement, le droit colonial s'applique aux litiges entre indigènes lorsque le droit autochtone est lacunaire ou ses règles sont contraires aux principes de la civilisation française.

Par application de ces règles, seule la contrainte par corps parmi toutes les mesures prévues par le droit traditionnel put être maintenue durant la période coloniale (2). L'esclavage pour dettes, la mise aux fers furent considérés comme contraires aux principes de la civilisation française et prohibés par la loi. Cependant, là où l'insolvabilité du débiteur suscite la réprobation de l'ensemble de la collectivité, la juridiction indigène prononce contre cette infraction une peine parmi celles autorisées par la loi.

(1) Exemples: art. 16 à 18 du décret du 9 juin 1896 sur l'organisation des services de la justice à Madagascar, Recueil Dareste, 1898, législ., p. 46 et s.; art. 6 à 10 du décret du 3 décembre 1931 réorganisant la justice française en AOF, Recueil Penant 1932-III-p. 232 et s.

(2) Voir M. BERTAUT, Le droit coutumier des Boulous (Sud Cameroun), thèse Paris, éd. Montchrestien, 1935, p. 266 et s.

Cette situation fut au reste reconnue par le code pénal indigène de 1944 (1) qui, mettant en oeuvre l'idée d'un code pénal commun à tout le continent et supprimant la disparité des coutumes, fit l'essai de l'incrimination du non-paiement de dettes (2). L'essai cependant fut de très courte durée puisque le code pénal indigène fut abrogé par le décret du 30 avril 1946 (3) et que la justice indigène en matière pénale fut supprimée et sa compétence transférée aux juridictions françaises.

b. Période de l'unité de la justice répressive après 1946

.....

Au sortir de la guerre, l'appel à l'unification des institutions est très pressant. On souhaite notamment que la justice pénale soit dans le fond et la forme la même pour tous les habitants des colonies, européens et autochtones (4).

Dans l'esprit du colonisateur, cette unification devait se réaliser en faveur de la législation coloniale. Concernant la défaillance du débiteur, il n'était pas question de réprimer l'insolvabilité civile. Il était en effet inimaginable qu'une telle disposition qui n'a aucun lien avec l'esprit et le contenu de la législation française soit applicable aux européens (5). L'objectif fut réalisé par l'abrogation du code pénal indigène et par la suppression des juridictions indigènes, toute la compétence en matière pénale étant échue désormais aux juridictions françaises qui continueront à appliquer le droit colonial français. Sans doute, un nouveau code pénal colonial plus adapté aux nécessités locales fut promulgué par décret du 19 novembre 1949; mais il était hors de propos d'incriminer des faits qui ne heurtaient pas la conscience sociale du colonisateur.

(1) Décret du 17 juillet 1944, JO AOF 1944, p. 695. Il avait été précédé par le décret du 11 février 1941 limité à la seule AOF.

(2) R. MAUNIER, Le code pénal indigène de l'AOF, compte rendu des séances de l'Académie des sciences coloniales, Paris, Duroc, juillet 1941, p. 164-178; Code pénal indigène in La justice indigène en AEF, Brazzaville, Gouvernement de l'AEF, 1944; voir MAMADOU DIARRA, Influence du régime juridique sur le développement du Sénégal. Institutions judiciaires, institutions monétaires, thèse Paris I, 1971, p. 111 et s.

(3) Recueil Penant, 1946-III-54

(4) MAMADOU DIARRA, op. cit., thèse, p. 116 et s.

(5) Ch. ASSEMEKANG, Essai sur l'évolution du droit pénal et le développement du Congo-Brazzaville, thèse, Paris I, 1969, p. 296.

L'insolvabilité du débiteur civil ne fut donc pas envisagée comme infraction. Le droit traditionnel était abandonné au profit du droit colonial qui ne réprimait que la seule faillite du débiteur commerçant accompagnée de certains faits limitativement énumérés. La répression du non-paiement de dettes en général ne fera de nouveau son apparition que dans certains codes pénaux après l'indépendance.

§ 3. L'EVOLUTION DE LA LEGISLATION APRES L'INDEPENDANCE

Avec l'indépendance, les nouveaux Etats revoient leur législation afin de l'adapter aux impératifs nouveaux notamment la réhabilitation des valeurs africaines et la lutte pour le progrès. Cette tâche consistera non seulement en une décolonisation du droit, mais aussi en une quête d'un système juridique nouveau reflétant ou entraînant une profonde réforme des structures aussi bien sociales qu'économiques (1).

Au début, la législation coloniale est reconduite systématiquement, pour éviter un vide juridique; mais rapidement selon les options et le dynamisme de chaque Etat, de nouvelles dispositions législatives sont adoptées. Si en notre domaine, la plupart des textes, en dépit de quelques notes d'originalité, restent dans la sphère de la législation métropolitaine prônant une économie de la libre entreprise, certains autres, en privilégiant l'économie étatisée sont en rupture avec le système et cherchent pour les nouvelles entreprises créées par l'Etat un autre ordre juridique (2).

On découvrira successivement les dispositions intervenues en Algérie, au Maroc, en Tunisie et dans les anciens territoires d'Afrique noire et de Madagascar.

(1) KEBA M'BAYE, Droit et développement en Afrique francophone de l'ouest, Rev. sén. dr., août 1967, p. 42 et s.

(2) Voir H. RAHARIJAONA, Les problèmes posés par la création d'un droit du développement: de l'indépendance à la révolution in Dynamique et Finalités des droits africains, sous la direction de G. CONAC, Paris, Economica, 1980, p. 63 et s.

A. DISPOSITIONS INTERVENUES APRES L'INDEPENDANCE EN ALGERIE (1)

En matière de banqueroute, les premières dispositions modificatives apparaissent en Algérie, dans les articles 383 à 385 du nouveau code pénal de 1966 (2). Après une courte période d'incertitude juridique (3), le nouveau code de commerce est promulgué par ordonnance n° 75-59 du 26 septembre 1975 (4). Ses articles 369 à 388 prévoient les incriminations pour banqueroutes, délits assimilés et connexes. Ils ne reprennent cependant que les dispositions de l'ordonnance du 23 décembre 1958, alors que le domaine des procédures collectives est élargi aux personnes morales de droit privé non commerçantes, innovation de la récente réforme métropolitaine de 1967.

En outre et parallèlement à ces structures d'économie privée s'est développé un secteur important de l'économie étatisée découlant des options socialistes de développement et confié aux entreprises et exploitations socialistes (5). Ce secteur qu'il faut étendre aux entreprises d'économie mixte (6) est régi par des textes particuliers qui prévoient notamment une responsabilité pénale spécifique à charge des dirigeants en cas de gestion ruineuse de l'entreprise.

B. DISPOSITIONS SUR LA BANQUEROUTE AU MAROC

La volonté de mettre fin à des régimes disparates hérités de la domination extérieure (7) n'est pas étrangère à l'adoption urgente d'une législation uniforme en matière pénale: la promulgation du code de procédure pénale intervint le 10 février 1959 et le code pénal

-
- (1) Voir B. CUBERTAFOND, L'algérisation du droit, mythe ou réalité RJPIC 1976, p. 204-231; AHMED MAHIU, Rupture ou continuité du droit en Algérie, RASJEP 1982, spécial 20e anniversaire, p. 107-137.
- (2) Ordonnance du 8 juin 1966 (JO Alg. du 11 juin 1966) modifié en 1975 et en 1982; loi n° 81/04 du 13 février 1982 (JO Alg. du 16 février 1982). Sur cette dernière réforme: R. ZERGUINE, Réforme et évolution du code pénal, RASJEP 1982, spéc. 20e anniversaire, p. 161-196. Avant: LOURDJANE, Le code pénal algérien, RJIC 1972, janvier-mars, p. 77-97.
- (3) Ordonnance n° 73-20 du 5 juillet 1973 (JO Alg. du 3 août 1973, p. 678) avait abrogé la loi du 31 décembre 1962 reconduisant la législation coloniale alors que certains domaines n'étaient pas encore dotés de législation nationale.
- (4) JO Alg. 19 décembre 1975, p. 1074 et s.
- (5) Voir infra.
- (6) Art. 217 du code de commerce.
- (7) ABDELAZIZ FILALI, Survivance du pluralisme législatif au Maroc, Revue marocaine de droit, 1961, p. 49 à 54.

par dahir n° 1-59-413 du 26 novembre 1962 (1). C'est ce dernier texte qui, en ses articles 566 à 569, contient les nouvelles dispositions en matière de banqueroute. En même temps, il porte de profondes modifications au régime précédent. Il oriente l'institution vers une conception nettement pénaliste (2).

C. LEGISLATION SUR LA BANQUEROUTE EN TUNISIE

Dans beaucoup de secteurs, la Tunisie est caractérisée à la veille de l'indépendance par une législation dualiste. Pour parvenir à son unification rapide, des textes nouveaux vont être pris par priorité, là où le droit d'origine tunisienne est absent tandis que la disparition des juridictions françaises va laisser le champ libre aux textes jadis édictés pour les tunisiens (3).

Ainsi, en matière de banqueroute, les dispositions du code pénal tunisien de 1914 régissent désormais l'ensemble des habitants du territoire tandis qu'un nouveau code de commerce promulgué par la loi du 5 octobre 1959 (4) remplace le droit français jusqu'alors en vigueur. Il contient également des dispositions sur la banqueroute et comble beaucoup de lacunes du vieux code pénal (5).

D. EVOLUTION LEGISLATIVE EN AFRIQUE NOIRE ET A MADAGASCAR

Le fait le plus spectaculaire de la période d'indépendance est l'apparition en Afrique noire d'une mosaïque d'Etats issus de l'éclatement des deux anciennes entités coloniales (6). Chacun de ces Etats va se mettre à légiférer ne fût-ce que pour asseoir sa souveraineté (7). En matière répressive notamment, plus de la moitié de ces jeunes pays, s'est, dans un bref délai, dotée d'un nouveau code pénal. Parmi les mesures édictées, la répression de la banqueroute et du non-paiement de dettes en général figure en bonne place.

(1) BO MAROC, n° 2640bis du 5 juin 1963, p. 843; Jurisc. marocain 16-26 novembre 1962, 1963-9, 2e fasc., p. 1 à s., spéc. p. 4 et 5.

(2) Voir infra problématique.

(3) Voir La justice, dix ans après, Tunis, Secrétariat d'Etat à la justice, 1966, p. 61.

(4) JO Rép. Tunisie des 3, 6, 10 et 13 novembre 1959, p. 1218; Code de commerce, Tunis, Secrétariat d'Etat à la justice, 1960.

(5) Voir infra problématique.

(6) De l'ex-AOF: le Bénin, la Côte d'Ivoire, la Guinée, la Haute-Volta, le Mali, la Mauritanie, le Niger, le Sénégal. De l'AEF: le Congo, la République centrafricaine, le Gabon et le Tchad.

(7) Voir M. ALLIOT, Un droit nouveau est-il en train de naître en Afrique, in Dynamiques et finalités des droits africains, p. 467 et s., spéc. 484 et 485.

Par ordre alphabétique, les dispositions les plus caractéristiques ont été prises par le Cameroun, le Mali, le Sénégal et le Tchad. D'autres pays ont accompli une réforme hâtive du code pénal qui a au moins revu les pénalités de la banqueroute. On signalera également la réforme opérée par Madagascar.

a. Les réformes les plus importantes d'Afrique noire

- Au Cameroun, la réforme de la banqueroute fut réalisée par le nouveau code pénal fédéral du 12 juin 1967 (1) dont une section entière intitulée "Faillite" est consacrée dans ses articles 331 à 336 à la matière de la banqueroute et de l'insolvabilité frauduleuse. En outre, l'article 181 frappe celui qui organise l'insolvabilité après une décision de justice.

- Le code pénal du Mali du 3 août 1961 (2) s'est intéressé aussi à la banqueroute qu'il considère comme une simple fraude et range parmi les cas de non-paiement de dettes (3). La technique perturbe la conception traditionnelle de la banqueroute et sa division en banqueroute simple et frauduleuse. De surcroît, la répression frappe n'importe quel débiteur, civil ou commerçant.

En effet, une nouvelle infraction est créée par l'alinéa premier de l'article 211: le non-paiement de dette par mauvaise foi; elle fait penser à l'insolvabilité frauduleuse. En matière de banqueroute cependant, les actes matériels réprimés restent en définitive identiques à ceux repris par l'ancien code de commerce colonial.

- En Afrique noire, l'activité la plus intense en matière de codification de réforme du droit est déployée sans conteste par le Sénégal qui s'est déjà doté notamment d'un code pénal promulgué par la loi du 21 juillet 1965 (4) et d'une législation complète en matière des obligations civiles ou commerciales (5).

(1) JO Rép. féd. Cam. du 1er août 1967, série supplémentaire n° 2, P. PARANT et autres, Le code pénal camerounais, Code africain et franco-anglais, RSC 1967, p. 839.

(2) JO Mali du 4 septembre 1961; Jurisc. d'outre-mer, t. 4, fasc. 5, 1962, p. 6.

(3) Art. 211 du code pénal malien tel que modifié par la loi n° 68-19 du 17 février 1968 (art. 2).

(4) JO Rép. Sénégal du 6 septembre 1965, p. 1009.

(5) Intervenu en plusieurs étapes: loi n° 63/62 du 10 juillet 1963 disposant pour la partie générale des obligations: loi n° 66-70 du 13 juillet 1966 organisant les contrats spéciaux et enfin la loi n° 76-60 du 12 juin 1976 prévoyant des dispositions sur les garanties des créances.

Outre les articles 376 à 378 du code pénal édictant les peines, la matière de la banqueroute est régie par les articles 1054 à 1077 de la loi du 12 juin 1976 prévoyant les dispositions sur les garanties des créances (1). Cette loi qui vient compléter le code des obligations civiles et commerciales reprend en l'espèce les dispositions de la loi française du 13 juillet 1967 sur les faillites et banqueroutes: elle porte donc les mêmes innovations en ce domaine.

- Enfin, il sied de noter la réforme opérée par le Tchad à la faveur du code pénal de 1967 (2). En effet, si les articles 313 à 314 ne modifient que les peines de la banqueroute dont les faits constitutifs restent inchangés et prévus par le code de commerce, on remarquera la répression de l'insolvabilité frauduleuse du débiteur (3) ou selon l'expression d'un auteur "l'appauvrissement volontaire du débiteur" (4); une façon de renforcer la lutte pour la défense de la fortune privée.

b. Les modifications des autres codes pénaux

D'autres Etats d'Afrique noire, en plus du Cameroun, du Mali, du Sénégal et du Tchad remanièrent leurs codes pénaux. Mais peu de changements ont porté sur la banqueroute dont les dispositions transcrivent le code pénal colonial quand certaines notamment celles réprimant les agents de change et courtiers ne sont pas omises. Parce qu'ils se distinguent de ceux qui n'ont pas pris de nouvelle législation en la matière, ces Etats méritent d'être cités, ne fût-ce que pour mémoire: le Gabon, la Mauritanie, le Niger et le Centrafrique (5).

(1) JO Rép. Sénégal du 16 août 1976, p. 1237 et s., spéc. p. 1262 et 1263.

(2) JO Rép. Tchad du 31 décembre 1967, p. 642; Code pénal, République du Tchad, p. 3 et s.

(3) Art. 310 du code pénal.

(4) C. DURAND, Les tendances du droit pénal au Tchad depuis l'indépendance, Recueil Penant, Rev. dr. des pays d'Afrique 1973, p. 350 à 387, spéc. p. 373.

(5) Exemples: G. MANGIN, Le code pénal du Niger, Recueil Penant 1962, chronique p. 289, n° 296, 458 à 467; G. MANGIN, Code pénal de la République centrafricaine, Recueil Penant 1962, Chronique p. 597-609.

c. La réforme de la législation sur la banqueroute à Madagascar

L'évolution législative post-coloniale à Madagascar a connu jusqu'à présent deux étapes. Dans une première phase caractérisée par la prédominance de l'entreprise privée, la République malgache se préoccupe de l'harmonisation de sa législation avec celle de la métropole (1). En matière de faillite et de banqueroute, l'ordonnance du 31 juillet 1962 (2) remédia au retard provoqué par la non-extension à la colonie des dispositions métropolitaines récentes, en l'occurrence le décret du 20 mai 1955 relatif aux faillites et règlements judiciaires et l'ordonnance du 23 décembre 1958 sur les banqueroutes et les autres infractions en matière de faillite. Les articles 614-4 à 614-26 de cette ordonnance prévoient les incriminations. Quant aux peines, elles sont édictées par les articles 402 à 404 du nouveau code pénal malgache (3).

Depuis quelques années cependant, la République malgache opère une profonde mutation de ses structures socio-économiques. Elle axe notamment son développement économique sur la création des entreprises publiques et d'économie mixte, rebaptisées depuis entreprises socialistes, à qui est promis le monopole de l'activité économique, sous la forme sociétaire en tout cas. C'est par conséquent un nouveau système juridique qui s'installe "un droit essentiellement étatique..." (4).

Néanmoins, le régime de transition (5) n'exclut pas la procédure de faillite des nouvelles entreprises socialistes et les peines de banqueroute pour ses dirigeants. Dans ce cas, ce sont les dispositions précédentes de l'ordonnance du 3 juillet 1962 et du code pénal qui

(1) Art. 5 de l'accord de coopération en matière de justice entre la France et Madagascar. Voir MANGIN, Les accords de coopération en matière de justice entre la France et les Etats africains et malgaches, Rev. jur. pol. t.o.m. 1962, p. 339-364.

(2) JO Rép. malgache 11 août 1962, p. 1571; Jurisc. d'Outre-mer, t. 5, 5, 1963.

(3) Code pénal nouveau, sans date, publié au JO Rép. malgache du 7 septembre 1962. Les articles 402-404 résultent de l'ordonnance n° 62-013 du 10 août 1962; JO Rép. malgache 7 septembre 1962, p. 1789. Voir R. BILBAO, Droit pénal et procédure pénale malgaches, Recueil Penant, 1964, p. 441-457.

(4) J. du BOIS de GAUDUSSON, Madagascar: des entreprises publiques aux entreprises socialistes in CONSTANTIN et autres, Les entreprises publiques en Afrique noire, t. I, Paris, Pédone 1979, p. 239; J. du BOIS de GAUDUSSON, Le socialisme et le droit en Afrique in Dynamiques et finalités des droits africains, p. 337-356, spéc. 338 et s.

(5) Voir infra, livre III, titre II

trouvent toujours application. Mais on peut déjà se demander si la gestion de ces nouvelles entreprises ne va pas engendrer de nouvelles responsabilités pénales à charge des dirigeants.

L'homogénéité du régime de la banqueroute laissée par le colonisateur français paraît donc sérieusement entamée par l'oeuvre législative des nouveaux Etats, après l'indépendance. Si le mimétisme juridique (1) conduit à une harmonisation de la législation africaine avec les dispositions métropolitaines pour ce qui concerne la banqueroute du commerçant, la redécouverte de l'identité africaine provoque la mise au point de l'incrimination de non-paiement de dettes tandis que le quasi-monopole des entreprises publiques dans une économie étatisée conduit à la remise en cause des solutions classiques de la banqueroute.

SECTION 2: L'INTRODUCTION DES DISPOSITIONS SUR LA BANQUEROUTE DANS LES TERRITOIRES EX-BELGES

A l'inverse de l'assimilation juridique préconisée par la France à l'égard de ses possessions, la Belgique se propose, pour sa colonie et les territoires assimilés, d'édicter des lois appropriées aux réalités locales (2). Or, cette réalité est notamment caractérisée par la présence de deux catégories de populations, les indigènes et les non-indigènes dont le niveau de civilisation est différent (3).

-
- (1) Voir AHMED MAHIOU, Rupture ou continuité du droit en Algérie, RASJP 1982, n° spécial, p. 108; G. CONAC, La vie du droit en Afrique, in Dynamiques et finalités des droits africains, p. XXIX et s.
- (2) Art. 1 à 7 de la Charte coloniale, Codes et lois du Congo belge par PIRON et DEVOS, 1960, t. I, p. 15 et s.; TH. HEYSE, Congo belge et Rwanda-Urundi, Notes de droit public et commentaires de la charte coloniale, Brux. Van Campenhout 1952, vol. I, fasc. I, p. 7 et s.; DEVAUX, L'évolution du droit pénal au Congo Léopoldville, IPC 1962, p. 7 et s.
- (3) Voir A. SOHIER, Le statut personnel des autochtones au Congo belge, Civilisation 1953, p. 180 et s.; A. SOHIER, Le statut civil coutumier des congolais, Civilisation 1953, p. 35 et s.; M. VERSTRAETE, Comparaison entre le statut personnel des autochtones des territoires d'Outre-mer français et belges, Problèmes d'Afrique centrale 1957, 2e trimestre 175 et s.; A. ROBERT, Etude comparée des lois applicables et des tribunaux de droit coutumier... Rev. jur. pol. t.o.m. 1959, p. 20 et s. Sur l'évolution des coutumes des centres extra-coutumiers du Congo belge; G. BAUMER, Les centres indigènes extra-coutumiers du Congo belge, Paris, éd. Montchrestien, 1939, p. 181 et s.

UNIVERSITÉ CATH. LOUVAIN

FACULTÉ DE DROIT
BIBLIOTHÈQUE

Dans le domaine de la production, de la circulation des biens et des rapports commerciaux, le secteur moderne dont le rythme des échanges et le volume des obligations nécessite l'édiction des dispositions sur les faillites et la banqueroute côtoie un secteur traditionnel qui malgré l'ouverture à de nouvelles activités par la colonisation multiplie moins les rapports créanciers-débiteurs; encore que même à ce niveau, les populations autochtones sont sensibles à l'inexécution des obligations (1) et prévoient déjà des sanctions à l'encontre du débiteur défaillant.

Le contact de l'économie capitaliste pendant plus d'un demi-siècle apporta de profonds changements dans la structure socio-économique des populations des territoires (2). En revanche, la redécouverte de l'autonomie va poser non seulement le problème de l'intégration des valeurs africaines à l'oeuvre civilisatrice de la colonisation, mais aussi celui de l'orientation du développement socio-économique en faveur du pays et des nationaux (3). Ce qui suppose l'adoption d'instruments juridiques adéquats.

Comme pour les anciennes possessions françaises, le survol de l'évolution des dispositions régissant la banqueroute s'effectuera en trois étapes. On examinera d'abord la période précoloniale et les moyens de défense de l'indigène contre la défaillance du débiteur, puis la période coloniale faisant coexister des solutions de droit écrit et les règles coutumières et enfin la période de l'indépendance avec l'oeuvre législative des nouveaux Etats.

(1) A. SOHIER, *Traité élémentaire du droit coutumier*, Brux. Larcier, 1954, 2e éd., p. 140 et s.

(2) DUVIEUSART, Note sur le commerce indigène dans les centres extra-coutumiers du Congo belge, *Bulletin du CEPSI*, juin 1959, p. 84 et s.; MALLIEUX, Le régime juridique de l'économie indigène au Congo belge et au Rwanda-Urundi, in *Vers la propotion de l'économie indigène*, Brux., Solvay, Institut de sociologie, 1956, p. 337 et s.; GHISLAIN, Naissance d'une classe moyenne noire dans les centres extra-coutumiers du Congo belge, *Bulletin des séances de l'IRCB* 1952, p. 294 et 304.

(3) H. RAHARIJAONA, op. cit., in *Dynamiques et finalités des droits africains*, p. 63-74, spéc. 64 et s.; JM PAUWELS, *Vingt années de législation zaïroise (1960-80)*, Recueil Penant, 1982, juillet-décembre, p. 5-31, p. 9 et s.

§ 1. L'EXISTENCE D'UNE NOTION DE BANQUEROUTE AVANT LA COLONISATION

Après un bref aperçu des rapports socio-économiques des indigènes avant la colonisation, on indiquera les solutions prévues en cas de défaillance du débiteur.

A. BREF APERÇU DES RAPPORTS SOCIO-ECONOMIQUES AVANT L'ARRIVEE DE LA BELGIQUE

Par rapport à l'empire colonial français, les possessions belges groupaient des populations homogènes, de civilisation bantoue, sans écriture, organisées en parentèle et parfois en véritable entité étatique. En effet, aux populations du bassin du Congo lui échues à la conférence de Berlin (1), la Belgique a joint celles du Rwanda et du Burundi dont l'administration lui avait été confiée par la Société des Nations (2).

Cette homogénéité comporte toutefois beaucoup de nuances, toutes les populations n'ayant pas atteint le même niveau d'organisation politique, sociale et économique. Les particularités locales mises à part, au système clanique s'opposent des empires et royautes dotés d'une organisation étatique bien structurée (3). Dans les organisations claniques, la production, la distribution des biens, sans être communautaires s'effectuent au niveau de la parentèle en une sorte de coopérative. Le chef de parentèle est l'intermédiaire entre les membres de la tribu ainsi que dans les relations inter-tribales. La responsabilité y est collective et la question de la défaillance du débiteur en tant que telle se pose très rarement.

Dans les organisations étatiques, la famille restreinte et l'individu occupent une place de plus en plus importante. Un partage du travail s'effectue dans l'exploitation des richesses. Des rapports individuels s'établissent entre les divers membres du groupe et même à l'extérieur du groupe et donnent naissance à des responsabilités individuelles de plus en plus marquées. A ce niveau de développement, se pose par conséquent le problème de la défaillance du débiteur.

(1) Voir Th. HEYSE, Congo belge et Rwanda-Urundi, Notes de droit public et commentaires de la charte coloniale, Brux., Van Campenhout, 1952, vol. I, fasc. I, p. 7 et s.

(2) Art. 1 de loi sur le gouvernement du Rwanda-Urundi; Code et lois du Congo belge, t. I, p. 27; F. SOTOUDEH, La situation juridique du Rwanda-Urundi, thèse, Paris, 1957

(3) A. SOHIER, Traité élémentaire du droit coutumier du Congo belge, Brux., Larcier, 2e éd., 1954.

B. LES SOLUTIONS PREVUES PAR LE DROIT TRADITIONNEL EN CAS D'INSOLVABILITE

Selon le niveau d'organisation socio-économique atteint et compte tenu de la sensibilité de chaque société, les peuples du Congo et du Rwanda-Urundi réagissent de manière différente au problème de l'insolvabilité du débiteur. Certains n'y voient pas un motif suffisant pour atteindre le débiteur dans sa personne tandis que d'autres le punissent de la peine capitale ou d'autres sanctions graves. La plupart cependant réduisent l'insolvable en esclavage, parfois après l'échec de la contrainte par corps.

a. L'esclavage pour dettes

Avant l'occupation belge, la mise à l'esclavage du débiteur est pour un certain nombre de groupements (1), l'ultime solution à l'insolvabilité. A défaut de biens sur lesquels il peut se payer, le créancier s'adjuge la personne du débiteur ou d'un de ses proches parents, souvent sans tenir compte de la nature ou de l'origine de la dette.

En principe, comme tout autre esclave, l'asservi pour dettes est la propriété du maître-créancier qui a sur lui droit de vie ou de mort. Son travail revient en entièreté au créancier, l'esclave entrant comme meuble dans le patrimoine de la famille du créancier (2). En pratique cependant, l'esclave pour dettes est traité avec moins de rigueur que l'asservi pour crime, sujet à un vif ressentiment d'origine de la vengeance privée; d'autant plus que dans la plupart des coutumes, le remboursement subséquent pouvait entraîner la libération du débiteur-esclave (3).

(1) E. de JONGHE et J. VAN HOVE, Les formes d'asservissement dans les sociétés indigènes du Congo belge, Brux., Hayez, 1949, p. 91 et s.; RP de BEAUCORPS, L'asservissement chez les Basongo de la Luniungu et de la Gobari, BJI 1945-46, p. 161 et s.; L. LAMBO, Etude sur les Balala, BJI 1945-46, p. 290 et s.; A. SOHIER, Esclavage et juridictions indigènes, BJI 1933, p. 79 et 80.

(2) A. SOHIER, Traité élémentaire de droit coutumier..., p. 121 et s., p. 138.

(3) E. de JONGHE et VAN HOVE, op. cit., p. 112 et s., p. 143 et s., p. 172; A. SOHIER, Traité élémentaire de droit coutumier..., p. 123; J. SOUPART, La contrainte par corps pour dettes chez les Budja, BJI 1941-42, p. 6 et s.

b. La contrainte par corps

A l'opposé de l'esclave pour dettes plus ou moins assimilé à la chose du créancier, le contraint par corps reste un homme libre même s'il est astreint à divers travaux au profit du créancier et subit parfois un régime plus dur.

Présupposant la solvabilité du débiteur, la contrainte par corps est essentiellement une mesure de pression exercée sur la personne du débiteur un parent ou un allié (1). Souvent les contraints mènent à peu de choses près la même vie que les autres membres du groupe d'hébergement (2) et ils sont libérés de manière automatique lorsque la dette est payée. En revanche, ils peuvent être acculés à l'esclavage si le créancier n'obtient pas satisfaction.

c. Les coutumes qui ignorent l'esclavage ou la contrainte par corps

Dans les sociétés strictement parentelaires, la gestion du patrimoine est collective, la solidarité parfaite. Le problème du non-paiement de dettes ne s'y pose pas, du moins en termes d'obligations juridiques individuelles. La parentèle étant seule obligée, les divers conflits éventuels (3) se règlent par voie de négociations de droit public ou par les armes.

A l'opposé, l'organisation économique d'autres groupements donne lieu à la création de multiples obligations contractuelles et les dettes y sont très courantes. Néanmoins, sans répercuter la dette sur la personne du débiteur, ces groupements organisent uniquement à

(1) E. de JONGHE et VAN HOVE, op. cit., p. 96 et s., p. 156; A. SOHIER, Esclave et juridictions indigènes, BJI 1933, p. 79 et s.; A. SOHIER, Traité élémentaire de droit coutumier..., p. 123 et s.; E. GREVISSE, La grande pitié des juridictions indigènes, Mémoire IRCB, classe des sciences morales et politiques, 1949, t. 19, fasc. 3, p. 27 et s.; RPJ MERTENS, L'esclavage chez les Badzing de la Kamtsha, Rev. Congo, 1936, t. I, p. 645, 650 et 688.

(2) E. de JONGHE et VAN HOVE, op. cit., p. 57.

(3) A. SOHIER, Traité élémentaire de droit coutumier..., p. 44 et s., p. 51.

sa charge une procédure d'exécution forcée sur les biens (1). Les procès pour insolvabilité ou refus de payer, sont des procès civils mettant en cause le créancier et le débiteur et portant exclusivement sur le patrimoine de ce dernier (2). Mais il n'y a pas encore de procédure collective assimilable à la faillite; le créancier diligent profite seul de sa saisie qui opère transfert des biens du débiteur dans son patrimoine sans liquidation nécessaire.

Une troisième catégorie de coutumes enfin met à l'arrière plan le recouvrement des créances. Certaines tribus, en effet, perçoivent plutôt la défaillance du débiteur comme un trouble grave à la société (3). Le refus de paiement ou l'insolvabilité porterait au même titre que le vol une grave atteinte au patrimoine du créancier; dans d'autres cas, il faut punir le défaut d'exécution de la sentence judiciaire parce qu'il met en échec l'autorité (4). Il sied alors de frapper le débiteur défaillant des peines corporelles les plus sévères comme la peine capitale ou le pilori.

Malgré leur diversité, aucune sanction parmi celles pratiquées par la société traditionnelle avant la colonisation belge ne semble donc préfigurer d'assez près la procédure de faillite et la banqueroute. Il est vrai que la sanction pour insolvabilité s'accompagne parfois d'un sentiment répressif assez prononcé, la défaillance du débiteur étant considérée comme un manquement indigne d'un homme juste et honnête. Cependant, même l'esclavage pour dettes n'a pas encore atteint ce degré de régularité pour jouer le rôle de précurseur des procédures de concours (5). Ce serait plutôt, en définitive,

(1) VAN HOVE, *Eléments de droit coutumier*, in *Novelles de droit colonial* 1938, t. III, p. 631, n° 8; de JONGHE et VAN HOVE, *op. cit.*, p. 56 et s.; VAN HOVE, *Essai de droit coutumier du Rwanda*, *Mémoires IRCB*, classe des sciences morales et politiques, 1941, t. X, fasc. 1, p. 81 et s.; M. WILLAERT, *Coutumes des Bashi*, BJI 1945-46, p. 119 et s.; E. SIMONS, *Coutumes et institutions des Barundi*, BJI 1944, p. 213.

(2) E. SIMONS, *op. cit.*, BJI, p. 261; R. BOURGEOIS, *Banyarwanda et Barundi, La coutume*, t. II, *Mémoires IRCB*, classe des sciences morales et politiques, t. 35, fasc. unique, p. 175; SANDRART, *Cours de droit coutumier*, Astrida 1951, p. 64 et 83.

(3) E. de JONGHE et VAN HOVE, *op. cit.*, p. 90

(4) L. LAMBO, *Etude sur les Balala*, BJI 1945-46, p. 326.

(5) E. de JONGHE et VAN HOVE, *op. cit.*, p. 173.

dans l'exécution d'un travail libérateur que se serait trouvée la solution à la défaillance du débiteur (1). Comme la France dans ses possessions, ce sont des solutions tout à fait nouvelles qui vont être introduites par le colonisateur belge dans les territoires administrés.

§ 2. LES DISPOSITIONS TOUCHANT LA BANQUEROUTE OU L'INSOLVABILITE SOUS LA PERIODE COLONIALE BELGE

Dans les anciennes possessions belges, la volonté du colonisateur, la complexité et l'originalité des problèmes à résoudre sont à l'origine de l'édiction d'une législation distincte de celle de la métropole. Dès le début, des textes de base spécifiques, complétés par l'ordonnance du 14 mai 1886 indiquant les règles applicables en cas de lacune de la loi forment le noyau d'une législation écrite améliorée au fur et à mesure.

Cette législation touche cependant la catégorie des non-indigènes. Les populations autochtones et assimilées continuent d'être régies par la coutume pour autant qu'elle ne soit pas contraire à l'ordre public et aux dispositions de la loi.

Droits écrit et traditionnel coexistent dans la plupart des domaines. En matière de contrats et d'obligations, le recours au droit écrit est souvent le fait des acteurs de l'économie moderne, tandis que les autres règlent leurs conflits selon le droit traditionnel. En matière pénale même, les juridictions indigènes ont la compétence de certaines infractions coutumières.

A. LES DISPOSITIONS DE BANQUEROUTE DANS LA LEGISLATION ECRITE DE LA COLONISATION

En dépit de sa spécificité par rapport à la législation métropolitaine, la législation coloniale trouvera souvent son inspiration (2) dans le droit belge. Ce fut le cas en matière de faillite et de banqueroute. Il paraît dès lors indiqué que le parcours des dispositions sur la banqueroute fasse état de cette législation de base au moment de la conquête des colonies.

(1) Exemple chez les Baluba Hembra, les Bayeke et la Balamotwa: E. de JONGHE et VAN HOVE, op. cit., p. 56.

(2) Art. 1 et 7 de la charte coloniale; A. DURIEUX, Le principe constitutionnel de la spécialité de la loi, JTOM 1955, p. 65-68; JP PAULUS, Droit public du Congo belge, Brux., Institut de sociologie (Solvay), Etudes coloniales, n° 6, 1959, p. 41 et s.

a. L'ombre du droit belge de la banqueroute
et genèse de l'insolvabilité frauduleuse
.....

La période de la conquête des colonies coïncide avec la promulgation de la loi de 1851 sur la faillite et les banqueroutes. Auparavant, la Belgique était sous l'empire de la législation française, en l'occurrence le code de commerce de 1807 et le code pénal de 1810, qui avaient mis fin à un régime composite appliquant tantôt les règles coutumières, tantôt les dispositions édictées par les princes et même dans certaines régions par le droit romain (1). Cette période de l'ancien droit est très sévère pour le banqueroutier distingué nettement du simple failli par les artifices qui accompagnent son insolvabilité (2).

Une mention particulière sera faite à la loi de 1851 inspiratrice de la législation coloniale. Sera également signalée en marge, pour être complet, une réforme récente consistant dans la répression de l'insolvabilité frauduleuse.

- Lorsque la Belgique acquit son indépendance, beaucoup de griefs étaient formulés à l'encontre du code de commerce français de 1807 en particulière aux dispositions sur la faillite et les banqueroutes dont l'application était gênée par l'extrême sévérité. Sur directive du constituant (3) cette législation fut modifiée par la loi du 18 avril 1851 qui régit la matière encore aujourd'hui. Elle fut inspirée par la loi française de 1838 dont elle reprit les principales innovations, à savoir: l'adoucissement des sanctions, le recours à des dispositions plus générales dans les incriminations et l'élargissement de la répression par la prévision des infractions dites connexes (5).

L'adoption du code pénal de 1867 modifiait quant à elle les pénalités dans les nouveaux articles 489 et 490 (5).

(1) RENOUARD et BEVING, Traité des faillites et banqueroutes, Brux. 1851, p. 67 et s.; FEURISSON, Etude historique sur l'insolvabilité, Jurisprudence commerciale des Flandres, 1888, p. 5 à 21, 59 à 64, spéc. 15 et s.

(2) Coutumes d'Anvers par exemple: RENOUARD et BEVING, op. cit., p. 68 (vol des biens, fuite, fausses déclarations...), mais civils et commerçants subissent encore le même sort.

(3) Art. 139 de la constitution de 1830.

(4) Voir RENOUARD et BEVING, op. cit., p. 59 et s.

(5) JSG NYPELS et J. SERVAIS, Le code pénal belge interprété, t. III (art. 398-490), Brux. 1898, p. 569 et 570.

- La répression de la défaillance fautive du débiteur restait cependant imparfaite dans la mesure où "les non-commerçants pouvaient impunément organiser leur insolvabilité et faire disparaître par les moyens les plus divers les biens qui devraient normalement constituer le gage de leurs créanciers" (1). Cette lacune fut comblée par une disposition de la récente loi du 10 avril 1967, aboutissement partiel d'une longue offensive menée par les juristes et les praticiens en faveur de l'organisation d'une faillite civile et en particulier de la répression de l'insolvabilité frauduleuse (2). Celle-ci fut, en effet, introduite dans le droit pénal belge (3) à la faveur de la réforme judiciaire par le bâtonnier Ch. Van Reepingen qui considérait que "l'ordre social est imparfait si un créancier n'est pas en mesure de vaincre le mauvais vouloir d'un débiteur récalcitrant qui peut payer sa dette et ne le veut pas, et à fortiori si un individu n'exécute pas volontairement une décision de justice qui l'a condamné" (4). Il propose dès lors et avec succès de punir "celui qui aura organisé son insolvabilité ou qui n'aura pas exécuté les obligations dont il est tenu dès lors que cette carence procède d'une volonté de se rendre insolvable" (5).

Sans doute, cette disposition ne peut avoir influencé la législation coloniale, mais sa ressemblance avec certaines solutions de droit traditionnel exigeait sa mention (6). En revanche, le droit belge de la faillite pèsera de tout son poids lors de l'élaboration du droit colonial.

(1) J. CONSTANT, La répression de l'insolvabilité frauduleuse, RDPC 1936, p. 189.

(2) Proposition de loi du 5 avril 1910 sur la faillite des non-commerçants (Doc. parl. Ch., session 1909-1910, n° 145), deux propositions de loi sur la déconfiture et sur l'insolvabilité frauduleuse du 25 juin 1956 (Doc. parl. Sénat, session 1955-56) reprenant le projet du Centre d'études pour la réforme de l'Etat; rapport du commissaire royal à la réforme judiciaire (Doc. parl. Sénat, session 1963-64, n° 60, p. 412). Insertion d'un art. 490bis pour le code judiciaire de 1967. Entretiens, il y avait eu la résolution de l'Union belge de droit pénal en 1939 discutée déjà en 1936 (RDPC 1936, p. 474-484) et le projet du Centre d'études pour la réforme de l'Etat, Réforme de la procédure, t. II, p. 117-140. Pour la doctrine, notamment: J. CONSTANT, La répression de l'insolvabilité frauduleuse, RDPC 1936, p. 184-203; R. PIRET, Organisation de la déconfiture ou faillite civile, ADSP 1938, p. 68 et s.; RIGAUD, Des raisons qui ont empêché jusqu'à présent l'institution du délit de l'insolvabilité frauduleuse, RDPC 1961-62, p. 578 et s.

(2) Art. 490bis du code pénal.

(4) et (5) Doc. parl. Sénat, 1963-64, n° 60, p. 412 et 413.

(6) Voir infra.

b. Les dispositions de droit écrit
 en vigueur durant la période coloniale.

Conformément à la règle de la distinction des lois coloniales de celles de la métropole (1), des dispositions particulières furent édictées en matière de faillite et de banqueroute. Deux périodes caractérisent l'évolution de cette législation: celle de l'ordonnance du 21 septembre 1886 dont l'objectif est de parer aux premières nécessités et celle des décrets du 27 juillet 1934 et du 20 avril 1935 qui érigent un régime complet de la faillite et de la banqueroute.

- L'ordonnance du 21 septembre 1886 (2) approuvée et confirmée par décret du 18 mars 1887 était plutôt sommaire; le développement socio-économique encore embryonnaire de la colonie avait, en effet, besoin d'une législation moins complexe que celle de la Belgique. Malheureusement, ses dispositions sont souvent imprécises et incomplètes (3). En matière de banqueroute, on retrouve, certes, le schéma des incriminations, même si des lacunes sont à constater (4). En revanche, l'ordonnance paraît inexcusable de mettre sur le même niveau tous les faits constitutifs et de leur conférer la même gravité (5). Par ailleurs, on doit déplorer le nocif parrainage du droit commercial autorisant le juge à absoudre le banqueroutier à la demande de la majorité des créanciers (6). Cet effet sera heureusement corrigé lors de la coordination de la législation pénale par

(1) Art. I, Charte coloniale; Cass. 3 juin 1935, RJCB 1935, p. 201; Corr. Brux. 11 juillet 1951, JTOM 1952, p. 35, note FONTAINES; A. SOHIER, Le Congo belge est régi par des lois particulières, JTOM 1954, p. 17 et 18; A. DURIEUX, op. cit., même règle joue pour les territoires du Rwanda-Urundi. Mais les dispositions édictées pour le Congo exigent une extension par ordonnance du vice-gouverneur général.

(2) Exposé des motifs et l'ordonnance: BOEIC 1887, p. 137-143.

(3) Voir P. JENIGEN, Le régime des faillites du Congo belge, Elisabethville, éd. RJCB. De plus, pour pallier les lacunes, en matière civile du moins, on recourt à l'ordonnance du 14 mai 1886 qui permet l'application des dispositions de la loi belge de 1851 dans la mesure où elles ont valeur de principes généraux du droit.

(4) Incrimination ayant trait aux obligations de la tenue de comptabilité comblées par le décret du 31 juillet 1912 sur les livres de commerce et ordonnance n° 20/94 du 1er avril 1921 au Rwanda-Urundi; l'emploi de moyens ruineux pour se procurer des fonds.

(5) Art. 15 et 16 prévoient les mêmes peines pour tous les faits de banqueroute, sans doute avec un pouvoir d'appréciation du juge.

(6) Art. 17.

le décret du 28 mai 1886 (1) intégrant définitivement les dispositions de la banqueroute dans le code pénal. Mais la véritable réforme sera réalisée par les décrets de 1934 et 1935.

- Le développement des affaires, la multiplication des transactions et l'enchevêtrement des relations ne pouvaient plus être protégés par un régime aussi sommaire que celui de l'ordonnance de 1886, fait pour des faillites peu importantes et moins complexes. Les divers milieux intéressés réclamaient une réforme (2). Elle fut réalisée en matière de faillite par le décret du 27 juillet 1934 (3) et en matière de banqueroute par le décret du 20 avril 1935 (4).

Pour ne considérer que les dispositions sur la banqueroute, les progrès du nouveau texte sur la législation antérieure sont manifestes. De nouvelles incriminations justifiées par l'essor commercial de la colonie sont créées (5). Certaines incriminations traditionnelles sont détaillées pour toucher une gamme plus étendue d'actes autrefois à l'abri de la sanction (6). Du point de vue de la répression, les divers actes constitutifs de banqueroute sont distingués d'après leur gravité et leurs peines fixées en conséquence. En même temps, la plus grande latitude est accordée au juge pour prononcer ou non la sanction à l'égard de faits de moindre gravité (7).

-
- (1) Interprétation coordonnée des art. 23, 24 et 81, al. 2 de l'ordonnance (BOEIC 1888, p. 75 et s.).
 - (2) JENTGEN, op. cit., p. 4 et s.; R. MATHIEU, Notes sur le concordat par abandon d'actif et les défauts du décret du 12 décembre 1925, RJCB 1925, p. 41-48; E. CLERCX, Note sur le concordat préventif à la faillite, RJCB 1930, p. 161; Congrès colonial belge, rapport de la 4e session, juin 1935, sur la situation économique du Congo belge, p. 56 et s.
 - (3) Exposé des motifs du projet de décret: CRA des séances du Conseil colonial 1934, p. 597; Rapport du Conseil colonial, in CRA du Conseil colonial 1934, annexe II, p. 1260.
 - (4) Exposé des motifs et projet de décret, CRA des séances du Conseil colonial 1934, p. 1309-1323, discussion au CRA des séances 1935, p. 243.
 - (5) Art. 23ter, 4^o, 5^o et 6^o devenu l'art. 88, 4^o, 5^o et 6^o du code pénal du Congo belge.
 - (6) Art. 23ter, 1^o et 2^o élargissant l'infraction se rapportant aux livres de commerce, art. 23bis ajoutant à la prévention l'emploi de moyens ruineux pour se procurer les fonds.
 - (7) Deux niveaux de peines sont désormais prévus, la plus faible étant facultative dans certains cas.

Néanmoins, la plus grande innovation du décret porte sur l'élargissement des peines de la banqueroute à une autre catégorie de délinquants, les dirigeants sociaux. Le texte prenait ainsi ses distances à l'égard de la législation belge pour profiter de l'apport des législations étrangères en l'occurrence le droit français encore en gestation (1).

Avec les deux décrets de 1934 et 1935, une législation bien structurée régit, en définitive, la matière de la faillite et de la banqueroute durant la colonisation belge (2). Conçue pour les commerçants opérant dans le secteur moderne, elle n'a pas, cependant, le monopole du règlement des conflits entre créanciers et débiteurs. Les coutumes continuent à régir les relations des indigènes dans la mesure où elles ne sont pas contraires à l'ordre public (3). Il paraît par conséquent utile de connaître les solutions de droit traditionnel qui ont survécu aux exigences du colonisateur avant d'examiner leur coexistence avec la législation coloniale.

B. LES SOLUTIONS DE DROIT TRADITIONNEL EN VIGUEUR

Parmi les solutions de droit traditionnel appliquées au non-paiement de dettes, l'esclavage est inapplicable comme contraire à l'ordre public alors que la contrainte par corps reçoit un regain de forces. De même, des peines ~~pénales~~ sont maintenues contre le débiteur défaillant là où le non-paiement des dettes est considéré comme une infraction.

- S'agissant de l'esclavage pour dettes, même sans abolition directe au Congo (4) il a disparu de l'arsenal des solutions traditionnelles à raison de son opposition à l'ordre public, tous les résidents

(1) Comparer avec le droit français (décret du 8 août 1935), supra p.

(2) Au Rwanda-Urundi ont été rendus applicables: l'ordonnance du 21 septembre 1886 par ordonnance-loi n° 68 du 21 octobre 1925 (BORU, 1925, n° 5 du 1er novembre 1925, p. 2); la coordination du code pénal en vertu de l'arrêté du 19 décembre 1896 par décret du 10 juin 1929 (BORU 1929, n° 2 du 1er mars 1929); le décret du 27 juillet 1934 en vertu de son article 133; le décret du 20 avril 1935 par ordon. législative n° 59 just. du 13 juillet 1935 (BORU 1935, p. 110).

(3) Art. 4 de la charte coloniale et art. 18 du décret du 15 avril 1925 sur les juridictions indigènes (Codes et lois du Congo belge par PIRON et DEVOS, 1960 t. II, p. 119).

(4) Au Congo comme au Rwanda-Urundi, la traite des esclaves a été abolie expressément (décret du 1er juillet 1891). Mais l'esclavage domestique ne le fut explicitement qu'au Rwanda-Urundi par ord. législat. n° 28/128 du 28 mars 1923 (BORU 1924, n° 4 supplément p. 29).

ayant droit au statut d'homme libre (1). Aucune dette ne peut plus engendrer l'esclavage (2). Celui-ci au contraire, peut tomber, le cas échéant (3) sous le coup de la loi pénale comme portant atteinte à la liberté individuelle.

- En revanche, l'applicabilité de la contrainte par corps ne connaît pas d'obstacles puisqu'elle n'est pas contraire à l'ordre public (4): il est légitime d'exercer une pression sur le débiteur pour qu'il paie ce qu'il doit. Bien plus, elle est préconisée par le législateur en cas de refus du débiteur indigène d'exécuter ses obligations (5); son application par les juridictions indigènes (6) la généralise et l'étend à des matières qu'elle ne touchait pas auparavant; encore qu'elle est édulcorée pour être compatible avec l'exercice d'une justice publique (7).
- Sanction civile et mesure de pression à l'égard du débiteur défaillant, la contrainte par corps est néanmoins supplantée dans certaines tribus par de véritables sanctions pénales. A cause de son trouble porté à l'ordre social lui-même, le non-paiement de dettes constitue pour elles une infraction coutumière. Il est puni tantôt d'une amende, tantôt d'un emprisonnement (8). Ainsi, le retard injustifié de paiement, le refus volontaire, la mauvaise foi

(1) Art. 2 et 5 de la charte coloniale.

(2) Recueil à l'usage des fonctionnaires et agents du service territorial du Congo belge (RUFAS) Bruxelles, Ministère des colonies, 5e éd. 1930, p. 376 et s.; A. SOHIER, Esclavage et juridictions indigènes, BJI 1933, p. 78 et s.; A. SOHIER, Pratique des juridictions indigènes, Bruxelles, Impr. des travaux publics, 1932, p. 53 à 55; Parquet Lualaba 20 décembre 1950, JTOM 1950-51, p. 200.

(3) En cas d'opposition du débiteur: application de l'art. 68 du code pénal du Congo belge.

(4) A. SOHIER, Le droit du Congo belge, t. II, V^o Tribunaux indigènes, n^o 74; A. SOHIER, La notion d'ordre public, BJI 1950, p. 216; A. SOHIER, Traité élémentaire de droit coutumier... p. 20 et s.; A. DURIEUX, Droit écrit et droit coutumier en Afrique centrale, Mémoire ARSOM, Classe des sciences morales et politiques, t. XXXVI, fasc. 2, Bruxelles, 1970, p. 9-12; Contra: MINEUR, La notion d'ordre public, BJI 1949, p. 123 et s.

(5) Art. 24 du décret du 15 avril 1925 sur les juridictions indigènes.

(6) Parquet Haut Katanga, 6 avril 1955, JTOM 1956, p. 135.

(7) A. SOHIER, Le droit du Congo belge, t. II, V^o cit^o n^o 84; A. SOHIER, Pratique des juridictions indigènes p. 59 et s.

(8) Art. 18 et 24 du décret sur les juridictions indigènes - voir A. SOHIER, Le droit du Congo belge, t. II, V^o cit^o, n^o 85.

mise à l'acquittement d'une dette constituent dans certaines coutumes des faits punis pénalement (1).

Indigène ou non-indigène, le débiteur défaillant n'est pas par conséquent passible des mêmes dispositions. Cette hétérogénéité de statuts se complique par l'existence de procédures différentes selon que le débiteur est commerçant ou civil en sorte qu'il devient nécessaire de préciser entre le droit écrit et le droit coutumier le régime applicable aux différentes catégories de débiteurs.

C. L'APPLICATION DES DISPOSITIONS DE DROIT ECRIT ET DE DROIT COUTUMIER EN MATIERE DE NON-PAIEMENT DE DETTES

Si le législateur autorise l'existence d'une dualité juridique, c'est à la condition que soient respectées les dispositions législatives impératives ainsi que l'ordre public (2). La recherche d'un statut applicable ne peut outrepasser l'existence d'un régime obligatoire. On distinguera selon que le débiteur est ou non commerçant.

a. Les commerçants en cas de cessation de paiements

Indigène ou non-indigène, le commerçant qui ne parvient plus à honorer régulièrement ses échéances tombe sous le coup des dispositions de droit écrit. Celles-ci prévoient une procédure de faillite complétée, le cas échéant, par des poursuites pour banqueroute si la faillite s'est accompagnée d'actes répréhensibles.

En effet, la procédure de faillite doit être considérée comme une mesure de police commerciale dont l'application ne peut être laissée à la discrétion des parties (3). A fortiori, les mêmes catégories de commerçants sont-elles passibles des dispositions sur la banqueroute dont le respect s'impose comme faisant partie de la législation pénale à tous les résidents des possessions belges.

(1) Coutume Luba-Katanga, Trib. de territoire Lukudi, n° 35, du 18 septembre 1952, BTC 1963, p. 105; Trib. de centre Mitweba n° 4, du 26 janvier 1957, BTC 1960, p. 283; Trib. de territoire Bukama n° 589 du 30 mars 1948, BJI 1948, n° 11, p. 347; Trib. secteur Mwabesa, BJI 1960, p. 178.

(2) Art. 4 de charte coloniale. Voir MUTEMBA-TSCHOMBE, L'ordre public et le droit traditionnel, Rev. jur. ind. et coop. 1972, 2, p. 271-288.

(3) Le problème se pose pour le commerçant indigène. En principe, les contestations entre indigènes sont régies par le droit coutumier et à défaut sont jugées en équité. Seuls le respect de l'ordre et les dispositions impératives de la loi appellent le droit de la faillite à l'existence. Voir notamment: A. GOHR, Des règles applicables au Congo belge aux rapports de droit privé entre indigènes et non-indigènes, Jurisp. col. 1932-33, p. 2654; Th. HEYSE, op. cit. fasc. 15, p. 471; Contra: PETILLON, Des habitants et de leurs droits in Nouvelles de droit colonial, t. I, p. 201 et s.; n° 67 à 69.

b. Les dispositions applicables aux débiteurs civils

A l'opposé des commerçants, les débiteurs civils connaissent des régimes différents selon qu'ils sont indigènes ou non-indigènes. Le statut de droit écrit côtoie celui de droit traditionnel car aucune disposition impérative n'est édictée en cette matière.

La procédure de faillite et la banqueroute étant limitées aux commerçants, les débiteurs civils non-indigènes ou immatriculés (1) encourent la procédure d'exécution forcée de droit commun caractérisée par les saisies individuelles; le débiteur civil non-indigène ne peut être inquiet pour sa personne, le patrimoine étant la seule cible des créanciers. En revanche, la soumission du débiteur civil indigène au droit coutumier permet d'envisager l'application de la contrainte par corps et dans certaines coutumes même, la prise de sanctions pénales.

Avec plus de souplesse que la métropole française, dans la mesure où il a maintenu les juridictions indigènes, le législateur colonial belge parvient cependant à imposer sa ligne de conduite dans les relations commerciales de l'ensemble des résidents. De fait, dès qu'une exploitation civile ou commerciale prend une certaine importance, elle recherche ou reçoit une protection du droit écrit colonial. On peut se demander si cette prédominance effective du droit écrit sera en ce domaine maintenue après l'indépendance.

§ 3. L'EVOLUTION LEGISLATIVE APRES L'INDEPENDANCE

L'existence même formelle de régimes variés applicables au débiteur défaillant pouvait être difficilement tolérée par les nouveaux Etats. En particulier, la distinction fondée sur le statut d'indigène ou de non-indigène était inadmissible à cause de son caractère discriminatoire. Quant à la suprématie du droit écrit, son évolution dépendait de sa supériorité technique. Et, en effet, au-delà de la recherche d'un statut uniforme et égalitaire, se pose le problème

(1) Avant 1952 voir: Guy GAUMER, Les centres indigènes extra-coutumiers du Congo belge, Paris, éd. D. Montchrestien, 1939, p. 161 et s.; après 1952: A. RUBBENS, Les différents statuts des habitants du Congo, Bulletin des séances de l'IRCB, 1953, p. 42 et s.; A. SOHIER, Le statut civil coutumier des congolais, Civilisation 1957, p. 33-46; A. DURIEUX, Réflexion sur l'institution de l'immatriculation en droit privé congolais, Bulletin des séances de l'ARSOM 1970, p. 346-371.

de l'intégration des valeurs profondes des populations et du progrès socio-économique en vue du développement harmonieux des jeunes Etats (1).

En matière de défaillance du débiteur et de la banqueroute en particulier, les modifications opérées par les trois Etats issus de la colonisation belge, le Zaïre, le Rwanda et le Burundi ne sont pas aussi spectaculaires que celles des anciennes possessions françaises. Mais les décrets de 1934 et de 1935 ne résisteront pas trop longtemps au nouveau développement des affaires et à la contagion de l'effervescence législative.

A. LE DROIT DU ZAÏRE ET LA SUPPRESSION DES SANCTIONS PENALES INDIGENES

Bien que la doctrine (2) soit très préoccupée par l'intégration du droit et que certains domaines aient déjà reçus leurs codifications (3), les législations commerciale et pénale n'ont bénéficié jusqu'à présent que de dispositions disparates et circonstanciées. Cela ne signifie pas que la défaillance fautive du débiteur reçoive les mêmes solutions pendant la période coloniale et après l'indépendance.

Ainsi, en vertu du principe de la légalité des délits et des peines, les mesures pénales de droit coutumier ne sont plus en application, tout au moins après la suppression des juridictions indigènes (4) alors compétentes pour la répression des infractions coutumières (5). On peut par conséquent, penser qu'en dehors de la banqueroute applicable au débiteur commerçant, aucune mesure répressive n'est plus prévue contre les autres débiteurs défaillants.

-
- (1) M. ALLIOT, Un droit nouveau est-il en train de naître en Afrique? in *Dynamiques et finalités des droits africains*, p. 484 et 485.
- (2) J.M. PAUWELS, *Vingt années de législation zaïroise*, Recueil Penant 1982, juillet-décembre, p. 9 et s.; E. LAMY, *Bilan actuel de l'intégration du droit zaïrois et ses perspectives d'avenir*, RJZ 1974, n° spécial, 50e anniversaire, p. 103-172; J.P. PAUWELS, *La réforme du droit civil zaïrois: comment concilier tradition et développement*, Journal of African Law, 1973, p. 216-226; E. LAMY, *Le droit pénal depuis l'indépendance à travers sa législation et sa jurisprudence*, Revue zaïroise de droit 1971, n° 2, p. 42-62; J. Ch. MUKASA, *Le problème de l'intégration du droit congolais: son origine, son évolution, son avenir*, RJC 1964, n° spécial 40e anniversaire, p. 135-207.
- (3) J.P. PAUWELS, op. cit., Recueil Penant 1982, juillet-décembre, p. 12 et s.
- (4) Ord. du 10 juillet 1968 portant code de l'organisation et de la compétence judiciaire modifiée en 1978.
- (5) G. KALAMBAY, H. K'APETA NZOVU et E. LAMY, *Analyse statistique de l'activité du tribunal de ville de Lubumbashi*, RJC 1969, p. 80-119, spéc. p. 96.

En revanche, en dépit de l'adoption d'une autre organisation judiciaire, en matière de procédure et de voie d'exécution notamment, on peut à notre avis considérer que la contrainte par corps coutumière à charge du débiteur civil autochtone est toujours en vigueur (1) et peut être ordonnée par les tribunaux de paix en cas d'insolvabilité ou de refus d'exécuter ses obligations.

B. LE DROIT DU RWANDA ET LE NOUVEAU CODE PENAL DE 1978

Une intense activité législative est déployée en plusieurs domaines par le Rwanda (2). En matière commerciale, quelques dispositions sectorielles notamment sur le registre de commerce (3) sont déjà prises alors que le code de commerce dont l'avant-projet existe depuis 1967 (4) serait en attente de discussion devant les instances habilitées.

Quant au code pénal, il fut promulgué en 1978 (5). Des modifications opérées en matière de banqueroute sont nombreuses et sont inspirées de la réforme française de juillet 1967 (6). Parmi elles, il convient de noter la nouvelle distinction de la banqueroute frauduleuse et de la banqueroute simple, consécutive à la division tripartite des infractions par le nouveau code pénal, encore que toutes les banqueroutes soient des délits (7); la nouvelle règle de l'indépendance de l'action publique et le principe de l'autonomie du droit de la banqueroute (8); l'élargissement de la responsabilité pénale au dirigeant de fait en rapport, sans doute, avec la prochaine réforme du droit de la faillite et du droit des sociétés (9).

-
- (1) A. DURIEUX, Droit écrit et droit coutumier en Afrique centrale, Mémoires ARSOM, Classe des sciences morales et politiques, t. XXXVI, fasc. 2, Bruxelles, 1970, p. 49 et s.
- (2) Th. G. VERHELST, La législation rwandaise en 10 années d'indépendance nationale (1962-1971) Nyabisindu, Centre national de formation judiciaire, 1972.
- (3) Loi du 23 février 1963 modifiée par celle du 23 février 1971 (JO Rép. Rwanda 1963, n° 6 et 1973 n° 5).
- (4) LIMPENS et SCHRANS, Avant-projet de code de commerce de la république rwandaise 2 vol., Bruxelles, Centre interuniversitaire de droit comparé, 1967, 511 p.
- (5) Décret-loi instituant le code pénal (JO Rép. Rwanda 1978, n° 13bis du 1er juillet 1978).
- (6) Sa préparation fut confié au Procureur général J. ROBERT: voir Th. G. VERHELST, op. cit., p. 65, Le projet définitif était déjà prêt en 1973.
- (7) Art. 414 et s. du code pénal de 1978. Comparer: A. DUMONT, Le droit du Congo belge, t. I, V° banqueroute, n° 3; Exposé des motifs du projet du décret de 1935, CRA des séances du Conseil colonial 1934, annexe X., p. 1309; G. MINEUR, Commentaire du Code pénal congolais, Bruxelles, Larcier, 1947, p. 199.
- (8) et (9) Art. 414 et s. exigeant la simple cessation de paiement; art. 421 du nouveau code pénal

Néanmoins, ces dispositions sont particulières au commerçant en cessation de paiements. Le droit coutumier continue à trouver application comme jadis dans les matières civiles qui n'ont pas bénéficié d'une législation uniforme. Il en est ainsi des règles de fond. En revanche, en matière de procédure et d'organisation judiciaire, une parfaite intégration du droit coutumier et du droit écrit est déjà réalisée (1). On notera que l'article 264 du code de procédure civile et commerciale reprend la contrainte par corps de l'époque coloniale et l'étend aux non-autochtones qui ne la connaissaient pas auparavant. Ce qui montre l'attention du législateur à l'égard de l'insolvabilité du débiteur.

C. LE DROIT DU BURUNDI ET LE CODE PÉNAL DE 1981

Si le mouvement de codification a été tardif au Burundi, l'aboutissement plus ou moins rapide des projets montre la détermination de ce pays pour l'unification et la modernisation de sa législation entreprise depuis une dizaine d'années (2). Plusieurs codes ont déjà vu le jour (3). En matière commerciale, on note le décret sur les sociétés commerciales qui a notamment édicté un certain nombre de dispositions pénales (4). Si le droit de la faillite n'a pas encore fait l'objet de texte nouveau, la matière de la banqueroute a été examinée par le nouveau code pénal de 1981 (5).

Peu de modifications ont été cependant apportées à l'ancien régime. Au contraire, les art. 202 à 209 sont, sauf quelques détails une transcription du décret du 20 avril 1935. Le législateur ne semble même pas s'être aperçu que certaines incriminations étaient déjà reprises par le décret-loi sur les sociétés commerciales (7).

(1) Loi du 24 août 1962 portant code de l'organisation et compétence judiciaire, JO Rwanda 1962, p. 307; Loi du 17 juillet 1964 portant code de procédure civile et commerciale, JO Rwanda 1964, p. 275; Codes et lois.

(2) & (3) Une commission pour l'unification et la modernisation du droit fut créée en 1973. A son actif, notamment le code de l'organisation et de la compétence judiciaire, le code civil portant sur les personnes et la famille, le code pénal de 1981, etc...

(4) Décret-loi n° 1/6 du 4 avril 1981 portant réforme du code pénal (BOB n° 6/81, p. 248 et s.).

(6) Modification des pénalités dans le sens de la sévérité par l'élévation du taux minimum de la peine. Noter l'intention frauduleuse reprise à l'article 206 qui semble résulter d'une inadvertance.

(7) Voir infra faits constitutifs.

En revanche, dans un domaine analogue, on remarquera à la suite de la multiplication des entreprises publiques dans les secteurs économiques, l'apparition d'une responsabilité pénale spécifique (1) à la charge des gestionnaires qui sont assimilés à des fonctionnaires publics (2).

Quant aux mesures frappant dans sa personne le débiteur civil défaillant, elles ont disparu avec la suppression des juridictions indigènes; car sont appliquées en matière de procédure et de voie d'exécution les règles de droit écrit, en particulier les dispositions du code de l'organisation et de la compétence judiciaire (3).

A l'opposé d'un certain nombre de pays sous ancienne administration française, les Etats sortis de la colonisation belge semblent faire peu de cas de la défaillance fautive du débiteur non-commerçant. En matière de banqueroute, en revanche, le Rwanda a orienté sa réforme vers une harmonisation avec l'évolution récente de la législation française tandis que le Burundi pour sa part a préféré garder dans son nouveau code pénal les dispositions de la législation coloniale; sans doute, parce qu'elles n'ont pas encore été sérieusement éprouvées. Ce sont deux attitudes parmi d'autres adoptées par les jeunes Etats africains face au problème de la modernisation et de l'adaptation de leur législation suite au retrait du colonisateur.

Anciennes possessions françaises ou belges, pour ne parler que de celles-là, les Etats africains sont en effet à la croisée des chemins. Sur base des transformations socio-économiques opérées souvent de l'extérieur par le colonisateur, le législateur africain doit élaborer des institutions propres, compatibles avec son désir d'indépendance et son besoin de développement. Ce choix est d'autant plus difficile qu'en plus de la recherche de son identité qui n'a pas toujours été respectée, il est sollicité par d'autres systèmes socio-économiques, avec les institutions qu'ils drainent notamment le système socialiste. Le pari qui lui est fait est d'intégrer toutes ces

(1) Incrimination des gestions frauduleuses de ces entreprises (art. 297 du code pénal), voir le D-L n° 1/30 et 31 du 10 octobre 1978 (BOB 1978, p. 487 et s.).

(2) Art. 296 du code pénal.

(3) L. DE CLERCQ, La place de la coutume dans le droit actuel du Burundi, RAJB 1968, p. 33-36; B. DROUINEAU, Du droit coutumier au droit écrit, RJRB 1966, p. 57-60; DURIEUX, op. cit., mémoires ARSOM, t. XXXVI, fasc. 2, Bruxelles, 1970, p. 29 et s.; Contra: H. HELVETIUS, Les transformations du droit coutumier au Burundi, RJRB 1965, p. 145-151; M. HELVETIUS, Fonctionnement de la justice en milieu coutumier au Burundi, in Etudes sur l'organisation judiciaire en Afrique noire, Bruxelles, Institut de sociologie ULB 1969, p. 227-246.

données dans une orientation originale de ses institutions en harmonie avec ses propres objectifs et le respect de la mentalité profonde de ses populations.

S'agissant en l'occurrence du problème de la défaillance répréhensible du débiteur à l'égard des créanciers, on peut se demander si l'institution de la banqueroute nécessitée par le maintien de l'ordre dans des structures d'économie concurrentielle et privilégiant la recherche du gain ou de la rentabilité paraît encore être une solution adaptée au règlement des conflits apparus dans des structures privilégiant d'autres objectifs. En cherchant à connaître les expériences de modernisation du droit prônées par les Etats africains placés devant les mêmes difficultés, notre objectif est dans une perspective de droit comparé d'élargir non seulement l'éventail des solutions possibles mais aussi d'éviter la répétition d'erreurs d'engouements passagers; encore faut-il, pour effectuer une comparaison valable, bien pénétrer le mécanisme et le contenu de l'institution.

CHAPITRE 2 : PROBLEMATIQUE DE LA BANQUEROUTE ET DE L'INSOLVABILITE FRAUDULEUSE

=====

La carence du débiteur peut entraîner deux séries de conséquences. Elle autorise les créanciers de s'emparer de son patrimoine dont ils peuvent obtenir selon le régime organisé, soit la liquidation collective dans le respect de l'égalité de leur créance, soit la liquidation par saisie individuelle récompensant l'intervention la plus rapide. De plus, elle peut être pour le débiteur à l'origine de sanctions personnelles qui sont susceptibles de plusieurs degrés comminatoires par endroit, plus répressives ailleurs. La contrainte par corps (1), la faillite ainsi que les différentes déchéances civiles et professionnelles qu'elle entraîne, les sanctions pénales pour banqueroute et même pour insolvabilité frauduleuse sont autant de mesures qui atteignent le débiteur dans sa personne (2).

(1) Appliquée par le droit traditionnel.

(2) Voir FANGAIN, Application jurisprudentielle des sanctions en matière de règlement judiciaire ou de liquidation de biens, Gaz. Pal. 1974-2-doctrine, p. 909 à 910.

En matière commerciale, et, toute proportion gardée, en matière civile, la défaillance généralisée est en effet considérée comme un évènement grave "portant atteinte à l'équilibre d'un milieu qui a ses exigences d'honnêteté et d'efficacité" (1). En éliminant le débiteur du milieu des affaires, la faillite, les déchéances et les privations de droit ont pour but de protéger la profession et la société en général contre une telle menace.

Cependant, la défaillance du débiteur peut requérir de véritables sanctions pénales si elle s'est accompagnée d'un comportement fautif ou frauduleux. Ses agissements seront alors apparus aux yeux de la conscience sociale comme contraires aux exigences de la vie en société.

Certes, à la suite de l'essor du droit économique et social et de l'offensive des considérations d'ordre social, les réalités socio-économiques actuelles poussent de plus en plus le législateur à forcer le respect des obligations et des conventions par des sanctions pénales (2); cependant, la responsabilité pénale du débiteur n'est pas due, en matière de faillite, à une évolution récente; elle a été toujours mise en rapport avec sa responsabilité patrimoniale (3). Dès lors, si la liaison de la banqueroute à la faillite incite à lui trouver des racines identiques, il convient de se demander si ce "compagnonnage" (4) de la faillite est indispensable à l'existence et à l'épanouissement de la banqueroute.

L'observation de la mise en oeuvre de la répression d'une part, la recherche des éléments de fond ainsi que les valeurs morales et sociales ainsi protégées d'autre part, nous convaincront de la vitalité propre de la banqueroute ou

(1) DEPREZ, Les sanctions qui s'attachent à l'inexécution des obligations contractuelles en droit civil et commercial français, in Travaux de l'association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, t. XVII, journées d'Istanbul (20-23 mai 1964), Paris, Dalloz, 1968, p. 64.

(2) J. MATTHIJS, Répercussions et innovations du code judiciaire dans diverses branches du droit privé et du droit public, JT 1969, p. 58.

(3) E. RIGAUX, op. cit., RDPC, 1961-62, p. 588; VAN DER GUCHT, Prévention des faillites, RDPC 1973-74, p. 889 et s.

(4) L'expression est de M.E. RIGAUX, op. cit., RDPC, 1962-61, p. 589. Voir cependant, G. KELLENS, La banqueroute, Mémoire, Ecole de criminologie, Faculté de droit de Liège, Polyc., 1970-71, p. 7.

de sa dépendance à l'égard du droit de la faillite. Il en est de même du fondement de l'insolvabilité frauduleuse. Une analyse quelque peu raffinée révélera si, en dépit de l'inorganisation de la déconfiture ou de la faillite civile, la répression répond à une nécessité de fond ou si elle participe tout simplement à "l'inflation pénale" (1).

Dans une première section, on recherchera la justification de la répression de la banqueroute et de l'insolvabilité frauduleuse, dans la deuxième, la mise en oeuvre de cette répression et le caractère ambivalent de la banqueroute, la troisième étant consacrée à la complexité du droit de la banqueroute et à sa spécificité.

SECTION 1: JUSTIFICATION DE LA REPRESSION DE LA BANQUEROUTE ET DE L'INSOLVABILITE FRAUDULEUSE

En faisant tomber un acte ou une omission sous le coup de la loi pénale, le législateur entend garantir par la sanction, soit une valeur morale et sociale, soit le respect d'une réglementation nécessitée par la vie en commun (2). Dans un cas, il assure la protection des règles de fond constituant les bases de la morale sociale, dans un autre, il garantit le respect même de la loi, "l'esprit civique" (3). Partout, cependant, le but recherché est la sauvegarde de l'harmonie qui doit exister entre le comportement individuel ou collectif et la conscience sociale (4).

De même, la répression de la banqueroute correspond à une certaine réaction de la société face au phénomène de la carence du débiteur, commerçant en particulier. Elle peut être le simple soutien d'une autre réglementation créatrice des droits et des obligations, en l'occurrence le droit de la faillite; elle peut également assurer, par elle-même, la protection de véritables valeurs sociales et morales.

-
- (1) DEPPEZ, Les sanctions qui s'attachent à l'inexécution des obligations contractuelles en droit civil et commercial français, in Travaux de l'association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, t. XVII, journées d'Istanbul (20-23 mai 1964), Paris, Dalloz, 1968, p. 64.
- (2) L. CORNIL, Propos sur le droit criminel, RDPC 1946-1947, p. 24, R. LEGROS, Essai sur l'autonomie du droit pénal, RDPC, 1956-57, p. 174; R. MERLE et A. VITU, Traité de droit criminel, Paris, Cujas, 1967, p. 97 et s.
- (3) R. LEGROS, op. cit., RDPC, 1956-57, p. 175.
- (4) R. LEGROS, L'influence des lois particulières sur le droit pénal général, RSC, 1968, p. 237 et 238; BOSLY, Les frontières de la répression en droit économique, RDPC, 1972-73, p. 143 et s.

Pour connaître la raison fondamentale des mesures répressives qui frappent le débiteur défaillant et être fixé sur leur nature, il sied par conséquent d'évaluer l'atteinte portée par sa défaillance à la conscience sociale. La démarche se fera en deux temps: saisir d'abord, sous ses multiples aspects, la gravité de la carence du débiteur; indiquer, ensuite, sur base des règles de fond ou de forme transgressées, les raisons de l'intervention du législateur répressif.

§ 1. LA CARENCE DU DEBITEUR EST UN FAIT D'UNE IMPORTANTE GRAVITE

Un auteur définit la banqueroute comme "une institution dont l'objet est d'assurer le respect d'une certaine organisation de l'égalité des créanciers à l'encontre de comportements qui y portent atteinte ou qui la mettent en danger" (1). Dans cette optique, elle supposerait toujours l'organisation d'une procédure de liquidation collective par laquelle tous les créanciers se trouvant dans une situation semblable et répondant aux mêmes conditions, reçoivent la même part.

Cependant, même en dehors de la procédure de faillite ou de toute autre procédure prévue en ce cas, la carence du débiteur est un événement grave parce qu'elle nuit purement et simplement aux intérêts des créanciers (2). A leur égard, elle engendre une diminution injustifiée du patrimoine en les privant des ressources sur lesquelles ils pouvaient compter en temps utile (3).

Néanmoins, le préjudice s'alourdit davantage à mesure que le nombre des créanciers augmente, que le crédit s'accroît et que les transactions se multiplient. En effet, à un certain niveau des affaires, notamment dans le commerce, les obligations sont si enchevêtrées que la défaillance d'un débiteur entraîne des réactions en chaîne, le

(1) G. KELLENS, La banqueroute, Mémoire 1970-71, p. 7.

(2) Voir le code pénal marocain, art. 556.

(3) Voir PIRET, op. cit., ADSP 1938, p. 62, 75 et s.; L. FREDERICQ, Traité de droit commercial belge, t. VII, p. 68 et s.; VAN RYN, Principes de droit commercial belge, t. IV, n° 2642.

créancier devant réaliser sa créance pour régler ses propres dettes. Comme cet enchevêtrement de rapports juridiques repose lui-même en général sur le crédit, c'est celui-ci qui est également remis en cause par la carence du débiteur (1): d'où, si l'on n'y prend pas garde un tarissement des affaires. La procédure de faillite a notamment pour but en cas de cessation de paiements du débiteur commerçant de limiter les dégâts en égalisant le sort des créanciers.

Bien que, du fait du nombre peu élevé des obligations et de l'élasticité des échéances, les répercussions de la carence du débiteur civil soient peut-être moins spectaculaires, le développement de la consommation et du crédit pourrait appeler, à son égard, l'organisation d'un régime analogue (2); d'autant plus qu'à défaut de l'organisation de la déconfiture, les moyens techniques mis à la disposition du créancier sont des plus illusoire face aux éventuelles manoeuvres du débiteur civil (3).

De toute façon, des sanctions civiles suffisent à la réparation d'un tel préjudice et au besoin à l'assainissement du commerce. La carence peut en effet n'être due qu'à un malheur ou aux multiples aléas du commerce alors que le patrimoine avait été administré diligemment. Des fautes même de gestion peuvent avoir été commises sans que leur gravité puisse justifier à charge du débiteur des sanctions pénales (4). Pour cela, le débiteur doit avoir non seulement lésé les intérêts du créancier, mais aussi et en particulier, avoir porté atteinte à certaines valeurs sur lesquelles reposent l'ordre économique et la cohésion sociale, bref, avoir troublé l'ordre social.

(1) HEENEN, Cours de droit commercial, vol. V., Presses universitaires de Bruxelles, ULB éd. 1974-75, p. 1120; P. COPPENS, Cours de droit commercial approfondi et comparé, 1978, p. 1.

(2) Sur les raisons de la limitation de la faillite aux commerçants: PIRET, op. cit., ADSP 1938, p. 66 et s.; P. COPPENS, op. cit., p. 13.

(3) RO DALCQ, Les sanctions attachées à l'inexécution des obligations contractuelles en droit civil et commercial belge, Travaux... H. CAPITANT, t. XVII, Dalloz 1968, p. 68-94, spéc. 83 et s.; J. CONSTANT, L'insolvabilité frauduleuse en droit belge, in Etudes en l'honneur de J. GRAVEN, Genève, 1969, p. 24 et s.; MATTHIJS, op. cit., JT 1969, p. 59; RIGAUX, op. cit., RDPC 1961-62, p. 571; DE PAGE, Traité élémentaire de droit civil belge, t. III, n° 235 et s.

(4) Voir M. FANGAIN, op. cit., Gaz. Pal. 1974-2-doctrine, p. 909 et s.

§ 2. EN MATIERE DE BANQUEROUTE ET D'INSOLVABILITE, LA CARENCE DU DEBITEUR PORTE ATTEINTE A LA CONSCIENCE SOCIALE

Toute défaillance n'attire pas sur le débiteur des sanctions pénales. La nécessité de la répression pour banqueroute ou insolvabilité frauduleuse ne se fait sentir que quand la cessation de paiements ou l'insolvabilité a été provoquée ou aggravée. A la carence du débiteur, s'ajoute un acte malhonnête ou la violation de certaines obligations que la loi impose dans l'intérêt des tiers; le débiteur a manqué à ses créanciers mais avec mauvaise foi ou avec une négligence telle que la sincérité des transactions soit sérieusement compromise. Un tel comportement constitue une atteinte à la conscience sociale du groupe.

Le public réagit notamment avec force à un certain type de banqueroute, celle dite des escrocs (1). Ce sont des faillites organisées. Elles sont constituées d'opérations d'emblée délictueuses qui consistent à collecter des fonds et des valeurs qui ne seront jamais utilisés conformément à leur destination et qui seront tout simplement détournés par les délinquants (2).

Cependant pour être moins sensationnelles, les banqueroutes ordinaires n'en atteignent pas moins l'ordre social parce qu'elles s'attaquent aussi à la fortune d'autrui et qu'elles désorganisent peut-être plus en profondeur le commerce et l'économie (3). Même s'ils n'ont pour but que de réagir à une "catastrophe" (4), la malhonnêteté, la négligence et l'imprudence qui accompagnent la carence du débiteur ébranlent au même degré sinon davantage que la faillite provoquée, la confiance des fournisseurs, celle des bailleurs de fonds et peuvent engendrer la disparition du crédit. Les banqueroutiers vont entraîner dans leur chute même les bonnes affaires; la réaction en chaîne sera accélérée et il peut en découler une grave crise socio-économique (5).

-
- (1) G. KELLENS, Banqueroute et banqueroutiers, Bruxelles, Dessart et Mardaga, 1974, p. 119 et s., 163 et s.
- (2) B. CORBOZ, Les grandes banqueroutes ou le miroir aux alouettes, RICPT 1978, p. 339 et s.
- (3) G. KELLENS, op. cit., p. 153.
- (4) Appelé aussi mécanisme du "tourbillon" qui est très caractéristique de la banqueroute: KELLENS, op. cit., p. 151 et s.
- (5) G. KLOMP, op. cit., thèse, p. 112.

La réaction sociale contre l'insolvabilité du particulier est sans doute plus limitée mais elle reste de même nature car l'insolvabilité trompe la confiance légitime des créanciers. L'image de l'étudiant qui déménage aux "cloches de bois" en dépouillant tous ses créanciers sera encore plus fréquente aujourd'hui (1). La richesse est devenue plutôt mobilière (2), le crédit de pratique courante, tandis que la consommation est encouragée par une intense publicité et une soif irrésistible à l'acquisition de multiples facilités de la civilisation moderne: d'où une augmentation considérable des dettes du particulier (3).

Bien qu'elle ne soit pas réprimée partout, l'atteinte portée à la conscience sociale par l'organisation systématique de l'insolvabilité est réelle; d'autant plus que le particulier n'est soumis à aucun contrôle dans la gestion de son patrimoine et que, en cas d'insolvabilité, les créanciers disposent de peu de moyens juridiques pour parer à son évanouissement (4).

§ 3. LES ELEMENTS DE L'ORDRE SOCIAL ENTAMES PAR LA BANQUEROUTE OU L'INSOLVABILITE FRAUDULEUSE

Si la gravité des répercussions économiques et sociales auxquelles peuvent conduire la banqueroute et l'insolvabilité frauduleuse requiert de la société qu'elle se protège par des sanctions pénales, faut-il encore que ces mesures soient justifiées sur le plan juridique, que soient précisées les valeurs morales et sociales qu'elles protègent, bref, que soit recherchée la "ratio legis" de l'incrimination (5).

(1) L. DOMERGUE, op. cit., thèse, p. 123.

(2) R. SAVATIER, Une direction de recherche pour l'enseignement du droit privé. Rendre conscientes les métamorphoses que cache la continuité des textes, D 1957, Chr. p., p. 175-180, spéc., p. 179; R. SAVATIER, Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui, 1ère série, Panorama des mutations, Paris, Dalloz, 3e éd., 1964, n° 339 et s., n° 348 et s.

(3) RIGAUX, op. cit., RDPC 1961-62, p. 586 et s.

(4) J. CONSTANT, op. cit., in Etudes en l'honneur de J. GRAVEN, p. 23.

(5) M. RIGAUX et PE. TROUSSE, Les crimes et délits du code pénal, t. III, Bruxelles, Bruylant, 1957, p. 11 à 19; RIGAUX, op. cit. RDPC 1961-62, p. 566 et s.

La banqueroute et l'insolvabilité frauduleuse peuvent être rattachées à la protection de plusieurs valeurs morales et sociales: la propriété privée, la confiance des citoyens, l'ordre économique. Certaines de leurs dispositions n'ont cependant d'autre but que d'assurer une "bonne administration de la justice" c'est-à-dire le respect de la procédure de faillite sur laquelle se greffe la banqueroute, une bonne exécution de décisions judiciaires dans le cas de l'insolvabilité frauduleuse.

A. PROTECTION DE LA PROPRIETE

Que la carence du débiteur porte atteinte au droit de propriété semble faire l'unanimité en droit africain des pays francophones comme en droit français et belge. En effet, les législations qui ont choisi de prévoir toutes les dispositions de la banqueroute dans leurs codes pénaux les placent sous la rubrique des atteintes aux biens, insérées dans les délits et crimes contre les particuliers (1). Celles qui les dispersent dans le code de commerce et le code pénal prévoient les dispositions répressives à la même rubrique (2). Certains, cependant, réservent à la banqueroute une section spéciale; d'autres la considèrent comme un cas de fraude parmi d'autres (3).

Quant à l'insolvabilité, lorsqu'elle est prévue, elle occupe également la même place que la banqueroute dans la structure du code pénal (4). Parfois, elle est même prise comme une sorte de variante de la banqueroute, appliquée aux civils (5).

(1) Dans le code pénal camerounais, la banqueroute fait l'objet des art. 331 à 336 de la section intitulée "Faillite" du chap. IV portant sur les atteintes aux biens; le Mali place les art. 211 et 212 sous l'intitulé "Autres espèces de fraude" parmi les crimes et délits contre les propriétés. Le code pénal marocain aux art. 556 et 569, lui consacre une section particulière dans la rubrique des atteintes aux biens.

(2) Le code pénal belge, français, algérien, malgache, mauritanien, algérien, etc...

(3) Ceux qui lui réservent une section spéciale: les codes algérien, belge, camerounais, malien et marocain. Ceux qui la considèrent comme une simple fraude: les codes français, ceux des possessions ex-françaises qui ont gardé le code pénal colonial.

(4) Voir code pénal belge, malien et camerounais.

(5) Le code malien par exemple.

Cette homogénéité n'a pas à surprendre car la banqueroute ou l'insolvabilité engendre un transfert malhonnête des éléments de l'actif d'une personne dans les mains d'une autre. Opération réalisée au profit du débiteur lui-même ou d'un tiers, l'important est qu'il y ait une spoliation à l'égard des créanciers. Il y a atteinte aux droits patrimoniaux des créanciers "qui sont alors des biens juridiquement protégés" (1).

Sous cet aspect, la banqueroute et l'insolvabilité frauduleuse entretiennent des rapports à la fois avec l'escroquerie, l'abus de confiance et le vol: les trois atteintes fondamentales à la propriété (2).

B. PROTECTION DE LA CONFIANCE DES CREANCIERS

Sous un autre aspect, sans doute le plus important, la répression de la banqueroute et de l'insolvabilité prend la défense du crédit basé sur la confiance des fournisseurs et des bailleurs de fonds. Le but juridique de la loi, en la matière, est la protection de la confiance légitime des créanciers (3). Or, ainsi que le démontre un auteur pour l'insolvabilité frauduleuse, cette confiance peut être une valeur sociale que le droit pénal se doit de prendre sous son égide en sanctionnant les atteintes qui lui seraient malhonnêtement portées (4).

Le crédit est l'âme des affaires et même pour les particuliers, à l'état actuel de la consommation, il devient de plus en plus une nécessité. Si le débiteur pouvait impunément se soustraire malhonnêtement à ses créanciers, la bonne foi générale serait altérée; la conscience sociale subirait une rude épreuve.

La liaison de la répression pour banqueroute à la sauvegarde du crédit est si essentielle que, stricto sensu, elle n'existe que dans les systèmes économiques de type libéral axés sur le crédit (5).

(1) ANCEL, L'inexécution des contrats et le droit pénal, Rapport général, Travaux Henri CAPITANT..., t. XVII, Dalloz 1968, p. 295.

(2) Voir LIKULIA BOLONGO, Droit pénal spécial zaïrois, t. I, Les infractions contre les particuliers, Paris LGDJ 1976, p. 320.

(3) et (4) RIGAUX, op. cit, RDPC 1961-62, p. 565

(5) KELLENS, La banqueroute, Mémoire, p. 7.

C. LA PROTECTION DE L'ECONOMIE PUBLIQUE

La répression pour banqueroute, celle de l'insolvabilité frauduleuse dans une moindre mesure, participe par certaines de ses dispositions, à la sauvegarde de la moralité des affaires et protège une certaine discipline dans le commerce (1). Si les difficultés d'une entreprise commerciale peuvent provenir des fraudes, des fautes de gestion ou encore d'une mauvaise conjoncture économique, elles peuvent également être attribuées à un manque d'ordre et de rigueur dans ses activités. Dans le but d'une bonne organisation de commerce, la loi impose d'ailleurs aux commerçants certaines obligations propres, notamment la tenue des livres. De même, elle soumet à certaines conditions l'accession à la profession, par exemple un certain degré d'honnêteté.

Le non-respect de ces exigences parfois d'ailleurs sanctionné isolément, porte atteinte à l'ordre économique; car il désorganise le commerce. On imagine notamment les conséquences néfastes de l'absence de la comptabilité ou d'une comptabilité défectueuse qui devrait normalement informer le débiteur de l'état de son entreprise, du nombre de ses créanciers et du montant de ses dettes comme celui de ses débiteurs et du montant de ses créances. Même s'il ne révèle pas la mauvaise foi ou une quelconque fraude, un pareil comportement débouchant sur une cessation de paiement, mérite aux yeux du législateur d'être puni à titre de banqueroute: il viole inconsidérément les usages du commerce et sème le désordre dans les autres entités commerciales. "Dans cette mesure, affirme-t-on, la banqueroute ne peut être qu'une infraction propre à la vie des affaires" (2).

D. PROTECTION DE L'ADMINISTRATION DE LA JUSTICE

Bien que la protection de la propriété, de la confiance des créanciers et d'une certaine discipline des affaires soit, sans doute à des degrés divers, sous-jacente dans toutes les dispositions sanctionnant la banqueroute ou l'insolvabilité frauduleuse, certaines d'entre elles assurent spécialement le respect de la procédure de la faillite ou la bonne exécution des décisions judiciaires. Ces dispositions ne se justifient en la matière que par le recours à un régime de base qu'est la faillite. Dans ce cas, le droit de la faillite a une fonction normative.

(1) KELLENS, op. cit., p. 172 et s., p. 181.

(2) KELLENS, op. cit., p. 173.

Participant à l'ordre public des affaires, le droit de la faillite contient, il est vrai, beaucoup de règles impératives. La procédure elle-même de faillite est une obligation pour le commerçant en cessation de paiements. Par l'effet intimidant et coercitif de ses sanctions le droit de la banqueroute assure un respect plus efficace des devoirs imposés par la législation sur la faillite (1). La non-déclaration de cette cessation de paiement, le fait de ne pas se présenter aux convocations du juge par exemple, peuvent entraîner des poursuites pour banqueroute.

Dans le même ordre d'idées, la répression pour insolvabilité frauduleuse cherche pour sa part à assurer la bonne exécution des décisions de justice. A défaut de l'organisation de la déconfiture, les incriminations pour insolvabilité prennent pour pivot soit l'engagement de l'action judiciaire, soit la condamnation (2).

L'ordre économique ainsi que les quelques valeurs morales et sociales mises en cause par la banqueroute et l'insolvabilité frauduleuse justifient à suffisance l'édiction de mesures répressives à charge du débiteur en cas de non-paiement de dettes. Cet aspect répressif a accompagné au cours des âges les procédures de désintéressement des créanciers; encore qu'il a surgi isolément dans le cas de l'insolvabilité frauduleuse.

Il apparaît donc que la protection des droits des créanciers revêt plusieurs aspects et qu'elle nécessite, au-delà des atteintes directes, la répression des actes de mise en danger du gage général. Il sied dès lors de déterminer au regard des différentes techniques de répression l'élément prédominant pour faire apparaître le caractère accessoire ou spécifique de la banqueroute ou de l'insolvabilité frauduleuse à l'égard de la faillite ou d'une éventuelle procédure équivalente en matière civile.

(1) R. VOUIN, Précis de droit pénal spécial Paris, Dalloz, 1953, n° 636; KELLENS, op. cit., p. 173; HEMARD, op. cit.; p. 39.

(2) La loi belge punit le fait d'avoir organisé son insolvabilité; voir infra.

SECTION 2: LA MISE EN OEUVRE DE LA REPRESSION POUR BANQUEROUTE ET
INSOLVABILITE FRAUDULEUSE ET LE CARACTERE AMBIVALENT DE LA
BANQUEROUTE

Si l'analyse des valeurs protégées par la sanction pour banque-
route jette quelque lumière sur son essence, la mise en oeuvre de la
répression exerce du point de vue juridique une influence considéra-
ble sur sa nature, tant il est vrai qu'il est difficile de séparer le
fond de la forme et inversement.

L'importance de l'insertion d'une matière dans une discipline
juridique précisée, on recherchera à travers la construction de la
banqueroute et de l'insolvabilité frauduleuse les éléments suscepti-
bles d'éclairer leur nature.

§ 1. L'INTERET DE L'INSERTION DE LA BANQUEROUTE DANS UNE
DISCIPLINE DETERMINEE

Toutes les disciplines juridiques se proposent d'éliminer le
désordre et l'anarchie dans les relations entre particuliers ou
entre ceux-ci et la société; cependant, comme leur orientation, les
moyens qu'elles utilisent diffèrent de l'une à l'autre et les règles
qu'elles englobent ne reçoivent pas la même interprétation (1).

Ainsi le droit commercial et le droit pénal ne diffèrent pas
seulement par leur objet mais aussi par leur technique. Si, réglant
les relations entre partenaires du milieu des affaires, le premier
recherche avant tout la sécurité et la rapidité des transactions, il
mettra plus l'accent sur un certain formalisme pour éviter des
discussions interminables tandis que le second chargé de la sanction
des atteintes portées à l'ordre social s'en tiendra au légalisme et à
une interprétation stricte de la loi (2). Concernant la preuve, le
droit commercial utilise par exemple largement la technique de la pré-
somption tandis que le droit pénal tiendra compte de tous les éléments
et indices à sa portée afin d'éliminer le moindre doute sur la maté-
rialité des faits et la responsabilité de l'auteur. C'est dire que
l'insertion d'une matière dans une discipline déterminée exerce une
influence sur sa conception et sa compréhension (3).

(1) LEGROS, Essor de l'autonomie du droit pénal, RDPC 1956-57, p. 154 et 155.

(2) HD. BOSLY, Le droit pénal des sociétés, Examens de doctrine et de jurispruden-
dence. RPS 1974, p. 123.

(3) G. KELLENS, La banqueroute, mémoire, p. 104 et s., p. 107.

Le droit de la banqueroute offre à cet égard un champ d'observation intéressant, sa place dans l'arsenal juridique dépendant de l'un de ses aspects mis en relief, répressif ou purement auxiliaire du droit de la faillite. Le choix dans cette alternative est de la plus haute importance car de lui dépend le domaine et l'aménagement juridique de l'institution et par suite de son interprétation et de son application (1).

§ 2. LA LOCALISATION DE LA BANQUEROUTE ET DE L'INSOLVABILITE FRAUDULEUSE EN DROIT AFRICAIN

Etudiant les tendances actuelles du droit de la banqueroute, un auteur a fait la constatation suivante: "la banqueroute est l'un de ces secteurs frontières du droit que revendiquent ou abandonnent mutuellement les spécialistes de différentes disciplines. Souvent le hasard de la localisation des dispositions relatives à la banqueroute dans telle ou telle loi est déterminant de son attribution doctrinale" (2).

La même observation peut être vérifiée dans les droits africains des pays francophones. Dans les Etats ayant conservé en ce domaine la législation coloniale et même chez un bon nombre de ceux qui ont édicté une nouvelle législation, la banqueroute est régie par des dispositions du code de commerce et du code pénal. En revanche, un certain nombre de pays qui placent la réforme du droit de la banqueroute dans les nouveaux codes pénaux réalisent une sorte de monolithisme du droit de la banqueroute. De même, la répression de l'insolvabilité frauduleuse se rencontre seulement dans les codes pénaux.

-
- (1) L. DABIN, La condamnation des gérants et administrateurs de sociétés aux peines de la banqueroute, RPS 1956, p. 293 et s.; KELLENS, Tendances actuelles du droit de la banqueroute, RDPC 1972, p. 1056; KELLENS, La banqueroute, mémoire, p. 1 et 2.
- (2) G. KELLENS, op. cit., RDPC 1972, p. 1097, Sur l'état du conflit positif et négatif entre pénalistes et commercialistes en droit belge et français: KELLENS, La banqueroute, p. 1 et 2 et p. 123 et 124.

A. LES LEGISLATIONS AMBIVALENTES EN MATIERE DE BANQUEROUTE

Telle que la législation coloniale la laissa dans les territoires sous ancienne administration française, la banqueroute était ambivalente. Elle puisait ses éléments constitutifs dans le code de commerce tandis que sa répression était assurée par le code pénal (1). La totalité des pays qui n'ont ~~pas~~ modifié ni leur code de commerce ni leur code pénal ainsi que ceux qui n'ont apporté que de légères modifications au code pénal garde à ce jour cette structure ambivalente de la banqueroute (2).

Une autre catégorie de pays a conservé l'ambivalence de la banqueroute en dépit d'une importante réforme du code de commerce en particulier de la législation de la faillite. Ce sont des pays qui suivent de près l'évolution de la législation de la faillite et de la banqueroute de l'ancienne métropole; ils reprennent comme la métropole les éléments constitutifs en appendice des dispositions sur la faillite et la sanction dans le code pénal (3).

Enfin, cette ambivalence reste caractérisée dans les législations où par suite d'une sorte de conflit négatif ou positif les codes pénaux et de commerce négligent certaines causes de banqueroute ou se font la concurrence et incriminent les mêmes faits. L'exemple de ces conflits peut être trouvé dans les législations tunisienne et malienne.

En Tunisie, après la suppression des juridictions françaises, c'est le code pénal tunisien qui en dépit de ses lacunes, rassemblait tous les éléments d'incrimination et de répression de la banqueroute. Le nouveau code de commerce de 1959, à la faveur de la réforme du droit de la faillite, tenta de compléter les lacunes du droit de la banqueroute en incorporant certaines dispositions. Il en résulta un écartèlement sans précédent de la législation sur la banqueroute. Bien qu'une bonne partie des dispositions trouve son siège au code pénal, un certain nombre d'éléments constitutifs sont régis par le code de commerce notamment l'incrimination de la non-déclaration de cessation de paiements, les malversations des syndics, le traité particulier et la stipulation d'avantages illicites. Cependant, malgré les efforts

(1) Art. 584 à 603 du code de commerce et art. 402 à 404 du code pénal. Pour une vue synoptique: E.J. GUILLOT: Code pénal analytique pour la communauté, le Cameroun et le Togo, V^o Banqueroute, Paris, Librairies techniques 1959.

(2) Parmi ces pays, il faut citer: l'Algérie, le Bénin (Dahomey), le Congo, la Côte d'Ivoire, le Gabon, la Haute-Volta, la Mauritanie, le Niger, la République Centrafricaine, le Togo et le Tchad.

(3) Madagascar et Sénégal.

conjugués des deux codes, une partie des incriminations traditionnellement prévues comme les délits assimilés à la banqueroute furent par oubli ou à dessein omis de la législation tunisienne: d'où conflit négatif.

L'exemple de conflit positif peut être fourni par la législation malienne dont le nouveau code pénal a introduit de profondes modifications en matière de banqueroute par la création, à charge du débiteur civil ou commerçant, de quatre cas de délit de non-paiement de dette. Or le code de commerce qui sur ce point n'a pas été abrogé contient aussi un ensemble de dispositions même plus complètes sur les éléments constitutifs de la banqueroute à charge du commerçant (1). Les mêmes faits risquent d'être touchés par deux dispositions d'ordre différent. Citons à titre d'exemple l'incrimination de la soustraction ou de l'altération des livres de commerce, la reconnaissance de dettes fictives, la faveur accordée à l'un des créanciers après la cessation des paiements. Certes, dans la mesure où ce sont les mêmes éléments qui sont visés, le conflit n'a pas de conséquences graves dans la pratique, mais il révèle à coup sûr l'hésitation du législateur à insérer la matière de la banqueroute dans une discipline déterminée (2).

B. LES LEGISLATIONS MONOLITHIQUES

Si la majorité des nouvelles législations maintient à la banqueroute son caractère ambivalent, un autre courant tend à l'enfermer entièrement dans le code pénal afin de lui appliquer sans réserve et sans difficulté les principes et les dispositions du droit pénal. Il se manifeste dans les anciennes possessions aussi bien françaises que belges.

Parmi les pays sous ancienne administration française, le Maroc peut être tenu pour le chef de file de cette évolution. Rompant avec la tradition française, son code pénal de 1962 soustrait la banqueroute du code de commerce et réglemente l'institution en entier. En réunissant les fonctions normatives et sanctionnatrices, il restitue à la banqueroute son unité (3) - en même temps qu'il lui aménage une structure nouvelle.

(1) Le code de commerce d'outre-mer.

(2) On peut penser que le code de commerce est en pratique inapplicable, dépourvu qu'il est de dispositions pénales.

(3) Art. 556 à 569 du code pénal marocain de 1962.

Du point de vue de la forme, les dispositions du code se font remarquer par l'adoption d'un langage uniformément pénaliste. Dès la première disposition, évitant toute référence au code de commerce, le législateur esquisse une définition de l'infraction avec notamment une attention particulière pour l'élément moral (1). Les expressions techniques d'origine commerciale sont remplacées par des termes simples à la portée de tous (2). La banqueroute est également dépouillée des dispositions d'ordre civil qui l'alourdissaient (3).

Sur le fond, une stricte légalité de la peine est retrouvée grâce à la suppression de la banqueroute facultative qui paraissait contestable dans une institution pénale (4); les mêmes incriminations seront obligatoirement punies des peines de la banqueroute simple (5). Cependant, elles requièrent désormais la mauvaise foi; sans doute, parce qu'elles sont tenues pour moins graves que les traditionnelles incriminations pour banqueroute simple obligatoire (6).

Dans les anciennes possessions belges, les dispositions sur la banqueroute sont enchassées dans le code pénal. Cependant, l'institution n'est pas totalement dégagée de l'influence du droit de la faillite puisque la mise en mouvement de l'action publique est soumise à la déclaration de faillite par la juridiction civile et commerciale exclusivement compétente en matière de faillite (7).

Au Rwanda toutefois cette exigence vient d'être levée par le nouveau code pénal de 1978. Celui-ci retient désormais la cessation de paiement du commerçant comme condition de fond de la banqueroute (8).

(1) Art. 556 du code pénal marocain.

(2) Art. 556, 1^o et 4^o.

(3) Non reprise des dispositions correspondantes du code de commerce de 1913 (art. 373 et 378).

(4) Voir KELLENS, La banqueroute, mémoire, p. 191 et 192.

(5) Art. 558 du code pénal.

(6) La même démarche a été effectuée par le Cameroun dans son code pénal de 1967 qui, abandonnant le schéma traditionnel, rattache les incriminations à des éléments de fond comme l'appauvrissement du patrimoine, la destruction et la mise en danger du crédit, la contravention à certaines obligations formelles (art. 332).

(7) La faillite déclarée est l'une des conditions de la banqueroute voir infra.

(8) Art. 414 et s.

A l'opposé de la banqueroute dont la localisation varie d'après les législations, l'insolvabilité frauduleuse, quant à elle, est uniformément insérée dans le code pénal. Le Mali et le Cameroun l'ont placée en tête des dispositions se rapportant à l'incrimination du non-paiement de dettes (1). Le code pénal tchadien qui ne consacre pas de section particulière à la banqueroute et à l'insolvabilité frauduleuse dissémine les dispositions sous la rubrique réservée à l'escroquerie (2).

De plus aucune législation parmi celles qui organisent la répression de l'insolvabilité frauduleuse ne semble l'avoir liée à l'organisation de la déconfiture ou une éventuelle procédure de faillite civile. En revanche, la citation, la sommation de payer, éventuellement l'échéance indiquent le point de départ des poursuites pour insolvabilité (3).

L'observation de l'emplacement des dispositions de la banqueroute dans les législations des pays africains francophones révèle que, conformément à la tradition française et belge, la plupart n'ont pas fait de choix clair quant à l'insertion de l'institution dans un corps juridique déterminé. L'incorporation de ses éléments constitutifs à la législation sur la faillite confirme la liaison de la banqueroute à celle-ci. Par contre, l'insertion de ses dispositions répressives au code pénal parmi les infractions de droit commun éclaire à suffisance sa structure juridique essentiellement pénale. Cette pénalisation serait envisagée d'ailleurs comme l'ultime maturation du droit de la banqueroute (4).

La réalité est que, malgré ses structures et technique pénales, le droit de la banqueroute puise sa substance dans le droit des affaires et le droit de la faillite en particulier; d'où sa complexité.

(1) Art. 331 du code pénal camerounais: art. 211 du code pénal malien qui assimile sur les règles de fond, débiteur civil et commerçant.

(2) Art. 310 et 310 à 314 du code pénal tchadien.

(3) Art. 310 du code pénal tchadien par de sommation ou d'introduction d'instance, l'art. 211 malien de l'échéance. Pas de précision pour le code pénal camerounais, voir infra.

(4) G. KELLENS, La banqueroute, mémoire, p. 169; G. KELLENS, Tendances actuelles du droit de la banqueroute, RDPC 1972, p. 1055 et s.

La répression de l'insolvabilité frauduleuse, en revanche, prend pour unique cible l'atteinte directe des droits des créanciers; elle se préoccupe moins de la mise en danger de la sécurité des relations. La création des obligations civiles qui lui sert de toile de fond et, à ce titre, peut influencer l'action pénale (1), n'agit pas directement sur le régime de l'infraction comme en matière de banqueroute.

SECTION 3: LA COMPLEXITE DU DROIT DE LA BANQUEROUTE

Dans la tradition du droit français, du droit belge et de leurs dérivés, la banqueroute trouve sa source dans la faillite et apparaît à cet égard comme une sanction auxiliaire. Cependant les deux n'ont pas le même but. Les dispositions de la banqueroute frappent le débiteur pour les actes et omissions qui ont provoqué ou aggravé sa situation déjà désespérée, tandis que le droit de la faillite organise en faveur des créanciers une procédure de liquidation collective du patrimoine. Cette finalité propre à la banqueroute peut d'autant plus justifier l'écllosion de règles spécifiques qu'elle protège des valeurs morales et sociales autonomes. En revanche, elle ne peut pas oublier que son champ d'action, se situe dans un cadre déterminé: le milieu des affaires dont la sécurité peut être remise en cause par un comportement et des fautes de gestion apparemment peu graves.

De la sorte, si fondamentalement la banqueroute appartient au droit pénal, son régime tient compte de son caractère auxiliaire à la faillite et de ses relations avec le droit des affaires qui lui confèrent une certaine spécificité par rapport au droit commun.

§ 1. LE DROIT DE LA BANQUEROUTE RELEVE DU DROIT PENAL

Outre sa localisation, la totale soumission de la banqueroute au droit pénal lui vient de sa position d'incrimination de fond réprimant des atteintes aux valeurs considérées comme essentielles au maintien de l'ordre social.

 (1) Ce qui ne veut pas dire que le délit soit nécessairement un point de rencontre entre le droit civil et le droit pénal; au contraire: RIGAUX, op. cit. RDPC 1961-62, p. 590; Cass. 12 mai 1974, RCJB 1976, p. 134 note RIGAUX.

UNIVERSITÉ CATH. LOUVAIN

FACULTÉ DE DROIT
BIBLIOTHÈQUE

Certes, le fait que la fonction normative soit assurée par le droit commercial a semé quelques doutes sur l'autonomie de la banqueroute et a fait croire à son allégeance au droit de la faillite (1). En droit belge notamment, des erreurs d'interprétation ont parfois conduit certaines décisions judiciaires à appliquer en matière de banqueroute des dispositions sur la faillite (2). Récemment encore, la cour de cassation a eu à sanctionner un arrêt de la cour d'appel de Gand, qui voulait reconnaître à un jugement de faillite des effets sur le jugement pénal pour banqueroute (3). Mais ce sont des combats d'arrière garde; le droit de la banqueroute s'est émancipé du droit de la faillite. Il appartient au droit pénal à part entière et recourt à l'application des principes généraux du droit pénal général (4). La solution donnée à la controverse sur l'indépendance de l'action publique en est une confirmation (5).

Il importe à cet égard de faire la différence entre les peines pour banqueroute et les autres sanctions civiles qui frappent le débiteur du fait de la faillite, notamment les interdictions et les déchéances professionnelles et civiles et même la faillite personnelle là où elle est prévue. Sans doute, celles-ci ont une coloration répressive prononcée et participent des mesures de sûreté mais elles restent des peines privées. Elles n'ont pas le même champ d'application que les sanctions pour banqueroute et échappent au régime des peines pénales (6).

Cependant le droit de banqueroute n'édicte pas toujours ses sanctions à titre principal pour une obligation originaire comme le respect du droit de propriété ou la confiance légitime des créanciers; par certaines de ses dispositions, il reste un simple droit sanctionneur.

(1) KELLENS, La vulnérabilité des dirigeants de sociétés aux peines de la banqueroute. RPS 1970, p. 6.

(2) Application par exemple de l'art. 442 du code de commerce belge en matière de banqueroute: P. COPPENS, Les faillites et concordats: Examens de Jurisprudence, RCJB 1969, p. 390; Cass. 22 juin 1971, Pas. 1971-I-1016; Cass. 20 mai 1968, Pas. 1968-I-1083; Cass. 14 avril 1975, Pas. 1975-I-796.

(3) Cass. 7 octobre 1975, Pas. 1976-I-154 et s.; comparer crim. 25 janvier 1977, D. 1977-IR-p. 125.

(4) Application des règles de la complicité, de la tentative, du concours et spécialement en Belgique, la notion d'imputabilité.

(5) Voir infra.

(6) J. DEPREZ, op. cit., Travaux... H. CAPITANT, t. XVII, Paris, Dalloz, 1968, p. 61 et s; Sur la faillite personnelle, Paris, 1er février 1978; D 1978-IR-p. 4, note DERRIDA.

§ 2. LE DROIT DE BANQUEROUTE EN TANT QUE SUBSIDIAIRE AU DROIT DE LA FAILLITE

Le droit pénal peut ne pas créer lui-même une obligation nouvelle; par sa sanction il ne procure qu'une force supplémentaire aux obligations édictées par d'autres disciplines juridiques. Il est alors un droit sanctionnateur qui apporte une sanction plus énergique aux règles déjà prévues ailleurs (1).

Dans bien des cas, le droit de la banqueroute vient au secours du droit de la faillite, discipline de base et l'aide à mieux réaliser son principal objectif qui est le bon règlement du passif du débiteur dans le respect de l'égalité entre créanciers. Dans cette perspective les faits sont punis parce qu'ils empêchent le bon déroulement de la procédure de faillite.

Ainsi la législation sur la faillite oblige le commerçant à faire sa déclaration de cessation de paiement. Pour faire respecter cette obligation, une sanction pénale est prévue contre celui qui l'enfreint (2). De même, pour que les effets de la procédure de faillite ne soient pas compromis, seront notamment considérés comme causes de banqueroute la faveur accordée à un créancier au préjudice de la masse, le fait pour le failli de ne pas se présenter aux convocations de l'autorité de faillite, la stipulation d'avantages particuliers, les malversations du syndic ou du curateur, etc...

Sous cet angle, le droit de la banqueroute apparaît comme un auxiliaire de la faillite; il est tributaire de l'organisation d'une procédure de liquidation collective. Aussi bien, dans ces cas plus qu'ailleurs, le contenu du droit de la banqueroute doit être éclairé par les mécanismes de la faillite bien que son influence sur l'action publique soit en réalité quasi permanente (2).

(1) R. LEGROS, Essais sur l'autonomie du droit pénal, RDPC 1956-57, p. 174 et s., G. STEFANI et G. LEVASSEUR, Droit pénal général, Paris, Dalloz 1973, p. 29 et 1.

(2) KELLENS, La banqueroute, Mémoire, p. 237.

§ 3. LE DROIT DE LA BANQUEROUTE ENTRETIENT DES RELATIONS AVEC LE DROIT DES AFFAIRES

Au-delà du droit de la faillite, le droit de la banqueroute fait intervenir plusieurs autres branches du droit des affaires dont la bonne compréhension conditionne le dépistage des différentes opérations sanctionnées; c'est le cas du droit des sociétés, du droit bancaire, du droit cambiaire, du droit comptable... Il importe de pénétrer le milieu professionnel dans lequel le délinquant évolue; car dans la plupart des cas, à la base des faits constitutifs de banqueroute se trouve une opération juridique d'affaires.

Le droit de la banqueroute sanctionne notamment l'emprunt dans l'intention de retarder la faillite. En l'espèce la fourniture des moyens de crédit sera qualifiée de ruineuse ou d'illicite par rapport à une distribution normale. Les manquements punis à titre de banqueroute en matière de comptabilité ne peuvent être appréciés que par rapport aux exigences des dispositions de fond. Le droit des sociétés aidera à la mise en jeu concrète de la responsabilité des dirigeants sociaux en définissant leurs obligations, etc... Bref, le droit de la banqueroute a d'étroites relations avec le droit des affaires.

L'interférence du droit des affaires en matière de banqueroute apparaît comme une certitude. Sans renoncer à la répression des actes malhonnêtes, il sied même de confronter les exigences de la loi pénale avec les règles notamment développées par le milieu professionnel pour rendre la répression possible et adaptée à la gravité du trouble causé.

§ 4. SPECIFICITE DU DROIT DE LA BANQUEROUTE

Les rapports que le droit de la banqueroute entretient avec le droit des affaires et en particulier le droit de la faillite lui confèrent parfois une note d'originalité par rapport au droit pénal commun. Ces dérogations se manifestent aussi bien dans l'incrimination que dans la répression des faits de banqueroute.

En plus de l'élément légal, l'existence de l'infraction requiert en principe l'élément moral et l'élément matériel. Certaines des dispositions de la banqueroute portent atteinte aux principes régissant ces éléments constitutifs en particulier l'élément moral et matériel.

Ainsi, elles incriminent avec une relative facilité des omissions comme la non déclaration de cessation de paiement, le refus de se présenter aux convocations du curateur, des faits qui, sans les conséquences y attachées par la procédure de faillite, n'emporteraient pas autant de gravité (1). De même, pour faciliter leur répression, le droit de la banqueroute érige en infraction spéciale des actes qui en l'absence de concert frauduleux avec l'auteur principal ne relèveraient même pas de la complicité (2).

Concernant l'élément moral, une série d'incriminations pourtant assez sévèrement punies n'exige que la faute ou la simple négligence pour l'établissement de la responsabilité. Le législateur retient, en effet, qu'une négligence à charge d'un professionnel fait présumer une certaine mauvaise foi(3); la gravité du préjudice qui peut en résulter pour les affaires justifie sa sévérité. Dans cette perspective, sont érigés en infractions, les omissions et inexactitudes dans la comptabilité, les renseignements inexacts fournis par les administrateurs, la non déclaration de faillite dans les délais (4).

Du point de vue de la répression, l'originalité du droit de la banqueroute se signale notamment dans certains pays par l'institution de la banqueroute facultative qui ne semble pas être en parfaite harmonie avec le principe de la légalité de la peine (5). En effet, en matière pénale, c'est la loi qui déclare la gravité des faits qui, s'ils sont constants, entraînent en principe telle peine. Il est rare qu'elle donne au juge une option entre la peine et l'acquittement. Le droit de la banqueroute use largement de cette dérogation puisque plusieurs cas ressortissant de la banqueroute facultative sont soumis à l'appréciation souveraine du juge quant à la nécessité de la condamnation. Au demeurant l'institution disparaît de plus en plus dans les législations pénalistes (6).

(1) Voir CLOQUET, Faillites et concordat, Nouvelles, droit commercial, IV, 2^o éd. 1975, p. 611; HONORAT, Banqueroutes et autres infractions commises dans les liquidations des biens en règlements judiciaires, Jurisclasseur pénal, art. 402 à 404, 2, 1969, n^o 58; Contra BOUZAT, note sous crim. 25 juin 1958, JCP 1958-II-1047, à propos d'excuse légitime.

(2) Art. 143, loi 1967 et 571, 1^o belge. Voir LARGUIER, Droit pénal des affaires Paris, A. Collin 1976, p. 356; RIPERT et ROBLLOT, Traité élémentaire de droit commercial, t. II, Paris, LGDJ 1979, p. 859 et s.

(3) Voir infra.

(4) THALLER, Traité élémentaire de droit commercial, 7^o éd., Paris, Rousseau, 1925, n^o 2170.

(5) HONORAT, op. cit., Juriscl. pén, n^o 2; cass: 11 mai 1976, JT 1976, p. 706.

(6) Notamment les codes pénaux camerounais, marocain et malien.

A travers ces quelques exemples, on découvre que l'aménagement de la banqueroute s'est accompagné de dérogations à certaines règles du droit pénal commun; leur importance écarte l'hypothèse de quelques simples exceptions. En réalité, le droit de la banqueroute s'adresse à une catégorie particulière de délinquants, les hommes d'affaires; ilsanctionne des atteintes à un certain ordre social.

Ayant la mission de faire respecter la moralité dans les affaires, le droit de la banqueroute compte sur une loyauté exemplaire des acteurs et une rigoureuse discipline dans la gestion. Il les prévient des agissements malhabiles ou malhonnêtes qui déséquilibreraient la trésorerie de l'entreprise ou qui, en cas de sérieuses difficultés aggraveraient le sort des créanciers; il les frappe des peines sévères en cas d'infraction.

Compte tenu du milieu professionnel, la protection du crédit des créanciers et la sécurité des transactions semblent requérir, au-delà des atteintes directes au gage général, la répression des actes de mise en danger matérialisés par de graves fautes de gestion. A la rigueur de gestion spécifiée dans les dispositions de fond régissant l'activité commerciale correspond la rigueur des incriminations et de la répression ainsi qu'un certain nombre de particularités du droit de la banqueroute par rapport au droit pénal commun.

Comme la faillite, la banqueroute se trouve au carrefour de plusieurs règles juridiques. L'analyse proposée nous conduira à scruter des dispositions diverses, de droit pénal, de la faillite et des autres disciplines des affaires. Nous recenserons d'abord les catégories de délinquants punissables de la banqueroute et à quelle condition; on s'efforcera ensuite de pénétrer le contenu des multiples actes réprimés pour saisir la véritable responsabilité encourue par l'auteur de la débâcle de l'entreprise. L'essentiel des investigations portera sur les agissements du débiteur-commerçant, sorte d'épicentre de la délinquance d'affaires. Mais cette catégorie de délinquants ne paraît plus homogène suite à l'intrusion des autres acteurs économiques notamment les entreprises publiques et même le débiteur civil dans la mesure où il fait un usage constant du crédit chirographaire. On évoquera également à leur égard les sanctions pénales prévues en cas de gestion malhonnête ou indélicate portant une sérieuse atteinte aux droits des créanciers et à l'ordre économique encore que la structure des incriminations ne soient pas forcément identiques et assimilables à la banqueroute.

LIVRE PREMIER

DES PERSONNES QUI PEUVENT ETRE POURSUIVIES
POUR BANQUEROUTE OU INFRACTIONS ASSIMILEES

Le non respect de ses engagements par le débiteur est d'une lourde gravité dans la vie juridique. Paralysant les moyens de paiement des partenaires, il peut engendrer, à cause de l'enchevêtrement des affaires, de graves perturbations dans la vie économique. Une gamme de procédures est alors organisée pour la sauvegarde des intérêts des créanciers et dans la mesure du possible ceux du débiteur et de l'économie publique. De plus, l'atteinte portée à l'ordre social justifie des sanctions pénales lorsque la cessation des paiements est accompagnée de graves imprudences, des irrégularités et des fraudes.

Cependant, ces mesures spécifiques ne sont envisageables que dans l'hypothèse où le rythme des transactions est si intense que, par suite de réactions en chaîne, il y a lieu de craindre une plus ou moins forte perturbation économique. Ce n'est pas par conséquent à la suite de n'importe quelle activité que la défaillance du débiteur se trouve placée sous l'emprise de telles mesures.

Parmi les activités relevant du domaine de la faillite et de la banqueroute, celles menées par les commerçants personnes physiques ont d'abord bénéficié de la sollicitude du législateur. En effet, jusqu'à la veille de la révolution industrielle, les affaires sont tenues par les commerçants individuels. Le commerce pratiqué touche surtout la distribution des biens et de l'argent (1). Les autres branches de l'économie sont naissantes comme l'industrie, ou comme l'agriculture, les mines, le secteur immobilier sont exclues des activités commerciales à cause de leur caractère non spéculatif. Depuis, le domaine des affaires s'est progressivement élargi au point d'englober actuellement la quasi totalité des activités économiques.

Cette évolution est due tantôt à l'extension de la notion de commerçant et des activités commerciales tantôt à l'élargissement de la catégorie des personnes susceptibles d'être, malgré leur qualité de civil, soumises au droit commercial, en l'occurrence aux procédures collectives (2). Néanmoins, dans la mesure où la faillite et la banqueroute s'adressent avant tout au commerçant, elles s'appliquent aux personnes physiques exerçant une activité commerciale mais aussi et surtout aux sociétés commerciales (3).

(1) RIPERT et ROBLOT, Traité de droit commercial, t. I, 9e éd., Paris, LGDJ, 1977, p. 104, n° 106.

(2) A. JAUFFRET, L'extension du droit commercial à des activités traditionnellement civiles in Mélanges KAYSER, t. II, Presses universitaires, Aix-Marseille 1979, p. 58 à 76, spéc. 59 et s.

Drainant les capitaux dont le grand commerce et l'industrie ont besoin avec même la possibilité de limiter la responsabilité des associés, la société commerciale tient une place de choix dans le commerce à côté de la personne physique (1). Dotée de la personnalité juridique, elle participe à la vie économique au même titre que la personne physique commerçante et comme elle, peut prospérer ou dépérir (2).

Quelle que soit toutefois l'identité du débiteur, la procédure de la faillite et la banqueroute ne se conçoivent qu'au moment précis de l'activité commerciale, lorsque la situation du débiteur est obérée. Les imprudences, les négligences et les fraudes ne sont pas réprimées, du moins à titre de banqueroute, aussi longtemps que le patrimoine du débiteur est sain. En revanche, des agissements à peine déconseillés au moment de la prospérité sont tenus pour suspects et peuvent être répréhensibles lorsque l'affaire périclité (3).

La faillite ou la cessation de paiements sert de déclic en matière de banqueroute; elle indique le moment où la carence du débiteur a causé un préjudice aux créanciers, ou du moins est ressentie comme tel par eux; elle lève le voile sur la façon dont le débiteur a conduit son affaire et qu'il convient dès lors de juger comme ayant porté un trouble grave à l'ordre social et économique.

Deux éléments définissent le débiteur qui peut être poursuivi pour banqueroute: sa qualité et sa situation économique.

(1) et (2) G. RIPERT, Les aspects juridiques du capitalisme moderne, 1951, p. 20 et s., p. 30 et s., p. 51 et s., p. 73 et s.

(3) Lorsque l'entreprise, en situation financière difficile n'est pas irrémédiablement obérée: voir, A. HUET, Banqueroute et délits annexes. Les infractions commises à l'occasion des procédures collectives, in Faillites, Dalloz, 1970, p. 430 et s.

TITRE I - LA QUALIFICATION DU DELINQUANT

=====

La banqueroute comme la faillite touche avant tout les commerçants. Cette hypothèse minimale (1) est reprise par les législations situées dans l'orbite de la tradition belge et française. Or, la notion de commerçant s'applique aussi bien aux personnes physiques qu'aux personnes morales. L'application des sanctions qui frappent le débiteur personne physique peut donc également être recherchée dans le cadre d'une personne morale défailante. Il s'agit alors de découvrir, dans la gamme des représentants et dirigeants, les personnes susceptibles de répondre des actes délictueux qui ont provoqué ou aggravé sa faillite.

Par ailleurs et avant même toute recherche de la responsabilité pénale, la personne morale peut à l'occasion de la cessation des paiements voir sa personnalité juridique remise en cause. En effet, dans les affaires comme dans plusieurs autres domaines, les difficultés lèvent le voile sur les apparences. La recherche des responsabilités dans l'entreprise fait souvent découvrir derrière les paravents sinon les véritables commerçants, les maîtres de l'affaire et ceux qui ont profité abusivement de l'entreprise.

Pour assujettir à la procédure collective tous ceux qui ont contribué à l'évanouissement du gage général et augmenter le dividende des créanciers, le droit de la faillite suivi en cela par la banqueroute met en oeuvre une notion quelque peu originale du commerçant = le commerçant serait non seulement le professionnel mais aussi celui qui a l'habitude des actes de commerce, non seulement le prête-nom, le commerçant de façade, mais aussi le commerçant de fait, le véritable maître de l'affaire. Encore qu'on peut se demander si une certaine évolution de l'extension de faillite ne dépasse pas le cadre de la notion de commerçant, une exigence stricte en matière de banqueroute.

(1) G. KELLENS, La banqueroute, Mémoire, Ecole de criminologie, Faculté de droit de Liège, poly., 1970-71, p. 175 et s.

Cependant, même affinée, la notion de commerçant ne semble pas désigner toutes les personnes susceptibles d'être mises en cause lors d'une défaillance fautive ou frauduleuse. Le débiteur commerçant est en effet situé au centre d'un réseau de relations économiques enchevêtrées. Il a ses créanciers, fournisseurs ou bailleurs de fonds; il a ses débiteurs à qui il fait aussi crédit (1). Au moment de la débâcle, certains partenaires peuvent au mépris des prescriptions des procédures collectives, chercher à sauvegarder leurs intérêts ou ceux du débiteur avec ou sans la connivence de ce dernier. Ils seront assujettis au régime de la banqueroute s'ils ont aggravé la situation en contrecarrant la saine application des mesures collectives. Ils agissent comme des acolytes du débiteur commerçant.

La notion de délinquant en matière de banqueroute semble par conséquent concerner plusieurs catégories de personnes qui seront identifiées dans trois chapitres. On définira d'abord le commerçant, personne physique et le dirigeant d'une société commerciale; on examinera, ensuite, la situation juridique des "acolytes" du débiteur punissable de la banqueroute et enfin, la punissabilité de ceux qui s'ingèrent dans l'exploitation d'une entreprise commerciale.

CHAPITRE I - LE COMMERCANT OU LE DIRIGEANT D'UNE SOCIÉTÉ COMMERCIALE

Au centre des personnes menacées d'encourir les peines pour banqueroute se trouve le débiteur-commerçant et, compte tenu de la structure de la personne morale, le dirigeant d'une personne morale commerçante, généralement une société commerciale.

Le commerçant se définit par l'exercice du commerce. Sa qualité découle des opérations qu'il effectue ou qu'il se donne pour mission d'effectuer; son domaine sera plus ou moins étendu selon le nombre plus ou moins élevé d'actes de commerce définis comme tels par la loi. Sous cet aspect, le cheminement de la notion de commerçant suit davantage l'évolution socio-économique et marque le point de l'offensive des opérations commerciales dans la vie quotidienne.

(1) D. MARTIN, Le diagnostic d'entreprise, critère de responsabilité judiciaire, RJDC 1979, p. 196 et s.

Avec le développement des activités commerciales est née une autre catégorie de personnes juridiques, les sociétés commerciales, beaucoup plus actives et plus dynamiques en affaires. Leurs structures paraissent si adaptées à l'activité commerciale que dans la plupart des législations leur adoption confère la qualité de commerçant, peu importe les opérations en vue ou effectuées.

La création de nouvelles activités commerciales et la prise en compte de plus en plus généralisée du critère de la méthode de gestion élargissent si considérablement la catégorie de commerçant et avec elle la catégorie des justiciables de la faillite et de la banqueroute que, sauf la résistance de certaines activités civiles par tradition, elle toucherait l'ensemble des activités économiques. Nous découvrirons respectivement le domaine du commerçant personne physique et celui de la société commerciale ou plus précisément de la personne morale commerçante.

SECTION I: LA NOTION DE DEBITEUR COMMERCANT, PERSONNE PHYSIQUE

La doctrine approfondit rarement la notion de commerçant lors de l'étude de la banqueroute. Certains auteurs, quand ils y font allusion, renvoient aux conditions de la faillite (1). D'autres n'en parlent que pour affirmer l'indépendance de la juridiction répressive dans l'analyse de cette condition, sans lui fournir directement les éléments qui doivent retenir son attention (2). Cette carence illustre de la meilleure manière l'aspect négatif de l'ambivalence de la banqueroute dont le ballotage entre le droit pénal et le droit de la faillite n'est pas pour favoriser une analyse quelque peu approfondie aussi bien de pénalistes que de commercialistes (3).

(1) Après le constat de Mr. G. KELLENS dans son mémoire 1970-71, voir CLOQUET, Les concordats et la faillite in Les Nouvelles, droit commercial, t. IV, Larcier 2e éd. 1975, n° 214.

(2) Voir les ouvrages de droit pénal des affaires.

(3) G. KELLENS, La banqueroute, mémoire 1970-71, p. 1 et 2 et spécialement en droit français, p. 123 et 124. La situation s'est améliorée depuis: EL AJOUZ, La banqueroute en droit comparé français et libanais, Lyon, thèse, 1974; D. LENCOU, La faillite personnelle et la banqueroute, thèse, Bordeaux 1978; G. CLEMENT, Les Banqueroutes et délits assimilés, thèse, Paris V, 1980; sans dire de nombreux articles et notes de jurisprudence.

Pourtant en tant qu'élément constitutif de l'infraction, la qualification de la notion de commerçant est soumise au contrôle de la cour de cassation (1). Son analyse requerrait des auteurs et des praticiens une attention particulière. A l'instar de la faillite, il serait peut-être intéressant d'observer les critères de qualification de la juridiction pénale; nous avons choisi pour notre part d'explorer l'étendue de la notion de commerçant dans l'optique de préciser avant tout le domaine de la banqueroute en opérant un recensement quelque peu complet des personnes qu'elle touche. Toutes les législations comparées la reprennent automatiquement dans les conditions de la banqueroute. Ses réels contours paraissent, cependant, seuls aptes à donner une réponse claire à l'homogénéité ou l'hétérogénéité de pareille disposition.

Par la comparaison des différents éléments constitutifs du commerçant qui sont l'accomplissement des actes de commerce, la profession et la capacité juridique, les données essentielles d'une mensuration horizontale de la banqueroute seront connues et du coup il sera possible d'ébaucher les premières lignes du profil juridique du banqueroutier.

Deux paragraphes seront consacrés à l'étude de ces éléments: le premier développera la notion d'accomplissement d'actes de commerce, la deuxième la profession de commerçant et la capacité juridique.

§ 1. L'ACCOMPLISSEMENT D'ACTES DE COMMERCE

Dans la tradition des droits français et belge et de leurs dérivés, le commerçant se définit comme celui qui fait profession des actes de commerce. La loi donne de ceux-ci une énumération qualifiée dans certains droits de limitative et ailleurs d'énonciative (2). Dans ce système, comme l'explique les auteurs, ce sont les actes de commerce qui caractériseraient le commerçant; mais par un choc en retour, celui-ci ferait rentrer dans le domaine commercial les actes civils qu'il pose: un cercle vicieux dénoncé depuis longtemps par la doctrine (3).

(1) CLOQUET, op. cit., 2^e éd., n^o 32; HONORAT, op. cit.; Juriscl. pén., art. 402-404, n^o 7.

(2) Voir P. COPPENS, Droit commercial, Cabay, LLN, 1979, t. I, p. 38; Voir CALAIS-AULOY, Grandeur et décadence de l'art. 632 du code de commerce. Mélanges H. Cabrillac Paris, Librairies techniques 1968, p. 42. Voir notamment la rédaction suggestive de l'art. 2 du code de commerce tunisien.

(3) THALLER et PERCEROU, Traité élémentaire de droit commercial, éd. 1931, n^o 60, p. 54.

A la vérité, chaque élément a sa part dans la définition du commerçant. Si pour notre part, nous tenons, au risque d'être fastidieux, à dresser à titre comparatif la liste des actes de commerce, c'est que celle-ci rend compte de manière pragmatique et avec certitude de son contenu (1). Une telle approche a notamment l'avantage d'opérer le partage, parmi la multitude des activités économiques, entre celles qui sont unanimement acceptées ou rejetées de manière catégorique pour caractériser la notion de commerçant ainsi que les points de flottement où celle-ci n'entre qu'avec une certaine timidité. Dans l'optique d'un recensement des débiteurs punissables de la banqueroute, elle laissera déjà entrevoir la réponse à la question de la nécessité d'une coïncidence entre le domaine de la banqueroute et celui du commerçant.

Depuis l'avènement des codes de commerce en France, en Belgique et dans leurs anciennes dominations d'Afrique, la modification du domaine commercial par la révision de la liste des actes de commerce est d'une importance relative (2). Deux réformes respectives ont touché la Belgique en 1956 et la France en 1967 (3). En Afrique, la Tunisie, l'Algérie et le Sénégal ont attendu l'édiction de nouveaux codes de commerce pour renouveler cette liste (4); ailleurs, notamment dans les anciennes possessions belges, aucune modification ne s'est encore opérée (5). Parfois, le rajeunissement de certains actes de commerce fut l'oeuvre de la jurisprudence qui, aidée par la doctrine étendit, autant que possible, les anciens textes aux nouvelles opérations commerciales.

Nous relèverons d'abord les actes de commerce acceptés partout, puis les opérations commerciales particulières à certains pays avant de découvrir les activités économiques qui sont exclues de la commercialité et dont les auteurs ne peuvent pas en principe être punis de banqueroute; nous esquisserons enfin de lege ferenda un critère acceptable de la commercialité.

(1) Voir J. DERRUPE, Les opérations de l'entreprise, Paris, Libr. techn. 1972, p. 91.

(2) Voir pour la France A. JAUFFRET, L'extension du droit commercial à des activités traditionnellement civiles in Mélanges Kayser, t. II, p. 59 et s.

(3) à (5) En Belgique: lois du 3 juillet 1956 et du 18 juillet 1973; en France, loi du 13 juillet 1967 sur les procédures collectives; Tunisie et Algérie, respectivement dans les codes de commerce du 5 octobre 1959 et du 26 septembre 1975; Sénégal, loi du 12 juin 1976. Dans les anciennes possessions belges, c'est toujours le décret du 2 août 1913 sur les commerçants et la preuve des engagements commerciaux qui est en vigueur.

A. LES OPERATIONS COMMERCIALES COMMUNES AUX DIFFERENTS DROITS COMPARES

Malgré des écarts dans la révision de la liste des actes de commerce, tous les pays de la tradition juridique française et belge acceptent de manière unanime comme conférant la qualité de commerçant à leur auteur, l'exercice de certaines activités commerciales.

1° L'achat pour revendre des meubles

L'échange et la distribution entrent dans le domaine des opérations commerciales, quand elles ont trait à la circulation des biens, la vente devant être précédée de l'achat et celui-ci fait avec l'intention de revendre (1).

2° L'achat pour louer des objets mobiliers ou la location pour sous-louer

Cette opération se situe dans le cadre des services (2). Toutefois, pour être commerciale elle doit s'effectuer avec l'intention de spéculation (3).

3° L'entreprise d'usine ou de manufacture

Le législateur vise ainsi les activités industrielles au sens courant. Celles-ci sont caractérisées par la transformation et la spéculation sur le travail d'autrui et ou sur l'emploi des machines encore que la notion de transformation reste imprécise (4).

4° L'entreprise de travaux publics ou privés

Elle se distingue de l'entreprise d'usine en ce qu'elle suppose essentiellement l'exécution de travaux pour le compte d'autrui. Quant

(1) L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, t. I, Gand 1946, n° 26 et s., p. 64 et s.; *Répertoire de droit commercial et des sociétés*, V° *Code de commerce* Paris, LGDJ 1956, n° 54 et s.

(2) RIPPERT et ROBLLOT, *op. cit.*, t. I, n° 163; VAN RYN et HEENEN, *op. cit.*, t. I, 2e éd., n° 376.

(3) En France, au Sénégal et en Algérie, la loi exige qu'elle soit accomplie en entreprise: exigence sans importance pour la définition du commerçant.

(4) RIPPERT et ROBLLOT, *op. cit.*, t. I, n° 157; VAN RYN et HEENEN, *op. cit.*, t. I, 2e éd., n° 369; BOTTIN, *La loi du 3 juillet 1956*, JT 1956, n° 16, p. 711; P. COPPENS, *Droit commercial*, Cabay, 1979, vol. I, pp. 45 et 46.

à la transformation qui peut l'accompagner, elle n'est qu'un élément secondaire et vise un autre aspect de l'opération (1).

5° L'entreprise de fourniture

L'entreprise de fourniture peut se définir comme un contrat par lequel une personne, nommée fournisseur, s'engage vis-à-vis d'une autre, à lui procurer, moyennant un prix forfaitaire la propriété ou l'usage de certaines choses (2).

6° L'entreprise de transport

Toutes opérations qui se rattachent au commerce maritime ont un caractère commercial (3). Les autres procédés de transport par terre et par air sont des entreprises commerciales soit en vertu d'une disposition expresse de la loi (4) soit par une interprétation jurisprudentielle et doctrinale (5).

7° L'entreprise de spectacle public

Comme les deux précédentes, elle se classe parmi les entreprises de services. Sont ainsi visées les industries de divertissement au sens le plus large: les théâtres, les concerts, les cinémas, les entreprises de jeux et de distraction, les spectacles sportifs.

- (1) Prévue en Belgique et dans ses anciennes possessions; VAN RYN et HEENEN, op. cit., t. I, 2e éd., n° 370. En France et dans ses anciennes possessions, son insertion résulte d'une interprétation assez large de l'entreprise d'usine et de manufacture, Cas. req. 20 octobre 1908, DP 1909 I, 246; Cass. 24 mars 1969, JCP 1969-II-15929; art. 2, al. 6 du code de commerce algérien = toute entreprise de construction, terrassement, nivellement.
- (2) DEL MARMOL et autres, Répertoire pratique de droit belge, complément t. V, V° commerce-commerçant, n° 42. Expressément prévu en Algérie (art. 2, al. 7 du code de commerce); en Tunisie (art. 2, al. 6 du code de commerce); l'opération est insérée par la doctrine ou la jurisprudence soit dans l'entreprise des travaux soit dans l'opération d'achat pour vente. Voir, R. SAVATIER, La vente de services, D. 1971, Chr. p. 223-232, spéc. p. 229 et 5, n° 18 et s.; RIPERT-ROBLOT, op. cit., t. I, 9e éd., n° 164 et s.; CALAIS-AULOY, juriscl. com., art. 632, 9, 1975, n° 106; cependant, VAN RYN et HEENEN, op. cit., t. I, 2e éd., n° 376.
- (3) On n'a pas jugé nécessaire d'analyser dans ces lignes les actes de commerce maritimes qui, en plus d'être une matière particulière, offrent peu d'intérêt pour notre recherche dans la mesure où toutes les opérations effectuées dans ce code relèvent traditionnellement du droit commercial et que leur commercialité n'est pas discutée.
- (4) Exemple art. 2, al. 5 du c. com. belge: le transport par air résulte de la loi de 1956.
- (5) RIPERT et ROBLOT, op. cit., t. I, 9e éd., n° 162; CALAIS-AULOY, op. cit., Cass. com. 4 décembre 1968, RTJC 1969, p. 439 et s., Jauffret

8° L'entreprise d'assurance à prime.

Le contrat d'assurance à prime est une convention par laquelle l'assureur s'engage vis-à-vis du preneur, moyennant un prix forfaitairement stipulé, à verser au bénéficiaire, en cas de sinistre une somme réparatrice du dommage subi. Grâce à la division des risques, il procure des bénéfices à l'assureur. De plus, en donnant la sécurité de l'exploitation, les assurances tiennent une bonne place dans les affaires. C'est par conséquent à juste titre qu'elles sont considérées comme commerciales (1).

9° L'entreprise d'agence et de bureau d'affaires.

Il s'agit de toute entreprise qui s'occupe de gérer les affaires d'autrui moyennant salaire, sans être investie à cette fin d'aucune mission par les pouvoirs publics ou par les tribunaux (2); elle englobe les opérations les plus variées qui toutes sont sous-tendues par l'idée de soins mis aux affaires d'autrui moyennant une rémunération (3).

10° L'entreprise de commission et l'opération de courtage

Ce sont des opérations, comme l'agence d'affaires, effectuées par des personnes qui s'entremettent dans le commerce en aidant à la conclusion des contrats. Le commissionnaire traite en son nom personnel pour le compte d'autrui en sorte que le nom de ce dernier reste ignoré des tiers tandis que le courtier met seulement en présence les parties désirant conclure des opérations juridiques (4).

(1) Al. 8 de l'art. 2 du code de commerce tunisien; art. 2, al. 11 du code de commerce algérien. La nature juridique des assurances mutuelles paraît néanmoins controversée: D. VEAUX, La nature juridique des sociétés d'assurances mutuelles ou à forme mutuelle... RTDC 1950, p. 12 et s., DEL MARMOL et autres, op. cit., V° commerce-commerçant, n° 71 et décisions citées.

(2) VAN RYN et HEENEN, op. cit., t. I, 2e éd., n° 380; RIPERT et ROBLOT, op. cit., t. I, 9e éd, n° 171.

(3) 4 éléments caractérisent, d'après la doctrine et la jurisprudence, l'agence d'affaires: l'appel au public pour ses services salariés accompagné d'un développement d'une clientèle commerciale (CALAIS-AULOY, op. cit., n° 90; com. Brux. 8 février 1971, JCB 1971, 528); le souci de rendement le meilleur difficile à concilier avec les règles de déontologie de la profession libérale (Trib. com. Seine, 18 avril 1966, RTDC 1967, 467 et s., JAUFFRET; Cass. 7 janvier 1960, Pas. 1960, I, 506); l'exercice de l'activité sous sa propre responsabilité, sans lien de subordination entre le client et l'agent (Com. Liège 23 juin 1967, JL 1967-68, 246; Cass. com. 2 novembre 1954, RTDC 1955, p. 124) et évidemment l'élément d'entreprise consistant en la répétition des actes.

(4) En Belgique, l'acte isolé de commission peut constituer un acte de commerce depuis 1956: voir BOTTIN, la loi du 3 juillet 1956 étendant le champ d'application... JT 1956, p. 711, n° 19. Les codes tunisien et algérien considèrent que la commission et le courtage peuvent être accomplis de manière isolée.

11° L'opération de change et de banque

L'opération de banque consiste à se procurer des moyens financiers et à les utiliser à des opérations de crédit ou de placement (1). C'est le commerce de l'argent, domaine traditionnel de la commercialité.

L'opération de change, quant à elle, désigne soit le change manuel qui porte en un même lieu sur des monnaies ou devises nationales et étrangères soit le change tiré par lequel une personne, recevant une valeur en un lieu déterminé s'oblige envers une autre à payer ou à faire payer une somme d'argent dans une place différente (2). Elle est en général faite par des professionnels. Dans les pays africains, elle est souvent soumise à une réglementation stricte.

12° La lettre de change et autres billets à ordre

L'opération de lettre de change est un acte de commerce par la forme en ce sens que sa signature est toujours qualifiée d'opération commerciale. Elle entraîne toujours la commercialité des opérations qu'elle soutient; elle n'a donc pas de rôle particulier à jouer dans la définition de la profession commerciale. Il est cependant à signaler que certaines législations réservent la commercialité à la lettre de change (3) alors que d'autres l'étendent à d'autres mandats et billets à ordre, même le chèque (4).

De ce sommaire examen des divers droits positifs, on peut déjà constater que l'acte de commerce revêt un sens commun. Il existerait pour ainsi dire un domaine privilégié de la commercialité qui correspond à certaines activités économiques reconnues partout et presque en permanence. Cependant, tous les droits comparés ne suivent pas toujours, et au même rythme, l'évolution des activités économiques. A côté de ce domaine commun, on rencontre parfois un secteur particulier des activités commerciales dans certains pays.

(1) VAN RYN et HEENEN, op. cit., t. I., 2e éd., n° 377 et s.; CALAIS-AULOY ...
Juriscl. com., art. 632, n° 96 et 97.

(2) L. FREDERICQ, op. cit., t. I, n° 48.

(3) La France et le Sénégal et l'Algérie.

(4) La Belgique et ses anciennes possessions. Voir VAN RYN et HEENEN, op. cit., t. I, 2e éd., n° 419.

B. LA NOUVELLE VAGUE DES OPERATIONS COMMERCIALES DANS LES LEGISLATIONS RECENTES

Alors que l'extension de la notion de commerçant a eu lieu en France et au Sénégal à l'occasion de la réforme du droit de la faillite dans le but d'appliquer celle-ci à un nombre de plus en plus élevé de débiteurs, en Belgique, en Algérie et en Tunisie, l'élargissement résulte d'une extension générale de la commercialité et ne semble pas avoir été dictée par des considérations ayant trait à la condition du débiteur défaillant. Quelle que soit l'intention du législateur, on doit cependant constater même dans ce cas une certaine convergence, dans la sélection des nouvelles activités à englober dans le domaine commercial. Cette véritable offensive du droit commercial vers certaines activités économiques relevant jadis du domaine civil concerne en particulier les activités portant sur l'immeuble, les activités extractives et certaines activités artisanales (1).

1° Les opérations immobilières

Concernant les opérations immobilières, on note que depuis la loi belge de 1956 (2) toutes les nouvelles législations prévoient dans les actes de commerce les opérations sur les immeubles, certaines plus résolument que d'autres.

Parmi les pays qui commercialisent toutes les opérations immobilières, on retient l'Algérie (3) et la Tunisie (4); ils énumèrent parmi les actes de commerce, même la location d'immeubles. Les autres

(1) Il convient de signaler certains nouveaux actes de commerce dont la portée cependant se limite à l'amélioration du contenu des activités commerciales traditionnelles: l'achat d'un fond de commerce en France, les opérations d'intermédiaires en matière d'achat de fonds de commerce en France, les opérations sur fonds de commerce en particulier l'opération d'intermédiaire en Algérie. Consulter R. SAVATIER, Avènement et dépassement de la théorie juridique du fonds de commerce en droit français, Mélanges Frédéricq, 1966, t. II, p. 901-925.

(2) Loi du 3 juillet 1956: Exposé des motifs, Doc. parl., Sénat 1952-53, n° 141. Pour la doctrine: DEL MARMOL, L'élargissement du champ de la commercialité et la réforme du registre de commerce, Rev. banque, 1956, p. 497-546; BOTTIN, La loi du 3 juillet 1956 étendant le champ d'application du code de commerce à de nouvelles catégories de personnes ou d'entreprises, JT 1956, p. 709-713, DEMEUR, Les sociétés devant la loi du 3 juillet 1956 relative aux activités commerciales, RPS 1957, p. 22-31.

(3) Art. 2, al. 3 du code de commerce algérien.

(4) J. THOMAS, Le droit de l'entreprise en Tunisie. Synthèse des règles de droit applicable à l'activité d'entreprise en Tunisie, Tunis, Ecole nationale d'Administration, 1971, p. 63-78; E. DE GAUDIN DE LAGRANGE, Les notions de commerçant et d'actes de commerce dans les art. 1 à 4 du code de commerce tunisien, Revue tunisienne de droit, 1965, p. 13-23, spéc. 21 et 22.

pays, la Belgique (1), la France et le Sénégal reprennent volontiers les opérations d'intermédiaires pour l'achat et la vente ainsi que l'achat pour revendre des immeubles même si à cause des circonstances particulières, cette dernière opération est formulée de manière restrictive en droit français (2) tandis qu'elle est abandonnée dans le domaine civil en droit sénégalais (3).

2° L'extraction des matières premières

Une offensive de moindre envergure veut rendre commerciales les entreprises d'extraction des matières premières. L'Algérie et la Tunisie incluent sans réserve (4), dans les activités commerciales, celles touchant à l'industrie extractive; la France reconnaît l'exploitation des mines auxquelles une nouvelle législation joint les minières (5) tandis que pour le droit belge, l'exploitant doit transformer les produits extraits pour devenir commerçant (6).

En réalité, les industries extractives s'occupent d'activités économiques et surtout emploient des moyens et procédés commerciaux dans leur exploitation. On peut dès lors se demander si elles résisteront encore longtemps à l'offensive de la commercialité.

-
- (1) DEMEUR, op. cit., RPS 1957, p. 27 et s.; DEL MARMOL, op. cit., Rev. Banque, 1956, p. 511 et s.; VAN RYN et HEENEN, op. cit., t. I, 2e éd., p. 350, n° 365; DEL MARMOL et autres, op. cit., complément t. V, V° commerce-commerçant, n° 53-57; cass. 9 octobre 1975, Pas. 1976-I-169; Brux. 19 novembre 1974, Pas. 1975-II-63; voir le commentaire de DAELEMANS, L'entreprise et le droit 1978, p. 23.
- (2) P. DIDIER, La terre et le droit commercial, Mélanges H. CABRILLAC, Paris, Libr. techn. 1968, p. 153-166; J. FROSSARD, L'immeuble et le droit commercial, Etude de jurisprudence, RTDC 1966, p. 535-554; F. STEINMETZ, Les ventes immobilières et le droit commercial à la suite des lois du 13 juillet 1967 et du 9 juillet 1970, RTDC 1973, p. 471-497; ARNAUDY, Le domaine d'application du règlement judiciaire et de la liquidation des biens... Thèse, Toulouse, 1971, p. 186 et s. MORIN, Le caractère civil des sociétés de construction et de vente, Répert. notariat Defrénois, 1969, art. 2965.
- (3) Peut-être à cause de son importance économique négligeable et du manque de statut juridique garantissant la sécurité des transactions, le droit des immeubles relevant à la fois du droit traditionnel et du droit moderne; voir notamment: J. CHABAS, De la transformation des droits fonciers coutumiers en droit de propriété, An. afric. 1959, p. 85; KOUASSIGAN, L'homme et la terre, ORSIOM, 1966, p. 236 et s.
- (4) L'entreprise comprend tous les produits du sol à l'exclusion des produits végétaux, voir CAPITANT, Dictionnaire juridique, V° produit.
- (5) Juriscl. com., art. 632, fasc. 403, n° 49 (loi du 2 janvier 1970); mais pas les carrières, ardoisières, tourbières qui restent des exploitations civiles.
- (6) BOTTIN, op. cit., JT 1956, p. 711; Com. Brux., 3 mars 1960, RPS 1960, p. 293, Liège, 19 novembre 1962, 1962-63, p. 114; Com. Liège, 17 février 1958, RPS 1960, p. 292; Com. Brux. 9 octobre 1965, RPS 1966, p. 85.

3° Le louage d'industrie

L'entrée du droit commercial dans le secteur des activités artisanales se montre également modérée. Le caractère économique de la production et de la transformation réalisées dans une exploitation individuelle et à petite dimension est fermement reconnu partout (1). Il devrait en découler pour les artisans le statut de commerçant. Cependant, l'hésitation revient quand il faut les assimiler totalement aux autres commerçants notamment à l'industriel ou à l'entrepreneur de travaux (2) alors que travaillant de leurs mains, ils ne spéculent ni sur les machines, ni sur le travail d'autrui.

La loi belge a eu le courage de commercialiser directement les activités artisanales (3) mais elle a marqué un recul en exigeant la fourniture de marchandises même à titre accessoire (4).

Quant aux autres législations, elles n'affrontent pas le problème de face et se contentent de la commercialisation de la production et de la transformation laissant aux juridictions le soin de délimiter les activités commerciales des activités artisanales. Dans ce système, en effet, l'activité artisanale est civile. Mais le malaise subsiste; car elle ne peut être définie que de manière négative.

La jurisprudence française notamment retient les critères suivants: ne pas spéculer sur la matière, sur la valeur des marchandises qu'on travaille, sur la main d'oeuvre ou sur l'outillage; ne faire qu'accessoirement les actes de commerce et ne pas traiter des opérations dont la nature et l'importance excèdent le cadre d'une activité artisanale normale; vivre essentiellement du produit de son travail et de celui des membres de sa famille ou de quelques compagnons (5).

(1) Voir VAN RYN et HEENEN, op. cit., t. I, 2e éd., p. 353, n° 371.

(2) DEL MARMOL, op. cit., Rev. Banque 1956, p. 502 et s.; VAN RYN et HEENEN, op. cit., t. I, n° 371.

(3) et (4) BOTTIN, op. cit., JT 1956, p. 710 et s.; DEL MARMOL et autres, op. cit., complément, t. V, V° commerce, n° 19 à 23.

(5) Paris, 22 avril 1967, RTDC 1967, p. 750; Cass. Com. 12 mai 1969, Bull. Civ. 1969-IV-n° 159; Cass. Com. 17 juin 1970, RTDC 1971 obs. Morin; Com. 2 mai 1972, RTDC 1973, 59 obs. Jauffret; Com. 23 janvier 1967, RTDC 1967, 855, obs. Morin.

Abstraction faite de la dimension de l'entreprise (1), rien ne s'oppose de manière objective à ce que les activités artisanales entrent dans les activités commerciales au titre de la transformation ou mieux comme l'a fait le droit belge au titre de prestation d'un travail manuel en vertu d'un contrat de louage d'industrie.

En résumé, un effort certain est accompli pour englober toutes les activités économiques (2) au sein des actes de commerce bien que les résultats diffèrent de pays à pays et qu'il en résulte parfois une notion fluctuante d'acte de commerce. En revanche, ainsi qu'il existe des secteurs définitivement conquis par le droit commercial, il en est d'autres qui, bien qu'intervenant dans la vie des affaires, résistent encore aujourd'hui et presque partout à l'extension du droit commercial. Ce sont les activités agricoles et celles accomplies dans le cadre des professions libérales.

C. LES ACTIVITES EXCLUES EN PRINCIPE DE LA COMMERCIALITE

On enseigne en France et en Belgique que, dans le domaine du droit privé, les activités agricoles, les industries extractives ainsi que les professions libérales sont traditionnellement des activités civiles (3).

La comparaison de la liste des actes de commerce de ces législations de base et de leurs dérivés dans leur récente modification met déjà en doute le caractère nécessairement civil des industries extractives (4); en revanche, le caractère civil des activités agricoles et des activités effectuées dans le cadre des professions libérales ne semble pas être mis sérieusement en péril.

(1) Trib. Com. Paris, 8 juillet 1977, RTDC 1977, p. 476. L'annotateur précise que la dimension de l'entreprise ne saurait être un critère suffisant de la commercialité si l'on ne retrouve pas dans l'activité du chef d'entreprise l'accomplissement d'actes de nature commerciale.

(2) En droit belge: S. FREDERICQ, Unification du droit civil et du droit commercial in L'union du droit des obligations sous la direction de Rotondi, Inchieste di diritto comparato, t. III, p. 98 et 3.

(3) RIPERT et ROBLOT, op. cit., t. I, 9e éd., p. 107 et s., n° 175 et s.; VAN RYN et HEENEN, op. cit., t. I, 2e éd., p. 362 et s., n° 387 et s.

(4) Voir pour le droit français et pour les droits tunisien et algérien respectivement supra p. 90

a. Les activités agricoles et leur caractère civil

Les activités agricoles sont en principe exclus de la commercialité; elles ne sont pas reprises dans les actes de commerce; parfois, une disposition expresse les écarte de l'application des règles du droit commercial (1).

Il est vrai que jusqu'à un certain degré de développement, les activités agricoles se prêtent mal à leur inclusion dans les activités commerciales. En effet, lorsque la production se fait pour la stricte consommation familiale, comment envisager une commercialisation puisque les biens ne circulent pas? Il en est ainsi pour beaucoup de pays africains. Même lorsque l'exploitation entame l'étape de la production industrielle et que l'excédent peut être lâché systématiquement sur le marché (2), le producteur ne peut encore être appelé commerçant; il produit peut-être pour le commerce, mais celui-ci ne l'occupe pas en exclusivité (3).

L'activité commerciale en revanche doit être sérieusement envisagée lorsque l'exploitation emploie des méthodes et atteint une importance comparable à celle d'une production capitaliste (4). Au demeurant, il y a exercice d'une activité agricole, au sens strict, dès lors qu'une personne pratique la culture ou l'élevage en vue d'en tirer profit (5). A ce stade, le rejet de l'exploitation agricole des activités commerciales est une question d'ordre psychologique et liée à l'allergie des agriculteurs à tout ce qui est commercial.

- (1) Code de commerce belge, art. 2, al. 4 in fine; Code de commerce tunisien, art. 2, dernier alinéa. Les activités agricoles s'entendent de celles destinées à la production végétale ou animale, voir P. DIDIER, La terre et le droit commercial, Mélanges Cabrillac 1968, p. 153 à 166, spéc. p. 163. En France, l'acte ne figure pas à l'art. 632 du Code de commerce; voir A. JAUFFRET, L'extension du droit commercial à des activités traditionnellement civiles, Mélanges KAYSER, t. II, p. 60 et s.
- (2) R. SAVATIER, Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil... 3e série, n° 538 et s.; SAVATIER et LE LOUP, Droit des affaires, 2e éd., p. 170.
- (3) P. DIDIER, La compétence législative du droit commercial, RTDC 1965, p. 542 et 543.
- (4) L'exploitation s'organise alors selon le cycle "Argent-marchandises-argent plus bénéfice". L'exploitant fait comme on dit, de l'argent; voir P. DIDIER, op. cit., RTDC 1965, p. 543; VAN RYN et HEENEN, op. cit., t. I, 2e éd., n° 388, p. 363; G. LYON CAEN, Contribution à la recherche d'une définition du droit commercial, RTDC 1949, p. 577 à 588, spéc. 582 et s.
- (5) Répertoire pratique, Dalloz, V° acte de commerce n° 55 et s.; Jean MEGRET, Que faut-il entendre par activité agricole, Gazette du Palais 1970-2 doct., p. 262 à 265 spéc. 262.

En dépit de cette résistance, les règles de droit commercial s'infiltrèrent dans les activités agricoles (1) comme une nécessité et de manière détournée. Cette commercialité pourra découler de ce que certains actes pourtant intégrés à l'activité agricole cesseront d'être liés à elle à titre accessoire et seront considérés comme constituant une activité secondaire (2).

Ces activités ne transforment pas le caractère des activités agricoles elles-mêmes qui restent civiles; mais pouvant constituer une profession commerciale secondaire ou d'appoint (3), elles entraîneront notamment pour l'exploitant, l'application des procédures collectives lorsque la cessation des paiements sera constatée.

b. Le caractère civil des activités des professions libérales

L'exclusion des professions libérales de la commercialité est séculaire dans les droits examinés. Les activités des professions libérales sont en principe civiles; tant et si bien que les actes de commerce accomplis accessoirement à une profession libérale sont considérés comme civils (4).

Le caractère civil des activités des professions libérales tient parfois de leur nature - par exemple l'exercice de la médecine, l'oeuvre de l'artiste - mais surtout de la façon dont elles sont accomplies (5); leur insertion dans un certain ordre fait des exigences et devoirs qu'impose la profession, le respect de la déontologie, le désintéressement qui les anime, changent leur caractère (6).

(1) A. JAUFFRET, op. cit., in Mélanges Kayser, t. II, p. 61 ainsi que les références citées.

(2) Crim. 8 octobre 1970, JCP 1971-II-16807; voir les nombreux exemples cités par A. JAUFFRET, op. cit., Mélanges Kayser, t. II, p. 64 et 65 à propos de l'achat pour vente et de la transformation. Pour les procédés employés: en droit français, voir Jean MEGRET, op. cit., Gaz. pal. 1970-2-doctrine, spéc. p. 264; Com. 8 mai 1978, D. 1978-IR-452. Pour le droit belge, Cass. 24 décembre 1953, Pas. 1954-I-366; Cass. 22 octobre 1965, Pas. 1966-I-246; Mons, 20 février 1968, JCB 1969, p. 250. Par ailleurs, il y a activité commerciale si à ses produits l'exploitant joint ceux des tiers. Voir A. JAUFFRET, op. cit., Mélanges Kayser, t. II, p. 64 et 65; VAN RYN et HEENEN, op. cit., t. I, 2e éd. 1976, p. 362 et s., n° 388; contra: DEMEUR, Les sociétés devant la loi du 3 juillet 1956, RPS 1957, p. 26; DEL MARMOL, op. cit., Rev. Banque 1956, p. 507.

(3) De par sa structure comme personne morale, l'exploitation peut appeler le statut de commerçant ou l'application de certaines dispositions de droit commercial en tant que personne morale de droit privé non commerçante = voir infra.

(4) Exemple: le médecin de campagne qui vend des médicaments, le dentiste qui fournit les appareils dentaires, l'artiste peintre qui vend ses tableaux, etc... Voir DEL MARMOL et autres, RPDB, Complément, t. V, V° commerce et commerçant, n° 125, 130, 131; A. JAUFFRET, op. cit., Mélanges Kayser, t. II, p. 70.

(5) Simon FREDERICQ, L'unification du droit civil et du droit commercial. Essai de solution pratique. RTDC 1962, p. 205 à 232, spéc. p. 230.

(6) Civ. Anvers. 15 octobre 1970. JT 1971. p. 150 et s.. note L. VAN BUNNEN D 153/154.

Cependant comme dans les activités agricoles, la commercialité s'infiltré aussi dans les professions libérales. Peuvent être ainsi joints à l'activité libérale des actes de commerce qui, soit qu'ils sont accomplis au mépris des règles de la profession (1), soit qu'ils peuvent être considérés comme non accessoires (2), conféreront à leur auteur la qualité de commerçant. Les méthodes d'exploitation ainsi que les buts poursuivis aideront à préciser s'il y a activité véritablement accessoire ou seulement annexe à l'activité libérale.

A vrai dire, la qualification de certaines activités libérales relève davantage de la tradition et des moeurs. Ainsi pour des raisons d'opportunité, civiles dans un pays, certaines activités pourront être considérées comme commerciales dans un autre (3).

En dépit de ces quelques hésitations et intrusions des règles du droit commercial, le caractère civil des activités libérales reste un principe solidement établi dans les droits considérés. Elles le doivent "à leur non-participation effective à la vie économique, à la transmission des biens et l'octroi du crédit" (4).

-
- (1) L'hypothèse du commerçant de fait pour l'architecte: Cass. 9 septembre 1975, JT 1975, 695, Pas. 19769-169; Brux. 19 novembre 1974, Pas. 1975 II-63 ajouter la note de DAELEMANS, L'entreprise et le droit, 1978, p. 23; pour le notaire: Arlon, 6 novembre 1952 - Rev. des faillites 1952, p. 121; Com. 2 février 1970, D. 1970, I-430, RTDC 1970, p. 671, n° 1, obs. Jauffret; pour l'expert-comptable, agent d'affaire, voir Brux. 29 janvier 1975, Pas. 1975-II-103, pour l'artiste manager: A. JAUFFRET, op. cit., Mélanges Kayser, t. II, p. 71; pour la réalisation de films cinématographiques voir le même auteur, p. 72. Ajouter pour la Belgique Comm. Brux. 6 mars 1970, jurisp. com. Belg. 1971-9-p. 15.
- 2) Civ. 12 novembre 1923, S. 1925-9-153, note A.S. Pour la Belgique, Brux. 6 décembre 1967, RPS 1969, p. 191, JT 1968, p. 474 et l'observation contraire de Kirkpatrick; Comm. Brux. 26 juin 1964, RPS 1966, p. 211; Com. Brux. 9 octobre 1965, RPS 1966, p. 85. Comparer pour une clinique dentaire, Com. Brux. 3 mars 1968, JCB 1969, 628. En matière d'enseignement: Brux. 20 mai 1942, Pas. 1942-II-85; note sous Trib. com. Paris, 8 juillet 1977, RTDC 1977, p. 476.
- (3) SAVATIER, La profession de conseil juridique, D. 1969, Chr. p. 145. Pour la Belgique: VAN BUNNEN, note sous civ. Anvers 15 octobre 1970, JT 1971, p. 153 et s. Concernant les pharmaciens d'officine: voir pour la Belgique notamment Trib. arrond. Namur 23 novembre 1976, Rev. rég. droit 1977, p. 235; 1976-77, p. 107. Pour la France et avant la loi de 1973 en Belgique, Aix, 22 janvier 1947, JCP 1947-II-3876; Com. Brux. 8 mai 1948, JCB 1949, 25; Com. Anvers, 22 septembre 1965, Répertoire décennal de la jurisprudence belge 1965-1975, V° commerce-commerçant n° 5
- (4) Simon FREDERICQ, op. cit., RTDC 1962, p. 230, n°35. Voir cependant infra l'application des procédures collectives aux personnes morales du droit privé non commerçantes en cas de création de société civile de moyens, de société civile professionnelle, etc...

Ainsi donc l'énumération des divers actes de commerce dessine déjà avec une certaine précision les contours de l'activité commerciale. Leur comparaison débouche en outre sur une constatation: si la notion d'acte de commerce est variable dans l'espace, certains pays adoptant une notion plus large que d'autres, mais aussi dans le temps, certains éprouvant plus tôt que d'autres le besoin de modifier le domaine de droit commercial, toutes les législations, du moins les plus dynamiques, convergent en ce domaine vers un même but: la commercialisation de la quasi totalité des activités économiques. L'acte de commerce tend, en effet, à correspondre à l'activité économique dans la mesure où chaque législation y englobe la quasi totalité des actes de circulation, de production et d'entremise. On peut dès lors se demander si cette convergence relève de la simple imitation ou si elle a pour base une idée plus profonde autour de laquelle se grouperaient les multiples actes de commerce.

D. RECHERCHE D'UN CRITERE DE LA COMMERCIALITE

Si la relative homogénéité de la liste des actes de commerce convainc d'une certaine constance de l'acte de commerce, il serait sans doute intéressant de découvrir son fondement qui éviterait notamment tout arbitraire et lacune dans l'énumération (1).

Orientées vers l'explication du droit positif, les premières réflexions de la doctrine belge et française s'efforcèrent de découvrir un critère ralliant les éléments essentiels de tous les actes de commerce. Plusieurs critères (2) ont été alors proposés, les uns plus pertinents que les autres selon l'aspect mis en relief: le critère de la circulation (3), celui de la spéculation (4), celui de l'activité commerciale, notion-mère (5).

-
- (1) Voir Encycl. Dalloz, dr. com. et soc. 1956, V^o Acte de commerce, n^o 27; ARNAUDY, Le domaine d'application... thèse, p. 327.
- (2) L'approfondissement de ces critères dépasserait le cadre de notre sujet.
- (3) THALER et PERCEROU, Traité élémentaire de droit commercial, éd. 1931, n^o 5 et 3. Pour la critique: LYON-CAEN et RENAULT, op. cit., t. I, n^o 103; ESCARRA, Cours de droit commercial, Paris, Sirey, 1952, 90.
- (4) LYON-CAEN et RENAULT, op. cit., t. I. 103; L. FREDERICQ, op. cit., t. I, p. 55, 57, 62, 72; Cass. 30 décembre 1946, RCJB 1948, p. 24-52, note DEMEUR; cass. 19 janvier 1973, Pas. 1973, I, p. 493, note W.E. Pour la critique, VAN RYN et HEENEN, Esprit de lucre et droit commercial, note sous cass. 19 janvier 1973, RCJB 1974, p. 325 et 8.
- (5) P. DIDIER, Remarques pour servir à une définition du droit commercial, D. 1962, chr. p. 221-228; Idem, La compétence législative du droit commercial, RTDC 1965, p. 535-545.

Malgré l'adaptation des diverses théories à la critique, les critères ne paraissent pas être sur la voie d'un critère général des opérations commerciales dont la liste semble avoir évolué sous l'effet de la tradition et l'emprise de la pratique; encore qu'ils aient contribué à éclairer les multiples facettes de l'acte de commerce, chaque nouveau critère montrant les limites des précédents et mettant en même temps en relief une nouvelle portée de l'acte de commerce.

A la recherche du fondement de l'acte de commerce, on pouvait toutefois se demander si l'échec n'était pas lié à l'orientation des travaux et s'il n'était pas plus opportun, à la place d'un critère général des actes de commerce, de préciser le critère de la commercialité en vue de l'élaboration d'un droit nouveau épousant les réalités actuelles du développement socio-économique.

L'acte de commerce ou plutôt le recours à un certain nombre de règles le régissant refléterait, dans cette optique, une réaction commune à une activité spécifique caractérisée elle-même par un certain mode d'organisation, une certaine méthode de gestion (1).

Cette démarche qui a l'avantage pour notre propos de suggérer à travers l'activité déployée l'identification de la personne qui devrait bénéficier du régime du droit commercial ou tout au moins de celui de la faillite et de la banqueroute a été également tentée par les auteurs. Les limites du critère de la profession commerciale étant démontrées par la vivacité du domaine des opérations d'affaires (2), certains auteurs (3) énoncent le critère de l'entreprise dont les éléments doivent toutefois être encore affinés pour trouver plein

(1) ESCARRA, Cours de droit commercial, n° 91 et s.; HOUIN, La gestion des entreprises publiques et les méthodes de droit commercial, Archives de philosophie du droit, 1952, p. 100; VAN RYN, Autonomie nécessaire et permanence du droit commercial, RTDC 1953, p. 574 et s.

(2) RIPERT et ROBLOT, op. cit., t. I, 9e éd., n° 303 et s. Pour la critique: DE JUGLART et IPPOLITO, Cours de droit commercial, t. I, 4e éd., éd. Montchrestien, Paris, 1971, n° 78, p. 118; HOUIN et RODIERE, Cours élémentaire de droit commercial, 4e éd., Sirey, 1971, p. 2; J. HAMEL et LAGARDE, Traité de droit commercial, t. I, Paris, Dalloz, 1954, n° 144, p. 170; P. COPPENS, Cours de droit commercial, éd. 1979, p. 36 et 37.

(3) ESCARRA et RAULT, Cours de droit commercial, t. I, n° 102 et s.; P. DURAND, La notion juridique de l'entreprise, Journées de l'Association H. Capitant, Dalloz, 1947; M. DESPAX, L'entreprise et le droit, thèse, Toulouse, LGDJ 1957; A. SOLAL, Les difficultés d'une construction juridique de l'entreprise, test de l'efficacité de nos procédés de connaissances juridiques, RTDC 1971, p. 617-644; G. LAMBERT, Introduction à l'examen de la notion juridique d'entreprise, Mélanges Kayser, t. II, p. 77 et s.; VAN RYN et HEENEN, op. cit., t. I, 2e éd., n° 34.

accès dans diverses institutions juridiques. D'ores et déjà, il apparaîtrait que le recours à l'essentiel des règles de droit commercial (1) se fait dans le cadre de l'entreprise, un organisme autonome qui a pour objet de produire pour le marché, des biens et des services en réunissant des moyens matériels et humains (2). Se trouve ainsi visée toute forme d'activité pourvu qu'elle réponde aux conditions d'organisation ainsi définies et qu'elle ait un caractère économique (3).

La notion d'entreprise peut cependant avoir deux dimensions (4). En effet, la référence à la notion économique peut concerner la description de l'activité, l'objet de telle organisation; mais elle peut désigner aussi l'exploitation en tant que telle, comme une entité originale différente de l'exploitant personne physique ou personne morale. Si l'appréhension de la notion interne de l'entreprise rencontre un certain nombre de difficultés (5), l'aspect externe, perçu avec plus de facilités est de plus en plus pris en considération par l'actuelle évolution juridique et notamment avec plus ou moins de bonheur, les nouveaux textes s'attachent à la distinction de l'entreprise et de l'entrepreneur et du dirigeant (6).

-
- (1) Il s'en suivrait en réalité une révision du domaine commercial: R. HOUIN, L'unification interne du droit privé en France, in L'unification interne du droit privé, Cologne, 1953, Paris, CNRS 1954, p. 107; L. MAZEAUD, Vers la fusion du droit civil et du droit commercial français in L'unité du droit des obligations sous la direction de ROTONDI... t. III, spéc. 346.
- (2) VAN RYN et HEENEN, op. cit., t. I, 2e éd., n° 35 et s.; G. LAMBERT, op. cit., Mélanges Kayser, t. II, spéc. p. 78 et s.; L. MAZEAUD op. cit., in L'unité du droit des obligations... p. 345 et 346.
- (3) A. SOLAL, Les nouveaux concepts introduits... par la loi du 13 juillet 1967... RTDC 1969, p. 732.
- (4) A. SOLAL, Les difficultés d'une construction juridique de l'entreprise... RTDC 1971, p. 621 et s.; G. LAMBERT, op. cit., Mélanges Kayser, t. II, p. 99 et 100; voir LAMBERT FAIVRE, L'entreprise et ses formes juridiques, RTDC 1969, p. 909.
- (5) A. SOLAL, op. cit. RTDC 1971, p. 621.
- (6) En matière de faillite: HOUIN, Permanence de l'entreprise à travers la faillite, in Liber amicorum L. FREDERICQ, t. II, p. 609; J.F. MARTIN, Idées générales sur la réforme du droit de la faillite, Gaz. Pal. 1969-2-doctr. p. 23 et s.; DERRIDA, op. cit., Répert. notariat 1969, doctr., art. 29247, p. 96 et s.; A. SOLAL, op. cit., RTDC 1969, p. 724 et s.; ARNAUDY, op. cit., thèse, 1971; OLIVIER, La distinction de l'homme et de l'entreprise, thèse, Paris, II, 1972; M.B. SOINNE, Prolégomènes sur une refonte du droit de la faillite, D. 1976.chr. p. 257 et s.; F. T'KINT, Le projet de loi sur la gestion assistée, Centre de recherches interdisciplinaires, Droit-Economie (rapport du 22 décembre 1976), p. 1; VAN OMMESLAGHE, Le projet de loi sur la gestion assistée des entreprises, JCB 1977, II, p. 447-468, spéc. 454 et s.

Du point de vue de l'identification du délinquant en matière de banqueroute et de délits assimilés, la mise en oeuvre de la notion d'entreprise étendra non seulement la catégorie des justiciables suite à l'élargissement du domaine des procédures collectives mais aussi affinera les critères de mise en cause de sa responsabilité.

Cette évolution n'est pas cependant encore généralisée. En attendant, la détermination du débiteur commerçant suit les divers éléments fixés par le droit positif qui sont, en plus de l'accomplissement des actes de commerce, l'exercice de la profession de commerçant et la possession de sa capacité juridique.

§ 2. L'EXERCICE DE LA PROFESSION DE COMMERCANT ET LA CAPACITE JURIDIQUE

En plus des actes de commerce, la notion de commerçant est déterminée par la profession et la capacité juridique. Les textes législatifs sont en général explicites en ce qui concerne l'exigence de la profession: "sont commerçants ceux qui font profession des actes qualifiés commerciaux par la loi" (1). Quant à la capacité juridique, sa nécessité découle des conditions ordinaires en matière des contrats; encore que à cause de la spécificité de l'activité commerciale, des restrictions au droit commun soient à prévoir.

L'exercice de la profession est défini par la doctrine comme le fait de consacrer d'une façon principale et habituelle son activité à l'accomplissement d'une certaine tâche dans le dessein d'en tirer profit (2). S'agissant du commerçant, il faut ajouter que l'exercice de la profession doit être fait de manière indépendante et pour son propre compte, à ses risques et périls.

La profession de commerçant suppose par conséquent, en plus de cette indépendance, l'intention de se considérer comme tel, révélée par une série d'éléments extérieurs. Enfin le commerçant doit disposer de sa capacité pour engager sa responsabilité.

(1) Exemples: art. 1 du c. com. belge; art. 632 du c. com. français; art. 1 du décret du 2 août 1913 pour les anciennes professions belges; art. 2 du c. com. tunisien; art. 1 du c. com. algérien; art. 1 du c. com. marocain.

(2) RIPERT et ROBLOT, op. cit., t. I, 10e éd., n° 136.

On examinera successivement:

- 1° l'intention de se considérer commerçant
- 2° les éléments extérieurs révélant la profession
- 3° l'exercice de la profession à titre d'indépendant et pour son compte
- 4° la capacité juridique

A. L'INTENTION DE SE CONSIDERER COMME COMMERCANT

C'est la volonté de tirer ses revenus de l'exercice du commerce. La profession évoque généralement l'habitude; mais celle-ci peut exister sans profession. En revanche, "on est commerçant dès l'instant où l'on s'établit comme tel, même avant d'accomplir habituellement des actes de commerce" (1).

La profession a lieu quand il existe une relation de cause à effet entre l'activité effectuée et la prestation qu'on reçoit. En ce sens, l'exercice de la profession commerciale est intéressé et s'oppose à l'exercice d'un ministère. Il n'y a pas par exemple de profession lorsque les services sont rendus au titre d'entr'aide familiale ou quand un acte est motivé par la défense d'un intérêt général (2).

En pratique, l'intention d'exercer le commerce à titre professionnel est néanmoins révélée par une série d'éléments extérieurs dont l'importance est variable mais qui méritent d'être mis en relief: l'activité elle-même, la répétition des actes, l'importance des revenus, l'installation matérielle et une clientèle.

B. LES ELEMENTS EXTERIEURS REVELANT LA PROFESSION DE COMMERCANT

Que la profession nécessite une activité réelle semble une évidence. Il ne suffit pas de se déclarer commerçant pour en acquérir la qualité, il faut poser des actes de commerce (3); et si l'inscription au registre de commerce fait présumer la qualité de commerçant,

(1) Rapport du Conseil colonial sur le décret du 2 août 1913 dans les anciennes possessions belges, voir BO 1913, p. 766. C'est l'idée reprise dans toutes les autres législations.

(2) SAVATIER, Contribution à une étude juridique de la profession in Dix ans de conférence d'agrégation, Hommage à J. HAMEL, Dalloz, 1961, p. 7 et s.

(3) Marche-en-Famenne, 8 février 1958, JL 1957-1958; Léo., 26 juin 1941, RJCB 1941, p. 201; Léo., 21 juin 1955, RJCB 1955, p. 339; 1ère Inst. Kivu, 16 mars 1956, RJCB 1956, p. 258; Elis. 7 mai 1957, RJCB 1957, p. 247.

la présomption ne résiste pas à une preuve contraire; de même, l'exercice du commerce sans inscription n'empêche pas la qualité de commerçant.

L'accomplissement d'actes de commerce est donc indispensable à la notion de profession. Souvent, on tire ses revenus d'une seule activité, mais celle-ci peut parfois être cumulée avec une ou plusieurs autres. L'utilité d'une notion d'activité principale apparaît dans ce cas; car, par opposition à l'activité accessoire, c'est elle qui détermine la qualité de l'auteur en vertu de l'adage: l'accessoire suit le principal.

De manière générale, l'activité principale ou essentielle se remarque aisément. L'auteur indique lui-même ses préférences ou celles-ci se dégagent d'un ensemble de comportements où il est facile de repérer l'activité qui fournit l'essentiel des revenus.

On appelle en revanche activité accessoire, celle qui se trouve par rapport à l'activité principale dans un lien de subordination (1), l'activité qui se situe dans le prolongement normal et naturel de l'activité principale (2). L'activité accessoire n'emporte aucune conséquence sur la qualité de l'auteur, celle-ci découlant de l'activité principale.

Différente est l'activité secondaire ou d'appoint. C'est une activité autonome qui, juxtaposée à une autre n'a pas besoin de lui être rattachée (3). Orientée généralement vers une autre activité que la principale, elle procure des revenus substantiels à son auteur même si la tâche y consacrée est de quantité inférieure; elle peut, si elle répond aux autres caractéristiques déterminer la qualité de commerçant (4).

(1) FREDERICQ, op. cit., t. I, n° 58; VAN RYN et HEENEN, op. cit., t. I, 2e éd., n° 100; RIPERT et ROBLOT, op. cit., t. I, 10e éd., n° 303 et 304 rejettent la théorie des actes de commerce par accessoire.

(2) et (3) BOTTIN, op. cit., JT 1956, p. 709-713, spéc. 709 et s.; DEL MARMOL et autres, op. cit., V° commerce-commerçant, n° 136.

(4) Voir supra les exemples cités pour le notaire, l'architecte. La législation belge commercialise de manière explicite l'activité d'appoint. Ailleurs son caractère commercial résulte d'une interprétation de la jurisprudence ou de la doctrine (ex: Com. 14 janvier 1958, D. 1958-J-321). A noter dans les anciennes possessions belges, une certaine confusion entre les activités secondaires et accessoires (Rapport du Conseil Colonial, BO 1913, p. 766).

Dans la plupart des textes législatifs, on recourt à la notion d'habitude pour caractériser la profession commerciale (1). Il s'agit d'une redondance, indique la doctrine (2). Cependant, si la profession contient elle-même l'idée d'habitude, celle-ci n'implique pas nécessairement celle-là. La profession ne se confond ni avec l'habitude, ni avec la répétition d'acte. Comme le notent les auteurs le seul élément nécessaire et indispensable est l'accomplissement d'actes avec un mobile général unique de se procurer les moyens de son existence (3).

En pratique toutefois, la répétition et l'habitude des actes constituent des éléments non négligeables dans la définition de la profession commerciale. Et de fait, la profession n'implique-t-elle pas en général l'habitude et celle-ci ne révèle-t-elle pas au public l'existence de la profession?

La jurisprudence française fait parfois appel à la notion d'habitude pour caractériser le commerçant (4). En Belgique, n'est pas commerçant celui qui accomplit des actes de commerce à titre d'appoint mais de façon insuffisamment répétée pour qu'ils soient habituels (5).

Souvent la préoccupation d'appliquer les procédures collectives à un débiteur pour une meilleure sauvegarde des intérêts des créanciers conduira à qualifier de commerçant, celui qui se sera comporté comme tel sans en revêtir la qualité officielle. Apparaît dès lors une notion de commerçant de fait caractérisée sans doute par le nombre et l'importance des opérations-éléments d'habitude, mais aussi et surtout par l'idée de profession qu'elle contient (6).

(1) Sauf dans les anciennes possessions belges.

(2) RIPERT et ROBLOT, op. cit., t.I, 10e éd., n° 136.

(3) VAN RYN et HEENEN, op. cit., t. I, 2e éd., n° 325.

(4) Com. 9 novembre 1970, Gaz. Pal. 1971-I-126.

(5) Com. Gand, 28 octobre 1969, JCB 1970, 147.

(6) Paris, 13 janvier 1976, JCP 1977, II, 18576, Note Boitard; RTDC 1977, p. 74, commentaire A. Jauffret. Contra: RIPPERT et ROBLOT, op. cit., t. I, 10e éd., n° 137; HAMEL et LAGARDE, op. cit., t. I, n° 339 qui pensent qu'il n'y a pas profession. Comparer avec ARNAUDY, Le domaine d'application... Thèse, Toulouse 1971, p. 246; voir E. DE GAUDIN DELAGRANGE, op. cit., Rev. tunis. dr. 1965, p. 17 et 19.

Faut-il enfin attacher une importance au montant des revenus procurés ou à l'installation matérielle pour la détermination de la profession? Certainement pas; encore que ces éléments puissent constituer des indices de l'existence de la profession (1). Par contre, il est nécessaire que le commerçant exerce sa profession de manière indépendante.

C. L'EXERCICE DE LA PROFESSION A TITRE D'INDEPENDANT ET POUR SON COMPTE

La profession commerciale se caractérise par l'indépendance, par l'obligation faite au commerçant d'agir pour son propre compte, à ses risques et périls (2). Cela suppose que le commerçant non seulement tire de son activité des bénéfices mais aussi qu'il en supporte les pertes sur son patrimoine. Ainsi les locataires-gérants de fonds de commerce, la femme exerçant un commerce conjointement avec son mari, seront tenus pour des commerçants dans la mesure où ils exploitent leur entreprise en toute indépendance en assumant tous les risques sur leur patrimoine (3).

Par contre, celui qui exerce une activité commerciale pour autrui, celui qui se trouve dans un lien de subordination ou de mandat à l'égard d'une autre personne, ne peut pas avoir la qualité de commerçant. Il en est ainsi des dirigeants de sociétés commerciales, des employés et salariés qui posent pourtant les mêmes actes que les commerçants (4). De même les intermédiaires de commerce qui agissent au nom et pour compte de tiers ne sont pas des commerçants même s'ils peuvent agir en dehors de toute autorité du commettant (5). Trouvent leur place dans cette catégorie, les agents autonomes, les représentants de commerce, les voyageurs et placiers, les capitales de com-

(1) SAVATIER, op. cit., in Dix ans de conférence d'agrégation, Hommage J. Hamel, Dalloz, 1961, p. 6 et 7; RIPERT et ROBLOT, op. cit., t. I, 10e éd., n° 40.

(2) Il s'agit d'une condition élaborée par la doctrine et découlant de certaines décisions judiciaires. VAN RYN et HEENEN, op. cit., t. I, 2e éd., n° 326; Brux. 10 décembre 1958, JT 1958, p. 225.

(3) Brux. 9 février 1963, RPDB, complément V, V° commerce-commerçant; Cass. 28 mai 1965, Pas. 1965, I, 1048.

(4) Com. Gand, 13 septembre 1969, JCB 1971, p. 540.

(5) Cass. 26 novembre 1970, Pas. 1971-I-271.

merce, etc... (1). La tendance actuelle des législations est de les soumettre à un régime de contrat d'emploi ou de travail (2).

D. LA CAPACITE JURIDIQUE

Pour la sécurité juridique des tiers et la protection du débiteur le législateur soumet à des conditions particulières l'acquisition de la capacité juridique. Comme le commerce est considéré comme une activité dangereuse, il requerra pour son exercice des conditions de capacité encore plus restrictives que celles du droit commun.

Compte tenu de son degré de consentement, le postulant au commerce qui n'a pas la capacité juridique, ad hoc, peut être placé sous un régime d'interdiction ou celui d'autorisation. Dans l'un et l'autre cas, cependant, la qualité de commerçant ne peut être acquise lorsque l'exercice du commerce se fait en contravention de ces régimes, la validité des actes posés relevant d'un autre contexte et d'une autre analyse.

On imagine aisément l'ampleur des développements qu'entraînerait l'exploration des divers régimes organisés par les différentes législations comparées; d'autant plus que ces régimes peuvent allier les règles de droit traditionnel au droit écrit moderne en ce qui concerne aussi bien la capacité juridique ordinaire que celle de la femme mariée bénéficiaire souvent d'un régime particulier.

Retenons schématiquement pour les besoins de l'exposé que le majeur peut exercer le commerce sans condition restrictive de capacité et que, en revanche, le mineur d'âge non émancipé, l'aliéné interdit ou interné, le prodigue et le faible d'esprit ne peuvent être considérés comme commerçants pour les actes posés dans leur état. Le mineur émancipé, la femme mariée peuvent exercer le commerce en principe, mais ils doivent recevoir l'autorisation de l'autorité soit judiciaire soit familiale ou les deux à la fois ou éventuellement agir sous le contrôle de l'un d'eux.

(1) VAN RYN et HEENEN, op. cit., t. I, 2e éd., n° 384 et s.; DEL MARMOL et autres, RPDB, Complément, V, V° commerce-commerçant n° 139 et s.; RIPERT et ROBLOT, op. cit., t. I, 10e éd., n° 189 et s.

(2) Exemple loi belge du 30 juillet 1963 portant statut des représentants de commerce art. 2 établissant une présomption de contrat d'emploi.

Il convient en outre de signaler que contrairement au régime d'incapacité qui empêche l'acquisition de la qualité de commerçant, le régime d'incompatibilité ne l'altère pas. Le fait que l'activité commerciale soit, pour des raisons déontologiques, d'intérêt public ou d'assainissement professionnel, interdite à certaines professions n'empêche pas que celles-ci puissent lui être cumulées.

De même les déchéances en vertu desquelles certaines personnes en raison de leur manque de probité et d'honnêteté, se voient interdire l'exercice du commerce ne s'opposent pas à l'acquisition de la qualité de commerçant. Leur non respect n'entraîne que les sanctions spécifiques prévues par la loi bien qu'il puisse constituer dans certaines législations un cas de banqueroute (1).

Enfin pour des raisons de police commerciale, certaines législations limitent notamment l'accès à la profession à certaines catégories de personnes, les étrangers par exemple, ou exigent aux postulants de remplir certaines conditions particulières touchant par exemple à leur garantie de solvabilité (2). Toutes ces restrictions n'ont pas d'effet sur l'acquisition de la qualité de commerçant au sens du droit commercial. Elles n'empêchent pas notamment l'application de procédures collectives et le cas échéant les peines de la banqueroute.

Rattacher la notion de banqueroutier à celle de commerçant ne semble pas surprendre quand du domaine du commerçant on perçoit seulement les activités commerciales auxquelles on est familiarisé, par exemple le secteur des banques, de la distribution des biens et celui de l'industrie. L'intérêt de l'étude comparée de la liste des actes de commerce aura été d'indiquer que la notion de commerçant malgré son caractère variable, est plutôt envahissante. A l'hypothèse minimale de la notion de commerçant due notamment aux mêmes origines des divers droits examinés, il faut ajouter de nouveaux domaines comme ceux de la spéculation immobilière, de l'extraction des matières premières et de l'artisanat qui sont de plus en plus acceptés comme activités commerciales.

(1) Voir infra p. 462 et s.

(2) Exemples: Zaïre: loi n° 73/010 du 5 janvier 1973 instituant un régime d'agrément des petites et moyennes entreprises zaïroises (JO Zaïre, éd. Prov. n° 5 du 1er février 1973); Gabon: loi n° 772 du 5 juin 1972 réglementant le commerce gabonais (JO n° 36 du 1er novembre 1972, p. 885 à 887); Guinée: décret n° 514 du 21 novembre 1964 réglementant la profession commerciale en République de Guinée (JO Rép. Guinée 1er janvier 1965, p. 3 et 4).

L'offensive ne paraît pas isolée. Au contraire, il s'agit d'un courant qui tend à se généraliser dans les nouvelles législations. En cela, le droit reflète l'intrusion de la pratique des affaires dans tous les secteurs économiques de la vie acculant chaque producteur économique à adopter un comportement particulier, celui du commerçant. Seules les activités agricoles et libérales semblent résister à cette vague; mais le droit commercial pratique déjà quelques brèches dans ce secteur, du moment qu'il y a adoption d'une méthode d'exploitation commerciale.

Compte tenu de cette évolution, le recensement des personnes justiciables de la banqueroute par référence à la notion de commerçant, personne physique, inspire déjà une réflexion. Pour justifier l'extension de la répression aux non commerçants on a immédiatement en vue, non sans raison, le danger, le trouble social que l'insolvabilité des débiteurs civils peut entraîner dans l'actuelle société de consommation et par suite on propose le détachement de la banqueroute de la notion de commerçant. L'examen de la véritable étendue de la notion de commerçant appliquée à la personne physique remet en cause le raisonnement puisque à l'échelle de l'activité individuelle, la commercialité tend à englober la quasi totalité des importants utilisateurs du crédit, c'est-à-dire les entrepreneurs, les producteurs économiques. Sans doute, les consommateurs y ont également recours et le non-règlement de leurs dettes peut avoir de fâcheuses répercussions sur l'ordre socio-économique en général et en particulier sur la distribution du crédit. Néanmoins, celui-ci n'est pas chez le consommateur l'âme de "l'exploitation" comme chez l'entrepreneur. L'évolution actuelle de la commercialité tendant à correspondre aux véritables producteurs économiques, paraît donc consolider le maintien de la banqueroute dans son orbite.

La vaste étendue des activités commerciales n'est cependant qu'un domaine virtuel du commerçant, personne physique, celui-ci n'occupant qu'un secteur limité. Le développement des activités commerciales a engendré la création d'une autre catégorie de personne juridique plus active et plus efficace, qui occupe actuellement la plus grosse partie des activités c'est-à-dire la société commerciale ou plus exactement la personne morale commerçante. Peut-on envisager l'applicabilité de la banqueroute pour cette catégorie de débiteurs?

SECTION 2: NOTION DE DIRIGEANT DE PERSONNE MORALE COMMERCANTE
PUNISSABLE DE LA BANQUEROUTE OU D'INFRACTION ASSIMILEE

Lorsque le développement des activités humaines atteint un certain niveau, le besoin des ressources eu égard à l'importance des moyens à mettre en oeuvre, parfois même la volonté de ménager ses efforts, rendent nécessaire la participation de plusieurs individus à un même "projet". La structure sera efficace si le groupement parvient à une certaine autonomie, s'il acquiert à l'instar de la personne physique une vie juridique propre, indépendante de celle des associés, à laquelle peut éventuellement s'ajouter la limitation de leur responsabilité. C'est l'hypothèse de la création de la personne morale, personne juridique à part entière qu'on rencontre si fréquemment dans le commerce mais à laquelle on recourt également pour d'autres activités

Il existe de multiples raisons de s'associer. On peut mettre en commun ses ressources pour la réalisation et le partage des bénéfices; on peut avoir pour objectif la simple protection des intérêts des associés, le simple développement des activités des membres; on peut même avoir en vue le simple bien d'autrui.

Dans les droits belge, français et leurs dérivés, la réalisation et le partage des bénéfices furent perçus les premiers et pendant longtemps, en droit privé, l'activité en groupe fut exercée sous forme soit de société soit d'association, distinction binaire classique (1). Le développement des activités économiques élargit cependant l'idée de bénéfice et fit plus tard apparaître d'autres objectifs comme la recherche d'un avantage matériel, d'une économie voire d'un avantage patrimonial en même temps que la diversité des activités des personnes morales imposaient d'autres distinctions (2). A l'heure actuelle, les formes de groupement les plus importantes en droit privé sont la société, l'association et le groupement d'intérêt économique. Nous verrons à quelle condition elles doivent être considérées comme des personnes morales commerçantes pour répondre aux éléments d'identification du domaine d'application de la faillite et de la banqueroute.

(1) KAYSER cité par Y. GUYON, De la distinction des sociétés et des associations depuis la loi du 4 janvier 1978, Mélanges Kayser, t. I, Presses universitaires, Aix-Marseille 1979, p. 483-499, spéc. 483.

(2) A. VIANDIER, La notion d'associé, Paris, LGDJ 1978, Bibliothèque de droit privé, t. 156, p. 47 et s.

La détermination des personnes punissables des peines de la banqueroute au sein de la personne morale commerçante impose toutefois à cause de la structure de celle-ci, une démarche supplémentaire. A la suite du rejet par les droits comparés de la responsabilité pénale des personnes morales, il s'agit de désigner la personne physique responsable des faits de banqueroute commis au cours de l'activité de la personne morale et en l'occurrence déterminer parmi les mandataires et dirigeants sociaux, ceux qui seront passibles des peines de la banqueroute (1). Parfois la loi les désigne elle-même; dans d'autres cas, leur désignation se fera par plusieurs techniques notamment celle de l'imputabilité judiciaire.

Nous passerons d'abord en revue les notions générales de la personne morale commerçante, ensuite nous définirons le dirigeant de la personne morale passible des peines de banqueroute.

SOUS-SECTION 1: LA PERSONNE MORALE COMMERCANTE, NOTIONS GENERALES

Au cours de l'aperçu sommaire que nous ferons des notions essentielles de la personne morale commerçante, nous nous efforcerons de dégager d'abord les critères qui déterminent leur qualité de commerçant puis les conditions d'acquisition de la personnalité juridique, car seuls nous intéressent dans ce cas les groupements dotés de la personnalité morale dont la commercialité peut être envisagée de manière indépendante de la qualité des membres qui la composent (2).

§ 1. L'ACQUISITION DE LA QUALITE DE COMMERCANT PAR LE GROUPEMENT: CRITERE DETERMINANT

Les groupements de droit privé se divisent en général en deux catégories: la société et l'association; le droit français ajoute une sorte de catégorie intermédiaire: le groupement d'intérêt économique. Des diverses catégories, toutefois, c'est la société qui se prête le mieux à l'activité commerciale; encore que la qualité de commerçant découle positivement d'autres critères précis, l'objet social et la

(1) Y. HANNEQUART, Imputabilité pénale et dommages survenus aux personnes et aux biens à l'occasion des activités de l'entreprise, RDPC 1968-69, p. 426; G. KELLENS, La vulnérabilité... RPS 1970, p. 75.

(2) Dans les sociétés de personnes à responsabilité illimitée, il y a néanmoins une sorte de concurrence entre les associés et la société pour l'exercice du commerce, d'où leur qualité de commerçant découlant de leur caractère d'associé à responsabilité illimitée de la société.

forme. Ces critères, se superposant à la partition traditionnelle des groupements de droit privé, peuvent créer des chevauchements dans la qualification remettant en cause le but assigné en général à certains groupements.

Après avoir montré le caractère lacunaire et inopérant de la distinction société-association effacé par l'apparition du groupement d'intérêt économique, on découvrira les critères déterminants de la commercialité.

A. CARACTERE LACUNAIRE ET INOPERANT DE LA DISTINCTION SOCIETE-ASSOCIATION ET L'APPARITION DU GROUPEMENT D'INTERET ECONOMIQUE

Si les droits comparés s'accordent généralement pour définir la société comme une mise en commun de quelque chose en vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter (1) quelques divergences apparaissent du moins dans les termes de la loi sur la notion donnée à l'association, les législations belges et françaises comme celles de leurs anciennes possessions ne se servant pas des mêmes critères de distinction.

Selon la loi belge, l'association sans but lucratif, pour prendre le type d'association le plus courant, est celle qui ne se livre pas à des opérations industrielles ou commerciales ou qui ne cherche pas à procurer à ses membres un gain matériel (2). Dans les anciens territoires administrés par la Belgique, l'association semble avoir été prévue pour l'exercice d'une catégorie d'activités spécifiques avant qu'elle ne soit comme en Belgique réglementée de manière générale par le décret du 27 novembre 1959 (3). Pour le droit français

(1) Art. 1832 du code civil belge; même art. du code civil français, du moins avant la loi du 4 janvier 1978; art. 1 du D-L n° 111 du 15 janvier 1979 relatif aux sociétés commerciales au Burundi; art. 1832 du code civil colonial (anciennes possessions françaises); art. 1 du décret du 23 juin 1960 au Zaïre; art. 982 du dahir formant code des obligations du Maroc; art. 766 du code des obligations du Sénégal.

(2) Art. 1er de la loi du 27 juin 1921 accordant la personnalité civile aux associations sans but lucratif et aux établissements d'utilité publique (Mon. du 1er juillet 1921).

(3) Art. du décret du 27 novembre 1959, BORU 1960-p. 385; Pour le droit antérieur, consulter SCHMITZ, Organismes sans but lucratif, Nouvelles de droit colonial, t. II, p. 513. Notons que le Zaïre, par décret-loi du 18 septembre 1965 (codes Piron et Devos, suppléments 1970) a adopté une notion générale de l'association sans but lucratif. Tous ces nouveaux textes s'inspirent du droit belge.

et celui des anciennes possessions françaises, l'association est la mise en commun de quelque chose dans un but autre que le partage des bénéfices (1).

Si en vue d'un partage binaire des groupements de droit privé, les différentes définitions légales accusent déjà une assymétrie en diversifiant les critères de distinction, les praticiens, pour respecter cette distinction, seront amenés sous la pression des faits à privilégier une catégorie par rapport à une autre moyennant une interprétation toujours plus large du critère de rattachement de leur choix. Pour redresser cette situation, une autre structure, celle de groupement d'intérêt économique, répondant à d'autres objectifs que le but de lucre et l'activité désintéressée s'avèrera nécessaire.

En Belgique, comme dans ses anciennes possessions, deux conditions cumulatives énoncées par la loi de manière négative doivent être remplies pour la constitution d'une association sans but lucratif: l'absence d'activités industrielles ou commerciales et l'absence du but de lucre pour les associés (2); par suite sont en principe interdites à l'association sans but lucratif les activités aussi bien lucratives que commerciales ou industrielles, sauf si elles sont accomplies à titre accessoire (3).

Cependant, à la suite d'une interprétation extensive négligeant l'exigence de l'absence d'activités commerciales ou industrielles et privilégiant le but de lucre (4) la jurisprudence et la doctrine en vinrent à admettre qu'une association sans but lucratif accomplisse même à titre principal une activité commerciale si elle le fait sans esprit de lucre, tout en lui refusant en revanche l'exercice d'une activité principale avec un but de lucre, soit directement soit indirectement (5).

-
- (1) Art. 1 de la loi du 1er juillet 1901 rendu applicable Outre-Mer; art. 811 du code des obligations civiles et commerciales pour le Sénégal.
- (2) Art. 1 de la loi belge du 27 juin 1921; art. 1 du décret du 27 novembre 1959 au Rwanda et au Burundi; art. 1 D-L 18 septembre 1965 au Zaïre; DEMEUR, note sous cass. 30 décembre 1946, RCJB 1948, p. 45.
- (3) J. T'KINT, Associations sans but lucratif, Larcier 1979, n° 66, p. 44, tiré à part du Répertoire notarial Contra: A. BUISSERET, Association sans but lucratif Librairie Universitaire 5e éd. Louvain, 1967, p. 17.
- (4) J.C. SCHOLSEM, La notion de bénéfice dans le contrat de société, RPS 1969, p. 227. Comparer avec T'KINT, Les associations sans but lucratif, 1961, n° 101.
- (5) VAN RYN et VAN OMMESLAGHE, Examen de jurisprudence 1961-65, RCJB 1967, p. 278, idem, RCJB 1973, p. 320; T'KINT, Les activités lucratives exercées par les associations sans but lucratif, RPS 1958, p. 160.

Par ailleurs, la notion de but de lucre (1) donnant accès à la structure de la société dut s'élargir pour répondre aux besoins de l'activité en groupe en désignant sans doute le but de procurer un avantage matériel, mais aussi celui de réaliser une économie, d'éviter une perte, bref tout avantage matériel aussi bien positif que négatif procuré aux membres du groupement (2). Au terme de l'évolution, on accorderait à tout groupement à but économique la forme juridique de la société tandis que l'association reviendrait au groupement ayant pour objet des activités désintéressées ou extrapatrimoniales, des activités n'ayant pas de caractère ni économique, ni lucratif, sauf à titre accessoire (3).

A l'état actuel du droit belge cependant, une telle évolution de la notion de bénéfice trouvant sa ramification dans la notion de finalité économique ne s'est pas encore affirmée; le but de lucre demeure le critère de distinction entre la société et l'association: ce qui du point de vue de la commercialité peut engendrer des situations paradoxales lorsque, communément on attribue à l'association une activité non lucrative et par principe civile (4).

Par contre, en France comme dans les anciennes possessions françaises, la société est le groupement qui a en vue le partage du bénéfice; l'association par opposition a un but autre que le partage du bénéfice. Là aussi, cependant malgré un texte de base différent, la flexibilité de la notion de but de lucre sera mise à contribution pour acquérir à la société un champ de plus en plus large comprenant des groupements dont l'objet n'est pas l'accroissement du patrimoine mais

(1) Cass. 22 janvier 1952, Pas. 1952-9-286, avec les conclusions de l'avocat général GANSHOF van der MEERSCH; cass. 19 janvier 1973, Pas. 1973-9-493, note W.G.; RCJB 1974, p. 325 et s., note VAN RYN et HEENEN.

(2) J.S. SCHOLSEM, op. cit., RPS 1969, p. 223 et s.; p. 238.

(3) Il est surprenant à cet égard de renouer, par l'élargissement de la notion de bénéfice, avec le véritable esprit de la loi de 1921 qui voulait de manière explicite interdire à l'association sans but lucratif l'activité industrielle ou commerciale au même titre que l'activité lucrative.

(4) Ainsi, on s'interroge non sans raison sur la possibilité pour l'association de devenir commerçante. En droit belge = M. WOLFCARIUS, Les activités commerciales des associations sans but lucratif, RPS 1979, p. 205 et s. En droit français, O. SIMON, La commercialité de l'association du 1er juillet 1901, D.1977, chr. p. 153 et s.

uniquement une suppression ou une atténuation d'une perte (1), ceux qui ne distribuent pas de dividendes mais assurent aux associés la réduction du prix de revient ou l'amélioration des conditions de vente (2), ceux qui permettent aux associés la réalisation de leur idéal au meilleur coût (3) et même à la limite, ceux qui procurent la simple jouissance en excluant toute réalisation et partage de bénéfice (4).

Quant à la notion de partage, elle va de plus en plus perdre de son importance à mesure que le but de lucre s'élargit à d'autres concepts que le gain pécuniaire ou matériel ajouté à la fortune des associés (5) notamment la réalisation de l'économie (6).

A la vérité, l'activité associative ne se limite pas forcément à la double distinction société-association (7). Si on peut avec certitude qualifier d'association le groupement qui poursuit un but extra-patrimonial, dans les autres cas, la séparation société-association selon le critère du partage de bénéfice ou de la participation à l'économie ne donne pas toujours satisfaction (8). La raison en est qu'il existe au sein des groupements qui procurent un avantage patrimonial une catégorie pourrait-on dire intermédiaire dont l'objet principal n'est pas la recherche d'une économie ou la réalisation des bénéfices et qui ne peut pas être qualifiée d'association, une catégorie que le législateur français a eu en vue en créant le groupement d'intérêt économique (9).

-
- (1) Cass. com. 19 octobre 1959, JCP 1960-II-11432, note de Juglart; D. 1960, I, 205, note SAVATIER; groupement d'entreprises pour l'exécution en commun d'un marché de travaux publics afin de réduire les frais généraux.
- (2) Loi du 10 septembre 1947 sur les sociétés coopératives. Voir le commentaire de SAINT ALARY, *Eléments distinctifs de la société coopérative*, RTDC 1952, 485.
- (3) Fr. TERRE, *op. cit.*, *Mélanges R. Secrétan*, p. 331; *Création de la société civile de moyens par loi du 29 novembre 1966*, art. 36.
- (4) Les sociétés dites de multi-propriété citées par Y. GUYON, *op. cit.*, *Mélanges Kayser*, t. I, p. 491.
- (5) Arrêt Manigod, DP 1914-I, p. 257; HOUIN et BOULOC, *Grands arrêts de la jurisprudence commerciale*, 2e éd. 1976, n° 44. Voir Fr. TERRE, *La distinction de la société et de l'association en droit français*, *Mélanges R. Secrétan*, Montreux, 1964, p. 325.
- (6) L'évolution fut confirmée par la loi du 4 janvier 1978 en France. Sur la genèse cette loi: voir J. FOYER, *La réforme du titre IX du livre III du code civil*, RS 1978, p. 1 et s.; BEZARD, *Sociétés civiles*, Librairies techniques, Paris, 1979 p. 53, n° 102.
- (7) BEZARD, *op. cit.*, p. 77 et s., n° 155 et s.
- (8) Voir la classification des personnes morales de droit privé proposée par Y. GUYON. L'auteur, *op. cit.*, *Mélanges Kayser*, t. I, p. 486.
- (9) Ordonnance du 23 septembre 1967. Il existe aussi un projet belge = voir A. KUMPS et R. WITTERWULGHE et autres, *Le groupement d'intérêt économique*, colloque du 21 novembre 1975, Brux., Faculté St Louis.

Le groupement d'intérêt économique possède une finalité particulière: faciliter et développer l'activité des membres (1). Il est une structure de collaboration qui laissant les activités des membres intactes se situe au contraire dans leur prolongement pour les compléter. (2) Alors que les autres groupements s'identifient avec leurs propres intérêts, le groupement d'intérêt économique n'a pas de fins propres. Il est un moyen de développer des activités préexistantes, celles des individus ou celles des sociétés qui le composent.

Ainsi, en plus de la recherche du bénéfice ou de l'économie, la recherche de la rentabilité reçoit une structure juridique appropriée: ce qui semble indiquer qu'à côté de la société, il y a place à une autre structure juridique pour l'activité collective (3) dans le domaine économique en particulier.

Certes, mis à part le domaine des activités désintéressées, la personne recherche toujours dans un groupement un avantage. Mais celui-ci ne semble plus se caractériser uniquement par la réalisation directe d'un bénéfice même élargi à la recherche d'une économie. Il peut passer par une meilleure organisation, une meilleure rentabilité et même se limiter simplement à celle-ci. A ce stade, les moyens mis en oeuvre, la technique utilisée importerait davantage que le but recherché. La réalité de cette orientation est encore mise en évidence dans la détermination de la qualité de commerçant des personnes morales.

B. L'ACQUISITION DE LA QUALITE DE COMMERCANT PAR LA SOCIETE: CRITERES DETERMINANTS

L'adoption de la forme sociale ou plus généralement de personne morale pose, comme pour l'activité individuelle, le problème de la détermination de sa nature civile ou commerciale. Deux critères sont à cet effet utilisés: l'objet social et la forme. Toutefois, après avoir longtemps servi pour la distinction entre la société civile et la société commerciale, le critère de l'objet social est à l'heure actuelle presque partout supplanté par celui de la forme; il garde cependant des assises en Belgique et au Burundi.

- (1) J. GUYENOT, Les contracts de groupements d'intérêts économiques, Paris, LGDJ 1970, p. 25 et s.; Ch. LAVABRE, Le groupement d'intérêt économique, une expérience de liberté contactuelle, Paris, Librairies techniques, 1972, p. 9 et s.
- (2) M. HUYS et G. KEUTGEN, Le groupement d'intérêt économique, RPS 1971, p. 4-39, spéc. p. 20 et 25.
- (3) P. DURAND et J. LATSCHA, Le groupement d'intérêt économique, Paris, Librairies techniques, 1968, p. 115. Ce serait plutôt une structure auxiliaire: P. COPPENS, Avant-propos à l'étude de M. HUYS et G. KEUTGEN, RPS 1971, p. 2.

a. L'adoption du critère de l'objet social

Par objet social, on entend le genre d'activité de la personne morale, la nature des opérations où elle va chercher la source des bénéfices escomptés (1). On parle d'objet statutaire tel que les statuts le définissent (2); mais l'objet social peut désigner aussi le genre d'activité auquel la société se livre en fait, activité qui le plus souvent n'embrasse qu'une partie des opérations prévues par les statuts mais qui peut aussi les déborder (3).

Le critère de l'objet social pour distinguer les sociétés commerciales des sociétés civiles a cours en Belgique et au Burundi (4). De même qu'en France avant 1966, le critère est également pratiqué dans la plupart des anciennes possessions françaises qui, depuis leur indépendance, n'ont pas revu sur ce point la législation des sociétés (5). Le critère de l'objet est appliqué en France aussi pour la détermination de la commercialité du groupement d'intérêt économique (6).

L'adoption du critère de l'objet social paraît découler d'une rigoureuse logique. Par similitude avec le critère de la commercialité adoptée pour le commerçant personne physique, le choix en ce qui concerne la société se porte naturellement sur l'objet social par suite du principe de la spécialité de la personne morale.

(1) P. CORDONNIER, L'objet social, D. 1956, Chr., p. 171 et 178 spéc., p. 172.

(2) R. PHILIPS, De la nature civile ou commerciale des sociétés et particulièrement des sociétés à activités mixtes, RPS 1956, p. 1-22, spéc. 2 et 16; DEMEUR, Les sociétés devant la loi du 3 juillet 1956... RPS 1957, p. 22-31, spéc., p. 23. Si le droit belge ne tient compte que de l'objet repris dans les statuts on note cependant une évolution: selon la loi du 6 mars 1973, sont opposables aux tiers de bonne foi les actes de la société excédant l'objet social; ce qui est une façon de tenir compte des activités exercées (P. COPPENS, op. cit., vol. I, p. 286).

(3) P. CORDONNIER, op. cit., D. 1956, chr. p. 173 (principe en vigueur en France)

(4) Ailleurs il subsiste comme critère auxiliaire.

(5) LUCHAIRE, in Encyclopédie Dalloz, société V^o Territoires d'outre-mer 1959; C. LUSSAN, Législation des sociétés dans les territoires d'outre-mer et les territoires associés, Paris, AIDE, 1953; P. DECROUX, Le droit des sociétés dans le Maroc moderne, Casablanca, Revue marocaine de droit 1961.

(6) J. GUYENOT, Les groupements d'intérêt économique et le droit des sociétés commerciales, RS 1969, p. 475; G. GUYENOT, le caractère civil ou commercial d'un groupement dépend de la nature de son objet et non de la qualité de ses membres, JCP 1973-II-17508, note sous Orléans, 9 novembre 1972.

Toutefois, ce critère de fond n'en comporte pas moins des inconvénients; en témoigne la difficulté d'interprétation de certains objets statutaires en particulier ceux comportant des activités mixtes (1). Il risque par ailleurs de perpétuer les difficultés rencontrées pour la détermination de la commercialité de certaines activités de la personne physique alors qu'il apparaît de plus en plus clairement que l'utilité des règles commerciales se trouve au moins aussi justifiée par une certaine organisation et une méthode de gestion que par la nature de l'activité de la société (2); d'où l'intervention du critère de la forme pour déterminer la commercialité des sociétés en particulier dans les récentes législations des sociétés.

b. L'adoption du critère de la forme

Pour des raisons de sécurité et d'efficacité en matière commerciale, plusieurs droits choisissent de plus en plus le critère de la forme pour fixer le statut commercial des sociétés. Il s'agit d'un critère séduisant par sa clarté et sa simplicité: dès qu'une société adopte telle organisation ou plutôt se place sous tel statut déterminé, elle devient commerciale sans avoir égard à l'activité qu'elle mène (3).

Appliquée en particulier à certaines catégories de sociétés, (4) la règle peut cependant se généraliser pour couvrir toutes les formes de société. C'est à cette dernière formule que tendent les nouvelles législations (5) situées en particulier dans la tradition française. Le critère est également appliqué dans les anciennes possessions belges avant comme après leur indépendance (6), à l'exception du Burundi.

(1) R. PHILIPS, op. cit., RPS 1956, p. 15 et s.; L. FREDERICQ, op. cit., t. I, n° 56; VAN RYN et HEENEN, op. cit. 2e éd., n° 353.

(2) Affaire Société de panama à l'origine de la loi française du 19 août 1893.

(3) Le critère de la forme ne supprime pas entièrement celui de l'objet qui demeure valable pour la qualification des sociétés autres que celles visées expressément notamment les sociétés en participation, les sociétés de fait et les sociétés civiles pratiquant en fait une activité commerciale.

(4) Loi du 1er août 1893 modifiant l'art. 68 de la loi du 24 juillet 1867 et loi du 7 mars 1925, art. 3, toutes les deux rendues applicables outre-mer; le nouveau code de commerce tunisien a gardé la même distinction (art. 15). Il s'agit des sociétés qui adoptent la forme de société par actions et de société de personnes à responsabilité limitée.

(5) Loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés l'étend à la société en nom collectif et en commandite simple. Exemple suivi par le code de commerce algérien (art. 3, al. 3)

(6) Décret du 2 août 1913 (art. 3) sur les commerçants et les engagements commerciaux. Pour le Zaïre voir le décret du 23 juin 1960 non rendu exécutoire au Rwanda-Burundi.

En privilégiant, pour l'attribution de la qualité de commerçant, la forme adoptée par l'entreprise par rapport à l'activité exercée, on indique que les structures d'exploitation et la méthode de gestion commerciale requièrent l'application du droit commercial caractérisé par la souplesse, la sécurité et la protection du crédit. Si on considère en plus, l'importance de l'activité collective en forme de société dans le processus de production et de distribution des richesses, l'offensive de la commercialité par cette voie paraît irrésistible et on n'hésite pas de croire à une tendance vers une uniformisation du droit en matière d'activité en groupe (1).

On peut du reste se demander si la véritable question concerne la distinction de ce qui est civil ou commercial ou la correspondance ou non de règles s'imposant à un type de relations juridiques avec l'existence de structures appropriées au développement de l'activité économique. Ainsi, au lieu de céder au pseudo-résurgence du critère de l'objet, le critère de la forme reçoit au contraire un regain de forces non pour commercialiser nécessairement l'activité collective mais surtout en vue de l'application des règles adaptées aux impératifs économiques.

Certains auteurs proposent le concept d'entreprise qui, indépendamment de la nature des opérations effectuées constituerait l'objet d'un nouveau droit s'appliquant indifféremment aux commerçants et aux civils (2). C'est probablement la juste limite recherchée par le législateur français de 1967 en matière de procédure collectives et de banqueroute quand il a étendu celles-ci aux personnes morales non commerçantes en particulier à celles poursuivant un but lucratif ou une activité économique (3).

(1) Voir cependant, W. JEANDIDIER, L'imparfaite commercialité des sociétés à objet civil et forme commerciale, D. 1979, chr. p. 7-14, spéc. p. 13 et s.

(2) L. MAZEAUD, Vers la fusion du droit civil... in l'Unité du droit des obligations, Inchieste di diritto comparato, t. 3, Padoue 1974, p. 346; R. SAVATIER, Droit civil et droit commercial... ibid. p. 532. A. TUNC, L'unification interne du droit privé in l'Unification interne du droit privé, Cologne 1953, Paris, CNRS 1954, p. 107.

(3) Voir infra, livre III, titre I.

§ 2. EXIGENCE DE LA PERSONNALITE JURIDIQUE

L'activité en groupe ne comporte une originalité par rapport à l'activité de chaque personne participant au groupement que parce qu'elle s'exerce dans un cadre juridique particulier doté de la personnalité morale. Fiction, réalité ou technique juridique selon les discussions de la doctrine (1), l'unanimité se fait cependant sur les différents attributs de la personne morale et sur le fait qu'il lui est accordé une vie juridique quasi identique à celle de la personne physique même si on lui reconnaît un certain particularisme et que notamment elle ne peut exprimer sa volonté que par ses organes (2).

Cependant, s'agissant d'une création juridique, en somme quelque peu artificielle, l'existence de la personne morale répond selon les législations à des conditions spécifiques strictes touchant par exemple à la capacité alors que la personne physique est appelée naturellement à la vie juridique sans restriction. Son entrée et sa sortie de l'arène juridique méritent donc d'être précisées.

En effet, dès l'existence de la personne morale et jusqu'à sa disparition, l'intérêt juridique ne porte plus sauf transparence dans certaines structures, sur les membres la composant mais sur la nouvelle entité qui polarise désormais l'activité économique. Au-delà, en matière de banqueroute en particulier, cette existence posera le problème essentiel de la détermination de la personne soumise à la sanction. En revanche, chez les groupements qui ne sont pas dotés de la personnalité juridique, les règles de la faillite et de la banqueroute touchent chaque membre en particulier; ce qui rejoint l'hypothèse de la personne physique.

Nous analyserons successivement le droit belge, le droit français, le droit des anciennes possessions françaises et celui des ex-colonies belges.

(1) Voir MICHOU, Théorie de la personnalité morale, 3e éd. par Trotabas 1932, t. I, chap. I; GENY, Science et technique, t. III, p. 218. Voir le résumé des différentes tendances: Y. GUYON, Personnalité morale des sociétés, Jurisclasseur des sociétés 2, 1976, fascicule 26, t. III, n° 4 et s.

(2) DURAND, L'évolution de la condition juridique des personnes morales de droit privé in Le droit privé français au milieu du 20e s., Etudes offertes à G. RIPERT, 1950, t. I., p. 138 à 159, spéc. 141 et s. Voir COULOMBEL, Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé, thèse Nancy 1949; G. RIPERT, Aspects juridiques du capitalisme moderne, 1951, n° 30 et s., p. 73 et s.

A. LA PERSONNALITE JURIDIQUE D'UNE SOCIETE COMMERCIALE EN DROIT BELGE

En droit belge, sauf l'adoption des structures de l'association momentanée et de la société en participation, l'activité commerciale sous forme sociale s'exerce dans les cadres obligatoires (1) fixés par la loi et dans une structure toujours dotée de la personnalité juridique.

Certes, de ce que la loi belge sur les sociétés exige à peine de nullité la constitution de sociétés sous forme d'actes spéciaux et écrits, il a pu être déduit rapidement que l'apparition de la personnalité morale serait soumise à des formalités strictes à défaut desquelles la société n'aurait pas d'existence juridique (2); mais c'était confondre deux notions différentes, celle de la nullité (3) et de l'existence de la personne morale.

S'agissant de l'acquisition de la personnalité juridique, elle a lieu dès que le groupement satisfait aux conditions de fond ordinaires exigées pour la constitution de toute société et à l'existence d'un objet social portant sur des actes de commerce. Si ces éléments ne résultent pas d'un pacte social explicite ni écrit ni verbal, ils peuvent se déduire du fonctionnement même de l'entité commerciale.

Le législateur a organisé en effet un type de société dont les éléments essentiels à savoir la poursuite d'une activité commerciale sous une raison sociale expresse ou tacite constituent des conditions minimales pour l'exercice du commerce par une société, en l'occurrence, la société en nom collectif. Si les associés n'ont pas précisé le cadre obligatoire de leur activité leur groupement constituera une société en nom collectif, la société commerciale de droit commun (4) et un des cadres prévus pour l'exercice du commerce par la société. Par suite, il acquerra sa personnalité juridique.

(1) Art. 2 des lois coord. sur les sociétés; VAN RYN et HEENEN, op. cit., 2e éd., n° 356; VAN RYN et VAN OMMESLAGHE, Jurisprudence des sociétés commerciales, RCJB 1967, n° 30; Idem, RCJB 1973, p. 370.

(2) F. PASSELECQ, Les sociétés commerciales, Nouvelles droit commercial, t. III, n° 5774; cass. 5 juin 1953, Pas. 1953-I-774; Voir la synthèse de l'avocat général GANSHOF VAN DER MEERSCH sur ces opinions dans son avis précédent, Cass.- (chr. réunies), 17 mai 1968, RPS 1968, p. 149.

(3) A noter même dans ce cas, le net courant vers la reconnaissance de l'existence de la société tout au moins à l'égard des tiers de bonne foi et le rejet de l'effet rétroactif de la nullité, voir loi du 6 mars 1973 introduisant un art. 13 quater dans la loi sur les sociétés.

(4) P. VAN OMMESLAGHE, Les sociétés de fait, JT 1957, p. 711; F. VAN DEN MENSBRUGGHE, Des sociétés constituées sans écrit ou dont l'acte constitutif n'a pas été publié, RPS 1957, p. 105 et s.

Cette solution est constante depuis l'arrêt décisif de la Cour de cassation du 17 mai 1968 qui décide qu'une société commerciale jouit de la personnalité morale par le seul fait de son existence et de l'exercice du commerce (1). Il n'y a donc pas d'hyatus entre l'existence effective de la société et l'acquisition de la personnalité juridique.

B. LA PERSONNALITE JURIDIQUE D'UN GROUPEMENT COMMERCIAL EN DROIT FRANCAIS

Le droit français organise, en ce qui concerne l'apparition de la personnalité juridique, un système différent de celui du droit belge. Sans doute, exige-t-il de manière implicite que le groupement commercial soit constaté dans un écrit spécial contenant ses statuts; mais il accorde une importance particulière à la formalité de l'immatriculation au registre de commerce dont il fait dépendre l'octroi de la personnalité juridique (2). La société ou le groupement d'intérêt économique ne peut comme être juridique entreprendre d'activités avant l'immatriculation au registre de commerce.

Il ne s'agit pas comme en droit belge d'une simple preuve, d'une présomption mais d'une règle de fond de portée très générale. Les droits et obligations attachés à la personne morale ne peuvent être invoqués, à l'égard des associés et des tiers, qu'autant que la personne morale est immatriculée, sauf à examiner si l'apparence créée en fait, en l'absence d'immatriculation ne donne pas naissance à une société de fait (3).

Néanmoins, à cause de sa rigidité, le système peut être critiqué notamment dans l'hypothèse où le groupement qui a une existence effective n'a pas respecté la formalité de l'immatriculation. Peut-on, dans ce cas, lui reconnaître la personnalité juridique? Les termes de la loi sont explicites: le groupement est dépourvu de la personnalité

(1) Cass. 17 mai 1968, Pas. 1968-I-1074; RPS 1968, p. 149; cass. 28 juin 1968, Pas. 1968-I-1235; RPS 1969, p. 247; cass. 17 juin 1976, Pas. 1976-I-1124; RPS 1976, p. 189.

(2) Art. 5 de la loi française de 1966. C'est également le système en vigueur au Gabon depuis la loi n° 10-73 du 20 décembre 1973 (art. 2 et s.); art. 3 de l'ordonnance du 23 septembre 1967 en ce qui concerne le groupement d'intérêt économique.

(3) RIPERT et ROBLOT, op. cit., t. I, 9e éd., n° 235; HEMARD, TERRE, MABILLAT, Les sociétés commerciales, t. I, n° 152.

juridique (1) et par suite, le recours à la procédure collective contre lui devient impossible (2).

Il existe, pourtant, un certain nombre d'avantages à considérer le groupement comme une entité aussi bien pour l'acquisition de la qualité de commerçant (3) que pour la mise en oeuvre des procédures collectives et des sanctions pour... banqueroute (4). Il importe notamment d'éviter aux créanciers de devoir assigner chaque associé qu'ils peuvent ne pas avoir connu alors qu'ils ont traité avec la société.

Pour redresser la situation, la doctrine met en oeuvre des théories d'une inégale valeur. Selon la théorie de l'apparence, l'entité apparaîtra comme elle s'est présentée aux tiers qui en tireront pour la protection de leurs droits les conséquences juridiques qui s'imposent notamment l'application à la société des dispositions sur les procédures collectives (5). Le plus grand inconvénient de ce mécanisme réside dans l'exigence de la bonne foi des créanciers qui pourrait amener leur partition, division dont peut difficilement s'accomoder l'application des procédures collectives. Une autre théorie préconise en revanche de prendre en considération la personnalité morale de fait qui se reconnaît dès que dans un groupement il existe une volonté

-
- (1) Voir D. BASTIAN, La situation des sociétés commerciales avant leur immatriculation..., Mélanges Cabrillac 1968, p. 23 et s.; G. RIVES, Le sort des sociétés de fait, RTDC, 1969, p. 419 et s.; HEMARD et autres, op. cit., t. I, n° 151 et 153; GUYON, op. cit., Jurisclasseur des sociétés, fasc. 26, t. III, n° 27 et s.
- (2) J.F. MARTIN, La pratique du règlement judiciaire, liquidation des biens, faillites et banqueroutes, Paris éd. Delmas et Cie, 2e éd. 1972, n° 25 et 26; P. STRASER, Les personnes morales de droit privé... Thèse Strasbourg 1976, p. 162 et s., à propos du GIE; Voir HOUIN, Encyclopédie Dalloz, Rép. Sociétés, V° faillite. Règlement judiciaire... n° 70 et s., p. 206 et s.; Paris, 25 février 1972, D.1972, I, 525; DERRIDA, op. cit., Répertoire Defrenois 1969, n° 177, p. 203; BERR, Jurisclasseur des sociétés, fas. 193, n° 56 et s.
- (3) Exemple société à forme commerciale ayant adopté un objet social civil: ARNAUDY, op. cit., thèse, p. 144 et s.; voir aussi ARGENSON et TOUJAS, Règlement judiciaire et liquidation des biens, t. I, 4e éd. Paris, Librairies techniques 1973, p. 47.
- (4) ARGENSON et TOUJAS, op. cit., p. 47.
- (5) CALAIS - AULOY, Essais sur la notion d'apparence en droit commercial, Paris LGDJ 1959, p. 14 et s., n° 177 et s., p. 152 et n° 181. Pour la critique notamment: G. RIVES, Le sort des sociétés de fait, RTDC 1969, p. 427 et s.; HEMARD, Théorie et pratique des nullités des sociétés et des sociétés de fait, 2e éd., n° 306; TEMPLE, Les sociétés de fait, p. 340, n° 560.

et une expression collective et organisée (1). Elle a l'avantage de reconnaître même à l'égard des associés, l'existence d'une entité juridique dotée en fait des attributs de la personnalité morale. S'agissant de son éventuelle contradiction avec la règle de la soumission de l'acquisition de la personnalité juridique à la formalité de l'immatriculation, on doit relever qu'il n'est pas question de faire jouir pour l'avenir une société de fait de la personnalité morale mais de tirer certaines conséquences de cette dernière pour le passé (2).

Cependant, la force des arguments de la doctrine ne vient pas à bout des dispositions formelles de la loi. C'est pourquoi, en matière de procédure collective, la jurisprudence met en œuvre la notion d'exploitation en commun (3). Ainsi, en dépit de techniques différentes, le droit belge et le droit français se rejoignent pour rendre possible l'application de procédures collectives à des entités dont la formation et le fonctionnement ne sont pas en parfaite régularité. C'est un souci légitime, car leur insolvabilité ou leur cessation de paiements est le plus à craindre pour les créanciers.

C. LA PERSONNALITE MORALE DANS LES ANCIENNES POSSESSIONS FRANCAISES

Dans les anciennes possessions françaises, lorsque les conditions requises pour la formation d'une société commerciale sont remplies, l'entité est valable non seulement comme société mais aussi comme personne morale. Avant la dissociation, par la loi française de 1966 sur les sociétés, de l'existence de la société et de la jouissance de la personnalité morale en soumettant celle-ci à l'immatriculation au registre de commerce, la personnalité juridique coïncide avec l'existence matérielle de la société, en droit français alors en vigueur et dans les anciennes possessions françaises (4). Elle dérive

(1) Civ. 18 janvier 1954, D.1954-I-217; note Levasseur; ARNAUDY, op. cit., p. 251 et s. Voir cependant G. LAGARDE, Propos de commercialiste sur la personnalité morale. Réalité ou réalisme, Etudes A. JAUFFRET 1974, p. 429; Cl. CHAMPAUD, Les groupements et organismes sans personnalité juridique en droit commercial français in Travaux Henri CAPITANT, t. XXI, journées italiennes 1969, Paris Dalloz, 1974, p. 118.

(2) TEMPLE, op. cit., p. 342.

(3) Voir Com. 16 décembre 1978, D.1978-I-298, note TEMPLE; com. 12 janvier 1979, D.1979-IR-372 obs. Derrida; Trib. com. de Rennes, 13 janvier 1978, D.1979-IR-313.

(4) RIPERT, Encyclopédie Dalloz, droit commercial et des sociétés, v^o sociétés 1956, n^o 46 et s.; n^o 54 et s.; HOUPIN et BOSVIEUX, Traité général des sociétés civiles et commerciales, t. I, Paris, Sirey 1935, n^o 57; HAMEL et LAGARDE, op. cit., t. I, n^o 414 et 426.

du pacte social et naît en principe lors de l'adoption du contrat social par les associés ou lors de l'assemblée constitutive pour les sociétés de capitaux. Sauf l'association en participation, toute société commerciale a la personnalité morale et peut encourir comme entité juridique les mesures de liquidations collectives dès sa création (1).

Cependant, des doutes sur l'existence de l'individualité juridique peuvent apparaître après le fonctionnement de la société et même dès sa formation - soit que pour sa constitution, elle n'a pas respecté les prescriptions légales ou que le type de société est entaché d'un vice de nullité tenant au fond ou à la forme alors que les parties voulaient réaliser une entreprise collective, - soit que, alors qu'il n'a pas été dressé d'acte écrit ou même que l'intention des parties n'a pas été explicite, la société ne dérive que de la matérialité des faits. Dans la première hypothèse on se trouve devant une société de fait, dans la deuxième, devant une société créée de fait (2).

Le problème qui se pose dans ces cas est de savoir si, l'entité ayant périclité, les procédures collectives peuvent être appliquées contre la société irrégulière. En principe, la nullité étant rétroactive la société devrait être considérée comme n'ayant jamais existé et la poursuite ne s'engagerait que contre les associés pris individuellement. Ceux qui ont traité avec la société verraient leurs créances sociales s'évanouir ou au mieux entrer en concurrence avec les créanciers personnels des associés (3).

Pour remédier aux inconvénients de cette situation inacceptable et tenir compte des besoins de la pratique, la doctrine et la jurisprudence furent obligées de faire tour à tour application de la

(1) HOUIN, Encycl. Dalloz, droit commercial et des sociétés V^o faillite-règlement judiciaire n^o 16 et s.; LYON-CAEN et RENAULT, op. cit., t. VIII, 5e éd. 1936, n^o 1138 ter.

(2) LAGARDE, Encycl. Dalloz, droit commercial et des sociétés, V^o société de fait n^o 4 et s.; n^o 9 et s.

(3) LYON-CAEN et RENAULT, op. cit., t. VIII 5e éd., n^o 1141; PERCEROU et DESSERTAUX, Traité de droit commercial, t. 3, n^o 1162 et s.; LAGARDE, op. cit., V^o sociétés de fait, n^o 2 et s.

théorie des nullités (1) de celles de l'apparence (2) et de la personne morale de fait (3) au mieux des intérêts des créanciers, l'objectif étant d'appliquer aux sociétés de fait ou créées de fait comme entité juridique les procédures collectives.

D. LA PERSONNALITE JURIDIQUE DANS LES ANCIENNES POSSESSIONS BELGES

Nous exposerons d'abord le droit colonial qui demeure en application au Rwanda. Nous indiquerons ensuite les modifications intervenues au Zaïre et au Burundi qui ont chacune une nouvelle législation en matière de société.

a. Le droit colonial

L'acquisition de la personnalité juridique fut rigidement réglementée en droit colonial. L'article 1er du décret du 27 février 1887 stipule que les sociétés légalement reconnues conformément au présent décret constitueront des individualités juridiques distinctes de celles des associés (4). Ce sont par conséquent les formalités prévues dans ce texte, qui, si elles sont remplies, font acquérir à la société la personnalité juridique.

Il s'agit d'un acte écrit constatant le contrat de société et surtout du dépôt au greffe du tribunal de première instance. Pour la constitution des sociétés par actions à responsabilité limitée et les sociétés coopératives, il faut au préalable un acte d'autorisation du pouvoir exécutif (5).

La doctrine et la jurisprudence sont unanimes pour admettre que c'est le dépôt de l'acte de société qui fait acquérir la person-

(1) Il s'agissait d'accueillir les demandes en déclaration de faillite des créanciers sociaux quand aucun tiers, aucun créancier personnel des associés ne s'y opposait et à les rejeter dès que ces tiers intervenaient en temps utile. Cass. 26 février 1913, D.1914, J.p.105. Voir la critique de cette solution: LYON-CAEN et RENAULT, op. cit., t VIII n° 1141, HEMARD, op. cit., n° 499.

(2) et (3) Voir supra p. 120.

(4) Codes et lois du Congo belge par PIRON et DEVOS, éd. 1960, p. 284; voir pour le Rwanda: codes et lois du Rwanda par F. REYNTJENS et J. GORUS, Bruylant 1979, vol. I, p. 175.

(5) Art. 2 et 6 du décret du 27 février 1887. Le décret du 16 août 1949 a créé les coopératives indigènes. A remarquer qu'au Rwanda les sociétés coopératives sont des sociétés civiles. Voir loi du 22 novembre 1955 portant statut des sociétés coopératives (art. 1). JO de Rép. de Rwanda, 1er décembre 1966, n° 23, p. 233 et s.

nalité juridique; il constitue l'acte de naissance de la personnalité civile (1).

Ce formalisme pose le problème de l'existence d'une personnalité juridique dans les sociétés créées de fait et les sociétés de fait. Qu'advierait-il si une société ayant fonctionné sans avoir accompli les formalités nécessaires pour l'acquisition de la personnalité juridique vient à cesser ses paiements? Pourrait-on prononcer la faillite à son encontre ou faudra-t-il se résoudre à faire prononcer la faillite de chaque associé?

La réponse peut être cherchée dans l'article 4 décret précité de 1887. "La nullité résultant du défaut de dépôt ne pourra être opposée aux tiers par les associés" (2). Les tiers ont par conséquent un droit d'option entre l'existence et l'inexistence de la société. S'ils tiennent la société comme existante, ils requerront sa faillite; s'ils la tiennent comme inexistante, ils limiteront leur demande à la faillite des associés pris individuellement à la condition de prouver leur qualité de commerçant (3).

Cependant une majorité importante de la doctrine et de la jurisprudence coloniale a rejeté la possibilité de déclarer la faillite d'une société de fait parce qu'elle est dénuée de l'existence juridique; la société qui n'a pas de personnification juridique ne peut être propriétaire et on ne peut déclarer en faillite une personne qui n'existe pas (4).

- (1) VAN DAMME, Les sociétés coloniales in *Novelles, Droit colonial*, t. I, n° 84; T. HEYSE, A propos de publications des actes de sociétés commerciales, *Belg. col. et com. intern.* 1947, *Etudes et commentaires*, p. 663; L. GOFFIN, La personnalité juridique in A. SOHIER, *Droit civil du Congo belge*, t. III, Larcier 1956, p. 13; F. MARQUET, Contribution à la réforme des sociétés commerciales congolaises, *Belg. col. et com. intern.* 1947, *Etudes et commentaires*, p. 313-321, spéc. 315; Cl. PIRLOT, *Manuel de droit civil et commercial congolais*. Larcier 1959, p. 204; GANSHOF VAN DER MEERSCH, Avis précédent, *Cass.* 14 juin 1956, *JTO* 1956, p. 100, col. 3. A ne pas confondre avec la publication qui était sans effets à l'égard des tiers du moins avant cet arrêt de cassation du 14 juin 1956. Pour la jurisprudence consulter: Léo, 7 mai 1940, *RJCB* 1937, p. 148; *Elis.* 20 janvier 1940, *RJCB* 1940, p. 127.
- (2) La nullité comminée est une nullité de l'acte qui n'empêche pas la convention de produire ses effets: Léo. 27 février 1937, *RJCB* 1937, p. 148; Léo, 2 mars 1954, *JTO* 1958, p. 12, n° 8 contra 1 inst. Stan., 15 décembre 1956, *JTO* 1958, p. 12, n° 9. Il s'agit par ailleurs d'une nullité relative, voir Léo., 10 mai 1954, *JTO* 1960-61, p. 107; *Conclusions GANSHOF VAN DER MEERSCH* avant *Cass.* 14 juin 1956, *JTO* 1956, p. 100, col. 3.
- (3) Pour la critique de cette solution: Mario SPANDRE, Note sous App. RU 17 août 1954, *Belg. col. et com. intern.* 1955, *Jurisp.*, p. 284 et s.
- (4) VAN DAMME, *Faillites* in *Novelles de droit colonial*, t. IV, n° 242 bis; BELTJENS, *Faillite* n° 437, n° 123, 128; M. SPANDRE, Note sous App. RU 17 août 1954, *Belg. col. et com. intern.* 1955, *Jurisp.* p. 286 et 283; *Elis.* 20 janvier 1940, *RJCB* 1940, p. 127; Léo., 2 mars 1954, *JTO* 1958, p. 12.

Il n'est pas certain que la société de fait soit dénuée de l'existence juridique. Si on peut hésiter à lui reconnaître comme dans d'autres droits la personnalité morale de fait, il semble cependant que rien n'empêche de la déclarer en faillite en s'appuyant sur l'option accordée aux tiers par l'article 4 du décret de 1887. C'est en ce sens que décide un arrêt du tribunal d'Appel du Rwanda-Urundi du 17 août 1954: "si une association ne constitue pas une personne morale ayant une existence légale différente des deux associés, cette situation ne fait pas nécessairement obstacle à ce que l'association soit déclarée en faillite; les tiers qui ont ajouté foi à l'existence de l'association ne peuvent pas être préjudiciés par la faute des associés, ils peuvent poursuivre la faillite de l'association lorsque celle-ci a agi publiquement comme telle et sous une raison sociale..." (1).

Devant l'intérêt de la possibilité de déclarer la faillite d'une société de fait, il est à regretter que cette décision soit isolée. En effet pour la sécurité des transactions, il est indiqué que les tiers soient autorisés à poursuivre la mise en faillite d'une société de fait opérant en marge de la loi et à travers elle tous les associés qui seront tenus indéfiniment et solidairement envers elle. C'est la direction que semblent avoir prise les nouvelles législations du Zaïre et du Burundi en matière de société.

b. La personnalité juridique dans les droits du Zaïre et du Burundi

Dans leurs nouvelles législations sur les sociétés, le Zaïre et le Burundi ont déterminé limitativement les cadres légaux utilisables pour l'activité commerciale en groupe. En dehors de ces cadres, aucune société commerciale ne peut jouir de la personnalité juridique.

Cela signifie que dès l'instant où une entreprise faisant du commerce répond à la définition de l'une des sociétés prévues, elle devient une société commerciale jouissant de la personnalité morale et possède tous ses attributs (2).

(1) App. RU 17 août, RJCB 1954, p. 330 et la note X.

(2) Pour le Zaïre, al. 2 de l'art. 1 du D. de 1887 résultant de l'art. 2 du Décret du 23 juin 1960. Pour le Burundi, art. 2 du décret-loi du 15 janvier 1979 relatif aux sociétés commerciales.

L'exigence de l'acte spécial et du dépôt des statuts et la publication concerne l'opposabilité aux tiers et n'affecte pas comme telle l'existence de la personnalité juridique (1).

Il semble par conséquent qu'il n'existe pas, dans ces deux pays, de sociétés commerciales à qui ne serait pas reconnue la personnalité juridique. La société qui fonctionnerait sans avoir de statuts ou sans préciser dans les statuts la forme qu'elle adopte se verrait contrainte d'épouser l'une des qualifications imposées par la loi. Ce sera généralement la société en nom collectif, société commerciale de droit commun (2) à qui la faillite pourrait s'appliquer sans difficultés.

* *

*

De ce rapide tour d'horizon, il apparaît que les droits comparés se préoccupent d'appréhender l'activité commerciale exercée en groupe comme une entité juridique pour la plus grande protection des créanciers. Que la personnalité morale invoquée au moment de prospérité ne soit pas brusquement reniée en période de difficulté semble être une question d'équité. Il n'est pas en effet indifférent que la faillite (3) ou la banqueroute s'adresse aux membres du groupement ou au groupement en tant que personne morale.

En matière de banqueroute notamment, la personnalité juridique de la société, malgré sa transparence peut déplacer certaines responsabilités des associés aux représentants sociaux; d'autant plus que le gérant ne doit pas être nécessairement un associé (4). En revanche certaines incriminations seraient plus facilement envisagées à charge des associés dans un commerce à titre individuel que dans un commerce

(1) Pour le Zaïre: art. de l'ordonnance-loi du 19 septembre 1965, voir codes PIRON, Supplément 1970, fasc. I, p. 50. Pour le Burundi, alinéa 2 de l'art. 8.

(2) Comparer avec la solution de droit belge après la Cass. 17 mai 1968 supra p. 395 et s. Voir art. 14 de lois sur les sociétés commerciales telles que modifiées par le décret du 23 juin 1969. Voir codes PIRON, Supplément I, 1970, p. 51.

(3) Brux. 17 mai 1978, JCB 1979, p. 120. Voir cependant Cass., 21 mai 1968, Pas. 1968, I, 1097 qui décide que la faillite sociale bien que distincte de celle des associés ne forme qu'avec celle-ci une seule masse.

(4) Liège, 22 janvier 1975, RPS 1976, p. 192; Liège, 24 juin 1976, RPS 1976, p. 199; Cass. 17 juin 1976, Pas. 1976, I, 1124; 1976, p. 696; P. COPPENS et F. T'KINT, Faillites et concordats, Examen de jurisprudence, RCJB 1979, p. 305 et s. Comparer les effets en droit français: A. BESSOU, La banqueroute en matière de société Thèse, Paris, 1965, p. 62.

en groupe doté de la personnalité juridique (1). Si le gérant est un associé, il pourra être condamné du fait des fautes et négligences de la société alors qu'elles ne se rencontreraient pas dans son commerce personnel.

Par ailleurs, il convient de noter qu'en matière de société commerciale, l'être moral survit pour les besoins de sa liquidation (2). Cela signifie qu'aussi longtemps que la société n'est pas complètement liquidée, elle peut être mise en faillite et ses dirigeants encourir éventuellement les sanctions de la banqueroute.

En matière de banqueroute cependant, le groupement commercial n'est qu'un cadre. La sanction pénale ne touchant en ce domaine que la personne physique, il convient de déterminer ceux qui parmi les dirigeants encourront les peines de la banqueroute dans le cas d'actes répréhensibles du groupement.

SOUS-SECTION 2: NOTION DE DIRIGEANT DE PERSONNE MORALE COMMERCANTE, AUTEUR DE LA BANQUEROUTE OU DE DELITS ASSIMILES.....

Lorsqu'on retient que l'obligation de respecter la loi et les règlements s'impose aussi bien aux êtres physiques qu'aux êtres moraux (3) la catégorie de commerçants personnes morales justiciables de la faillite pose le problème de la détermination de la personne qui, s'il échec, encourra la banqueroute. En effet, il serait paradoxal que des groupements de personnes physiques puissent commettre impunément des actes qui seraient punis s'ils étaient commis par des individus isolés (4). Agissant pour son commerce et étant elle-même faillie, la personne physique commerçante prend directement sur elle la responsabilité des faits de banqueroute. Qu'en sera-t-il dans la structure de la personne morale commerçante?

(1) Exemple des dépenses personnelles, voir infra.

(2) Art. 391, al. 2 de loi de 1966 sur les sociétés en France; art. 178 des lois coordonnées sur les sociétés en Belgique. Voir BASTIAN, La survie de la personnalité morale de la société pour les besoins de la liquidation, Rev. soc. 1937, p. 1 et 65; GAVALDA, La personnalité morale des sociétés en voie de liquidation, Etudes HAMEL, p. 253; cass. civ. 27 janvier 1958, Gaz. Pol. 1958-I-102; Paris 13 mars 1979, D. 1980-IR-161, obs. Bousquet; P. COPPENS et T'KINT, Faillites et concordats, RCJB 1979, p. 306 et s.

(3) C'est l'une des prémisses de la motivation de la cour de cassation de Belgique quand elle condamne les dirigeants sociaux des peines de la banqueroute.

(4) A. BESSOU, La banqueroute en matière de sociétés, thèse, Paris, 1965, p. 175.

On pourrait penser dès l'abord à mettre directement en cause la personne morale elle-même faillie ou en cessation de paiement. Cependant, outre le désaccord existant sur le principe même de la responsabilité pénale des personnes morales (1), il semble malaisé de prévoir à charge de la personne morale déjà en difficulté, un régime pénal supplémentaire alors que le droit de la faillite a précisément pour but de remédier à cette situation difficile pour l'intérêt général, celui de l'entreprise et des créanciers (2).

En réalité, ainsi qu'il va être démontré, en matière de banqueroute, la responsabilité de la personne morale elle-même n'est pas concernée dans la mesure où il est rare que les agissements frauduleux ou fautifs lui soient directement attribués et que la violation de la loi est à imputer moins à la personne morale agissant par ses organes qu'aux organes ou dirigeants sociaux eux-mêmes (3).

La désignation à la sanction pénale s'observera plutôt à l'égard des personnes responsables des faits de banqueroute. Elle peut être envisagée de deux façons: le législateur peut prévoir des incriminations spécifiques à charge de personnes qu'il désigne lui-même. Il s'agit dans ce cas des infractions particulières qui "sont punies directement dans le chef des dirigeants, sans le truchement de la personne morale dont ils répondent" (4) et qui ne peuvent avoir que des similitudes avec la banqueroute (5). A défaut de cette incrimination spéciale, les cours et tribunaux peuvent rechercher à travers la personne morale les vrais responsables des faits de banqueroute, c'est-à-dire ceux qui auraient dû agir pour que la matérialité de l'infraction ne vienne à l'existence et les vouer à la sanction pour banqueroute (6).

Après avoir analysé l'un et l'autre système, nous essayerons de dégager en guise de conclusion leurs avantages et inconvénients.

(1) E. TROUSSE, Sanctions pénales et personnes morales, RDPC 1975-76, p. 721-724 et références citées; LEVASSEUR, Sanctions pénales et personnes morales, RDPC 1975-76, p. 712; P. DELATTE, La question de la responsabilité pénale des personnes morales en droit belge, RDPC 1980, p. 191-223; W. CARSAU, La question de la responsabilité pénale des personnes morales, une thèse différente, RDPC 1980, p. 475-478, R. SCREVENNS, Les sanctions applicables aux personnes morales dans les Etats des communautés européennes, RDPC 1980, p. 163 et s. Voir les interventions au colloque de l'ADLV de 1982, An. dr. 1983, p. 59-72.

(2) G. KELLENS, op. cit., RPS 1970, p. 75.

(3) Voir VAN RYN et VAN DMMESLAGHE, op. cit., RCJB 1967, p. 312.

(4) KELLENS, op. cit., mémoire Liège 1970-71, p. 145.

(5) HOUIN, Encyclopédie Dalloz, Droit commercial et des sociétés, V^o faillite... 1971, n^o 535.

(6) Y. HANNEQUART, Imputabilité pénale et dommages survenus aux personnes et aux biens à l'occasion des activités de l'entreprise, RDPC 1968-69, p. 413.

§ 1. SYSTEME DE L'INCRIMINATION SPECIALE: DE LA FORMULE DE
"MANDATAIRE SOCIAL" AU DIRIGEANT DE FAIT -----

L'organisation de la répression des dirigeants sociaux en matière de faillite est apparue en France après la crise économique de 1930 (1). Elle fut étendue ensuite dans la plupart de ses anciennes possessions (2) sauf au Maroc et dans une moindre mesure en Tunisie (3). On la retrouve également dans les anciennes possessions belges (4).

Pour la simple raison qu'ils ne pouvaient pas être mis en faillite, les mandataires sociaux étaient avant le décret français de 1935 à l'abri de poursuites pour banqueroute alors que les mêmes agissements pouvaient comme aux commerçants personnes physiques leur être reprochés (5). Il s'imposait qu'une telle inégalité de traitement soit nivelée puisque la faillite sociale à l'instar de la faillite du commerçant individuel pouvait être aggravée par leurs agissements.

Cependant, au lieu de leur appliquer le régime de la banqueroute prévu pour les commerçants personnes physiques, le législateur français en métropole comme en colonie, de même que le législateur colonial belge, instaura à leur charge des incriminations spécifiques. Sans doute s'agit-il des infractions assez proches de celles dont se rendent coupables les commerçants individus: assimilation d'autant plus grande que les conditions de faillite nécessaires pour le constat de la banqueroute doivent être réunies dans le chef de la société; mais elles sont spécifiques à la vie sociale et leurs auteurs passibles des peines de la banqueroute sont, sous réserve de la notion de mandataire social, énumérés de manière restrictive (6).

 (1) Décret-loi du 8 août 1935, D.P. 1935-4-p. 217

(2) et (3) Décret du 3 septembre 1936, Recueil Penant 1937, III, p. 126 et s. En Tunisie, le décret-loi de 1935 était applicable devant les juridictions françaises seulement. Pour l'applicabilité des dispositions de la banqueroute dans les anciennes possessions françaises, voir supra historique

(4) Décret du 20 avril 1935 ; en droit belge une disposition exceptionnelle prévoit à charge des dirigeants d'une société anonyme les peines de la banqueroute simple (art. 576 du C. com. belge).

(5) Fr. GOYET, La protection de l'épargne et les dispositions pénales des décrets-lois des 8 août et 30 octobre 1935, RSC 1936, p. 342.

(6) Sur la question voir HOUIN, Encyclopédie Dalloz, Droit commercial et des sociétés, 1971, V^o faillite-règlement judiciaire-liquidation des biens, n^o 535 et les références doctrinales et jurisprudentielles citées.

Des formules toujours améliorées au fil de l'évolution furent à cet égard trouvées pour désigner les auteurs des infractions assimilées, le souci évident du législateur étant de toucher les véritables auteurs des faits qui aggravent la faillite sociale. Elles seront groupées en deux catégories: la formule de mandataire social résultant du décret-loi français de 1935 et toujours en vigueur dans un bon nombre d'anciennes possessions françaises et les formules utilisées par les nouvelles législations africaines à l'imitation de celle introduite en France par la loi du 13 juillet 1967.

A. LA FORMULE DE MANDATAIRE SOCIAL DU DECRET DE 1935 EN AFRIQUE EX-FRANCAISE ET L'ENUMERATION DES ANCIENS TERRITOIRES BELGES

Selon la formule du décret-loi français du 8 août 1935 et utilisée dans la plupart des anciennes colonies françaises (1), peuvent être frappés des peines de la banqueroute les administrateurs, directeurs ou liquidateurs d'une société à responsabilité limitée et d'une manière générale les mandataires sociaux. Dans les anciennes possessions belges en revanche, les auteurs des délits assimilés sont énumérés de manière limitative (2).

Bien qu'il soit intéressant de scruter chaque type de société pour indiquer dans chaque cas les dirigeants responsables (3), il semble plus opportun dans cette étude de suivre les efforts du législateur en vue de soumettre à la loi pénale tous les dirigeants auteurs de la banqueroute. On découvrira, à cet égard, que malgré son apparente généralité, la formule de mandataire social reste de portée assez limitée, controversée dans la mise en cause d'une certaine catégorie de dirigeants de société, inadéquate en matière d'imputabilité de dirigeants de fait.

(1) Etendue par le décret du 3 septembre 1936. Voir supra pour les dispositions en vigueur dans les anciennes possessions françaises.

(2) Cette limitation était d'autant moins justifiée qu'à l'époque du décret, il n'existait pas de cadres sociétaires obligatoires pour l'exercice du commerce et que sauf la société par actions et la société coopérative, aucun autre type de société commerciale n'était doté par le législateur d'une organisation tant soit peu sommaire. Il n'empêche que l'analyse faite du système français est ici également valable; car le but est d'atteindre les véritables auteurs de la banqueroute.

(3) A. BESSOU a déjà effectué ce travail dans sa thèse: La banqueroute en matière des sociétés, 1965, p. 177 et s.

a. Contenu de la formule "mandataire social" et l'imputabilité du "dirigeant de droit"

.....

Malgré l'opinion qu'on peut avoir sur la nature de la personne morale, personne ne conteste le fait que cet être juridique agit et exprime sa volonté par le truchement de personnes physiques. Ce sont celles-ci qui agissant dans la limite de leurs compétences, engagent la responsabilité de l'être moral; elles créent des droits et des obligations à sa charge. Pour fonder une telle responsabilité, on a eu recours à la notion du mandat: les êtres physiques représenteraient l'être moral et accompliraient sa volonté; ils agiraient en son nom et pour son compte.

La formule de mandataire social utilisée pour désigner les responsables des faits de banqueroute commis lors de la faillite sociale n'est cependant pas juridiquement correcte (1). En effet, les dirigeants sociaux expriment la volonté du groupement qui ne peut agir que par eux (2). Il y a véritable identité entre les dirigeants et la personne morale qu'ils représentent. L'organe n'est pas détaché de la personne morale: il est pour ainsi dire la personne morale (3).

Cela étant, l'idée de mandat ou de représentation reflétée par la formule de mandataire social se traduit néanmoins en matière pénale (4) par la capacité pour le dirigeant de poser des actes juridiques au nom de la société et qui engagent cette dernière. Le mandataire social est celui qui est investi des pouvoirs de direction par les associés ou les actionnaires, celui qui a la signature sociale (5), à l'exclusion des préposés et exécutants qui n'ont aucun pouvoir à l'égard des tiers. Il s'en suit que la responsabilité pénale incombe avant tout aux organes de représentation de la société, ceux ayant un pouvoir de gestion (6). L'énumération en est faite du reste par

(1) A. BESSOU, op. cit., p. 175 et 188.

(2) RIPERT et ROBLOT, op. cit., t. I; 10e éd. 1980, n° 695 et s.; A. BESSOU, op. cit., p. 174 et s.

(3) MAZEAUD et TUNC, Traité de la responsabilité civile, t. II, p. 694; en droit belge: P. COPPENS, op. cit., t. I, p. 293.

(4) Voir cependant infra notions d'imputabilité plus correcte que celle d'organe.

(5) A. BESSOU, op. cit., p. 176.

(6) J. ESCARRA et RAULT, op. cit., t. IV, n° 1684 et 1712.

la loi (1).

b. Notion de mandataire social et controverse sur la mise en cause de la catégorie des "dirigeants" salariés

Gérants de société à responsabilité limitée, administrateurs et directeurs de société anonyme, liquidateurs, l'énumération du décret-loi français de 1935 évoque d'emblée les dirigeants de société, titulaires de mandat général, ceux qui ont reçu les pleins pouvoirs de gestion de l'organe suprême de la société à savoir l'assemblée des associés ou des actionnaires. Cependant, la complexité des tâches de gestion, en particulier dans les sociétés d'une certaine importance, peut entraîner une délégation de certaines compétences à d'autres personnes, notamment parmi le personnel de cadre, avec une réelle autonomie de décision dans le secteur qui leur est confié. Il en est souvent ainsi des directeurs financiers pour faire fonctionner les comptes en banque ou d'autres directeurs techniques par exemple pour l'approvisionnement, la production et la vente, dès lors que leur est dévolue la compétence d'engager la société envers les tiers.

Cette situation, tout à fait compatible avec un fonctionnement normal de la société, la plénitude des pouvoirs de gestion restant aux mains de la direction, pose la question de savoir si d'autres personnes que celles nanties du mandat général peuvent répondre pénalement des faits délictueux commis dans la gestion sociale; en particulier, cette catégorie de préposés titulaires de procuration (2) et bénéficiaires de réelles compétences de direction peut-elle craindre une prévention de délits assimilés à la banqueroute et à l'inverse, cette délégation peut-elle être élisive de responsabilité pénale à l'égard des organes sociaux?

(1) ROUSSELET et PATIN, Délits et sanctions dans les sociétés par actions, 1938, p. 324, n° 421; RIPERT, Répertoire de droit commercial et des sociétés, Paris 1956, V° Banqueroute n° 25.

A la liste de la loi, on peut ajouter les membres du directoire d'une société anonyme, les liquidateurs et administrateurs de toute société commerciale. Pour les membres du conseil de surveillance: HOUIN, Encycl. D. des sociétés 1971 Vis Faillite... n° 545; A. SOLAL, note sous Paris, 8 janvier 1975, Gaz. Pal. 1976.I.Jurisp. 71 et s. Pour une liste complète voir A. BESSOU, thèse précitée.

(2) L'exigence de procuration pourrait même être supplantée par l'exercice effectif du pouvoir de gestion dans les hypothèses envisagées plus loin de dirigeant de fait et de notion d'imputabilité.

En matière pénale où la loi s'interprète restrictivement, la réponse dépend du contenu du concept de mandataire social, encore que, pour une bonne justice répressive, l'on doive se préoccuper d'imputer les faits à ceux qui en sont véritablement responsables.

Or, il ne semble pas qu'en visant les mandataires sociaux, le législateur ait voulu limiter la répression aux seuls titulaires de mandat général pour la gestion des affaires sociales. Bien au contraire, au-delà des dirigeants énumérés, le décret français de 1935, en vigueur outre-mer, s'étend à "tous les mandataires sociaux". Cette formule permet d'inclure parmi les dirigeants sociaux, "les mandataires qui n'auraient reçus des associés ou des actionnaires que des pouvoirs limités à certaines catégories d'affaires" (1) et même, selon certains auteurs (2), de manière générale, ceux qui ont reçu des organes compétents, une délégation de pouvoirs suffisamment étendus pour engager de manière autonome la société à l'égard des tiers.

Dans une interprétation trop restrictive de la qualité de mandataire social, la cour de cassation française ne souscrivit néanmoins qu'à l'imputabilité des dirigeants qui avaient reçu "de la société les pouvoirs de gérant ou de mandataire social" (3). En censurant des arrêts dont le motif de condamnation était d'avoir "assuré en fait les fonctions de gérant, de directeur et de mandataire social" (4), elle s'est orientée vers l'assimilation de la notion

(1) ROUSSELET et PATIN, Délits et sanctions dans les sociétés par actions, Paris, 1938, p. 329, n° 421; LYON-CAEN et RENAULT, Traité de droit commercial, t. VIII, n° 1220 ter.

(2) J. ESCARRA et RAULT, op. cit., n° 1712; TOUFFAIT et HERZOG, op. cit., J.C.P. 1959-I-1473, n° 40. Nous approuvons cette thèse: il n'est pas indispensable que la délégation émane directement des associés; elle peut l'être des mandataires sociaux.

(3) Cass. crim. 17 octobre 1957, Recueil Sirey 1958-I-225, note DECHEIX; aussi cass. crim. 24 octobre 1957, Bull. crim., 1957, n° 673.

(4) Yaoundé, 16 janvier 1957, cassé par crim. 17 octobre 1957 précité.

de mandataire social à celle, sinon de représentant légal, en tout cas de titulaire d'une délégation de pouvoirs des associés (1), à l'exclusion de tout autre délégataire, même détenteur d'une procuration du gérant en titre (2). Son exigence est, à ce stade de l'évolution (3), l'exercice d'un mandat de direction reçu des associés ou des actionnaires: une interprétation sans doute conforme à la qualification du mandat en matière civile (4) mais moins catégorique dans d'autres domaines (5) comme en matière pénale.

Par contre, pour une bonne partie de la doctrine, la formule de mandataire social désignerait les dirigeants, représentants de la société. Certains auteurs (6) vont en effet jusqu'à qualifier comme tels les dirigeants qui ne tiennent pas directement leur pouvoir des associés ou des actionnaires, l'élément essentiel étant la représentation ou la société à l'égard des tiers.

-
- (1) Voir cass. crim. 9 mars 1966, J.C.P. 1967-II-14944, note N. BERNARD.
- (2) Yaoundé, 16 janvier 1957 précité. Il est vrai qu'en la circonstance, la procuration générale qui fut abusivement exploitée dépasse l'hypothèse de délégations particulières.
- (3) A la base de cette solution, se trouve l'idée que la souveraineté du pouvoir appartient à l'assemblée des associés ou des actionnaires, que les dirigeants sont des mandataires alors qu'à la vérité ce sont des organes. Comparer en droit belge, l'éclosion laborieuse de la notion d'imputabilité.
- (4) Il est en effet malaisé de soutenir que le mandataire du mandataire soit le mandataire du premier mandant: P. DECHEIX, note sous cass. crim. 17 octobre 1957, Recueil Sirey 1957-I-p. 226.
- (5) L'annotateur de crim. 17 octobre 1957 précité, invoque l'analogie du droit commercial qui se fie à l'apparence sans chercher à connaître la réalité des faits. Sans doute; mais il paraît plus adéquat de rechercher la qualité d'organe chez les bénéficiaires de procuration et encore mieux, celle de dirigeant à qui les faits délictueux peuvent être imputés: la réalité morale à la rencontre de la réalité commerciale.
- (6) P. DECHEIX, note sous cass. crim. 17 octobre 1957 précité; TOUFFAIT et HERZOG, op. cit., J.C.P. 1959-I-1473, n° 40; ESCARRA et RAULT, op. cit., n° 1712, BESSOU, op. cit., p. 181 et s.

Il sied, en effet, de ne pas perdre de vue l'objectif de la loi. Si une interprétation fondée sur le contrat de mandat paraît admissible dans l'hypothèse où il s'agirait de protéger la société elle-même contre un éventuel abus de confiance du dirigeant, elle s'impose moins si l'incrimination est, comme en matière de banqueroute, motivée par la protection des tiers et du public en général. Il s'agit, en l'occurrence, comme pour le commerçant personne physique de punir ceux qui, par leur gestion malhabile ou malhonnête, ont compromis par la faillite sociale les droits des créanciers et la sécurité des transactions. L'idée essentielle drainée par le concept de mandataire social paraît être l'existence d'un pouvoir de gestion, étant entendu que le bénéficiaire de procuration "engage sa seule responsabilité pénale pour les actes qu'il accomplit au nom de la société" (1).

On peut donc admettre, sous le régime du décret de 1935, l'imputabilité des "dirigeants" salariés dès lors qu'ils seraient investis de pouvoirs de gestion par l'organe compétent, l'assemblée des associés sans aucun doute, mais aussi les mandataires sociaux. La qualité de salarié, préposé, subordonné n'est pas, dans ces circonstances, un obstacle dirimant à l'exercice d'un certain pouvoir de direction. Une importance capitale doit, à cet égard, être attachée à l'étendue réelle des pouvoirs délégués. C'est l'analyse de la gestion concrète qui la révélera; car, à la limite, même le contremaître détient une certaine compétence de décision. S'agissant souvent de personnel de cadre, dont le lien de subordination à l'égard des dirigeants est déjà lâche, il convient d'être circonspect sur l'acquisition de la qualité de dirigeant. Paraît, en effet, déterminante l'existence d'un pouvoir de décision autonome, une véritable compétence de direction, encore que d'ordre sectoriel, l'exercice d'un pouvoir "propre" malgré la présence d'un dirigeant légal ou statutaire, même actif (2). Si la banqueroute est une infraction de gestionnaire,

(1) BESSOU, op. cit., p. 175 et s.

(2) Ces "dirigeants" doivent être considérés comme des auxiliaires du dirigeant légal. Comparer la position du directeur général adjoint aux côtés du président-directeur général dans la société anonyme dont on ne peut contester la qualité de dirigeant.

certaines actes délictueux peuvent être accomplis avec une suffisante autonomie par des personnes nanties de procuration limitée. Un mandat tout à fait isolé ne nous paraît pas, en revanche, susceptible d'entraîner la responsabilité en matière de banqueroute.

En tout état de cause, doivent être écartées de l'imputabilité, les personnes qui n'ont pas de pouvoir de décision à l'égard des tiers même si, dans la gestion interne, beaucoup de responsabilités leur ont été confiées. Agissant vis-à-vis de l'extérieur sous les ordres de représentants sociaux, ce sont des subordonnés; ils n'ont pas à encourir les peines de la banqueroute, sauf si, rappelons-le, ils possèdent une procuration, si ce sont des "fondés de pouvoirs" (1).

Quant à la question de savoir si la responsabilité encourue par les dirigeants salariés et les dirigeants de fait de manière générale est élisive de celle des représentants légaux ou statutaires, elle touche à l'essence même de notion d'imputabilité. Sa réponse requiert de préciser, dans la réalité des faits, la personne chez laquelle se trouvait l'obligation de la loi. On la retrouvera plus loin. Signalons, d'orès et déjà, que la délégation de pouvoir n'exclut pas forcément une responsabilité concurrente, l'unité de direction étant au regard des faits de banqueroute, moins intangible (2). L'analyse de la réalité de la gestion et de la distribution des tâches éclairera sur l'appréciation de l'imputabilité; ce qui remet en cause, sauf éventuelle complicité, la poursuite simultanée pour

(1) BESSOU, op. cit., p. 181.

(2) Voir en matière d'action en comblement du passif RIVES-LANGE, La notion du dirigeant de fait au sens de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967..., D. 1975, chr. p. 42 et s.

le même fait, du dirigeant statutaire et du fondé de pouvoirs (1). En revanche, certains faits peuvent, de par la volonté du législateur, être exclusivement imputés aux mandataires légaux, notamment le non-dépôt de bilan (2).

Ainsi donc, il semble pertinent de ne pas limiter la formule de mandataire social aux seuls représentants légaux ou statutaires sous le prétexte de l'exigence d'une délégation des associés ou des actionnaires pour diriger la société; encore qu'on puisse s'interroger sur la forme que doit prendre ce mandat. Rigidement, il s'agirait de la délégation consentie selon les formes légales et statutaires; mais rien n'empêche de tenir pour qualifié le mandat consenti à l'unanimité (3), de manière tacite et même implicite (4), au dirigeant de fait, malgré la présence d'un mandataire légal. Pour la cour de cassation française, il n'importe, en matière d'imputabilité, que les décisions de l'assemblée générale ayant nommé (l'inculpé) d'abord mandataire social, puis gérant de la société aient ou non été publiées (5).

-
- (1) Comparer J.L. DUPLAT, Aspects nouveaux du droit de la Banqueroute... in L'évolution récente du droit commercial et économique, éd. J. Barreau, 1978, p. 388 et s. Ainsi que les auteurs cités. Sa conclusion à laquelle nous adhérons est la suivante: "En matière de banqueroute d'une société, la responsabilité pénale pèsera sur la personne physique à qui l'infraction commise est imputable. Cela peut être un administrateur ou un gérant, mais aussi un commissaire, un préposé, un directeur, un fondé de pouvoir ou un dirigeant de fait. Pour atteindre ces derniers, il n'est pas requis que la société faillie soit dépourvue d'organes sociaux ou que ses organes ne soient pas à même d'exercer leurs fonctions. A mon avis, ajoute-t-il, de telles délégations ne sont cependant pas toujours et (ou) nécessairement élisives de la responsabilité des organes sociaux". Voir ci-après notion d'imputabilité.
- (2) Interprétation coordonnée de l'exigence de l'art. I, al. 2 du décret-loi du 20 mai 1955 et du décret-loi de 1935.
- (3) Cass. crim. 9 mars 1966, J.C.P. 1967-II-14944 cité ci-après.
- (4) Voir Trib. corr. Seine, 8 février 1966, Rec. dr. pén. 1966, p. 107.
- (5) Cass. crim. 9 mars 1966, J.C.P. 1967-II-14944, note N. BERNARD

Pleinement exploitée, la formule de mandataire social paraît envisageable pour une catégorie de dirigeants de fait à l'égard desquels la délégation de pouvoir ne remplirait pas toutes les prescriptions légales ou statutaires. Mais peut-elle être invoquée avec succès dans toutes les hypothèses de dirigeant de fait?

c. Lacunes de la notion de mandataire social dans la mise en cause des dirigeants de fait

Malgré la divergence d'interprétation de la formule de mandataire social, lorsque la société fonctionne normalement, il reste aisé de connaître les personnes qui répondront des agissements fautifs qui ont aggravé la faillite sociale. Il suffit qu'elles remplissent les deux conditions: avoir le pouvoir d'engager la société et avoir commis l'acte incriminé ou tout au moins ayant le devoir de l'empêcher ne pas l'avoir fait (1).

Dans bien des cas, cependant, le groupement aura été géré en marge de la loi et des statuts. Les organes légaux peuvent être supplantés par d'autres personnes qui, soit en se cachant derrière un dirigeant de paille qu'elles manipulent exerceront la réalité du pouvoir, soit en l'absence d'organes légaux ou assumant dans la réalité les responsabilités que ceux-ci négligent dicteront la volonté à l'entreprise (2).

Pour atteindre cette catégorie de personnes, la formule de mandataire social, même élargie au dirigeant nanti des pouvoirs de représentation limités à certaines catégories d'affaires, devient inéquivalente; car, le véritable dirigeant de fait ne se réclame d'aucun organe de droit dont il détiendrait ses pouvoirs; on constate tout simplement l'exercice de fait des pouvoirs de gestion. Celui qui avait le pouvoir d'engager la société n'est plus celui à qui, dans la réalité, les faits peuvent être reprochés. A l'évidence, la juste

(1) BESSOU, op. cit., p. 177 et s.

(2) TOUFFAIT et HERZOG, op. cit., J.C.P., 1959-I-1473, n° 40;

solution serait de mettre directement en cause le dirigeant de fait par qui l'infraction a été "causée". Mais alors la qualification de mandataire social est-elle toujours pertinente?

Encore que certaines décisions de fond (1) aient pu condamner des prévenus ayant assuré en fait les fonctions de gérant, de directeur et de mandataire social de la société, il paraît malaisé de se référer à la notion de mandataire social dans l'hypothèse de véritable dirigeant de fait, tout lien étant en principe rompu avec les organes de droit. Certes, comme il a été souligné plus haut (2), le but de la loi est, par assimilation au commerçant, de frapper le dirigeant sur qui pèse la situation infractionnelle de la société. Mais seule la mise en oeuvre correcte de l'imputabilité par la mise en cause "de toute fonction de direction, de gérance ou d'administration dans une entreprise commerciale ou industrielle quelle qu'en soit la forme juridique" (3) permet de remédier à la situation.

Devant la fermeté de la censure de la cour de cassation française au motif que le dirigeant n'avait pas reçu de la société les pouvoirs de gérant ou de mandataire social (4), la majorité des juridictions de fond dut en tout cas se résigner à des expédients pour réprimer dans certains cas les agissements frauduleux ou fautifs des dirigeants de fait.

(1) Yaoundé 16 janvier 1957, cassé par crim. 17 octobre 1957 déjà cité; Trib. com. Seine, 5 décembre 1955, Gaz. Pal. 1956-I-272; RTDC 1956, p. 525, n° 26, obs. HOUIN; Trib. corr. Seine, 8 février 1966, Recueil de droit pénal 1966, p. 107.

(2) Ci-avant, la mise en cause des dirigeants salariés.

(3) Voir N. BERNARD, note sous cass. crim. 9 mars 1966 déjà cité.

(4) Cass. crim. 17 octobre 1957, Recueil Sirey 1958-I-225, note DECHEIX; cass. crim. 24 octobre 1957, Bull. crim., n° 673; cass. crim. 8 octobre 1960, Bull. crim., n° 438; cass. crim. 28 février 1962, Bull. crim. n° 111; Contra: cass. crim. 25 novembre 1969, RTDC 1970, p. 790, commentaire de HOUIN qui se demande si il n'est pas influencé par la mise en cause du dirigeant de fait par la loi du 13 juillet 1967.

Par le recours au droit commun notamment à la notion d'extension de faillite (1), celle de l'exercice du commerce sous un nom supposé (2) et à celle de la complicité (3), les dirigeants de fait ont pu dans certains cas être frappés de peines de la banqueroute lorsque par leur faute la faillite sociale avait été aggravée. Même s'ils ne sont pas à négliger, les résultats obtenus par cette technique sont toutefois fort limités.

L'essentiel des reproches portés contre ce genre de solutions est d'être en porte à faux avec la réalité, le dirigeant de fait ne devant pas forcément revêtir les différentes qualités recherchées notamment celle de commerçant de fait pour opérer ses méfaits; le recours à la complicité aboutit même à une interversion des faits (4) puisque souvent le dirigeant de droit n'a joué aucun rôle significatif dans la gestion sociale.

- (1) Cass. crim. 2 novembre 1951, D. 1951, J. 753; Cass. crim. 4 juin 1958, RSC 1958, p. 135. Il s'agit de l'application du droit commun, l'extension de la faillite devant coïncider avec une possible qualification de commerçant. Voir BRICART, La responsabilité personnelle des gérants de société à responsabilité limitée en cas de faillite sociale, RTDC 1952, p. 35 et s.; PREVOST, De la jurisprudence sur les conditions requises pour l'extension de faillite de société à responsabilité limitée à leurs gérants, Gaz. Pal. 1953, 1, doct. p. 13 et s.
- (2) Trib. cor. Avesnes-sur-Helpe, 22 juin 1965, RTDC 1966, p. 122, n° 6, p. 1019, obs. HOUIN; voir cependant Cass. crim. 7 juillet 1966, RTDC 1967, p. 1019; TOUFFAIT et HERZOG, op. cit., JCP 1969-I-1473, n° 41.
- (3) HOUIN, op. cit., RTDC 1959, p. 13, note 1; P. GAUTHIER, Infractions relatives à la capacité des gérants et administrateurs et à la fin de la vie sociale, Jurisclasseur pénal, Lois pénales annexes V° Société, fasc. I, 1969, n° 48 et 49.
- (4) TOUFFAIT et HERZOG, op. cit., JCP 1959-I-1473, n° 41.

La véritable solution fut trouvée par les nouvelles législations (1) qui, à l'imitation de la loi française du 13 juillet 1967, frappent directement les dirigeants de fait des peines prévues pour les délits assimilés.

B. LA REPRESSION DU DIRIGEANT DE FAIT DANS LES LEGISLATIONS LES PLUS RECENTES

Dans une société gérée de fait, les gérants de droit, hommes de paille interviennent peu dans la gestion sociale. Il serait assurément injuste, en cas de faillite fautive, de retenir à leur charge une gestion commerciale dont moralement et pratiquement ils ne sont pas responsables et dont ils ont le plus souvent tout ignoré (2). Les nouvelles dispositions prévoyant les délits assimilés à la banqueroute punissent dès lors d'une manière générale et identique "toute personne ayant directement ou par personne interposée, administré, géré ou liquidé la société sous le couvert ou en lieu et place de ses représentants légaux qui ont commis en cette qualité les faits de banqueroute" (3). Ailleurs, dans une formule plus lapidaire, elles répriment les délits assimilés chez tout dirigeant de droit ou de fait de toute personne morale non commerçante (4).

Encore qu'elle soit imposée par les nécessités de la répression cette mise en cause simultanée du dirigeant de droit et de fait pour leurs agissements délictueux paraît tout à fait justifiée. En effet, si les dirigeants sociaux sont punis des peines de la banqueroute, c'est tout d'abord parce qu'ils ont commis les actes délictueux. Sans doute est-il nécessaire pour que le délit soit réalisé que les autres conditions de la banqueroute soient réunies dans le chef de la personne morale qu'ils représentent; mais la responsabilité des organes ne passe pas par elle; elle est personnelle et directe.

(1) Art. 1059 et s. du code sénégalais des obligations civiles et commerciales (3^e partie), loi du 12 juin 1976; art. 421 la loi de juillet 1978 portant code pénal rwandais. Le code de commerce de l'Algérie aurait dû introduire cette innovation étant donné le nouveau domaine d'application des procédures collectives (art. 215 du C. commerce du 26 septembre 1975): la loi vise notamment le dirigeant de fait à propos de l'extension de faillite (art. 224) mais il semble qu'en matière de banqueroute, elle se soit contentée de reprendre les dispositions antérieures c-a-d résultant de la réforme de 1958 sans prendre garde aux différentes innovations qu'elle introduisait en matière de faillite. Elle fait référence aux "mandataires".

(2) TOUFFAIT et HERZOG, op. cit., JCP 1959, I, 1473, n° 40.

(3) Loi française de 1967, art. 131 à 133; art. 1059, 1061, 1062 du code sénégalais des obligations civiles et commerciales; art. 421 du code pénal rwandais.

(4) Loi française de 1967, art. 134; art. 1061 du code sénégalais

Certes, en matière civile et commerciale, il y a consolidation de la construction de la personne morale qui, sauf abus, est acceptée comme une personne juridique à part entière et qui répond des actes de ses organes. En matière de banqueroute, toutefois c'est, pour ainsi dire, le mécanisme inverse qui joue: on recherche la responsabilité des êtres physiques ayant agi à travers la personne morale; car en agissant au nom de la société, ils ont néanmoins commis seuls l'acte délictueux. La personnalité morale s'efface derrière la recherche de la responsabilité individuelle, la responsabilité vraie (1). Investis des pouvoirs de gestion par la société ou en dehors du mécanisme légal, l'essentiel est que dirigeant de droit ou de fait, tous deux puissent assumer la responsabilité des actes délictueux parce qu'ils leur sont imputables.

La doctrine et la jurisprudence (2) définissent le dirigeant de fait comme celui qui, en toute souveraineté et indépendance, exerce une activité positive de gestion (3) et de direction, c'est-à-dire le pouvoir de décider du sort commercial et financier de l'entreprise (4). Des situations variées peuvent répondre à la notion de dirigeant de fait: on peut penser au maître de l'affaire, aux associés et actionnaires majoritaires (5), à une banque qui, détenant la clé de crédit de l'entreprise s'immisce dans la gestion d'une société cliente et qui lui impose ses décisions (6).

(1) A. BESSOU, op. cit., p. 175 et s.

(2) RIVES-LANGE, La notion du dirigeant de fait au sens de l'art. 99 de la loi du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire et la législation des biens, D.1975, Chr. p. 42 et s., n° 5 et s.; Paris, 17 mars 1978, D.1978-IR-p. 420 et s., note VASSEUR; voir aussi Nancy 15 décembre 1977, JCP 1978-II-18912, note STOUFFLET; Aix, 30 septembre 1975, D.1976-Som. p. 2; Paris 5 juin 1978 rapportée par SORTAIS, RS 1979, p. 128.

(3) Les simples conseils ou suggestion en sont exclus: STOUFFLET, Note sous Nancy, 15 décembre 1977, JCP 1978-II-18912.

(4) RIVES-LANGE, op. cit., loc. cit. n° 10 et s. Les directeurs qui sont soumis à une autorité supérieure ne dirigent pas, ils exécutent les actes de gestion ordonnés.

(5) Com. 20 octobre 1969, JCP 1969-IV, p. 281; Paris 20 février 1978, RS 1979, p. 122 et s.

(6) Paris, 6 janvier 1977, D.1977, 144 et s. VASSEUR; JCP 1977-II-18689, note STOUFFLET; Nancy 15 décembre 1977, JCP 1978-II-18912, note STOUFFLET; Paris 3 mars 1978, D. 1978-IR-p. 421, note VASSEUR.

Les éléments constitutifs précisés, il reste à se demander si, dans toutes les applications qui lui sont faites par les procédures collectives, le concept de dirigeant de fait sera apprécié de manière rigoureusement identique notamment dans les hypothèses de sanctions civiles ou de sanctions pénales. La majorité de la doctrine française ainsi que la jurisprudence la plus récente se prononcent pour une conception unitaire de la notion de dirigeant de fait (1). Il semble en effet inadmissible que la loi du 13 juillet 1967 consacre des sens différents à la notion de dirigeant de fait dans chacune de ses dispositions relatives à ces dirigeants.

Toutefois, rien n'empêche aux juridictions pénales de faire une appréciation plus rigoureuse de cette notion compte tenu de la gravité de la mesure à appliquer. En effet, par des mesures d'ordre civil et d'ordre pénal, la loi de 1967 sur les procédures collectives embrasse plusieurs aspects parfois fort différents de l'entreprise en difficulté. S'agissant de la répression des "faillites" fautives ou frauduleuses, on pourrait concevoir que, au niveau de la qualité de l'auteur déjà, soient exigées des conditions plus strictes pour retenir contre le dirigeant de fait des sanctions pénales que pour mettre à sa charge une simple responsabilité civile.

Il convient de souligner à cet égard qu'en matière de banque-route et de délits assimilés, les dispositions punissent toute personne ayant directement ou par personne interposée, administré, géré ou liquidé la société sous le couvert ou en lieu et place des représentants légaux. La loi exigerait dans une interprétation restrictive, non seulement la qualité de dirigeant de fait c'est-à-dire comme il a été indiqué une activité positive de gestion exercée en toute autonomie, mais aussi "sinon l'éviction du dirigeant de droit, du moins une totale subordination de ce dernier à l'égard du dirigeant de fait" (2).

 (1) A. HONORAT, note sous Com. 2 mai 1977, D.1977-IR-487; DERRIDA, note sous Paris 1er février 1978, D.1979-IR-p. 4; LENCOU, op. cit. thèse Bordeaux 1978, p. 38; SORTAIS, note sous Paris 20 février 1978, Rev. Sociétés 1979, p. 130, exprime une position légèrement nuancée. Contra = RIVES-LANGE, op. cit., chr. p. 41 et décisions citées note 2.

(2) Voir notes STOUFFLET et SORTAIS précités, et en particulier STOUFFLET, note sous Paris 6 janvier 1977, JCP 1977-II-18689, § 1, 3^o; SORTAIS, note sous Paris 20 février 1978, Revue des sociétés 1979, p. 130 et 131.

Par ailleurs en matière civile, la cour de cassation n'exerce pas de contrôle sur l'appréciation de la qualité du dirigeant de fait faite par les juges de fond pourvu qu'ils aient motivé leur décision sur ce point (1). En revanche la qualification du dirigeant de fait qui est un des éléments constitutifs du délit assimilé ne peut échapper au contrôle de la haute juridiction. Des différentes attitudes des juridictions civiles et pénales pourrait résulter une interprétation plus rigoureuse en matière pénale qu'en matière civile.

Un tel résultat ne devrait pas être choquant si on retient que dans les mesures de procédure collective, les sanctions civiles et pénales ne jouent pas le même rôle et n'ont pas le même but. Bien que les éléments de fond pour la qualification du dirigeant de fait soient identiques, les objectifs différents en matière civile et en matière pénale pourraient conduire à une appréciation différente de l'ampleur de l'immixtion dans la gestion du dirigeant (2), notamment moins complète et plus limitée dans le temps pour la contribution au passif que dans le cadre des délits assimilés.

§ 2. SYSTEME DE DROIT COMMUN ET LA THEORIE DE L'IMPUTABILITE

L'imputabilité des infractions de la banqueroute commises dans le cadre d'une personne morale défaillance ne pose guère de problème lorsque le législateur indique de manière précise les personnes punissables. Dans les pays qui ne prévoient pas les délits assimilés à la banqueroute et où le législateur ne désigne pas directement ceux qui doivent pénalement répondre des actes délictueux commis dans ou à l'occasion de la faillite, on peut en revanche se demander si la collectivité est protégée par des sanctions pénales contre de tels agissements.

A défaut d'une incrimination spéciale, la réponse ne peut être cherchée que dans la mise en oeuvre des règles de droit commun en matière de responsabilité pénale, étant entendu qu'il s'agit de désigner des personnes physiques pénalement responsables des actes de banqueroute accompagnant la faillite sociale.

(1) Cass. Com. 8 janvier 1975, Bull. civ. IV, p. 4, n° 5 repris par STOUFFLET, JCP 1978-II-18912, note § II 2°; Cass. com. 15 janvier 1974, RS 1974, p. 308; Cass. com. 16 octobre 1971, D.1972-J-p. 62.

(2) Cela étant, une compétence de direction, même dans un secteur d'activité limité pourvu qu'elle soit exercée en toute souveraineté entraîne l'imputabilité. On l'a déjà vu pour le directeur technique, dirigeant salarié; peu importe qu'il soit dirigeant de droit ou de fait.

Le besoin de répression pénale a été toujours dans ce cas vivement ressenti: "Il n'est pas admissible, écrit un auteur, que des groupements de personnes physiques puissent commettre impunément des actes qui seraient punis s'ils étaient commis par des individus isolés; d'autre part, il existe trop de sociétés qui n'ont qu'une existence formelle et derrière lesquelles se cache en fait un individu. Et pour celles où le groupement des associés est le moyen de réunir les capitaux nécessaires pour l'exploitation envisagée, il n'est pas souhaitable que ceux qui dirigent voient leur responsabilité atténuée par rapport à ce qu'elle serait en fait dans une entreprise individuelle"(1).

Pour tenter de mettre à charge des dirigeants sociaux la responsabilité des faits de banqueroute, plusieurs théories furent élaborées qui connurent des destins divers. Si à l'heure actuelle, la répression des organes sociaux du chef de banqueroute n'est plus contestée, en droit belge en particulier, on doit noter que ce résultat est obtenu grâce à une mise en oeuvre audacieuse des règles de l'imputabilité alors que de prime abord la condamnation des dirigeants sociaux ne saurait en ce domaine être envisagée parce qu'ils ne possèdent pas la qualité de commerçant (2).

Nous examinerons d'abord le mécanisme juridique qui fonde la répression des organes sociaux en droit belge en dépit de l'inexistence des délits assimilés, puis sa mise en oeuvre par les organes de répression.

A. NOTIONS GENERALES DE L'IMPUTABILITE

Malgré l'absence d'incriminations spécifiques (3), le droit belge est parvenu grâce à la mise en jeu des règles de droit commun en matière de responsabilité pénale, à élaborer une technique sûre permettant de punir des peines de banqueroute les dirigeants sociaux par qui les faits de banqueroute sont arrivés.

(1) A. BESSOU, op. cit., p. 175

(2) Avant la réforme de 1962, les juridictions marocaines refusaient de condamner les dirigeants sociaux qui n'avaient pas la qualité de commerçant; Rabat, 22 mars 1955, Revue marocaine de droit 1957, p. 42. On peut supposer qu'il en est de même actuellement en Tunisie.

(3) Noter l'art. 576 du C. com. belge, le seul cas d'incrimination spéciale ou d'imputabilité légale.

Plusieurs théories d'une inégale valeur se sont succédées. Nous n'insisterons pas sur la théorie de la complicité dont les défauts ne sont plus à relever (1). En revanche, une analyse sera consacrée à la théorie de l'imputabilité à laquelle recourt actuellement la jurisprudence belge, sans oublier de signaler le moment venu, le rôle de précurseur de la théorie de l'organe (2).

Le problème de l'imputabilité se situe en matière pénale. Il s'agit en effet de rechercher pour la satisfaction de l'ordre social l'auteur de la faute ou de la fraude qui l'a perturbé au regard de la loi pénale. L'imputabilité découle d'une analyse du lien causal entre l'agent et l'infraction et désigne celui qui a à répondre des faits infractionnels (3). Différente de l'imputabilité matérielle au sens où l'infraction incomberait à l'individualité de celui auquel se rattache sa substance matérielle, elle comporte un aspect moral, son objet étant de découvrir celui à qui l'infraction peut être reprochée parce qu'il a agi avec une volonté socialement blâmable (4). Cependant elle se situe en deçà de la recherche de la responsabilité au sens strict et de la culpabilité (5).

Par application de la théorie de l'imputabilité les organes sociaux seront désignés aux peines de la banqueroute parce qu'ils ont agi fautivement alors que c'est sur eux que pesait l'obligation d'éviter que ne se crée la situation infractionnelle, ou qu'ils ont omis d'agir alors que la loi leur en faisait l'obligation (6). Il s'agit d'une opération en vue de la découverte "de la réalité morale" afin de sévir là où le blâme est mérité; elle pourrait être rapprochée de la recherche de la réalité commerciale dans la délimitation du domaine de la faillite (7).

(1) Pour l'exposé de cette théorie: RPDB, V^o faillite... n^o 2552 et s.; Brux. 19 février 1955, JT 1955, p. 417, note NYS. Pour la critique = CONSTANT, La responsabilité pénale des personnes morales et de leurs organes en droit belge, RIDP 1951, p. 613; L. DABIN, La condamnation des gérants et administrateurs de sociétés aux peines de banqueroute, RPS 1956, p. 299 et s.

(2) Voir ci-après la mise en oeuvre de l'imputabilité judiciaire.

(3) R. LEGROS, Imputabilité pénale et entreprise économique, RDPC 1968-69, p. 372; G. KELLENS, op. cit., RPS 1970, p. 73.

(4) HANNEQUART, op. cit., RDPC 1968-69, p. 410 et 411. Il vaudrait mieux parler d'imputabilité à l'auteur des faits matériels au lieu d'imputabilité matérielle.

(5) HANNEQUART, op. cit., RDPC 1968-69, p. 412.

(6) HANNEQUART, op. cit., RDPC 1968-69, p. 413.

(7) G. KELLENS, op. cit., RPS 1970, p. 71 et 73.

En matière de banqueroute, il importe de vérifier si les faits incriminés expriment la violation d'un devoir reposant sur la société elle-même ou s'ils relèvent de la sphère personnelle des organes bien que l'obligation soit née à l'occasion des activités de la société. Dans cette dernière hypothèse, il y aurait lieu d'imputer comme pour toute infraction, les faits délictueux à leur auteur moralement responsable (1). En revanche, le problème de l'imputabilité se pose dans ses justes termes lorsque les faits ont été commis dans le cadre de l'activité sociale (2). Le système pénal actuel ne permettant pas d'envisager la responsabilité pénale de la société, il est dès lors indispensable de découvrir la personne physique à qui incombe le devoir d'éviter que la société soit en infraction, celle à qui l'infraction peut être en réalité reprochée.

Cette désignation se fait en droit belge par le recours à l'imputabilité judiciaire, recours qui, situé dans le cadre de la recherche de la responsabilité pénale, est une obligation pour le juge pénal.

B. MISE EN OEUVRE DE L'IMPUTABILITE PAR LA JURISPRUDENCE BELGE

Selon une formule désormais consacrée, la cour de cassation belge fait, dans la majorité de ses arrêts, l'obligation au juge répressif pour condamner le dirigeant social des peines de la banqueroute, de constater la commission des faits constitutifs de banqueroute "en qualité d'organe de la société faillie et relativement à la gestion de celle-ci" (3). Ce faisant, elle invite à condamner les dirigeants dont la gestion sociale effectivement répréhensible a été accompagnée ou a entraîné la faillite de la société, en bref ceux alliant la qualité d'organe et d'auteur responsable. Terme d'un long cheminement commencé avec l'élaboration de la théorie de l'organe, cette construction va cependant bien au-delà en replaçant le problème dans son contexte strictement pénal.

(1) Ainsi l'incrimination des dépenses excessives à charge du dirigeant social n'a pas de raison d'être; il y aurait abus de biens sociaux. Voir: HANNE-QUART, op. cit., RDPC 1968-69, p. 422 et s., p. 425 et s.; BOSLY, Le droit pénal des sociétés, Examen de doctrine et de jurisprudence, RPS 1974, p. 121 et s.

(2) Voir délit assimilé de détournement ou de la dissipation par le dirigeant social de ses biens personnels (art. 132 de loi de 1967).

(3) Cass. 11 octobre 1971, RPS 1973, p. 23; Cass. 28 février 1971, pas. 1972-I-586; Cass. 18 décembre 1978, JT 1979, p. 407. Voir HORSMANS et T'KINT, Chronique de jurisprudence, S.A. et S.P.R.L., JT 1977, p. 425 et s.

En effet, dans son arrêt du 20 février 1934, la cour de cassation énonce que "si une société ne peut délinquer, ce sont les personnes physiques par lesquelles elle a agi qui sont dans la réalité des choses les auteurs de l'infraction et qui doivent être poursuivis" (1). Plus tard, dans son arrêt du 20 février 1956 (2), elle soutient encore avec plus de fermeté qu'en matière de société, la responsabilité pénale qu'entraîne la banqueroute pèse sur les organes par lesquels la société a agi, sans qu'il y ait lieu de constater dans leur chef la qualité de commerçant failli et qu'ils seront condamnés comme auteur principal et non comme ayant participé à la banqueroute.

Pour arriver à ce résultat, la jurisprudence (3) solidement établie depuis cet arrêt s'appuie sur l'idée que vis-à-vis des tiers les dirigeants sociaux représentent moins la société qu'ils ne s'identifient avec elle (4). Par suite de cette identité, il suffit que la condition de commerçant failli soit remplie par la société pour que, s'il y a fait de banqueroute, les organes sociaux puissent être punis des peines de banqueroute (5). Si, à ce stade, ce sont, en principe les administrateurs et les dirigeants de droit qui encourent la responsabilité des faits de la banqueroute de la société, un affinement de la théorie réalisée par un bon nombre d'arrêts a permis de prononcer les peines de banqueroute à charge de la personne qui a en fait géré la société (6). Dirigeant de fait ou de droit, personne n'est à l'abri des peines de la banqueroute.

(1) Cass. 28 février 1934, RDPC 1934, p. 272 cassant un arrêt de la Cour d'Appel de Liège, 8 novembre 1933, RDPC 1938, p. 481; Corr. Brux. 1er décembre 1936, RDPC 1937, p. 374. Voir également L. DABIN, op. cit., RPS 1956, p. 300; VAN RYN et VAN OMMESLAGJHE, op. cit. RCJB 1967, p. 313.

(2) Voir l'arrêt à la Pasicrisie 1956-I-633.

(3) Cass. 11 décembre 1961, Pas. 1962-I-445; Cass. 16 avril 1962, Pas. 1962-I-922; Cass. 11 octobre 1971, Pas. 1972-I-143; RPS 1973, p. 23 note KELLENS; Cass. 18 décembre 1978, JT 1979, p. 407; RPS 1979, p. 242 et s.

(4) L. DABIN, op. cit., RPS 1956, p. 300 et s.; R. LEGROS, La responsabilité pénale des dirigeants de sociétés et le droit pénal général, RDPC 1963-64, p. 18 et s.; J. WILMART, La responsabilité des dirigeants et cadres d'entreprise au regard du droit pénal, commercial, économique et financier, RDPC 1968-69, p. 566 et s. Pour la définition de l'organe, voir notamment l'avis du Ministère public suivant l'arrêt de la cour de cassation du 19 février 1955, RPS 1955, p. 139 à 144, spéc. 143.

(5) Cass. 20 septembre 1965, RPS 1900, p. 200; Cass. 11 octobre 1971, RPS 1973, p. 23; Cass. 19 septembre 1972, Pas. 1973-I-64; RPS 1973, p. 209; Cass. 13 mars 1973, RPS 1974, p. 127.

(6) Cass. 11 décembre 1961, Pas. 1962-I-445; Cass. 20 septembre 1965, Pas. 1966-I, p. 94, RPS 1966, p. 266 ainsi que les références citées dans la note; Cass. 29 novembre 1971, Pas. 1972-I-309; RPS 1973, p. 24 et s., obs. Kellens. Réserve faite de Cass. 29 novembre 1971, Pas. 1972-I-309 qui pourrait être cité à l'appui de la théorie de l'imputabilité.

Il reste cependant que dans un contexte pénal, cette théorie renferme une certaine ambiguïté et une incohérence pouvant fausser la répression. Prise en effet dans toute sa rigueur, elle met en toute hypothèse la responsabilité des faits délictueux à charge des seuls organes de la société, peu importe qu'ils puissent être imputés à une autre personne; ce qui peut engendrer la situation inadmissible où une personne serait punie pour des actes qu'elle n'a pas commis en contradiction avec le principe de la responsabilité personnelle (1).

Pour éviter une telle déviation, les cours et tribunaux belges ont dû dépasser la théorie de l'organe et trouver un autre fondement à la répression en recourant au principe de l'imputabilité: lorsqu'une société commerciale a commis un délit, la responsabilité pénale tombe, selon certains arrêts, "sur les personnes physiques, organes ou préposés par lesquelles elle a agi" (2), "comme auteur responsable de la banqueroute de la société" (3), ajoutent d'autres ou encore "relativement à la gestion sociale" (4). En dépit de leur laconisme, ces formules marquent le réel souci de désigner le vrai responsable de l'infraction en imputant celle-ci malgré la structure de la personnalité morale, à celui qui doit en être reproché.

Sans doute, cette recherche ne comporte pas de prime abord beaucoup de difficultés. L'autorité dans l'entreprise, le devoir d'une gestion saine, honnête et prudente de la société incombant aux organes de droit de la société, il est normal que la violation de ce devoir en commettant les faits de banqueroute leur soit imputée, encore que le ministère public ait l'obligation de prouver la qualité de gérant du prévenu (5).

Souvent, les organes sociaux réuniront en eux les qualités d'agent de l'infraction et d'auteur matériel des faits de banqueroute. Certains de ceux-ci, rappelant les infractions de droit commun pourraient être imputés purement et simplement à l'auteur matériel sans tenir compte du fait que les infractions sont commises dans le cadre de l'activité sociale (6).

(1) Il semble bien cependant qu'en matière de banqueroute, les sanctions touchent toujours les organes (Voir WILMART, op. cit. RDPC 1968-69, p. 566) mais il n'est pas à exclure que d'autres personnes puissent être punies avec eux ou de manière indépendante. Voir Cass. 29 novembre 1971, Pas 1972-I-309. Pour la critique de cette théorie voir notamment G. KELLENS, La vulnérabilité... RPS 1970, p. 72.

(2) Cass. 19 septembre 1972, RPS 1973, p. 209, Pas. 1973-I-64.

(3) Cass. 19 septembre 1972, Pas. 1973-I-64.

(4) Cass. 22 septembre 1965, RPS 1966, p. 266; Cass. 11 octobre 1971, Pass. 1972-I-143.

(5) Cass. 13 mars 1973, RPS 1974, p. 127 (implicite).

(6) Exemple du détournement d'actif de la société par le gérant; il y aurait cependant une autre qualification.

De ce que les résultats conduiront dans la plupart des cas à imputer la banqueroute aux organes officiels, il ne faudrait pas toutefois conclure que les cours et tribunaux n'ont pas à effectuer cette analyse: sinon l'exigence de la cour de cassation serait incompréhensible. La démarche implique un examen même sommaire, de la gestion de la société afin de "vouer au blâme de la sanction cet homme-là seul qui le mérite" (1). Dans cette analyse, la distinction dirigeant de droit et de fait aura tendance à s'estomper, le juge se sentant d'emblée dans l'obligation de découvrir la réalité pénale (2).

Il n'est pas dès lors à exclure qu'une personne différente de l'organe officiel puisse être désignée à la sanction de banqueroute pourvu que le critère du devoir violé ait été satisfait. Or, le devoir de saine gestion qui s'impose au dirigeant de droit en cas de fonctionnement normal de la société peut être assumé par le dirigeant de fait qui dans la réalité engage la société par ses actes. Il ne semble pas davantage nécessaire que les dirigeants de droit aient été éclipsés par le dirigeant de fait (3).

Ainsi, un préposé, spécialement chargé du contrôle et de la tenue de la comptabilité peut si la société a agi par lui supporter seul la responsabilité pénale d'une banqueroute documentaire (4); il n'est pas nécessaire que la responsabilité pénale des organes sociaux soit conjointement établie, ni que soit constatée l'absence d'organes sociaux ou l'impossibilité absolue pour ces organes d'exercer leurs fonctions (5).

L'on a mis en relief le danger d'une telle orientation: admettre que le préposé puisse être condamné comme auteur principal alors qu'il y a des organes sociaux et qu'ils sont à même d'exercer leurs fonctions revient à donner une prime à l'impérité ou à la négligence (6). Au contraire: selon nous, la personnalisation de la responsabilité pénale à laquelle conduit l'imputabilité semble être la meilleure garantie d'une juste répression (7). Au demeurant, les dirigeants

(1) HANNEQUART, op. cit., RDPC p. 484.

(2) G. KELLENS, op. cit., RPS 1970, p. 73 et s.

(3) G. KELLENS, note sous Cass. 29 novembre 1971, RPS 1973, p. 27.

(4) Cass. 13 février 1967, RPS 1968, p. 159.

(5) Cass. 29 novembre 1971, Pass. 1972-I-309.

(6) Voir G. KELLENS, note sous Cass. 29 novembre 1971, RPS 1973, p. 27.

(7) Voir plus récemment Brux. 7 juin 1979, RPS 1980, p. 51.

de droit échapperont difficilement à la règle de l'imputabilité ainsi qu'il ressort d'un attendu de l'arrêt de la cour de cassation du 28 février 1972: "... il ne s'ensuit pas qu'une condamnation du chef de banqueroute du gérant dont le rôle dans la gestion a été dérisoire ou pratiquement nul doive nécessairement être exclue" (1).

Sans doute, en l'espèce la condamnation s'imposait du moment que le gérant-homme de paille avait néanmoins commis par un acte positif un des faits de banqueroute à savoir le détournement d'actif. La solution serait cependant moins évidente lorsque les faits de banqueroute consistent en omissions, dans l'hypothèse notamment de non-aveu de cessation de paiement. Ne suivant que de loin la gestion de l'entreprise alors que celle-ci est assurée par le gérant de fait, le dirigeant-homme de paille pourrait-il encourir le reproche de ne pas avoir fait aveu de cessation de paiements de l'entreprise?

La réponse serait en principe positive. En effet, c'est le dirigeant de droit qui a le devoir de faire l'aveu de cessation de paiement. L'omission devrait lui être imputée s'il s'en est volontairement abstenu, la volonté au stade de l'imputabilité découlant du fait d'avoir accepté les charges de la direction sociale (2). Sinon, on pourrait effectivement parler de prime à la négligence et à l'imprudence.

En pratique toutefois, la juste solution découlera de l'analyse des faits par une bonne application de la règle de l'imputabilité. Il est rare que le gérant-homme de paille soit sous-informé au point d'ignorer la débâcle de l'entreprise sauf s'il est tout à fait en dehors de l'entreprise. C'est en tout cas à lui d'en fournir la preuve. Quant au dirigeant de fait qui a évincé complètement les dirigeants de droit, il ne pourrait pas y échapper car en s'ingérant dans la gestion il a voulu en assumer les charges et les risques (3). Il semble cependant exclu de condamner à la fois le dirigeant de droit et de fait pour le même fait infractionnel sauf complicité. Le juge devra de l'analyse des faits opérer un choix en déterminant d'abord compte tenu de la gestion de l'entreprise, la personne chez laquelle se trouvait l'obligation de la loi (4).

(1) Cass. 28 février 1972, Pas. 1972-I-586.

(2) Les critères permettant l'imputabilité sont la connaissance et la volonté, voir HANNEQUART, op. cit., RDPC 1968-69, p. 450 et s.

(3) Si les faits ne peuvent être imputés ni au dirigeant de droit ni au dirigeant de fait, il y aura impunité. Personne d'autre que l'organe de l'entreprise ne peut être frappé des peines de banqueroute. Voir KELLENS, op. cit., RPS 1970, p. 74 et s; cependant la thèse de DUPLAT, op. cit., in L'évolution récente, p. 388-

(4) Comparer avec art. 128 al. 2 de loi de 1967; JL DUPLAT, op. cit. in L'évolution récente du droit commercial et économique, éd. J.B. Brux. 1978, p. 404.

§ 3. CONVERGENCE DU SYSTEME DE DROIT COMMUN ET DU SYSTEME DE
L'INCRIMINATION SPECIALE DANS LA THEORIE DE L'IMPUTABILITE

L'imputabilité judiciaire semble être un moyen efficace aux mains des juges pour réprimer en matière de banqueroute les dirigeants sociaux qui ont aggravé ou provoqué la faillite sociale. Lorsque la société tombe en faillite, les administrateurs et gérants, tous ceux par qui la société aurait agi, ceux qui ont posé en toute indépendance des actes engageant la société envers les tiers et auxquels les actes délictueux doivent être reprochés, peuvent encourir les peines de la banqueroute. Il est intéressant de constater que le système de l'incrimination et celui de l'imputabilité judiciaire se rejoignent pour frapper des peines de la banqueroute les dirigeants sociaux lorsque la faillite sociale s'est trouvée aggravée par des actes répréhensibles.

A la vérité, les deux systèmes procèdent de la même logique; et sans le dire, le système d'incrimination spéciale relève de la théorie de l'imputabilité. Cependant, celle-ci n'a pas eu le temps d'éclorre comme telle en France et dans les systèmes légalistes parce que peu de problèmes étaient posés au praticien, le législateur ayant donné la solution.

Il est par conséquent à l'actif de la doctrine et de la jurisprudence belges d'avoir découvert le véritable fondement juridique de la répression des dirigeants sociaux, auteurs des faits de banqueroute dans le cadre de la personne morale commerçante.

On connaît désormais la technique juridique dont relève le système répressif à charge des dirigeants sociaux en matière de banqueroute. Ce n'est pas par hasard que le législateur les a ainsi désignés. Si, pour une juste répression, les mêmes faits de banqueroute, peu importe qu'ils soient commis dans le cadre d'une entreprise individuelle ou collective, réclamaient de manière identique la sanction pénale, celle-ci frappe les dirigeants sociaux comme le commerçant personne physique, à qui ces actes peuvent être reprochés. Ce qui suppose une démarche d'ordre pénal.

Sans doute, la recherche ne concerne pas encore la culpabilité mais elle est la première étape de la détermination de la responsabilité pénale (1). Si la jurisprudence française antérieure à la loi de 1967 s'était placée dans cette perspective, elle n'aurait pas hésité si longtemps à accepter l'imputabilité du dirigeant de fait que le besoin de la répression aurait détachée de la structure juridique de la personne morale et de l'interprétation stricte du mandat social (2).

En effet, le désir de frapper là où se trouve la criminalité conduit à rattacher les faits à la conduite d'un individu en brisant l'écran de la personnalité morale et sans mettre à l'avant-plan sa qualité de dirigeant dans l'entreprise, pourvu qu'il ait pu agir avec une volonté entièrement libre. L'exigence d'un commandement unique deviendrait dès lors accessoire et il ne serait plus exigé du dirigeant de fait pour être puni des peines de la banqueroute qu'il se substitue totalement au dirigeant de droit comme il semble découler de la formule française de 1967 (3). En revanche, pour mériter les peines de banqueroute, la qualité de dirigeant et d'organe de la société serait toujours indispensable (4).

Cependant le système de l'imputabilité légale possède des avantages certains sur celui de l'imputabilité judiciaire. Il respecte mieux le principe de la légalité si essentielle en matière pénale (5). Il importe que les citoyens, mêmes des personnes aussi avisées que les dirigeants sociaux, sachent à l'avance ce qui dans leur conduite peut ou non entraîner le châtement. Par ailleurs, la criminalité du dirigeant social en dépit de sa similitude avec celle du commerçant personne physique comporte des particularités; il est bon qu'elle soit réglementée de manière à être adaptée à la banqueroute sociale (6). Déterminer à l'avance les différentes catégories

(1) et (2) supra p.148 et p.140 et s.

(3) Comparer avec supra p. 143

(4) G. KELLENS, La vulnérabilité... RPS 1970, p. 74.

(5) J. CONSTANT, Traité élémentaire de droit pénal, t. I, n° 104 et s.; BOUZAT et PINATEL, Traité de droit pénal et de criminologie, t. I., Dalloz 1970, n° 77 et s

de dirigeants sociaux punissables des peines de la banqueroute ou des délits assimilés pourrait sans doute limiter les pouvoirs d'investigation de l'appareil chargé de la répression. Ce danger peut être néanmoins évité grâce à l'adoption d'une formule générale suggérant uniquement les éléments qui caractériseront celui à qui les faits délictueux peuvent être imputés à l'exemple des récentes législations qui punissent les dirigeants de droit comme les dirigeants de fait.

Quoiqu'il en soit, débiteurs commerçants et dirigeants de personnes morales commerçants ne constituent que le noyau des personnes punissables en matière de banqueroute. De par le contexte des relations du commerçant et la structure des procédures collectives, support de la banqueroute, d'autres personnes peuvent être entraînées dans la banqueroute du débiteur, en dehors même des règles de la participation punissable.

CHAPITRE II: LA SITUATION JURIDIQUE DES "ACOLYTES" DU DEBITEUR PUNISSABLE DE LA BANQUEROUTE

Limiter la sanction en matière de procédure collective aux seuls commerçants faillis ou aux dirigeants de personne morale en faillite reviendrait à organiser une répression incomplète dans l'ignorance de la réalité de la vie des affaires. Les relations commerciales sont en effet enchevêtrées et le débiteur lui-même n'est que le maillon d'une longue chaîne: il a ses propres débiteurs comme ses créanciers (1). Au demeurant, la procédure de faillite ou d'exécution collective a pour but essentiel la sauvegarde de cet équilibre, une seule défaillance, si elle n'est pas plus ou moins endiguée, pouvant provoquer par une réaction en chaîne une catastrophe économique (2).

Il est vrai que tout le monde perd dans une faillite. Dès lors, pour que le poids de cette perte soit supporté par tous les partenaires de manière équitable, il importe que la satisfaction des divers intérêts - souvent opposés- se fasse dans l'ordre et le respect de la procédure. Pour une certaine efficacité, la répression doit envisager de frapper tous ceux qui de manière déterminante, empêcheraient le mécanisme des procédures collectives de jouer ou chercheraient à se soustraire à la discipline au détriment des autres partenaires, en l'occurrence les créanciers, tiers, curateurs ou syndic susceptibles de compromettre la régularité des opérations et le partage égalitaire de l'actif du débiteur.

Parmi les personnes punissables des peines de la banqueroute, cette catégorie figure en bonne place à côté du débiteur dans la plupart des droits nationaux (4). Sa répression est envisagée même par les législations qui ne punissent pas de manière particulière les dirigeants de personne morale (5). Il semble toutefois qu'elle s'impose

(1) D. MARTIN, Le diagnostic d'entreprise, critère de responsabilité judiciaire, RTDC 1979, p. 197, n° 22.

(2) KLOMP, op. cit., p. 112.

(3) Voir problématique.

(4) Le Mali paraît être le seul à l'avoir oubliée dans son code pénal, voir art. 211 et 212.

(5) Le Maroc avant le code pénal de 1962.

avec plus de netteté dans les pays qui prévoient la banqueroute dans le cadre du régime de la faillite. Dans les droits belge, français et leurs dérivés, il est rare par conséquent que la responsabilité pénale des tiers ne soit pas envisagée en cas de défaillance de l'entreprise (1)

Nous nous proposons d'approfondir les actes délictueux qui peuvent être reprochés à cette catégorie de personnes plus loin, lorsqu'il sera procédé à l'examen des incriminations proprement dites. Dans le cadre du recensement des personnes punissables des peines de la banqueroute, nous nous limiterons à justifier la mise en place à leur charge d'un régime répressif spécial se situant dans le prolongement de la banqueroute et en marge des règles du droit pénal commun.

A cet effet, nous découvrirons dans une première section les insuffisances des règles ordinaires de droit pénal, notamment celle de la participation punissable, à réprimer un certain nombre d'actes répréhensibles. On en déduira la nécessité d'un régime spécial dont nous examinerons, dans la deuxième section, l'opportunité dans chaque catégorie de personnes visées.

SECTION 1: LES LACUNES DU DROIT PENAL ORDINAIRE DANS LA REPRESSION DES INFRACTIONS CONNEXES A LA BANQUEROUTE

L'infraction de banqueroute peut être centrée sur le débiteur défaillant autour duquel graviteraient une série de personnes plus ou moins portées à faciliter son entreprise délictueuse. Dans son rôle de protecteur de l'équilibre échafaudé par le droit de la faillite pour limiter les effets nocifs de la défaillance du débiteur le droit de la banqueroute semble par essence viser plusieurs personnes qui ont chacune un même but: retirer personnellement le meilleur parti de la défaillance du débiteur (2).

(1) Voir les difficultés du code pénal du Mali à prévoir ce type d'infraction. La Tunisie et le Cameroun accusent aussi quelques lacunes.

(2) Voir RENUARD et BEVING, op. cit., p. 448, n° 828 et p. 456; n° 860.

L'unité d'infraction face à une pluralité d'agents évoque en droit pénal ordinaire la notion de participation punissable (1). Cependant celle-ci n'épuise pas en matière de banqueroute les multiples manoeuvres dont peuvent se rendre coupables les divers intéressés. Loin de là. En dépit de leur convergence vers le patrimoine du débiteur, les diverses infractions connexes à la banqueroute révèlent en effet chez leur auteur plus de similitude que d'unité de dessein (2). On découvre même une véritable discordance entre elles et les notions de corréité et de complicité, en ce sens qu'en matière de faillite et de banqueroute, les intérêts des divers participants sont souvent en opposition et que leur satisfaction ne demanderait que rarement la collaboration du débiteur.

Par ailleurs, dans la plupart des droits examinés, certains actes hautement répréhensibles en matière de banqueroute s'intègrent mal dans le système de droit commun. Leur répression se heurte à plusieurs obstacles juridiques qui, quand ils ne la neutralisent pas, la déforment de manière regrettable.

§ 1. ELEMENTS DE DISCORDANCE ENTRE LA PARTICIPATION PUNISSABLE ET LE FONDEMENT DES INFRACTIONS CONNEXES

Lorsque plusieurs personnes commettent une même infraction, leur acte est caractérisé pénalement par une entente préalable, occasionnelle ou organisée. Celle-ci peut entraîner une responsabilité particulière chez celui qui n'a fait que coopérer à l'infraction, même s'il ne l'a pas réalisée entièrement dans son chef. Parfois, elle peut constituer une circonstance aggravante et même une infraction réprimée en tant que telle en raison du danger que cette association inspire. Lorsque, en revanche cette entente n'a pas lieu, la responsabilité de chaque participant doit être examinée isolément comme s'il avait agi de manière individuelle sauf une réglementation particulière (3)

(1) R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, t. I, éd. Cujas 1978; p. 612 et 613, n° 480 et 483. G. STEFANI et G. LEVASSEUR, *Droit pénal général*, 10e éd. 1978, n° 251 et s., p. 269; J. CONSTANT, *Traité élémentaire de droit pénal*, t. I, Imprimeries Nationales, Liège 1965, n° 242; A. MARCHAL et JP JASPAR, *Droit criminel, Traité théorique et pratique*, t. I, Larcier, Brux. 1965, n° 317 et 318, p. 119 et s. A noter la distinction en droit belge et celui des anciennes possessions entre la corréité et la complicité.

(2) Voir J. CONSTANT, *op. cit.*, n° 243.

(3) R. MERLE et A. VITU, p. 608 et s., n° 477 et s.; STEFANI et LEVASSEUR, *op. cit.*, n° 251 et s.; P. BOUZAT et J. PINATEL, *op. cit.*, n° 771 et s.; J. CONSTANT, *op. cit.*, n° 242 et s., p. 320 et s.; J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, Faculté de droit de Louvain, cours 1976-76, p. 75 et s.

Pour que la notion de participation punissable joue en matière de banqueroute, il faudrait que les volontés et les actes du débiteur et des tiers convergent vers la réalisation ou la couverture des faits constitutifs de banqueroute (1). Ainsi, une disposition commune à la quasi totalité des droits examinés rappelle, en matière de banqueroute frauduleuse que, s'il y a concert préalable entre l'agent et le banqueroutier, le cas relèvera de la complicité (2). Celle-ci demeure au reste possible dans un bon nombre de cas de banqueroute.

Cependant, les infractions connexes se départissent nettement des hypothèses de la corréité et de la complicité. Alors que la corréité et la complicité se greffent sur une infraction principale (3), les actes de tiers réprimés par le droit de la banqueroute ne requièrent pas l'existence de la banqueroute du débiteur (4). La simple faillite suffit. A vrai dire ces incriminations se situent en dehors du champ du débiteur. Les tiers encourent une responsabilité propre pour avoir - dans leur intérêt ou l'intérêt du débiteur, peu importe mais, en tout cas, sans concert préalable avec lui - contrecarré la procédure de faillite.

On pourrait de prime abord douter de la pertinence de cette solution. Les sanctions pour banqueroute s'adressent au débiteur parce qu'il est l'auteur principal du trouble socio-économique qui pourrait découler de la cessation des paiements. Les tiers, souvent en position de victimes, ne devraient pas être inquiétés sauf si changeant de rôle, ils collaborent aux méfaits du débiteur (5).

 (1) A titre d'exemple: art. 578 du c. de com. belge; art. 143, al. 1 de la loi française de 1967; art. 314 du c. pén. du Tchad; art. 567 du c. pén. marocain.

(2) C'est l'une des conditions nécessaires à l'existence de la participation punissable. R. LEGROS, L'élément intentionnel dans la participation criminelle. RDPC 1952-53, p. 117 à 134; A. LEGAL, L'élément intentionnel de la complicité, RSC 1955, p. 513 à 516.

(3) J. ROBERT, Imputation et complicité, JCP 1975-I-2720, n° 11 et s.

(4) Cfr. HONORAT, op. cit., Juriscl. pén. art. 402 à 404, p. 16, n° 111 et 114, RPDB n° 2647. Ces infractions peuvent avoir lieu en cas d'acquiescement du débiteur.

(5) Voir R. DOUBLIER, Le consentement de la victime, in Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal, p. 187 à 225, spéc. p. 191 et 192, n° 3. Parfois, l'attitude de la victime peut être moralement et pénalement répréhensible. Ex. celui qui accepte en connaissance de cause un chèque sans provision peut espérer obtenir du débiteur des avantages immérités.

Sans doute, est-ce la défaillance du débiteur qui est à l'origine de la procédure de faillite! Celle-ci toutefois, pour réussir, exige un comportement particulier des créanciers du débiteur, des tiers et même des mandataires de justice, organes de la faillite. En effet, les avantages que les créanciers peuvent attendre d'elle sont au prix d'un certain nombre de sacrifices, notamment le respect de l'égalité entre eux. Des mandataires de justice chargés de l'administration de la faillite, le droit de la faillite exige une intégrité et une diligence particulières dans la réalisation des éléments d'actif du débiteur et la distribution des sommes réunies. Quant aux tiers, étrangers à la procédure, ils doivent observer pourrait-on dire, une attitude de "neutralité" notamment éviter de réaliser pour le débiteur la soustraction de son actif (1). Ces règles de conduite jugées essentielles pour la réussite de la procédure de faillite nécessitent indépendamment de l'attitude du débiteur une protection de caractère pénal (2). Ce sont, par conséquent, des motifs de fond qui militent en faveur de la répression des créanciers et de tous ceux qui peuvent avoir accès au patrimoine du débiteur sans respecter la procédure collective.

Cette répression trouve sa raison d'être dans le régime de la faillite. Lorsque le débiteur ne peut pas bénéficier d'une procédure collective il est inapproprié de prévoir des sanctions particulières à charge d'autres catégories de personnes puisqu'elles n'ont pas de devoirs particuliers à assumer. On s'explique dès lors l'absence de telles incriminations à charge des débiteurs civils dans les droits examinés (3).

(1) J. BEGUIN, Les sanctions pénales in RODIERE et autres, Les procédures collectives de liquidation ou de renflouement des entreprises en droit comparé, Economica, Paris 1976, p. 198 et s. On se situe en dehors de la banqueroute et du concert préalable avec le débiteur.

(2) Voir supra problématique.

(3) Voir art. 211 du c. pén. du Mali; art. 331, c. pén. Cameroun; art. 490bis, c. pén. belge. En revanche, art. 576 et s., c. com. tunisien.

Dans la mesure où le droit de la banqueroute assure le respect du mécanisme de la faillite, il doit non seulement frapper le débiteur mais aussi ceux qui peuvent enrayer la procédure. La catégorie des créanciers, des tiers et des mandataires de justice apparaît donc comme une nécessité parmi les personnes punissables des peines de la banqueroute. Le droit de la faillite et de la banqueroute pourrait difficilement s'en passer; cela d'autant moins qu'en dehors des arguments de fond évoqués, le droit pénal commun ne pourrait pas aller aussi loin et de manière aussi adaptée dans la répression qu'un système particulier et intégré au droit de la banqueroute.

§ 2. INCERTITUDES ET INSUFFISANCES DU DROIT PENAL ORDINAIRE POUR REPRIMER LES INFRACTIONS CONNEXES

Pour réprimer un certain nombre d'actes que l'entourage du débiteur peut commettre pour faciliter la banqueroute, les dispositions sur la participation punissable peuvent avoir leur utilité. Cependant la corréité et la complicité exigent pour leur qualification des conditions particulières notamment une entente préalable avec l'auteur principal et un acte de collaboration en vue de la réalisation de l'acte concerté comme l'assistance, l'aide indispensable, etc...

Or, dans le chef des personnes punissables des infractions connexes, une série d'actes peuvent ne pas être accomplis dans l'intérêt du débiteur (1). D'autres, quand ils le sont dans son intérêt, n'ont pas besoin pour aboutir de l'accord du débiteur (2). En axant, en matière de banqueroute, son action préventive et répressive sur le débiteur et ses éventuels complices, le législateur risquerait d'oublier d'autres délinquants tout aussi dangereux pouvant sans la connivence du débiteur, amenuiser le gage général des créanciers et mettre en échec la procédure de faillite.

-
- (1) Exemple: les malversations du syndic ou du curateur, l'affirmation de créances supposées pour les créanciers. Voir PINOTEAU, Législation pénale en matière économique et financière, LGDJ, Paris 1959, p. 95, n° 138 et les références; GOYET par ROUSSELET... Droit pénal spécial, 8e éd., Sirey, Paris, p. 744, n° 1031.
- (2) La dissimulation dans l'intérêt du débiteur mais sans concert frauduleux, voir: PINOTEAU, op. cit., p. 95, n° 137.

Il est par ailleurs à noter que la complicité, même quand elle peut être retenue, n'apporte pas toujours la certitude de la répression. Il existe, en effet, dans les pays considérés, des divergences dans son application. Si elle est admise partout dans l'hypothèse de la banqueroute frauduleuse, elle a rencontré dans certains pays des difficultés à s'imposer en matière de banqueroute simple sous le prétexte que celle-ci ne vise que des faits matériels (1).

Bien qu'une telle attitude puisse surprendre alors que ces même pays manifestent moins de réticences à accueillir la complicité pour les délits assimilés à la banqueroute (2), la jurisprudence n'en est pas moins restée sur sa position (3). En France, cette résistance n'a pu être vaincue que par l'intervention expresse du législateur lors de la réforme de 1958 (4).

-
- (1) Pour le droit belge, la complicité peut avoir lieu si l'infraction principale implique une intention doléuse: Cass. 13 juin 1904, Pas 1904-I-259. Avant 1958, la doctrine et la jurisprudence françaises soutiennent qu'il ne peut y avoir de complicité en matière de banqueroute simple: crim. 10 octobre 1844, DP 1845-I-25; crim. 11 juin 1953, D.1953-J-636 et s.; PERCEROU et DESSERTÉAUX, Des faillites et des banqueroutes, t III n° 1523; LYON-CAEN et RENAULT, op. cit., tVIII n° 945; GARAUD, Traité théorique et pratique du droit pénal français, t. VI, Sirey, Paris 1935, p. 610, n° 2677. Possibilité cependant de répression du coauteur: Cass. crim., 8 août 1867, S.1868-I-41. Le problème s'est sans doute posé dans des termes identiques dans les anciennes possessions françaises avant l'avènement des codes pénaux nouveaux. En revanche, dans les anciennes possessions belges, le problème ne se posa pas. Les nouveaux codes pénaux rwandais et burundais introduisent la classification des infractions pénales en crimes, délits, contraventions; elle n'existait pas auparavant.
- (2) Le droit français avant 1958 et celui des ex-possessions françaises. Une controverse s'était installée en doctrine française sur la complicité de délit assimilé à la banqueroute. Pour: GOYET, La protection de l'épargne et les dispositions pénales des décrets du 8 août et du 30 octobre 1935, RSC 1936, p. 348; voir aussi B. BOULOC, note sous cass. crim. 23 juillet 1970, RS 1971, p. 157 et 163. Contre, par assimilation aux banqueroutes simples: Cass. crim. 15 février 1955, JCP 1955-II-8664, note JR, RTDC 1955, p. 368; cass. crim. 13 mai 1965, RTDC 1965, p. 648; voir HOUIN, Chronique sur le règlement judiciaire, RTDC 1970, p. 793, n° 20.
- (3) Cass. crim. 15 février 1955, JCP 1955-II-8664, note JR.
- (4) Nouvelle rédaction de l'art. 403 du c. pén. français. Dans la plupart des nouveaux codes pénaux aucune particularité n'affecte la complicité de banqueroute qui selon le régime de droit commun peut concerner la banqueroute frauduleuse comme la banqueroute simple.

Dans la logique pourtant rien ne s'oppose en matière de banqueroute simple ou frauduleuse à l'admission d'une notion de complicité du moment que les faits principaux exigent une intention doloureuse pour leur accomplissement comme l'indique le droit belge (1). L'analyse des faits montre le danger que constitue notamment la complicité de certains fournisseurs ou bailleurs de fonds dans l'emploi de moyens ruineux pour se procurer des fonds (2). Il n'empêche qu'une telle divergence prouve la fragilité de la notion de complicité en matière de banqueroute et l'impunité qui pourrait en découler pour certains délinquants.

Si la notion de complicité reste imparfaite à traduire juridiquement certains actes dangereux en matière de banqueroute, il en est de même des infractions de droit commun qui peuvent être invoquées en pareil cas. Sans doute, le vol, l'abus de confiance, le recel, l'escroquerie, le faux en écritures, peuvent qualifier certains actes diminuant l'actif du débiteur ou augmentant son passif. Ainsi le fait pour un agent d'affaires de recevoir une commission provenant à sa connaissance d'un détournement d'actif commis par un commerçant en état de cessation de paiement constitue un recel ordinaire (3). Un tiers qui, dans son intérêt, soustrait une partie de l'actif du débiteur ou s'approprie malgré des réclamations du débiteur et plus tard celles du syndic ou du curateur, un bien reçu en détention précaire du débiteur commet le vol ou l'abus de confiance (4).

Cependant l'intention frauduleuse assez stricte exigée des auteurs qui consiste notamment en une attitude positive et incontestable dans la soustraction des biens du débiteur peut rendre difficile la qualification de l'infraction (5), lorsqu'en particulier les faits sont commis dans l'intérêt du débiteur. S'agissant de l'escroquerie elle ne peut avoir lieu sans la preuve de manoeuvres frauduleuses; ce qui est rarement le cas en matière de banqueroute (6).

(1) Cass. 30 juin 1964, Pas. I-1169; Gand, 5 juin 1953, Rev. faillite 1953-54, p. 94.

(2) Voir infra, p. 419.

(3) crim. 18 janvier 1968 rapporté par ROBIN, Rép. pén. et proc. pén. V^e Banqueroute, éd 1970, n^o 74.

(4) RPDB n^o 2645; J. LARGUIER, Droit pénal des affaires, Armand Colin, Paris 1977, p. 380.

(5) Exemple: pour le recel il faut prouver la connaissance par le délinquant de l'origine criminelle de la chose et de l'intention de soustraire cette chose pour en tirer profit ou pour causer préjudice: LIKULIA BOLONGO, op. cit., p. 370; LARGUIER, op. cit., p. 190 et s., p. 156 pour l'abus de confiance. Entre le concert frauduleux avec le débiteur et l'atteinte non équivoque à sa propriété ou à celle de la masse, il y a place à une série de comportements qu'il importe de réprimer pour protéger l'ordre socio-économique.

(6) Paris 23 mai 1959, RTDC 1959, p. 770 et 974.

Bien que ces infractions de droit commun aient pour but de réprimer l'atteinte au patrimoine d'autrui, leur échec à embrasser en matière de banqueroute certains actes dangereux pour les créanciers se trouve dans l'étiquetage du patrimoine du débiteur comme gage général des créanciers et la qualification des faits comme portant atteinte aux règles essentielles des procédures collectives.

La vulnérabilité des personnes visées découle par conséquent des devoirs particuliers qu'elles ont à assumer en matière de faillite ou de la spécificité de leurs rapports avec le débiteur pouvant en dépit des dispositions pénales ordinaires faciliter la disparition de ses éléments d'actif. L'incrimination de leurs actes par le droit de la banqueroute comble les lacunes du droit commun en même temps qu'elle attire l'attention sur leur criminalité. Chaque catégorie de tiers punissables des peines de la banqueroute devrait donc répondre aux nécessités de cette répression.

SECTION 2: NECESSITE DE LA REPRESSION DES TIERS, AUTEURS DES INFRACTIONS CONNEXES

Les personnes que les différentes législations ont choisi de réprimer de manière particulière pour leurs actes contrecarrant le bon déroulement de la procédure de faillite n'entretiennent pas de relations identiques avec le débiteur et interviennent à des titres divers dans la procédure de faillite. Bien que leurs listes ne soient pas toujours concordantes, les droits positifs les regroupent en général en trois catégories: les créanciers, les tiers intéressés parmi lesquels certains pays réservent une sanction particulière aux parents et proches du débiteur (1), les auxiliaires de justice: curateurs ou syndics. Doivent-ils encourir des sanctions pénales en matière de banqueroute?

(1) Le droit français prévoit une disposition particulière à leur égard pour adoucir la répression et éventuellement mettre en échec l'argument de l'immunité prévue en leur faveur par le droit pénal ordinaire.

§ 1. LES CREANCIERS

De même qu'elle dicte une ligne de conduite au débiteur, la procédure de faillite exige un certain comportement de la part des créanciers: ne rien faire qui mette en cause la règle de l'égalité. Ce devoir n'est cependant pas toujours respecté. La crainte d'un paiement incomplet étant irrésistible, le créancier essaie de se soustraire à l'égalité en recherchant par des moyens malhonnêtes un dividende plus élevé que celui qu'il pourrait espérer du respect de l'application des procédures collectives (1). Comme cette règle de l'égalité est une des pièces maîtresses de la procédure de faillite, son respect est protégé sous la menace de sanctions pénales à charge du créancier comme du débiteur.

A cet effet, le droit de la banqueroute réprime plusieurs procédés malhonnêtes utilisés par les créanciers notamment la production de créances supposées ou exagérées, la stipulation d'avantages particuliers à charge de l'actif du failli (2) et l'échange d'avantages particuliers contre un vote dans les délibérations de la masse. La délinquance de ces créanciers s'exprime dans la frustration de tout ou partie du paiement aux autres créanciers qui, dans le respect du mécanisme de la faillite, ont modéré leurs réclamations sur la défaillance du débiteur. Elle se mue en une véritable "escroquerie" lorsqu'un créancier contribue avec ses collègues à l'adoption d'un concordat auquel il a pris la précaution de se soustraire (3).

Ces actes délictueux à charge du créancier méritent d'être punis dans le cadre de la banqueroute parce qu'ils perturbent une réglementation essentielle à la sécurité des affaires et à laquelle le créancier est tenu de se soumettre.

(1) A. HUET, op. cit., in Rodières et autres, p. 457 et s.; J. BEGUIN, Les procédures spéciales aux affaires. Librairies Techniques Paris 1973, p. 350 et 351; J. BEGUIN, op. cit., in Les procédures collectives, Paris, Economica 1976, p. 198.

(2) En droit français cette infraction avait été supprimée par l'ordonnance du 23 décembre 1958 et a été ramenée par la loi de 1967. L'erreur semble subsister dans la législation malgache et la loi algérienne.

(3) C'est la convention immorale qui est punie, en dépit du résultat des délibérations voir L. LACOUR et J. BOUTERON, Précis de droit commercial, 2e éd., t. 2, Dalloz, Paris, 1921, n° 2167.

§ 2. LES TIERS AYANT CONTRIBUE A LA DIMINUTION DE L'ACTIF DU DEBITEUR

Les différents droits examinés punissent ceux qui, dans l'intérêt du failli auront soustrait, dissimulé ou recelé tout ou partie de ses biens meubles ou immeubles. La répression de ces personnes en dehors des actes de complicité découle du souci de déjouer toute manœuvre tendant à faciliter au débiteur la soustraction de l'actif au détriment des créanciers. Ces personnes n'ont sans doute pas d'obligations spécifiques à assumer dans la faillite qui ne concerne que le débiteur et ses partenaires immédiats. Elles sont cependant réprimées du chef des infractions connexes à la banqueroute en raison du mobile particulier qui accompagne leurs méfaits: l'intérêt du débiteur; d'autant plus que cet intérêt altérant l'intention criminelle des auteurs semble être une limite que franchirait avec peine les incriminations de droit commun (1).

En effet, la défaillance du débiteur n'intéresse pas seulement les partenaires commerciaux. Elle peut affecter plusieurs autres personnes parmi lesquelles les proches parents, les amis, de simples sympathisants et tous ceux qui auraient un intérêt quelconque matériel ou moral à la survie de l'activité du débiteur ou à son enrichissement aux dépens des créanciers. Cette sympathie peut conduire certains à réagir comme le débiteur malhonnête aux abois. Un tel comportement qui aurait lieu sans la connivence du débiteur - ou parce que celle-ci serait difficile à stigmatiser - risquerait de rester impuni. La considération de l'intérêt que le failli peut en tirer, intègre ces personnes parmi celles punies des peines de la banqueroute (2).

§ 3. LES MANDATAIRES DE JUSTICE: CURATEURS, SYNDICS et LIQUIDATEURS

Si le bon déroulement d'une procédure collective requiert l'honnêteté du débiteur, des créanciers et même des tiers, il dépend également du comportement de ceux qui sont chargés de son administration. Ayant notamment la mission de reconstituer le patrimoine du failli en vue de sa liquidation et sa distribution aux créanciers conformément au régime de la faillite, le curateur ou le syndic doit se montrer d'une intégrité exemplaire et accomplir scrupuleusement son devoir.

(1) Voir cependant infra p. 555 et s.

(2) Voir J. BEGUIN, Les sanctions pénales, op. cit., p. 201 et 302. Il ne nous apparaît pas cependant que cette catégorie entame de manière directe et sérieuse la sécurité des transactions. La répression pour banqueroute pourrait à notre avis s'en passer.

La plupart des législations répriment dans le cadre de la banqueroute les malversations du curateur ou du syndic dans sa gestion (1). Le choix paraît raisonnable puisque le droit de la banqueroute a notamment pour mission de venir à la rescousse des dispositions jugées essentielles pour le droit de la faillite. Sans la menace d'une peine pénale, l'importance des sommes à manipuler, notamment, pourrait constituer une tentation.

Sans doute certains des agissements enfreignent des dispositions pénales de droit commun mais il est avantageux que le régime répressif édicté dans le cadre de la faillite garde une certaine unité; il est possible, dans ce cadre, de prévoir une incrimination plus large et mieux adaptée aux obligations propres de ces mandataires de justice.

* *

*

Le débiteur failli, le dirigeant, dans l'hypothèse d'une personne morale commerçante, ainsi que la catégorie de tiers qui vient d'être définie, constituent les cibles essentielles du droit de la banqueroute. Certes, la répression du débiteur malhonnête est dans l'ordre normal des choses. Mais, en dehors de l'hypothèse de la complicité, d'autres personnes que leur qualité devrait tenir pour des victimes pourraient-elles être inquiétées?

La réponse ne fait pas de doute si, à la lumière des obligations que le mécanisme de la faillite fait peser sur les créanciers, on recense les possibilités d'y mettre échec et tenant compte de la réalité, on s'efforce par ailleurs de circonscrire les manoeuvres de tous ceux qui peuvent aider le débiteur à soustraire à la procédure une partie de l'actif. Les liens que ces personnes ont avec le débiteur aggrave le danger de leur malhonnêteté. La catégorie des tiers doit, par conséquent, être visée par les peines pour banqueroute sous peine de bâtir un édifice incomplet (2).

(1) Voir J. BEGUIN, Les sanctions pénales, op. cit., p. 201 et 202.

(2) Contrairement au processus normal de l'infraction qui oppose l'agresseur à sa victime, quand elle existe, la défaillance du débiteur dresse les partenaires les uns contre les autres: le débiteur aux créanciers; ceux-ci s'opposent entre eux et chacun au débiteur.

Si, ce faisant, le législateur semble à l'échelle de la politique criminelle avoir prévu une liste plus ou moins complète des personnes susceptibles d'aggraver la défaillance du débiteur et requérant une sanction pénale dans le cadre de la banqueroute (1), la recherche des délinquants peut demander un travail plus laborieux qui consiste à découvrir ceux qui abusant de diverses constructions juridiques ont caché leur qualité pour agir dans l'impunité.

(1) Cette méthode présente l'avantage de l'unité et de la cohérence. L'incrimination est facilitée quand on reste dans un même régime; la répression des tiers peut se modeler sur celle du débiteur qui demeure le noyau de la criminalité en matière de banqueroute.

CHAPITRE III: LA PUNISSABILITE DE CEUX QUI S'INGERENT
DANS L'EXPLOITATION D'UNE ENTREPRISE COMMERCIALE

Exercée en groupe ou par un individu isolément, l'activité commerciale est, en général, apparente. Des formalités obligatoires telles que l'inscription au registre de commerce, la publicité de certaines mentions avertissent les partenaires de la qualité du débiteur. Au demeurant, à quelques exceptions près, les activités commerciales nécessitent un établissement, le fonds de commerce (1).

L'activité commerciale peut cependant s'exercer sinon dans la clandestinité du moins sans la volonté d'assumer tous les risques de la profession. Des techniques éludant la qualité de commerçant sont alors mises au point par le débiteur pour mettre à l'abri son patrimoine, parer éventuellement aux poursuites pénales en cas de cessation de paiements, l'existence du fonds de commerce n'indiquant pas forcément le véritable entrepreneur (2). De telles situations, se présentent souvent, chez les personnes morales commerçantes en particulier. Elles correspondent, selon la formule du professeur P. COPPENS, "à la spéculation malsaine dans le chef d'un individu, des profits illimités pour des pertes limitées" (3).

Cependant, l'exercice du commerce sans se conformer aux exigences formelles ne comporte pas nécessairement une volonté de se soustraire aux obligations de commerçant (4). En effet, sans remplir toutes les formalités exigées pour exercer une profession commerciale, par négligence ou par opportunité, on peut dans les faits se présenter comme un véritable commerçant ou se déclarer prêt à assumer ses responsabilités. La qualification d'une telle activité est relativement simple, même si elle est éventuellement cumulée avec une autre profession, la commercialité dépendant de manière suffisante de l'exercice effectif du commerce (5). De même, aucune difficulté particulière

(1) RIPERT et ROBLOT, op. cit. 10e éd., n° 212 et s.

(2) Voir RIPERT et ROBLOT, op. cit. 10e éd., n° 548 et s.

(3) P. COPPENS, La faillite personnelle du maître de l'affaire, RPS 1967, p. 195.

(4) CLOQUET, Faillite et concordats, Nouvelles, droit commercial, t. IV, 2e éd., n° 167

(5) L'exercice d'une activité commerciale à titre principal ou d'appoint rend l'auteur commerçant.

ne se pose lorsque la qualité de commerçant découle de l'adoption, pour l'exercice du commerce, d'une structure juridique qui laisse transparaître la personnalité des associés garantissant de manière indéfinie et solidaire les obligations de la personne morale (1).

Le danger s'accroît par contre lorsque la véritable qualité de commerçant est cachée aux tiers ou bien que, affichée au moment de prospérité, elle est reniée en cas de difficultés de l'entreprise. Parfois même - ce qui semble constituer le point culminant de la fraude - le commerce créé peut n'être que fictif, cacher le néant.

Plusieurs procédés peuvent être utilisés à cet effet. Certains individus se servent d'un prête-nom alors qu'ils entendent eux-mêmes mener l'activité commerciale; d'autres par un débordement d'activités ou par un abus de pouvoir s'immiscent dans l'activité d'une autre personne au point d'en faire leur propre affaire devenant ainsi les animateurs et les véritables maîtres d'affaires; d'autres encore, confondant leur patrimoine et leur intérêt avec ceux d'une autre entreprise en sorte que les deux soient imbriqués, transforment l'activité d'une autre personne en une sorte d'entreprise personnelle.

Le droit de la faillite réagit en soumettant toutes ces personnes aux procédures collectives par application des règles de droit commun, parce qu'elles sont supposées avoir assumé l'entière responsabilité des risques de l'entreprise. Toutefois, le législateur peut se limiter à rechercher pour les créanciers le dividende le plus élevé possible en exigeant que ceux qui, dans la prospérité ont directement bénéficié de leur crédit contribuent à la reconstitution du patrimoine à partager. Même, dans certaines législations, des dispositions particulières étendent les procédures collectives aux dirigeants des personnes morales qui ont seulement abusé de leur pouvoir sans que la qualité de commerçant puisse leur être attribuée parce qu'ils emportent une certaine responsabilité dans la faillite de la société.

(1) Voir pour le droit belge cass. 15 décembre 1938, RPS 1940-46, p. 199 obs.

Agissant dans la clandestinité et en tous cas sans se déclarer officiellement, ces "candidats" à l'extension de faillite constituent un réel danger pour les affaires en cherchant à profiter malhonnêtement du crédit des créanciers. Outre les sanctions civiles qui les attendent, on peut se demander s'ils ne sont pas susceptibles de se placer dans l'hypothèse de la banqueroute; car, s'ils peuvent être qualifiés de commerçant, rien ne s'oppose plus à ce qu'ils soient justiciables de la banqueroute.

Nous examinerons d'abord l'hypothèse de l'acquisition de la qualité de commerçant puis celle où l'extension de faillite ne fait pas acquérir la qualité de commerçant excluant de ce fait les sanctions pour banqueroute.

SECTION 1: L'ACQUISITION DE LA QUALITE DE COMMERCANT ET

L'IDENTIFICATION DES PERSONNES PUNISSABLES DE LA BANQUEROUTE

Contre ceux qui, pour tirer le maximum de profit d'une activité commerciale, écartent par divers artifices la disposition de l'entière part de leur patrimoine par les créanciers, le droit commun de la faillite ne désarme pas: en rétablissant la réalité commerciale il met en lumière leur qualité de commerçant et par suite leur vulnérabilité à la faillite et à la banqueroute.

§ 1. L'EXPLOITATION D'UNE ENTREPRISE COMMERCIALE DERRIERE OU SOUS LE COUVERT DU COMMERCANT, PERSONNE PHYSIQUE OU MORALE

Dans le cadre d'une activité commerciale par une personne physique, la doctrine et la jurisprudence des droits examinés distinguent pour conclure à une extension de faillite l'usage du prête-nom et l'exploitation en commun (1).

Alors que la structure du prête-nom dissimule en réalité l'activité commerciale du mandant, le prête-nom servant de façade, l'exploitation en commun quant à elle, implique dès le départ l'existence d'une réelle activité commerciale et d'un véritable commerçant,

(1) CLOQUET, op. cit., n° 169 et s., n° 173; HOUIN, Répert. dr. com., 3e éd., V° Faillite, règlement judiciaire..., n° 35 et s.

un ensemble auquel une autre personne, par des actes d'ingérence et d'immixtion, fournit un concours ou une participation si essentielle que les tiers croient légitimement se trouver en présence d'un commerçant, le maître de l'affaire.

L'exploitation d'une entreprise commerciale personnelle sous le couvert d'une personne morale paraît encore plus fréquente (1). Compte tenu de la limitation de responsabilité qui peut être reconnue aux associés, la création d'une personnalité juridique distincte peut n'être qu'un artifice pour mettre le patrimoine à l'abri en cas d'insuccès alors qu'ils exercent eux-mêmes l'activité commerciale. De même, la personne morale peut ne constituer qu'un masque à une activité personnelle du dirigeant et même d'une personne étrangère, avec l'espoir que, le moment venu, ils pourront exciper de leur qualité de mandataire ou d'étranger à l'activité pour écarter leur soumission aux procédures collectives (2).

Par application des règles de droit commun de la faillite mises en oeuvre par diverses techniques, les juridictions prononcent les procédures collectives contre ceux qui malgré l'écran d'une autre personne physique ou morale ont dans les faits exercé une véritable activité commerciale et de ce fait ont acquis la qualité de commerçant.

A. NOTION DE PRETE-NOM ET COMMERCE PAR INTERPOSITION DE PERSONNE

La convention de prête-nom a pour objet l'accomplissement d'un acte juridique en son propre nom et pour le compte du mandant en sorte que celui-ci n'apparaisse pas aux tiers contactants et qu'il n'y ait pas de relation entre eux (3). Cependant comme toile de fond

- (1) Elle semble liée à la pratique des affaires qui s'accomode de plus en plus de la création d'êtres moraux où la volonté de groupement est plutôt mince. Il ne faut d'ailleurs pas croire qu'elle est toujours créée avec un esprit de fraude. Voir CALAIS-AULOY, Encycl. Dalloz, Droit commercial des sociétés. V° sociétés fictives n° 5 et s.; CLOQUET, op. cit., droit commercial, t. IV, 1975, n° 167; P. COPPENS, Idées nouvelles dans le droit de la faillite..., p. 193.
- (2) DURAND, L'évolution de la condition juridique des personnes morales de droit privé, in Le droit privé français au milieu du 20e s., Etudes offerts à G. RIPERT, Paris LGDJ 1950, t. I, p. 155, COULOMBEL, Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé, Langres, Impr. Moderne 1950, p. 55 et s.
- (3) RA. FORIERS, Observations sur le contrat de prête-nom et la théorie des extensions de faillite, JT 1980, p. 417 et 424, spéc. p. 421 et s. En faveur de l'exclusion de toute action directe entre les deux (sous réserve de fraude à la loi ou aux droits des tiers) PLANIOL et RIPERT, op. cit., t. XI, n° 1508; BAUDRY LACANTINERIE et WAHL, op. cit., Du mandat, n° 893 et s. Pour la possibilité de rapports directs fondés sur la théorie de la simulation: DE PAGE et DEKKERS, t. V, n° 477 et s MAZEAUD, Leçons de droit civil, t. III, 3e éd., n° 1430.

de l'extension de faillite (1) elle reflète une réalité plus profonde où le mandant "récupère" l'activité du prête-nom par suite de la transparence de celui-ci.

Parce que la technique du prête-nom n'a pas eu d'autre but que de cacher l'activité personnelle du mandant, l'écran du prête-nom tombe et les tiers obtiennent le droit de dévoiler l'activité cachée en faisant jouer la théorie de la simulation (2). Ils argueront de ce qu'ils ont été trompés en ne recevant que le gage du prête-nom alors que l'activité commerciale était menée par le commerçant dissimulé, l'animateur de l'entreprise. Il y aura eu commerce par interposition de personne, la volonté de cacher s'étant transposée en une volonté de tromper.

Le mécanisme permet une articulation plus aisée des conditions nécessaires à l'application de la faillite notamment la qualité de commerçant; mais celle-ci doit être constatée, même si elle peut découler implicitement de l'activité du prête-nom.

Lorsque la jurisprudence déclare une faillite en recourant au concept de prête-nom, sa démarche consiste pour l'essentiel à réunir les faits pouvant démontrer la simulation (3). Le rôle de figurant stigmatisé, la qualité de commerçant du prête-nom se répercute sur le maître de l'affaire; celui-ci étant commerçant à travers les actes du prête-nom, perd sa qualité dès que cesse l'activité du prête-nom (4).

(1) A. FORIERS, op. cit., JT 1980, p. 417 et s. et les références bibliographiques des notes 2 et 3; Cass. 11 janvier 1979, RPS 1979, p. 243; Cass. 26 octobre 1979; JT 1980, p. 425; T'KINT, Le juge et les sociétés commerciales en difficulté, Louvain, le 15 mai 1975, p. 47; PA FORIERS, F. MAUSSION et L. SIMONT, L'abus de pouvoir et de fonctions en droit commercial, Travaux H. CAPITANT, t. 28, Paris, Economica 1980, p. 165 et s. Ces derniers voudraient substituer dans ce cas à la théorie du prête-nom, celle de l'abus de personne morale, de l'abus de pouvoir, la théorie de l'apparence, etc...

(2) A titre indicatif, en faveur de la théorie du prête-nom: PLANIOL et RIPERT, op. cit., t. XI, n° 1508; DE PAGE, op. cit., t. II, 3e éd., n° 620; VAN OMMESLAGHE, Abus de droit, fraude des droits des tiers et fraude à la loi, RCJB 1976, n° 22, p. 344; T'KINT et HORSMANS, SA et SPRL, JT 1977, p. 426 et les arrêts de la cour de cassation belge cités plus haut. Contre: A. FORIERS, op. cit., JT 1980, p. 417 et s.; A. FORIERS et autres, op. cit., in L'Abus de pouvoirs, Travaux H. CAPITANT, t. XXVIII, Paris, Economica, 1980, p. 165 et s.

(3) Cass. com. 14 mars 1956, RTDC 1956, 568 obs. Houin; com. 28 octobre 1975, D.1976-IR-p. 8; Trib. com. Verviers 19 novembre 1966, JL 1966-67; Trib. com. Verviers, 13 avril 1967, JL 1967-68, p. 13; Tribunal com. Turnhout, 23 avril 1975, cité par P. COPPENS et T'KINT, op. cit., RCJB 1979, p. 300; Bruxelles, 17 mai 1978, JCB 1979-II-120.

(4) P. COPPENS et T'KINT, op. cit., RCJB 1979, p. 304; T'KINT, l'extension de faillite, RCJB 1981, p. 52 et s.

Prenant appui dans la théorie de la simulation, le concept de prête-nom permet donc de démasquer l'activité commerciale du maître de l'affaire en l'induisant de l'activité apparente du prête-nom. A l'opposé, une autre technique permet la qualification d'une activité commerciale manifestée comme telle dans les faits alors que le titulaire ne veut pas en assumer les conséquences en cas d'insuccès: la notion d'exploitation en commun.

B. NOTION D'EXPLOITATION EN COMMUN EN DROIT FRANCAIS

Alors que la technique de prête-nom reste peu compatible avec l'entreprise individuelle, l'exploitation en commun paraît plus fréquente. Une activité commerciale se rattache à plusieurs personnes qui y participent de manière effective et autonome; mais de l'enchevêtrement de leurs gestes, il n'est pas possible de déceler une activité réellement distincte et séparée. Par suite, on fait découler l'identité de situation juridique la qualité de commerçant chez chacun des participants (1).

L'intérêt de la notion d'exploitation en commun réside en ce que, dès qu'elle est constatée, il n'est plus nécessaire de caractériser de manière particulière et dans chaque participant, les éléments de commerçant qui découlent de manière implicite de la participation à l'activité de l'entreprise commune. "Parce qu'une personne, écrit un auteur, intervient aux côtés d'une autre personne dans l'exercice de l'activité qui confère à cette dernière la qualité de commerçant, elle doit avoir la même qualité par identité de motif qui rend inutile un nouvel examen de la situation individuelle" (2).

Le recours à la notion d'exploitation en commun connaît un développement prodigieux dans la jurisprudence française (3) en particulier depuis le refus de personnalité juridique aux sociétés de fait non immatriculées et par suite, leur exclusion des procédures collectives comme entité juridique. Encore qu'elle garde toute sa valeur lorsqu'elle révèle la qualité de commerçant en raison de l'activité propre

(1) MB. MAUBRU, La poursuite conjointe en règlement judiciaire ou en liquidation des biens de deux époux exploitant un commerce en commun, JCP 1967-I-2804; TAUZIA, La notion commerciale d'exploitation en commun, Les petites affiches, 18 juillet 1977, p. 3 et 4. En droit belge voir notamment L. WEYTS, Samenhandeldrijvende echtgenoten TPR 1977, p. 223 et s., résumé en français, p. 272.

(2) MB. MAUBRU, op. cit., JCP 1976-I-2804, n° 8, note sous com. 14 octobre 1974.

(3) Parmi les nombreuses décisions, les dernières publiées: Aix-en-Provence 30 juin 1978, D.1979-IR-280, obs. HONORAT; Banque 1980-126, obs. Martin; RTDC 1980, p. 315, obs. Derrupe; Com. 28 novembre 1978, D.1979-IR-233, note HONORAT; Com. 4 janvier 1979, JCP 1979-IV-79; Com. 6 février 1979, Gaz. Pal. 1979-I-30m. p. 226.

du participant dans l'entreprise commune, la plupart des droits nationaux en revanche, lui préfèrent autant que possible les structures des sociétés créées de fait ou de société en nom collectif irrégulière (1) dont la faillite sera répercutée sur les associés.

L'exploitation en commun constitue avec le prête-nom des moyens intéressants pour l'attribution de la qualité de commerçant à tous ceux qui profitent d'une activité commerciale en dédaignant d'en assumer toutes les obligations. Le mandant occulte et l'exploitant en commun sont de véritables commerçants, le premier grâce à l'application de la simulation, le second grâce à la théorie de l'apparence. De ce fait, ils doivent être insérés dans la catégorie des personnes justiciables de la banqueroute.

C. DISSIMULATION D'UNE ACTIVITE PERSONNELLE DERRIERE UNE SOCIETE FICTIVE OU UNE SOCIETE PRETE-NOM

Alors que dans le cadre d'une activité commerciale d'une personne physique, il est relativement aisé, grâce à la théorie de la simulation, de démasquer le véritable commerçant exerçant son activité par personne interposée, dans le cadre d'une personne morale, la recherche de celui qui agit derrière la société suppose normalement que soit levé au préalable l'obstacle de la limitation de la responsabilité (2). L'hypothèse la plus simple est l'existence d'une société fictive ou plus exactement l'inexistence de société. Cependant, la reconnaissance d'une personnalité juridique reste compatible avec l'existence d'une activité personnelle (3), l'essentiel étant la dissimulation d'une exploitation personnelle ou le comportement du maître de l'affaire dont découle la qualité de commerçant.

(1) En droit belge: Liège, 22 janvier 1976 et 24 juin 1976, RPS 1976, p. 192-206, ainsi que l'avis de l'avocat général; cass. 17 juin 1976, JT 1976, p. 696; Brux. 17 mai 1978, JCB 1979, p. 120.

(2) ARTZ, L'extension du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens aux dirigeants sociaux, RTDC 1975, p. 2 et 9.

(3) T'KINT, Le juge et les sociétés commerciales en difficulté... Louvain 1975, p. 46.

La notion de société fictive à laquelle recourt volontiers le droit français (1) s'entend de la société qui n'a aucune consistance et qui sert de paravent à l'activité d'une autre personne. Elle se caractérise souvent par le défaut d'affectio societatis qui entraîne l'absence du contrat de société et l'empêche de constituer une entité distincte.

Lorsque la preuve de la fictivité est donnée, l'obstacle de la personnalité juridique est levé; par suite, on atteint directement celui qui agit derrière elle, ou plutôt s'identifie avec elle (2).

Cependant, devant les nécessités de la sécurité juridique dans les affaires, la notion de société fictive semble marquer un recul. En effet en limitant les causes et les effets des nullités (3) parmi lesquelles l'absence d'affectio societatis perd du terrain, les nouvelles législations se préoccupent de la consolidation de la personnalité juridique de la société, même si certains de ses éléments constitutifs n'ont pas de consistance solide. La pratique ayant démontré qu'une société peut avoir une existence réelle et confondre néanmoins son activité avec celle d'une autre personne physique ou morale (4), le droit belge préfère aujourd'hui fonder l'extension de faillite sur la notion de prête-nom (5), technique qui a l'avantage de sauvegarder la structure de la personne morale.

Le recours à la technique du prête-nom pour dissimuler une activité commerciale est déjà connu. Quant aux faits qui révèlent son existence et derrière lui, le maître de l'affaire, ils sont multiples et variés (6). Aucun n'est toutefois en soi déterminant; c'est de

(1) HOUIN, *Encycl. Sociétés*, V^o Faillite, n^o 3 et 16; CALAIS-AULOY, *Encycl. Sociétés*, V^o Sociétés fictives n^o 23; STOUFFLET, *Sociétés fictives et frauduleuses*, *Jurisc. sociétés*, fasc. 7ter, *Jurisc. sociétés*, fas. 7ter, n^o 11; Civ. 22 juin 1976, D.1977-J-619 et s., note DIENER, Paris 5 février 1979, RJC 1979, p. 226 et s. note A. BRUNET; voir trib. com. Anvers 26 octobre 1972, JCB 1974-II-173 et 199.

(2) Com. 4 décembre 1979 (2 arrêts), RS 1980, p. 323 et s., note HONDRAT.

(3) Loi du 6 mars 1973 en Belgique; loi du 24 juillet 1966 en France; voir Trib. com. Liège, 15 janvier 1980, RPS 1980, p. 160.

(4) P. COPPENS, *op. cit.*, RCJB 1974, p. 372; P. COPPENS, *op. cit.*, RPS 1967, p. 200 et 201; Mons 30 décembre 1975, Pas. 1976-II-182; Com. Brux. 29 mars 1977, RPS 1977, p. 143, obs. PC.

(5) Voir supra notion de prête-nom et références citées. La société de façade semble évoquer en droit français la même réalité: ARTZ, *op. cit.*, RTDC 1975, p. 18 et s. FAIDIDE, *L'immixtion dans la gestion des sociétés commerciales*, thèse, Paris 1973, p. 16 et s.; mais le droit français préfère même après 1966, soit l'existence de société fictive, soit la confusion des patrimoines.

(6) Trib. com. Charleroi 29 avril 1974, RPS 1974, p. 181, note P. COPPENS; Brux. 26 mars 1980, RPS 1980, p. 120 et s.

leur enchevêtrement que découle l'exploitation personnelle, résultat du non-respect de la personnalité juridique de la société (1). La notion de prête-nom se reconnaît à l'utilisation de la société par le promoteur pour ses besoins et son commerce propre, "la simulation se situant non au niveau de la création de l'être moral, mais dans chacun des actes posés" (2).

La dissimulation d'une activité commerciale favorisée par la structure de la personne morale peut par conséquent être déjouée aisément par la recherche de la fictivité de la société ou de sa qualification de prête-nom. En revanche, la commercialité de fait et l'emprunt de la commercialité peuvent découler d'une attitude moins discrète et nettement plus offensive. Au lieu de dissimuler son activité, l'animateur peut intervenir ostensiblement, s'immiscer dans l'activité de la société, lui substituer sa propre activité, le sommet de cette immixtion étant la confusion de son patrimoine avec celui de la société.

D. L'IMMIXTION DANS L'ACTIVITE D'UNE PERSONNE MORALE ET LA CONFUSION DES PATRIMOINES

L'immixtion d'une exploitation personnelle dans celle de la société suppose toujours que celle-ci ait une vie sociale réelle et qu'elle ait fonctionné normalement dans un premier temps; la confusion ne s'installe que progressivement tandis que l'activité sociale s'éteint en partie ou en totalité au profit du maître de l'affaire (3). La qualité de commerçant découlera de ce que le maître de l'affaire a conduit une entreprise commerciale sous le couvert de la société; car, la commercialité doit être constatée, dès que des actes de commerce sont passés à titre professionnel et de manière indépendante; elle serait dans ce cas la conséquence de l'apparence créée (4).

(1) MAUSSION et DUMON, op. cit., JCB 1974, p. 195.

(2) F. T'KINT, Le juge et les sociétés commerciales en difficulté... p. 46; voir Liège 26 juin 1967, RPS 1967, p. 207 et s.; spéc. 209.

(3) P. COPPENS, op. cit., RPS 1967, p. 201 et s.; CLOQUET, op. cit. 2e éd. n° 176; voir ARTZ, op. cit., RTDC 1975, p. 16, n° 14. On parle alors d'unité de l'entreprise, entreprise commune, etc...

(4) L'apparence correspond à la réalité dans le cas de confusion des patrimoines, voir A. BRUNET sous Paris déjà cité, rev. jurispr. com. 1979 p. 233, n° 13. Sur les difficultés de l'application de la théorie de l'apparence, CALAIS-AULOY, Essai sur la notion d'apparence en droit commercial, p. 111 et s.; GISSEPOT, La confusion des patrimoines est-elle une source autonome d'extension de faillite? RTDC 1979, p. 82 et s.

Il existe plusieurs degrés d'immixtions. Si on peut se comporter en maître de l'affaire tout en maintenant en principe une distinction entre son activité propre et celle de la société, dans la plupart des cas, l'immixtion aboutit à une confusion du maître de l'affaire et de la société. Il importe cependant qu'il y ait substitution même partielle de l'activité personnelle à celle de la société, l'extension de faillite n'étant que la sanction "du non-respect de l'être juridique dans sa vie aussi bien interne qu'externe" (1).

Cette substitution est le plus souvent mise en lumière par la confusion des patrimoines qui se rencontre dans des hypothèses variées et dont les éléments d'appréciation sont multiples, pourvu que la démonstration soit faite de l'absence d'autonomie patrimoniale entre la société et le maître de l'affaire justifiant le sort commun qui leur est fait en cas de défaillance de l'entreprise (2). Si, en effet, il peut exister plusieurs personnalités juridiques distinctes, celles-ci ne sont pas assumées en pratique, puisqu'elles sont matériellement soutenues par un patrimoine un et identique.

L'imbrication des patrimoines a sa prédilection dans les sociétés de moyenne importance où la distinction entre les intérêts sociaux et ceux personnels s'opère malaisément; mais elle a également lieu dans les groupes de sociétés lorsque les rapports de la société mère et de ses filiales dépassent la collaboration contractuelle ou financière pour une soumission intégrale de l'une à l'autre (3). Au-delà des précédents critères de la fictivité et du prête-nom privi-

(1) P. COPPENS, op. cit., RPS 1967, p. 201.

(2) FL GISSEROT, op. cit., RTDC 1979, p. 49 et s.; BEAUBRUN, La confusion des patrimoines au regard des procédures collectives de liquidation du passif, RJC 1980, p. 41 et s., 81 et s.; F. ARTZ, op. cit., RTDC 1975, p. 1 et s.; R. FAIDIDE, L'immixtion dans la gestion des sociétés commerciales, thèse, Paris II, 1973. Avant 1967, consulter: PREVOST, De la jurisprudence sur les conditions requises pour l'extension de faillite de la société à responsabilité limitée à leurs gérants, Gaz. Pal. 1953-I-doctr. p. 13 et s.; LEGEAIS, L'extension de la faillite sociale, une mesure contre les abus de la personnalité morale des sociétés, RTDC 1959, p. 299 et s.; VEAUX, La renaissance de la responsabilité personnelle des dirigeants dans les sociétés commerciales, éd. techniques, Paris 1947, p. 309 et s. Pour un examen détaillé de la jurisprudence belge: P. COPPENS, op. cit., RPS 1967, p. 200 et s.; Idem, in Idées nouvelles dans le droit de la faillite, 1969, p. 187; DUMON et MAUSSION, op. cit., JCB 1974-II-p. 196; T'KINT et HORSMANS, op. cit., JT 1977, p. 425 et s.; P. COPPENS et T'KINT, op. cit., RCJB 1979, p. 300 et s., n° 6. T'KINT, L'extension de faillite, RCJB 1981, p. 52 et s.; VAN RYN et VAN OMMESLAGHE, Examen de la jurisprudence sur les sociétés commerciales, RCJB 1981, p. 163 et s.

(3) BEAUBRUN, op. cit., rev. jurisp. com. 1980, p. 92, n° 33, Gand 14 mars 1978, RPS 1979, p. 269, cependant, trib. com. Mons 23 octobre 1978, jurisp. com. Belgique 1978-II-111 et s., note VAN BUGGENHOUT.

légiant une construction juridique, la notion de confusion des patrimoines semble rechercher l'emprunt de l'activité de la société par le maître de l'affaire à travers des considérations plutôt d'ordre économique. Sa constatation implique notamment la stigmatisation de l'absence d'autonomie financière et d'exploitation qui apparaît lorsqu'on interroge la réalité économique.

L'extension des procédures collectives découlant de la mise en oeuvre des notions de fictivité, de prête-nom et de confusion de patrimoines stigmatise donc l'existence d'une entreprise personnelle qu'elle soit réalisée par l'immixtion ou la dissimulation. L'abus de la personnalité morale atteint en ce cas le sommet puisqu'il aboutit à son quasi anéantissement. L'activité sociale devient celle de l'animateur et celle du maître de l'affaire. Ceux-ci devenant commerçants, il est normal que le droit de la faillite s'y intéresse à titre principal. Mais alors quelle sera l'attitude du droit de la banqueroute?

§ 2. CONSEQUENCES DE L'APPLICATION DE LA FAILLITE SUR L'IDENTIFICATION DES PERSONNES PUNISSABLES DE LA BANQUEROUTE

Si les différentes techniques utilisées pour motiver l'extension de faillite ne font application que des règles de droit commun en matière de faillite, elles ont pour rôle de faciliter le constat des différentes conditions nécessaires à la déclaration des procédures collectives en particulier la qualité de commerçant. L'extension de faillite de ce type ne diffère en rien d'une faillite ordinaire. Dès lors, la question se pose de savoir si cette nouvelle catégorie de faillis ne fait pas partie des personnes qui peuvent être frappées des peines de banqueroute à titre de commerçant.

Etant donné l'importance numérique des faillites déclarées par ce biais, la question paraît devoir retenir toute l'attention dans le domaine du recensement des justiciables de la banqueroute. Cela d'autant plus que cette catégorie d'hommes d'affaires opère en marge du droit et ne veut pas précisément assumer toutes les obligations du commerçant. Elle constitue un réel danger pour la moralité des affaires et dans le domaine des procédures collectives, elle peut "bloquer" tout le mécanisme en éludant la qualité de commerçant.

S'agissant du cas particulier du commerce par interposition de personnes, certaines législations étudiées l'érigent en circonstance aggravante pour certains cas de banqueroute, en marge des faits de banqueroute imputables directement au débiteur commerçant (1).

Pourtant, ce cas mis à part, les commerçants clandestins qui cessent leurs paiements ne sont pas spécialement concernés par la banqueroute et la jurisprudence pénale ne fait pas de différence entre les deux catégories de commerçants faillis. A vrai dire, même la distinction des faillis par le droit de la faillite n'est qu'une démarche doctrinale et prétorienne due à des raisons d'ordre pratique: ce sont en réalité des faillites ordinaires qui ne diffèrent de la faillite originaire que par la tardivité et peut-être aussi la difficulté de leur mise en oeuvre. En matière de banqueroute, ce souci de classification n'a pas de raison d'être parce que la responsabilité est individuelle et que, dans la plupart des législations, le juge pénal a toute latitude pour prononcer des peines de banqueroute indépendamment du jugement de déclaration de faillite (2).

En matière de banqueroute comme en matière de faillite et de procédure collective il importe néanmoins de distinguer. Non pas parce qu'il s'agirait d'une catégorie particulière de délinquants; mais pour éclairer les problèmes que cette nouvelle vague peut poser en matière de prévention. Il ne faut pas, en effet, se cacher que l'apparition de plusieurs personnes susceptibles d'être inculpées alors qu'il n'y eut probablement qu'une seule gestion condamnable pose un problème d'imputabilité. Qui de l'homme de paille ou du commerçant réel, des deux exploitants en commun, sera rendu responsable de la gestion? En matière de société, l'inculpé peut invoquer sa double qualité de commerçant et de dirigeant, laquelle des deux prévaudra en matière de banqueroute? Si la cessation de paiement concerne deux sociétés imbriquées, comment s'établira la responsabilité des différents dirigeants? Il faudra vérifier la qualité juridique de l'auteur dont peut dépendre la qualification de l'infraction.

(1) Voir infra les infractions connexes.

(2) Voir infra l'indépendance de l'action publique.

C'est à l'éclaircissement de tous ces problèmes que sera consacré ce paragraphe en distinguant trois points: le premier examinera la détermination de la personne punissable en cas d'extension de faillite d'une société à une personne physique et le troisième, en cas d'extension de faillite d'une société à une autre.

A. L'EXTENSION DE FAILLITE D'UNE PERSONNE PHYSIQUE A UNE AUTRE ET LA DETERMINATION DE LA PERSONNE PUNISSABLE DE BANQUEROUTE

En matière de banqueroute, l'extension de faillite d'une personne physique à une autre ne pose pas de problème particulier quant à la détermination de la personne punissable. Le principe est clair: celui qui a la qualité de commerçant et qui cesse ses paiements se place dans la catégorie des justiciables de la banqueroute. Celui à qui est étendue la faillite par le jeu des règles de droit commun de la faillite est sans aucun doute un éventuel client de la justice répressive en matière de faillite.

En pratique cependant, pour éclairer la prévention, il est souhaitable de préciser auparavant l'obligation légale qui était imposée au délinquant. A cet égard, la détermination de la structure juridique dans laquelle le délinquant a opéré peut influencer l'imputabilité. On se souvient que la notion d'exploitation en commun avait la préférence du droit français même lorsque l'analyse décelait l'existence d'une société de fait. Dans cette optique, les associés sont considérés comme de simples commerçants sans qu'il y ait à s'intéresser de manière particulière à celui qui a assumé effectivement la gestion de l'exploitation.

En matière de banqueroute toutefois, il semble que la mise en oeuvre de l'imputabilité oblige à faire une pareille distinction. Celui qui a eu une prépondérance dans la gestion de l'exploitation en commun ne sera pas mis sur le même pied d'égalité que celui dont on ne peut reprocher que la gestion de son patrimoine personnel. L'un et l'autre cependant seront poursuivis comme de véritables banqueroutiers parce qu'ils sont tous des commerçants.

B. L'EXTENSION DE FAILLITE D'UNE SOCIÉTÉ À UNE PERSONNE PHYSIQUE ET LA BANQUEROUTE

La détermination de la personne punissable en cas d'extension de la faillite d'une société paraît plus difficile. En effet, outre le problème originaire de l'imputabilité (1), l'extension de faillite introduit une difficulté supplémentaire mais d'un ordre différent. Il s'agit non plus de rechercher le pénalement responsable de la mauvaise gestion sociale mais de désigner, après détection d'un autre attributaire de l'activité commerciale, la véritable cible des poursuites pour banqueroute.

En principe, la personne qui fait l'objet d'une extension de faillite pour confusion de patrimoines ou exercice d'une activité commerciale sous le couvert de la société est un commerçant à part entière. Elle peut, le cas échéant, être frappée de banqueroute.

Dans la plupart des cas toutefois, l'immixtion sera favorisée par l'exercice des fonctions de dirigeant sinon de droit au moins de fait. Il importe de savoir laquelle des deux qualités l'emportera et dans l'hypothèse où il existe déjà un dirigeant de droit qui pourra n'être qu'un homme de paille, quelle sera sa part de responsabilité dans la banqueroute.

Le problème est d'importance car il n'est pas indifférent de situer les poursuites dans le domaine de la banqueroute ou celui des délits assimilés, les incriminations, la répression ainsi que ses conséquences n'étant pas toujours les mêmes (2). Même là où il n'existe pas de délits spéciaux à charge de dirigeants, il est, selon la formule de la cour de cassation de Belgique, contradictoire de déclarer une prévention de banqueroute établie à charge d'un prévenu en raison des faits qu'il aurait commis en tant "qu'associé-gérant" d'une société en invoquant à l'appui de cette prévention qu'il a commis des faits étant "commerçant-failli" (3).

(1) Voir plus haut l'imputabilité judiciaire et l'imputabilité légale.

(2) Sur la distinction des infractions de banqueroute et des délits assimilés voir notamment Trib. com. Toulouse 17 octobre 1973, JCP 1974-II-17872 note TOUJAS; Crim. 14 novembre 1973, JCP 1973-IV-p. 149; Crim. 20 juin 1935, Jour. faillites 1935, 260.

(3) Cass. 11 octobre 1971, Pas. 1972-I-143; RPS 1973, p. 23 note KELLENS; Cass. 18 décembre 1978, JT 1979, p. 243 et s.

La solution ne fait pas de doute; ceux qui font l'objet de l'extension de faillite peuvent, du fait de l'acquisition de la qualité de commerçant, être déclarés coupables de banqueroute dans les conditions du droit commun. Quant au dirigeant de droit, homme de paille, il pourrait être considéré comme complice. La qualité de commerçant l'emporte par conséquent sur celle de dirigeant (1). De ce point de vue, la situation est comparable à celle du gérant ou dirigeant d'une société en nom collectif ou en commandite ayant la qualité de commerçant. La loi française de 1967 prévoit expressément en son article 135 qu'ils sont soumis aux dispositions sur la banqueroute et non sur les délits assimilés (2). Sans recourir à cette disposition expresse, les autres droits adoptent la même solution pour les dirigeants et associés qui ont la qualité de commerçant (3).

C. L'EXTENSION DE FAILLITE D'UNE SOCIÉTÉ A UNE AUTRE ET LA BANQUEROUTE

L'extension de faillite peut concerner deux personnes morales commerçantes. En principe, la recherche de la personne punissable de banqueroute devrait dans ce cas se ramener au problème de l'imputabilité tel qu'il a été analysé plus haut. Aucune difficulté particulière ne devrait surgir si la gestion des deux sociétés malgré leur immixtion peut être distinguée.

En pratique toutefois, les sociétés seront tellement imbriquées notamment dans le cas de sociétés fictives ou de confusion de patrimoines qu'il y aura lieu de les considérer comme une entreprise unique. Il sera nécessaire dans pareil cas de déterminer la personne qui aura concrètement dirigé les différentes sociétés constituant une unité, celle qui juridiquement aura posé les faits de banqueroute, le problème de l'extension se conjuguant avec celui de l'imputabilité (4).

- (1) A vrai dire il n'y a pas de concurrence. Celui qui se voit étendre la faillite répond de ses propres fautes ou négligences commises dans son activité commerciale personnelle. Voir, Crim. 2 novembre 1951, D.1951-753; Crim. 14 novembre 1973, JCP 1973-IV-419.
- (2) Idem pour le Sénégal, art. 1063; Le code pénal du Rwanda spécifie que les délits assimilés sont commis par les dirigeants non commerçants, art. 417 et s.
- (3) KELLENS, op. cit., RPS 1970, p. 73 et 74 et les références. Il faut se garder de confondre la qualité de commerçant et celle de dirigeant de fait ainsi que le problème de l'imputabilité qu'il pose.
- (4) L'espèce diffère de l'hypothèse de la personne morale dirigeante (art. 130,4 de loi 1967).

Il s'agit d'individualiser le plus possible les responsabilités. Souvent les diverses sociétés seront aux mains d'une seule personne qui leur dicte sa volonté. C'est elle qui répondra des faits de banqueroute des sociétés faillies, nonobstant les dirigeants statutaires des différentes sociétés qui, homme de paille peuvent éventuellement être tenus pour des complices. Dans cette hypothèse, les recherches de la réalité commerciale et de la réalité pénale semblent converger (1).

Il importe cependant de marquer la différence entre les deux techniques juridiques. Alors que l'extension de faillite, démarche d'ordre civil, recherche la satisfaction des créanciers en soumettant au concours tout patrimoine qui leur a servi de gage, la banqueroute implique une recherche à caractère pénal et tend à frapper celui qui par sa faute a conduit l'entreprise commerciale à la ruine; d'où la nécessité de bien définir le cadre des poursuites du délinquant soit comme commerçant personne physique, soit comme dirigeant de personne morale. Dans ce dernier cas, il est essentiel de désigner in concreto le véritable dirigeant sans s'attacher servilement à la fonction statutaire puisque par suite de l'immixtion ou de la simulation, l'apparence ne répondra pas toujours à la réalité et vice versa. La règle de l'imputabilité frappe celui qui dans la réalité des faits a juridiquement réalisé l'infraction (2).

* *

*

En définitive, à défaut d'introduire une nouvelle catégorie de justiciables de la banqueroute, l'extension de faillite découlant de l'application des conditions ordinaires de la faillite nous a mis au fait de la réalité de l'activité commerciale et des problèmes sous-jacents qu'elle peut poser en matière de banqueroute. Cette recherche a paru d'autant plus intéressante qu'elle n'est pas explicitement menée dans les jugements de banqueroute. Il est vrai que les poursuites pour banqueroute souvent précédées par la procédure de faillite qui aura éclairci ce point concentrent leurs efforts sur la qualification des faits de banqueroute et que le constat des conditions de la faillite par le juge pénal pose apparemment peu de difficultés.

(1) KELLENS, op. cit., RPS 1970, p. 70 et s.

(2) Voir Cass. 14 octobre 1969, RPS 1971, p. 86-89, note KELLENS.

On peut se demander toutefois si l'accueil de cette catégorie de commerçants par le droit de la banqueroute rencontre toujours le besoin de la répression. En effet, si la sévérité doit être de mise lorsqu'il s'agit de châtier ceux qui ont organisé leurs méfaits avec la précaution d'éluder leur qualité de commerçant pour contourner la loi (1), il serait excessif, en revanche, de poursuivre ceux qui, parfois à leur surprise, sont désignés comme commerçants aux seules fins de désintéresser les revendications civiles des créanciers. La qualité de commerçant intervenant dans la qualification de l'infraction, il importe que cet élément soit apprécié de manière stricte pour motiver une répression pénale.

Ainsi, s'il est compréhensible de qualifier de commerçant la femme ou le mari qui a assisté de manière substantielle son conjoint pour éviter notamment que le régime matrimonial ne lèse les droits des créanciers, la même qualification peut être remise en cause dans le cadre de la banqueroute. En matière de groupes de sociétés, la confusion des patrimoines aboutissant à la création d'une masse unique peut ne pas coïncider avec l'unité de direction et imposer une recherche de l'imputabilité plus précise en matière de banqueroute. Lors du commerce par prête-nom, le droit de la faillite condamne indifféremment l'homme de paille et le commerçant réel; l'appréciation de la culpabilité se fera de manière différente chez l'un et l'autre.

Il semble donc que les impératifs de la répression peuvent dicter une attitude différente en matière de banqueroute. Lorsque le droit positif le permet, il s'agit d'une manifestation éclatante de l'indépendance du juge pénal dans l'appréciation de la qualité de commerçant, l'une des conditions de fond de la faillite. Cependant cette indépendance respecte la présence des différents éléments constitutifs; elle ne permettrait pas la condamnation pour banqueroute de ceux qui, en dépit de leur soumission à la procédure n'ont pas acquis la qualité de commerçant.

(1) Ce sont des agissements comparables à la banqueroute des escrocs: supra problématique.

SECTION 2: L'"EXTENSION" DE LA FAILLITE ET L'INAPPLICABILITE
DES SANCTIONS POUR BANQUEROUTE

Lorsque, en dépit de la séparation entre la personnalité de l'être moral et celle des dirigeants et des associés, la société a été pour eux l'occasion d'exercer une activité commerciale à titre personnel, la faillite sociale rejaillira sur eux, puisque avec et à travers elle, ils ont mené une activité commerciale. Il ne s'agit là que d'une application des règles du droit commun de la faillite.

Moins flagrants sans pour autant être moins dangereux pour les créanciers sont certains agissements qui tendent à l'abus de la personnalité de la société et au lieu de l'intérêt social, visent l'intérêt exclusif des dirigeants et des associés (1). Certaines législations (2) notamment en France et dans ses ex-colonies, envisagent dans ce cas de répercuter la faillite sociale sur cette catégorie de personnes parce qu'elle emporte une certaine responsabilité dans la faillite de la société. Il serait regrettable que des individus, même s'ils ne peuvent pas être tenus pour des commerçants, détournent l'activité commerciale de la société dans leur intérêt personnel sans avoir à courir les risques auxquels s'exposent ceux qui acceptent les règles du jeu du monde des affaires.

Compte tenu de la responsabilité de ces dirigeants dans les difficultés de la société, on ne peut dès lors s'empêcher d'établir un rapprochement entre ceux qui abusent de la personnalité morale et ceux qui ont à répondre des fautes commises en cas de banqueroute.

Par ailleurs, dans un système qui lie la banqueroute à la faillite, il importe de vérifier la place, dans la catégorie des personnes punissables de la banqueroute, de tous ceux qui peuvent être frappés de la faillite même si c'est en vertu d'une disposition législative spéciale. Pour cela, on examinera le fondement de la mesure d'extension de faillite qui les frappe avant de découvrir leur vulnérabilité à l'égard de la banqueroute.

(1) P. DURAND, op. cit., in Le droit privé français au milieu du 20^e siècle, t. I, p. 157.

(2) Pas prévu en Belgique et dans ses anciennes possessions en dépit de l'aggravation de la responsabilité des dirigeants en cas de faillite sociale. En France, voir DL du 8 août 1935, D.1935-IV-219 étendu outre-mer par D. du 3 septembre 1936, inséré dans le code de commerce pour devenir l'art. 446 par suite de l'ordonnance du 23 décembre 1958; repris sous une autre forme par l'art. 101 de la loi du 13 juillet 1967. Ajouter: l'art. 596 du c. com. de Tunisie de 1959; art. 197 du c. de com. marocain modifié par décret du 10 février 1951; en Algérie, art. 234 du nouveau c. de com.

Deux points retiendront par conséquent l'attention: le fondement juridique de cette extension de faillite et la corrélation des personnes concernées et celles punissables des peines de la banqueroute.

§ 1. L'EXTENSION DE FAILLITE POUR IMMIXTION DANS L'ACTIVITE
COMMERCIALE SANS ACQUERIR LA QUALITE DE COMMERCANT

Selon le décret français de 1935, le dirigeant doit, en plus des actes de commerce accomplis sous le couvert de la société, disposer des biens sociaux comme des biens propres pour craindre l'extension de faillite. Sous le régime de 1967, par contre, une seule de ces conditions peut provoquer l'extension de procédures collectives; de même, la prolongation abusive d'une activité déficitaire dans l'intérêt personnel, un cas nouveau, peut de manière autonome entraîner pour le dirigeant l'extension du règlement judiciaire ou de la liquidation de biens de la société.

Il serait sans doute intéressant d'approfondir chaque condition (1). Toutefois, l'essentiel de notre démarche étant d'examiner l'applicabilité de la banqueroute sur cette catégorie particulière de "faillis", compte tenu de leur rôle dans la ruine de l'entreprise, il paraît plus important de centrer l'analyse sur l'idée maîtresse de la mesure (2). On constate à cet égard que si, par l'effet du cumul de différentes conditions, l'extension de faillite de 1935 ne pouvait toucher que le maître de l'affaire ayant abusé de la personnalité juridique de la société, la nouvelle loi de 1967 paraîtrait se contenter d'un abus moins caractérisé du fait de la disjonction des conditions alors qu'elle sanctionne la confiscation de la personnalité de la société dans l'intérêt du dirigeant.

(1) G. LAGARDE, Les conditions de la mise en faillite des dirigeants de société anonyme ou à responsabilité limitée, Rev. gén. faill. 1939 et s.; WECKER, Les conditions d'extension de faillite d'une société aux personnes visées par l'art. 437, 4e..., Gaz. Pal. 1951-II, doct., p. 53 et s.; HOUIN, L'extension de la faillite de la société à responsabilité limitée aux associés in La société à responsabilité limitée, 1951, p. 108 et s.; PREVOST, De la jurisprudence sur les conditions requises par l'extension de la faillite de la société à responsabilité limitée à leurs gérants, Gaz. Pal. 1953-I-doctr., p. 13; P. BRICART, Responsabilité personnelle des gérants de société à responsabilité limitée en cas de faillite sociale. RTDC 1952, p. 34 et s.; LEGEAIS, L'extension de la faillite sociale, une mesure contre les abus de la personnalité morale des sociétés, RTDC 1957, p. 299 et s.; JF ARTZ, L'extension du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens aux dirigeants sociaux, RTDC 1975, p. 1 et s.; MAUSSION, Propos sur la notion d'extension de faillite et sur les mesures analogues en droit belge et en droit comparé, JCB 1974-II-p. 184 et s.

(2) LEGEAIS, op. cit., RTDC 1957, p. 299 et s.; D. VEAUX, op. cit., thèse, Rennes, 1945, Paris, éd. Techniques, 1947, p. 302 et s.

A. L'IMMIXTION DANS LE COMMERCE DE LA SOCIETE ET
L'ABUS DE PERSONNALITE JURIDIQUE (REGIME DE 1935)

Lorsque le législateur français prit le décret de 1935, son intention avouée était de cristalliser la jurisprudence antérieure (1). Celle-ci par des techniques diverses destinées à démasquer le commerce clandestin et de fait ou à restituer à l'entreprise son caractère unitaire recourait toujours aux conditions ordinaires pour prononcer la faillite (2).

Cependant, quoiqu'en ait pensé dans un premier temps une partie de la doctrine (3), l'extension de faillite du décret de 1935 vise dans des termes non équivoques d'autres personnes que les commerçants à proprement parler, ceux qui uniquement s'immiscent dans l'activité commerciale et disposent des capitaux sociaux comme des leurs propres (4). Il importe, par conséquent, de justifier cette dérogation au droit commun de la faillite.

Si l'on évite de considérer chaque condition isolément et que l'on s'efforce de découvrir leur fil conducteur, on découvre que les différents reproches concourent à stigmatiser la maîtrise de l'affaire par le dirigeant. Il ne s'agit pas évidemment de n'importe quelle maîtrise; elle découle d'actes matériels précis tel que caractérisés par la loi en sorte que la faillite sociale rejaillit sur le dirigeant social parce que celui-ci s'est conduit en homme d'affaires à la place ou en collaboration intime avec la société. Le danger que l'activité personnelle exercée sous la couverture de la société a fait courir aux créanciers autorise une faillite du dirigeant, accessoire à celle de la société.

(1) Rapport au Président de la République précédent le décret de 1935, D.1935-IV-219.

(2) Ch. req. 29 juin 1908, S.1909-I-87; Ch. req. 13 mai 1929, S.1929-I-289. IL y a alors confiscation de la personnalité entière de la société, celle-ci n'existant pas dans la réalité.

(3) VEAUX, op. cit., n° 181 et s., spéc. n° 182 et les réf. citées, note 1; NAUDIN, Les effets de la faillite d'une société à l'égard des gérants et administrateurs, thèse, Rennes, 1938, p. 87.

(4) DERRIDA, Quelques observations sur l'extension de faillite sociale, Rev. synd. adm. France, 1959, p. 153-160, n° 5; LEGAIS, op. cit., n° 6 et 7; NAUDIN, op. cit., p. 97; BRICART, op. cit., RTDC 1952, p. 35 et s.; LAGARDE, op. cit., Rev. gén. dr. faillite 1939, p. 270 et s., n° 1 et 2.

(5) Sur la controverse des auteurs notamment LAGARDE, op. cit., n° 1 et 12; LEGAIS, op. cit., n° 9 et s.; DERRIDA, op. cit., Rev. Synd. adm. 1959, p. 153-160, n° 7 et s.; ARTZ, op. cit., RTDC 1975, n° 7, p. 8 et s.

Cette opinion est en prolongement direct de la faillite de droit commun; le dirigeant doit s'être mêlé de manière certaine à l'activité sociale et en particulier avoir posé des actes de commerce pour son intérêt personnel sous le couvert de la société (1).

La faillite de la société est répercutée sur le dirigeant parce que celui-ci, faisant fi de l'individualité juridique de la société, lui a en quelque sorte greffé une activité personnelle. L'abus de la personnalité juridique n'en est que plus flagrant même s'il ne consiste pas à l'instar de l'hypothèse de l'application de la faillite de droit commun en une substitution plus ou moins complète de la personne du dirigeant ou de son activité à celle de la société.

Il est à noter, à cet égard, que si la transparence de la personnalité morale rend le dirigeant débiteur des dettes sociales (2), elle ne coïncide pas nécessairement avec l'apparition des conditions ordinaires de la faillite à savoir la qualité de commerçant et la cessation des paiements (3); ce qui explique le caractère exceptionnel de la mesure. En exigeant l'immixtion, le décret de 1935 se place toutefois dans l'hypothèse optimale de l'abus de personnalité morale alors que la loi de 1967 considère que chaque hypothèse isolée suffit à démontrer l'utilisation de la société à des fins personnelles et la nécessité de répondre personnellement des dettes sociales.

B. LA SUBSTITUTION DE L'INTERET PERSONNEL ET LA CONFISCATION DE LA PERSONNALITE JURIDIQUE DE LA SOCIETE

Les hypothèses de l'extension de faillite selon la loi de 1967 trouvent également leur fondement dans l'abus de la personnalité morale (4). Cependant la loi affine ses exigences. Auparavant, l'écran de la personnalité n'était supprimé que par la preuve de l'existence d'une activité personnelle tendant à l'assimilation de la société avec son dirigeant; désormais, c'est la substitution de l'intérêt personnel à l'intérêt collectif qui est déterminante. Elle se manifeste par l'abus porté à l'activité sociale ou à l'autonomie patri-

(1) LEGEAIS, op. cit., n° 10 et s., spéc. n° 13.

(2) Voir VEAUX, op. cit., n° 178, 156 et 157.

(3) Rappelons que parfois les juridictions ont préféré devant la solvabilité du dirigeant prononcer la contribution au passif social. Ex. Amiens, 27 juin 1961, RTDC 1961, p. 679.

(4) ARTZ, op. cit., n° 5 et 8.

moniale (1). Comme naguère toutefois, l'abus consiste en une véritable maîtrise de l'affaire le simple contrôle et la position dominante du dirigeant étant en ce domaine inopérants (2).

On sait, en effet, que la personne morale est caractérisée par le bien commun, l'intérêt collectif; sa poursuite élève le groupement à la personnalité, soutient ses droits et ses obligations; lorsqu'il disparaît ou qu'il est méconnu, la responsabilité individuelle renaît (3). Ainsi l'abus de pouvoir du dirigeant autorise la prise à sa charge des mesures comme celles qui peuvent être prises contre la société (4).

Quoiqu'il en soit, l'extension de faillite - qui est une faillite dérivée (5) - touche une catégorie particulière de faillis qui se trouve en marge des applications ordinaires de la faillite. Elle occupe cependant une place incontestée dans les procédures collectives des personnes morales. Il convient, par conséquent, d'examiner ses rapports avec la banqueroute.

§ 2. CORRELATION DE L'EXTENSION DE FAILLITE ET DE LA BANQUEROUTE QUANT A LEUR DOMAINE D'APPLICABILITE

Tant que la faillite s'applique aux commerçants en cessation de paiements, son domaine correspond parfaitement à celui de la banqueroute. En revanche, l'extension des procédures collectives qui touche en gros ceux qui ont abusé de la personnalité juridique de la société sans pouvoir accéder à la qualité de commerçant pose le problème sérieux de savoir si cette catégorie se situe dans le domaine d'application de la banqueroute et si éventuellement elle peut y entrer.

Si, en effet, l'extension a pour mission essentielle, en complément de la faillite sociale, de rechercher une satisfaction aussi complète que possible des créanciers sociaux trompés dans l'octroi du crédit, cette sorte de débiteurs d'appoint joue-t-elle dans les

(1) Paris, 7 décembre 1971, RTDC 1972, p. 489; Com. 29 janvier 1979, RTDC 1979, 358, n° 19.

(2) ARTZ, op. cit., n° 8.

(3) R. CLEMENS, Personnalité morale et personnalité juridique, Paris, Sirey, 1935, p. 189 et s.; VEAUX, op. cit., n° 163 et s., n° 261 et s.

(4) Il semble bien cependant que dans l'hypothèse de prolongation abusive d'une exploitation déficitaire dans son intérêt personnel, la notion de faute reprenne le dessus.

(5) Note SORTAIS sous Paris 29 mai 1978, RS 1979, p. 375 et s.; spéc. p. 382.

affaires un rôle suffisamment important et indépendant pour qu'il soit nécessaire de prévoir contre elle des sanctions pénales, en cas de "cessation de paiements" organisée, ou faut-il lui imputer uniquement les actes répréhensibles de la gestion sociale?

L'intérêt d'une telle analyse est de situer la faillite et la banqueroute dans leur domaine respectif, de découvrir la particularité ainsi que les limites de leurs "compagnonnages" (1). S'agissant de la banqueroute en particulier, les personnes punissables pourront être déterminées avec plus de rigueur, leur criminalité appréciée dans ses justes contours dès lors que l'on s'interroge sur la véritable qualité des personnes incriminées. Ainsi, si la banqueroute atteint en priorité les commerçants et les dirigeants de droit ou de fait à qui sont imputables les actes répréhensibles des personnes morales commerçantes, il apparaît que c'est à un autre titre que le dirigeant sera puni s'il lui est reproché des manquements concernant son patrimoine et non plus celui de la société.

En droit positif français et de la plupart des anciennes possessions françaises, la répression de ceux qui encourent l'extension de faillite se heurte au principe selon lequel dans le domaine des activités individuelles, la banqueroute s'applique aux seuls commerçants en cessation de paiements (2). Cependant étant donné l'importance de la mesure en matière de procédures collectives et compte tenu du soutien que la banqueroute apporte au droit de la faillite, on peut se demander s'il ne convient pas d'envisager une répression "directe" de cette catégorie de dirigeants indécidés.

A. PRINCIPE DE NON-APPLICATION DE LA BANQUEROUTE

Par tradition, le droit de la banqueroute lié à la faillite vise les catégories susceptibles d'encourir la faillite. Or, celle-ci frappe d'abord les débiteurs dont les difficultés de paiements peuvent désorganiser les affaires et avoir des répercussions graves sur le circuit économique, à savoir: les commerçants. En matière d'activités individuelles, cette position n'a pas subi de changement (3).

(1) Voir supra la problématique

(2) Le problème ne change pas si celui qui fait l'objet de l'extension de faillite est une personne morale puisqu'il n'acquiert pas de ce fait la qualité de failli principal. Sa faillite reste une faillite dérivée.

(3) Voir plus loin l'élargissement de la faillite et de la banqueroute (délits assimilés) aux personnes morales de droit privé non commerçantes.

Cependant on peut considérer qu'une entorse a été faite à cette règle par le décret de 1935 et la loi de 1967 prévoyant l'extension de faillite. Par le biais de la transparence de la personnalité morale, la faillite peut atteindre les débiteurs civils qui ont une part active - même si c'est en violation de la loi - dans une activité commerciale. Ils ne sont pas commerçants mais ils peuvent encourir la faillite; peuvent-ils être frappés des peines de la banqueroute?

A s'en tenir au principe, ces personnes ne peuvent pas encourir la banqueroute sauf en tant que dirigeants de sociétés ou alors en répondant aux conditions de commerçant par l'exercice d'une véritable activité commerciale derrière la société. Or, à dire vrai, cette catégorie de faillis n'est ni l'un ni l'autre. Sans doute encourt-elle la faillite mais elle n'est pas commerçante et encore moins en cessation de paiements. Cela ne fait plus de doute (1). Quant à leur qualité de dirigeant, ce n'est pas elle qui a motivé la faillite mais l'abus de la personnalité de la société ou plus exactement la situation de débiteur que cet abus a dévoilé.

"Le dirigeant débiteur" a en un mot personnalisé les relations d'affaires de la société sans acquérir la qualité de commerçant. C'est pourquoi entre le commerçant de fait et le simple dirigeant social, il ne se situe pas d'emblée dans les hypothèses prévues par le droit de la banqueroute. Pourtant sa position appelle la rigueur de la loi. En droit français le cas est frappé de sanction civile: la faillite personnelle (2).

B. POSSIBILITE DE PEINES POUR BANQUEROUTE A CHARGE DE DIRIGEANTS OBJET DE L'EXTENSION DE FAILLITE

De toute évidence, sauf cloisonnement juridique, il est en pratique inadmissible que les dirigeants justiciables de l'extension de faillite ne se situent pas dans la sphère de la banqueroute. Les

(1) BEAUBRUN, op. cit., Rev. jur. com. 1980, p. 41 et s. et 18 et s.; com. 4 décembre 1978, Paris 26 novembre 1979, RS 1980, p. 324 et s., note HONORAT. DERRIDA, La réforme du règlement judiciaire et de la faillite. Répert. not. et enreg. 1969, art. 29297, n° 221.

(2) Paris, 29 mai 1978, RS 1979, p. 375 et s., note SORTAIS, III, p. 380; en droit sénégalais: art. 1033 al. 2 et 3; art. 1034 al. 7 du code des obligations civiles et commerciales; comparer avec le régime français de 1955; HONORAT, Les innovations du décret du 20 mai 1955, thèse Alger, n° 19 et s., n° 29 et s.; Aspects économiques de la faillite... n° 222 à 225.

législations concernées offrent deux moyens de répression à leur charge si la faillite sociale est une occasion pour eux à des fautes graves; ils peuvent être punis d'abord comme dirigeants sociaux; mais ils peuvent aussi encourir les peines de banqueroute pour détournement ou dissimulation de leurs patrimoines personnels.

a. La répression comme dirigeant social

Les personnes visées par l'extension de faillite remplissent les conditions de dirigeant de droit ou de fait; elles sont passibles des peines de la banqueroute; elles seront inculpées dans ce système de délits assimilés. Par application de la théorie de l'imputabilité, les faits de banqueroute qu'elles commettent à charge du patrimoine social peuvent leur être imputés.

Il paraît cependant plus intéressant d'envisager leur responsabilité pénale du point de vue de leur patrimoine personnel, au niveau de la substitution de leurs intérêts propres à ceux de la société. La théorie de l'imputabilité est alors en porte à faux avec leur participation dans les affaires à titre personnel et non plus pour le compte de la société (1). En matière de délit assimilé, le dirigeant encourt une responsabilité pénale pour avoir agi en qualité d'organe de la société; il a joué jusqu'au bout son rôle de mandataire, peut-être mal, mais il a gardé sa qualité. Dans l'extension de faillite, en revanche, il encourt la responsabilité pour avoir abusé de la personnalité morale de la société.

Au demeurant, si les hypothèses de l'imputabilité et de l'extension de faillite peuvent s'entrecouper (2), elles ne se recouvrent pas, elles ne se situent pas à un même plan. Il est donc pertinent qu'une disposition particulière des délits assimilés vise à charge de dirigeants la soustraction du patrimoine personnel portant préjudice à la masse de la faillite sociale.

(1) Comparer avec situation du commerçant en cessation de paiement par application des notions de confusion de patrimoines, fictivité, prête-nom, supra.

(2) Exemple: la disposition des biens sociaux comme des siens propres avec le détournement ou la dissimulation de l'actif social; la prolongation abusive d'une exploitation déficitaire avec la non-déclaration de cessation de paiement dans les délais; voir VEAUX, op. cit. n° 216 et 217, p. 398 et s.

b. La répression pour soustraction de patrimoine personnel
 (article 4 du décret 1935 ou 132 de loi de 1967).....

Depuis l'institution de l'extension de faillite et la prévision de délits assimilés à charge de dirigeants sociaux par le décret de 1935, le droit de la banqueroute punit par une disposition particulière, le fait pour le dirigeant de détourner ou de dissimuler son patrimoine personnel ou encore de se reconnaître débiteur de sommes qu'il ne devait pas (1). Ainsi, le législateur cherche à atteindre les mandataires sociaux qui seraient tentés d'organiser leur insolvabilité en vue de se soustraire aux poursuites de la société, de ses membres ou de ses créanciers (2). Le danger d'un tel comportement - qui motive la rigueur de la loi - est d'empêcher le bon déroulement de la procédure collective intentée contre la société, débiteur originaire.

Par ce biais, les dirigeants passibles de l'extension de faillite peuvent être punis du chef de délits assimilés à la banqueroute pour certaines malversations concernant leur patrimoine personnel. Mais ce n'est pas la seule catégorie visée. On peut aussi signaler les dirigeants encourant la condamnation au paiement des dettes sociales aux termes de l'art. 99 de la loi de 1967. Au-delà même, la généralité des termes requiert d'englober tous les dirigeants qui peuvent avoir une obligation de droit commun envers la faillite de la société, le but de la loi étant d'assurer la réparation des délits commis dans la gestion de la société (3). La disposition s'adresse donc à n'importe quel dirigeant social (4).

Or, c'est précisément cette généralisation qui est gênante. Cette disposition qui répond sans doute à un sentiment de justice, s'intègre mal dans les délits assimilés. Comment le dirigeant social

-
- (1) Cette disposition existe en France et dans toutes les anciennes possessions qui se sont vues étendre le décret du 8 août 1935. Elle existe au Maroc, depuis le nouveau code pénal de 1962 (art. 560). Elle n'existe pas en Tunisie, en Belgique et dans les anciennes possessions belges sauf au Rwanda qui vient de l'introduire dans son code pénal (art. 420).
- (2) HOUIN, Encycl. Dalloz Sociétés, V^o Faillite et régl. judiciaire, éd. 1971, n^o 562; Crim. 30 juin 1971, JCP 1973-II-17344, note BOULOC. A ne pas confondre avec la soustraction, dissimulation ou recel des biens du débiteur par un tiers.
- (3) Crim. 4 décembre 1978, D.1979-IR-366; BERR, Faillite personnelle, déchéances, réhabilitation, banqueroute in Juriscl. des sociétés, fasc. 193, n^o 86.
- (4) En dehors des hypothèses des art. 99 à 101 de la loi de 1967 et même du cautionnement des engagements sociaux, crim. 26 novembre 1979, D.1980-IR-308.

qui n'est pas commerçant peut-il encourir une responsabilité pour banqueroute ou délit assimilé sur la gestion de son patrimoine personnel alors que celui-ci ne paraît pas être directement concerné par la faillite sociale? On affirme volontiers que la peine est due parce que le dirigeant a porté indirectement atteinte aux intérêts de la personne morale en voulant se dérober à ses responsabilités financières vis-à-vis des créanciers de celle-ci (1). L'explication n'est pas convaincante. Le comportement est sans doute répréhensible, mais il ne pourrait en toute logique être puni dans le cadre de la banqueroute que si le dirigeant avait encouru une faillite à titre personnel. Il paraît excessif de punir un particulier, dirigeant de société soit-il, pour une gestion défectueuse d'un patrimoine personnel qui ne soutient pas directement une procédure collective. (2)

En revanche, celui qui se voit appliquer une procédure collective en prolongement d'une faillite principale, en dépit de sa qualité de non-commerçant, mériterait une attention particulière en matière de banqueroute puisque celle-ci a notamment pour but de protéger l'institution de la faillite et d'assurer une meilleure protection des créanciers. La gestion de son patrimoine ne pourrait-elle pas être envisagée comme celle du patrimoine d'un homme d'affaire?

Nous pensons que le comportement d'homme d'affaires de cette catégorie de faillis, leur intention de tirer profit de la débacle de l'entreprise par la substitution de leurs intérêts propres à ceux de la société devraient les situer dans la catégorie des justiciables de la banqueroute comme ils le sont à l'égard de la faillite.

(1) ROBIN, Encycl. Dalloz, Répert. dr. pén. et proc. pén., V^o Banqueroute, éd. 1970, n^o 109; note BOULOC sous crim. 30 juin 1971, JCP 1973-II-17344; LARGUIER, Droit pénal des affaires, coll. Armand Colin 1977, p. 377; ARJENSON et TOUJAS, op. cit., n^o 1489.

(2) Sauf à envisager dans ce cas, la prévention d'escroquerie ou d'insolvabilité frauduleuse

Au lieu d'être diluée dans celle de la catégorie de dirigeants sociaux, l'incrimination directe de ces faillis en même temps que la certitude de la sanction attirerait l'attention sur la gravité de leurs actes. S'ils sont tenus comme hommes d'affaires, certaines de leurs fautes à l'égard de la faillite sociale seraient plus facilement réprimées que dans le cadre de l'article 132 de la loi de 1967 (1).

* *

*

L'abus de la personnalité juridique peut revêtir plusieurs degrés. Il est parfait lorsque le dirigeant ou l'associé profite de l'existence de la personne morale pour mener sa propre activité qui n'est que le reflet de celle de la personne morale. Mais l'abus peut revêtir à la fois un caractère plus complexe et moins complet ne conduisant pas l'auteur à la qualité de commerçant ou à son identification avec la personne morale. Dans ce dernier cas, l'auteur ne peut être mis en faillite par application du droit commun, même si par la mise en oeuvre de la responsabilité personnelle, il peut être tenu de supporter les dettes sociales (2). Il était donc nécessaire que le législateur par une disposition spéciale prévienne l'extension de faillite et précise les actes qui peuvent l'engendrer. Ce qui fut réalisé en France et à des époques différentes, dans ses anciennes possessions.

En matière de banqueroute, le rapprochement du comportement du dirigeant à celui de la personne morale devait poser le problème de savoir si les personnes visées par l'extension de faillite ne pouvaient pas être comprises dans la catégorie d'acteurs économiques dont certains agissements méritent d'être punis pour l'atteinte qu'ils portent à la moralité des affaires. La réponse du droit français et de certains droits africains qui se sont aperçus du problème fut de réprimer sans détail les dirigeants sociaux pour certains de leurs actes ayant pour but de faire échapper le patrimoine personnel aux conséquences de la faillite sociale. Il est cependant à regretter que parmi eux ceux qui font l'objet de l'extension de faillite n'aient pas fait l'objet d'une attention particulière. Il semble qu'ils auraient

(1) Voir les réserves de l'auteur de la note à propos de l'incrimination pour dépenses personnelles du dirigeant, crim. 30 juin 1971, JCP 1973-II-17344. Elles n'auraient plus de raison d'être à notre avis si le délit touchait ceux à qui la faillite est étendue, du moins par application de l'art. 101 loi 1967. On peut penser également aux faveurs accordées à certains créanciers au détriment de la masse.

(2) Notamment le comblement du passif social (art. 99 de loi de 1967); en Belgique, la loi du 4 août 1978 dite "anticrise" a introduit des art. 63ter et 133bis de lois coordonnées sur les sociétés commerciales; en droit Zaïrois, art. 106 et 109 du décret du 23 juin 1960.

pu être assimilés sans inconvénient aux autres justiciables de banqueroute, compte tenu de leur comportement assimilable à plusieurs égards à celui de l'homme d'affaires.

Dans la mesure où la banqueroute est liée à la faillite, elle doit envisager d'inclure ces personnes dans la catégorie des éventuels délinquants; si du moins leur situation économique l'exige. En effet, si la banqueroute s'adresse à une catégorie spéciale de débiteur, le commerçant, elle ne s'intéresse qu'à une période particulière de son activité économique, lorsqu'il est en sérieuses difficultés financières. La qualité de commerçant et la cessation des paiements doivent se conjuguer pour donner lieu à des poursuites pour banqueroute et délits assimilés.

TITRE II : LA FAILLITE OU LA CESSATION DES PAIEMENTS
DU COMMERCANT PERSONNE PHYSIQUE OU PERSONNE MORALE

=====

La considération de la situation économique du débiteur est un élément décisif dans l'examen de l'applicabilité de la banqueroute. Des actes ou des faits qui sont pour le législateur pénal, sinon "incolores", peu graves en tout cas lorsque le débiteur ne connaît pas de difficultés avec ses créanciers, sont, en cas de cessation de paiements, jugés avec gravité et réprimés à titre de banqueroute (1). En revanche, les actes du débiteur qui portent de graves atteintes au patrimoine des créanciers n'intéressent pas la banqueroute aussi longtemps que le débiteur n'est pas dans l'impossibilité de payer (2).

La raison en est tout à fait simple. Le non-paiement des dettes provoqué ou dû à des négligences et imprudences de gestion constitue une véritable atteinte à la confiance des créanciers et à la propriété d'autrui puisque le patrimoine du débiteur est leur gage général; il aurait la même gravité que certaines infractions plus choquantes (3). De même qu'elle constitue le fait générateur, le fondement juridique indispensable des procédures collectives (4), la cessation des paiements agit en matière de banqueroute, comme un élément catalyseur pour révéler le caractère spécialement dangereux des faits ayant pour but la diminution injustifiée ou le partage arbitraire du patrimoine sur lequel les créanciers avaient fondé l'octroi du crédit; elle est le moment de rupture, l'élément révélateur des heurts entre les actes du débiteur et la conscience sociale. Ce moment est caractérisé par le manque de trésorerie et de crédit, le non-respect de l'échéance dû à une situation désespérée.

(1) Exemple de l'interdiction d'exercer le commerce, de la non-teneur des livres de commerce.

(2) Lyon, 17 mai 1978, Gaz. Pal. 1979-1, somm., p. 59. Voir notamment pour le départ de la prescription de l'action publique: P. ROBERT, Le point de départ du délai de prescription en matière de banqueroute, JCP 1967-I-2053-I; Cass. 24 février 1975, Pas. 1975-I-644; Cass. 20 juin 1966, Pas. 1966-I-1347.

(3) Comparer: ML RASSAT, Le nouveau régime des infractions pénales dans la loi "Sécurité et Liberté", Rev. inter. crim. pol. techn. 1981, p. 10 et s.

(4) G. GRANCHET, La notion de cessation des paiements dans la faillite et le règlement judiciaire, Paris, LGDJ 1962, p. 2.

Cette situation risque cependant d'être appréciée avec nuance selon la procédure collective ou la mesure envisagée pour le débiteur (1). Si l'on ne recherche que l'égalité des créanciers dans une procédure de liquidation collective, on retiendra des difficultés sérieuses du débiteur alors que pour déclencher une procédure de renflouement avec la sauvegarde de l'activité, les difficultés devraient être sinon caractérisées par un simple embarras financier, en tous cas constatées suffisamment tôt pour espérer un redressement (2). On peut même se demander si l'efficacité des procédures de renflouement et de redressement des entreprises ne requiert pas une notion plus large de la cessation des paiements dont les critères d'évaluation seraient non seulement la situation financière mais encore des éléments techniques et commerciaux de l'entreprise (3).

En matière de banqueroute, l'appréciation de la cessation de paiements ne devrait pas être seulement une question de mesure mais revêtir une autre nature. S'agissant de protéger exclusivement l'ordre social, le concept mérite d'être replacé dans le contexte pénal de la banqueroute et apprécié en même temps que les faits constitutifs; en d'autres termes, il devrait changer de nature juridique (4) et révéler essentiellement le caractère dangereux des fautes de gestion commises lors de l'exploitation et les négligences dans le recours à la procédure de liquidation collective.

-
- (1) J. PAILLUSSEAU, Qu'est-ce qu'une entreprise en difficulté, *Rev. Jurisp. com.* 1976, n° spéc., septembre - octobre, p. 259, spéc. 259.
- (2) Entre les deux positions le règlement judiciaire paraît mal placé pour une partie de la doctrine française: A. CHEVRIER, De la défaillance financière à une procédure collective rénovée, *RTDC* 1976, p. 650; MJ CAMPANA-RAYMON de GENTILE, Le projet de réforme des procédures collectives (étude critique), *D.* 1977, chr. p. 273-277, spéc. p. 276; R. VERDOT, Faut-il supprimer le règlement judiciaire, *Réflexions sur l'unification des procédures collectives de redressement des entreprises*, in *Mélanges Kayser*, t. II, p. 397 et s.
- (3) PAILLUSSEAU, op. cit., *ibid.* p. 265 et s.; MB SDINNE, *Prolégomènes sur une refonte du droit de la faillite*. 1976, Chr. p. 256 et s. En droit belge; VAN DER GUTH, *Prévention des faillites*, *RDPC* 1973-74, p. 879-882; LANDELDS, *Faillites et problèmes régionaux*, *Mutations et région*, 1973, n° 1 et 2; T'KINT, *Le projet de loi sur la gestion assistée*, rapport du 22 décembre 1976 au CRI (*Droit-économie*); VAN OMMESLAGHE, *Le projet de loi sur la gestion assistée des entreprises*, *JCB* 1977, p. 447-468.
- (4) JL GOUTAL, *L'autonomie du droit pénal; reflux et métamorphoses*, *RSC* 1980, p. 910 à 941 spéc. p. 933 et 937 et s.; à l'inverse des irrégularités révéleraient la cessation des paiements dès lors qu'un lien de causalité entre les deux peut être établi; voir *Brux.* 22 novembre 1978, *RPS* 1979, p. 67.

Il est vrai que la localisation de la banqueroute telle que la problématique a essayé de le démontrer, facilite ou non l'interprétation pénaliste de ses éléments constitutifs (1); mais il importe de vérifier dans la pratique si la cessation des paiements, condition de base de la banqueroute, est laissée à l'entière appréciation des juridictions répressives ou si elle résulte d'une décision préalable d'une juridiction commerciale.

La question est d'importance. De la réponse s'induisent des conséquences différentes pour la poursuite du délinquant; même la qualification de l'infraction peut s'en trouver modifiée puisque la cessation des paiements est un élément constitutif de la banqueroute (2). Il risque ainsi de se développer une double notion commerciale et pénale de la cessation des paiements et selon le cas, une indépendance ou une soumission de la banqueroute à l'égard des procédures collectives.

Ainsi, pour être punissable de la banqueroute, outre sa qualité de commerçant, le débiteur devra non seulement cesser ses paiements mais encore avoir son crédit ébranlé. Certaines législations toutefois exigent, en outre, une condition de forme, la déclaration préalable de faillite par une juridiction commerciale. Dans ce cas, la poursuite pour banqueroute ne peut intervenir avant. Chacune de ces conditions fera l'objet d'un chapitre.

(1) Supra p. 65 et s.

(2) GOYET, ROUSSELET et PATIN, Droit pénal spécial, 8e éd., p. 736, note I; TOUFFAIT et HERZOG, op. cit. JCP 1959-I-473, n° 7.

CHAPITRE I: LA CESSATION DES PAIEMENTS, ELEMENT CONSTITUTIF DE L'ETAT DE FAILLITE

Si l'enchevêtrement des relations commerciales craint la cessation des paiements qui risque d'ébranler l'édifice, il peut en revanche produire un effet bénéfique lorsque les difficultés du débiteur sont passagères en incitant les partenaires plus aisés à remédier à l'incident, à aider le débiteur à redresser sa situation économique et ainsi renouer la chaîne (1). Généralement, le commerçant compte pour régler l'échéance, sur ses ressources propres mais aussi sur le crédit des partenaires; il sera en sérieuses difficultés si les deux sources financières tarissent.

A l'image de ses relations commerciales, la cessation des paiements du commerçant comme condition d'ouverture des procédures collectives et de déclenchement des poursuites pour banqueroute comporte un aspect statique et un aspect dynamique. Le premier tient compte de la situation financière actuelle et fixe de l'entreprise à savoir les liquidités pour régler l'échéance; l'aspect dynamique envisage la situation du débiteur dans son avenir - sans doute immédiat - compte tenu de l'appui financier extérieur dont il peut bénéficier ainsi que du crédit qu'il inspire encore aux autres partenaires.

Il sera question pour l'instant de l'aspect statique de la cessation des paiements envisagée seulement comme un élément de la situation financière globale du débiteur, une partie d'un tout, un élément de l'état de faillite caractérisant l'ensemble de la situation économique du débiteur (2).

Il convient de retenir à cet égard que la cessation des paiements se réfère à la notion d'échéance et que, étant donné les risques de la profession commerciale et la fluctuation de la situation économique du débiteur, les difficultés à prendre en considération doivent être sérieuses.

(1) On apprécie volontiers les avantages des procédures collectives du côté des créanciers et pas suffisamment du côté du débiteur: CLOQUET, op. cit., n° 1021.

(2) En droit français on parle de cessation de paiements pour signifier l'état de faillite lui-même ou mieux celui qui donne naissance aux procédures collectives. Nous l'entendons au sens du droit belge comme une des conditions de la faillite. Nécessaire pour la clarté de l'exposé, la distinction apparaîtra parfois artificielle.

Par ailleurs, le réalisme du droit de la faillite incitera, comme il a déjà été question pour la définition de la qualité de débiteur à ne pas se contenter en la matière de l'arrêt du service de caisse et à se demander si la prolongation des paiements n'est pas artificielle ou fallacieuse. Il sera dans ce cas intéressant de découvrir par quel mécanisme cet élargissement de la cessation des paiements a vu le jour ainsi que la place qui est la sienne en matière de banqueroute.

Il sera enfin nécessaire de préciser la nature des dettes civiles ou commerciales dont il faudra tenir compte pour conclure à la cessation des paiements. La contre-épreuve de cette démarche peut être faite en analysant purement et simplement les termes mêmes de la cessation des paiements. Il faudrait alors préciser le sens de l'arrêt des paiements en théorie et en pratique ainsi que la nature des dettes qui conduisent à la cessation des paiements.

Ces divers points seront donc groupés pour leur analyse sous trois sections: la première section sera consacrée aux notions générales de la cessation de paiements, la seconde analysera les caractères et la nature des dettes impayées. Enfin, pour fixer les idées, une troisième section sera consacrée à l'énumération de quelques signes de cessation des paiements.

SECTION 1: NOTIONS GENERALES DE LA CESSATION DES PAIEMENTS: ASPECTS EXTERNE ET INTERNE

Dans son sens littéral, la cessation des paiements s'entend de l'arrêt du service de caisse lorsque les délais ainsi que les moyens de se procurer des fonds ont été épuisés. En fait cependant, elle peut exister même lorsque le débiteur continue ses paiements si du moins ceux-ci ont lieu en fraudant la loi et en trompant des créanciers.

Deux idées complémentaires expliquent la notion de la cessation des paiements: celle-ci signifie d'une part, dans son aspect externe, l'arrêt matériel des paiements; d'autre part, le paiement prolongé par des moyens frauduleux ou artificiels et même tout simplement ruineux, dans certains systèmes du moins, n'empêche pas la cessation des paiements.

§ 1. L'ARRÊT MATÉRIEL DES PAIEMENTS, ASPECT EXTERNE

L'arrêt matériel des paiements, de manière littérale, signifie l'arrêt du service de caisse par manque de liquidités. Le débiteur se trouve alors à coup sûr, dans l'impossibilité de payer, quelle que soit la cause de ses difficultés et sans qu'il y ait en principe à évaluer l'importance de son passif.

Néanmoins, en poussant plus loin l'analyse, de multiples questions apparaissent. Si cet arrêt de paiement indique la non-satisfaction du passif du débiteur, s'agit-il d'une notion comptable exprimant la supériorité du passif sur l'actif et devant être assimilée à l'insolvabilité ou comporte-t-il une signification particulière découlant uniquement de la comparaison de certains éléments du patrimoine du débiteur? Dans son appréciation, tient-on compte d'un arrêt temporaire ou définitif, de son caractère notoire? L'arrêt concerne-t-il tous les paiements ou une seule dette, quelle que soit son importance, peut l'entraîner (1), etc...

Deux questions retiendront notre attention particulière à savoir la distinction qui doit être faite entre l'arrêt matériel des paiements et l'insolvabilité, entre l'arrêt matériel des paiements et la gêne momentanée.

A. L'ARRÊT MATÉRIEL DES PAIEMENTS SE DISTINGUE DE L'INSOLVABILITÉ

La doctrine aussi bien française que belge, définit souvent la cessation des paiements par opposition à l'insolvabilité (2). Cette distinction repose sur un élément essentiel de la cessation des paiements. En effet, alors que l'insolvabilité découle d'un excédent de passif sur l'actif du débiteur, la cessation de paiements tient essentiellement compte de l'échéance de la dette. Lorsque l'échéance ne peut pas être respectée et le disponible couvrir l'exigible, l'arrêt des paiements existe, peu importe l'état de la fortune du débiteur.

(1) CLOQUET, op. cit., n° 217 et les références; P. COPPENS, op. cit., RCJB 1969, p. 375; Liège 6 décembre 1973, Pas. 1974-II-72; P. COPPENS, op. cit., RCJB 1974, n° 10, ibd. n° 8.

(2) LYON-CAEN et RENAULT, op. cit., VII, 57; RIPERT et ROBLOT, op. cit., t. II, 8e éd., n° 2851; FREDERICQ, op. cit., t. VII, n° 14.

En droit belge et dans les anciennes possessions, la doctrine et la jurisprudence sont unanimes pour soutenir que le débiteur dont l'actif est supérieur au passif peut être déclaré en faillite (1); étant entendu que la cessation des paiements est "une réalité dynamique étroitement liée aux flux des affaires et indépendante de l'importance du patrimoine" (2). On peut même ajouter, bien que l'hypothèse soit théorique, que tant que le débiteur fait face à ses échéances, sa faillite ne peut être déclarée même s'il est fondamentalement en état d'insolvabilité (3).

La doctrine et la jurisprudence françaises affirment de même, que la solvabilité n'est pas un obstacle à la cessation des paiements et que, à l'inverse, l'insolvabilité n'appelle pas forcément la cessation des paiements (4). Cette position paraît même s'être radicalisée depuis les arrêts récents de la cour de cassation française qui caractérisent la cessation des paiements lorsque le débiteur est hors d'état de faire face au passif exigible avec son actif disponible (5).

Néanmoins, partout, avant de prononcer la procédure, les juridictions recherchent si, au-delà du simple arrêt matériel des paiements, la situation globale du patrimoine est suffisamment compromi-

(1) FREDERICQ, op. cit., t. VII, n° 14, p. 69; VAN RYN et HEENEN, op. cit., t. IV, n° 2642; P. COPPENS et T'KINT, op. cit., RCJB 1979, n° 10, p. 312 et 313. Parmi l'abondante jurisprudence: Liège 24 juin 1961, JL 1961-62, p. 18; Corr. Brux. 24 mai 1965, JT 1966, p. 171; voir les réf. de CLOQUET, op. cit., n° 206 et 207. Ajouter les chroniques de jurisprudence du professeur COPPENS, RCJB 1979, p. 312; 1965, p. 57; Cass. 7 mai 1976, Pas. 1976-I-968.

(2) et (3) P. COPPENS et T'KINT, op. cit., RCJB 1979, p. 312 et s., n° 10.

(4) LYON-CAEN et RENAULT, op. cit. VII, n° 56 et 57; GRANCHET, op. cit., p. 131 et s.; COZIAN, op. cit., Juriscl. com., fasc. A15, n° 49 et s. Ainsi que la jurisprudence citée n° 52 et 54; ARJENSON et TOUJAS, op. cit., 4e éd., t. I, n° 10 et les décisions citées; RIPERT et ROBLLOT, op. cit., t. II, n° 2851. Une doctrine qui a eu peu de succès a tenté au début du siècle dernier d'assimiler la cessation de paiements et insolvabilité afin de les opposer à la "suspension des paiements" voir GRANCHET, op. cit., p. 131-134.

(5) Com. 20 novembre 1973, JCP 1974-IV-p. 102, n° 6392; Com. 27 juin 1977, Bull. civ. 1977-IV-n° 185, Com. 14 février 1978, D.1978-IR-443, obs. Honorat; Com. 16 janvier 1979, Gaz. Pal. 1979-I-somm. p. 226; JCP 1979-IV-99; Com. 16 janvier 1980, JCP 1980-IV-p. 123; Com. 13 mai 1980, JCP 1980-IV-p. 279; Com. 3 juin 1980, JCP 1980-IV-311.

se (1) . Il semble bien que la considération de l'état général de la fortune du débiteur et de ses capacités de remboursement aient quelque influence sur l'appréciation du crédit. Si le débiteur est solvable, il obtiendra normalement du crédit pour assurer ses paiements; en revanche, l'insolvabilité peut être un indice de la cessation des paiements (2).

Ainsi, sans pouvoir se confondre, en droit français en particulier, la cessation de paiements et l'insolvabilité demeurent assez rapprochées par la considération de l'ensemble de la situation économique du débiteur pour décider des procédures collectives (3). L'appréciation de l'ensemble de la situation financière du débiteur peut d'ailleurs affecter la gravité de l'échéance car des difficultés de trésorerie passagère ne suffisent pas pour le constat de la cessation des paiements.

B. L'ARRET MATERIEL DES PAIEMENTS EST DIFFÉRENT DE LA GENE MOMENTANEE

Pour conclure à la cessation des paiements, les différents droits examinés ne s'arrêtent pas à n'importe quelle difficulté de paiements; la jurisprudence et la doctrine exigent que l'arrêt matériel des paiements soit définitif, qu'il reflète une situation sérieusement embarrassée (4).

Cette position s'explique aisément. L'activité commerciale est une entreprise pleine de risques. Les prévisions financières du débiteur peuvent être contredites alors que l'activité est prospère et l'arrêt des paiements, ne signifier qu'un simple retard parce que la situation peut être rétablie à bref délai après la période difficile. En effet, si l'entreprise saine est celle qui présente à la fois une rentabilité et une liquidité suffisante et en sérieuses difficultés, celle dont les deux éléments sont déficients, les situations intermédiaires, les plus courantes, ne peuvent être qualifiées qu'avec beaucoup de souplesse (5).

(1) Com. 31 juillet 1950, obs. Houin, RTDC 1950, p. 645; La jurisprudence citée par COZIAN, op. cit. fasc. A 15, n° 58; Com. 6 juillet 1971, Bulletin civ. 1971-IV-n° 195; Com. 5 janvier 1977, D.1977-IR-p. 165, obs. Honorat; Aix-en-Provence, 12 juillet 1977, D.1978-IR-96; Paris 12 juillet 1978, D.1979-IR-p. 80, note HONORAT; voir infra l'évolution qu'a subie cette condition dans la jurisprudence actuelle française; P. COPPENS, Cours... approfondi..., 1978, p. 23.

(2) GRANCHET, op. cit., p. 142 et s.

(3) GRANCHET, op. cit., p. 154 et s. Voir toutefois l'évolution ci-après.

(4) Cass. req. 17 octobre 1939, DH 1940,5; GRANCHET, op. cit., p. 123 et s.; FREDERICQ, op. cit. VII, n° 14; CLOQUET, op. cit., n° 21 et les références de jurispr.

(5) MICHAUX, op. cit., in Entreprises en difficulté et initiative publique, Fac. St. Louis 1978, p. 113 et s.

Les investissements, la constitution de stocks même s'ils provoquent un déséquilibre momentané peuvent être préférables à une liquidité excessive. A l'inverse, sans rentabilité, la recherche d'un équilibre permanent entre le passif exigible et la trésorerie pourrait conduire à l'immobilisme. Il y a aussi la conjoncture économique qui peut être défavorable, la fluctuation des transactions, des situations difficiles qui peuvent soit disparaître d'elles-mêmes soit être vaincues à bref délai grâce à un concours extérieur ou au dynamisme propre du débiteur (1). La faillite ou la procédure collective est tellement grave pour l'ensemble des relations économiques pour qu'elle repose sur une gêne passagère. Avant de la prononcer, il paraît nécessaire de caractériser les difficultés insurmontables de d'entreprise (2).

La majorité de la doctrine belge enseigne qu'une gêne momentanée accidentelle, même prononcée mais bientôt surmontée ne suffit pas à constituer la cessation des paiements (3); encore que, nuance-t-on, c'est l'ébranlement du crédit qui fait généralement défaut en pareil cas (4). Pour la jurisprudence belge, en revanche, il est constant qu'une gêne momentanée empêche l'état de faillite d'être caractérisé (5).

Le fait que les difficultés passagères ne sont pas constitutives de la cessation des paiements est également mis en relief par la doctrine et la jurisprudence française (6). Cette distinction - gêne passagère et arrêt des paiements - est un triomphe sur une conception purement matérielle de la cessation des paiements dégagée d'une interprétation de la loi (7); l'arrêt matériel des paiements se complétant d'un examen de la nature exacte des difficultés pour savoir si elles sont temporaires ou marquent la situation sans issue de l'entreprise (8).

(1) GRANCHET, op. cit., p. 126 et s.; GOZIAN, op. cit., n° 45 et s.

(2) GRANCHET, op. cit., p. 128

(3) CLOQUET, op. cit., n° 21 et doctrine et jurisprudence citées.

(4) VAN RYN et HEENEN, op. cit., t. IV, n° 2643.

(5) Cass. 16 juillet 1903, Pas. 1903-I-341; ajouter aux décisions citées par CLOQUET, op. cit., n° 219; Com. Brux. 13 mars 1979, JT 1980, p. 263; P. COPPENS et T'KINT, op. cit., RCJB 1979, p. 309 et s., n° 9.

(6) COZIAN, op. cit., n° 45 et s.; GRANCHET, op. cit., p. 130; LYON-CAEN et RENAULT, op. cit. VII, n° 61; Cass. req. 17 octobre 1939, DH 1940.5; Cass. Com. 23 décembre 1969, RTDC 1970, p. 495, obs. Houin; Cass. com. 15 mars 1971, in Rodières et Fournier, op. cit., n° 12, p. 37. Avant 1960: Lyon 2 mai 1955, RTDC 1955.662, obs. Houin; Rennes 17 février 1956, RTDC 1956. 710, obs. Houin; Cass. com. 30 octobre 1956, Bull. civ. III, n° 222; Cass. com. 23 janvier 1957, Bull. civ. III, n° 33; Trib. 1ère Inst. Pointe-noire, 28 juin 1958, Rec. Penant 1959, p. 101.

(7) GRANCHET, op. cit., p. 126 à 130.

(8) Cass. com. 5 décembre 1949, D.1950-126; Cass. com. 6 juillet 1971, D.1971, somm. 217; Cass. com. 5 janvier 1977, D.1977-IR-165; GRANCHET, op. cit., p. 126 et s.

Pour la cour de cassation française, les difficultés "normalement insupportables" justifiant l'intérêt d'une liquidation amiable ne constituent pas l'état de cessation des paiements eu égard au moratoire accordé par les créanciers et alors que le passif immédiatement exigible était très faible (1). Quant aux juridictions de fond, elles sous-entendent que la cessation des paiements repose sur une carence pécuniaire définitive indiquant de manière indiscutable les sérieuses difficultés financières (2).

La cessation des paiements caractérisée extérieurement par le non paiement de dettes échues apparaît par conséquent moins rigide que ne le laisserait prévoir une interprétation littérale. L'arrêt de paiement doit être définitif et non dû à une simple gêne passagère. De même, si la cessation de paiements continue à être distinguée de l'insolvabilité, il n'empêche qu'il est tenu compte de la situation globale de l'entreprise pour conforter la certitude de l'arrêt des paiements. Cette situation de graves difficultés peut d'ailleurs exister en dépit du respect des échéances, si celui-ci n'est que le résultat de manoeuvres frauduleuses ou ruineuses pour assurer une survie artificielle de l'entreprise.

§ 2. LE PROLONGEMENT DES PAIEMENTS GRACE A DES MOYENS ARTIFICIELS N'EMPECHE PAS LA CESSATION DES PAIEMENTS.

La cessation de paiement existe dès l'arrêt matériel de paiements, signe extérieur de l'insuffisance de l'actif disponible à couvrir le passif exigible. Toutefois, il se peut que cette situation soit cachée par la continuation des paiements. Il est rare en effet que le débiteur avoue spontanément la défaillance de son entreprise soit par erreur de diagnostic soit par la volonté de retarder par tous les moyens la catastrophe. Dans ce dernier cas, il s'engage dans des pratiques commerciales douteuses pour respecter à tout prix ses échéances en particulier les plus exigeantes.

(1) Com. 15 mars 1971 repris par Rodières et Fournier, op. cit., n° 13; Comp. com. 20 février 1979, Bull. civ. IV, n° 72, p. 55.

(2) Toulouse, 28 janvier 1974, JCP 1974-IV-n° 6427, p. 227; D. 1974-IR-102; dans les anciennes possessions: Dakar 21 janvier 1956, Banque, 1956, p. 172, obs. Marin. En France, depuis l'ordonnance du 23 septembre 1967, certaines entreprises bénéficient d'une procédure spéciale lorsque leur situation difficile n'est pas encore complètement obérée. Voir A. HONORAT, Suspension provisoire des poursuites et apurement collectif du passif, Juriscl. com., anciens art. 437-614-26, fasc. A.

Ce genre de paiements ne peut se faire qu'au détriment d'une partie des créanciers. Quant au débiteur lui-même, la recherche effrénée des liquidités l'oblige à faire argent de tout et à distribuer son patrimoine dans des conditions désavantageuses. De tels procédés, même s'ils assurent la continuité des paiements n'empêchent pas de caractériser la cessation de paiements; ils en sont au contraire, des indices sérieux. Ainsi la notion de cessation des paiements ne couvre pas seulement l'arrêt effectif des paiements mais peut également être révélée par des paiements opérés par des moyens frauduleux ou ruineux (1).

Cette dernière conception fut le résultat d'une lente évolution (2). A l'origine, la cessation des paiements a été envisagée sous son seul aspect externe. Cependant, la nécessité de faire remonter aussi loin que possible la période suspecte afin de rendre effective l'égalité des créanciers fut le départ de la considération de certaines pratiques malhonnêtes du débiteur dissimulant la cessation des paiements. A l'heure actuelle, la notion de cessation des paiements, dans sa réalité interne, s'élargit aussi bien pour la fixation de la période suspecte que, en principe du moins, pour le prononcé de la procédure collective et la constitution de la banqueroute, à la prolongation des paiements assurée par des moyens ruineux ou frauduleux. Il semble cependant que les droits examinés aient une sensibilité quelque peu différente à l'égard de cette évolution.

A. DROIT BELGE ET CELUI DES ANCIENNES POSSESSIONS BELGES

La doctrine belge (3) qui, en ce domaine, est également valable dans les anciennes possessions belges, retient la cessation des paiements en dépit de la continuation du service de caisse lorsque les paiements sont réalisés par des moyens illicites ou frauduleux;

-
- (1) Pour la controverse doctrinale en droit français voir GRANCHET, op. cit., p. 177 à 186.
- (2) J. DELEAU, La notion de cessation des paiements en jurisprudence, RTDC 1949, p. 589; GRANCHET, op. cit., p. 183 et s.; COZIAN, op. cit., Juriscl. com. fasc. A 15, art. 437 à 614, n° 74 à 109; MJ RAYMOND de GENTILLE, Le principe de l'égalité et la loi du 13 juillet 1967, n° 1 à 12; CLOQUET, op. cit., n° 208; Répert. prat. dr. belge, V° Faillite et banqueroute, n° 77 et 78.
- (3) Répert. prat. dr. belge, V° Faillite et Banqueroute, n° 75 et s.; PIRET, Faillite et concordat, chr. de jurisp., RCJB 1951, p. 58; FREDERICQ, op. cit. VII, n° 16; CLOQUET, op. cit., n° 208; VEROUGSTRAETE, op. cit., p. 10, n° 8; P. COPPENS et T'KINT, op. cit., RCJB 1979, p. 311, n° 9. Bien que les auteurs mettent l'accent sur l'atteinte au crédit que réalise de tels procédés, ils marquent une certaine hésitation sur l'aspect de la situation financière du débiteur ainsi compromis, un signe de l'interférence des deux éléments retenus par la loi belge pour caractériser l'état de faillite.

il importe, en effet, que les moyens auxquels recourt le débiteur pour soutenir son crédit soient réguliers. La jurisprudence, pour sa part, affirme de manière constante que la faillite existe si les moyens de paiements utilisés sont artificiels, illicites ou frauduleux, l'ébranlement du crédit ne pouvant être exclu que si le commerçant continue à jouir d'un crédit réel, à l'exclusion de tout crédit fictif (1).

Néanmoins, le droit belge se montre plus réservé pour accueillir les moyens ruineux licites si du moins l'intention de retarder le constat de la faillite n'est pas nettement établi (2). On peut s'expliquer difficilement cette position. La cessation de paiements est en effet une notion mélangée de fait et de droit et en matière commerciale comme en matière pénale, la recherche de la réalité passe parfois avant l'abstraction juridique (3). En l'occurrence, il n'y a pas cessation de paiements par suite de l'irrégularité des paiements; celle-ci n'est qu'un indice de la situation cachée par les moyens artificiels de paiement (4). Si en dépit de l'irrégularité de certains paiements, la situation du débiteur demeure in bonis, il n'y a pas lieu à cessation de paiements (5). A notre avis, l'emploi de moyens ruineux prolongeant artificiellement la vie de l'entreprise devrait pouvoir révéler l'état de faillite dès lors qu'est constatée la réunion de la cessation de paiements et de l'ébranlement de crédit, en somme la situation sans issue de droit français (6).

-
- (1) Com. Gand, 18 août 1923, Pnd. périod. 1923, n° 230; Cass. 19 janvier 1937, Pas. 1937-I-20, RDPC 1937, p. 223; Corr. Brux. 13 janvier 1938, RDPC 1938, p. 713; Cass. 24 septembre 1956, Pas. 1957-I, p. 43; Brux. 9 février 1959, Pas. 1959-II-204; Liège, 19 décembre 1961, JL 1961-62, p. 146; Cass. 2 décembre 1963, Pas. 1964-I-346; Cass. 26 novembre 1970, Pas. 1971-I-272; Contra: Brux. 15 avril 1911, JCB 1971-268; Liège 24 février 1912, Pand. périod. 662. De telles pratiques ont été au reste réprimées par la loi à titre de banqueroute.
- (2) MICHAUX, op. cit., in Entreprises en difficulté et initiative publique, Fac. St. Louis Brux. 1978, p. 117; CLOQUET, op. cit., éd. 1965, n° 149: Répert. prat. dr. belge, V° cit°, n° 75 et 76; Com. Brux. 18 juillet 1939, Rev. faill. 1939-387; cependant, Com. St Nicolas cité par CLOQUET, op. cit., n° 208.
- (3) Voir l'argumentation du Répert. prat. dr. belge, V° cit°, n° 77.
- (4) Voir l'opinion de GRANCHET, op. cit., p. 196 et s.
- (5) Comparer avec Brux. 22 novembre 1978, RPS 1979, p. 67.
- (6) La cour d'appel d'Elisabethville a paru moins hésitante dans son arrêt du 25 mars 1958, RJCB 1958, p. 298; elle décide que pour l'appréciation de la cessation des paiements et de l'ébranlement du crédit, on ne peut tenir compte de paiements faits au moyen de fonds ou du prix de revente de marchandises, obtenues par des moyens contraires aux usages honnêtes du commerce qu'ils soient ou non constitutifs d'infractions.

B. DROIT FRANÇAIS ET CELUI DES ANCIENNES POSSESSION FRANÇAISES

La cessation des paiements reste également caractérisée pour la doctrine et la jurisprudence, en France et dans les anciennes possessions, par l'arrêt matériel des paiements; toutefois, elle peut être révélée, malgré la continuation des paiements, par l'emploi des procédés frauduleux ou ruineux (1).

Il n'y a pas eu toujours unanimité dans la doctrine et la jurisprudence pour admettre que les procédés illicites et frauduleux ou tout simplement ruineux caractérisent la cessation des paiements (2). A l'heure actuelle cependant (3), on peut dire qu'ils sont considérés par les auteurs et les juridictions comme susceptibles de déterminer la cessation des paiements parce qu'ils révèlent la situation financière et commerciale désespérée du débiteur: encore que l'accueil des moyens ruineux ait été plus timide et tardif (4).

Cette évolution prend le départ dans le besoin de reporter utilement la date de la cessation des paiements pour assurer le respect de la règle de l'égalité entre créanciers (5). Dans ce but, la cessation des paiements peut être différente de l'arrêt matériel des paiements, si ceux-ci n'ont pu être continués que grâce à des moyens

- (1) VOULET, La notion de cessation des paiements en matière de faillite et de liquidation judiciaire, thèse Aix-Marseille 1934, Lyon, Bosch Frères 1934; DELEAU, op. cit., RTDC 1949, p. 592; G. GRANCHET, op. cit., p. 173 et s.; MJ RAYMOND de GENTILLE, Le principe de l'égalité entre les créanciers chirographaires et la loi du 13 juillet 1967, p. 8 et s., n° 3 et s.; COZIAN, op. cit., Juriscl. com., art. 437 à 614, fasc. A15, n° 74 et s.; ARJENSON et TOUJAS, op. cit., n° 11; Contra: LACOUR et BOUTERON, op. cit., t. II, n° 1670; Cass. civ. 27 juillet 1909, DP 1910-I-345, note LACOUR; S.1911-I-73, note LYON-CAEN; Req. 12 mai 1841, S.1841-I-663; Req. 16 novembre 1846, S.1847-2-47.
- (2) M. VASSEUR, Le principe de l'égalité entre les créanciers chirographaires dans la faillite, thèse Paris, Rousseau 1949, n° 15 et s.; voir la doctrine rapportée par GRANCHET, op. cit., p. 177-183. Arrêt des paiements manifesté par des agissements illicites sautant aux yeux des tiers: Cass. civ. 27 juillet 1909, DP 1910-I-345, note LACOUR; S.1911-I-73, note LYON-CAEN. Voir GRANCHET citant LESCOT, op. cit., p. 184. Application de la maxime "fraus omnia corrumpit": LYON-CAEN et RENAULT, op. cit., t. VII, n° 56; PERCEROU et DESSERTAUX, op. cit., t. I, n° 183 et 183bis; cependant pour les moyens ruineux: cass. civ. 27 juillet 1909, D.1910-I-345, note LACOUR.
- (3) G. GRANCHET, op. cit., p. 205 et 206; RAYMOND de GENTILLE, op. cit., n° 5 et s.; RIPERT et ROBLOT, op. cit., t. II, n° 2855.
- (4) G. GRANCHET, op. cit., p. 185 et s.; cass. com. 6 mai 1952 rapporté par GRANCHET, op. cit., p. 194, cass. com. 5 avril 1965, RTDC 1965, p. 888, obs. Houin.
- (5) Voir RAYMOND de GENTILLE, op. cit., n° 3 et s. A noter qu'en droit français, avant 1967, la durée de la période suspecte était illimitée. Depuis elle est limitée à 18 mois.

frauduleux ou illicites ou encore ruineux. A la vérité, cette cessation des paiements n'est pas différente de celle exigée pour l'ouverture de procédures collectives sauf la difficulté à découvrir la réalité cachée (1).

On serait par conséquent en droit d'attendre que les procédés frauduleux, illicites ou ruineux caractérisent de manière autonome la cessation de paiements comme condition d'ouverture de procédures collectives puisqu'ils n'assurent qu'un prolongement artificiel de l'activité commerciale. Il n'apparaît pas cependant que les juridictions françaises ou des anciennes possessions aient accédé à cette conclusion. Elles font toujours référence à l'arrêt effectif des paiements (2); encore que cette utilisation puisse constituer des indices sérieux qui pourraient transformer le moindre incident en état de cessation des paiements.

L'évolution actuelle de la jurisprudence commerciale qui définit la cessation des paiements comme l'impossibilité pour l'actif disponible de faire face au passif exigible (3) ne paraît pas de ce point de vue avoir changé les données du problème. Bien au contraire puisqu'elle tend à rendre l'examen de la situation économique globale superflu (4). Les moyens à l'aide desquels le débiteur fait son échéance continueront à constituer des indices sérieux de la cessation des paiements si du moins ils sont en rapport direct avec les difficultés de trésorerie.

La mise au point de la cour de Paris est à cet égard pertinente: la cessation de paiements est une notion objective qui doit s'attacher à l'examen de la faculté pour le débiteur de faire face ou non à ses obligations exigibles mais non point à la détermination de l'origine des fonds utilisés; l'emploi de moyens frauduleux ou ruineux,

-
- (1) Voir G. GRANCHET, op. cit., p. 208 et RAYMOND de GENTILLE, op. cit., n° 7 et s.; COZIAN, op. cit., Juriscl. com. fasc. A15, n° 99 et s.; PERCEROU et DESSERTAUX, op. cit., n° 183bis; RIPERT et ROBLOT, op. cit., t. II, n° 2855.
- (2) Cass. com. 5 avril 1965, RTDC 1965, p. 888, obs. Houin; cass. com. 5 janvier 1977, D.1977-IR-p. 165, note HONORAT. Voir cependant cass. com. 17 avril 1967, RTDC 1967, p. 858; cass. com. 23 janvier 1968, RTDC 1968, p. 1134; Cass. com. 12 mars 1974, Bull. cass. 1974-IV-n° 90.
- (3) Cass. com. 14 février 1978, D.1978-IR-443, note HONORAT.
- (4) Com. 14 février 1978, D.1978-IR-443; com. 10 juillet 1978, D.1979-IR-80, obs. HONORAT; com. 2 juillet 1979, Bull. civ. 1979-IV-n° 218, p. 177 (malgré les possibilités de redressement); com. 20 janvier 1979, Bull. civ. 1979-IV-n° 72, p. 55 (ne tient pas compte du délai de grâce des créanciers). Ajouter les décisions citées par CULIOLI et DERRIDA dans leur note sous crim. 20 novembre 1978, D.1979-J-528, note 8. L'interprétation de la chambre criminelle semble différente. Voir infra.

pour se procurer du crédit et retarder ainsi artificiellement la constatation de la cessation des paiements constitue un cas de banqueroute simple mais n'a pas de rapport direct avec l'impossibilité pour le débiteur de régler ses dettes (1).

Corroboré par les procédés utilisés pour faire l'échéance ou coïncidant avec le défaut de trésorerie, l'arrêt de paiements doit être qualifié en droit c'est-à-dire concerner des dettes dont la nature et les caractères sont précis. Si pour justifier la rigueur de l'échéance et la procédure qui découle du manquement, on a surtout pris en considération le préjudice causé aux créanciers (2), on ne peut pas oublier que la procédure collective produit de graves conséquences sur le patrimoine et éventuellement sur la personne du débiteur et que, à cet égard, la défaillance doit être suffisamment caractérisée. Il ne suffit pas de fixer les conditions de l'arrêt des paiements; faut-il encore apporter des précisions sur les dettes caractérisant la défaillance.

SECTION 2: CARACTERES ET NATURE DES DETTES IMPAYEES

Au-delà d'un moyen d'exécution, la procédure collective a pour but l'assainissement économique par la suppression des activités commerciales défaillantes ou la sauvegarde des entreprises encore viables moyennant une solution d'ensemble aux problèmes financiers à laquelle participent tous les créanciers (3). Il est, dès lors, logique qu'elle n'intervienne que lorsque les dettes non payées rencontrent certaines exigences. Celles-ci touchent en premier lieu leur nature. Le domaine particulier d'intervention de la procédure nécessite une réponse assez claire sur la nature civile ou commerciale des dettes qui la soutiennent. L'enjeu porte sur la capacité du débiteur à répondre de ses obligations de commerçant et éventuellement sur l'appréciation de la viabilité de l'activité commerciale.

Il sied également de préciser l'importance, le nombre des dettes, de juger de leur caractère notoire, sérieux et incontestable. On pourrait même s'interroger sur les circonstances du refus de paiement, etc... Il est évident que, si le débiteur était fondé à s'opposer aux demandes des créanciers ou si le non-paiement n'avait pas de graves répercussions sur l'activité commerciale, celle-ci ne devrait pas être remise en cause par la procédure collective ou le comportement du débiteur puni pénalement.

(1) Paris, 9 octobre 1980, Banque 1981, p. 100 et s.; note MARTIN, La cour statuant en matière pénale, l'affirmation n'en est que plus nette.

(2) G. GRANCHET, op. cit., p. 82, n° 138.

(3) Voir Lyon. 5 décembre 1955. Gaz. Pal. 1956-I-239; GRANCHET, op. cit., n. 91.

Sous cette section, seront groupés les problèmes concernant les caractères et la nature des dettes qui motivent une procédure collective. Alors que les caractères des dettes restent identiques partout dans les droits examinés, on décèle une certaine divergence dans la détermination de la nature des dettes susceptibles d'entraîner la cessation de paiements. Les caractères de la dette seront indiqués d'abord, puis la nature des dettes prises en considération pour motiver le déclenchement des procédures collectives.

§ 1. LES CARACTERES DES DETTES SUSCEPTIBLES D'ENTRAINER LA CESSATION DE PAIEMENTS.

La définition des caractères de la dette vient de la doctrine et de la jurisprudence qui notent que les dettes doivent être certaines, liquides et exigibles, pour être prises en considération pour le prononcé de la procédure collective ou le constat de la banqueroute (1). Cette exigence rappelle les conditions généralement requises pour que l'obligation soit juridiquement sanctionnée et ait un caractère exécutoire à l'égard du débiteur (2).

Nous passons ces caractéristiques en revue dans l'ordre en commençant par le caractère certain dont la liquidité et l'exigibilité pourraient être tenues pour des corollaires.

L'exigence de la certitude de la dette paraît bien compréhensible. Dans la mesure où la procédure collective puise ses racines dans la sanction de l'inexécution des obligations du débiteur, elle ne peut avoir lieu que si les prétentions du créancier sont incontestables dans leur principe et même dans leur étendue (3). La dette est par conséquent certaine lorsqu'elle ne fait pas l'objet d'une contestation ou lorsque celle-ci a lieu, elle ne doit pas être interprétée comme une manoeuvre dilatoire (4).

(1) VOULET, op. cit., p. 80 et 81; GRANCHET, op. cit., p. 82 et 88; Cass. req. 5 février 1906, S.1908-I-9; Cass. req. 18 octobre 1932, Gaz. Pal. 1932-2-920; VAN RYN et HEENEN, op. cit., t. IV, n° 2642, p. 210; FREDERICQ, op. cit., t. VII, n° 14, p. 69; Cass. 16 juillet 1903, Pas. 1903-I-341; Brux. 4 janvier 1906, JCB 1906, p. 61.

(2) DE PAGE, op. cit., t. III, 2e éd., n° 68, 88, 98 et s.

(3) VOULET, op. cit., p. 85 et 86; GRANCHET, op. cit., p. 89 et s.; COZIAN, op. cit., juriscl. com., art. 437-614, n° 20 et s.; Cass. com. 12 novembre 1947, RTDC 1948, p. 697, obs. Houin; cependant cass. com. 28 mars 1962, RTDC 1962, p. 737, obs. Houin.

(4) VOULET, op. cit. 88; GRANCHET, op. cit. 92; FREDERICQ, op. cit., t. VII, n° 14, p. 69; Cass. com. 17 mai 1961, RTDC 1961, p. 923, obs. Houin. Il s'agit d'une question de fait, d'interprétation parfois délicate.

En pratique, la dette est contestée, lorsque, dans son principe, son montant ou son mode de paiement, elle fait l'objet d'un litige entre le débiteur et le créancier devant une instance juridictionnelle; mais elle peut l'être avant toute instance, si le débiteur rejette les prétentions du créancier en alléguant des motifs en apparence sérieux.

Pour entraîner la cessation de paiements, la dette doit être également liquide, c'est-à-dire fixée dans son montant. L'étendue de l'obligation sanctionnée par l'inexécution doit être délimitée; car le débiteur serait en droit de différer le paiement aussi longtemps que le montant n'en est pas fixé. Le débiteur doit connaître sans équivoque ce qu'il faut payer (1).

On peut se demander pourtant si le refus de paiement doit porter nécessairement sur une somme d'argent. On sait, en effet, que toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur (2). Ainsi, l'obligation pécuniaire sera le plus souvent tenue en considération pour le constat de la cessation des paiements. Cependant, il est admis, en droit français du moins, que le défaut de livraison ou de restitution de marchandises ou le défaut de prestations de services peuvent justifier la procédure collective s'ils révèlent un désordre profond des affaires du débiteur (3). En effet, ne pas payer signifie en droit ne pas exécuter ses obligations au sens large (4); et en matière d'obligations, l'exécution directe prime l'exécution par équivalent, du moins quand elle est possible (5).

Il faudrait donc admettre, à notre avis, que dans certaines circonstances, l'inobservation d'un engagement de faire ou de livrer puisse entraîner la cessation de paiement du débiteur au même titre que le refus de paiement de dettes en espèces.

(1) Cass. req. 9 février 1903, D.P. 1905-I-337, note THALLER; GRANCHET, op. cit., p. 93.

(2) DE PAGE, op. cit., t. III, 2e éd., n° 93 et s., p. 119 et s.

(3) Cass. civ. 29 octobre 1924, S.1925-I-105, note LESCOT; GRANCHET, op. cit., 94; Cass. com. 15 janvier 1958, RTDC 1958, p. 608, obs. Houin, inexécution d'une importante commande réglée comptant.

(4) GRANCHET, op. cit., 85 et s.

(5) DE PAGE, op. cit., t. III, 2e éd. n° 93 et s., p. 119 et s.; cass. belge 30 janvier 1965, Pas. 1965-I-p. 538, 5 janvier 1968, JT 1968, p. 238.

La condition d'exigibilité de la dette quant à elle repose sur l'idée que l'inexécution du débiteur doit porter sur une obligation juridique dont le créancier peut poursuivre le paiement en justice, tout débiteur étant en droit de refuser de payer une dette non exigible (1). N'entrent donc pas en ligne de compte pour l'évaluation de la cessation de paiements, les obligations à terme, celles sous condition (2) et les obligations naturelles (3). La dette n'étant pas exigible (4), le refus de paiement du débiteur est justifié; il n'y a pas cessation de paiements.

Cependant ces caractères de la dette dégagés dans un but rationnel ne doivent pas entraîner un cloisonnement rigide des éléments du passif du débiteur. C'est moins une dette isolée que le passif exigible lui-même qui engendre la cessation des paiements. Si à cela s'ajoutent le caractère d'ordre public de la procédure et la possibilité de la prononcer d'office, il faut prévoir que le défaut d'un caractère puisse être couvert par la considération des autres éléments du passif.

Ainsi, il a été jugé que les créanciers à terme ou sous condition peuvent aussi demander la faillite dès lors qu'ils prouvent que les paiements des dettes exigibles ont cessé (5). De même, une créance contestée peut être l'occasion d'une procédure collective si en dehors d'elle, il existe un déficit important (6).

Lorsque l'alerte de défaillance est donnée, il y a donc lieu de mettre en balance la totalité du passif exigible et de l'actif disponible, la cessation de paiements n'étant constatée que lorsque les problèmes financiers du débiteur nécessitent une solution d'ensemble. Mais sur quoi porte cette défaillance financière, sur l'ensemble du passif du débiteur ou sur les dettes commerciales à l'exclusion des dettes civiles?

(1) PERCEROU et DESSERTAUX, op. cit., t. I, n° 86, LYON-CAEN et RENAULT, op. cit., t. VII, n° 61bis; GRANCHET, op. cit., p. 94.

(2) GRANCHET, op. cit., 95; pour les dettes de jeu en Belgique: RPDB, V° Faillites et banqueroute, n° 85.

(3) Colmar, 17 février 1938, DH 1938, 298; DE PAGE, op. cit., t. III, p. 70 et s.

(4) Certains estiment que la dette doit être exigée. Cette exigence paraît excessive en matière commerciale à moins que le non-recouvrement puisse s'interpréter comme un moratoire maintenant le crédit. GRANCHET, op. cit., 96 et s.; voir Lyon 21 février 1979, Gaz. Pal. 1979, 13 et 14 juin, somm. 5 statuant en matière pénale; Cass. 28 mai 1965, Pas. 1965-I-1348.

(5) Colmar, 17 février 1938, DH 1938, 298, cité par GRANCHET, op. cit., p. 96.

(6) Cass. com. février 1961, Bull. civ. III, n° 67, p. 63.

§ 2. LA NATURE DES DETTES ENTRAINANT LA CESSATION DES PAIEMENTS

Dans la mesure où la cessation des paiements ne s'applique qu'au commerçant et où la procédure collective qu'elle soutient est motivée par les considérations particulières des transactions commerciales notamment leur volume, leur enchevêtrement, la pratique du crédit chirographaire et la rigidité de l'échéance, il importe de préciser si l'activité du débiteur doit être tenue pour défaillante à la suite du seul passif concernant les transactions commerciales ou de n'importe quelle dette.

Schématiquement, deux attitudes peuvent être adoptées: soit ne pas tenir compte de la nature de la dette et juger de la défaillance sur base de l'entièreté du patrimoine du débiteur. En s'appuyant sur le principe selon lequel le patrimoine du débiteur est le gage général des créanciers, on estime alors que l'inexécution d'une obligation civile peut provoquer autant de malaise dans le patrimoine du débiteur qu'une dette commerciale (1). Soit sur base d'une sorte de dédoublement de la personnalité du commerçant partager le patrimoine du débiteur selon l'affectation et ne retenir que les dettes commerciales pour caractériser la cessation des paiements, considérant qu'elles sont les seules à mettre directement en danger l'activité commerciale du débiteur et que, étant donné son caractère spécifiquement commercial, la faillite ne pourrait pas être provoquée par des engagements non commerciaux (2).

Les deux positions ont été toutes soutenues par les systèmes juridiques analysés. Pour le droit belge et, à sa suite, celui de ses anciennes possessions (3) la nature de la dette importe peu pour la qualification de la cessation des paiements tandis que le droit français antérieur à la réforme de 1967 et celui des anciennes colonies n'ayant pas modifié le droit de la faillite sur ce point, soutiennent fermement que la cessation des paiements ne peut être caractérisée que par les dettes commerciales, même si cette règle a parfois reçu des aménagements.

(1) Position soutenue par RENUARD. (Traité des faillites et banqueroutes, t. I, p. 274) et le droit belge.

(2) Position de LOCRE; base de la rédaction du c. de com. français de 1807 et le droit français ultérieur jusqu'avant 1967. Pour l'exposé voir GRANCHET, op. cit., p. 99 et s.

(3) Voir le commentaire du D. du 27 juillet 1934 in CRA Conseil colonial 1934, p. 898.

La question devrait, par contre, être sans pertinence lorsque la procédure collective peut être appliquée au débiteur civil ou lorsque celui-ci peut encourir le reproche d'organiser son insolvabilité. La réponse ne paraît pas si évidente au regard de la solution portée par le droit français en 1967 malgré l'élargissement des procédures collectives et de la banqueroute aux personnes morales non commerçantes.

A. DROIT BELGE ET DES ANCIENNES POSSESSIONS BELGES

L'indifférence de la nature de la dette impayée pour la qualification de la cessation des paiements est en droit belge et dans les anciennes possessions sans équivoque. Le fait qu'il n'y ait qu'un seul créancier impayé ne peut en lui-même constituer un obstacle à la faillite et pour la loi belge, il n'y a pas lieu de faire une distinction entre la cessation des paiements des dettes commerciales et des dettes civiles, la considération que le seul créancier ne possède qu'une créance civile n'a aucune espèce d'importance, pour autant du moins que le défaut de paiement de cette créance soit de nature à porter le trouble dans le commerce du débiteur et ébranler le crédit (1).

L'attitude est irréprochable. Les dettes civiles peuvent, sans le concours nécessaire des dettes commerciales, compromettre l'activité commerciale du débiteur. Par ailleurs, l'ensemble des créanciers doit obtenir la même protection de la loi et le commerçant n'a pas à établir de distinction puisque son patrimoine, en dépit d'une éventuelle affectation comptable (2), demeure dans sa totalité le gage commun de tous les créanciers (3). Il convient toutefois d'établir une distinction entre la nature des dettes qui entraînent la cessation des paiements et l'ébranlement de crédit qui peut en découler.

(1) MAERTENS, Commentaire de la loi du 18 avril 1851 sur les faillites, banqueroutes et sursis, n° 59 à 98, spéc. n° 93 à 98; NAMUR, Le c. de com. belge, t. III, n° 1582; FREDERICQ, op. cit., t. VIII, n° 16; RPDB V° Faill. et banq. n° 84; VAN RYN et HEENEN, op. cit., t. IV-n° 2642 et 2645 et surtout C. DE SWAEF, L'existence d'une seule dette civile impayée suffit à justifier la faillite, note sous Gand 22 février 1952, RCJB 1952, p. 270 et s.; BERTEN, Chronique de jurisprudence, JT 1949, 113; CLOQUET, op. cit., éd. 1965, n° 147.

(2) Voir loi du 17 juillet 1975 sur la comptabilité.

(3) Noter que les inoposabilités touchent aussi bien les créances civiles que commerciales. Art. 446 du c. de com. belge.

La cessation des paiements qui est distincte de l'ébranlement du crédit peut découler indifféremment des dettes civiles ou commerciales. L'appréciation du crédit commercial dont la défaillance n'est pas nécessairement liée à l'existence de dettes commerciales est un autre problème (1).

Au demeurant, l'existence de dettes civiles révèle souvent des dettes commerciales impayées. Même dans l'hypothèse de l'exigence de dettes commerciales pour l'ouverture d'une procédure collective, il serait irréaliste, sauf une enquête préalable sur le patrimoine du débiteur, d'exclure les dettes civiles des éléments d'analyse de la véritable situation du débiteur. C'est pourquoi même dans les systèmes qui restreignent la cessation de paiements aux dettes commerciales, le principe reçoit des accommodements par l'élargissement de la notion de dettes commerciales ou par la considération de la situation patrimoniale globale du débiteur dont le passif reflète des dettes aussi bien civiles que commerciales.

B. LA NATURE DES DETTES ENTRAINANT LA CESSATION DES PAIEMENTS EN DROIT FRANCAIS ET DERIVES

A la suite du code de 1807 (2) qui stipule sans équivoque que les dettes commerciales à l'exclusion des dettes civiles sont seules susceptibles de provoquer la faillite, le droit français continua même après 1838 (3), en dépit d'une mise en garde doctrinale (4), à fonder la cessation des paiements sur les seules dettes commerciales. Pourtant la loi de 1838 était moins explicite; mais surtout, la règle énoncée de manière rigide semblait difficile à admettre. Le commerçant malgré la partition qui peut être effectuée de son patrimoine tient à la disposition de ses créanciers civils ou commerçants l'entièreté du patrimoine. C'est pourquoi des aménagements ont dû être apportés au principe avant qu'il ne disparaisse complètement en 1967 lors de l'adoption de la nouvelle loi française sur les procédures collectives.

(1) BERTEN, Chr. de jurisp., JT 1949, 113; DE SWAEF, op. cit., RCJB 1952, p. 273; CLOQUET, op. cit. n° 214 et 230. Com. Gand, 3 janvier 1920, Pas. 1920-III-210.

(2) Art. 441 du c. de com. de 1807. Voir GRANCHET, op. cit., p. 99.

(3) GRANCHET, op. cit., p. 100 et doctrine citée note 28 et 29; Cass. req. 8 août 1848, D. 1849-I-207; ajouter les décisions citées note 17, p. 646 de DELMAS, Le non paiement des dettes civiles et la cessation des paiements, RTDC 1970, p. 641 et s.

(4) RENOUEAU, op. cit., p. 274 en position minoritaire.

Pour le droit français antérieur à la réforme de 1967, le commerçant ne peut être mis en faillite que pour le non-paiement des dettes commerciales. La procédure particulière de la faillite repose en effet sur la nature commerciale de l'activité du débiteur. Or, sa solidité ou sa défaillance découle raisonnablement du respect des engagements commerciaux. Il serait dès lors illogique que la faillite soit encourue pour des engagements non commerciaux. Les dettes civiles ne sont pas comme les dettes commerciales soumises à une échéance rigide; elles sont souvent appuyées de privilèges alors que les dettes commerciales proviennent plutôt d'un crédit chirographaire.

Interprétée rigidement, cette règle risque cependant d'entraîner plusieurs inconvénients. En effet, tout en admettant que le débiteur commerçant encoure la faillite pour ses engagements commerciaux, il faut également éviter qu'il se mette à l'abri de la procédure en payant ses dettes commerciales au moyen du crédit obtenu de ses débiteurs civils. Si, par ailleurs, on maintient l'exigence rigide des dettes commerciales, pourrait-on raisonnablement empêcher qu'un créancier civil, dans le cas d'une situation obérée dans son ensemble, assigne son débiteur en faillite alors que celle-ci conduit au concours de tous les créanciers sans distinction!

C'est pourquoi l'exigence de la nature commerciale des dettes pour qualifier la cessation des paiements reçut dans la pratique deux aménagements: en élargissant la notion même de dettes commerciales d'abord (1) et ensuite en tenant compte des dettes civiles dans l'appréciation de l'état de faillite, assouplissement consécutif à l'éclosion de la notion de situation sans issue (2). Au-delà cependant, étant donné l'importance grandissante du critère de la situation sans issue dans l'estimation de la cessation des paiements, n'était-il pas possible d'admettre qu'une dette civile puisse révéler à elle seule une situation compromise du débiteur et par la suite la cessation de paiements? C'est ce que semblent soutenir certains arrêts à la veille de la mise

(1) HAMEL, Droit civil et droit commercial en 1950, in Le droit privé français au milieu du 20^e s. Etudes offertes à G. RIPERT, p. 264: mise en oeuvre de la théorie de l'accessoire; Cass. com. 3 janvier 1956, JCP 1956-II-9232, note DERRIDA; Exemples: les loyers dus pour les locaux commerciaux, les obligations délictuelles et quasi délictuelles, les dettes de la sécurité sociale. Mais demeurent rigides civiles les dettes fiscales et para-fiscales; ce qui paraissait bien arbitraire.

(2) Cass. com. 21 novembre 1950, RTDC 1951, p. 355, obs. Houin; Cass. com. 30 octobre 1957 cité par GRANCHET, op. cit., p. 112.

en vigueur de la loi de 1967 (3), bien qu'ils n'affirment pas explicitement qu'une dette civile peut sans le concours de dette commerciale caractériser la cessation des paiements.

Le revirement fut réalisé en France par la loi de 1967 sur les procédures collectives en même temps que leur élargissement à certaines catégories de débiteurs civils. Elle supprima l'exigence de dettes commerciales pour la qualification de la cessation des paiements en permettant à tout créancier, quelle que soit la nature de sa créance, de demander l'ouverture de la procédure collective à charge du débiteur (2). Certes, une partie de la doctrine a cru pouvoir soutenir que le législateur n'avait que consacré la jurisprudence antérieure accordant le droit au créancier civil d'assigner le débiteur tout en réservant le prononcé de la faillite au seul cas de dettes commerciales en souffrance (3). Cependant, malgré l'hésitation des travaux préparatoires (4), le contexte de l'élargissement des procédures collectives au débiteur civil, même limité aux personnes morales ne pouvait pas autoriser une discrimination entre les dettes caractérisant la cessation des paiements (5).

De toute façon, devant l'interprétation sans équivoque de la cour de cassation, la doctrine et la jurisprudence ne discutent plus la portée de la disposition: la cour d'appel pour prononcer le règlement judiciaire du débiteur, n'est pas tenue de relever le défaut de paiement des dettes commerciales, puisque aux termes de l'article 2, alinéa 1er, de la loi du 13 juillet 1967, le règlement judiciaire ou la liquidation des biens peut être ouvert quelle que soit la nature de la créance (6).

(1) Cass. com. 23 janvier 1968, Bull. civ. IV-36; RTDC 1968, p. 1134, obs. Houin; Aix-en-Provence 22 mai 1969, JCP 1970-II-16174, note SORTAIS.

(2) Art. 2, al. 1 de loi 13 juillet 1967.

(3) Voir sur ce point DELMAS, op. cit. RTDC 1970, p. 654 relatant les hésitations des travaux préparatoires; JY CHEVALIER, op. cit., in Faillites, Paris, Dalloz 1970, p. 78 et s. Voir DERRIDA, La réforme du règlement judiciaire et de la faillite, ibid., p. 175 et 176.

(4) et (5) Voir P. STRASSER, Les personnes morales de droit privé non commerçantes et les procédures de règlement collectif du passif, thèse Strasbourg 1976, Serv. prod. Univ. sc. sociales de Grenoble, p. 248 et s., éd. 251.

(6) Cass. com. 9 octobre 1972, JCP 1972-IV-258.

Le principe acquis, se pose cependant la question de savoir si on peut laisser sans danger toute voie ouverte au débiteur civil pour provoquer la faillite du commerçant. Ne serait-il pas notamment choquant que le créancier d'une pension alimentaire puisse mettre le débiteur en difficulté alors que son activité commerciale serait à tous points de vue saine! Même s'il faut éviter de parler de dédoublement du débiteur commerçant, un bon gestionnaire distingue les dettes afférentes à l'exploitation de ses dettes personnelles; et il serait regrettable que sans discernement la moindre dette civile puisse mettre en danger la vie de l'entreprise.

On perçoit que les véritables difficultés du débiteur découlent d'une érosion globale de la capacité de faire face à son passif exigible. Et à cet égard, doit-on reconnaître, toutes les dettes n'ont pas le même effet sur le déséquilibre de la trésorerie. En droit belge, la loi exige en plus de la cessation des paiements l'ébranlement du crédit commercial. En droit français, l'arrêt de paiement se double d'une situation sans issue pour caractériser la cessation de paiement. Ce qui requiert un déséquilibre profond du patrimoine du débiteur. Dans ces conditions, l'état de faillite a besoin pour être caractérisé en plus de la cessation des paiements d'un autre élément que certains systèmes appellent ébranlement de crédit. Mais avant d'aborder cette question, il importe de donner quelques signes de la cessation de paiements pour essayer d'appréhender concrètement la notion.

SECTION 3: QUELQUES INDICES DE LA CESSATION DES PAIEMENTS

Après la définition de l'arrêt des paiements, la recherche de ses contours ainsi que l'analyse de la nature et des caractères des dettes susceptibles de provoquer la cessation des paiements, sa compréhension se complète de l'observation de certains indices qui la révèlent. L'approche est dictée par le caractère de fait de la cessation des paiements. L'activité de l'entreprise se caractérise par un flux et un reflux. "Elle ne peut, observe un auteur, être valablement jugée qu'en mouvement. L'idéal serait d'émettre le diagnostic en se fiant non pas à l'accident d'une échéance non honorée, mais à une suite d'observations portant sur des périodes déterminées en fonction de l'entreprise elle-même" (1).

(1) J. BEGUIN, Les procédures spéciales aux affaires, Librairies techniques, Paris 1973, p. 143.

Rarement, en effet, les difficultés de l'entreprise surviendront brutalement; elles sont, en général, l'aboutissement d'un processus de désintégration progressif, continu ou discontinu. De plus, chaque situation demeure particulière; des circonstances qui signifient la débâcle de telle entreprise peuvent apparaître anodines pour une autre. Le comportement même du gestionnaire ajoute au caractère relatif de l'appréciation puisqu'il peut contenir les difficultés ou au contraire multiplier les incidents et conduire l'entreprise à la ruine (1).

La cessation des paiements, traduction juridique de ces difficultés se situe dans le même contexte. Plutôt qu'un évènement, elle englobe une série d'incidents qui trouvent leur signification par l'effet d'accumulation. Bien qu'il soit indispensable, en droit, de la figer et même de lui trouver une date étant donné ses effets (2), en réalité, elle est caractérisée par un faisceau d'indices accumulés au fur et à mesure (3).

Malgré leur diversité, toutefois, les faits constitutifs de la cessation des paiements se présentent souvent sans beaucoup de surprise pour le praticien, les débiteurs aux abois ayant un comportement symptomatique. Il paraît opportun d'en donner les éléments les plus fréquents pour avoir une notion quelque peu précise de la cessation des paiements.

Mais l'intérêt de ce relevé va plus loin. L'observation de ces signes qui peut être reculée de plus en plus dans le temps permet un constat rapide des difficultés de l'entreprise afin de prévenir la cessation des paiements et à défaut empêcher qu'elle porte un préjudice plus important aux créanciers par suite de sa prolongation (4).

Dans certains pays notamment en Belgique et en France, dans une certaine mesure, l'on se préoccupe de rassembler une série d'informations en vue d'un diagnostic assez rapide des difficultés de l'entre-

 (1) J. DELEAU, op. cit., RTDC 1949, p. 578 et s., spéc. 592 et s., n° 7. et 8, n° 12 et s.

(2) Art. 442 du c. de com. belge; art. 6, al. 2 et 29, al. 1er, loi 13 juillet 1967.

(3) J. DELEAU, op. cit. RTDC 1949, p. 593, n° 7.

(4) J. PAILLUSSEAU, op. cit., rev. jurisp. com. 1976, n° spécial, p. 259 et s.

prise (1). Leur connaissance semble constituer un moyen efficace de prévention des procédures collectives (2) et même de la banqueroute (3).

Nous relèverons d'abord les faits retenus le plus souvent par la jurisprudence pour caractériser la cessation des paiements, puis les renseignements recueillis par les services d'enquêtes commerciales pour un diagnostic des entreprises en difficulté.

§ 1. DES INDICES ETABLISSANT LA CESSATION DES PAIEMENTS

Alors que les systèmes étudiés retiennent la cessation des paiements comme cause générale d'ouverture des procédures collectives (4), ses signes les plus marquants ont été dégagés de la jurisprudence par la doctrine en particulier belge et française (5). Certains établissent de manière explicite l'arrêt effectif de paiements, d'autres révèlent implicitement la situation obérée du débiteur, la seule continuation des paiements ne pouvant, on l'a vu, cacher les difficultés de l'entreprise si elle est assurée par des moyens frauduleux ou illicites.

-
- (1) Pour la Belgique V. VAN DER GUCHT, Le service de dépistage des entreprises en difficulté institué au trib. de com. de Brux., JCB 1969-II-p. 65 et s.; JL DUPLAT... Les services des enquêtes commerciales des tribunaux de commerce in L'entreprise en difficultés, éd. Barreau, Brux. 1981, p. 44 et s. En France, les efforts se polarisent sur la définition de l'entreprise en difficulté, objet de la procédure de suspension provisoire et d'apurement du passif, V. PAILLUSSEAU, op. cit., Rev. jurisp. com. 1976, n° spécial, p. 259 et s.
- (2) Encore faut-il éviter que le caractère prématuré de l'information n'aliène le crédit en jetant le discrédit sur l'entreprise.
- (3) HD BOSLY, Le droit pénal des sociétés, RPS 1974, p. 126.
- (4) Dans certains systèmes, l'état de faillite ou la cessation des paiements découle des faits plus ou moins limitativement énumérés par la loi, notamment en Angleterre: P. COPPENS, Cours de droit commercial approfondi et comparé p. 19 et s.; J. TREILLARD, Les conditions d'ouverture des poursuites collectives in Les procédures collectives de liquidation ou de renflouement des entreprises en droit comparé, Economica, Paris 1976, p. 46.
- (5) CLOQUET, op. cit., 2e éd., n° 218; COZIAN, op. cit., n° 128 et s.; J. ARGENSON et G. TOUJAS, op. cit., t. I, n° 15; Trib. 1ère inst. Léo. 9 février 1961, Rev. judic. cong. 1962, n° 4, p. 83 et décisions citées.

A. INDICES D'ARRET EFFECTIF DE PAIEMENTS

La cessation des paiements la plus manifeste se réalise par la fermeture de l'entreprise et la fuite du débiteur (1). Malgré l'adoucissement du droit de la faillite, de telles situations peuvent encore se présenter car la perte de l'activité de l'entreprise, les éventuelles sanctions civiles et pénales auxquelles s'expose l'entrepreneur garde à la faillite son caractère intimidant. La notoriété publique (2), l'aveu de cessation des paiements bien que l'un et l'autre doivent être vérifiés par le juge (3), les tractations avec les créanciers, les demandes de moratoire, les requêtes en concordat peuvent révéler la cessation des paiements (4).

Mais les indices les plus fréquents concernent l'arrêt des paiements proprement dit. Il en est ainsi de l'existence des assignations nombreuses en paiements, des saisies, de la vente publique de biens mobiliers, de plusieurs condamnations par défaut appuyées par un jugement resté inexécuté, des chèques sans provision dénotant une trésorerie défailante (5). Les protêts occupent la place la plus importante (6): ils sont d'une exigibilité rigide, leur non-paiement coïncide souvent avec une situation très difficile. Un seul de ces faits ou la conjonction de plusieurs peut établir la cessation des paiements.

B. DES EXPEDIENTS REVELATEURS DE LA CESSATION DES PAIEMENTS

La cessation des paiements peut exister si la continuation de paiements est faite de manière frauduleuse ou illicite et même par des moyens ruineux. Ce sont, dans ce cas, les moyens utilisés qui la révèlent, pourvu qu'il y ait un rapport direct entre eux et la situation obérée de l'entreprise. Il en est ainsi des traites de complaisance (7), de la mise en gage de factures fictives pour des fournitures jamais effectuées (8).

-
- (1) RPDB V^o cit^o, n^o 112; cass. civ. 20 octobre 1924, S. 1925-I-105 note LESCOT; cass. com. 19 mars 1958, RTDC 1958, p. 608, obs. Houin.
- (2) A. CLOQUET, Les réformes souhaitables en droit belge, In Idées nouvelles dans le droit de la faillite, p. 33, voir cependant Trib. com. Brux. 28 janvier 1963, JCB 1969-II-196.
- (3) RPDB V^o Faillite... n^o 105 et s.; COZIAN, op. cit., n^o 133 et s.
- (4) A. CLOQUET, op. cit., n^o 218 et s.; avec les décisions citées; Mons 1er février 1977, Pas. 1979-II-170.
- (5) COZIAN, op. cit., n^o 128 et s.; RPDB V^o cit^o n^o 102; A. CLOQUET, op. cit., n^o 218. Voir Com. Tournai, 14 septembre 1967, JCB 1968-II-716; Rabat, 8 juillet 1950, Rev. jur. pol. Un. fr. 1951, p. 294; J. THOMAS, op. cit., p. 1072 décisions citées note 1.
- (6) RPDB V^o cit^o n^o 101; A. CLOQUET, op. cit., n^o 218; ARGENSON et TOUJAS, op. cit., n^o 15.
- (7) COZIAN, op. cit., n^o 88; CLOQUET, op. cit. n^o 208.
- (8) Trib. com. Brux. 28 janvier 1963, JCB 1969-II-p. 196 et s.

L'ardeur du droit français à découvrir la cessation des paiements derrière l'emploi de moyens ruineux pour se procurer des fonds a déjà été signalée. La jurisprudence reprend parmi les signes de la cessation des paiements, les emprunts contractés à des taux usuraires, les crédits n'assurant qu'un prolongement artificiel de l'entreprise, les sûretés ruineuses, les avantages particuliers à certains créanciers, des remboursements partiels, des datations en paiement, des cessions ruineuses d'actif (1).

Il convient d'insister sur le fait que la présence de ces indices ne signifie pas nécessairement la cessation des paiements qui est plus la situation révélée que leur conséquence. Dans la plupart des cas, ils contribuent cependant de manière certaine à sa découverte. On peut même penser qu'une meilleure coordination de ces divers indices apporterait une preuve plus efficace de la cessation des paiements mais surtout permettrait un diagnostic rapide des difficultés de l'entreprise.

La création en Belgique au sein de certains tribunaux de commerce des services d'enquêtes commerciales répond notamment à cette nécessité. En France, la réforme du droit de la faillite en cours se préoccupe de déterminer les éléments susceptibles de caractériser l'entreprise en difficulté. Il est intéressant de connaître leur rôle dans le dépistage des entreprises en difficulté.

§ 2. LES RENSEIGNEMENTS RECUEILLIS PAR LES SERVICES DE DEPISTAGE DES ENTREPRISES EN DIFFICULTE

Le fonctionnement des services d'enquêtes commerciales au sein de certains tribunaux de commerce belges remonte à 1966. Ils ne font plus l'objet de contestation (2). Une jurisprudence de plus en plus abondante en reconnaît implicitement le bien fondé (3). S'inscrivant dans la mission générale de surveillance dévolue au tribunal de commerce sur les entreprises commerciales du ressort, ces enquêtes découlent de l'obligation faite au tribunal de prononcer la faillite d'office dès

(1) COZIAN, op. cit. n° 89 et s. et les nombreuses décisions citées: ARGENSON et TOUJAS, op. cit., n° 15. Ces faits impliquent souvent une situation financière sérieusement compromise.

(2) VAN DER GUCHT, op. cit., JCB 1969-II-p. 65 et s.; Idem, Prévention des faillites, RDPC 1973-74, p. 881; J. DUPLAT et G. HORSMANS, op. cit. in L'entreprise en difficulté, p. 67 et s.; cependant, T'KINT, Le pouvoir d'office du juge en matière de faillite, p. 6 et s., n° 9 et s.

(3) Voir Brux. 11 mai 1967, JT 1976, p. 464; Brux. 6 mars 1975, JCB 1975-II-p. 260; Com. Liège 9 janvier 1978, JL 1977-78, p. 182.

que les conditions sont remplies. De ce fait, les tribunaux ont un droit d'initiative dans le dépistage des difficultés de ces entreprises (1).

L'existence de telles enquêtes en France poursuit le même but (2). Mais ne s'imposent-elles pas davantage puisqu'en faveur de certaines entreprises dont les difficultés se répercuteraient sur la région ou le pays, il existe une procédure collective de suspension provisoire de poursuite et d'apurement du passif intervenant avant la cessation des paiements (3)? A l'heure actuelle cependant, le dépistage des entreprises en difficulté s'inscrit dans une réforme plus profonde et globale des procédures collectives qui comprend notamment la définition de l'entreprise en difficulté et même une révision de la cessation des paiements (4).

Le but de ces enquêtes n'est pas de s'ingérer, comme certains l'ont craint, dans la gestion des entreprises ni de favoriser ou de consacrer l'interventionnisme du pouvoir judiciaire dans le secteur économique (5); il est de rassembler les informations éparpillées dans les divers services en vue d'une découverte rapide de la défaillance des entreprises dans l'intérêt du débiteur et des créanciers et de l'ordre économique en général.

-
- (1) Sur cette question: VAN DER GUCHT, op. cit., JCB 1969-II-p. 65 et s.; A. CLOQUET, op. cit., in *Idées Nouvelles dans le droit de la faillite*, Louvain 1969, p. 32 et s.; P. LANDELOOS, op. cit. *Mutation et région* 1973, p. 26 et s.; VAN DER GUCHT, op. cit., RDPC 1973-74, p. 879 et s., spéc. p. 881; JL DUPLAT et G. HORSMANS, op. cit., in *L'entreprise en difficulté*, Barreau de Brux. 1981; JL DUPLAT, *Aspects nouveaux du droit de la banqueroute...* in *L'évolution récente du droit commercial et économique*, éd. J. Barreau, Brux. 1978, p. 382 et s.; Idem, *Le rôle de prévention des mécanismes étatiques*, Rev. Intern. dr. pén. 1982, p. 57 et s.
- (2) L'enquête préalable sur la situation du débiteur pour se prononcer en connaissance de cause sur la cessation des paiements a été institutionalisée dès le décret de 1955. Elle est obligatoire pour la procédure de suspension provisoire des poursuites (art. 8D.23 septembre 1967) et facultative pour les autres procédures collectives.
- (3) Art. 8 de l'ordonnance du 23 septembre 1967; l'art. 9 prévoit des moyens d'information du tribunal.
- (4) J. PAILLUSSEAU, op. cit., rev. jurisp. com. , p. 259 à 270; CHEVRIER, *De la défaillance financière à une procédure collective rénovée*, RTDC 1976, p. 649 et s.; MJ CAMPANA-RAYMOND de GENTILLE, *Le projet de réforme des procédures collectives*, D.1977, chr. p. 274 et s.
- (5) De lege ferenda, il serait plus adéquat de confier ce rôle de police économique au parquet: T'KINT, *Le pouvoir d'office du juge en matière économique*, in *Le code judiciaire, XIe journées d'études*; J. DABIN, octobre 1982, p. 10 et s., n° 18 et s.; VEROUGSTRAETE, *L'action du ministère public auprès du tribunal de commerce*, ibid., p. 9 et s., n° 9 et s.

A. LES MOYENS DONT DISPOSENT CES SERVICES EN DROIT BELGE

En Belgique du moins, lorsque des signes de défaillance se manifestent les responsables de l'entreprise sont convoqués pour préciser la situation financière. Au vu des pièces produites et complétées par les résultats d'une enquête menée sur une certaine période avec l'aide de l'entreprise et éventuellement d'un expert, le service propose en connaissance de cause des mesures appropriées pour mettre fin aux difficultés de l'entreprise, soit l'assainissement, soit la faillite (1). Il importe de noter que l'intervention du service de dépistage ne dispense pas de l'aveu de faillite par le débiteur (2).

Les informations dont ces services peuvent disposer sont nombreuses (3):

- les bilans des sociétés et les comptes de pertes et profits bien qu'ils ne donnent pas toujours une idée exacte de la situation de l'entreprise; leur retard ou omission de publication;
- les citations en paiement ou les demandes réitérées de délais de grâce ainsi que les jugements par défaut contre le débiteur; les informations du juge des saisies;
- les protêts: l'avantage dans ce cas, est de les connaître avant leur publication au moniteur;
- les communications faites par l'O.N.S.S. concernant les arriérés de cotisation ainsi que les arriérés de TVA;
- certaines publications au moniteur qui peuvent dénoter une vie mouvementée de l'entreprise: révocation d'administrateur, rectification de bilan, absence d'assemblée générale, prolongation de l'exercice social...;
- le Parquet peut fournir des informations susceptibles de servir de cli-
gnotants aux difficultés de l'entreprise: les plaintes pour émission de chèques sans provision, pour détournement d'objets saisis, escroquerie, abus de confiance, certaines infractions en matière de sociétés. Le concours du Ministère public se concrétise notamment par sa présence au cours des procédures de faillite (4).

(1) VAN DER GUCHT, Le service de dépistage des entreprises... JCB 1969-II-p. 65 et s.

(2) Com. Brux. 31 octobre 1980, JT 1981, p. 274; voir Com. Brux. 18 septembre 1978, JCB 1979, p. 243; Mons, 21 novembre 1979, Rev. rég. droit 1980, p. 131.

(3) JL DUPLAT et G. HORSMANS, op. cit., in L'entreprise en difficulté, éd. J. Barreau, Brux. 1981, p. 45 et s.

(4) VEROUGSTRAETE, op. cit., in Le code judiciaire..., n° 14 et s.

B. LES ELEMENTS DE DEPISTAGE DES ENTREPRISES EN DIFFICULTES EN FRANCE

Pour mieux apprécier la cessation des paiements ou les difficultés du débiteur, le droit français prévoit une enquête préalable par un juge du tribunal qui réunit à cet effet, un certain nombre d'informations. Ces indices éclairent le siège notamment sur la date de cessation des paiements et sur le choix de la procédure (1).

La plupart de ces "clignotants" figurent dans le rapport du comité "Sudreau" qui a préparé l'étude de la réforme des procédures collectives en cours et sont présentés avec une série d'autres mesures comme "critères" d'entreprises en difficultés (2). Si le rapport est approuvé sur ce point, ces renseignements seraient érigés au niveau des éléments caractéristiques de l'entreprise en difficulté.

Le rapport retient les éléments suivants: le report renouvelé d'échéance, la notification d'un protêt, le non-paiement de cotisations fiscales et sociales, l'omission des publications légales dans les délais prévus, le non-respect des dates légales de tenue et convocation des assemblées, comité d'entreprise, conseil d'administration ou de surveillance; le refus de certification des comptes par les commissaires aux comptes ou le refus d'approbation des comptes par l'assemblée générale; le licenciement collectif d'un certain pourcentage d'effectifs; la perte des trois-quarts du capital social; trois exercices successifs déficitaires (3).

L'exploitation de ces renseignements fournirait à coup sûr un diagnostic plus rapide des difficultés de l'entreprise. Plus tôt les difficultés et la cessation des paiements seront constatées, moins important sera le préjudice causé aux créanciers et les chances de redressement de l'entreprise plus grandes. Un tel diagnostic diminue également le danger de la banqueroute en évitant l'état de faillite et certaines fraudes favorisées par la prolongation artificielle d'activité.

(1) A. HONORAT, Le jugement de liquidation des biens ou de règlement judiciaire (enquête préalable), Juriscl. com. art. 437-614, fasc. A40, n° 1 et s.; A. HONORAT, Suspension provisoire des poursuites et apurement collectif du passif, Juriscl. com. art. 437-614, fasc. A, n° 18 et s. Noter l'opposition de la doctrine pour l'institution d'un contrôle systématique en vue de la détection des entreprises en difficulté, voir Fr. BOUTTIER, La prolongation artificielle des entreprises en difficulté, thèse Paris 1975, p. 200 à 215.

(2) et (3) J. PAILLUSSEAU, op. cit., rev. jurisp. com. 1976, p. 266; A. CHEVRIER, op. cit., RTDC 1976, p. 651 et s. Le rapport avait prévu en même temps que l'élargissement du droit d'information, un droit d'intervention interne à l'entreprise avant même de caractériser les difficultés de l'entreprise par les tribunaux.

Une doctrine française regrette la timidité du rapport "Sudreau" et le projet de réforme des procédures collectives dans la prévention des difficultés de l'entreprise (1). S'agissant du diagnostic des difficultés de l'entreprise, elle souhaite l'élaboration d'un critère objectif des difficultés fondé sur une analyse plus profonde de la situation financière de l'entreprise et mettant en oeuvre la notion comptable "de continuation de l'exploitation". Ainsi, serait en difficulté l'entreprise qui ne peut plus surmonter ses difficultés dans le cadre normal de son exploitation (2). Mais cette notion dépasse déjà le cadre juridique de la cessation des paiements puisant ses racines dans le droit des obligations pour accéder à une notion économique faisant notamment appel à des notions de viabilité et de rentabilité de l'entreprise... (3).

Quoiqu'il en soit, même en gardant sa notion juridique, la multiplicité et la diversité des indices de cessation des paiements donnent une idée claire du caractère complexe de l'état de faillite qui ne peut être confiné dans l'examen isolé des seules difficultés de paiement. La prise en compte des moyens frauduleux, illicites et même ruineux pour caractériser la cessation des paiements malgré la continuation des paiements était déjà révélatrice.

C'est que l'état de faillite découle de l'ensemble de la situation financière du débiteur. Au-delà de l'arrêt des paiements c'est la situation sans issue du débiteur qui, empêchant de manière définitive le débiteur de donner satisfaction aux dettes exigibles peut être caractérisée comme état de faillite. En d'autres termes, pour qualifier la situation économique du débiteur nécessitant l'application des procédures collectives et de la banqueroute, la cessation des paiements se complète d'un autre élément: l'ébranlement de crédit en droit belge et dans les anciennes possessions belges, la situation compromise en droit français et dans les anciennes possessions françaises.

(1) J. PAILLUSSEAU, op. cit., loc. cit., p. 267 et s.; MJ CAMPANA RAYMOND de GENTILLE, op. cit., D.1977, chr. p. 275 et s.

(2) CAMPANA-RAYMOND de GENTILLE, op. cit., D.1977, chr. p. 275.

(3) Y. CHEVALIER, op. cit., in Faillites, Dalloz, Paris 1970, p. 76 et s.; MB SOINNE, Prolégomènes sur une refonte du droit de la faillite, D.1976, chr. p. 253 et s.

CHAPITRE II: L'EBRANLEMENT DU CREDIT

ET LA CONSIDERATION DE LA SITUATION GLOBALE DU DEBITEUR

Notion juridique précise, la cessation des paiements a dans les faits un caractère fluctuant. Elle résulte d'une infinie variété de circonstances. Cette relativité des faits qui la révèlent exerce une influence sur la qualification de certains de ses éléments juridiques qui, pour l'exactitude de l'appréciation, nécessite un examen de chaque situation particulière.

Notion de droit mélangée de fait, la cessation des paiements montre aussi dans l'analyse de ses éléments constitutifs, son caractère très complexe: si elle s'entend, strictement, de l'arrêt des paiements, elle n'est pas qualifiée à suffisance par une gêne momentanée et, de surcroît, elle existe, malgré la continuation des paiements si les moyens utilisés sont frauduleux, illicites ou anormaux. Distincte de l'insolvabilité, elle est qualifiée par la jurisprudence en tenant compte de l'importance du passif et de l'insuffisance de l'actif. A la question de savoir si elle suppose l'arrêt de la totalité des paiements ou si une seule dette suffit pour la provoquer, la réponse n'est pas plus précise: cela dépend du trouble provoqué dans l'activité du débiteur. Même sur le caractère civil ou commercial des dettes susceptibles de l'engendrer, la position tranchée du droit français antérieure à la réforme a dû s'assouplir pour tenir compte des dettes civiles dans son appréciation.

Il n'y a cependant qu'apparente contradiction; car dans la réalité, l'état de faillite dépasse la simple cessation de paiements, même entendue dans son sens large. Il implique, en outre, une appréciation de l'ensemble de la situation patrimoniale du débiteur.

En droit français et celui des anciennes possessions françaises, l'état de faillite se caractérise non seulement par l'arrêt des paiements mais encore par la situation irrémédiablement compromise du débiteur ou tout au moins par la défaillance de l'actif disponible face au passif exigible (1). Nous suivrons l'élaboration de cette notion par la doctrine et la jurisprudence afin d'évaluer son influence comme élément constitutif de l'état de faillite.

(1) GRANCHET, op. cit., p. 82 et s. Pour l'évolution actuelle de la jurisprudence française, voir infra p. et le commentaire de cass. com. 14 février 1978. Pour un auteur, l'état de faillite résulterait moins de l'arrêt des paiements que de la situation sans issue du débiteur. GRANCHET, op. cit., p. 169.

Pour le législateur belge et celui des anciennes possessions, la faillite résulte en plus de la cessation des paiements, de l'ébranlement de crédit c'est-à-dire de la détérioration de l'ensemble des opérations du débiteur. L'ébranlement de crédit démontre souvent le caractère irréversible de la cessation des paiements et avec elle, caractérise la situation complètement obérée du débiteur (1). Le défaut des moyens de trésorerie aussi bien internes qu'externes provoque la ruine de l'entreprise.

Comme la cessation des paiements, l'ébranlement de crédit revêt une notion externe ou interne. S'il se traduit par le retrait matériel du crédit des créanciers, fournisseurs et bailleurs de fonds, il reste néanmoins caractérisé si son maintien n'est réalisé que par des procédés artificiels. De même, la situation sans issue du débiteur peut découler des faits apparents ou se cacher derrière une prolongation artificielle de l'activité par des expédients illicites ou ruineux. Chacun des deux aspects de l'ébranlement fera l'objet de quelques développements.

Le chapitre comprendra par conséquent deux sections : dans la première sera étudiée la perte matérielle du crédit et la notion de situation sans issue, la seconde étant consacrée à la caractérisation de l'ébranlement de crédit et de la situation sans issue en dépit du maintien du crédit au moyen d'expédients illicites, frauduleux ou ruineux.

SECTION 1: LA PERTE DU CREDIT ET LA SITUATION SANS ISSUE, COMPLEMENTS DE LA CESSATION DES PAIEMENTS

Que la défaillance du débiteur commerçant appelle les mesures exorbitantes du droit de la faillite et même des peines pour banqueroute, ces solutions ne sont à envisager que lorsque la situation économique du débiteur est suffisamment détériorée pour compromettre l'égalité des créanciers et la sécurité du commerce et non dans le cas de gêne passagère. On estime en effet que la simple suspension des paiements peut être corrigée par les procédures d'exécution de droit commun (2).

(1) CLOQUET, op. cit., n° 225 (obtention de l'argent frais) voir infra la liaison de l'ébranlement du crédit et de la cessation de paiement.

(2) Voir T'KINT, Les poursuites d'activité et les cessions d'entreprises, in L'entreprise en difficulté, éd. Jeune Barreau, Brux. 1981, p. 113 et s.; spéc. p. 117 et s., n° 9; FANGAIN, Code annoté... Gaz. Pal. 1973, doct. p. 247; Paris, 22 mai 1978, Gaz. Pal. 1979-I-som. p. 159.

Cette situation grave a été définie par le législateur belge en ajoutant à la cessation des paiements la notion d'ébranlement de crédit. La France a, en revanche, maintenu au cours de différentes réformes, la seule exigence de la cessation des paiements; mais pour pallier la rigidité d'une telle exigence, fut élaborée la notion complémentaire de la situation sans issue ou irrémédiablement compromise.

Ainsi, partout il y a une constante nécessité de compléter la notion de cessation de paiements pour définir la situation économique du débiteur bien que la voie suivie ne soit pas identique en Belgique et dans les anciennes possessions d'une part en France et dans ses anciennes colonies d'autre part. Cette divergence dans l'approche du problème apporte toutefois des nuances dans l'interprétation de la nouvelle notion.

La solution légale de droit belge requérant l'ébranlement de crédit et ses incidences dans l'appréciation de la faillite sera d'abord examinée; on suivra ensuite, l'élaboration par la doctrine et la jurisprudence françaises de la notion de situation sans issue ainsi que son évolution en particulier sous l'emprise de la loi française de 1967 sur la faillite; enfin, on relèvera certains critères susceptibles de concourir à la qualification de cette situation.

§ 1. L'EXIGENCE DE L'EBRANLEMENT DE CREDIT EN DROIT BELGE ET DANS LES ANCIENNES POSSESSIONS

C'est la loi belge de 1851 sur la faillite qui a introduit dans la définition de la faillite le nouvel élément de l'appréciation de la situation économique du débiteur: est en faillite, le débiteur qui a cessé ses paiements et dont le crédit est ébranlé (1). La formulation fut reprise dans les anciennes possessions belges (2).

Cette exigence supplémentaire mérite un examen. Outre la détermination de son contenu, il importe en particulier de discuter de la place qui lui revient à côté de la cessation des paiements: est-elle une notion distincte ou une simple caractéristique de la cessation des paiements?

(1) Art. 437 du c. de com. belge.

(2) CRA du conseil colonial 1934, p. 898, note 3. Pour la genèse de cette condition supplémentaire, voir MAERTENS, Commentaire de la loi du 18 avril 1851 sur les faillites, banqueroutes et sursis, Brux. Bruylant, 1863, n° 90 et s., p. 87 et s.; p. 91, n° 94 et s.

A. CONTENU DE L'ÉBRANLEMENT DE CRÉDIT

Selon la doctrine belge, l'ébranlement de crédit peut se définir comme l'état des affaires qui n'inspire plus confiance aux créanciers, aux fournisseurs ou aux bailleurs de fonds (1). Alors que le débiteur ne peut plus faire face à ses engagements par ses propres moyens, il ne reçoit même plus le soutien de ses partenaires: les créanciers lui refusent encore des délais, les fournisseurs ne livrent plus qu'au comptant, les banquiers n'accordent plus leur crédit. C'est alors la ruine de l'entreprise, la détérioration de l'ensemble des opérations du débiteur.

Les juridictions de fond qualifient également cette condition avec précision en décidant notamment que l'ébranlement de crédit ne résulte pas du non-paiement de la dette, malgré saisie-exécution, mais du procès-verbal de carence auquel aboutit celle-ci (2); qu'il existe, lorsque la cessation des paiements des dettes civiles, soit commerciales porte atteinte au crédit, à la solvabilité du débiteur, compromet l'ensemble des opérations ou lorsque la cessation est la conséquence d'un manque de crédit (3).

Complément de la cessation des paiements, l'ébranlement de crédit se réfère à l'idée de difficultés insurmontables du débiteur. Mais sa portée se limite au crédit commercial, le droit de la faillite ne s'occupant par hypothèse que du désordre des affaires commerciales du débiteur (4). Il est rappelé, à bon escient que la faillite n'existe que s'il résulte de la cessation des paiements, "une perturbation sérieuse des affaires commerciales du débiteur, compromettant son activité commerciale" (5). Le désordre reste cependant tributaire des dettes aussi bien commerciales que civiles aussi longtemps que les obligations du débiteur seront garanties indistinctement par l'ensemble du patrimoine du débiteur (6).

(1) VAN RYN et HEENEN, op. cit., t. IV, n° 2645; P. COPPENS et T'KINT, op. cit., RCJB 1979, p. 310, n° 9.

(2) Liège, 6 décembre 1973, Pas. 1974-II-p. 72.

(3) Brux. 6 mars 1975, JCB 1975-II-261; JT 1975, p. 346; Pas. 1975-II-125. Voir aussi Com. Brux. 13 décembre 1965, JCB 1966, p. 169 et s., spéc. p. 171; Com. Liège 17 juin 1954, Rev. Fail. 1953-54, p. 304.

(4) VAN RYN et HEENEN, op. cit., t. IV, n° 2645; CLOQUET, op. cit. 2e éd., n° 230 et décisions citées

(5) Brux. 16 janvier 1967, RPS 1967, p. 55 et note; voir aussi Trib. civ. Marche-en-Famenne, 18 novembre 1967, JL 1967-68, p. 93; Brux. 9 février 1959, Pas. 1959-II-204; Com. Brux. 5 avril 1952, Rev. fail. 1952-53, p. 6 et note.

(6) Voir supra p. 215 et s.

Il paraît par conséquent inexact de soumettre l'ébranlement de crédit à l'existence d'un passif commercial (1).

Le maintien ou l'octroi du crédit tient compte des éléments objectifs de la situation patrimoniale du débiteur notamment de l'immobilisé qui garantit la solvabilité (2), mais elle prend aussi appui sur des éléments plus subjectifs notamment la compétitivité de l'entreprise, la qualité de ses dirigeants et son organisation, sa technologie (3), etc... L'ébranlement de crédit n'est pas lié à l'insolvabilité (4). Bien au contraire, le crédit obtenu par des moyens normaux, même d'un organisme public (5), supplée à la défaillance de la trésorerie et empêche l'état de faillite (6). Il reste cependant que la solvabilité exerce souvent une influence positive sur l'existence du crédit (7).

A l'arrêt des paiements aussi bien interne qu'externe, le débiteur ajoute par conséquent la perte de son crédit: ce qui compromet la poursuite normale de l'activité. Mais alors quelle est la place réservée à l'ébranlement de crédit dans la qualification de la faillite.

B. DISTINCTION DE L'EBRANLEMENT DE CREDIT ET DE LA CESSATION DES PAIEMENTS

Si la faillite requiert la cessation des paiements et l'ébranlement de crédit, quel rapport existe entre les deux éléments de la qualification? S'agit-il de conditions distinctes ou l'ébranlement de crédit constitue-t-il une simple caractéristique de la cessation des paiements (8)? L'intérêt de la question semble évident. La faillite

(1) Cass. 8 novembre 1974, Pas. 1975-I-294; Com. Louvain 29 novembre 1966, JCB 1968-II-464. Contre: FREDERICQ, op. cit., t. VII, n° 16; Gand 22 février 1952, RCJB 1952, p. 268. Voir l'exposé de cette opinion: CLOQUET, op. cit. n° 232.

(2) Voir Brux. 8 novembre 1979, Pas. 1980-II-p. 5.

(3) Voir Com. Liège 28 mai 1974, JL 1974-75, p. 246; Com. Liège 10 octobre 1958, JT 1958, p. 709.

(4) CLOQUET, op. cit., n° 224; FREDERICQ, op. cit., t. VII, n° 16, p. 74; Voir Corr. Brux. 24 mai 1965, JT 1966, p. 171.

(5) Com. Brux. 28 novembre 1977, p. 265, JT 1978, p. 68 voir les commentaires de MM. P. COPPENS et F. T'KINT in RCJB 1979, p. 309 et 310, n° 8 et n° 56.

(6) CLOQUET, op. cit., n° 225. Voir Brux. 22 novembre 1978, RPS 1979, p. 67; com. Brux. 8 septembre 1980, RPS 1980, p. 207.

(7) Brux. 8 novembre 1979, Pas. 1980-II-p. 5.

(8) Voir sur cette question: VAN RYN et HEENEN, op. cit., t. IV, n° 2646; CLOQUET, op. cit., n° 225 et s.; P. COPPENS dans ses commentaires de jurisprudence notamment in RCJB 1961, p. 123; RCJB 1979, p. 310 et s., n° 9;

est une notion juridique dont les éléments constitutifs sont soumis au contrôle de la cour de cassation (1). Selon l'hypothèse, la caractérisation de l'ébranlement de crédit sera indispensable ou superflue (2). Mais, l'enjeu est encore plus important en matière de banqueroute puisque de la réponse dépendra la détermination des éléments constitutifs de l'état de faillite qui participe de manière impérative à la qualification de l'infraction.

Sur cette question la doctrine et la jurisprudence sont partagées. Si pour quelques décisions, l'ébranlement de crédit n'est qu'une simple caractéristique de la cessation des paiements (3), la position de ceux qui soutiennent une distinction nette entre l'ébranlement de crédit et la cessation des paiements semble l'emporter (4). S'il est vrai que les deux éléments sont étroitement liés (5), l'un pouvant être la cause ou la conséquence de l'autre (6) et qu'ils tendent même à se confondre lorsque le débiteur fait usage de procédés artificiels et malhonnêtes pour prolonger l'activité commerciale, ils restent néanmoins distincts. L'article 437 de la loi sur les faillites s'exprime clairement comme d'ailleurs les travaux préparatoires. Sur le fond, l'ébranlement de crédit exprime une réalité différente de la cessation des paiements: la détérioration de l'ensemble de la situation patrimoniale du débiteur. Il implique le rejet du débiteur par ses partenaires commerciaux en raison d'une cause notoire (7) alors que la cessation des paiements vise la non-satisfaction du passif exigible. Les difficultés de l'entreprise sont caractérisées par cette double dimension. Lorsqu'un élément manque, l'état de faillite n'est pas caractérisé à suffisance.

(1) P. COPPENS et T'KINT, op. cit., RCJB 1979, p. 314, n° 12.

(2) Comparer infra avec l'évolution jurisprudentielle française.

(3) RPDB V° cit°, n° 71 et les références; voir exposé de VAN RYN et HEENEN, op. cit., t. IV, n° 2646 et décisions citées; Com. Brux. 10 février 1964, JCB 1965, p.10

(4) PIRET, Faillites et concordats. RCJB 1951, p. 57; VAN RYN et HEENEN, op. cit., t. IV, n° 2646; P. COPPENS, op. cit., in L'évolution récente du droit commercial, p. 186 et s.

(5) Cass. 2 décembre 1963, Pas. 1963-I-346.

(6) CLOQUET, op. cit., n° 227.

(7) VAN RYN et HEENEN, op. cit., n° 2646; P. COPPENS et T'KINT, op. cit., RCJB 1979, p. 310 et 311, n° 9; P. COPPENS, Les entreprises en difficulté, in L'évolution récente du droit commercial et économique du J. Barreau, Brux. 1978, p. 137.

Les juridictions de fond également se prononcent souvent en faveur de cette distinction (1). Il reste cependant que la cour de cassation belge ne paraît pas avoir une position tranchée (2). Elle énonce seulement que l'ébranlement du crédit est étroitement lié à la cessation des paiements qui est la conséquence d'un manque de crédit, ... le juge détermine souverainement la nature des faits qui ont causé la cessation des paiements et apprécie si le non-paiement de dettes commerciales ou sociales est de nature à ébranler le crédit du commerçant et à compromettre le gage commun des créanciers (3). Elle fait en revanche obligation au juge de fond de constater l'ébranlement de crédit (4); encore que sur les faits constitutifs mêmes elle s'en remette à l'appréciation souveraine des juges de fond et accepte notamment une qualification implicite.

En effet, comme la cessation des paiements, l'ébranlement de crédit s'analyse dans chaque situation particulière. Il s'agit de spécifier pour chaque activité quand la situation financière est complètement détériorée, analyse à laquelle invite le droit français en prenant en considération l'ensemble de la situation patrimoniale du débiteur pour caractériser la cessation de paiements.

§ 2. LA SITUATION SANS ISSUE EN FRANCE ET DANS LES ANCIENNES

POSSESSIONS FRANCAISES: UNE ELABORATION JURISPRUDENTIELLE

A l'opposé du droit belge, les dispositions légales de droit français et des anciennes possessions françaises exigent seulement la cessation des paiements comme condition de l'état de faillite (5). Selon une interprétation rigide, l'état de faillite n'aurait plus besoin pour être caractérisé que de l'arrêt des paiements (6).

(1) Com. Brux. 13 décembre 1965, JCB 2966, 169; Brux. 8 novembre 1979, Pas. 1980-II-5.

(2) Cass. 2 décembre 1963, Pas. 1964-I-346; Cass. 8 novembre 1974, Pas. 1975-I-294; Cass. 24 avril 1975, Pas. 1975-I-848.

(3) Cass. 2 décembre 1963, Pas. 1964-I-846. Voir aussi décisions citées note précédente. Comme le font constater certains auteurs, certains sommaires des décisions précitées entretiennent l'idée que les deux éléments ne seraient pas des conditions distinctes: MM. VAN RYN et HEENEN, op. cit., t. IV, n° 2646, p. 213, note 1; P. COPPENS et T'KINT, op. cit., RCJB 1979, p. 311.

(4) Cass. 1er juin 1979, JT 1979; voir les réponses aux pourvois: cass. 2 décembre 1963, Pas. 1964-I-847; cass. 8 novembre 1974, Pas. 1975-I-294; cas. 24 avril 1975, Pas. 1975-I-848

(5) Art. 1 de loi du 13 juillet 1967; ancien art. 437 du c. com. o.m.; art. 197 du c. com. marocain; art. 928 du code sénégalais; art. 215 du code algérien; art. 332 et 333 du code pénal camerounais; etc.

(6) Voir GRANCHET, op. cit., p. 144 et s.

Le danger d'une telle position apparaît immédiatement, car le débiteur ne peut encourir la faillite pour la moindre suspension de paiements. Théoriciens et praticiens ont dû par conséquent assouplir cette rigidité d'abord par une interprétation assez large de la cessation de paiements et même par la création d'une condition complémentaire à l'arrêt des paiements dont l'absence dans la qualification de la faillite était censurée par la cour de cassation, à savoir la situation irrémédiablement compromise du débiteur.

Si, à l'heure actuelle, cette condition n'est plus exigée par la chambre commerciale de la cour de cassation française, il n'empêche que la cessation des paiements reste déterminée au regard de l'ensemble des éléments d'actif et du passif qui permettent le respect de l'échéance au moins à court terme. La considération de l'ensemble de la situation du débiteur semble demeurer une réalité en droit français également.

Comment cette exigence est-elle née en droit français et "dérivés" et quel crédit lui accorder dans la qualification de la situation économique du débiteur nécessitant la procédure collective et les mesures pénales qui l'accompagnent? Pour y répondre, nous suivrons la construction jurisprudentielle de la notion de situation sans issue en distinguant les deux étapes de son évolution: l'exigence de cette notion et son actuel recul dans les décisions de la chambre commerciale de la cour de cassation française.

A. L'EXIGENCE DE L'ANALYSE DE LA SITUATION SANS ISSUE PAR LA COUR DE CASSATION

C'est la fixation de la date de la cessation des paiements qui fournit la première occasion à la cour de cassation française de définir la cessation des paiements en considérant la situation globale du débiteur: le commerçant qui, tout en se trouvant engagé dans des opérations indépendantes et dangereuses qui ont entraîné pour lui des pertes importantes, n'est pas dans une situation commerciale désespérée, jouit encore d'un crédit sérieux, paie exactement ses dettes exigibles et n'a recouru pour soutenir son crédit à aucune

manoeuvre réprouvée par la loi, ne peut être considéré comme étant, à cette date, en état de cessation de paiements (1).

S'agissant de la déclaration de faillite, l'exigence de la situation sans issue apparut notamment dans l'arrêt du 17 octobre 1939 de la chambre des requêtes qui énonça qu'il appartient au juge du fond de rechercher si le défaut de paiement des dettes commerciales constaté par des protêts, lorsqu'il n'est pas volontaire, est l'indice d'une gêne momentanée ou d'une impossibilité définitive, pour le débiteur dont le crédit est irrémédiablement ruiné, de faire face désormais à ses engagements (2).

Cependant la cour de cassation se montra encore plus ferme en censurant des arrêts qui avaient fondé leur décision sur des défauts de paiement de dettes exigibles sans rechercher si le débiteur se trouvait hors d'état de faire face à l'ensemble de son passif exigible ou dans une situation financière sans issue (3).

La doctrine (4) rapporte même des arrêts de la cour de cassation qui sans faire état de l'arrêt des paiements ont retenu la seule situation désespérée du débiteur pour caractériser la cessation des paiements (5). A la vérité, l'arrêt des paiements avait été caractérisé de manière implicite. On sait déjà que l'arrêt des paiements a un aspect interne et que notamment l'usage d'expédients lié à une situation globalement détériorée l'implique à suffisance, la prolongation d'activité se faisant en définitive au détriment de certains créanciers.

(1) Cass. req. 31 octobre 1898, D.1899-I-115. Voir aussi cass. com. 13 janvier 1949, RTDC 1949, p. 703; Cass. com. 15 février 1956, RTDC 1956, p. 510; Cass. com. 19 avril 1961, Bull. civ. III, n° 179, p. 158. A contrario: cass. com. 17 décembre 1973, Gaz. Pal. 1974-1, somm. p. 30.

(2) Cass. req. 17 octobre 1939, DH 1940, p. 5; voir aussi: cass. com. 21 novembre 1950, RTDC 1951, p. 355; Cass. com. 19 mai 1958, Bull. civ., n° 195, p. 159; Cass. com. 9 février 1960, RTDC 1960, p. 884; Cass. com. 30 octobre 1967, RTDC 1968, p. 128; Cass. com. 6 juillet 1971, D.1971-somm. 271; Cass. soc. 10 mai 1972, D. 1972, somm. 128; Toulouse, 7 juin 1973, D.1974, somm. 78; Cass. com. 5 janvier 1977, D.1977-IR, p. 165, note HONORAT.

(3) Notamment: cass. com. 3 février 1965, 11 janvier 1965, 24 février 1965, RTDC 1965, p. 638; Cass. com. 15 juillet 1968, RTDC 1969, p. 171; Cass. com. 5 juin 1972-IV-168; Cass. com. 23 décembre 1969, RTDC 1970, p. 495; Cass. com. 10 juin 1974, Gaz. Pal. 1974-2-somm. p. 242.

(4) MJ RAYMOND de GENTILLE, op. cit., p. 9, note 8; CHEVRIER, op. cit., RTDC 1976, p. 649; voir J. PAILLUSSEAUX, op. cit., Rev. jurisp. com. 1976, p. 262; COZIAN, op. cit., n° 103 et s.

(5) Cass. com. 23 novembre 1968 (2 arrêts), RTDC 1968, p. 1134; Cass. com. 12 mars 1974, Bull. cass. 1974-IV, n° 90.

Il semble par conséquent que la jurisprudence française ait au moins de manière implicite caractérisé la cessation des paiements par deux éléments: l'arrêt des paiements et la situation sans issue. Cette position fut encore rappelée de manière explicite par l'arrêt du 5 janvier 1977 (1). S'il est vrai que la censure n'était jamais intervenue sur des arrêts qui n'avaient pas retenu l'état de cessation des paiements en l'absence d'une situation désespérée et sans issue cela ne signifiait pas que l'arrêt des paiements était une condition suffisante à la qualification de la cessation des paiements.

Des critiques toutefois se sont élevées contre une référence rigide à l'exigence d'une situation sans issue pour l'ouverture d'une procédure collective (2). De fait, dans la mesure où le règlement judiciaire est prévu pour des entreprises susceptibles d'être redressées, il est contradictoire d'exiger pour son prononcé une situation irrémédiablement compromise. La notion de cessation des paiements doit être en harmonie avec la finalité de la procédure qu'elle engendre.

B. L'ARRET DU 14 FEVRIER 1978 (CH. COM) ET L'ABANDON DE L'EXIGENCE DE LA "SITUATION SANS ISSUE" EN FRANCE

Pour hâter la procédure collective et donner à l'entreprise en difficultés la possibilité d'être redressée, la cour de cassation française, du moins sa chambre commerciale, a choisi depuis l'arrêt du 14 février 1978 de ne tenir compte que de l'arrêt des paiements dans la qualification de la cessation des paiements aussi bien pour le prononcé de la procédure (3) que pour la fixation de la période suspecte (4). Il s'agit d'un véritable revirement de la jurisprudence.

(1) Cass. com. 5 janvier 1977, D.1977-IR-165. Voir notamment RIPERT et ROBLOT, op. cit., t. II, 8e éd., n° 2851; ARGENSON et TOUJAS, op. cit., t. I, n° 14; R. RODIERE et B. OPPETIT, Effets de commerce, contrats, faillites, Paris, Dalloz, 1978, 8e éd., n° 281, p. 284; Cass. com. 22 mars 1977, Gaz. Pal. 1977-2-somm., p. 259; Cass. com. 28 février 1977, Bull. cass. 1977-4-p. 55, n° 62.

(2) J. Yves CHEVALLIER, op. cit., in Faillites, Paris, Dalloz, 1970, n° 29 et s.; A. CHEVRIER, op. cit., RTDC 1976, p. 649 et s.; voir J. BEGUIN, Les procédures spéciales aux affaires, n° 68, p. 143 et s.; voir Fr. BOUTTIER, op. cit., thèse Bordeaux, p. 47 et s.; HAEHL, Les techniques de renflouement des entreprises en difficulté, thèse Lyon, 1979, n° 38 à 42.

(3) Cass. com. 14 février 1978, D.1978-IR-443, note HONORAT

(4) Cass. com. 10 juillet 1978, D.1979-IR-p. 80, note HONORAT; Cass. com. 16 janvier 1980, Gaz. Pal. 1980-1-somm. 236; JCP 1980-IV-123.

Auparavant, en effet, pour caractériser la cessation des paiements la jurisprudence et la doctrine exigeaient deux éléments: l'impossibilité de faire face avec son actif disponible au passif exigible et une situation irrémédiablement compromise (1). Plusieurs arrêts avaient été cassés pour n'avoir pas recherché si le débiteur était dans une situation sans issue (2). En revanche, en l'absence de référence à l'arrêt des paiements la cour de cassation semblait se montrer moins catégorique dès lors que la situation sans issue avait été caractérisée sans équivoque. On considérait qu'il était caractérisé de manière implicite (3). Le "laxisme" de la cour de cassation risquait d'être interprété comme un abandon de l'exigence de l'arrêt de paiement en tant qu'élément constitutif de la cessation des paiements.

A l'égard d'un arrêt qui subordonnait la cessation des paiements à la seule situation sans issue, le rappel à l'ordre fut très net et permit à la cour de cassation de redéfinir la notion légale de la cessation des paiements: "en statuant ainsi sans rechercher si le défendeur était en mesure de faire face à son passif exigible avec son actif disponible, la cour n'a pas donné de base légale à sa décision" (4). Pour la chambre commerciale de la cour de cassation française, la cessation des paiements est caractérisée exclusivement par l'impossibilité de faire face avec son actif disponible à son passif exigible, en somme par l'arrêt de paiements. Cette formule avait, au reste, déjà été utilisée pour distinguer l'insolvabilité de la cessation des paiements alors que la caractérisation de la situation sans issue contribuait à rapprocher les deux notions (5).

-
- (1) Cass. com. 22 mars 1977, Gaz. Pal. 1977-2. somm. p. 259; Cass. com. 28 février 1977, Bull. cass. 1977-4-p. 55, n° 62; cass. com. 5 juin 1977, D.1977-IR-165, note HONORAT; GRANCHET, op. cit., p. 82 et s.; p. 167 et s.; voir aussi la doctrine citée par HONORAT sous cass. com. 14 février 1978, D.1978-IR-p. 443.
- (2) Cass. com. 10 juin 1974, Gaz. Pal. 1974-2-somm. p. 242 et autres décisions citées supra.
- (3) Cass. com. 12 mars 1974, Bull. cass. 1974-IV-n° 90; Paris 9 juillet 1976, D.1977-IR-p. 129.
- (4) Cass. com. 14 février 1978, D.1978-IR-443, note HONORAT; Bull. civ. 1978-IV-n° 66. Pour le commentaire voir notamment Le rapport de la cour de cassation (année judiciaire 1978) in JCP 1980, D.2993, n° 81 et s.; HONORAT et BERNARDINI, Banqueroutes et délits connexes in juriscl. pén., art. 402-404, fasc. 8, 1980, n° 12; A. BRUNET, Règlement judiciaire et liquidation des biens, conditions de fond in Juriscl. sociétés 41^A, fasc. 2, 1980, n° 65 et s. et les références doctrin.
- (5) Cass. com. 20 novembre 1973, JCP 1974-IV-n° 6392, p. 102; cass. com. 25 juin 1973, JCP 1973-IV-p. 310.

Le revirement de la jurisprudence paraît certain (1) et la fermeté des décisions laisse croire que les cours d'appel se rangeront à cette nouvelle jurisprudence (2) élaborée délibérément en dépit des conséquences qu'elle peut avoir sur la situation socio-économique (3). Cependant, si l'intention de la cour suprême de faire coïncider la cessation des paiements avec l'arrêt des paiements à l'exclusion de la situation sans issue est claire, il ne semble pas que la procédure collective puisse intervenir pour n'importe quel arrêt de paiements. Les faits dans leur matérialité et leur influence sur la situation commerciale notamment, restent de l'appréciation souveraine des juridictions de fond. Celles-ci pourraient éviter que la cessation des paiements ne devienne automatique et décider que l'arrêt des paiements qui, seul reste requis, soit suffisamment grave pour engendrer la procédure collective (4).

La situation spécifique du débiteur continuera par conséquent d'influencer le constat de la cessation des paiements. Aussi n'est-il pas sans intérêt, même sous l'empire de la nouvelle jurisprudence de découvrir quelques indices susceptibles de révéler une certaine persistance des difficultés du débiteur.

§ 3. QUELQUES INDICES DE L'EBRANLEMENT DE CREDIT ET DE LA SITUATION SANS ISSUE OU SUSCEPTIBLES DE REVELER LA DEFAILLANCE DU DISPONIBLE FACE A L'EXIGIBLE.

Que la jurisprudence affirme l'obligation de constater la situation sans issue ou retienne l'impossibilité pour l'actif disponible de satisfaire le passif exigible, il apparaît que la cessation des paiements s'appuie sur un arrêt des paiements suffisamment grave et que la défaillance du débiteur doit comporter une certaine continuité (5). Il en est de même pour le constat de l'ébranlement de crédit.

(1) Cass. com. 10 juillet 1978, C.1979-IV-p. 80; 16 janvier 1979, JCP-IV-99, 16 JANVIER 1980-IV-p. 123; 13 mai 1980, JCP 1980-IV-279; 3 juin 1980; JCP 1980-IV-31

(2) Voir toutefois Paris 12 juillet 1978, D.1979-IR-p. 80, note HONORAT.

(3) Le rapport de la cour de cassation in JCP 1980, doct. 2993, n° 89.

(4) Voir cass. com. 3 juin 1980, JCP-IV-311; Cass. com. 16 janvier 1979, JCP 1979-IV-99.

(5) Le rapport de la cour de cassation (1978) JCP 1980, doct. 2993, n° 83.

Quelques indices peuvent être dégagés des décisions des tribunaux (1). Ils sont appréciés avec plus ou moins de souplesse selon la nécessité d'un constat plus ou moins précoce de la cessation des paiements. Certes, en France du moins, depuis la prise en considération du seul arrêt des paiements, leur poids sur le constat de la cessation des paiements se fera moins sentir; mais ils entretiennent l'idée que la cessation des paiements est une notion de fait qui s'alimente d'éléments spécifiques de défaillance de trésorerie et pourvus d'une suffisante gravité.

Parmi les indices relevés par la doctrine, on signale notamment l'importance du passif du débiteur (2), la perte de crédit (3). Toutefois, la nouvelle interprétation restrictive de la cessation des paiements conduit à un jugement sévère du crédit de manière à ne retenir que celui qui est susceptible de parvenir au redressement de l'entreprise (4). Ce qui rendra la tâche des juridictions très délicate. D'autres facteurs peuvent entrer en ligne de compte pour juger de la gravité des difficultés du débiteur notamment les causes et le nombre de refus de paiements (5), l'activité de l'entreprise et ses chances de redressement (6). Mais ils ne sont intéressants que s'ils concourent à la formation de la conviction du juge sur l'impossibilité de faire face au passif exigible avec l'actif disponible ou sur la complète détérioration de la situation du débiteur par suite du manque de soutien des partenaires étant entendu que l'appréciation porte sur la situation réelle qui peut se cacher derrière une poursuite artificielle de l'activité grâce à des expédients illicites ou ruineux.

-
- (1) Voir GRANCHET, op. cit., p. 154 et s.; COZIAN, op. cit., n° 57 et s.; J. BEGUIN, op. cit., n° 68, p. 146; VAN RYN et HEENEN, op. cit., t. IV, n° 2646; CLOQUET op. cit., n° 233.
- (2) COZIAN, op. cit., n° 58. Voir, com. Brux. 28 octobre 1965, JCB 1966, p. 26; Mons, 11 février 1977, Pas. 1977-II-170; cependant cass. com. 16 janvier 1980, JCP 1980-IV-123 comparer avec cass. com. 3 juin 1980, JCP 1980-IV-311.
- (3) GRANCHET, op. cit., p. 164 et s. et décisions citées aux notes 124 et 125; COZIAN op. cit., n° 60 et s.; J. BEGUIN, op. cit., n° 68, p. 146; Aix-en-Provence, 12 juillet 1977, D.1978-IR-96; M. VASSEUR, La responsabilité civile du banquier dispensateur de crédit, Paris, éd. Banque, 1978, 3e éd., p. 45 et s.; voir Liège, 12 décembre 1978, JL 1978-79, p. 275; com. Brux. 14 février 1977, JT 1977, 270.
- (4) Voir cass. com. 20 février 1979; Bull. cass. 1979-IV-n° 72, p. 55. Comparer infra notion pénale
- (5) Voir Liège, 6 décembre 1973, Pas. 1974-II-72; comparer com. Liège, 10 novembre 1953, JL 1953-54, p. 125 et com. Tournai, 14 septembre 1967, JCB 1968, p. 716.
- (6) GRANCHET, op. cit., p. 155 et s.; COZIAN, op. cit., n° 65 et s.

SECTION 2: L'EMPLOI D'EXPEDIENTS POUR MAINTENIR LE CREDIT N'EMPECHE
PAS L'EBRANLEMENT DE CREDIT OU LE CONSTAT D'UNE SITUATION
SANS ISSUE

L'état de faillite dans sa conception stricte limitée à l'arrêt matériel de paiement corroboré par une carence effective du crédit pourrait donner satisfaction si les relations d'affaires étaient toujours empreintes d'honnêteté. Dans ce cas, l'apparence correspondrait à la réalité: le crédit obtenu par des moyens normaux permettant au débiteur de faire face aux échéances de manière honnête, il ne saurait être question de faillite.

Mais la faillite entraîne des pertes chez le débiteur comme chez ses partenaires. Aussi, au lieu de se soumettre au plus tôt à la règle du concours, certains créanciers peuvent essayer de compenser l'éventuelle diminution de leur créance par la majoration des frais financiers ou en imposant au débiteur toute une série d'obligations supplémentaires. Le maintien du crédit dans ces cas ne répond pas à la réalité; il a pour but d'endormir les autres créanciers, de retarder au maximum la découverte des difficultés du débiteur et la procédure de concours qui s'en suivrait. La prolongation artificielle de l'activité peut résulter aussi de l'initiative du débiteur qui, pour obtenir des liquidités, recourra à des procédés malhonnêtes, se mettra à la chasse du crédit à n'importe quel prix pourvu que ses difficultés puissent être momentanément couvertes en attendant une meilleure fortune qui lui épargnerait les désagréments de la faillite.

Le droit de la faillite protège l'égalité des créanciers et a pour but l'assainissement des moeurs commerciales. Derrière l'apparence du maintien du crédit, il découvrira la réalité des sérieuses difficultés du débiteur. L'emploi d'expédients ou de moyens anormaux pour maintenir le crédit n'empêche pas le constat de la détérioration de la situation du débiteur car pour écarter la faillite, les juridictions ne tiennent compte que du soutien des partenaires obtenu honnêtement (1).

Il semble cependant qu'en France et en Belgique, les tribunaux ne font pas toujours preuve de la même rigueur pour stigmatiser l'utilisation de procédés illicites et ruineux. Nous étudierons d'abord le droit belge, puis le droit français en retenant qu'ils inspirent ceux des anciennes possessions respectives.

(1) FREDERICQ, op. cit., V.II, n° 16; VAN RYN, op. cit., t. IV, n° 2646; CLOQUET, op. cit., n° 228; GRANCHET, op. cit., p. 205 et s.

§ 1. LA STIGMATISATION EN DROIT BELGE DU CREDIT FALLACIEUX
ASSIMILABLE A L'EBRANLEMENT DU CREDIT

Pour la jurisprudence belge, l'emploi de procédés illicites ou frauduleux pour maintenir le crédit peut révéler l'état de faillite car il n'empêche pas de caractériser l'ébranlement de crédit (1). En revanche, le recours à des moyens licites même ruineux serait souvent sans conséquence sur la déclaration de faillite en gardant au crédit son caractère vrai (2).

A. LE CREDIT FALLACIEUX REVELE PAR DES PROCEDES
ILLICITES OU FRAUDULEUX

Pour se préserver de la faillite en dépit de sérieuses difficultés de trésorerie, certains débiteurs n'hésitent pas de se maintenir à flots en désintéressant avec l'argent d'une partie des créanciers les partenaires commerciaux immédiats. Arguant du maintien du crédit commercial, ils peuvent espérer échapper à l'une des conditions de la faillite à savoir l'ébranlement de crédit (3). A l'argument, les juridictions répondent que le véritable crédit repose sur la confiance des partenaires commerciaux obtenue sans artifice (4); pour le repousser comme sans valeur, elles prennent appui sur le caractère illicite ou frauduleux des procédés utilisés pour l'obtenir ou le maintenir (5). Ainsi, le paiement des cotisations sociales, des charges fiscales, la liquidation de la TVA sont des obligations légales et leur non-recouvrement par laxisme de l'administration ne peut être interprété comme un moratoire des créanciers. Plus grave, il y a contravention à la loi et le crédit qui peut en découler est entaché d'illicéité.

(1) Cass. 2 décembre 1963, Pas. 1964-I-346; Cass. 26 novembre 1970, Pas. 1971-I-272; JT 1971, p. 258.

(2) Liège, 7 mai 1902, Pas. 1902-II-339.

(3) Voir pourvoi rejeté par cass. 26 novembre 1970, Pas. 1971-I-272; JT 1971, p. 258

(4) Cass. 2 décembre 1963, Pas 1964-I-346.

(5) Brux. 15 janvier 1964, Pas. 1965-II-23; Liège 19 décembre 1961, JL 1961-62, p. 146.

L'usage de procédés dolosifs peut révéler également que le crédit dont se prévaut le commerçant n'est que fictif lorsqu'en particulier les paiements des uns servent à tromper les autres et ne prolongent qu'artificiellement la vie commerciale (1). Parmi les expédients illicites, on note les traites de complaisance, la mise en gage de factures fictives, l'accord d'avantages particuliers pour le maintien du crédit, toute manoeuvre pouvant surprendre la confiance des créanciers (2).

Pour la cour de cassation, ce genre de crédit est fallacieux et ne s'oppose pas à l'ébranlement de crédit. Si, en général, les moyens dont use le commerçant pour prolonger son crédit n'importent pas, il faut cependant qu'ils soient réguliers; le juge prononce ou constate la faillite si ces moyens sont artificiels, illicites ou frauduleux, l'ébranlement de crédit ne pouvant être exclu que si le commerçant continue à jouir d'un crédit réel, à l'exclusion d'un crédit fictif (3).

A vrai dire, c'est parce que le jeu malhonnête cache une situation financière complètement détériorée révélée précisément par le maintien artificiel du crédit qu'il y a lieu d'envisager la faillite. Tout retard de paiement ou tout moyen de crédit artificiel n'entraîne pas nécessairement l'ébranlement de crédit (4). Il importe que les artifices aient fait croire à une solvabilité inexistante. Le crédit est alors fictif et non réel (5) et l'ébranlement de crédit doit être considéré comme réalisé.

(1) Cass. 2 décembre 1963, Pas. 1964-I-346; cass. 26 novembre 1970, Pas. 1971-I-272. Voir le commentaire du professeur P. COPPENS, RCJB 1974, p. 379.

(2) CLOQUET, op. cit., n° 228 et les décisions citées; Liège 19 décembre 1961, JL 1961-62, p. 146 (retenue de TVA); Com. Brux. 28 janvier 1963, JCB 1969-II-196 (mise en gage de factures fictives); com. Anvers 5 février 1962, RW 1961-62, 1512, Répert. Décennal... 1956-65, V° Faillite n° 57 (dettes envers l'ONSS); Brux. 10 février 1954, Pas. 1955-II-120.

(3) Cass. 2 décembre 1963, Pas. 1964-I-346 formule reprise par cass. 26 novembre 1970, Pas. 1971-72; JT 1971, p. 258.

(4) Gand 6 avril 1957, commenté par P. COPPENS, RCJB 1961, p. 124; com. Tournai 11 mai 1967, JCB 1968, p. 715; com. Brux. 10 février 1964, JCB 1965, p. 10.

(5) Voir la mise au point de MM VAN RYN et HEENEN sur la définition de l'ébranlement de crédit en pareil cas: les auteurs, op. cit., t. IV, n° 2646, p. 215.

B. INOPERANCE DE MOYENS RUINEUX ET LICITES SUR LE CREDIT
 DU DEBITEUR EN DROIT BELGE?

Plus délicate est la situation du débiteur qui ne parvient à sortir sa trésorerie de l'impasse que grâce au soutien des banquiers ou des créanciers obtenu à des conditions fort ruineuses. Le prix très élevé du crédit (par le taux ou les importantes garanties demandées), la vente des marchandises à perte, les paiements anticipés utilisés pour faire l'échéance sont peut-être imprudents pour le commerçant mais non illicites bien qu'ils anéantissent son patrimoine. Sans doute, parce qu'ils rompent l'égalité des créanciers, ces faits peuvent être inopposables à la masse s'ils sont commis en période suspecte. Mais le problème posé est de savoir si ces opérations révèlent précisément l'ébranlement de crédit. En d'autres termes, le crédit pourrait-il être considéré comme fictif du seul fait qu'il est très onéreux même s'il a été obtenu ou maintenu par des moyens licites? Si le débiteur fait de l'échéance en utilisant des moyens ruineux peut-on considérer qu'il y a état de faillite?

La doctrine et la jurisprudence estiment que les moyens dont use le commerçant pour prolonger le crédit n'importent pas, bien que l'ébranlement de crédit ne puisse être écarté que si le crédit est réel et non fictif. Les décisions des tribunaux retiennent plutôt les moyens illicites ou frauduleux pour révéler l'ébranlement de crédit fallacieusement dissimulé (1).

Pourtant, l'ébranlement de crédit étant une notion de fait, on ne voit pas quel obstacle empêcherait que des circonstances de fait, en particulier les conditions de crédit, conduisent à la conclusion que le maintien du crédit cache une situation complètement détériorée du débiteur. Même un crédit accordé dans des conditions normales ne pourrait pas empêcher l'ébranlement de crédit s'il n'est pas susceptible de redresser l'affaire ou s'il ne réussit qu'à prolonger temporairement sa survie (2).

(1) CLOQUET, op. cit., n° 228 et la jurisprudence citée. Voir FREDERICQ, op. cit., t. VII, n° 16; VAN RYN et HEENEN, op. cit., t. IV, n° 2646. Comparer plus haut avec la cessation des paiements.

(2) Brux. 27 septembre 1978, JCB 1979-I-p. 268 et s., note A. FORIERS, spéc. p. 284; Voir le commentaire de P. COPPENS et T'KINT (sur Brux. 28 novembre 1977) in RCJB 1979, p. 310.

De plus en plus, les magistrats sont invités à apprécier non seulement le caractère sérieux du crédit (1) mais aussi sa capacité à redresser la situation financière du débiteur (2). Dans cette perspective, l'analyse des conditions du crédit peut dévoiler sa réelle consistance et la persistance de la situation difficile du débiteur qu'il est incapable d'enrayer. Les conditions ruineuses du crédit même licite pourraient dès lors dénoncer l'ébranlement de crédit.

Quoiqu'il en soit, faut-il le rappeler, si le débiteur recourt à des procédés ruineux même licites pour retarder le constat de la cessation des paiements, il peut être poursuivi pour banqueroute et les créanciers qui lui ont porté aide condamnés pour complicité, sans parler de leur responsabilité civile pour avoir créé une apparence de solvabilité préjudiciable aux autres créanciers.

§ 2. LA REVELATION DE LA SITUATION SANS ISSUE PAR DES PROCÉDES ARTIFICIELS UTILISÉS POUR PROLONGER L'ACTIVITÉ COMMERCIALE (DROIT FRANÇAIS)

En France, la prise en compte de procédés artificiels prolongeant une situation sans issue du débiteur comme indices de l'état de faillite est intimement liée à l'apparition de la situation sans issue comme élément constitutif de la cessation des paiements (3). Si la cessation des paiements a pu, en effet, être caractérisée en dépit de la continuation du service de caisse, c'est parce que, dans le fond, les procédés artificiels, illicites ou frauduleux et même simplement ruineux cachaient une situation entièrement compromise (4). Il est significatif à cet égard que la doctrine opposée à la qualification de la cessation des paiements par l'emploi des moyens ruineux ou illicites pour prolonger une situation sans issue lui ait reproché précisément sa confusion avec l'insolvabilité (5).

(1) Brux. 6 mars 1975, p. 346; JCB 1975, p. 260.

(2) Brux. 27 septembre 1978 précité.

(3) Voir notamment cass. req. 31 octobre 1898, D. 1899-I-115 déjà cité

(4) Voir supra p. 224.

(5) BESSON, note sous cass. civ. 2 mars 1932, DP.1933-I-p. 121 et s.; spéc. 124; note LACOUR sous cass. civ. 27 juillet 1909, D.1910-I-345.

Il ne faut pas cependant confondre situation sans issue et emploi de moyens artificiels, ceux-ci n'étant que les indices de celle-là, élément constitutif de la cessation des paiements. Il y a lieu seulement de déduire que ces procédés impliquent souvent mais pas nécessairement la situation sans issue du débiteur.

Le droit français comme le droit belge stigmatise les procédés illicites ou frauduleux (1) qui cachent une situation sans issue; mais à l'opposé du droit belge, il accueille les procédés ruineux (2) comme indices de prolongation artificielle d'une activité commerciale. Les procédés frauduleux et ruineux ne se sont pas cependant imposés à la jurisprudence en même temps (3).

A. L'EMPLOI DE PROCÉDES ILLICITES ET FRAUDULEUX, REVELATEURS DE LA SITUATION SANS ISSUE-----

Les moyens illicites et frauduleux occupent une bonne place dans la caractérisation de la situation sans issue. Ils ont d'abord été utilisés dans la fixation de la période suspecte (4) avant de s'imposer comme indice de cessation des paiements, condition d'ouverture de la faillite. Un arrêt du 2 mars 1932 de la chambre civile énonce en effet que des procédés illicites ou dolosifs employés par le débiteur en vue de soutenir artificiellement son existence commerciale peuvent caractériser l'état de cessation des paiements (5). Cette jurisprudence est depuis fermement assise en droit français (6).

Parmi les procédés illicites ou frauduleux, on relève la circulation d'effets de complaisance (7). Certaines décisions stigmatisent l'abus de confiance, le détournement de marchandises (8), le détournement de cotisations sociales (9).

(1) PERCEROU et DESSERTAUX, op. cit., t. I, n° 180 et 183.

(2) LYON-CAEN et RENAULT, op. cit., t. VII, n° 56.

(3) Sur cette question voir l'étude de l'évolution jurisprudentielle de GRANCHET, op. cit., p. 186 et s., spéc. 188 et s.

(4) Cass. req. 12 juillet 1881, D.1882-I-264; Cass. req. 31 octobre 1898, DP.1899-I-115

(5) Cass. civ. 2 mars 1932, D.1933-I-121, note BESSON, S.1933-I-note LAGARDE: Les détails sur l'évolution de la jurisprudence voir GRANCHET, op. cit., p. 188 et s.

(6) Outre les décisions citées par GRANCHET, op. cit., p. 188 et s., ajouter COZIAN, op. cit., n° 82 et s.; Cass. com. 3 mai 1977, Gaz. Pal. 1977-2-somm. 259.

(7) Voir décisions citées par COZIAN, op. cit., n° 88 notamment Cass. com. 29 mai 1967 RTDC 1968, p. 129; Cass. com. 23 janvier 1968, RTDC 1968, p. 1134; Cass. com. 3 mai 1977, Gaz. Pal. 1977-2-somm. 259; Bull. cass. 1977-IV-105.

(8) Cass. com. 8 janvier 1957, Bull. civ. 1957-III-n° 15; RTDC 1957, p. 712.

(9) Cass. com. 9 février 1966, RTDC 1966, p. 234.

B. L'EMPLOI DE PROCÉDÉS RUINEUX MAIS LICITES REVELATEURS DE LA SITUATION SANS ISSUE

A l'opposé des procédés illicites ou frauduleux, l'emploi de procédés licites mais ruineux tarda à s'imposer comme signe de la situation sans issue du débiteur (1). Il est vrai que, même avec des moyens propres insuffisants, le débiteur demeure in bonis s'il peut couvrir le passif exigible avec l'aide des créanciers. Néanmoins, il faut que l'équilibre commercial soit maintenu de manière honnête, effective et non artificielle. Il s'agit de déterminer si le secours des créanciers est réel (2) et n'est pas destiné à prolonger artificiellement une situation déjà obérée en réalité. Si malgré leur caractère licite, les procédés ruineux ne sont conçus que pour maintenir une activité artificielle, ils seront considérés comme des signes de la situation sans issue.

Pour la doctrine et la jurisprudence françaises (3) il en est de même dans les anciennes possessions françaises - le crédit fallacieux qui maintient l'entreprise artificiellement en vie révèle une situation financière compromise et caractérise la cessation des paiements du moins en ce qui concerne le report de sa date. Les conditions de l'octroi et du maintien du crédit sont à cet égard significatives (4).

La plupart des décisions relèvent comme indices de la situation sans issue, notamment, les emprunts onéreux contractés à des taux excessifs (5) ou moyennant des sûretés ruineuses (6) les avantages particuliers consentis à certains créanciers (7), les datations en paiements (8), la vente des marchandises à perte (9). Il n'est

(1) Cass. req. 13 janvier 1902, DP.1902-I-491

(2) Voir Aix-en-Provence, 12 juillet 1977, D.1978-IR-96

(3) GRANCHET, op. cit., p. 205 et s.; COZIAN, op. cit., n° 76 et 1; ARGENSON et TOUJAS op. cit. I, n° 11 et 12; MJ RAYMOND de GENTILLE, op. cit., p. 8 et s.; RIPERT et ROBLOT, op. cit., t. II, 8e éd., n° 2855; cass. com. 7 mai 1973, somm. p. 125; Cass. com. 17 décembre 1973, Bull. cass. 1973-IV-323; Gaz. Pal. 1974-1-somm. p. 30

(4) Voir notamment cass. com. 25 février 1956, Trib. com. Nantes 11 juillet 1955, Alger 26 juin 1956, RTDC 1956, p. 510 et s., obs. Houin (pour tous)

(5) COZIAN, op. cit., n° 89 et les décisions citées; GRANCHET, op. cit., p. 196 et décisions citées note 62 dont cass. req. 3 novembre 1937, DC.1941-I-13 note PIC; ajouter cass. com. 4 juin 1967, RTDC 1967, p. 859; cass. com. 29 mai 1967, RTDC 1968, p. 129; cass. com. 17 décembre 1973, Bull. cass. 1973-IV-323.

(6) COZIAN, op. cit., fasc. A15, n° 92 à 94 et décisions citées. Voir Alger 26 juin 1956, RTDC 1956, p. 512.

(7) COZIAN, op. cit., fasc. A15, n° 95 et décisions citées, notamment cass. com. 23 juillet 1951, RTDC 1952, p. 405.

(8) Cass. com. 23 juillet 1951, RTDC 1952, p. 405.

(9) COZIAN, op. cit., n° 97 et décisions citées.

d'ailleurs pas indispensable de relever le caractère ruineux du crédit dès lors qu'il apparaît clairement que le crédit n'a apporté qu'une amélioration passagère d'une situation irrémédiablement perdue, l'essentiel étant que ces moyens artificiels coïncident avec une situation désespérée (1).

Entre le crédit espoir de redressement de la situation difficile du débiteur qui prévient opportunément la cessation des paiements et celui qui ne prolonge qu'artificiellement l'existence commerciale et ne fait que retarder le dépôt de bilan, la différence peut être minime. Les tribunaux qui sont invités généralement à une analyse rétrospective doivent montrer beaucoup de prudence dans la caractérisation de l'état de faillite et essayer de se replacer à la période de l'octroi du crédit.

L'effort de caractérisation de la situation sans issue peut constituer une garantie d'une bonne appréciation de l'état de faillite en particulier lorsque celui-ci peut être caché par certains artifices. En révélant la situation sans issue, ceux-ci emporteront la conviction que la cessation des paiements est réalisée même dans les cas douteux comme celui de l'existence d'une dette unique (2).

La notion de situation sans issue ou selon le cas l'ébranlement de crédit apporte donc un appui indispensable à la notion stricte de cessation des paiements dans la qualification de la situation économique du débiteur qui appelle l'organisation d'une procédure collective et le cas échéant, des poursuites pour banqueroute. Cet état de faillite s'analyse comme une notion complexe. Même dans un système axé uniquement sur le respect des droits des créanciers et peu préoccupé par les notions de rentabilité et de sauvegarde de l'entreprise. Le droit de la faillite et de la banqueroute a refusé de lier l'état de faillite à une notion arithmétique de la cessation des paiements. En dépit de la rigueur de l'échéance, les relations commerciales et l'ordre public ne sont sérieusement mis en péril que par une situation d'ensemble obérée, une quasi paralysie de l'activité à la suite des difficultés financières et commerciales insurmontables; encore que celles-ci peuvent être dissimulées par des artifices qu'il convient de stigmatiser.

(1) GRANCHET, op. cit., p. 197 et s.; Cass. com. 8 janvier 1963, RTDC 1963, p. 633; Cass. com. 19 février 1974, Bull. cass. 1974-IV-n° 66, p. 52 (crédit n'ayant procuré qu'une aide précaire); cass. com. 20 février 1977-IV-n° 72, p. 55 (refus de délai de grâce) comparer cass. com. 28 février 1977-IV-55.

(2) Voir cass. com. 25 janvier 1972, Bull. cass. 1972-IV-81. Comparer avec cass. com. 14 février 1978-IR-443, note HONORAT.

Cependant, si l'exigence de la notion de situation sans issue éclaire la situation économique du débiteur requérant l'intervention de la procédure de faillite, elle ne supprime pas toute l'incertitude qui accompagne son appréciation. Chaque situation demeure particulière et son appréciation dépend d'un ensemble de facteurs aussi bien objectifs que subjectifs.

Dans ces conditions, la meilleure définition du législateur connaît nécessairement des lacunes que seules les juridictions ayant à juger des situations concrètes peuvent combler. Encore que les juges doivent recevoir du législateur les éléments essentiels d'interprétation.

Il importe, par ailleurs, que le législateur harmonise sa définition de "l'état de faillite" avec la procédure collective qu'il instaure (1). A cet égard, l'orientation de la jurisprudence commerciale française dans l'appréciation de la cessation des paiements doit être approuvée. Il est en effet contradictoire de rechercher à travers l'application des procédures collectives la permanence de l'entreprise lorsque la solution ne peut être envisagée que dans l'hypothèse d'une situation complètement détériorée (2).

Néanmoins, le revirement de la jurisprudence commerciale française mérite d'être nuancé. Sans doute, il est désormais exclu de soumettre la procédure collective à l'existence d'une situation irrémédiablement compromise, la rupture de trésorerie étant suffisante. Cependant, les difficultés de l'entreprise restent appréciées au regard de l'ensemble de la situation patrimoniale ou économique; sinon, l'objectif des juridictions de faire bénéficier le débiteur de la procédure collective avant qu'il ne soit trop tard serait compromis faute d'être fondé sur une appréciation objective de la situation concrète du débiteur. On retrouve ainsi l'idée de base de l'élaboration de la situation sans issue. Plutôt que de remettre véritablement en cause les éléments constitutifs de la cessation des paiements la nouvelle jurisprudence n'aurait modifié que le niveau d'appréciation des difficultés: une question donc de degré.

(1) J. PAILLUSSEAU, op. cit., Rev. jurisp. com., n° spécial, septembre-octobre 1976, p. 259.

(2) Pour une critique de la notion de cessation des paiements, A. CHEVRIER, op. cit., RTDC 1976, p. 649 et s. Sur l'élaboration d'une notion nouvelle prenant en compte la rentabilité de l'entreprise en vue d'un traitement efficace des difficultés de l'entreprise, MJ CAMPANA, R. de GENTILLE, op. cit., D.1977, chr. p. 273 et s.; B. SOINNE, op. cit., D.1976, chr. p. 257 et s.; R. PERROT, Le traitement des entreprises en difficultés, Gaz. Pal. 1979-I-doctr. p. 51 et s.

L'échelle d'appréciation de la défaillance du débiteur mérite d'être fixée en matière de banqueroute également, compte tenu du trouble social susceptible d'être causé par le comportement du débiteur et de son intention d'aggraver la situation des créanciers. Cette qualification requiert cependant un préalable. S'agissant de concept de droit commercial, la question se pose de savoir si son appréciation doit être laissée à la compétence exclusive des juridictions commerciales et civiles - auquel cas les juges répressifs n'auraient qu'à avaliser la décision des juges civils et ses conséquences - ou si le juge pénal garde en la matière son autonomie et comment celle-ci se manifeste dans la réalité.

CHAPITRE III : NECESSITE D'UN JUGEMENT DE FAILLITE PREALABLE AUX
POURSUITES ET L'AUTONOMIE DE LA JURIDICTION PENALE
EN MATIERE DE BANQUEROUTE

En matière commerciale, la qualité de commerçant et la situation économique défailante du débiteur ne suffisent pas à produire les effets juridiques attendus de la faillite. Celle-ci n'existe que si elle est prononcée par une juridiction compétente. La controverse naguère vive sur l'existence d'une faillite légale et d'une faillite judiciaire a été définitivement tranchée en faveur de l'aspect constitutif du jugement de faillite (1).

La question de la faillite légale et judiciaire peut cependant se poser en matière de banqueroute, la faillite pouvant être considérée comme un élément de l'infraction. Bien que les nouveaux textes sur la banqueroute, de forte inspiration pénaliste, se contentent de la cessation des paiements pour définir la situation économique du débiteur punissable (2), la plupart des législations étudiées frappent encore le commerçant failli (3). Certains même précisent, le commerçant déclaré en faillite (4). Ainsi sauf dans le cas de l'exigence de la cessation des paiements, on peut se demander si la détermination des personnes punissables de la banqueroute ne requiert pas une condition supplémentaire: celle de la déclaration de faillite par la juridiction compétente.

Il arrive, en effet, que le législateur subordonne les poursuites et même la qualification de l'infraction à une circonstance particulière. Question préjudicielle, l'exigence de la faillite déclarée reviendrait à déterminer l'autorité juridictionnelle spécialement habilitée à qualifier la situation du débiteur commerçant comme défailante et susceptible d'engendrer des peines pour banqueroute, sans toucher aux éléments constitutifs de l'infraction (5). Ce système

-
- (1) Tous les effets de la faillite de fait ont été supprimés en France depuis le décret de 1955. Voir aussi art. 933 du code sénégalais, art. 225 du code algérien. En droit belge, en dépit des formules comme faillite déclarée, la faillite est considérée par l'ensemble de la doctrine et de la jurisprudence comme constitutive de droit. Il en est de même dans les anciennes possessions belges.
- (2) Voir supra problématique p. 68 et s.
- (3) En particulier celles qui disséminent les dispositions de banqueroute dans le code de commerce et le code pénal.
- (4) Anciennes possessions belges, sauf le Rwanda.
- (5) JM ROBERT, Ency. D. Droit pénal et procédure pénale, V^o Questions préjudicielles, n^o 35, 19, 21; MEURISSE, note sous trib. com. Verdun 9 décembre 1966, JCP 1967-II-15308.

de la déclaration de faillite préalable en matière de banqueroute était prévu dans les anciennes possessions belges et même à l'heure actuelle au Burundi et au Zaïre.

On pourrait cependant imaginer que la déclaration de faillite soit une condition préalable (1). Le système est exploité par certains pays en matière d'insolvabilité frauduleuse où la décision du juge définit le devoir moral et social dont le non-respect constitue l'infraction (2).

Mais la construction la plus simple consiste à considérer la faillite ou la cessation des paiements comme un simple élément constitutif parmi d'autres faisant partie de l'activité criminelle et par conséquent relevant entièrement du domaine pénal. C'est le système en vigueur dans la majorité des législations étudiées (3).

A la base de la divergence se trouve, en réalité, la question de savoir si en matière de banqueroute, la juridiction pénale est ou non entièrement libre de qualifier tous les éléments de l'infraction et par voie de conséquence si le droit de la banqueroute jouit effectivement de l'autonomie du droit pénal.

L'étude de la problématique a déjà fourni des éléments de la réponse. Même si elle fait intervenir des concepts de droit commercial, la banqueroute relèverait entièrement du droit pénal. En dépit de sa liaison avec le droit des affaires qui met en relief son aspect sanctionnateur, le droit de la banqueroute prévoit en majorité des incriminations de fond. A ce titre, il devrait être indépendant du droit de la faillite, ses éléments constitutifs appréciés en totalité par le juge pénal y compris les concepts de droit commercial. Il reste à présent à s'interroger sur le caractère original de l'interprétation du juge pénal.

Cette démarche sera effectuée en comparant le système de la soumission de l'action publique à la déclaration d'une juridiction civile encore en vigueur au Burundi et au Zaïre et celui de l'indépendance de l'action publique et de l'autonomie de la juridiction pénale. Chacun des deux systèmes constituera une section.

-
- (1) R. VOUIN, Précis de droit pénal spécial, 1ère éd. Dalloz, Paris, 1952, p. 3. A. DECOCQ, Droit pénal général, Libr. Armand Colin, Paris 1971, p. 88; DOUCET, La condition préalable à l'infraction, Gaz. Pal. 1972-II-doctr. p. 726 et s.; JP DOUCET, Précis de droit pénal général, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales, Liège 1976, p. 84 et s.
- (2) Exemple: c. pén. malien (art. 211); c. pén. tchadien (art. 310); comparer avec le projet originaire du CERE en droit belge. Voir J. CONSTANT, La répression de l'insolvabilité frauduleuse in Etudes... J. GRAVEN, Genève 1969, p. 28 et s.
- (3) Notamment en France et en Belgique.

SECTION 1: SYSTEME DE L'ALLEGEANCE DE L'ACTION PUBLIQUE A LA
DECLARATION DE FAILLITE D'UNE JURIDICTION CIVILE AU ZAIRE
ET AU BURUNDI

Dans le système du législateur colonial belge, les poursuites pour banqueroute sont soumises à l'existence d'une faillite déclarée par la juridiction civile. Les articles 86 à 92 du code pénal encore en vigueur au Zaïre sont formels: "sera puni... le commerçant déclaré en faillite..." ou encore: "seront punis des peines prévues pour la banqueroute les administrateurs... des sociétés à responsabilité limitée déclarées en faillite..." (1). L'exigence d'une faillite préalablement déclarée a été également stipulée par le législateur français en matière de délits assimilés à la banqueroute dans les anciennes possessions et en métropole, du moins avant la réforme de 1958 (2).

Dans les deux cas, pour être justiciable de la banqueroute ou de délits assimilés, le débiteur doit non seulement être commerçant et en cessation de paiements, mais encore être préalablement - ou s'il est gérant, la société qu'il dirige - déclaré en faillite par la juridiction civile compétente. On en conclut que les poursuites pour banqueroute sont complètement enchaînées à la déclaration de faillite qui a essentiellement pour but l'organisation d'une procédure d'intérêt privé. Dans certains systèmes pourtant, les poursuites pénales sont encore soumises à une autorisation spéciale de la juridiction civile. On peut imaginer aussi que le ministère public soit autorisé dans la perspective des poursuites, à saisir la juridiction compétente pour prononcer la faillite. De même si le déclenchement de l'action publique est soumis à la déclaration de faillite on peut se demander si celle-ci doit avoir force de chose jugée (3). Il convient par conséquent d'observer si, en pratique, les poursuites pour banqueroute sont entièrement soumises à la faillite.

La portée juridique de la déclaration de faillite déterminée, on vérifiera si la règle ne comporte pas des correctifs susceptibles d'empêcher une totale soumission de l'action publique à la déclaration de faillite.

(1) PIRON et DEVOS, Codes et lois du Congo belge, 8e éd., t. I, Larcier, Brux. 1960, p. 323 et s.; La formulation reste la même dans le nouveau code pénal du Burundi.

(2) Respectivement par décret du 3 septembre 1936 et décret-loi du 8 août 1935,

(3) Pour une étude comparative: voir G. KELLENS, La banqueroute, étude criminologique, thèse Liège 1970, p. 176 et s.; G. KELLENS, Tendances actuelles du droit de la banqueroute, RDPC 1971-72, p. 1047 à 1077, spéc. p. 1061 et s.; J. BEGUIN, Les sanctions pénales in Les procédures collectives de liquidation ou de renflouement des entreprises en droit comparé, Economica Paris, 1976, p. 166 et s.

§ 1. PORTEE DE LA DECLARATION DE FAILLITE: QUESTION PREJUDICIELLE
ELEMENT CONSTITUTIF, CONDITION PREALABLE

Justifiant l'exigence d'une faillite déclarée, l'exposé des motifs du décret sur la banqueroute dans les anciennes possessions belges indique que pour que des poursuites du chef de la banqueroute puissent être exercées contre un commerçant il est nécessaire que ce dernier ait été déclaré en faillite. Dans le système du projet, il ne peut y avoir de faillite virtuelle (1). Quant à la loi, elle dispose que sera puni... le commerçant déclaré en faillite... (2).

Si l'exigence même de la faillite déclarée ne peut être mise en doute, il importe de préciser néanmoins sa véritable place dans la qualification de la banqueroute. Il n'est pas, en effet, indifférent de considérer cette déclaration de faillite comme une question préjudicielle requérant du juge répressif l'obligation de surseoir à statuer ou comme une condition préalable déterminant seulement "le domaine dans lequel l'infraction se peut commettre" (3) avec la conséquence notamment de soustraire la faillite des éléments constitutifs stricts de la banqueroute. Alors que la question préjudicielle a pour effet d'instituer une compétence exclusive en faveur de la juridiction civile sur l'appréciation d'un élément du délit à savoir la faillite (4), la déclaration de faillite érigée en condition préalable définirait le domaine particulier de développement de la banqueroute tout en se situant en dehors de l'activité criminelle (5).

Les conséquences qui découlent de cette distinction sont importantes. La question préjudicielle laisse intacts l'infraction et ses éléments constitutifs, la décision juridictionnelle ne servant que de simple détonateur de l'action publique. Elle suspend seulement la prescription. Elle reste cependant un élément indispensable aux poursuites; sans elle, l'action publique ne peut être mise en mouvement.

(1) CRA Conseil colonial 1934, p. 1310.

(2) Exemple art. 86 du code pénal colonial

(3) VOUIN, Précis de droit pénal spécial, 1ère éd. Dalloz, Paris 1952, p. 3.

(4) JM ROBERT, Ency. D., Droit pénal et procédure pénale, V^o Questions préjudicielles, n^o 6 et 21; BRAAS, Précis de procédure pénale, 3e éd., t. I, Bruylant, Brux. 1950, n^o 101 et s., p. 84. Comparer avec la position nuancée de M. MEURISSE, note sous trib. corr. Verdun, 9 décembre 1966, JCP 1967-II-15308.

(5) DECOCQ, Droit pénal général, Libr. A. Colin, Paris 1971, p. 88; DOUCET, Précis de droit pénal général, Faculté de droit... Liège 1976, p. 84 et s. La faillite est prise comme une condition préalable dans les infractions commises par d'autres que le débiteur notamment en cas de stipulation d'avantages particuliers.

La condition préalable au contraire se situe en marge de l'infraction qui, en toute rigueur, suppose d'autres éléments constitutifs. La compétence, la prescription, la preuve ne porteront dès lors que sur ces éléments subséquents sans se préoccuper de la condition préalable (1).

En matière de délits assimilés à la banqueroute, les dispositions du droit français antérieures à la réforme de 1958, encore en vigueur dans la plupart des anciennes possessions françaises prévoyaient la déclaration de faillite de la société comme question préjudicielle aux poursuites contre les dirigeants sociaux (2). Aussi bien, si la société était en liquidation judiciaire ou en règlement judiciaire, les dirigeants ne pouvaient être poursuivis pour délit assimilé même s'ils avaient commis des fraudes ou fautes graves.

Dans les anciennes possessions belges, la déclaration de faillite par une juridiction civile indispensable aux poursuites pour banqueroute n'a pas été paradoxalement érigée en question préjudicielle à l'action, ni en condition préalable, mais tout simplement en élément constitutif (3). Il est vrai que, selon l'exposé des motifs, l'élément n'affecterait que les poursuites; celles-ci ne peuvent intervenir si le débiteur n'a pas été déclaré en faillite (4). C'était du reste, la position d'une partie de la doctrine française qui, opposée à la faillite virtuelle même en matière de banqueroute avait inspiré le législateur colonial (5).

-
- (1) DOUCET, La condition préalable à l'infraction, Gaz. Pal. 1972-II doctr. p. 726 et s. DECOCQ, op. cit., p. 88; Les conditions préalables dans leur ensemble définissent la situation de droit ou de fait, protégée par la qualification, les éléments constitutifs, l'atteinte prohibée à cette situation.
- (2) R. HOUIN, Réforme de la législation sur les banqueroutes et autres infractions en matière de faillite, RTDC 1959, p. 13 et 14; R. HOUIN, Ency. D., Droit des sociétés (éd. 1958); V^o Faillite et règlement judiciaire n^o 263; AMIAUD, Les nouvelles dispositions légales... Rev. gén. dr. faill. 1936, p. 8, n^o 4. Comparer J. ROBIN, Répert. D. Droit pénal et procédure pénale 1967, V^o Banqueroute, n^o 99.
- (3) Elis, 16 mars 1957, RJCB 1957, p. 230; Elis 15 février 1949, RJCB 1949, p. 99; Trib. inst. Elis, 1^{er} décembre 1938, RJCB 1939, p. 209; Elis. 6 juin 1936, RJCB 1937, p. 8 et s. contra Elis 30 mai 1936, RJCB 1936, p. 196: La note signée VD fait remarquer en substance qu'il faudrait que logiquement la prescription prenne pour point de départ le jugement déclaratif de faillite qui inspire aux faits qui caractérisent la banqueroute, le caractère de délit.
- (4) Exposé des motifs in CRA Conseil colonial 1934, p. 1310 et s. Avant le décret du 20 avril 1935, la jurisprudence coloniale acceptait la faillite de fait: App. Elis. 27 février 1926, Jurisp. du Katanga, o.II, p. 168.
- (5) LYON-CAEN et RENAULT, op. cit., t. VII, n^o 192 et 193; PERCEROU et DESSERTAUX, op. cit., t. I, n^o 246 et la doctrine citée au n^o 240, p. 329, note 2; A. DUMONT, le droit du Congo belge, V^o Banqueroute, n^o 6-8; L. DABIN, La condamnation des gérants et administrateurs de sociétés aux peines de banqueroute, RPS 1956, p. 297, SASSERATH, La banqueroute, Revue des faillites, 1930, p. 6 et s.

Il semble pourtant que les intentions du législateur aient été dépassées par la lettre et que la déclaration de faillite ait été érigée en élément constitutif. Cela résulte des termes formels du code pénal dont l'interprétation est stricte (1). Cette position a aussi à son appui une jurisprudence assez constante.

Sans doute, les termes des questions préjudicielles se retrouvent dans les motifs de certaines décisions des tribunaux (2). Il est également vrai que dans son arrêt du 27 février 1941, la cour d'appel de Léopoldville ne tranche pas entre la question préjudicielle et l'élément constitutif. Elle décide que l'article 86 (du code pénal colonial) ne distingue pas entre les faits qui précèdent et ceux qui suivent la déclaration de faillite, il exige seulement qu'il y ait faillite déclarée par le tribunal pour que les détournements ou dissimulations de partie de son actif par le commerçant failli, puissent être sanctionnés par les peines prévues (3).

La jurisprudence de la cour d'appel d'Elisabethville est en revanche en faveur de la déclaration de faillite, élément constitutif de l'infraction de banqueroute (4). Dans ses décisions, on découvre notamment ces attendus: "... le délit n'est pas consommé par le fait réel de la cessation des paiements... tous ses éléments constitutifs ne sont réunis qu'à partir du moment où le commerçant se trouve en état de faillite déclarée" (5). "Au Congo, il ne peut d'ailleurs exister d'infraction de banqueroute pour l'un des quelconques faits envisagés... sans déclaration préalable de l'état de faillite par la juridiction civile" (6).

Le dispositif de l'arrêt du 6 juin 1936 qui semble avoir inauguré la jurisprudence est à cet égard très explicite: "met à néant le jugement dont appel en tant qu'il dit les poursuites non recevables et l'amende en tant qu'il absout les prévenus; dit les poursuites recevables mais dit que les préventions relevées à charge de chacun des prévenus ne sont pas établies, renvoie les prévenus des fins de poursuites..." (7)

(1) Art. 86 du code pénal (colonial) et s.: sera puni le commerçant déclaré en faillite qui, ...; seront punis... les administrateurs... des sociétés à responsabilité limitée déclarées en faillite....

(2) Elis. 16 mars 1957, RJCB 1957, p. 230 in fine; voir aussi Elis. 6 juin 1936, RJCB 1937, p. 12.

(3) Léo, 27 février 1941, RJCB 1946, p. 26

(4) Elis. 6 juin 1936, RJCB 1937, p. 8 et s. et les décisions citées p. 239, note 3.

(5) Elis. 16 mars 1957, RJCB 1957, p. 230.

(6) Trib. 1ère Inst. Elis. 1er décembre 1938, RJCB 1939, p. 209.

(7) Elis. 6 juin 1936, RJCB 1937, p. 12.

Il apparaît que la déclaration de faillite est considérée dans les anciennes possessions belges, comme un élément constitutif de l'infraction de banqueroute. La jurisprudence semble appliquer sans nuance en matière pénale la thèse de la faillite judiciaire. Mais on peut se demander si dans sa structure, la banqueroute nécessite tant l'existence juridique que le fait lui-même de la faillite. Ce qui n'empêche pas la création d'une question préjudicielle si on recherche la subordination des poursuites pénales à la décision de la juridiction civile compétente. Pour faire entrer la déclaration de faillite dans les éléments constitutifs de l'infraction, tout au plus, l'aurait-on érigée en condition préalable. Considérer la déclaration de faillite comme un élément constitutif de l'infraction, au sens strict, constitue à coup sûr une "originalité" (1).

L'exigence de la déclaration de faillite par une juridiction civile comme préalable aux poursuites pour banqueroute emporte des conséquences particulières. Elle institue une allégeance de la juridiction répressive à la juridiction civile. Conçue de manière rigide, elle enlève toute liberté à la juridiction répressive pour examiner l'état de faillite du débiteur. Dès lors, on peut considérer que le tribunal répressif n'a pas à faire d'appréciation sur l'état de faillite et que sa décision a une base légale lorsqu'il se borne à se référer au jugement déclaratif de faillite (2). Il semble pourtant que nonobstant la déclaration de faillite, il soit tenu à vérifier l'existence des conditions de fond de la faillite, éléments constitutifs de l'infraction (3).

-
- (1) Précisons que dans le système, en l'absence de stipulation expresse, les poursuites pour banqueroute ne nécessitent pas une déclaration en faillite coulée en face de chose jugée: Léo. 20 septembre 1956, RJCB 1957, p. 86. Ce qui au cas où la faillite est rapportée pourrait conduire à des jugements contradictoires que le système veut éviter.
- (2) Elis. 16 mars 1957, RJCB 1957, p. 230 (implicite).
- (3) Elis. 3 mai 1949, RJCB 1949, p. 136; Elis. 16 mars 1957, RJCB 1957, p. 230. Comparer avec Paris, 16 novembre 1956, RTDC 1957, p. 188, obs. Houin en matière de délit assimilé (il s'agissait de fixer la date de la cessation des paiements pour en apprécier le caractère tardif).

S'agissant du point de départ de la prescription, la jurisprudence décide qu'elle ne court pour les faits antérieurs au jugement déclaratif qu'à dater de ce jugement (1); tandis que pour les faits postérieurs à la déclaration de faillite, elle commence à courir à partir des faits eux-mêmes (2).

En droit international, la non-déclaration de faillite sur le territoire pourrait empêcher les poursuites pour banqueroute même si le débiteur y a exécuté certains des faits de banqueroute (3). On sait que dans les anciennes colonies belges, c'est le principe de la territorialité qui prévaut en matière de faillite (4).

Si le système engendre une cohérence des décisions judiciaires, encore qu'elle se réalise en faveur de la juridiction civile contrairement au principe selon lequel le criminel tient le civil en état, il est regrettable qu'il remette en question la maîtrise des autorités pénales sur l'action pénale. Il est choquant que la décision répressive soit, sur un point essentiel comme celui de la faillite liée par une juridiction civile. Invoquer la compétence particulière des juridictions civiles ou commerciales est par principe injustifié puisque les juges pénaux sont appelés à juger en toute indépendance des affaires au moins aussi complexes que la faillite en matière de droit des sociétés notamment.

Il serait dangereux que le ministère public chargé de la sauvegarde de l'ordre social s'en remette purement et simplement à la juridiction civile ayant pour mission d'arbitrer des intérêts privés. C'est pourquoi certaines dispositions viennent limiter l'allégerance qui découlerait du système de la déclaration de faillite préalable appliqué de manière rigide.

- (1) Elis. 15 février 1949, RJCB 1949, p. 99; Elis. 16 mars 1957, RJCB 1957, p. 230. Trib. 1ère Ins. Elis. 1er décembre 1938, RJCB 1939, p. 209; Elis. 6 juin 1936, RJCB 1937, p. 8 et s. Contra; Elis. 30 mai 1936, RJCB 1936, p. 196; Trib. 1ère Inst. Léo. 5 septembre 1955, RJCB 1956, p. 62 et note; Elis. 19 janvier 1954, RJCB 1954, p. 91.
- (2) Voir G. MINEUR, Commentaire du code pénal du Congo belge, Larquier, Brux. 1954, p. 230. La faillite déclarée doit être entendue comme un élément constitutif de l'infraction. La solution serait différente si la déclaration de faillite n'avait été constituée qu'en simple question préjudicielle. Il y aurait seulement suspension de l'action publique. Ce qui suppose déjà l'existence de l'infraction et n'a d'effet que sur l'exercice de l'action publique.
- (3) Comparer G. KELLENS, La vulnérabilité des dirigeants... RPS 1970, p. 67 et s. Le problème touche à l'existence même de l'infraction et précède celui de la compétence.
- (4) L. FREDERICQ, op. cit., t. VIII, p. 1039; n° 809, p. 1048; J. VAN DAMME, Le concordat et la faillite in Nouvelles droit colonial, t. IV, p. 538 et s.; n° 806 et s. L'exequatur semble cependant pouvoir être obtenu sans difficulté: Trib. gr. inst. Bujumbura 31 mai 1982, Aff. DVV.

§ 2. CORRECTIFS DU SYSTEME DE L'ALLEGANCE DE L'ACTION PUBLIQUE
A LA DECLARATION DE FAILLITE ET LEURS LIMITES

Pour apprécier à sa juste mesure le système de la déclaration de faillite préalable, il convient de mettre la règle de l'allégeance de l'action publique à l'action civile en matière de banqueroute en regard des possibilités offertes au ministère public pour provoquer la procédure de faillite (1).

Même si la juridiction répressive est seule compétente pour juger en matière de banqueroute, il peut arriver que les poursuites soient soumises en outre à l'autorisation du tribunal civil. L'allégeance semble en pareil cas totale. Dans le système étudié, toutefois, le ministère public retrouve toute indépendance dès lors que la faillite a été déclarée; il reste maître de l'action publique et la déclaration de faillite n'engendre pas nécessairement la poursuite du débiteur.

Mais dans les anciennes possessions belges la liberté du ministère public va plus loin: il peut de son initiative provoquer par voie de requête la faillite du débiteur (2). S'il estime notamment que les agissements du débiteur sont passibles de la banqueroute, il lui est loisible de demander la déclaration de faillite au tribunal civil. Au cours de la procédure, quand bien même celle-ci n'aurait pas été introduite à son initiative, il a le droit de suivre l'instance, demander communication des pièces (3). De toute façon, la faillite étant d'ordre public, la présence du ministère public ainsi que son avis, sont en général obligatoires dans un procès de faillite (4).

(1) En France et dans les anciennes possessions françaises et en Belgique, le ministère public a été tenu à l'écart de la déclaration de faillite, PERCEROU et DESSERTAUX op. cit., t. I, n° 307. Néanmoins, la possibilité de déclaration de faillite d'office par le tribunal de commerce fournit un moyen d'intervention non négligeable: voir cependant en France la loi n° 81-927 du 15 octobre 1981 relative au droit d'action du ministère public dans les procédures collectives d'apurement du passif des entreprises.

(2) Art. 4 et 24 du D. du 27 juillet 1934; Trib. appel, RU 17 janvier 1956, RJCB 1956, p. 223; Léo. 30 avril 1935, RJCB 1935, p. 125; Léo. 14 mai 1957, Belg. col. 1957, p. 245.

(3) Cfr. Rwanda: art. 18 du code de l'organisation judiciaire, art. 111 du code de procédure civile (loi du 15 juillet 1964); Burundi: art. 17 code de l'organisation judiciaire

Néanmoins, les inconvénients du système restent de taille. On peut déplorer son inefficacité en matière de répression. La procédure de faillite est longue et alerte le débiteur "déjà trop éveillé à la dissimulation des biens" (1); surtout si elle est conduite par le ministère public. Mais le plus grand reproche concerne les intérêts mêmes à sauvegarder. La déclaration de faillite préalable recherchée en vue de la punition du débiteur imprudent ou malhonnête conduit à une confusion des objectifs et forcément à une mauvaise justice, la procédure étant viciée dès la base (2). La confusion de la faillite et de la banqueroute qui en résulte est en nette contradiction avec l'évolution en ce domaine qui vise une complète autonomie de la banqueroute par rapport à la procédure collective (3). C'est cette indépendance que vise le système accordant toute liberté à la juridiction répressive pour apprécier la cessation des paiements au même titre que les autres conditions de la banqueroute.

SECTION 2: SYSTEME DE L'INDEPENDANCE DE L'ACTION PUBLIQUE ET
L'AUTONOMIE DE LA JURIDICTION PENALE EN MATIERE DE
BANQUEROUTE

A l'opposé du système organisé pour les territoires sous ancienne administration belge, le droit métropolitain belge, le droit français et celui des anciennes possessions françaises affirment l'indépendance de l'action publique en matière de banqueroute. Sans doute, ils requièrent aussi la faillite du débiteur mais ils considèrent que celle-ci existe dès que les conditions de fond sont réalisées en particulier la cessation des paiements et l'ébranlement de crédit. Or, ces conditions peuvent être constatées librement par la juridiction répressive. Il n'y a pas par conséquent lieu d'attendre la faillite déclarée pour engager les poursuites.

(1) CABRILLAC, op. cit., in Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal, Dalloz Paris 1956, p. 313 et s.

(2) CABRILLAC, op. cit., loc. cit., p. 313 et 314.

(3) Voir infra: substitution de l'état de cessation de paiements à la faillite.

Même les tenants de la faillite judiciaire admettent, pour la plupart, tout au moins pour des raisons d'opportunité, que la faillite peut exister en matière de banqueroute en dépit de l'inexistence d'une faillite déclarée par la juridiction commerciale (1). La législation française qui depuis 1955 a rejeté définitivement la faillite de fait l'a maintenue en matière de banqueroute (2). On peut d'ailleurs se demander si, en la matière, la véritable question est de savoir s'il doit y avoir ou non déclaration de faillite ou de déterminer plutôt laquelle des juridictions pénales ou civiles doit déclarer l'état de faillite établi. Ne paraît-il pas alors plus simple de retenir uniquement la cessation des paiements pour qualifier la situation économique du débiteur justiciable de la banqueroute. Même dans ce cas, il sera nécessaire d'indiquer la juridiction qui l'appréciera.

Le problème de l'indépendance de l'action publique semble donc être au centre de la discussion quand il s'agit de qualifier la situation économique du débiteur. On vérifiera d'abord si l'affirmation de la faillite de fait répond adéquatement aux aspirations d'indépendance de l'action publique et ensuite le bien fondé du nouveau courant qui tend à substituer à la faillite de fait, la notion de cessation des paiements.

§ 1. INDEPENDANCE DE LA JURIDICTION REPRESSIVE DANS LE CONSTAT DE L'ETAT DE FAILLITE

Même en dehors de l'existence en matière civile de la controverse faillite de fait et faillite déclarée (3), la jurisprudence criminelle affirme nettement en matière de banqueroute le droit à la juridiction répressive de juger tous les éléments de culpabilité du délinquant. Ainsi le juge pénal a le devoir de constater lui-même la cessation des paiements et possède une indépendance totale à l'égard de la juridiction civile. Cependant pour rendre compte de la réalité, il y a lieu d'examiner si, en matière pénale, la cessation des paiements peut recevoir une interprétation différente de celle de la juridiction civile et même d'envisager l'existence d'une signification pénale de concepts utilisés et non pas seulement une divergence d'interprétation.

(1) Voir PERCEROU et DESSERTAUX, op. cit., t. I, n° 237 et 240.

(2) Voir cependant l'interprétation de R. MEURISSE dans sa note sous Trib. com. Verdun 9 décembre 1966, JCP 1967-II-15308.

(3) Exemple de la France après le décret du 20 mai 1955. Le rejet de la faillite de fait en matière commerciale n'a pas remis en question la jurisprudence pénale sur l'indépendance de l'action publique.

Après une définition du principe de l'indépendance de l'action publique en la matière ainsi que son étendue, on examinera la place de la cessation des paiements comme élément constitutif de la banqueroute. On vérifiera enfin dans la jurisprudence s'il n'existe pas un concept pénaliste de l'état de faillite.

A. PRINCIPE DE L'INDEPENDANCE DE L'ACTION PUBLIQUE ET SES CONSEQUENCES

En droit belge et français ainsi que dans les anciennes possessions françaises, la doctrine et la jurisprudence, dans leur quasi unanimité, ont toujours soutenu que les tribunaux répressifs jouissent en matière de banqueroute d'une indépendance totale pour apprécier les éléments constitutifs de l'infraction en particulier la qualité de commerçant et l'état de faillite (1). Cela signifie qu'ils ne sont aucunement liés, aussi bien pour la saisine que pour le jugement, par le jugement de la juridiction commerciale. Celui-ci ne peut par conséquent avoir en aucune façon autorité de chose jugée sur la décision du tribunal répressif. Ce qui paraît normal, la chose jugée au civil n'ayant pas d'autorité au criminel. Ce qui l'est moins est que, la juridiction commerciale décide également en toute indépendance en matière de faillite sans avoir égard à ce qui a été jugé en matière de banqueroute (2). Les deux juridictions jouiraient en la matière d'une entière autonomie l'une par rapport à l'autre.

Si par principe, le caractère dangereux du comportement du débiteur défaillant s'exprime à la cessation des paiements et pas exclusivement à la déclaration de faillite et que par ailleurs il n'y a aucune obligation d'attendre la déclaration de faillite pour juger en matière de banqueroute, il s'ensuit que les décisions des juges pénal et consulaire sur l'état de faillite pourront totalement diverger.

En pratique, le système conduit à des conséquences importantes: il y a lieu de préciser tout de suite qu'en raison de l'inexistence d'une question préjudicielle, les poursuites pour banqueroute peuvent être engagées et même la peine prononcée sans que le tribunal de com-

(1) CLOQUET, op. cit., n° 26, p. 10; cass. 13 décembre 1977, Pas. 1978-I-421; RIPERT et ROBLOT, op. cit., t. II, n° 3317; A. HONORAT et R. BERNARDINI, Banqueroutes et délits connexes, jurisc. pén., art. 402 à 404 (1980), n° 14 et s.; cass. crim. 19 novembre 1970, RTDC 1971, 451, obs. Houin; crim. 12 mars 1974, D.1974-IR-102; crim. 25 janvier 1977, D.1977-IR-p. 125.

(2) Brux. 17 mai 1978, JCB 1979-II-120; Com. Charleroi 29 avril 1974, RPS 1974, p. 186; Cass. com. 19 janvier 1957, D.1957, 213; cass. com. 27 février 1974, Bull. civ. IV-n° 73.

merce se soit prononcé sur l'existence de la faillite (1).

S'agissant de l'autonomie de décision du tribunal répressif, il est admis que celui-ci n'est pas lié par les constatations faites par la juridiction commerciale. Il peut acquitter pour inexistence de l'état de faillite alors qu'il y a déclaration de faillite coulée en force de chose jugée (2). Il peut être saisi des poursuites pour banqueroute et condamner l'inculpé nonobstant un jugement du tribunal de commerce refusant ou rapportant la déclaration de faillite en raison de l'inexistence de l'état de faillite (3).

Conséquence de l'autonomie de l'action pénale en matière de banqueroute, le tribunal répressif, ayant pour mission la répression des atteintes à l'ordre social n'est pas lié dans l'appréciation des faits par des dispositions spécifiquement commerciales et inspirées par la seule protection des intérêts d'ordre privé. C'est pourquoi il fixe lui-même la date de la cessation des paiements indépendamment du tribunal de commerce mais encore il peut pour des impératifs de répression, la faire remonter à une date antérieure au délai autorisé en matière commerciale. Il n'a de limite que le délai de prescription (4).

-
- (1) En droit belge; cass. 18 avril 1955, Pas. 1955-I-894; cass. 4 février 1957, Pas. 1957-I-p. 661; Liège 31 octobre 1955-JL 1955-56, p. 243; Liège 1er décembre 1955, JL 1955-56, p. 248; Liège 28 janvier 1957, JL 1956-57, p. 281; Brux. 18 avril 1956, RDPC 1955-56, p. 969; Corr. Namur 17 novembre 1960, JL 1960-61, p. 144. Comparer civ. Brux. 10 juin 1963, JT 1963, p. 468; en droit français: cass. crim. 30 juin 1971, JCP 1973-II-17344; RS 1972, 283, obs. Bouloc; Cass. crim. 20 juin 1971, RS 1972, 283, note BOULOC; cass. crim. 12 juin 1978, JCP 1978-IV-256. Cass. crim. 20 novembre 1978, D.1979-J-525, note CULIOLI et DERRIDA. La cour de cassation française permet cependant au tribunal de surseoir à statuer: cass. crim. 25 mars 1953, Bull. crim. 1953, n° 143; cass. crim. 20 juin 1971, RS 1972, p. 290.
- (2) Lyon 21 février 1979, RTDC 1979, p. 538, n° 14, obs Bouzat; RSC 1979, p. 584, n° 15, obs. Bouzat.
- (3) Cass. crim. 10 août 1878, S.1879-I-481; Cass. crim. 18 janvier 1936, DH 1936, 85; corr. Lille 27 février 1954, RTDC 1954, 401, obs. Houin; contra trib. corr. Verdun 9 décembre 1966, JCP 1967-II-15308; CLOQUET, op. cit., n° 969.
- (4) Cass. crim. 12 janvier 1981, JCP 1981-IV-107; D.1981-J-351, note COSSON; Cass. crim. 20 novembre 1978, D.1979-J-525, note CULIOLI et DERRIDA; Cass. crim. 25 janvier 1977, D.1977-IR-125; Cass. crim. 21 février 1973, JCP 1973-IV-129; Cass. crim. 19 novembre 1970, RTDC 1971, p. 451, n° 19; contra BOULOC, note sous cass. crim. 20 juin 1971, RS 1972, p. 290. Cass. 13 décembre 1977, Pas. 1978-I-421; cass. 7 octobre 1975, Pas. 1976-I-154; cass. 14 avril 1975, Pas. 1975-I-796 et obs.; P. COPPENS et T'KINT, op. cit., RCJB 1979, p. 343; contra: civ. Brux. 10 juin 1963, JT 1963, p. 468; corr. Namur 17 novembre 1960, JL 1960-61, p. 114; RPDB V° cit° n° 2545; SASSERATH, La banqueroute, Rev. Fail. 1930, p. 13.

L'indépendance de l'action publique porte donc sur tous les éléments constitutifs de l'infraction, en l'occurrence les éléments de l'état de faillite. Le juge pénal doit se prononcer sur la qualité de commerçant du débiteur, son état de faillite, fixer la date de cessation des paiements sans se contenter d'une simple référence à une décision définitive du tribunal de commerce (1). Rien ne l'empêche évidemment d'adopter l'appréciation du tribunal de commerce notamment sur la fixation de la date de cessation des paiements, mais doit-il encore motiver sa décision à cet égard pour permettre un contrôle de la cour de cassation, l'état de faillite étant une condition essentielle de l'infraction de banqueroute (2).

A l'inverse, le tribunal de commerce n'est pas davantage lié par les constatations de la juridiction répressive (3). Il s'en suit que la juridiction commerciale n'a pas à surseoir à statuer dans l'attente d'une décision de la juridiction répressive sur la banqueroute (4). Elle peut déclarer la faillite là où le juge pénal a acquitté pour non réunion des conditions de fond de la faillite (5); elle pourrait même refuser de déclarer la faillite nonobstant une condamnation antérieure pour banqueroute (6).

-
- (1) Cass. crim. 20 novembre 1978, D.1979-J-525 note CULIOLI et DERRIDA; Cass. crim. 25 janvier 1977, D.1977-IR-125; Cass. crim. 5 juin 1973, JCP 1973-IV-276. Cass. 7 octobre 1975, Pas. 1975-I-154; cass. 13 décembre 1977, Pas. 1978-I-421.
- (2) Cass. crim. 30 juin 1971, JCP 1973-II-17344; Cass. crim. 12 mars 1974, D.1974-IR-102; JCP 1974-IV-152; cass. crim. 25 janvier 1977, D.1977-IR-p. 125; J. COSSON note sous cass. crim. 21 avril 1980, D.1981-J-p. 33 et s.; Cass. 14 avril 1975, Pas. 1975-I-796; cass. 12 juin 1961, Pas. 1961-I-1111; voir cependant cass. 21 juin 1971, Pas. 1971-I-1016.
- (3) Trib. com. Charleroi 29 avril 1974, RPS 1974, p. 186; CLOQUET, op. cit., n° 26, p. 10. Com. 15 décembre 1977, Bull. civ. 1977-I n° 296; com. 23 février 1976, Bull. civ. 1976-IV-n° 64; com. 27 février 1974, D.1974-IR-122; Com. 7 octobre 1964, JCP 1965-II-14336, note SPITERI; com. 6 mars 1956, RTDC 1956, p. 514.
- (4) Trib. com. Charleroi 29 avril 1974, RPS 1974, p. 186; CLOQUET, op. cit., éd. 1965, n° 22 - voir plus loin les réserves de MM. VAN RYN et HEENEN, op. cit., t. IV, p. 388, sur l'indépendance de l'action civile; cass. com. 8 janvier 1980 JCP 1980-IV p. 110. Cass. com. 27 février 1974, Bull. civ. 1974-IV, n° 73; cass. com. 29 octobre 1973, JCP 1974-IV n° 6388, p. 100; Aix-en-Provence 5 octobre 1976. D.1977-J-475. Voir cependant cass. com. 2 juin 1969, D.1970, somm. p. 21 fondé sur une bonne administration de la justice; Paris, 13 décembre 1976, D.1977-IR-118 note HONORAT.
- (5) Cass. com. 29 janvier 1957, RTDC 1957, p. 447, n° 4, obs. Houin; cass. com. 6 mars 1956, RTDC 1956, p. 514, n° 8. Cass. com. 7 octobre 1964, JCP 1965-II-14336, note SPITERI; CLOQUET, op. cit., n° 25.
- (6) A. HONORAT et BERNARDINI, op. cit., juriscl. pén., art. 402 à 404, n° 16; Brux. 6 avril 1960, Pas. 1960-II-26; CLOQUET, op. cit., n° 26.

Une pareille solution paraîtrait choquante lorsqu'on sait qu'il y a autorité de chose jugée au criminel sur le civil et que par suite le criminel tient le civil en état. Cependant, la mise en échec de ces principes n'est qu'apparente. Les juridictions pénale et commerciale ne se placent pas dans la même optique lors de l'appréciation des faits. Alors que le tribunal de commerce a surtout en vue les intérêts d'ordre privé, les poursuites pour banqueroute pourvoient à la sauvegarde de la moralité publique (1). On ne peut pas notamment soutenir que la faillite soit essentiellement la réparation du dommage causé par la banqueroute. Malgré l'identité de situations, les questions à juger sont totalement différentes (2). L'état de faillite est apprécié en matière de banqueroute comme élément de l'infraction et non comme condition de la procédure. Le défaut d'identité d'objet, de cause et de parties situe les décisions des deux juridictions pénale et commerciale sur deux plans différents et consacre en principe l'indépendance de l'une à l'égard de l'autre (3).

Sur l'indépendance de la procédure de faillite à l'égard de la banqueroute il convient néanmoins d'être réservé. Il est vrai que la banqueroute entraîne l'annulation des actes illicites sur lesquels portaient certains faits de banqueroute, mais surtout, le fait de la condamnation pour banqueroute s'impose au juge consulaire par exemple comme cause d'annulation du concordat judiciaire (4). En entraînant des interdictions professionnelles, la banqueroute aura certainement des effets sur l'activité de l'entreprise et la solution éventuelle de la faillite en interdisant notamment le concordat après faillite. Même dans les droits qui prônent la séparation du sort de l'homme et de celui de l'entreprise la banqueroute qui entraîne pour le débiteur la faillite personnelle de plein droit et par suite l'interdiction d'exercer une profession commerciale ou industrielle empêche le règlement judiciaire ou provoque la résolution du concordat, du moins chez

(1) A. HONORAT et BERNARDINI, op. cit., n° 14; CABRILLAC, op. cit., loc. cit. p. 310

(2) CABRILLAC, op. cit., loc. cit. p. 310. Voir les réserves exprimées sur la valeur de cet argument: MEURISSE, note précitée, JCP 1967-II-15308; VAN RYN et HEENEN, op. cit., t. IV, n° 2878.

(3) Une partie de la doctrine aussi bien en droit belge qu'en droit français exprime sa réserve sur le principe de l'indépendance de la juridiction civile à l'égard de l'action pénale. Voir: VAN RYN et HEENEN, op. cit., t. IV-n° 2878; MEURISSE, note précitée, JCP 1967-II-15308; JP SPREUTELS et J. MESSINE, Questions spéciales de droit pénal in L'entreprise en difficulté et J. Barreau de Brux. 1981, p. 335, note 22. La question reste néanmoins embarrassante, sauf distinction entre les deux états de faillite. C'est pourquoi un auteur propose de créer par une disposition explicite en matière de procédure collective une exception au principe le criminel tient le civil en état: LENCOU, op. cit., p. 209 à 222.

(4) CLOQUET, op. cit., n° 926.

le commerçant personne physique (1).

Ces différentes conséquences de la banqueroute sur la procédure de faillite n'ébranlent pas cependant un principe si solidement établi en jurisprudence selon lequel l'action publique pour banqueroute est indépendante de la décision intervenue en matière de faillite et réciproquement. Ce principe doit en conséquence reposer sur un fondement solide et il ne paraît inébranlable que si l'état de la faillite rentre dans la structure juridique même de l'infraction.

B. L'ETAT DE FAILLITE, ELEMENT CONSTITUTIF ET NON CONDITION PREALABLE DE L'INFRACTION

Pour que ne puisse pas lui être discutée la compétence qu'a le juge pénal pour statuer en toute indépendance sur l'état de faillite, celui-ci doit faire partie des éléments constitutifs de la banqueroute.

Sans doute il est enseigné en doctrine que "le juge a le pouvoir de statuer pour les besoins de la cause et relativement à la décision qu'il doit rendre sur toute question de fait et de droit dont cette décision nécessite la solution quoique d'ailleurs ces questions fussent hors de sa compétence, si elles lui étaient proposées principalement" (2). Cependant, à défaut de création de questions préjudicielles, le législateur aurait pu, ériger l'état de faillite et plus précisément la cessation des paiements comme une condition préalable à l'infraction de banqueroute. Certains auteurs soutiennent cette solution (3). Dans ce cas, l'infraction de banqueroute serait constituée strictement de faits constitutifs, les deux éléments, qualité de commerçant et l'état de faillite, étant soustraits à l'activité criminelle. Sans doute ils resteraient des conditions nécessaires à l'infraction et leur défaut empêcherait la réalisation de l'élément matériel; mais ils ne feraient pas partie à proprement parler des éléments constitutifs de l'infraction (4).

(1) V. DELPORTE, Liquidation des biens et règlement judiciaire, *juriscl. com.*, art. 437 à 614-26, fasc. A30, n° 15

(2) MANGIN cité par SASSERATH, *La banqueroute*, *Rev. faill.* 1930, p. 7.

(3) A. HONORAT et R. BERNARDINI, *op. cit.*, *juriscl. pén.*, art. 402 à 404, n° 5 et 17; M. DELMAS-MARTY, *Droit pénal des affaires*, Paris, 1973, p. 394. CLEMENT, *op. cit.*, 148 à 151 (application au détournement d'actif, p. 302, 303).

(4) DECOQCQ, *op. cit.*, p. 88; DOUCET, *op. cit.*, p. 84 et s.

Cette construction conduirait à des conséquences spécifiques. Exclue du comportement spécifique du banqueroutier, l'état de commerçant et celui de faillite seraient irrelevants pour définir dans le temps et l'espace l'infraction de banqueroute. Ils ne seraient pas notamment concernés par la prescription qui ne courrait qu'à partir du fait constitutif par hypothèse postérieure ou au plus, concomitant à l'état de faillite. Logiquement, il faudrait accepter que leur appréciation soit laissée à la juridiction commerciale plus compétente que la juridiction répressive puisqu'ils seraient extérieurs à l'infraction (1). Si, en revanche, l'état de faillite est un élément constitutif de l'infraction à part entière, aucune raison valable ne peut restreindre la liberté du juge répressif dans son appréciation. Bien au contraire, le non constat ou la qualification insuffisante de cet élément qui fait partie des agissements délictueux du banqueroutier entraînerait la non qualification de l'infraction et partant la censure de la cour de cassation.

Dans la structure de la banqueroute envisagée, l'état de faillite est à notre avis, un élément constitutif de l'infraction au même titre que les faits constitutifs. Sans doute ceux-ci semblent constituer l'élément matériel le plus déterminant de la criminalité en matière de banqueroute (ainsi, le détournement d'actif, la soustraction de la comptabilité) mais leur caractère dangereux se manifeste précisément au cours ou à l'occasion de l'état de faillite. Ainsi, l'état de faillite définirait moins la situation particulière d'éclosion de la banqueroute qu'une étape indispensable dans la réalisation de l'acte matériel. Le fait de la cessation des paiements dans la perspective de la banqueroute atteste un comportement socialement dangereux qui, associé au fait constitutif sensu stricto, achève la démonstration de l'immoralité ou le caractère antisocial de la banqueroute (2). Il ne semble pas que le législateur ait établi une discrimination entre les conditions définissant la personne punissable et les faits constitutifs du délit; il les a mis sur le même pied d'égalité.

(1) Comparer les différentes incriminations en matière de comptabilité, l'art. 17, al. 2 de la loi du 17 juillet 1975 érigeant la faillite en condition préalable, infra p.448; voir JL DUPLAT, Aspects nouveaux du droit de la banqueroute, du droit pénal comptable et du droit pénal des sociétés commerciales in L'évolution récente du droit commercial et économique, Brux. éd. J. Barreau 1978, p. 388 à 393.

(2) CABRILLAC, op. cit., loc. cit., p. 312; contra: CLEMENT, op. cit., thèse, p. 148 et s.

Il est jugé de manière constante en droit belge que le juge répressif saisi des poursuites du chef de banqueroute doit rechercher et constater lui-même l'état de faillite du prévenu, condition essentielle de l'infraction de banqueroute. En cas de contestation, il ne peut se borner à invoquer l'autorité du jugement déclaratif prononcé par le tribunal de commerce (1).

Pour la jurisprudence française, la constatation de l'état de cessation des paiements, élément essentiel du délit de banqueroute rentre dans les pouvoirs souverains du juge correctionnel qui doit lui-même en rechercher les éléments dans l'ensemble des faits et circonstances de la cause, les décisions rendues à cet égard sur les poursuites civiles des créanciers demeurant sans influence sur la décision des juridictions répressives (2).

Ainsi le fait que l'état de faillite soit inséré complètement dans les éléments constitutifs de la banqueroute impose au juge pénal de constater par lui-même son existence pour fonder légalement sa décision. Mais cela ne suffit pas pour consacrer l'autonomie de la banqueroute par rapport à la faillite, encore faut-il vérifier si en réalité l'appréciation du juge répressif peut être différente de celle du juge consulaire.

C. AUTONOMIE D'INTERPRETATION DE LA CESSATION DES PAIEMENTS EN MATIERE PENALE

Pour le législateur, l'état de faillite se définit de la même façon en matière pénale ou en matière commerciale. Mais ce n'est pas l'identité de vocable utilisé qui peut empêcher une interprétation différente. "La circonstance qu'une discipline utilise fréquemment, un vocable, écrit un auteur, ne suffit pas à faire que ce vocable lui appartienne et qu'elle ait seule vocation à en fixer le sens" (3).

(1) Cass. 18 avril 1955, JT 1955, p. 493; cass. 7 octobre 1975, Pas. 1976-I-154. Ajouter les décisions citées par JP SPREUTELS et J. MESSINE, op. cit., in L'entreprise en difficulté, p. 332 note 4.

(2) Cass. crim. 25 janvier 1977, D.1977-IR-125; Cass. crim. 12 mars 1974, D.1974-IR-102; Cass. crim. 19 novembre 1970, D.1971-J-96, JCP 1970-IV-319; RTDC 1971, p. 451, n° 19; Cass. crim. 16 mars 1959, D.1969-somm. 79.

(3) JL GOUTAL, L'autonomie du droit pénal: reflux et métamorphoses, RSC 1980, p. 933.

On a déjà constaté que l'état de faillite est une notion de fait caractérisée dans chaque situation particulière. Son caractère fluctuant empêche la juridiction commerciale elle-même d'avoir de l'état de faillite une conception rigide, sa qualification dépendant notamment de plusieurs facteurs spécifiques et liés entre eux. Entre la juridiction civile et la juridiction pénale, l'interprétation sera probablement encore plus divergente. La raison essentielle en est que l'état de faillite est apprécié en matière de banqueroute en regard de l'atteinte que le débiteur porte à l'ordre social alors qu'en matière commerciale il s'agit de protéger les intérêts des créanciers par la recherche d'une solution globale à la situation défailtante du débiteur (1). La différence des intérêts en jeu et par conséquent, des conceptions juridiques, va donner lieu à des solutions différentes selon que l'on se place sur le plan pénal ou sur le plan commercial (2).

En effet, la jurisprudence pénale présente quelques particularités par rapport à la jurisprudence commerciale en matière de cessation des paiements. Ainsi, selon une étude française, le défaut de paiement d'une seule dette peut en matière pénale être jugé suffisant pour caractériser la cessation de paiement, surtout si des faits délictueux peuvent être ainsi atteints alors que la jurisprudence commerciale exige en plus de l'arrêt matériel, une situation financière irrémédiablement compromise (3). Par ailleurs, il semble que la jurisprudence pénale se montre moins explicite quant aux éléments qui permettent au juge d'apprécier l'état de cessation de paiement (4).

Néanmoins, une nette divergence dans l'interprétation de l'état de faillite concerne la fixation de la date de cessation de paiement. Le juge pénal n'étant pas lié par la décision du juge consulaire peut fixer la cessation de paiement à une autre date que celle retenue par la juridiction commerciale. Sa liberté d'interprétation sera d'autant plus évidente qu'il peut retenir une date antérieure à la période suspecte telle que fixée en matière commerciale (5).

-
- (1) A. HONORAT et R. BERNARDINI, op. cit., Juriscl. pén., art. 402-404, n° 16; A. CLOQUET, op. cit., n° 26.
 (2) BESSOU, op. cit., p. 43 et s.
 (3) BESSOU, op. cit., thèse, Paris 465, p. 47.
 (4) BESSOU, ibid.; en droit belge, la cour de cass. se contente d'une constatation implicite de l'état de faillite, Cass. 21 juin 1971, Pas. 1971-I-1016.
 (5) Cass. 13 décembre 1977, Pas 1978-I-421; cass. crim. 12 janvier 1981, JCP 1981-IV-107; D.1981-J-351, note COSSON et les décisions citées supra, p. 247, note 4. La période suspecte est fixée à six mois en Belgique, 18 mois en France; cela, pour éviter une trop longue insécurité des transactions voir Brux. 18 avril 1956, RDPC 1955-56, p. 969.

L'interprétation particulière de l'état de faillite par la juridiction pénale semble par conséquent découler de l'objet de l'instance pénale qui est la répression des fautes de gestion, négligences ou imprudences du débiteur dont la cessation des paiements a révélé le caractère dangereux. A ce niveau, la différence d'interprétation ne serait qu'une question de nuance, même si sa portée ne peut pas être minimisée étant donné le caractère relatif de la cessation des paiements et la probable inégalité des preuves fournies aux deux juridictions. Pour marquer une véritable autonomie de la juridiction pénale, il faut prouver l'existence d'une différence de nature dans l'état de faillite selon qu'il doit être constaté par la juridiction commerciale ou pénale, l'existence de deux concepts différents sous un même vocable. Cette étape semble avoir été franchie par une jurisprudence pénale récente en France, en retenant de la cessation des paiements, une notion de nature différente qu'en matière commerciale (1).

On se souvient que pour donner plein sens à la procédure de règlement judiciaire, la jurisprudence commerciale avait modifié sa définition de la cessation des paiements en ne retenant que l'arrêt matériel de paiement alors qu'avant elle exigeait en outre une situation sans issue. Selon la nouvelle formule de la chambre commerciale, la cessation des paiements se définit comme la situation du débiteur qui n'est pas en mesure de faire face à son passif exigible avec son actif disponible (2).

Au lieu de suivre la jurisprudence commerciale, la jurisprudence pénale garde de la cessation des paiements la définition antérieure. Pour la chambre criminelle, la cessation des paiements est notamment caractérisée lorsqu'il est constaté que le débiteur souffre d'une insuffisance de trésorerie, subit de lourdes pertes d'exploitation, a fait l'objet de plusieurs protêts et se trouve dans une situation financière irrémédiablement compromise (3). De même que la jurisprudence commerciale avant l'arrêt du 14 février 1978, elle considère que la cessation des paiements est établie par la cessation du service de caisse après que tous les moyens pour se procurer des fonds ainsi que les délais ont été épuisés (4).

(1) J. COSSON, note sous crim. 12 janvier 1981, D.1981-J-350 et s.

(2) Cass. com. 14 février 1978, D.1978-IR-443, obs Honorat.

(3) Cass. crim. 21 avril 1980, D.1981-J-33 et s., note J. COSSON.

(4) Voir BOUTTIER, op. cit., p. 19; crim. 12 janvier 1981 et 21 avril 1980, précités; crim. 20 novembre 1978, D.1979-J-525, note CULIOLI et DERRIDA; Paris 9 octobre 1980, Banque 1981, p. 100 et s., note L. MARTIN.

La prise en compte de la situation sans issue donne de la cessation de paiements pénale une notion particulière, totalement différente de celle retenue en matière commerciale. Cette différence est particulièrement nette lorsqu'il y a lieu d'apprécier la consistance du crédit offert pour le soutien de l'activité commerciale. Les conditions de crédit et la possibilité de redressement de l'entreprise sont interprétées de manière stricte en matière commerciale et la jurisprudence décide le report de la date de cessation des paiements sans tenir compte notamment du délai de grâce octroyé au débiteur (1). En matière de banqueroute, en revanche, on s'assure que la continuation de l'activité est devenue impossible et qu'il n'y a d'autre solution que le dépôt du bilan (2).

Que la notion de cessation des paiements change de contenu selon la matière examinée ne paraît que justifié. Dans la mesure où la procédure collective recherche en principe la permanence de l'entreprise, il est nécessaire qu'elle puisse intervenir avant que la situation de l'entreprise ne soit irrémédiablement perdue. La formule de la chambre commerciale - à savoir l'impossibilité pour l'actif disponible de faire face au passif exigible - permet de caractériser la cessation de paiements alors que la continuation de l'exploitation demeure possible à la faveur d'un concordat par exemple. Ce n'est pas la possibilité de redressement de l'activité qui est jugée en matière de banqueroute mais le comportement dangereux du débiteur qui arrêtant ses paiements sans espoir de remédier à la situation risque de perturber profondément l'ordre social et économique (3).

Cette divergence répond par conséquent à une nécessité; ce qui permet de rejeter l'idée d'une divergence temporaire que le ralliement de la chambre criminelle ne tarderait d'effacer. L'orientation mérite d'être approuvée; la banqueroute peut ainsi prétendre à une autonomie effective à l'égard de la faillite et se croire à son tour dégagée du corset commercial (4). L'interprétation différente de l'état de faillite ne sera plus à justifier, dans chaque cas d'espèce,

(1) Cass. com. 20 février 1979, Bull. civ. 1979-IV-n° 128, p. 177.

(2) Crim. 9 octobre 1978, Bull. crim. 1978, n° 260, p. 678 (l'octroi de moratoire empêche la cessation des paiements); crim. 12 janvier 1981, D.1981-J-348, note COSSON; Paris 9 octobre 1980, Banque 1981, p. 100, spéc. 108, Comp. com. 16 janvier 1980, JCP-IV-123 et Lyon 21 février 1979, Gaz. Pal. 13 et 14 juin 1979, somm. 5.

(3) Note CULIOLI et DERRIDA, sous crim. 20 novembre 1978 précité; notes de J. COSSON, sous crim. 21 avril 1980 et 12 janvier 1981 précités; L. MARTIN note sous Paris 9 octobre 1980, Banque 1981, p. 100 et s.; spéc. p. 108; JL GOUTAL, op. cit., RSC 1980, p. 933 et s.

(4) G. KELLENS, op. cit., RDPC 1971-72, p. 1055.

par des impératifs de répression; elle découle d'une conception et d'une définition différente. Aussi, pour plus de clarté, le rattachement des éléments constitutifs de la banqueroute aux conditions de fond des procédures collectives devrait être au minimum évité par les textes législatifs. Le courant des nouvelles législations en matière de faillite et de banqueroute qui substituent à l'expression "failli" la notion de cessation des paiements apporte à cet égard une certaine contribution.

§ 2. LA SUBSTITUTION DU CONCEPT DE CESSATION DE PAIEMENT
A L'ETAT DE FAILLITE

Pour éviter toute discussion sur le point de savoir si l'élément essentiel de la banqueroute est constitué par la faillite de fait ou la faillite judiciaire, de nouvelles législations en matière de banqueroute incriminent les agissements du commerçant en état de cessation de paiement. Cela est vrai lorsque l'infraction, dans toutes ses dispositions, est insérée dans le code pénal (1), mais aussi lorsque l'incrimination est placée dans les dispositions sur les procédures collectives (2).

En droit français, l'orientation prend naissance dans le décret de 1955 sur la faillite et le règlement judiciaire. Par exception à l'adoption du principe de la faillite judiciaire et confirmant en cela la jurisprudence pénale antérieure, le législateur précise qu'une condamnation pour banqueroute peut être prononcée sans que l'état de cessation des paiements ait été constaté par un jugement déclaratif. Un auteur en avait conclu que la liberté du juge pénal n'existait qu'en l'absence de jugement déclaratif de faillite (3). Cette restriction n'était pas fondée; tout doute à cet égard fut levé par l'ordonnance de 1958 et les dispositions de la loi de 1967 en matière de banqueroute qui spécifient que les incriminations ne nécessitent que l'état de cessation de paiement, sauf évidemment là où les faits constitutifs supposent l'existence d'une procédure collective (4).

(1) Exemple du code pénal tunisien, malien et rwandais.

(2) Notamment la législation française, c. de com. algérien, sénégalais

(3) MEURISSE, note précitée, JCP 1967-II-15308.

(4) Il convient de noter que la formule était déjà en usage dans le code pénal tunisien.

Le principal avantage de la formule est de dégager l'appréciation de la situation économique du débiteur en matière pénale d'une procédure collective déterminée. Il devient ainsi possible de vérifier l'existence des éléments constitutifs de la banqueroute sans se préoccuper de la solution à donner aux intérêts civils en conflit.

La doctrine française s'était notamment interrogée sur le point de savoir si la banqueroute pouvait être envisagée dans le cas de liquidation judiciaire et surtout en cas de procédure de règlement judiciaire (1) dès lors que la procédure n'évoquait pas la notion de commerçant failli. Avec l'introduction de la formule de la cessation des paiements, la situation était débloquée et les sanctions pour banqueroute pouvaient être envisagées quelle que soit la procédure collective, aussi bien pour les dirigeants sociaux que pour le débiteur personne physique. La formule paraît au demeurant pertinente puisque la banqueroute vise le fait de la situation économique défaillante du débiteur dont elle veut tirer d'autres conséquences juridiques que les procédures collectives (2).

Néanmoins, il existe deux situations où, en dépit de l'exigence de la cessation des paiements, les dispositions sur la banqueroute n'ont pas pu se défaire de leur liaison avec les procédures collectives, celles-ci constituant en effet le cadre d'éclosion des faits réprimés. En droit français, en droit belge, ainsi que dans les autres pays africains appliquant le système de la faillite de fait, les infractions connexes à la banqueroute, celles commises par les tiers supposent par essence l'existence d'une procédure collective déclarée par la juridiction civile, car elles sont liées à la liquidation des biens ou à la faillite, au règlement judiciaire dont elles entendent assurer le bon déroulement. Il s'agit de la production des créances supposées, des délits du syndic ou du curateur, de la stipulation d'avantages particuliers par les créanciers à raison de leur vote. (3)

(1) Voir PERCEROU et DESSERTAUX, op. cit., n° 238 et s.; MEURISSE, note sous trib. cor. Verdun 9 décembre 1966; JCP 1967-II-15308. noter l'art. 24 de loi du 4 mars 1889 rendant toutes les dispositions relatives à la faillite applicables à la liquidation judiciaire.

(2) HOUIN, Réforme de la législation sur les banqueroutes, RTDC 1959, p. 2 et 3; A. HONORAT, Les innovations du décret du 20 mai 1955 relatif aux faillites et règlements judiciaires, thèse Alger, Paris, LGDJ 1960, n° 3 et s. Par ailleurs, l'art. 182 du D. du 20 mai 1955 empêchait une référence automatique aux dispositions sur la faillite en matière de règlement judiciaire.

(3) A exclure de la catégorie les tiers qui auront agi dans l'intérêt du débiteur en état de cessation de paiements. Noter cependant la législation rwandaise qui, malgré son entrée dans le système de la faillite de fait, n'a pas mis en harmonie son art. 422, 1° du code pénal avec l'adoption de la nouvelle formule de la cessation de paiements.

S'agissant du traité particulier à charge de l'actif du débiteur (1), les différentes législations semblent partagées sur l'insertion dans ses éléments constitutifs de l'exigence préalable d'une procédure collective. Alors que le droit français actuel subordonne explicitement l'infraction à l'existence d'une procédure collective (2), le droit belge (3) et celui des anciennes possessions françaises conforme à la jurisprudence antérieure à 1955 (4), permettent au juge répressif de constater de manière indépendante comme pour les cas de banqueroute, l'état de faillite du débiteur sans avoir à attendre la décision de la juridiction civile. A la vérité, l'hésitation reflète un malaise plus profond, une indécision sur les valeurs morales et sociales protégées ou à protéger en matière de banqueroute (5).

Si, indépendamment de l'organisation de procédure collective, les dispositions sur la banqueroute poursuivent la protection de valeurs morales et sociales propres, il est normal qu'elles soient détachées des procédures collectives et que la condition de la cessation des paiements soit appréciée de manière indépendante. Dans la mesure où, en revanche, on recherche la protection des dispositions spécifiques de la faillite et des différentes procédures collectives, la logique veut que la répression soit subordonnée à l'existence de cette procédure (6). Ce serait, par conséquent, avec pertinence que la loi française de 1967 a subordonné à l'existence d'une procédure collective les infractions commises par les tiers, en particulier les traités particuliers conclus avec le débiteur.

-
- (1) Sur les tribulations subies par ce cas de "banqueroute", voir infra.
- (2) Art. 147 de loi 1967: même disposition dans le code sénégalais des obligations (art. 1075); voir DELAPORTE, op. cit., juris. com. anciens art. 437-614-26, fasc. A30 (3,1981), n° 16.
- (3) NYPELS et SERVAIS, Le code pénal belge interprété, t. III, art. 489 et 490, p. 576, n° 8 et 596 n° 6; RPDB V° Faillite et banqueroute n° 2652.
- (4) HOUIN, op. cit., in D. Répert. com. V° Faillite et règlement judiciaire n°206 et s.; HONORAT, op. cit., juris. pén., art; 402-404 (2,1969), n° 138 et décisions citées. Entre le décret du 20 mai 1955 (France) qui supprime la faillite de fait et l'ordonnance de 1958 qui supprime le cas, des hésitations se manifestent en doctrine et en jurisprudence pour réprimer les traités particuliers en l'absence de faillite déclarée, notamment dans le cas du règlement judiciaire: Trib. corr. Lille 28 février 1957, D.1957, p. 443; RTDC 1957, p. 725, obs. Houin; cass. crim. 4 décembre 1957, D.1958-J-201, note ROBERT; RTDC 1958, p. 400, obs. Houin; RSC 1958, p. 406, obs. Bouzat; JCP 1958-II-10552, note TOUJAS. Les hésitations de celui-ci pour accepter la répression de la conclusion de traités particuliers en cas de règlement judiciaire découlent, semble-t-il de sa référence à la faillite de fait au lieu de retenir l'état de cessation des paiements.
- (5) Voir supra problématique.
- (6) Ce qui n'empêche pas une appréciation autonome des faits constitutifs par la juridiction pénale. Pour l'exemple de l'introduction des créances supposées ou exagérées voir en droit belge: NYPELS et SERVAIS, op. cit., t. III, art. 490, p. 268, n°6

La formule de cessation des paiements pour désigner la situation économique du débiteur susceptible de provoquer la répression pour banqueroute mérite donc d'être approuvée dans la mesure où elle accule le législateur à un choix aussi capital dans la répression des faits de banqueroute. Elle permet d'écarter lorsqu'elle est inutile, une référence aux procédures collectives et procure au droit de la banqueroute une juste et effective autonomie, notamment dans l'appréciation de la situation économique du débiteur.

* *

*

Ainsi donc, si, pour désigner la situation économique du débiteur, les droits de la faillite et de la banqueroute se réfèrent à la même notion de l'état de faillite, il s'avère que les deux disciplines ne l'envisagent pas de la même façon.

Il est vrai que, sauf dans les anciennes possessions belges, la jurisprudence et une bonne partie de la doctrine des droits examinés ont toujours affirmé en ce domaine l'indépendance de l'action publique par rapport aux procédures collectives. Justifiée par le besoin de répression, cette indépendance se manifeste dans de nombreuses décisions particulières que les partisans de la faillite de fait comme soutien de l'autonomie de la banqueroute, rassemblent volontiers à l'appui de leur thèse (1).

Il s'avère même que, à l'opposé de la jurisprudence civile, les juridictions pénales se montrent dans certains cas moins stricts dans le constat de la cessation des paiements alors que pour atteindre le plus d'agissements frauduleux possibles, elles font preuve de plus de rigueur en cas d'incidents formels de paiement en remontant la date de cessation de paiement le plus loin possible.

(1) Voir supra, les conséquences du système de l'indépendance de l'action publique, p. 263 et s.

Au-delà des nuances, il y a toutefois lieu de soutenir que la faillite et la banqueroute tendent à définir la situation économique du débiteur de manière tout à fait différente. C'est en tous cas l'effort réalisé par l'actuelle jurisprudence française. Alors que la jurisprudence pénale requiert en plus de l'arrêt des paiements une situation sans issue pour caractériser l'état de faillite en matière de banqueroute, les procédures collectives se contentent de la possibilité pour l'actif disponible de satisfaire le passif exigible.

Constatée auparavant de manière empirique, cette interprétation divergente vient de trouver dans la jurisprudence française une justification théorique. En vue du règlement judiciaire dont l'objectif est le redressement de l'entreprise et le maintien de l'activité la cessation des paiements devra être caractérisée assez tôt lorsque l'ensemble des éléments de l'actif disponible sont dans l'impossibilité de satisfaire le passif exigible. En matière pénale par contre, c'est avant tout la spoliation générale et systématique des créanciers qu'il convient d'éviter ou de réprimer. Dans ce cas, la cessation des paiements doit résolument rester attachée au droit des obligations; elle requiert une situation sans issue de telle sorte que, sans abandonner le critère de l'échéance, elle se rapproche davantage de la notion d'insolvabilité (1). Il demeure cependant qu'en pratique, la découverte des faits de banqueroute stimulera la répression qui pourra avec raison caractériser la cessation des paiements dès l'arrêt formel des paiements.

(1) COSSON, note sous crim. 12 janvier 1981, D.1981-J-348 et s.

LIVRE II

DES FAITS CONSTITUTIFS DE BANQUEROUTE,
INFRACTIONS ASSIMILEES ET CONNEXES
ET LA MISE EN OEUVRE DE LA REPRESSION

Si l'activité spécifique déployée ainsi que la cessation des paiements définissent le débiteur punissable, celui-ci n'est coupable de banqueroute que s'il pose un acte matériel prévu comme portant effectivement atteinte à l'ordre social. A l'instar des autres infractions, l'incrimination porte sur des actes externes et non du for interne matérialisant le trouble à l'ordre social ou sa mise en danger. Certains auteurs (1) ne manquent pas, à cet égard, de signaler, parmi les éléments constitutifs de la banqueroute la prééminence des actes délictueux susceptibles d'influencer notamment l'appréciation de la cessation des paiements; tant il est vrai qu'ils sont l'épicentre de l'activité délictueuse du banqueroutier.

Comme dans la détermination des personnes punissables, la banqueroute manifeste aussi sa particularité dans les incriminations; elle touche des comportements extrêmement variés (2). La protection des droits des créanciers requiert sans doute la stigmatisation des actes portant diminution directe du patrimoine gage général; mais l'efficacité suggère d'embrasser également dans la répression un certain nombre d'actes répréhensibles correspondant à une gestion insouciante du patrimoine pourtant grevé de manière quasi-permanente des droits des créanciers.

L'hétérogénéité des incriminations touche leur structure aussi bien matérielle que morale. Les différents droits examinés distinguent selon leur gravité entre la banqueroute frauduleuse et la banqueroute simple (3). Celle-ci engloberait une multitude de faits qui, même au cours de la gestion, menaceraient gravement le patrimoine, gage général, soit par des actes de prodigalité, soit par des manquements correspondant à une inexpérience avérée à l'exercice du commerce ou encore au moment de la défaillance du débiteur, contreviendraient aux prescriptions essentielles au maintien de l'équilibre des relations. Certains sont des actes d'imprudence, d'autres de simples négligences, dans certains cas mêmes, des violations délibérées de la loi; en un mot, des faits de gravité fort variable et des fautes de degré différent.

(1) A. BESSOU, op. cit., voir supra la controverse sur la cessation des paiements comme élément constitutif

(2) ROUJOU de BOUBEE, op. cit., ibid., p. 189 et s.

(3) Même si cette distinction n'est pas utilisée, dans les anciennes possessions belges, du moins avant les nouveaux codes pénaux, les faits correspondants sont frappés des peines différentes.

La banqueroute frauduleuse quant à elle, se caractérise par l'atteinte directe portée au gage général mais aussi par l'intention frauduleuse de l'agent. Elle est plus sévèrement punie parce que, dans l'hypothèse, l'auteur met en échec la réalisation des droits des créanciers par une manipulation des éléments composants le patrimoine - gage général. Même dans ce cas, toutefois, le caractère protéiforme de la banqueroute reste.

Dans l'optique d'une répression complète et compte tenu des relations enchevêtrées, les agissements du débiteur ne sont d'ailleurs pas les seuls concernés par les incriminations en matière de banqueroute. De même qu'elles frappent d'autres personnes que le débiteur, les dispositions pour banqueroute mettent à leur charge des actes délictueux spécifiques par suite des obligations particulières imposées par la procédure de faillite. Prenant appui sur la défaillance du débiteur, ces incriminations sans être des cas de banqueroute à proprement parler, en sont toutefois inséparables.

Ainsi, à l'instar de la procédure de faillite qui se veut un règlement global des questions patrimoniales, le droit de la banqueroute se donnerait pour tâche de prévenir et de réprimer tout comportement malhonnête ou malhabile portant atteinte aux droits des créanciers à la suite de la cessation des paiements du débiteur. Au-delà de quelques incriminations, ce serait par conséquent un véritable système répressif construit autour de l'activité délictueuse du débiteur aux abois. Ce qui confère à la banqueroute un aspect particulier.

La même particularité se retrouve dans la mise en oeuvre de la répression où l'on peut craindre notamment une influence de la procédure collective sur la découverte de l'infraction (1) et sa poursuite (2). Son caractère protéiforme peut poser des problèmes de qualification dont la solution dépendra de sa nature juridique. De toute façon, compte tenu de la complexité des faits, le succès des poursuites dépend notamment de l'aptitude de l'appareil répressif à dénouer l'écheveau des affaires, le droit des affaires étant à la banqueroute ce que serait la criminologie à la plupart des infractions.

(1) G. KELLENS, op. cit., mémoire p. 253 et s.

(2) Voir supra indépendance de l'action publique.

En droit belge, le régime de banqueroute comme celui de la faillite date de 1851. Ailleurs, notamment en France, plusieurs modifications sont déjà intervenues. Dans l'un et l'autre cas, le rythme des mutations en matière de gestion des affaires et le changement des mentalités à l'égard d'une criminalité des gestionnaires si dangereuse pour l'ordre socio-économique interrogent l'observateur sur la nécessité d'un renouvellement de l'incrimination de banqueroute et l'adoption d'une attitude nouvelle dans la stigmatisation des faits. L'avantage de cette étude comparative est, à partir d'un régime de base commun, de confronter les diverses solutions mûries dans chaque pays; mais au-delà, nous découvrirons la capacité de chaque incrimination à s'adapter à l'évolution de la pratique des affaires. Les nouveaux droits des pays africains ne pourraient qu'en profiter, tout en apportant leur contribution par le réexamen sans à priori de certaines incriminations (1).

Nous étudierons successivement les structures des banqueroutes frauduleuses, des banqueroutes simples, des infractions dites connexes et enfin la mise en oeuvre de la répression en matière de banqueroute.

(1) Si du moins ils s'engagent à faire cet effort.

TITRE I : LES INCRIMINATIONS DE BANQUEROUTE
FRAUDULEUSE ET ASSIMILEES

=====

En dépit de quelques divergences dans la qualification, les hypothèses de la banqueroute frauduleuse sont réprimées de manière homogène dans toutes les législations examinées (1). Le détournement et la dissimulation de l'actif du débiteur, l'exagération du passif ainsi que la soustraction des livres ou de la comptabilité sont punis de la peine la plus sévère en matière de banqueroute. Ils constituent, en effet, la plus grave violation du gage général des créanciers (2) en raison non seulement de l'atteinte directe portée à leurs droits mais aussi de l'intention délictueuse qui anime l'agent. En connaissance de cause, le débiteur soustrait une partie de son patrimoine à l'emprise des créanciers ou masque des soustractions déjà consommées (3).

Pour la sauvegarde de l'ordre socio-économique, le crédit et la sécurité des transactions méritent à l'instar de la propriété, une solide protection pénale lorsque, en particulier, l'atteinte qui leur est portée ne résulte pas de simples imprudences ou légères négligences mais d'actes délibérés et dirigés vers leur but.

Suivant un schéma classique, un premier chapitre sera consacré à l'analyse des divers éléments matériels des incriminations stigmatisées à titre de banqueroute et le second, à l'examen de l'élément moral requis pour la répression.

(1) Qualifiée jadis de crime, l'incrimination tend à se correctionnaliser: exemple des droits français et sénégalais. Parfois, cette classification n'est pas tenue en considération: anciennes possessions belges.

(2) Voir la classification proposée par CLEMENT: L'auteur, les banqueroutes et les délits assimilés, thèse, droit, Paris V, 1980, p. 217 et s.

(3) ROUJOU de BOUBEE, op. cit., Ann. Univ. sc. soc. Toulouse 1975, p. 191.

CHAPITRE I: LES DIVERS ELEMENTS MATERIELS
DE LA BANQUEROUTE FRAUDULEUSE

=====

Réflétant de manière diverse la dissimulation aux créanciers de la véritable situation active ou passive du patrimoine du débiteur afin de les priver de leur paiement (1), le détournement et la dissimulation de l'actif, la reconnaissance frauduleuse du passif ainsi que la soustraction de la comptabilité sont incriminés par toutes les législations comparées. Cette homogénéité se manifeste aussi bien dans les législations qui insèrent les incriminations dans le code pénal que chez celles qui les rattachent au domaine de la faillite.

En revanche, à charge des dirigeants sociaux, l'incrimination de détournement d'actif personnel (2) ne semble faire son apparition que lorsqu'ils encourrent une responsabilité civile aggravée pour avoir conduit la société à la faillite. Cette incrimination bien particulière au domaine des sociétés sera examinée en même temps que l'hypothèse de détournement d'actif du débiteur qui lui est rapprochée.

Par ailleurs, sous la rubrique des infractions assimilées à la banqueroute frauduleuse s'intègre une série d'hypothèses particulières découvertes dans les législations des anciennes possessions belges (3). Il s'agit de la non-publication d'actes constitutifs ou modificatifs de la société, des déclarations fausses dans les actes de société et de la provocation de la faillite de la société. Bien qu'elles semblent se rapporter davantage au droit pénal des sociétés, elles trouvent leur place dans ces développements de par la volonté du législateur. Elles sont assimilées aux banqueroutes frauduleuses parce que la sanction pénale ne les frappe que lorsque la société est en faillite.

(1) A. BESSOU, La banqueroute en matière de société, thèse, Paris 1965, p. 124.

(2) Droit français et des anciennes possessions françaises y compris le Maroc; exclure la Tunisie. Ajouter la législation rwandaise (art. 420 nouveau code pénal) qui, en ce domaine, s'est inspirée de la législation française de 1967: voir supra historique.

(3) Art. 89 du code pénal colonial. Les dispositions ont été gardées par les nouveaux codes pénaux du Rwanda et du Burundi.

Seront par conséquent successivement examinées les structures matérielles:

- du détournement, dissimulation et dissipation de l'actif
- de la reconnaissance frauduleuse du passif
- de la soustraction de la comptabilité ou des livres de la société
- des incriminations particulières assimilées à la banqueroute frauduleuse dans les anciennes possessions belges (Zaïre, Rwanda, Burundi).

SECTION 1: STRUCTURE MATERIELLE DU DETOURNEMENT, DISSIMULATION ET DISSIPATION D'UNE PARTIE DE L'ACTIF

Parmi les atteintes directes au gage général des créanciers, le détournement et la dissimulation de l'actif - que la législation française a, depuis 1958, remplacée par la dissipation (1) - tiennent une place de choix; car en opérant une diminution directe du patrimoine du débiteur, ils compromettent sérieusement les chances des créanciers d'être payés.

Négation la plus évidente des droits des créanciers, ces faits sont réprimés en priorité par le droit de la banqueroute. Néanmoins, au cours de l'évolution législative, ils ont subi dans leur structure matérielle une épuration technique qui les distingue des autres incriminations voisines et leur donne un contenu particulier en matière de banqueroute.

Les incriminations peuvent être reprochées au commerçant personne physique comme au dirigeant social. Dans ce dernier cas, toutefois, la répression peut aller très loin, puisqu'elle vise, en outre, le détournement ou la dissimulation d'actif personnel du dirigeant en vue de le soustraire aux poursuites de la société, des associés et des créanciers sociaux alors que originellement les droits des créanciers ne portaient que sur le patrimoine social.

Nous étudierons leur gènèse, puis les distinguerons des incriminations voisines avant d'examiner leur structure matérielle proprement dite.

(1) Voir HOUIN, op. cit., RTDC 1959, p. 9; TOUFFAIT et HERZOG, op. cit., JCP 1959-I-1473, n° 36.

§ 1. GENESE DE L'INCRIMINATION ET NOTION GENERALE

L'incrimination de détournement ou de dissimulation d'une partie de l'actif apparaît dans la loi française de 1838 et celle de 1851 en Belgique (1). A la multitude de cas jadis réprimés (2), le législateur substitue de part et d'autre une incrimination générale opérant une synthèse de tous les agissements portant violation directe des droits des créanciers.

De leur côté, l'ordonnance française de 1958 et, à sa suite, certaines législations africaines (3) ont remplacé la dissimulation par la dissipation d'une partie de l'actif. On peut se demander s'il s'agit d'une simple amélioration technique ou si l'incrimination vise une hypothèse nouvelle tout en faisant remarquer que la jurisprudence antérieure (4) à l'ordonnance évoquait sous le terme de dissipation, la dilapidation par le débiteur de ses biens, hypothèse concernée par la banqueroute simple. On verra plus loin le sens qu'il sied de lui donner tout en essayant de la garder dans le domaine de la banqueroute frauduleuse caractérisée par l'intention frauduleuse.

A travers ces modifications formelles cependant, l'incrimination du détournement et de la dissipation cherche à atteindre toutes les fraudes qui emportent négation des droits des créanciers sur le patrimoine du débiteur marqué par la cessation des paiements (5). Elle semble avoir un contenu particulier. Pour le faire apparaître, nous la distinguerons des autres infractions voisines.

(1) et (2) RENUARD et BEVING, op. cit., p. 452; Exemples du c. de com. de 1808: détournement de marchandises, de sommes d'argent, achat de meubles ou immeubles à la faveur d'un prête-nom.

(3) Madagascar, Maroc, Algérie, Sénégal.

(4) Crim. 13 janvier 1854, D.1854-I-134; Alger 1er juillet 1958, JCP 1958-II-10354; voir RIPERT, Répert. dr. com., V^o Banqueroute, LGDJ 1956, n^o 29 et 30.

(5) CLEMENT, Les banqueroutes et délits assimilés, thèse, Paris V, 1980, p. 285. Comparer: A. HONORAT, Banqueroute et autres infractions..., Juriscl. pén., art. 402 à 404, fasc. 2, 1969, n^o 76.

§ 2. DISTINCTION DU DETOURNEMENT D'ACTIF DES AUTRES INFRACTIONS VOISINES

Parce que l'incrimination de banqueroute est de celles qui assurent la protection des droits de la personne sur l'entièreté de son patrimoine, on peut rapprocher certains de ses faits constitutifs aux atteintes classiques au droit de propriété (1). On pense d'emblée à l'abus de confiance (2) dont la comparaison peut s'établir jusque dans la terminologie. De même, dans le domaine particulier de l'activité commerciale de la société, le dirigeant qui n'est qu'un détenteur précaire est dans une situation où par abus de droits, il pourrait changer la destination des biens sociaux au détriment de la société et des créanciers sociaux: d'où l'incrimination d'abus de biens sociaux pour l'en dissuader (3).

Le bénéficiaire d'une détention précaire, le dirigeant social face aux biens de la société, le détenteur à l'égard des droits des créanciers sur son patrimoine, tous à des degrés divers peuvent, par abus, priver les titulaires légitimes de l'exercice de leurs droits. Néanmoins, en dépit des rapprochements qui peuvent être opérés, le détournement d'actif en matière de banqueroute se distingue de l'abus de confiance et de l'abus de biens sociaux.

A. DETOURNEMENT D'ACTIF ET ABUS DE CONFIANCE

Forme d'atteinte non violente à la propriété, l'abus de confiance consiste en une appropriation d'un bien remis à titre précaire. L'agent profite d'un rapport juridique existant entre lui et l'éventuelle victime, qui ne lui procure qu'une simple détention pour se comporter en propriétaire (4). Il procédera soit par dissipation, en posant un acte matériel de disposition qui le mettra dans l'impossibilité de rendre le bien confié, soit par détournement, en posant un acte juridique qui emporte négation pure et simple des droits

(1) Voir supra problématique

(2) Ch. PINOTEAU, Législation pénale en matière économique et financière, Paris, LGDJ 1959, n° 53, p. 41.

(3) Il existerait un conflit latent entre l'être moral et le dirigeant dans la structure de la personne morale; DURAND, L'évolution de la condition juridique des personnes morales de droit privé in Etudes offerts à G. RIPERT, Paris, LGDJ 1950, EI, p. 155; COULOMBEL, op. cit., p. 55 et s.

(4) J. LARGUIER, Droit pénal des affaires, Paris, Armand Colin 1975, p. 155; M. DELMAS-MARTY, Droit pénal des affaires, t. I, Paris, PUF 1981, p. 103; R. VOUIIN et ML RASSAT, Droit pénal spécial, t. I., Paris Dalloz, 1976, p. 72 et s.; M. ROUSSELET, J. PATIN... Droit pénal spécial, Paris, Sirey, 1972, p. 682 et s.

de la victime (1); encore que cette négation s'interprète actuellement de manière large, l'infraction étant consommée lorsque "l'affectation d'un bien n'est pas respectée" ou plus simplement lorsque "la finalité d'un droit est méconnue" (2).

Le droit de la banqueroute punit également le détournement et la dissipation au préjudice des créanciers; un auteur écrit même que dans le cas de détournement ou de dissipation, "il faut supposer que le débiteur refuse de restituer tout ou partie de son actif ou qu'il se met dans l'impossibilité de restituer" (3). Néanmoins, au-delà des procédés utilisés et de l'étendue des biens susceptibles d'être soustraits (4), il faut constater une différence de nature entre l'abus de confiance et le détournement d'actif, d'un côté un droit réel, de l'autre un droit personnel que le créancier a sur le patrimoine du débiteur (5); encore que matériellement, il y ait dans les deux cas, spoliation des éléments patrimoniaux au préjudice de la victime.

L'incrimination du débiteur pour banqueroute trouve une raison plus simple: avoir rendu infructueuses les prétentions légitimes des créanciers sur son patrimoine (6). La négation des droits des créanciers par le débiteur se réalise par l'appauvrissement de son patrimoine (7).

-
- (1) LIKULIA BOLONGO, op. cit., p. 312 et s.; L. LAMBERT, *Traité de droit pénal spécial* Paris, éd. Police revue 1968, p. 444 et s.; R. CHARLES, *Abus de confiance*, RPDB, complément t. III, n° 6 et s.
- (2) LIKULIA BOLONGO, op. cit., p. 313 et 314; R. VOUIN et ML RASSAT, op. cit., p. 83 et s.
- (3) G. ROUJOU de DOUBEE, op. cit., An. univ. sc. soc. Toulouse 1975, p. 191; voir arrêt de Gand, censuré par cass. 20 novembre 1973, Pas. 1974-I-p. 309.
- (4) M. DELMAS-MARTY, op. cit., p. 105 et s. (une incompatibilité entre l'usage effectif et celui prévu au contrat); Voir J. DUPLAT, op. cit., in *L'évolution récente...* éd. J. Barreau Brux. 1978, p. 394
- (5) Voir G. GNOSSAR, *Droit réel, propriété et créance, Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Paris, LGDJ 1960. Bien que par suite du dessaisissement, les droits des créanciers se concrétisent rapidement, le débiteur n'a jamais perdu le droit de propriété sur son patrimoine. A l'inverse, le bénéfice de l'opposabilité ne change pas la nature des droits des créanciers qui gardent leur caractère personnel: P. COPPENS, op. cit., vol. IV, p. 594; Voir crim. 21 février 1973 JCP 1973-IV-p. 129.
- (6) Comparer *infransolvabilité frauduleuse*.
- (7) Corr. Brux. 12 novembre 1971, Pas. 1971-III-110

Ainsi, le détournement de litres réunis en dépôt chez l'agent de change en cessation des paiements sera qualifié d'abus de confiance alors qu'à l'égard des créanciers la prévention de détournement d'actif sera retenue si une partie du patrimoine a été détournée ou dissimulée (1).

Même la prévention de détournement d'actif social à charge du dirigeant se trouve en dehors de l'abus de confiance puisque l'infraction lui est reprochée en tant qu'organe, personne physique par laquelle la personne morale a agi. Ce n'est pas, en effet, la violation du mandat social qui est en cause mais la soustraction des biens sociaux aux droits des créanciers. Il n'est cependant pas à exclure que par les mêmes faits, le dirigeant puisse porter atteinte à la fois au gage général des créanciers et au patrimoine social. Il y aurait alors concours entre l'abus de biens sociaux et le détournement d'actif qui s'ils ont des points communs sont bien davantage différents.

B. DETOURNEMENT D'ACTIF ET ABUS DE BIENS SOCIAUX

L'abus de biens sociaux et de crédit a été incriminé afin d'atteindre certains agissements répréhensibles des dirigeants sociaux commis au préjudice de la société et difficilement qualifiables d'abus de confiance (2). Le grand mérite de la nouvelle incrimination fut de frapper de manière adéquate non seulement la méconnaissance de l'intérêt social mais aussi et de manière explicite la poursuite par l'agent de l'intérêt personnel (3), qu'il soit "direct ou indirect, matériel ou moral, professionnel, voire simplement honorifique" (4).

Il se peut que l'intérêt personnel et l'appauvrissement du patrimoine social coïncident notamment lorsqu'il y a détournement de fonds sociaux (5). Dans ce cas, le détournement d'actif et l'abus de biens sociaux se couvriront (6); ce qui n'empêche pas qu'ils soient

(1) Comparer Mons, 1er décembre 1978, Pas. 1979-II-20; Corr. Neufchâteau 21 mars 1969, Pas. 1969-III-68.

(2) VERDIER, L'abus de mandat social... in Le droit pénal des sociétés anonymes, Paris 1955, p. 195 et s., spéc. p. 202 et s.; note JR sous cass. crim 16 janvier 1964, JCP 1964-II-13612. Noter l'inexistence de l'infraction en droit belge et dans les anciennes possessions belges sauf le Burundi (art. 68, 4^o du nouveau D-L sur les sociétés commerciales)

(3) VERDIER, op. cit., p. 207 et s.; cass. crim. 16 mars 1970, JCP 1971-II-16813

(4) VERDIER, op. cit., p. 210.

(5) Voir Cass. crim. 16 janvier 1964, JCP 1964-II-13612, note JR.

(6) Trib. Corr. Toulouse, 10 janvier 1977, Rev. jurisp. com. 1978, p. 70 à 77, note CHEYRON.

tout à fait différents. En effet, si l'élément essentiel du détournement d'actif est l'appauvrissement du patrimoine social, gage général des créanciers, pour l'abus de biens sociaux, c'est davantage l'affectation des biens à un autre usage dans un intérêt personnel que la diminution du patrimoine social qui importe.

En matière de banqueroute, la réprobation sociale est suscitée par la négation des droits des créanciers sur le patrimoine du débiteur réalisée en l'occurrence par la diminution de l'actif (1); peu importe la présence ou l'absence de l'intérêt personnel. Le juge n'a pas à rechercher la destination des objets ni ce que le prévenu en a fait (2). La non diminution du patrimoine empêche par contre la qualification de détournement d'actif. Ainsi, le recours systématique à la compensation par le dirigeant au courant des difficultés de la société pourra être poursuivi comme paiement préférentiel et non comme détournement d'actif (3).

En revanche, l'élément déterminant dans l'abus de biens sociaux reste l'intérêt personnel; il n'est même pas requis que la méconnaissance de l'intérêt social conduise à un préjudice effectif, un risque anormal auquel seraient exposés les biens sociaux étant suffisant (4).

Ainsi, parce qu'il ne requiert pas un appauvrissement du patrimoine social, l'abus de biens sociaux se situe en dehors de l'hypothèse de détournement d'actif; il poursuit, en effet, un autre but que la protection des droits des créanciers sur le patrimoine du débiteur; il règle un conflit éventuel entre la société et ses organes. En revanche, le but de l'incrimination de détournement d'actif est d'assurer le respect des engagements souscrits par le débiteur à l'égard de ses créanciers; elle comporte une structure matérielle spécifique dont il convient de déterminer à présent les éléments.

(1) CLEMENT, op. cit., p. 308.

(2) Cass. 13 mars 1973, Pas. 1973-I-661.

(3) Voir Aix-en-Provence, 30 mai 1978, D.1979-IR-5; Cass. 18 décembre 1978, JT 1979, p. 429.

(4) VERDIER, op. cit., p. 209; Note B. BOULOC, sous cass. crim. 16 mars 1970, JCP 1971 -II-16813; cass. crim. 24 mars 1969, Bull. crim. n° 130; cass. crim. 16 janvier 1964, JCP 1964-II-13612, note JR.

§ 3. DETOURNEMENT D'ACTIF REPRIME A TITRE DE BANQUEROUTE
OU D'INFRACTION ASSIMILEE

A titre de banqueroute frauduleuse ou d'infraction assimilée, les différentes législations mettent à charge du débiteur ou des dirigeants de la personne morale en cessation des paiements le fait d'avoir frauduleusement détourné, dissimulé ou dissipé tout ou partie de l'actif. En outre, pour mieux garantir les actions en responsabilité facilitées ou instaurées par le droit de la faillite, certaines législations reprochent au dirigeant d'opérer un détournement de biens personnels en vue de les soustraire aux poursuites de la société, des associés ou des créanciers sociaux. On analysera pour l'heure la structure matérielle de l'infraction.

A. STRUCTURE MATERIELLE DU DETOURNEMENT D'ACTIF,
CAS DE BANQUEROUTE FRAUDULEUSE OU D'INFRACTION ASSIMILEE

Si, en tant que telle, la cessation des paiements n'est pas répréhensible, elle ne peut, en revanche, être impunément exploitée par le débiteur pour dissimuler ou détourner des éléments du patrimoine sur lequel les créanciers détiennent des droits personnels certains. En l'accompagnant de faits ou d'actes susceptibles de diminuer sans contrepartie son patrimoine, le débiteur pratique une véritable fraude contre les créanciers. On déterminera, d'abord ce qu'il faut entendre par détournement, dissimulation ou dissipation d'actif, ensuite, ses rapports avec la cessation des paiements si indispensable pour la constitution de toutes les infractions en matière de banqueroute.

a. Notion de détournement d'actif

En réponse à la confiance que les créanciers ont faite à leur débiteur, une diminution brutale et sans contrepartie du patrimoine porte une grave atteinte à leurs droits et à juste titre suscite une réprobation sociale. La loi punit, à cet effet, tous les procédés d'appauvrissement par lesquels, au lieu d'offrir à ses créanciers l'entièreté de son patrimoine, le débiteur en retient devers lui certains de ses éléments (1).

(1) CLEMENT, op. cit., p. 285.

1^o Détournement, dissimulation, dissipation

En incriminant le détournement ou la dissimulation d'actif - remplacée dans les législations récentes par la dissipation - ce sont tous les faits et actes pouvant mener à l'appauvrissement du patrimoine du débiteur que les différentes législations cherchent à atteindre. Le détournement consisterait en un déplacement de tout ou partie des objets ou valeurs constituant le gage des créanciers dans le but de les faire échapper aux créanciers (1). Il s'agit d'un acte positif de mise à l'abri du patrimoine des revendications légitimes des créanciers alors que dans l'hypothèse de dissimulation, le débiteur procède par omission en s'abstenant de déclarer les éléments de son actif (2).

Pour la cour de cassation française, "le délit (de dissimulation) est réalisé par l'omission volontaire faite dans un esprit de lucre et de fraude, de déclarer des biens appartenant à une faillite puisqu'elle a pour résultat de soustraire à la masse des biens lui appartenant; il importe peu, dans ces conditions, que les syndics aient eu aux dires du demandeur, toute latitude de pénétrer dans les locaux de la nouvelle société, le délit étant établi par le silence du prévenu" (3).

La doctrine a souvent considéré le détournement et la dissimulation comme des infractions distinctes, deux procédés totalement différents pour réaliser la soustraction frauduleuse des biens de la faillite (4). On peut cependant considérer la dissimulation comme "un péché par omission", une forme négative de réaliser le détournement d'actif (5) de sorte que celui-ci désigne le résultat obtenu à savoir la diminution de l'actif quel que soit le procédé utilisé,

(1) BESSOU, op. cit., p. 127; HONORAT, op. cit. Juriscl. pén. art. 402-404, 1969, n^o 76; LENCOU, op. cit., p. 51

(2) BESSOU, op. cit., p. 207; Voir CLEMENT, op. cit., p. 283.

(3) Cass. crim. 11 février 1959, D 1959-J-227

(4) RIPERT, Ency. Dalloz, Répert. dr. com. et des soc., V^o Banqueroute, Paris, LGDJ 1956, n^o 29 et 30; HONORAT, op. cit., Juriscl. pén., art. 402-404, 2, 1969, n^o 76
Pour le droit belge, il s'agit de deux crimes distincts faisant l'objet de deux Questions au jury: RPDB, V^o Faillite et banqueroute, n^o26, 27 et s.

(5) BESSOU, op. cit., p. 207; CLEMENT, op. cit., p. 283.

commission ou omission ou les deux réunies (1).

En revanche, on peut s'interroger sur l'innovation apportée dans quelques législations par l'incrimination de la dissipation. La question est d'autant plus pertinente que, la dissimulation avait été toujours distinguée de la dissipation à qui, en dehors de la fraude on donnait le sens de la dilapidation (2) et qui demeure toujours punie de banqueroute simple (3). Sans doute, pourrait-on repôser la distinction sur l'intention délictuelle de l'agent, l'hypothèse de banqueroute simple résultant de simples négligences ou imprudences alors que l'intention frauduleuse serait requise pour la dissipation punie comme banqueroute frauduleuse (4). En pratique, cependant, la preuve de la fraude paraît difficile à réaliser dans le chef de l'agent qui a gaspillé une partie de sa fortune au détriment de ses créanciers (5). Du point de vue de leur structure matérielle, force est donc de reconnaître que, sauf subtilité de langage (6), il est difficile d'établir une frontière exacte entre le détournement et la dissipation d'actif (7).

Il ressort, néanmoins, de cette approche, le souci du législateur de frapper tous les procédés utilisés pour l'appauvrissement direct du patrimoine du débiteur. Actes de disposition, d'administration ou de simple utilisation, tous peuvent conduire au détournement d'actif pourvu que le patrimoine du débiteur enregistre une diminution sans contrepartie, qu'un préjudice soit créé à la masse.

-
- (1) CLEMENT, op cit., p 283 De ce fait, serait sans conséquence pratique sur la prévention l'omission de la dissimulation de l'actif par certaines législations: législation française depuis l'ord. du 23 décembre 1958 et les législations africaines qui se trouvent dans son orbite. Exclure le code pénal rwandais. Remarquer qu'en matière de délits assimilés, le législateur garde toujours l'alternative détournement ou dissimulation.
- (2) Cass. crim. 13 janvier 1854, D.1854-I-134; JP SPREUTELS et J MESSINE, op. cit., in L'entreprise en difficulté, éd. J Barreau Brux. 1981, p 348, n° 28.
- (3) Art. 127, 1^o, Loi française de 1967 et équivalents. A moins de considérer la dissipation comme une dépense si excessive qu'elle excède, à l'appréciation des juges, le domaine de la banqueroute simple: LARGUIER, op. cit., p 374.
- (4) HONORAT, op. cit., Juriscl. pén., art. 402-404, n° 76; LENCOU, op cit., p 52.
- (5) LENCOU, op cit., p. 52.
- (6) Certains auteurs donnent une signification particulière à la dissipation. Elle désignerait le déplacement de l'actif pour le soustraire aux créanciers dans le but d'en faire profiter un tiers alors que le détournement au sens strict se réaliserait dans le but de se le réserver: HONORAT, op. cit., ibid.; LENCOU, op. cit., p. 51; BESSOU, op. cit., p 127.
- (7) Voir BESSOU, op. cit., p. 128; cass. crim. 4 octobre 1968; Bull. crim. 1968, n° 244; comparer avec cass. crim. 21 novembre 1978, citée par A. HONORAT et BERNARDINI, op. cit., Juriscl. pén., art. 402-404, 8, 1980, n° 56.

2° Appauvrissement du patrimoine du débiteur gage général des créanciers

Pour entraîner des poursuites, le détournement doit s'opérer avant tout sur des éléments qui font partie de l'actif du patrimoine du débiteur. Il est jugé, en effet, que la dissipation au préjudice d'un tiers de sommes frauduleusement acquises de ce tiers par un commerçant n'est pas une cause de banqueroute frauduleuse (1).

Il importe également que les éléments en cause aient de la valeur pour la masse faillie (2) et qu'ils aient été soustraits sans contrepartie (3); car, le préjudice doit être certain à l'égard de la masse des créanciers, même s'il ne doit pas être entièrement chiffré et qu'à la limite, il ne soit pas nécessaire de spécifier les valeurs détournées (4). La cour de cassation belge précise et à juste titre qu'il ne suffit pas pour que la banqueroute frauduleuse soit constituée que l'auteur ait agi dans l'intention de causer préjudice à certains créanciers individuellement; il faut qu'il ait agi au préjudice de la masse des créanciers (5).

Certains prévenus excipent à leur décharge l'existence d'un compte courant entre eux et la société et de manière générale leur qualité de créancier à l'égard du patrimoine saisi. Sans oublier que le procédé peut précisément révéler l'existence d'une fraude, il demeure que si la réalité du compte peut être prouvée, il ne saurait être reproché au prévenu de détournement d'actif (6). Le paiement préférentiel qui est une infraction beaucoup moins grave pourrait être néanmoins retenu.

(1) Corr. Neufchâteau, 26 mars 1969, Pas. 1969-III-88.

(2) LIKULIA BOLONGO, op. cit., p. 382; Pandectes belges, V^o Banqueroute, n^o 307 et s.

(3) Corr. Brux. 12 novembre 1971, Pas. 1971-III-110; Cass. 26 juin 1973, Pas. 1973-I-1008.

(4) RIPERT, Encycl., Répert. dr. com. et soc., V^o Banqueroute, Paris, LGDJ 1956, n^o 28.

(5) Cass. 20 novembre 1973, Pas. 1974-I-309; voir DUPLAT, op. cit., in L'évolution récente..., p. 395.

(6) Voir: cass. 26 juin 1973, Pas. 1973-I-1008; cass. 18 décembre 1978, Pas. 1979-I-464; JT 1979, p. 429.

En revanche, il importe peu que cette soustraction au créancier s'opère en faveur de l'agent ou d'un tiers, ou que l'appropriation soit définitive (1); il suffit que cette soustraction ait lieu. De même, si la jurisprudence s'emploie à caractériser l'absence de contre-valeur à la diminution d'une partie de l'actif (2), lorsque la diminution de l'actif est établie, la preuve du préjudice causé à la masse est faite par l'impossibilité dans laquelle se trouve le prévenu de donner la moindre explication sur la destination d'une partie de l'actif (3).

Parmi les faits les plus fréquents établissant le détournement d'actif, on peut noter les artifices comptables procédant par majoration de frais généraux, de frais de publicité et en général la manipulation des comptes, notamment par des virements, erreurs de calcul volontaires (4). Le détournement se réalise encore par la soustraction des stocks et des marchandises (5). Il faut dire qu'il est actuellement facilité par la mobilisation du patrimoine du débiteur.

A charge du dirigeant social, on découvre souvent les rémunérations excessives, des conventions passées avec la société lorsque le prix est en disproportion flagrante avec le service rendu, encore que l'intention frauduleuse doive être strictement prouvée (6). On remarquera que le détournement d'actif entre souvent en concours idéal avec l'abus de biens sociaux notamment en cas d'utilisation de la trésorerie à des fins personnelles, en cas de confusion du patrimoine personnel avec celui de la société (7).

(1) Cass. crim. 4 octobre 1968, JCP 1968-IV-p. 171; CLEMENT, op. cit., p. 287.

(2) CLEMENT, op. cit., p. 289.

(3) Cass. crim. 11 février 1959, D.1959-J-227; cass. 13 mars 1973, Pas. 1973-I-661; cass. 26 juin 1973, Pas. 1973-I-1008, voir la réserve de J. DUPLAT, op. cit., in L'évolution récente du droit commercial..., p. 396.

(4) CLEMENT, op. cit., p. 292; voir Anvers 27 septembre 1978, RPS 1979, p. 150 et s. Pour un examen plus détaillé des cas de détournement ou de dissimulation d'actif, voir JP SPREUTELS et J. MESSINE, op. cit., ibid., p. 350, n° 31.

(5) Cass. 13 mars 1973, Pas. 1973-I-661; Cass. 26 juin 1973, Pas. 1973-I-1008.

(6) CLEMENT, op. cit., p. 292; corr. Paris 10 janvier 1980, RTDC 1981, p. 162; Cass. crim. 21 avril 1980, D.1981-J-33; corr. Brux. 31 octobre 1980, cité par JP SPREUTELS et J. MESSINE, op. cit., ibid., p. 351, n° 31.

(7) Corr. Toulouse, 10 janvier 1977, rev. jurisp. com. 1978, p. 70 et s., note CHEYRON; cass. crim. 21 avril 1980, D.1981-J-33, note COSSON.

Bref, ainsi que le constate un auteur, "la notion de détournement d'actif est une notion protéiforme; elle permet de réprimer tous les actes frauduleux ayant entraîné un appauvrissement de l'actif du commerçant ou de la société, telle qu'une diminution sans contrepartie du patrimoine (social)" (1), pourvu que le commerçant ou la société soit en cessation de paiements.

b. Rapport du détournement d'actif avec la cessation des paiements

Le bien juridique protégé par l'incrimination de détournement d'actif étant le gage général des créanciers, il n'est pas surprenant que la loi exige la cessation des paiements, élément constitutif de la banqueroute. On peut cependant se demander s'il doit être établi de rapport de causalité entre le détournement d'actif et la cessation des paiements.

S'agissant de l'époque du détournement d'actif, il est jugé de manière constante en droit français du moins, que le délit est caractérisé aussi bien dans le cas où les faits de détournement ou de dissipation portant sur tout ou partie de l'actif ont été commis antérieurement à la date de la cessation des paiements que dans le cas où ils lui sont postérieurs (2).

Une thèse défendue en droit belge par d'éminents auteurs (3) soutient en revanche, que pour être qualifiée de banqueroute frauduleuse, le détournement d'actif comme les autres faits de banqueroute doivent se situer à l'intérieur de la période suspecte (4). Cela paraîtrait même évident, dès lors que la cessation des paiements comme il a été démontré plus haut, est un élément constitutif de l'infraction (5). C'est pourquoi, pour cette opinion, des faits antérieurs à la date de la cessation des paiements ne pourraient que tomber sous le coup d'autres infractions notamment l'abus de confiance, l'escroquerie, le faux en écriture (6).

(1) CLEMENT, op. cit., p. 289; voir corr. Brux. 4 juin 1980, cité par J. SPREUTELS et J. MESSINE, op. cit., in L'entreprise en difficulté, p. 349, n° 29 (la destruction d'une partie de l'actif peut constituer un détournement de celui-ci... "sans qu'il faille avoir égard à la manière selon laquelle cette soustraction est opérée matériellement")

(2) Cass. crim. 25 mai 1971, JCP 1971-IV-171; cass. crim. 21 avril 1980, D.1981-J-33; crim. 19 janvier 1981, JCP 1981-II-19640, note GN; Paris 27 janvier 1982, Gaz. Pal. 1982, 18-19 juin, p. 6; voir en droit belge: RPDB, V° Faillite...n° 2549

(3) J. DUPLAT, Droit pénal financier, cours polyc., p. 52; idem, Aspects nouveaux... in L'évolution récente du droit commercial..., p. 380 et s.; JP SPREUTELS et J. MESSINE, op. cit., in L'entreprise en difficulté 1981, p. 352, n° 32 et réf. citées, note 121.

(4) J. DUPLAT, op. cit., in L'évolution récente..., p. 380.

(5) Voir supra p. 266 et s.

(6) J. DUPLAT, op. cit., ibid., JP SPREUTELS et J. MESSINE, op. cit., ibid.

A l'inverse, une thèse récente en France prend notamment appui sur la jurisprudence de la cour de cassation française autorisant la répression des détournements d'actif antérieurs à la cessation des paiements pour dénier à celle-ci la qualité d'élément constitutif; elle consisterait "en une condition préalable, une racine extra-pénale indispensable pour le prononcé de la banqueroute ou de délits assimilés: elle ne serait pas en principe, un instrument de qualification interne" (1).

On peut se demander si deux questions différentes ne sont pas appréhendées en même temps: celle de la consommation de l'infraction et celle de la répression des différents actes constitutifs. On ne reviendra pas sur la qualification de la cessation de paiements comme élément constitutif; il s'avère, en effet, qu'elle fait partie de l'infraction et que son absence situe les faits en dehors de la banqueroute; Il s'ensuit notamment que le délai de prescription court dès la rencontre des divers éléments de la qualification en l'occurrence la cessation de paiement et le fait de banqueroute (2).

Mais un autre problème concerne l'incrimination de l'acte de détournement d'actif dont le législateur n'exige pas forcément la simultanéité avec la cessation des paiements. On peut concevoir que la banqueroute soit une infraction complexe dont la réalisation requiert certes la réunion de faits différents mais que la répression frappe en chacun de ses éléments concourant à l'infraction (3). Il n'y a à notre avis aucun obstacle juridique à frapper l'acte ayant précédé la cessation des paiements dès lors que celle-ci survient. Il suffit qu'un certain lien de causalité existe entre les deux: ce qui est déjà du domaine de l'élément moral (4).

(1) CLEMENT, op. cit., thèse, Paris V, 1980, p. 303.

(2) Voir supra, p. 266.

(3) STEFANI, LEVASSEUR, BOULOC, Droit pénal général, Dalloz 1980, p. 194; notamment pour la détermination de la compétence juridictionnelle.

(4) S'agissant du jugement du 25 février 1965 du tribunal correctionnel de Tournai, on peut penser qu'il est davantage basé sur l'absence d'élément moral que sur le défaut de simultanéité des prélèvements avec la cessation des paiements: RPS 1965, p. 70 et s., spéc. p. 72.

Si, à défaut de l'intention frauduleuse spécifique de soustraire aux créanciers leur gage général, on ne peut pas évidemment qualifier de banqueroute toutes les infractions commises au cours de l'activité commerciale, à moins de forcer la date de la cessation des paiements, une saine politique criminelle commande de réprimer à titre de banqueroute les soustractions opérées en perspective de la cessation des paiements (1). Ce qui ne veut pas dire qu'au regard de la structure matérielle de l'infraction, un lien de causalité directe soit exigé entre la cessation des paiements et le détournement d'actif.

Ainsi que le soutient la jurisprudence belge, le détournement d'actif peut exister même si l'état de faillite n'est pas la conséquence de ces détournements et la prévention de banqueroute est indépendante du point de savoir si cet état est ou non la conséquence des détournements d'actif (2). La solution est tout à fait justifiée; car, sauf dans des cas exceptionnels (3), la loi n'exige pas de rapport de cause à effet entre le fait matériel incriminé et la cessation des paiements. Il suffit que les deux existent. Au demeurant, la cessation des paiements a la particularité d'être le résultat d'un ensemble de faits agissant les uns sur les autres sans qu'il soit toujours possible de désigner le facteur déterminant.

Le détournement d'actif est entendu par conséquent de manière large; il existe dès lors que le patrimoine, gage général des créanciers, subit un appauvrissement. Il importe de vérifier la qualité de gage général de la partie du patrimoine sur lequel porte le détournement; sinon, on sortirait du domaine de la banqueroute. On verra cependant que ce lien peut s'étendre sous les exigences du droit de la faillite.

(1) Une telle position paraît la seule soutenable dans les systèmes (comme dans les anciennes possessions belges) qui soumettent les poursuites pour banqueroute à la déclaration de faillite par une juridiction civile. le contraire aurait pour conséquence de vider de son contenu l'action répressive: LIKULIA BOLONGO, op. cit., p. 383 et les références.

(2) Cass. 8 mars 1965, Pas. 1965-I-p. 684 et s. Ceci concerne la structure matérielle de l'infraction (voir plus loin l'élément moral).

(3) Exemple, art. 575, 3^o en Belgique; art. 127, 3^o, loi 1967 en France.

B. CAS PARTICULIER DE DETOURNEMENT D'ACTIF PERSONNEL DU DIRIGEANT

Dans certaines législations, en France et dans les anciennes possessions françaises, la protection pénale des droits des créanciers ne se limite pas, en matière de banqueroute, aux atteintes directes portées au patrimoine du débiteur en cessation des paiements. Parce qu'elle risque de compromettre leurs droits de façon irrémédiable, la cessation des paiements incite les créanciers à élargir autant que possible la composition de leur gage général, ramener dans la masse tous les éléments d'actif possibles pour augmenter leurs dividendes.

Lorsque le débiteur est une personne morale dont les associés bénéficient d'une responsabilité limitée à leurs apports, les créanciers se montrent particulièrement attentifs à la vulnérabilité de son patrimoine compte tenu de divers abus dont elle peut faire l'objet. L'étanchéité entre le patrimoine de la personne morale et celui du dirigeant n'étant pas toujours parfaite, il se peut, en effet, qu'un dirigeant de droit ou de fait surprenne la confiance des créanciers en substituant son activité à celle de la personne morale. Le dirigeant peut aussi avoir une gestion si malhabile ou malhonnête qu'il y a lieu de lui imputer une responsabilité personnelle dans la survenance des difficultés de la société (1). Dans tous ces cas, le patrimoine personnel du dirigeant pourrait être appelé à combler celui de la société pour une plus grande satisfaction des droits des créanciers (2). Dès lors, pour que ce soutien du patrimoine social par celui du dirigeant ne soit pas vain, le droit de la banqueroute punit, dans certaines législations, le dirigeant pour toute tentative de soustraction du patrimoine personnel aux poursuites de la société, des associés et des créanciers sociaux (3).

(1) Hypothèse de l'extension de faillite pour maîtrise de l'affaire, notamment:
Y. DUMONT et F. MAUSSION, op. cit., JCB, 1974-II-p. 194 et s.; JF
ARTZ, op. cit., RTDC 1975, p. 1 et 3;

(2) Droit belge: RONSE, La responsabilité facultative des administrateurs et gérants en cas de faillite avec insuffisance d'actif, RPS 1979, p. 292-311; F. T'KINT, La responsabilité des dirigeants de S.A. et de S.P.R.L., Rev. rég. droit 1980, p. 103 et s. . .

(3) Art. 4 du DL 8 août 1935 rendu applicable outre-mer par décret du 3 septembre 1936. Pas d'équivalent en Belgique et dans les anciennes possessions belges.

Il n'est pas rare que les sanctions pénales soient édictées pour faire respecter des obligations civiles; en l'occurrence, il y a lieu de noter que l'incrimination a vu le jour à la suite de la mise en oeuvre des dispositions sur l'extension de faillite (1). On peut cependant se demander dans quelle mesure l'ordre social subit un trouble et quelles sont les valeurs morales et sociales transgressées ainsi que la gravité de leurs atteintes.

Après avoir distingué l'incrimination de celle du détournement ordinaire de l'actif du débiteur et déterminé ses éléments constitutifs, on discutera de son opportunité en matière de banqueroute.

a. Distinction entre le détournement d'actif ordinaire
et le détournement d'actif personnel.....

Parce que les deux incriminations sont toutes reprochées au dirigeant et qu'elles sont formulées en termes quasi identiques, une confusion risque d'en découler. Cependant, la recherche de la véritable qualité du délinquant et, par suite, celle des valeurs transgressées indiquent déjà l'écart qui sépare le détournement d'actif social et le détournement d'actif personnel.

Il est vrai que dans les deux cas, l'incrimination suppose une personne morale justiciable d'une procédure collective et se trouvant effectivement en état de cessation de paiements (2). Sans doute également, les deux incriminations frappent le dirigeant social de droit ou de fait ou selon les législations, toute personne ayant directement ou par personne interposée administré sous le couvert ou en lieu et place de ses représentants légaux (3).

Cependant, il importe de distinguer. Dans l'hypothèse de détournement d'actif ordinaire déjà analysé, le dirigeant est frappé en qualité tandis que dans celle du détournement d'actif personnel, il est puni plutôt en tant que débiteur tenu à garantir les dettes

(1) R. DORAT des MONTS, Des déchéances et peines que peuvent encourir les administrateurs et gérants de sociétés en cas de faillite de la société, in *Le droit pénal spécial des S.A.*, Paris, Dalloz, 1955, p. 358 et s.; AMIAUD, Les nouvelles dispositions législatives concernant les administrateurs et gérants de société en faillite, *Rev. gén. faill.* 1936, p. 3 et s.

(2) Eléments constitutifs en matière de banqueroute

(3) Voir supra imputabilité.

sociales ou la survenance de la faillite sociale (1). C'est pourquoi on lui reproche non pas la diminution du patrimoine social mais celle de son propre patrimoine. Par ailleurs, même si son patrimoine est appelé à garantir les droits des créanciers sur un débiteur passible de procédure collective, le dirigeant n'est en réalité qu'un débiteur civil et comme tel situé en dehors du champ d'application ordinaire de la faillite et de la banqueroute.

Certes, dans certaines hypothèses, notamment celles de l'extension de faillite, le dirigeant aura eu un comportement peu différent de celui d'une personne justiciable de la faillite et de la banqueroute. On constatera néanmoins que ce n'est pas en tant que justiciable de la faillite qu'il est puni; sans quoi, il serait également poursuivi pour l'insolvabilité organisée à l'égard de ses créanciers personnels. Ce qui n'est pas le cas puisqu'il n'est même pas en cessation de paiements.

Ainsi se dégage la seconde différence existant entre les deux infractions. Elle touche à l'objet même de l'incrimination. Le détournement d'actif ordinaire sanctionne une atteinte directe au gage général des créanciers à la suite de la cessation des paiements du débiteur; le détournement d'actif personnel n'est incriminé que par ricochet, pour une soustraction de la garantie des créanciers dans la mesure particulière où le patrimoine du délinquant peut soutenir celui de la société. Erigé en infraction pour donner un sens "au mécanisme complexe des actions en responsabilité prévues contre les dirigeants de société en matière de procédure collective" (2)

(1) Par la mise en oeuvre de l'imputabilité, le dirigeant est puni des peines de la banqueroute frauduleuse comme le commerçant, personne physique. En l'occurrence (du moins en droit français, loi 1967), il y a délit assimilé à la banqueroute simple. Voir P. GAUTHIER, Infractions relatives à la capacité des gérants et administrateurs et à la fin de la vie sociale, Juriscl. pén., loi pénale, annexe, fasc. J. 8, 1969, n° 72.

(2) B. BOULOC, Conditions d'incrimination du délit de détournement ou de dissimulation d'actif personnel, note sous cass. crim. 30 juin 1971, RS 1972, p. 287; JCP 1973-II-17344.

le détournement d'actif personnel est davantage un cas de banqueroute dérivée qu'un cas d'infraction assimilée (1). Bien que les deux incriminations touchent dans l'absolu les mêmes faits, l'une et l'autre sont soumises à des conditions particulières qui déterminent l'originalité de chaque cas de banqueroute.

b. Structure matérielle de l'infraction de détournement d'actif personnel

Pour que l'infraction de détournement d'actif personnel à charge du dirigeant soit qualifiée, il faut un acte d'appauvrissement du patrimoine personnel en vue de le soustraire aux actions de la société, des associés et des créanciers sociaux. Seule la structure matérielle de l'infraction sera examinée à cet endroit, l'élément moral le sera plus loin.

On n'insistera pas sur l'exigence de la qualité de justiciable de la faillite et de l'état de cessation des paiements, sauf à rappeler que de par la complexité de l'incrimination, le cadre de l'activité délictueuse se réfère à la situation économique de la société dirigée tandis que l'activité délictueuse proprement dite se réalise dans le chef du dirigeant non pas en tant qu'organe mais comme titulaire de son patrimoine personnel. Nous examinerons en revanche les éléments constitutifs internes de l'infraction à savoir:

- un acte d'appauvrissement du patrimoine personnel,
- susceptible de porter préjudice aux droits des créanciers, des associés et de la société

1° Un acte de détournement de l'actif personnel

Le dirigeant encourt les peines de banqueroute pour avoir détourné, dissipé, tenté de détourner ou de dissimuler une partie de ses biens ou s'être frauduleusement reconnu débiteur des sommes qu'il ne devait pas (2).

(1) Elle trouverait sa place plutôt dans le chapitre des autres infractions que dans les délits assimilés. Mais elle est indépendante de l'infraction de soustraction, recel et dissimulation des biens du débiteur (art. 143, loi 1967). Voir cass. crim. du 30 juin 1971, précitée.

(2) Art. 132 de loi 1967 en France et équivalent dans les législations des anciennes possessions.

En eux-mêmes, ces faits ne diffèrent pas de ceux reprochés aux débiteurs commerçants personnes physiques et aux organes sociaux. Néanmoins, on ne peut pas oublier qu'ils se rapportent à un patrimoine non soumis directement à la faillite; ce qui rend parfois difficile la perception du caractère répréhensible de l'acte d'appauvrissement ou de soustraction du patrimoine personnel du dirigeant.

En effet, situé en dehors de la procédure collective et n'étant pas en cessation de paiements, le dirigeant doit pouvoir d'un côté disposer en toute liberté de son patrimoine. De l'autre, toutefois, la proximité de la faillite sociale et ses éventuelles répercussions sur son patrimoine s'opposent à ce que cette jouissance se fasse au détriment des créanciers victimes de cette faillite (1). On pourrait croire que cette situation particulière influencerait l'appréciation des faits incriminés. Il n'en est rien pourtant. L'interprétation extensive des faits de détournement constatée ci-avant garde sa vigueur (2).

Pour la doctrine et la jurisprudence, aucun fait d'utilisation anormale du patrimoine personnel ne saurait échapper à la sanction (3). Sont concernés les actes de disposition, d'administration comme d'usage anormal des éléments du patrimoine. Il n'est d'ailleurs pas nécessaire que le détournement porte sur un bien déterminé, particulièrement visé par les créanciers (4). Car il s'agit en l'occurrence de réprimer toute opération ayant pour but l'organisation d'une insolvabilité apparente du débiteur et une négation frauduleuse des droits légitimes des créanciers (5).

Il est jugé que constitue un détournement d'actif caractérisant le délit de banqueroute frauduleuse le fait par un commerçant déclaré en faillite, de céder son fonds de commerce et le matériel représentant l'actif de l'entreprise à une société créée par lui à cet effet (6).

(1) En cas de faillite sociale, les créanciers sociaux ont besoin d'une plus grande protection. Voir l'exemple le plus récent du droit belge dans la loi du 4 août 1978, modifiant les art. 63ter et 133bis des lois coordonnées sur les sociétés commerciales: F. T'KINT, op. cit., Rev. rég. dr. 1980, p. 103 et s.

(2) B. BOULOC, op. cit., note sous cass. crim. du 30 juin 1971. Il semble que les actes de soustraction soient difficiles à découvrir et que le fait ne soit pas souvent réprimé: DERRIDA, note sous cass. crim. 4 décembre 1978, D.1979-IR-366.

(3) B. BOULOC, ibid.; ne pas oublier l'exigence de l'élément moral.

(4) B. BOULOC, op. cit., note sous cass. crim. 30 juin 1971, JCP 1973-II-17344 et cass. crim. du 13 janvier 1854, Bull. crim. n° 9 citée.

(5) R. DORATS des MONTS, op. cit., in Le droit pénal spécial des S.A., p. 373.

(6) Cass. crim. 4 octobre 1968, Bull. crim. n° 244.

Plus particulièrement, le détournement d'actif personnel est constitué par un acte de disposition accompli par son auteur sur son seul patrimoine personnel. Il n'importe que le prix de vente de l'immeuble soit resté pendant un certain délai entre les mains du notaire alors que cette somme d'argent a pu être saisie par un autre créancier mieux informé (1).

De même, se rend coupable de détournement d'actif personnel, le dirigeant d'une société qui, après s'être porté caution personnelle des engagements de la société envers un créancier a fait postérieurement à la cessation des paiements de la société, donation d'un immeuble à sa fille, le prévenu ne pouvant ignorer que l'aliénation consentie était contraire aux intérêts sociaux et aux intérêts des créanciers et tendait à dissimuler ou à détourner une partie de son patrimoine (2).

Ainsi, à la limite, une simple modification de la structure de l'actif du patrimoine du dirigeant pourrait si les autres éléments constitutifs sont vérifiés conduire à la condamnation du chef de détournement d'actif personnel (3).

2° Conditions touchant au préjudice subi par les divers intéressés

La prévention de détournement d'actif exige en outre que les droits des diverses catégories de créanciers intéressés soient établis sur le patrimoine du dirigeant ou tout au moins susceptibles de l'être. Si, pour le détournement ordinaire, l'élément matériel se définissait notamment par le déplacement de l'actif au préjudice de la masse, dans le détournement de l'actif personnel, il se traduit par la mise en échec des droits des créanciers (4). Il importe par conséquent que ces droits sur le patrimoine du dirigeant existent.

(1) Cass. crim. 30 juin 1971, JCP 1973-II-17344, note BOULOC.

(2) Cass. crim. 4 décembre 1978, D.1979-IR-366, note DERRIDA.

(3) B. BOULOC, op. cit., note sous cass. crim. 30 juin 1971, précitée.

(4) A noter que les créanciers sociaux peuvent, à titre individuel, obtenir des dommages-intérêts du dirigeant social qui n'est pas soumis à la procédure collective de la société: voir DERRIDA, note sous crim. 4 décembre 1978, D.1979-IR-366, et les réf. citées.

A cet égard, la société, les associés et les créanciers sociaux disposent, dans la plupart des législations, d'une multitude d'actions en responsabilité susceptibles d'être engagées contre les dirigeants sociaux, en particulier quand survient la faillite de la société. Leur responsabilité peut découler des fautes de gestion (1), de la violation des dispositions statutaires ou légales (2), des dispositions particulières en matière de faillite (3) et même des fautes contractuelles ou extracontractuelles.

Pour la cour de cassation française, le délit prévu et réprimé par l'article 132 de la loi de 1967, est caractérisé sans qu'il soit nécessaire que le prévenu ait été condamné au comblement du passif social ou déclaré personnellement en règlement judiciaire ou en liquidation des biens, par application des articles 99 à 101 de la dite loi ou qu'il ait personnellement cautionné les engagements de la société envers un créancier (4).

Il n'importe par conséquent la base sur laquelle les créanciers, les associés, ou la société peuvent fonder leurs droits. Leur mise en échec alors que les créanciers espéraient les répercuter sur le patrimoine du dirigeant constitue celui-ci en infraction. Cependant, comme le dirigeant n'est pas lui-même en cessation de paiements et que les faits reprochés se rapportent à son patrimoine personnel et non à celui de la société, l'incrimination déjà exceptionnelle ne concerne que le détournement, la dissimulation, la dissipation ou la reconnaissance frauduleuse de dettes. On peut s'interroger toutefois sur l'opportunité de cette extension de la banqueroute et le cas échéant, sur les raisons du caractère limité de la répression.

 (1) F. T'KINT, op. cit., Rev. rég. dr. 1980, p. 103 à 109.

(2) F. T'KINT, op. cit., Rev. rég. dr. 1980, p. 105 et s. et les réf. citées; FAGNARD, La responsabilité personnelle envers les tiers des organes de la société commerciale, Rev. gén. ass. et resp. 1968, n° 7995. P. VAN OMMESLAGHE, Développements récents de la responsabilité civile et économique, in L'évolution récente du droit commercial..., p. 21 et s. En droit français P. DURAND, Les fonctions publiques de l'entreprise privée citée par D. MARTIN, op. cit., RTDC 1979, p. 188.

(3) AMIAUD, op. cit., Rev. gén. fail. 1936, p. 3 et s.; BRICART, op. cit., RTDC 1952, p. 35 et s.; LEGAIS, op. cit., RTDC 1957, p. 289 et s.; ARTZ, op. cit., RTDC 1975, p. 3 et s., en matière d'extension de faillite. Pour le comblement du passif en droit belge par exemple: F. T'KINT, op. cit., Rev. rég. dr. 1980, p. 112 et s.; RONSE, op. cit., RPS 1979, p. 298 et s.

(4) Cass. crim. 26 novembre 1979, D.1980-IR-p. 308.

c. Discussion sur l'opportunité de l'incrimination
 du détournement d'actif personnel du dirigeant

La répression du détournement d'actif personnel à charge du dirigeant est particulière à la France et à la plupart de ses anciennes possessions. Elle a vu le jour en même temps que la répression des dirigeants sociaux pour des faits de banqueroute commis dans le cadre de la société commerciale et l'adoption de sanctions civiles et patrimoniales à charge de ceux qui abusaient de la personnalité morale de la société (1).

En matière pénale, il s'agissait avant tout d'imputer les faits délictueux à ceux par qui ils étaient arrivés. Dès lors, on peut se demander la place occupée par la répression du dirigeant pour le détournement d'une partie de ses biens. En effet, ou bien l'activité sociale a été respectée et dans ce cas, les infractions incombent aux dirigeants par qui la société a agi, ou bien une personne physique a abusé de la personnalité morale et exerçant une activité commerciale personnelle, elle est devenue commerçante et donc passible des poursuites pour banqueroute (2). Il n'apparaît pas que le détournement d'actif personnel s'insère dans l'une des hypothèses (3). Sa répression peut-elle néanmoins être justifiée?

L'échec est souvent l'occasion de la détermination des responsabilités; en l'occurrence, si le dirigeant ne se place pas dans l'hypothèse classique de la banqueroute, il n'empêche que sa responsabilité personnelle peut être engagée dans la survenance de la faillite sociale (4). Mais, au-delà, la masse des créanciers peut postuler une protection pénale plus adéquate en raison du prolongement de leurs droits sur le patrimoine du dirigeant; encore faut-il bien préciser le bien juridique protégé et le mécanisme adéquat pour y parvenir.

(1) AMIAUD, op. cit., Rev. gén. fail. 1936, p. 3 et s.; F. GOYET, op. cit., RSC 1936, p. 345 et s.

(2) Voir BRICART, op. cit., RTDC 1952, p. 35 et s.

(3) GAUTHIER, op. cit., Juriscl. pén., lois pénales annexes; Sociétés fasc. J, 1969, n° 72.

(4) D. VEAUX, La renaissance de la responsabilité personnelle dans les sociétés commerciales, thèse, Rennes, 1945, Paris, éd. techniques 1947.

1° Les contours de l'incrimination: difficile équilibre
entre le délit de fond et le délit de forme - - -

Compte tenu des règles déterminant les domaines de la faillite et de la banqueroute, la répression du dirigeant social du fait du détournement de l'actif du patrimoine personnel paraît de prime abord incompréhensible puisqu'elle frappe un débiteur civil alors que, à l'égard de la personne physique, les procédures collectives et la banqueroute ne s'appliquent qu'aux commerçants. La question ne se situe pas cependant, à ce niveau; car, l'incrimination ne frappe pas le dirigeant pour la gestion personnelle de son patrimoine. Sa responsabilité pénale trouve origine dans la cessation des paiements de la société qu'il dirige et pour autant que la gestion ruineuse de la société peut obliger le dirigeant à réparer le préjudice causé aux victimes de la faillite sociale.

De même, pour rester dans les limites de la juste protection des droits des créanciers de la faillite, le dirigeant n'est réprimé pour une utilisation fautive des biens que dans la mesure où, pourrait-on dire, ils sont grevés. Or, la charge qui pèse en l'occurrence sur le patrimoine du dirigeant est d'assurer la réparation du préjudice causé à l'occasion de la gestion ruineuse de l'entreprise. Il n'est donc pas question de frapper la gestion du patrimoine personnel du dirigeant mais les seules perturbations opérées pour se soustraire aux obligations que la survenance de la faillite sociale met éventuellement à sa charge. Pour cela, l'incrimination sera une infraction de forme destinée au respect des sanctions patrimoniales découlant du régime de faillite (1).

Il s'avère cependant que certaines décisions des tribunaux condamnent sans se préoccuper de la source de l'obligation à laquelle le dirigeant veut se soustraire dès lors que la cessation de paiements de la société lui était connue. Les droits des créanciers atteints peuvent découler de la responsabilité du dirigeant dans la ruine de l'entreprise mais aussi de toute autre responsabilité de droit commun (2).

(1) B. BOULOC, note précitée, JCP 1973-II-17344.

(2) Cass. crim. 4 décembre 1978, D.1979-IR-271 et 366; cass. crim. 26 novembre 1979, D.1980-IR-p. 308.

Sans doute, l'exigence de la cessation des paiements de la société comme élément constitutif de l'incrimination maintient celle-ci dans le domaine de la faillite. Mais le trouble à l'ordre social s'est déplacé puisqu'il concerne les relations entre les créanciers et le dirigeant débiteur secondaire, en tant que son patrimoine garantit celui de la société. Plutôt qu'une infraction assimilée à la banqueroute, l'incrimination n'aurait par conséquent qu'un lien de connexité avec elle (1); ce qui devrait conduire à une appréciation différente de sa gravité. Il s'agit d'une atteinte aux droits des créanciers commise par une autre personne que le débiteur lui-même. On peut d'ailleurs se demander si la qualité de dirigeant est indispensable à l'incrimination.

2° L'exigence de la qualité de dirigeant comme élément constitutif de l'incrimination: confusion dans les objectifs de la répression

Pour parfaire les mesures d'aggravation de la responsabilité des dirigeants qui mènent la société à la faillite, l'incrimination de détournement d'actif personnel fut érigée à charge du dirigeant social à côté des infractions assimilées. Mais on peut se demander si cette exigence n'a pas restreint les objectifs de la répression ou si effectivement l'incrimination était objectivement inséparable de la qualité de dirigeant.

Dans la mesure où la nouvelle incrimination avait pour tâche de renforcer la protection des droits des créanciers découlant de la responsabilité encourue par les dirigeants dans la conduite ruineuse de la société, il était sans doute nécessaire que les droits des créanciers sur le patrimoine du dirigeant existent; mais il n'était pas indispensable que sa responsabilité dans la faillite sociale en tant que dirigeant apparaisse (2). Dans sa structure matérielle, le détournement d'actif personnel a par conséquent un caractère ambigu en organisant à la fois une répression à charge du débiteur secondaire de la faillite et à charge du dirigeant responsable de la ruine de la société.

(1) Ne pas confondre néanmoins avec le recel: cass. crim. 18 janvier 1968, Bull. crim. n° 17. On glisserait de ce point de vue vers une infraction de fond.

(2) Cependant, en pratique, même si aucun lien de causalité n'est exigé entre la qualité de dirigeant et celle de débiteur de la masse de la société, les dirigeants de droit ou de fait auront le plus souvent à soutenir sur leur patrimoine les droits des créanciers à la suite de la cessation des paiements de la société.

Pour poursuivre le débiteur qui compromettrait la réalisation des droits des créanciers, était-il vraiment nécessaire de se placer dans le cadre de l'activité sociale? On pourrait se demander à cet égard pourquoi le dirigeant qui a cautionné les engagements de la société risquerait des poursuites pour détournement d'actif personnel alors que la caution d'un commerçant personne physique serait impunie.

En revanche, comme dirigeant ayant abusé de la personnalité morale de la société jusqu'à la ruine de celle-ci, le délinquant aurait pu faire l'objet de plus d'attention de la part du législateur pénal. A l'instar de l'extension de faillite en matière civile, on aurait pu à notre avis, appliquer des peines de banqueroute à tous ceux qui, ayant pris la responsabilité d'un comportement caché ou ostensible d'un homme d'affaires, ont organisé leur insolvabilité. L'incrimination de banqueroute plus complète frapperait ces nouveaux délinquants pour l'ensemble de fraudes, fautes graves portant sur la gestion de leur patrimoine afin de protéger aussi bien les créanciers sociaux que les créanciers personnels (1).

Certes, même la simple soustraction du patrimoine aux poursuites des créanciers de la faillite pourrait susciter une réprobation sociale, étant entendu que la réparation la plus complète du dommage contribue au retour de l'ordre social; encore convient-il de distinguer les infractions proprement dites du débiteur de celle des acolytes gravitant autour de lui. Alors que les faits les plus graves seront seuls reprochés aux derniers, le débiteur encourra les sanctions pénales pour toutes fautes graves et fraudes portant gravement atteinte aux droits des créanciers.

En résumé, alors que les auteurs d'abus de la personnalité morale auraient dû subir l'entière du régime de banqueroute comme de simples débiteurs, les dirigeants ou toute autre personne qui ne se soustrairait qu'aux poursuites subsidiaires des créanciers de la masse n'encourrait de sanction que pour les faits les plus graves facilitant la banqueroute proprement dite.

(1) Voir supra corrélation de la banqueroute et de l'extension de faillite.

SECTION 2: LA RECONNAISSANCE FRAUDULEUSE DU PASSIF: ELEMENT MATERIEL

Au lieu de revêtir une forme positive comme dans le détournement d'actif, l'appauvrissement du patrimoine du débiteur au détriment des créanciers peut se réaliser par l'augmentation des dettes qui diminuera les dividendes en même temps qu'elle permettra de se réserver pour l'avenir une quantité de ressources correspondantes (1). Par l'augmentation factice du passif, le gage des créanciers se trouve dans ce cas également diminué ou supprimé (2). Le résultat est par conséquent le même que dans le détournement d'actif, seul le procédé change. La violation du gage général étant certaine, la reconnaissance frauduleuse du passif est gravement réprimée.

La doctrine insiste peu sur la structure matérielle de l'infraction dont la qualification ne semble pas poser de difficultés particulières (3). Pourtant, l'opération paraît plus astucieuse en particulier lorsque le débiteur l'a minutieusement préparée en adaptant les écritures; il s'entend alors avec certains créanciers qui sont prêts à lui porter secours en majorant leur déclaration de créance (4). Mais il n'est pas à exclure qu'il procède tout seul par déclaration fictive.

Comme pour la dissimulation, le problème crucial de l'incrimination réside dans la découverte de la réalité des faits. Quand les créanciers acceptent de jouer le jeu, l'enquête rencontre des difficultés insurmontables.

On peut s'interroger à cet égard sur la limitation du domaine de l'incrimination. La plupart des législations (5) examinées ne punissent en effet que la reconnaissance des dettes effectuée dans les écritures, soit dans des actes publics soit dans des engagements sous signature privée et particulièrement dans le bilan. Ce sont par conséquent les seuls moyens écrits de se reconnaître fictivement débiteur qui sont réprimés.

(1) ROUJOU de BOUBEE, op. cit., Ann. Univ. sc. soc. Toulouse 1975, p. 192.

(2) LIKULIA BOLONGO, op. cit., p. 383.

(3) HONORAT, op. cit., Juriscl. pén. art. 402-404, n° 78.

(4) LENCOU, op. cit., p. 52 et s.; JL DUPLAT, Droit pénal financier, p. 56; JL DUPLAT, Aspects nouveaux du droit de la banqueroute... in L'évolution récente du droit commercial..., p. 397.

(5) France, Belgique, Cameroun, Sénégal, Maroc, etc...

Il est vrai que dans ce cas, la criminalité de l'agent se révèle sans équivoque et que la preuve pourra en être facilitée bien que la difficulté réside précisément dans la connaissance de ces faits. Par ailleurs, il y a lieu de constater que pour se faire admettre à la faillite, une déclaration de créance sera nécessaire. On pourrait dès lors penser qu'une majoration du passif crédible se fera par cette même voie. Toutefois, il n'apparaît pas que le trouble à l'ordre social soit différent quand l'agent emploie pour perpétrer l'infraction des moyens écrits ou oraux. L'aveu mensonger fait par le débiteur, des affirmations devant témoin peuvent autant porter atteinte au gage général (1). Il conviendrait par conséquent, à la suite de quelques législations (2) de ne pas spécifier les moyens utilisés pour la reconnaissance frauduleuse de dettes, de manière à englober dans les modes de perpétration de l'infraction l'aveu oral.

Par la soustraction de l'actif ou la majoration du passif, le délinquant poursuit un but de fraude clair: faire échapper de manière directe aux créanciers son patrimoine sur lequel, à la suite de la cessation des paiements, ils doivent pouvoir compter dans toute sa composition (3). La grave atteinte que, sans équivoque, subissent leurs droits mérite d'être pénalement réprimée. Mais ce ne sont pas les seuls procédés de violation grave du gage général; toutes les législations ajoutent inmanquablement la soustraction frauduleuse des livres dont on peut se demander l'effet nuisible sur le patrimoine, gage général des créanciers.

SECTION 3: LA SOUSTRACTION DE LA COMPTABILITE

Outre le détournement d'actif et la reconnaissance frauduleuse du passif, l'on insère parmi les faits de banqueroute frauduleuse la soustraction de la comptabilité. Certaines législations (4) incriminent explicitement l'altération des livres alors qu'ailleurs on estime que, dans ce cas, il y a réalisation des infractions fondamentales à savoir le détournement d'actif, ou la reconnaissance frauduleuse du passif. De la sorte, au-delà du mode de perpétration de l'infraction, la répression atteindrait le résultat recherché par le délinquant (5).

(1) Comparer avec LENCOU, op. cit., p. 53 et s.

(2) Anciennes possessions belges, Mali, Tunisie. Remarquer que la législation ne spécifie pas en matière de faillite personnelle (art. 106, 1^o de loi 1967).

(3) Voir cas cité par JL DUPLAT, op. cit., in L'évolution récente du droit commercial... p. 397.

(4) En Belgique et dans les anciennes possessions belges

(5) Droit français: CLEMENT, op. cit., p. 235; LENCOU, op. cit., p. 50; HONORAT, op. cit., Juriscl. pén., art. 402-404, 2, 1969, n^o 75; GAUTHIER, op. cit., juriscl. pén. lois pénales annexes. sociétés. fasc. J.: 1969. n^o 73.

Il semble, cependant, qu'en la matière, la répression tire avantage à se fixer sur les atteintes portées à l'obligation de tenir la comptabilité comme instrument de gestion indispensable. L'on considère que les droits des créanciers sont sérieusement menacés lorsque la véritable situation du débiteur ne peut être retracée à la suite d'une défaillance de la comptabilité.

Après avoir recherché le fondement d'une telle incrimination on déterminera ses éléments constitutifs en rapport avec l'exigence de la comptabilité en matière commerciale.

§ 1. FONDEMENT DE L'INCRIMINATION DE SOUSTRACTION DE LA COMPTABILITE

L'objectif primordial de répression en matière de banqueroute est d'atteindre toute fraude opérée à l'égard de la masse des créanciers. Il peut dès lors paraître surprenant que parmi les plus graves atteintes directes au patrimoine du débiteur, gage général des créanciers, se trouve la soustraction de la comptabilité (1).

La comptabilité tient une place très importante en matière commerciale et dans la gestion des entreprises en général. Non seulement elle permet au débiteur de suivre son affaire, mais encore, elle est déterminante de la confiance des créanciers et de tous les partenaires du débiteur. Tout le monde suit le développement de l'affaire à travers les éléments comptables publiés et il importe que leur foi ne soit pas trompée. C'est pourquoi la défaillance de la comptabilité pourrait être rangée parmi les atteintes à la foi publique (2).

Néanmoins, à l'égard des créanciers alertés par la survenance de la faillite, la soustraction de la comptabilité représente une atteinte plus directe et plus grave à l'instar du détournement d'actif ou du gonflement frauduleux du passif. Contenant les données indispensables à l'appréciation de l'octroi du crédit par la lumière qu'elle projette sur la situation du débiteur, la comptabilité entre assurément dans les éléments d'appréciation de leurs droits (3). Elle permet ensuite au débiteur de connaître la situation financière et économique de son activité (4). Elle est enfin, un instrument de gestion qui permet de suivre le déroulement de l'activité, son évolution et de cerner

(1) Voir PINOTEAU, op. cit., p. 460, n° 858.

(2) CLEMENT, op. cit., p. 234, Ex. art. 207 de loi sur les sociétés commerciales en Belgique: le faux commis avec une intention frauduleuse.

(3) CLEMENT, op. cit., p. 235.

(4) G. CLEMENT, op. cit., p. 239.

les éléments qui influent de manière déterminante, sur les résultats (1). Et lorsque survient la faillite, elle permettra au curateur de déterminer la situation du débiteur et les causes de la cessation des paiements. (2).

La soustraction de la comptabilité ou son altération - dans certaines législations - revêt par conséquent une particulière gravité en affaires. Elle porte une atteinte directe aux droits des créanciers en ce sens "qu'elle a pour conséquence de faire disparaître des preuves des engagements pris par le commerçant ou par la société et de dissimuler sa véritable situation" (3). De procédé utilisé pour parvenir à la soustraction du gage général des créanciers, elle se mue en une véritable atteinte au "support" des droits des créanciers. De simple atteinte à l'obligation formelle de la tenue d'une comptabilité elle devient une véritable infraction de fond, une véritable fraude aux droits des créanciers dont la juste appréciation équivaut à l'existence (4).

C'est par conséquent l'importance accordée à ce rôle de jauge de l'activité économique qui motive la sévérité de la loi en cas de défaillance. Par la soustraction de la comptabilité ou son altération, ce n'est pas la foi publique qui est seulement atteinte mais encore et surtout les droits patrimoniaux des créanciers.

Les nouvelles législations (5) de la banqueroute accordent une place de choix aux incriminations en rapport avec la comptabilité. Elles ont même réalisé pour la plupart une gradation de la répression selon la gravité des actes posés. Si la soustraction de la comptabilité est réprimée à titre de banqueroute frauduleuse, la non tenue de comptabilité est un cas de banqueroute simple obligatoire tandis que la tenue irrégulière ou incomplète est qualifiée de banqueroute

(1) F. GORE, *Personnalité juridique et personnalité comptable*, in *La comptabilité et le droit*, séminaire organisé à Liège (1973), p. 40 et 41; CLEMENT, *op. cit.*, p. 234.

(2) Voir CLEMENT, *op. cit.*, p. 235.

(3) HONORAT, *op. cit.*, *juriscl. pén.*, art. 402-404, n° 74; LENCOU, *op. cit.*, p. 50; BESSOU, *op. cit.*, p. 124.

(4) BESSOU, *ibid.* En droit belge voir MAERTENS, *Commentaire de la loi du 18 avril 1851 sur les faillites, banqueroutes et sursis*, p. 753, n° 874.

(5) Exemple de la loi française de 1967: art. 129 (banqueroute frauduleuse); art. 128, 5° (banqueroute simple facultative); art. 127, 5° (banqueroute simple obligatoire).

simple facultative. Il est à remarquer, enfin, que la législation belge, l'une des plus récentes en la matière, ne réprime à titre de banqueroute que la soustraction et l'altération frauduleuse de la comptabilité, abandonnant à cet égard la répression des autres hypothèses (1).

On s'arrêtera, pour l'heure, à la soustraction frauduleuse de la comptabilité dont on va déterminer la structure matérielle.

§ 2. ELEMENTS CONSTITUTIFS DE L'INFRACTION EN RAPPORT AVEC L'EXIGENCE DE LA COMPTABILITE

L'importance de la comptabilité pour un commerçant ou une société commerciale ne peut être méconnue. La soustraction des livres ne fut-elle pas l'une des premières incriminations pour banqueroute (2)! Mais, en ce domaine, le problème crucial de la répression a été souvent la détermination de manière limitative des éléments indispensables de la comptabilité. Dans une matière pénale où tous les éléments de l'incrimination doivent être strictement définis, il a été toujours difficile de concilier les besoins de la répression et les nuances de la pratique avec la fixation rigide des livres et des documents comptables exigés sous la menace de la peine pour banqueroute (3).

Il sied par conséquent de connaître d'abord les obligations du commerçant en matière de comptabilité pour fixer ensuite le contenu des incriminations. On découvrira, à cet égard, une certaine différence entre les obligations qui s'imposent au commerçant personne physique et celles d'une société commerciale. Seront successivement analysées:

1. Les exigences de la loi en matière de comptabilité
2. La soustraction de la comptabilité à charge du commerçant personne physique
3. L'infraction assimilée à charge du dirigeant social

(1) art. 21 et 22 de loi du 17 juillet 1975, relative à la comptabilité et aux comptes annuels des entreprises.

(2) H. LEVY-BRUHL, La banqueroute dans l'ancien droit français, RSC 1947, p. 491 et s.

(3) Pour le manque d'harmonie des dispositions relatives aux obligations de commerçant et celles relatives à la faillite: voir notamment, HONORAT, Les innovations du décret du 20 mai 1955... Thèse Alger 1959..., p. 21 et s.; DERRIDA, note sous Alger 1er juillet 1958, JCP 1958-II-10854; A. HONORAT, note sous cass. com. 4 janvier, 11 juillet 1960 et 14 mars 1961, D.1961-J-p. 685 à 688; en droit belge JL DUPLAT, Aspects nouveaux du droit de la banqueroute et du droit pénal comptable... in L'évolution récente du droit commercial et économique, éd. J. Barreau, Brux. 1978, p. 367 et s. Voir infra: non tenue de comptabilité conforme aux usages de la profession, eu égard à l'importance de l'entreprise (banqueroute simple obligatoire).

A. LES EXIGENCES DE LA LOI EN MATIERE DE COMPTABILITE

Sans prétendre à une investigation approfondie dans le domaine du droit comptable, il convient cependant d'être fixé sur les exigences légales en la matière pour apprécier l'incrimination de soustraction frauduleuse des livres ou de la comptabilité. Or, le degré de développement de la comptabilité semble coïncider avec les progrès réalisés en matière de gestion des entreprises, la comptabilité étant elle-même un outil de gestion (1). Aussi, étant donné la différence de niveau de développement existant entre les anciennes possessions africaines et les métropoles et liée au demeurant à la dimension des entreprises et au volume des affaires drainées, il est à prévoir que les exigences légales en matière comptable soient différentes. En revanche, l'absence d'un droit positif comptable structuré ou la dispersion des dispositions dans de nombreux textes variés (2) n'empêche pas un développement des exigences comptables à travers les usages de la profession. Néanmoins, une telle lacune embarrasse fortement l'action répressive qui doit se conformer à la légalité des incriminations. D'où l'élargissement des termes de l'incrimination sous le vocable de comptabilité.

On examinera les livres exigés par la loi et ensuite le contenu de la comptabilité.

a. Les livres de comptabilité exigés par la loi: droit des pays africains

Avant l'avènement de nouveaux droits comptables et de nouvelles dispositions y afférentes en matière de droit des sociétés (2), les obligations légales concernant la tenue des livres de commerce sont peu exigeantes. Cependant, le commerçant se contentera rarement des seules exigences de la loi; il se conformera en outre aux usages qui améliorent la perception de son activité. D'ailleurs, à la veille

(1) CLEMENT, op. cit., p. 234, citant H. COURCELEAUD, De la force probante des comptabilités commerciales au regard du droit fiscal et des conséquences qui en découlent, thèse, Paris, 1978.
(2) Cf. LEMPEREUR, Principes du droit de la comptabilité et des comptes annuels des entreprises, in L'évolution récente du droit commercial et économique, 1978, p. 213 et s. (exemple de la Belgique avant la loi de 1975).
(3) Voir infra: Droit belge et droit français. Certains pays africains ont amélioré les obligations à charge des commerçants en matière de livres de commerce: voir ci-après, note.

de la réforme française de 1958, la première à avoir introduit en matière de banqueroute le concept élargi de comptabilité, certaines législations de faillite fixent les obligations des commerçants en la matière selon un double critère: les livres exigés par la loi et les usages de la profession compte tenu de la dimension de l'entreprise (1).

On distinguera toutefois entre les dispositions des anciennes possessions françaises de celles des anciennes possessions belges, les exigences légales n'étant pas en ce domaine tout à fait identiques.

Selon le code de commerce d'outre-mer en vigueur dans les anciennes possessions françaises, le commerçant est obligé de tenir un livre journal et un livre inventaire. Ce sont les livres obligatoires (2). Toutefois, pour mieux exprimer la réalité économique de son affaire, le commerçant s'est souvent astreint à la tenue d'autres livres auxiliaires, notamment celui des résultats, le grand livre et à la conservation d'autres documents comme les copies et les lettres reçues (3).

-
- (1) Comparer art. 8 et 9 du c. de com. en France et dans les anciennes possessions françaises et art. 12, al. 12, 3^o du décret du 20 mai 1955. L'expression subsiste en matière de banqueroute simple obligatoire, du moins en droit français et les législations africaines qui l'ont pris comme modèle (voir infra).
- (2) Art. 8 et 9 du c. de com. d'outre-mer prévoient des livres obligatoires et facultatifs. A l'imitation du décret français du 22 septembre 1953, certaines législations africaines (code marocain art. 10 et s.), code algérien (art. 9 et s.) exigent en plus d'établir le bilan et le compte de résultats mais ne font pas mention des livres facultatifs alors que d'autres exigent seulement une comptabilité conforme aux usages de la profession, tantôt en spécifiant de manière indicative les livres obligatoires (exemple Gabon: loi n^o 7-72 portant réglementation de la profession de commerçant en République gabonaise (art. 24), JO Rép. gabonaise 1972, p. 885, tantôt en distinguant les différentes catégories de commerçant (Tunisie: c. de com., art. 7); Côte d'Ivoire (art. 2 de la loi n^o 64-292 du 1^{er} août 1964, relative aux obligations des commerçants et à la modification des art. 147 et 150 du code pénal, JO Rép. Côte d'Ivoire 1964, p. 1080 et s.) Dans cette catégorie, il faut inclure les livres exigés par les lois spéciales et particulières à certaines professions; comparer en droit belge avec art. 16 de la loi du 17 juillet 1975.
- (3) Le décret français n^o 53-875 du 22 septembre 1953 relatif à la tenue des livres de commerce et ne mentionnant plus les livres facultatifs fut rendu applicable dans les territoires d'outre-mer, au Togo et au Cameroun par décret n^o 55-323 du 24 mars 1955 (Rec. Penant 1955-III-p. 102).

Dans les anciennes possessions belges, en revanche, si la tenue de la comptabilité est obligatoire, la loi ne distingue pas entre les livres obligatoires et facultatifs, pas plus qu'elle ne précise le mode de comptabilité à adopter. La seule exigence est une comptabilité régulière qui reflète "l'état des opérations commerciales et la situation de fortune" du commerçant (1). Celui-ci doit néanmoins, est-il précisé, faire inventaire avant (2) l'activité, ensuite chaque année, et garder les copies de sa correspondance.

On peut, à cet égard, se demander si une distinction doit être établie entre les inventaires et les correspondances d'un côté et les livres à proprement parler de l'autre, comme l'y inviteraient certaines dispositions du décret du 31 juillet 1912 sur les livres de commerce (3).

Il est évident que les inventaires et les correspondances font corps avec les livres pour l'entière satisfaction des obligations du commerçant en matière de comptabilité; ou plutôt font-ils partie eux-mêmes des livres nécessaires à la détermination de l'état des opérations commerciales et de la situation de fortune (4)! "Les livres du commerçant, écrit un auteur, englobent tous les documents qui passent entre les mains à l'occasion de l'exercice du commerce ainsi que toutes les opérations comptables qu'il effectue" (5).

Il reste cependant qu'il est difficile de prévoir rigidement et en détail les normes comptables pour toutes les entreprises sans dire que la technique comptable elle-même est en constante évolution. Comme le décret français de 1955 l'avait reconnu, non seulement les exigences comptables diffèrent selon les professions, mais aussi au sein d'une même profession selon les dimensions de l'entreprise (6). La sage solution du législateur a été toujours d'attacher le caractère obligatoire à un certain nombre de livres minimum.

(1) Art. 1 du décret du 31 juillet 1912. Voir COM. LAN, Traité de droit commercial congolais, t. I, p. 48 et s.

(2) Art. 2 du décret du 31 juillet 1912.

(3) Art. 4 et s. du décret. Or, les dispositions pénales ne feraient référence qu'aux livres, sauf pour la banqueroute simple facultative (art. 88, 1^o, 2^o, 3^o du code pénal colonial).

(4) Art. 1 du décret du 31 juillet 1912.

(5) COM. LAN, op. cit., t. I, p. 50.

(6) A. HONORAT, Les innovations du décret du 20 mai 1955. Thèse, Alger, p. 21 et s. Même la législation belge assez détaillée stipule une comptabilité appropriée à la nature et à l'étendue des activités (art. 2 de loi 1975).

Pour la doctrine et la jurisprudence française, la règle de tenir des livres de commerce affecte sans doute les livres obligatoires à savoir le livre-journal et celui d'inventaire (1). Néanmoins, lorsque d'autres livres ont été tenus notamment le grand-livre ou les livres auxiliaires, ils doivent l'être avec la même rigueur que les livres obligatoires (2). Aussi, la règle de la tenue des livres de commerce et les sanctions qui lui sont attachées concernerait en définitive tous les livres effectivement tenus. En matière pénale, toutefois, cette interprétation n'emporte pas toute la certitude de la solution (3). C'est pourquoi les nouvelles législations préfèrent aux livres de commerce la généralité du terme de comptabilité.

b. L'exigence de la tenue de comptabilité dans les législations récentes

Pour connaître la véritable situation financière et économique de l'entreprise, les seuls livres obligatoires (4) ne peuvent pas de manière concrète rendre compte de toutes les opérations effectuées. Par ailleurs, la réalité des écritures ne sera pas vérifiée si elle n'est pas soutenue par des pièces justificatives et autres documents retraçant la vie de l'entreprise, l'exigence élémentaire d'une comptabilité étant d'être complète et régulière (5), c'est-à-dire enregistrer toutes les opérations sans exception et au fur et à mesure de leur passation. On s'arrêtera ici à la quantité de documents constituant une comptabilité tandis que la qualité de leur tenue sera examinée plus loin lorsqu'il sera question du caractère complet et régulier de la comptabilité.

(1) Note DERRIDA, sous Alger, 1er juillet 1958, JCP 1958-II-10854, G. RIPERT, Encycl. Dalloz, V° Usages commerciaux, n° 10; Note COSSON, sous cass. crim. 8 janvier 1979, D.1979-J-663; crim. 29 mai 1978, Bull. crim. 1978, n° 168, p. 428. Voir cependant HONORAT, op. cit., thèse Alger, p. 22 et 23; HONORAT, note sous cass. com. 4 janvier, 11 juillet 1960 et 14 mars 1961, D.1961-J-685 à 688; HOUIN, Encycl. Dalloz, V° Faillite... 1956, n° 179 et 183. La controverse a peu d'intérêt en matière de soustraction des livres, on la retrouvera surtout dans l'incrimination de l'absence de comptabilité et de la comptabilité incomplète et irrégulière.

(2) Crim. 2 novembre 1951, JCP 1951-II-6605.

(3) Crim. 8 janvier 1979, D.1979-J-633 et le moyen proposé dans le pourvoi, selon lequel des irrégularités commises dans les livres auxiliaires ne sauraient être punissables.

(4) Lorsque la loi exige un minimum légal.

(5) A. HONORAT, op. cit., Thèse Alger, p. 23.

Si le contenu de la comptabilité varie notamment suivant le volume et la complexité des affaires ainsi que la méthode de gestion suivie, il est exclu de déterminer de manière absolue comment les opérations seront transcrites et évaluées (1). A la limite même, chaque gestionnaire aurait sa méthode d'appréciation de ses affaires. Néanmoins, tout en admettant une certaine marge de liberté, on peut, suivant l'évolution des techniques de gestion, améliorer les exigences de la loi dans la tenue des comptes, résultat auquel sont parvenues certaines législations récentes notamment en Belgique et en France.

1° Droit belge de la comptabilité

En droit belge, le siège des obligations en matière comptable se trouve dans la loi du 17 juillet 1975 et ses arrêtés d'exécution (2). Se trouvent ainsi concernés les commerçants personnes physiques, les sociétés commerciales ou à forme commerciale et les organismes publics dont les engagements sont réputés commerciaux par la loi (3). Mais, suivant leur dimension, la loi les distingue en deux catégories et leur donne le choix dans un cas de tenir une comptabilité simplifiée ou les astreint dans un autre à une comptabilité plus détaillée.

A l'égard du commerçant personne physique et de petites entreprises (4) la législation belge se satisfait d'une comptabilité simplifiée comprenant quatre livres ou journaux:

-
- (1) Recommandations relatives à l'information publiée par les sociétés (élaborées par un groupe de travail constitué sous les auspices du centre d'études bancaires et financières) in Régime juridique de l'entreprise privée (Droit belge et européen des affaires, Recueil des textes), Bibliothèque La Chartre, c. de com., V^o Comptes annuels, p. 4 et s.; Y. GUYON, Droit des affaires, Paris, Economica, 1980, p. 352 et s. Voir art. 2 de loi belge du 17 juillet 1975 relative à la comptabilité et aux comptes annuels.
 - (2) Une importance particulière doit être accordée à l'arrêté royal du 15 décembre 1978 modifiant la loi du 17 juillet 1975 relative à la comptabilité et aux comptes annuels des entreprises (Mon. 4 janvier 1979) notamment l'art. 17; voir aussi la loi du 24 mars 1978 relative à la publicité des actes et des comptes annuels des sociétés commerciales ou à forme commerciale.
 - (3) Art. 1 de la loi du 17 juillet 1975. Il existerait un projet d'élargir la loi aux autres personnes morales de droit privé.
 - (4) Art. 5 de loi du 17 juillet 1975. Selon l'A.R. du 20 juillet 1978, il s'agit de commerçants personnes physiques ou des sociétés en nom collectif ou en commandite simple dont le chiffre d'affaires à l'exclusion de la TVA ne dépasse pas 15 millions, élevé à 20 millions pour les détaillants en carburant. Voir ci-après.

- le livre de trésorerie où sont enregistrés les mouvements et soldes des disponibilités en espèce et en compte. Y seront mentionnés l'objet de l'opération et les prélèvements de fonds autres que pour les besoins du commerce.
- le livre des achats ou des entrées relatant les achats, importations et prestations reçues.
- le livre des ventes ou des sorties, c'est-à-dire des exportations, ventes et prestations fournies ainsi que les prélèvements en nature autres que pour les besoins du commerce.
- le livre des inventaires, enfin, transcrivant les données de l'inventaire et les comptes annuels (1).

Font également partie de la comptabilité les pièces justificatives (2) qui soutiennent les écritures ainsi que s'il y a lieu, le plan comptable définissant les comptes ouverts et les critères d'évaluation (3), selon les normes minimales fixées par arrêté.

Les moyennes et les grandes entreprises, les sociétés commerciales en particulier sont soumises à la tenue d'une comptabilité plus détaillée. Cette rigueur s'attache non seulement à la quantité de documents à tenir mais aussi aux informations qu'ils doivent contenir.

Parmi les documents obligatoires, il faut recenser:

- l'existence d'un plan comptable définissant les comptes ouverts ainsi que leur rubrique de synthèse. Ce plan comptable est tenu en permanence tant au siège de l'entreprise qu'aux sièges des services comptables importants (4).

(1) JL DUPLAT, Comptabilité des entreprises et infractions pénales, Rev. rég. droit 1978, p. 597 et s.; La loi du 17 juillet 1975 sur la comptabilité et les comptes annuels des entreprises, Rev. not. belge 1976, p. 110; P. LURKIN, Prescriptions légales en matière de comptabilité et de comptes annuels des entreprises, éd. Créadif, 1979, p. 79 et s.; JL DUPLAT, op. cit., in L'évolution récente du droit commercial... Ed. J. Barreau, Bruxelles, 1978, p. 367 et s.; A. DE BLUTS et A. RUTTIENS, Aspect pénal de la loi relative à la comptabilité et comptes annuels des entreprises, Rev. belge des sciences commerciales 1977, n° 4, p. 195-209.

(2) Art. 6 de la loi du 17 juillet 1975.

(3) Art. 7 de la loi du 17 juillet 1975. Voir art. 12 de la loi fixant les critères des entreprises soumises au plan comptable minimum normalisé et à la publication des bilans, comptes de résultats et de l'annexe.

(4) Art. 4, al. 5 et 6 de la loi; voir art. 12 de la loi 17 juillet 1975 et AR du 7 mars 1978 déterminant la teneur et la présentation d'un plan comptable minimum normalisé pour les grandes entreprises. Pas de schéma légal exigé pour les moyennes.

- un livre-journal unique ou un journal auxiliaire unique ou subdivisé en journaux spécialisés reprenant par ordre de date toutes les opérations de l'entreprise et soumis à des règles de formes prévues pour garantir la régularité, l'intégralité et la continuité matérielle des écritures (1).
- le livre d'inventaire et en annexe les méthodes d'évaluation utilisées (2).
- après la confrontation de l'inventaire avec les comptes tenus, ceux-ci sont "synthétisés dans un état descriptif constituant les comptes annuels" (3).

La loi est particulièrement attentive à l'établissement des comptes annuels chez les moyennes et grandes entreprises. Elle leur assigne non seulement la mission de déterminer de manière statique la situation financière de l'entreprise avec son bilan déficitaire ou excédentaire en vue d'une répartition éventuelle des bénéfices, celle de fixer la valeur des biens constituant le gage commun des créanciers, mais aussi d'évaluer l'activité économique de l'entreprise dans une perspective dynamique en tant qu'activité susceptible d'apporter des revenus à tous ceux qui participent à sa réalisation, les associés, les travailleurs et les tiers partenaires (4).

Dans cette optique, les comptes annuels permettront d'entrevoir ou de stigmatiser les difficultés de l'entreprise, alors qu'aux créanciers, il fournissent des éléments d'appréciation de "la possibilité pour l'entreprise de créer une marge brute d'exploitation suffisante pour assurer le service des emprunts", donnée plus intéressante que "la réalisation forcée des actifs de l'entreprise dans des conditions fréquemment aléatoires" (5).

(1) Art. 4, al. 2, 3 et 4 de la loi, art. 8 de la loi.

(2) Art. 7 de la loi. L'AR du 8 octobre 1976 détermine le contenu des comptes annuels des entreprises. Cet arrêté prévoit un schéma légal pour les grandes entreprises (art. 1 renvoyant à l'art. 12 de la loi).

(3) Art. 7, al. 2 de la loi du 17 juillet 1975.

(4) Rapport au Roi précédant l'AR du 8 octobre 1976 relatif aux comptes annuels des entreprises (moniteur du 19 octobre 1976). Cet arrêté a été successivement modifié par celui du 27 décembre 1977 (moniteur 30 décembre 1977) et du 14 février 1979 (moniteur 22 février 1979).

(5) Rapport au Roi précité.

Parmi les comptes annuels, le bilan établi chaque année à la même période exprime la concordance de l'inventaire et des comptes tenus au fur et à mesure de l'évolution de l'activité. Il doit respecter la règle de continuité et être dressé avec la sincérité et la prudence souhaitées (1).

La tenue du compte des pertes et profits ou des résultats concentre quant à lui son information sur la rentabilité de l'entreprise; il s'agit en quelque sorte de "vivifier" les données comptables après correction d'inventaire, les redressements d'évaluation et les imputations de telle sorte que les revenus et les charges de l'exercice apparaissent clairement (2). Les amortissements et les réductions de valeurs y tiennent une importance capitale (3).

Pour détailler certains éléments du bilan, expliquer leur ampleur ou leur complexité, voire leur impact sur l'évolution de l'activité, une annexe est prévue à côté du bilan et du compte des pertes et profits (4).

Dans les sociétés commerciales, la reddition des comptes s'accompagne des rapports du commissaire pour certifier la régularité des comptes (5) et du conseil d'administration (6) pour expliquer l'action passée et future de la société, les événements internes ou externes qui influent sur le volume de la production etc... Les rapports des commissaires et du conseil d'administration font corps avec les comptes sociaux. De même, l'annexe, le compte de pertes et profits ou compte de résultats ainsi que le bilan font un tout; et leur ensemble constitue les comptes annuels de l'entreprise (7).

(1) Recommandations relatives à l'information publiée par les sociétés..., p. 7; art. 10 et s. de l'AR du 8 octobre 1976.

(2) Recommandations relatives à l'information publiée par les sociétés..., p. 7; voir Cl. LEMPEREUR, op. cit., in L'évolution récente du droit commercial et économique 1978, p. 247 et s.

(3) Art. 12 de l'AR du 8 octobre 1976.

(4) Art. 2 de l'AR du 8 octobre 1976; art. 13 et s. de l'AR précité.

(5) et (6) Art. 77, al. 6, art. 78, al. 1, 4^o, art. 79 de loi coordonnée sur les sociétés commerciales tels que modifiés par la loi du 24 mars 1978. Pour la S.P.R.L. (art. 137 de loi coordonnée sur les sociétés) pour la société coopérative (art. 158).

(7) Art. 2 de l'AR du 8 octobre 1976, art. 77 de loi coordonnée sur les sociétés commerciales; recommandations relatives à l'information publiée par les sociétés... p. 18.

Il reste enfin à se demander le critère utilisé pour distinguer les petites entreprises bénéficiant de la facilité d'une comptabilité simplifiée et les autres, moyennes et grandes astreintes à une comptabilité détaillée, celle-ci étant souvent explicitée dans les arrêtés d'exécution de la loi de 1975. Deux critères ont été alternativement utilisés: la structure juridique ou la dimension de l'entreprise compte tenu du volume de ses affaires (1). Ainsi, sont petites entreprises, les commerçants personnes physiques ou les sociétés en nom collectif ou en commandite simple dont le chiffre d'affaire du dernier exercice à l'exclusion de la TVA n'excède pas un certain montant (2). Les sociétés en nom collectif ou en commandite simple comme les personnes physiques dont le chiffre d'affaires dépasse le montant indiqué, toutes les sociétés de personnes à responsabilité limitée et toutes les sociétés par actions rentrent dans la catégorie des moyennes et des grandes entreprises (3).

Cette distinction a été notamment utilisée dans l'édiction des sanctions pénales protégeant les prescriptions comptables en dehors de la banqueroute puisque les petits commerçants ne sont pénalement responsables que si l'entreprise a été déclarée en faillite, condition non retenue chez les autres entreprises moyennes et grandes (4).

2° Exigences du droit français en matière de comptabilité

En droit français, l'évolution la plus significative en matière d'obligations comptables découle du droit des sociétés. En effet, en ses articles 340 et suivants, la loi de 1966 sur les sociétés a prévu un ensemble de dispositions relatives à l'établissement de l'inventaire, à la reddition des comptes et leur publication, ainsi qu'aux rapports des commissaires et des dirigeants d'une société (5). Les obligations les plus lourdes pèsent sur les dirigeants sociaux alors que la situation des commerçants personnes physiques demeure inchangée avec l'obli-

(1) Art. 5 de loi du 17 juillet 1975; JL DUPLAT, op. cit., Rev. rég. dr. 1978, p. 570.

(2) 15 millions selon l'AR du 20 juillet 1978 porté à 20 millions pour les détaillants en carburant pour automobile (AR du 12 juillet 1976). il faut excepter parmi les commerçants personnes physiques les agents de change concernés par l'art. 16 de la loi du 17 juillet 1975.

(3) JL DUPLAT, op. cit., in L'évolution récente du droit commercial..., p. 371 et s.; P. LURKIN, op. cit., p. 79 et s.; Cl. LEMPEREUR, op. cit., in L'évolution récente du droit commercial..., p. 221 et s.

(4) Art. 17, al. 3 de loi du 17 juillet 1975

(5) RIPERT et ROBLOT, op. cit., t. I, 9^o, éd. 340 et s. et 1477 et s.; Y. GUYON, op. cit., p. 376 et s.

gation de tenir le livre-journal et le livre inventaire, les autres étant facultatifs (1). Notre attention se fixera par conséquent sur les exigences de la comptabilité en matière de société.

En dépit de leur insertion dans le droit des sociétés, les obligations à charge des dirigeants sociaux en matière de comptabilité sont à plusieurs égards identiques à celles retenues par le droit belge. L'existence d'un plan comptable indiquant la technique comptable utilisée, celle du livre-journal retraçant les opérations successives et celle des inventaires relèvent des exigences ordinaires en matière de comptabilité. On se bornera à signaler l'intervention du commissaire en cours d'exercice pour vérifier la régularité et la sincérité des documents comptables, le compte-rendu de ses investigations aux dirigeants et la révélation des faits délictueux au procureur de la République (2).

En revanche, la loi affine ses prescriptions en matière de reddition des comptes et l'établissement des comptes annuels. Si comme en droit belge, les dirigeants sont tenus de dresser le bilan de tenir le compte de pertes et profits, l'on insiste beaucoup en droit français sur l'information que doivent contenir les rapports des dirigeants et des commissaires à l'assemblée générale.

Au-delà des comptes, le rapport des dirigeants accompagné d'une annexe destinée aux spécialistes informe les partenaires aussi parfaitement que possible sur la santé de l'entreprise, les progrès réalisés, les difficultés rencontrées et les perspectives d'avenir (3). Quant au rapport des commissaires, il certifie la régularité et la sincérité des comptes. En cas de besoin, il indique les observations et les réserves que ces comptes appellent de sa part et éventuellement les motifs de son refus de certificat. L'importance d'un tel document est à souligner dans la mesure où il entraîne la confiance des tiers en la régularité et la sincérité des comptes certifiés, la compétence et l'indépendance du commissaire garantissant sa fiabilité (4).

(1) A vrai dire, le décret du 22 septembre 1953 modifiant les art. 8 et 9 du c. de com. ne parle même pas des livres facultatifs; mais ils sont en pratique tenus, notamment le grand livre. En revanche, il prévoit la tenue du compte de résultats ainsi que la conservation de pièces justificatives. Il semblerait qu'en pratique, également, il existe une certaine tolérance à l'égard de petits commerçants sur les livres à tenir: voir DERRIDA, note précitée sous Alger, le 1^{er} juillet 1958, JCP 1958-II-10854

(2) Art. 288, 230, 233, al. 2 de loi du 24 juillet 1966.

(3) Art. 148 du décret du 23 mars 1967, ainsi par exemple, dans les grandes entreprises (+ 300 salariés) le rapport sera accompagné de commentaires du bilan social (loi du 12 juillet 1977 modifiant l'art. 438-7 du code du travail).

(4) GUYON. op. cit.. p. 353. n° 381.

Il semble donc que le droit français insiste particulièrement sur le contenu des documents pour que l'information des associés, des tiers et de tous les partenaires soit la plus complète et la plus accessible possible (1). La consistance du patrimoine social ne pourra qu'en être plus éclairée aussi bien dans ses éléments d'actif que dans sa rentabilité.

Si, par conséquent, la quantité de documents comptables reste quasi identique en droit belge et en droit français, celui-ci semble mieux refléter la situation économique et financière du débiteur et par voie de conséquence la consistance des droits des créanciers. Nous allons voir comment l'évolution des prescriptions en matière de comptabilité se répercute sur les incriminations de banqueroute aussi bien chez le commerçant personne physique qu'en matière de société.

B. LA SOUSTRACTION DE LA COMPTABILITE A CHARGE DU COMMERCANT PERSONNE PHYSIQUE

Si l'obligation de la tenue d'une comptabilité existe pour tous ceux qui exercent une activité commerciale, il apparaît que la quantité de documents exigée par la loi n'est pas la même selon la dimension des entreprises, les plus petites pouvant bénéficier d'une comptabilité simplifiée (2) ou en tout cas moins détaillée que les grandes entreprises constituées notamment sous forme sociale (3). Sans doute, cette distinction n'apparaît pas toujours explicitement dans certaines législations (4); en pratique toutefois, elle semble bien marquée, la tendance du droit des sociétés étant d'exiger la reddition des comptes où l'information des associés et des créanciers est recherchée. On distinguera par conséquent en gros les situations du dirigeant de société et du commerçant personne physique qui sera examinée d'abord.

(1) Y. GUYON, op. cit., p. 380, n° 412.

(2) Art. 5 de loi du 17 juillet 1975 en droit belge. Il s'agit évidemment d'une faculté. Voir les critères de distinction plus haut.

(3) Droit français: obligations minimales pour les personnes physiques (art. 8 et 9 du c. de com.)

(4) Art. 22 de loi du 17 juillet 1975, modifiant art. 577 du c. de com.

Si le terme générique de la comptabilité englobe tous les documents comptables, la référence aux seuls livres de commerce appelle des questions sur le caractère délictueux de la soustraction de certaines pièces ou documents commerciaux. Mais au-delà, la question même de l'exigence de la tenue de la comptabilité et par voie de conséquence, l'opportunité de la répression peut être posée à l'égard de certaines catégories de commerçants notamment les personnes physiques.

a. Droit belge et des anciennes possessions: soustraction des livres ou documents comptables et altération de leur contenu.....

A charge du commerçant personne physique, l'incrimination ne devrait pas d'emblée atteindre la même quantité de faits répréhensibles du fait des exigences différentes en matière de comptabilité. Mais l'éventuelle divergence formelle des textes sera dans la mesure du possible aplanie par la réalité de la répression.

En droit belge, tombe sous le coup de la banqueroute frauduleuse la soustraction des livres ou des documents (1). On pourrait penser qu'il s'agira de documents exigés par la comptabilité simplifiée. Celle-ci toutefois n'est qu'une obligation minimale pour le commerçant, personne physique. En dépit de la petite dimension de l'entreprise, une comptabilité détaillée peut être tenue (2). Il est évident que l'incrimination s'adresse à la comptabilité tenue et que la soustraction de n'importe quel document, même celui qui n'est pas impérativement exigé par la loi tombera sous le coup de la loi dès lors qu'il est jugé essentiel pour la comptabilité (3).

Une pareille interprétation pourrait peut-être gêner le principe de la légalité des incriminations et l'égalité de tous devant la loi (4). A vrai dire, elle répond au contraire de manière adéquate à la facilité prévue par la loi. Par ailleurs, la comptabilité est un tout où les écritures et les pièces justificatives se complètent (5).

 (1) Sans dire qu'elle peut être obligatoire pour l'activité du commerçant personne physique considérée comme moyenne ou grande entreprise. Voir les critères supra et les références; ajouter: P. COUSIN et M. VANDER LINDEN, Principes de comptabilité à l'usage de la pratique et de l'enseignement, Brux., Ced-Samson, 7e éd. 1981, p. 62 et s.

(2) Comparer droit français, LENCOU, op. cit., p. 50; RPDB, V^o cit^o, n^o 2626.

(3) Les commerçants les plus scrupuleux seraient les plus vulnérables à la loi.

(4) Le principe est rappelé dans plusieurs dispositions de la loi du 17 juillet 1975 notamment art. 6, 7.

(5) Voir supra fondement de l'incrimination.

Enfin, et surtout, au-delà d'une infraction formelle, la soustraction frauduleuse de la comptabilité frappe non seulement la disparition de la preuve des engagements du débiteur mais aussi l'atteinte portée à une correcte évaluation de la consistance du patrimoine et aux éléments déterminants de l'octroi du crédit par les créanciers (1). La réalité de la répression devrait par conséquent toucher davantage la matérialité de la comptabilité que l'exigence formelle de certains livres et documents, encore que l'inexistence de certains documents de base fera présumer leur soustraction (2).

La soustraction en matière de comptabilité suppose en effet un fait positif de dissimulation ou de suppression: Il s'agit de faits matériels palpables relativement faciles à découvrir. Il importe donc que la comptabilité ait une existence préalable car l'absence de livres ou leur tenue irrégulière ne saurait être assimilée à leur soustraction (3). Il semble cependant, que la fuite du commerçant puisse s'interpréter comme une soustraction de la comptabilité (4).

Par ailleurs, il importe peu, dans la plupart des législations, que la soustraction se place avant ou après la déclaration de faillite, dès lors que, pour le tribunal correctionnel, le délinquant se trouvait en cessation de paiements (5). En revanche, dans le système qui soumet les poursuites à la déclaration de faillite, l'infraction pourrait être qualifiée même si la soustraction a lieu avant la déclaration de faillite (6).

En droit belge comme dans les anciennes possessions belges, l'incrimination de soustraction frauduleuse de livres s'élargit à l'altération de leur contenu. L'incrimination paraît tout à fait logique. La comptabilité dont la mission est de traduire la situation exacte du débiteur, ne se réfère pas seulement à la quantité de documents qui la composent mais aussi à la signification des mentions qu'ils contiennent. C'est peut-être même l'élément essentiel. Pour donner de la valeur aux écritures, les énonciations doivent rester intactes et refléter autant que possible la réalité des faits constatés, la régularité et la sincérité étant des qualités essentielles d'une comptabilité.

(1) Voir supra fondement de l'incrimination

(2) Comparer droit français: BESSOU, op. cit., p. 125 et s. avant l'incrimination de la non tenue de comptabilité.

(3) Voir plus loin droit français.

(4) Comparer CLEMENT, op. cit., p. 326 citant corr. Seine (11^e ch.), 12 février 1976, inédit

(5) JL DUPLAT, op. cit., L'évolution récente du droit commercial et économique..., p. 380 et s., p. 394, cass. crim. 10 octobre 1973, D.1973-som-137, JCP 1973-IV-p. 370.

(6) Elis. 21 septembre 1915, Juriscl. col. 1926, p. 156; comparer avec Léo, 27 février 1941, RJCB 1946, p. 26; LIKULIA BOLONGO. op. cit., p. 383.

Comme en matière de faux en écriture, l'altération des livres peut se réaliser soit par l'altération matérielle des écritures soit par l'altération de leur substance, en insérant des mentions contraires aux faits constatés (1). Ainsi, les grattages, les surcharges, les lavages au moyen d'encrivores opérés dans une intention frauduleuse constituent la banqueroute frauduleuse. Il en est de même de l'omission de comptabiliser, de la sous-évaluation de certaines créances, la constitution de provision à affectation spéciale excessive (2). La loi punit en effet le fait d'avoir fait disparaître la trace de ces opérations en détruisant ou dissimulant tout ou partie de sa comptabilité, livres ou documents comptables (3).

Il convient de souligner que, dans les anciennes possessions belges, l'incrimination englobe également la généralité des documents comptables, malgré son apparente restriction aux livres. On sait en effet que l'entière liberté est laissée au commerçant concernant la tenue des livres et qu'il n'y a guère que la conservation des pièces justificatives et de la correspondance qui soit impérative. A la suite de cette relative latitude du législateur sur les documents comptables obligatoires, nul doute que la soustraction des livres ou l'altération de leur contenu s'entend de toute la comptabilité tenue, les livres et les documents comptables y compris les correspondances et les pièces justificatives (4).

Il apparaîtrait d'ailleurs que l'attitude du législateur en matière de comptabilité, libérale ou contraignante n'exerce pas une nette influence sur le domaine de l'incrimination de soustraction de la comptabilité, la tendance répressive étant de prendre en considération la comptabilité effectivement tenue comme le montrera l'exemple des droits français et des anciennes possessions françaises.

 (1) Corr. Brux. 24 mai 1965, JT 1966, p. 171; voir JL DUPLAT, op. cit., in L'évolution récente du droit commercial et économique 1978, p. 394.

(2) JL DUPLAT, op. cit., in L'évolution récente..., p. 394; Recommandations relatives à l'information publiée par les sociétés..., ibid., p. 8.

(3) LIKULIA BOLONGO, op. cit., p. 383.

(4) LIKULIA BOLONGO, op. cit., p. 383; COMLAN, op. cit., p. 50.

b. Droit français et des anciennes possessions:
 soustraction des livres ou de la comptabilité

Le droit français et celui des anciennes possessions françaises distinguent en matière de comptabilité des livres obligatoires et des livres facultatifs. Lorsque la législation pour banqueroute limite l'incrimination à la soustraction des livres (1), il importe de déterminer ceux dont la soustraction entraîne la sanction pénale. Si aucune hésitation ne peut avoir lieu sur le caractère délictueux de la soustraction des livres obligatoires (2), on peut se demander si l'incrimination englobe les livres facultatifs (3).

Le problème se pose en termes différents qu'en droit belge, puisque, dans ce cas, la tenue des livres facultatifs se trouve en dehors des obligations légales (4). L'on pourrait dès lors invoquer avec plus de pertinence la différence de traitement de l'agent devant la loi. Il faut néanmoins rappeler que l'essentiel des écritures est de refléter le plus exactement possible la situation du débiteur. Pour cela, on doit considérer l'ensemble des documents tenus, les livres obligatoires étant étayés par d'autres livres et pièces comptables. Aussi bien, la soustraction même d'un livre facultatif faisant disparaître la trace des opérations et par suite portant atteinte aux droits des créanciers tomberait à juste titre sous le coup de la loi.

-
- (1) Législation antérieure à l'ord. de 1958. la terminologie subsiste néanmoins en ce qui concerne les délits assimilés. Voir supra p. . Les exigences de la loi en matière de comptabilité.
- (2) Alger, 1er juillet 1958, JCP 1958-II-10854, note DERRIDA; trib. corr. Seine 9 mai 1960, RTDC 1960, p. 816, note A. JAUFFRET; J. LACOSTE, Contribution à l'étude du délit puni des peines de la banqueroute simple pour tenue irrégulière de comptabilité sociale, RDP 1966, p. 101 et s.; cass. crim. 8 janvier 1979, D.1979-J-633, note J. COSSON.
- (3) A la suite de la nouvelle formule du décret du 20 mai 1955, reprise par les textes ultérieurs (art. 127, 5^o de loi 1967) à savoir une comptabilité conforme aux usages de la profession, eu égard à l'importance de l'entreprise, certains auteurs ont tenté sans succès de les mettre sur le même pied d'égalité: voir cass. com. 4 janvier, 11 juillet 1960 et 14 mars 1961, note HONORAT, D.1961-J-685 et s. Mais s'agissant des obligations légales en matière de tenue des livres, le décret du 22 septembre 1953 ne fait pas mention des livres facultatifs (droit français et droit marocain: art. 10, av. 3 du c. de com. ainsi que la plupart des anciennes possessions françaises); néanmoins, même là où la tenue de livres conformes aux usages de la profession et à l'importance de l'entreprise est une obligation légale, il existe un minimum de livres à tenir (exemple c. de com. tunisien). En revanche, la législation gabonaise ne distingue pas; elle exige une comptabilité régulière et probante (loi du 5 juin 1972, JO Rép. gab. 1er novembre 1972); voir infra banqueroute simple obligatoire en droit français.
- (4) BESSOU, op. cit., p. 84 et s., p. 125 et s.; corr. Seine 8 mai 1968, RTDC 1969, p. 184, n^o 37.

La jurisprudence et la doctrine ne semblent pas s'être préoccupées du problème, peut-être parce que la solution paraît évidente et que par suite de leur concordance, le délinquant a tout intérêt à soustraire l'ensemble des livres. Il reste toutefois que pour fonder des poursuites pour banqueroute frauduleuse la soustraction doit porter sur une pièce essentielle à la révélation de la situation du débiteur.

Dans les législations les plus récentes (1), le problème a été complètement écarté puisqu'à l'égard du commerçant personne physique (2), l'incrimination s'étend à la soustraction de la comptabilité. Il faut entendre par là l'ensemble des livres et documents qui établissent la situation du débiteur y compris les pièces justificatives et les correspondances (3).

S'agissant de l'interprétation des faits matériels constitutifs de soustraction, les précédents développements sur le droit belge ont toute leur valeur en droit français. On peut rappeler qu'il n'est pas nécessaire que la soustraction porte sur la totalité de la comptabilité dès lors qu'elle touche une pièce essentielle. Par ailleurs, la soustraction ne peut porter que sur des documents tenus, ainsi, l'absence de comptabilité punie de banqueroute simple n'équivaut pas à la soustraction (4). En revanche, les tribunaux considèrent qu'il y a soustraction de la comptabilité en cas de fuite du prévenu (5).

Il semble par conséquent qu'en eux-mêmes, les faits de soustraction ne soient pas difficiles à qualifier; d'autant plus qu'à l'égard de la personne physique, la loi impose relativement peu de charges en ce domaine. Néanmoins, si la loi n'exige souvent qu'un minimum d'obligations, la pratique paraît plus exigeante et à sa suite, la répression pénale qui, avec réalisme, s'efforce de frapper en matière de banqueroute toute perturbation à la comptabilité effectivement tenue. La prise en compte du milieu du débiteur devrait être d'ailleurs le souci de la répression pénale en sorte que dans certains cas, à l'égard de petits commerçants, on peut poser la question de son opportunité ou tout simplement celle de la pertinence de l'obligation de comptabilité à leur charge.

(1) Les dispositions en matière de banqueroute après 1958.

(2) Voir infra délit assimilés en matière de société qui garde la terminologie de société.

(3) BESSOU, op. cit., p. 125 et s.; HONORAT, op. cit., Juriscl. pén., art. 404-404, 2, 1969, n° 74; LENCOU, op. cit., p. 50; DELMAS-MARTY, op. cit., éd. 1981, p. 758; J. LARGUIER, op. cit., p. 374.

(4) et (5) CLEMENT, op. cit., p. 326. Voir infra sur l'incohérence du droit belge en ce domaine

c. Inadéquation de l'exigence de la comptabilité à l'égard de petits commerçants personnes physiques et inopportunité de la répression.....

Transcription de la situation économique et financière du débiteur, l'ampleur de la comptabilité semble tributaire de la taille de l'entreprise et de la complexité des affaires. On sait notamment que les législations les plus élaborées prévoient une comptabilité simplifiée à l'égard de petites entreprises (1). Alors que la tenue de cette comptabilité rudimentaire reste une obligation légale protégée par des sanctions pénales, on peut néanmoins se demander si, à l'égard d'une certaine catégorie de commerçants, l'exigence n'est pas excessive en particulier dans les pays jeunes.

Lorsque le volume des obligations et le rythme des activités n'atteignent pas un certain niveau, la comptabilité présente en effet peu d'utilité parce que le débiteur peut saisir son activité rapidement et sans s'embarrasser d'écritures et que la quasi inexistence du recours au crédit rend peu nécessaire la connaissance de sa situation par les tiers (2). Sans doute, par principe, il serait sage d'astreindre les acteurs économiques à un minimum de comptabilité; néanmoins, on peut à juste titre se poser la question de l'opportunité d'une telle exigence légale à l'égard du petit commerçant qui risque d'en retirer plus de charges que d'avantages.

Dans les pays africains, l'analphabétisme constitue en outre un important obstacle à une telle exigence alors même que cette catégorie de commerçants occupe une place non négligeable dans l'économie en servant de jonction entre le milieu traditionnel et celui de l'économie moderne (3). Il serait à notre avis irréaliste d'exiger une comptabilité même dans le cas où elle serait inutile et préjudiciable à l'activité même du débiteur.

-
- (1) Droit belge (loi du 17 juillet 1975 relative à la comptabilité et aux comptes annuels des entreprises); en matière fiscale, on n'exige que deux livres, celui des entrées et celui des sorties.
- (2) Exemples: art. 7 du c. de com. tunisien; trib. civ. Sfax. 18 avril 1956, RTDC 1956, p. 320, n° 3; art. 2 de loi n° 64-292 du 1er août 1964 relative aux obligations des commerçants et à la modification des art. 147 et 150 du c. pén. en Côte d'Ivoire (J.O. Rep. CIVO) du 24 août 1964; on note une certaine tolérance à l'égard de petits commerçants en matière de tenue de livres de commerce (droit français: RIPERT et ROBLOT, op. cit., 9e éd., n° 434).
- (3) Comparer infra problème de l'insolvabilité frauduleuse. L'analphabétisme ou même l'ignorance de la technique comptable ne dispense pas par elle-même des obligations: COMLAN, op. cit., p. 48 et s.; encore que l'inexpérience financière puisse agir sur l'intention délictuelle requise: comparer cass. com. 11 juillet 1960, D.1961-J-687 et 688.

On peut noter que dans un domaine assez proche, celui de l'inscription au registre de commerce où la prescription semble plus facile à respecter, cette catégorie de commerçants se trouve dans plusieurs législations dispensée de l'obligation d'immatriculation (1). La même distinction pourrait à notre avis être transposée en matière d'obligation de tenir les livres de commerce (2). On peut certes discuter des critères déterminant de manière concrète cette catégorie de débiteurs (3) et pour notre part, nous exprimerions notre préférence pour le critère du volume des affaires, le plus objectif et le plus fréquemment utilisé (4).

En matière pénale et, en l'occurrence, en matière de banqueroute, la répression d'une telle catégorie de commerçants serait en l'absence d'une telle dispense, embarrassante. Alors que le respect strict de la légalité conduirait à la répression, des raisons de politique criminelle requerraient l'inopportunité des poursuites. La sanction pénale serait particulièrement injuste à l'égard de personnes placées devant l'impossibilité matérielle de respecter la loi. On peut se demander à cet égard si la contrainte morale ou l'erreur invincible ne pourrait pas être invoquée avec succès.

Il est vrai que précisément le fait d'avoir peu de créanciers et peu d'activités rendra dans la pratique, la procédure de faillite inopportune et par suite, éveillera peu l'attention de l'action répressive. Ce n'est pas cependant une raison de laisser subsister, en matière pénale en particulier, une disposition inappropriée à la situation du petit commerçant. A l'égard de petits commerçants dont le volume d'affaires n'atteindrait pas un certain montant, l'obligation de tenir une comptabilité avec les sanctions pénales protectrices pourrait être supprimée (5). En revanche, il faudrait élargir le domaine de l'incrimination dans les grandes entreprises ayant adopté notamment la structure de société.

 (1) Art. 37 du décret du 6 mars 1951 sur le registre de commerce dans les anciennes possessions belges. Dans les anciennes possessions françaises, voir l'exemple du Cameroun infra insolvabilité frauduleuse

(2) Voir les exemples de la Tunisie et de la Côte d'Ivoire cités ci-avant.

(3) Le droit belge met en oeuvre tantôt le critère du volume d'affaire, tantôt celui de la structure juridique.

(4) La concession accordée par les législations coloniales concernaient les langues utilisées. Exemple art. 1, al. 2 du décret du 31 juillet 1912 et l'ordonnance du 10 août 1935 d'exécution.

(5) Le droit belge se montre moins sévère à l'égard de petites entreprises puisque certaines sanctions pénales en matière de comptabilités n'interviennent que si l'entreprise a été déclarée en faillite (art. 17, al. 3 de loi du 17 juillet 1975). Noter la modification introduite par l'AR du 15 décembre 1978 prévoyant des sanctions plus sévères dans l'hypothèse d'agissements avec une intention frauduleuse.

C. LA SOUSTRACTION DE LA COMPTABILITE
OU DES LIVRES A CHARGE DES DIRIGEANTS SOCIAUX

Même lorsque la loi n'invite pas à une distinction explicite entre les petites et grandes entreprises en matière de comptabilité, les sociétés commerciales se voient effectivement imposer des obligations plus étendues. Ces structures requises pour les grandes et moyennes entreprises coïncident avec un accroissement du volume des affaires et appellent une gestion plus attentive et plus complexe. On peut dès lors se demander si la comptabilité plus détaillée à laquelle la société est soumise doit servir de base à l'élargissement de l'incrimination à charge du dirigeant social.

Le droit belge ne prévoit aucune distinction formelle dans les incriminations à charge du commerçant et du dirigeant social et pour cause, la vulnérabilité de celui-ci résulte de la mise en oeuvre de l'imputabilité judiciaire. L'incrimination se borne à frapper la soustraction des livres et documents comptables. Mais à la suite de la distinction opérée par le droit du fond, le dirigeant sera, du fait de ses obligations comptables plus étendues, plus exposé à la sanction que celui qui n'est tenu qu'à une comptabilité simplifiée. De toute façon, les dispositions de droit belge sont très larges en incriminant la soustraction de livres ou documents comptables visés par la loi sur la comptabilité et les comptes annuels. C'est donc toute la comptabilité qui est visée y compris le rapport des dirigeants, celui-ci faisant partie de l'annexe des comptes annuels (1).

En droit français, en revanche, la loi ne met à charge des dirigeants sociaux que la soustraction des livres alors qu'à l'égard du commerçant personne physique, elle punit la soustraction de la comptabilité (2). Il ne faut pas croire que pour cela le domaine du délit assimilé serait moins large que la banqueroute frauduleuse du commerçant (3). On se souvient que même sous l'empire des dispositions antérieures à l'ordonnance de 1958 qui a élargi explicitement l'incrimination à la comptabilité, on réprimait la soustraction des

(1) Art. 7, al. 4 de loi du 17 juillet 1975, art. 2 de l'AR du 8 octobre 1976, relatif aux comptes annuels des entreprises et art. 77 de lois coordonnées sur les sociétés commerciales.

(2) Art. 129 et 133 de loi de 1967.

(3) Sauf interprétation littérale: voir G. CLEMENT, op. cit., p. 320; GAUTHIER, op. cit., juriscl. pén., loi annexe, société, fasc. J., 169, n° 73.

livres effectivement tenus, obligatoires et facultatifs (1). Or, le droit des sociétés prévoit des dispositions si détaillées en matière de reddition des comptes que les livres de la société s'entendent au moins de la comptabilité de l'entreprise, l'objet même de l'incrimination (2). Mais peut-on y inclure d'autres livres ne se rapportant pas directement à la comptabilité?

A côté des livres comptables, les dirigeants sociaux tiennent d'autres livres qui reflètent encore davantage la vie concrète de la société. Il en est ainsi des registres des procès verbaux d'assemblée générale, du conseil d'administration; ils sont généralement prévus par les statuts, même s'ils ne découlent pas d'obligation légale. Or, ces livres révèlent la vie intime de la société et dévoileraient plus aisément la responsabilité des dirigeants en indiquant comment les décisions ont été prises (3). Bien qu'au sens courant ces registres puissent s'interpréter comme des livres de la société, on peut néanmoins hésiter à les considérer comme visés par l'incrimination. Non pas qu'ils ne soient pas obligatoires (4) mais parce qu'ils ne touchent pas directement à l'établissement de la situation économique et financière de l'entreprise. "Du point de vue pénal, écrit un auteur, il n'y a que la comptabilité qui soit intéressante" (5).

On pourrait sans doute se demander si, de lege ferenda, il ne serait pas indiqué de frapper de la banqueroute frauduleuse la soustraction d'autres documents sociaux susceptibles de traduire la situation de la vie de la société; tant il est vrai que les droits des créanciers ne sont pas les seuls intérêts dignes de protection en cas de difficultés de l'entreprise. Il y a notamment l'entreprise elle-même avec les revenus qu'elle offre aux tiers et à tous les participants, apporteurs de capitaux et du travail (6). On parle de bilan social à côté de la reddition des comptes proprement dite (7).

(1) et (2) BESSOU, op. cit., p. 125. C'est-à-dire l'ensemble des livres et documents qui établissent la situation de la société; G. CLEMENT, op. cit., p. 320 et s.; J. LARGUIER, op. cit., p. 374. Mr. G. CLEMENT souhaite néanmoins une intervention du législateur pour éviter toute équivoque et prévenir les délinquants avant de les frapper.

(3) BESSOU, op. cit., p. 211 et s.

(4) Voir cependant CLEMENT, op. cit., p. 321.

(5) BESSOU, op. cit., p. 211.

(6) Voir supra, La notion d'entreprise et les références citées.

(7) Exemple du droit français (loi du 12 juillet 1977 modifiant l'art. 438, al. 7 du code du travail; voir Y. GUYON, op. cit., p. 378 et 379, n° 412.

Il importe néanmoins de préciser les objectifs de la répression. La banqueroute s'écarterait à notre avis, de son domaine en prenant égard à d'autres documents qui ne concourent pas à la détermination de la situation économique et financière de l'entreprise (1).

Si la tenue de certains documents étrangers à la comptabilité mérite une protection pénale, compte tenu du bien juridique protégé, la répression devrait être prévue en dehors de la banqueroute dont le but essentiel reste la protection des droits des créanciers et de manière générale la sécurité des transactions. Certes, le droit de la faillite auquel est liée la banqueroute est en cours de mutation et subit de nouvelles orientations: on se préoccupe davantage de la permanence de l'entreprise et de la prévention des difficultés

et ce nouveau domaine a besoin d'une protection pénale (2); néanmoins, la banqueroute ne devrait pas être le refuge de toutes les incriminations en relation avec l'activité commerciale, même en cas de difficultés de l'entreprise. Les incriminations assimilées à la banqueroute frauduleuse qui vont être découvertes ne semblent pas avoir témoigné, à cet égard, de toute la rigueur de conception.

SECTION 4: LES FAITS PARTICULIERS INCRIMINES COMME INFRACTIONS ASSIMILEES A LA BANQUEROUTE FRAUDULEUSE DANS LES ANCIENNES POSSESSIONS BELGES

Si la soustraction de la comptabilité, le détournement ou la dissimulation d'actif ainsi que la reconnaissance frauduleuse du passif suscitent partout la réprobation sociale et sont punis de la peine la plus sévère pour banqueroute, dans les anciennes possessions belges, la loi s'insurge, en outre, contre d'autres faits qui, commis spécialement en matière de sociétés, sont susceptibles de compromettre gravement les droits des créanciers; encore que leur atteinte ne soit qu'indirecte. Il s'agit de la non-publication d'actes

(1) Il est vrai que la tendance des nouvelles législations est d'améliorer encore l'information à fournir aux partenaires et aux tiers. Ainsi, en matière de société, un projet de loi insère en France un art. 340-1 qui, dans les grandes entreprises exigerait de dresser une situation semestrielle de l'actif réalisable et disponible et du passif exigible ainsi qu'un plan de trésorerie; un plan de financement dans les mois de la clôture de l'exercice, etc... On verra plus tard l'influence que de telles charges exercent sur la moralité des dirigeants sociaux et leur rôle dans la prévention des infractions.

(2) Exemple de la procédure de suspension provisoire des poursuites: A. HUET, op. cit., in Les faillites, Dalloz, 1970, p. 431 et s.

constitutifs ou modificatifs de la société, des déclarations fausses dans les actes de société et de la provocation de la faillite de la société (1). Ces incriminations subsistent même dans les nouveaux codes pénaux du Rwanda (2) et du Burundi (3) qui pourtant ont été élaborés dans une optique pénaliste et en tenant compte de l'évolution législative des autres pays (4).

S'il est vrai que l'incrimination de la banqueroute a pour but la protection des droits des créanciers sur le patrimoine du débiteur, gage général, on peut se demander si, dans la catégorie, doivent être englobés tous les actes qui peuvent nuire à la confiance des créanciers même s'ils n'ont pour rapport avec la violation directe du gage des créanciers que de tromper sur la situation générale de la société débitrice.

Pour répondre à cette question, nous grouperons sous la même rubrique les faits se rapportant aux contraventions en matière d'actes de sociétés qui assurent en apparence la même protection; on recherchera ensuite le contenu de l'incrimination d'avoir provoqué la faillite de la société.

§ 1. LA REPRESSION A TITRE DE BANQUEROUTE DES OMISSIONS EN MATIERE D'ACTE DE SOCIETE

Les dispositions des codes pénaux des anciennes possessions belges punissent des peines de banqueroute frauduleuse le fait d'avoir omis de publier l'acte de société ou les actes modificatifs dans les formes et délais prévus par la loi ainsi que celui d'avoir donné dans ces actes des indications contraires à la vérité.

 (1) Art. 89, 3^o, 4^o, 5^o du code pénal colonial.

(2) Art. 417, 4^o, 5^o, 6^o du nouveau code pénal rwandais. Parmi les délits assimilés à la banqueroute frauduleuse, le code pénal rwandais ajoute le fait d'avoir, en l'absence de bilan ou au moyen de bilan frauduleux, opéré, entre les membres de la société, la répartition de dividendes non prélevés sur les bénéfices réels. On examinera l'hypothèse parmi celles assimilées à "la banqueroute simple" comme il est toujours le cas au Burundi et au Zaïre.

(3) Art. 205, 3^o, 4^o, 5^o du code pénal du Burundi.

(4) Notamment pour le Burundi, exposé des motifs de décret-loi n^o 1/6 du 4 avril 1981 portant réforme du code pénal, BOB n^o 6/81 du 1er juin 1981 - p. 241 et 245.

Même si elles sont prévues par le décret du 20 avril 1935 (1) siége de la banqueroute, ces incriminations protègent plutôt la structure juridique des sociétés et sortent du cadre ordinaire de la banqueroute. Cette extension de l'incrimination de banqueroute ne tiendrait par conséquent qu'à l'état lacunaire du droit pénal des sociétés, lui-même tributaire de l'inexistence d'une législation bien structurée en matière des sociétés (2).

L'importance de l'acte de société dans le mécanisme juridique précisée, on déterminera les éléments constitutifs de l'incrimination et on discutera de son opportunité.

A. IMPORTANCE DE L'ACTE DE SOCIÉTÉ A L'ÉGARD DES TIERS

Le dépôt des actes de société emporte des effets juridiques différents selon les étapes parcourues par les législations des anciennes possessions belges. Le droit colonial soumet à cette formalité l'octroi de la personnalité juridique alors que dans les nouvelles législations, celles du Burundi et du Zaïre, elle tient une place plus modeste puisque la personnalité morale est acquise dès l'existence de la société obligée par ailleurs de revêtir l'une des formes requises pour l'exercice d'une activité commerciale (3).

Cependant, le dépôt et la publication des actes ont au moins une signification commune: celle de rendre la société opposable aux tiers. En effet, au-delà de l'existence juridique, il importe que cette personnalité produise toutes ses conséquences à l'égard des partenaires et des contractants; ce sera à la suite du dépôt et de la publication des statuts qui informent les tiers de l'existence de la société (4).

Ainsi, par exemple, la responsabilité limitée des associés, la qualité de dirigeant ne sont opposables aux tiers que depuis cette publication. Toutefois, cette inopposabilité est établie au profit des tiers qui pourraient, suivant leurs intérêts, renoncer à s'en prévaloir et tenir la société elle-même pour responsable de ses engagements.

(1) Le décret a été transposé tel quel dans les nouveaux codes.

(2) Comparer par exemple avec l'art. 67, al. 3^o, du décret-loi n^o 1/1 du 15 janvier 1979 relatif aux sociétés commerciales au Burundi.

(3) Voir supra acquisition de la personnalité morale.

(4) Sur les effets de la publication en droit colonial: [Léo., 7 mai 1940, RJCB 1941; Elis., 16 octobre 1951, RJCB 1951, p. 212; 1^{ère} inst. Léo., 7 mars 1953, JTO 1958, p. 13. Pour la cour de cass., les associés ne peuvent se prévaloir des clauses limitant leur responsabilité à l'égard de celui avec qui ils ont contracté sans lui donner expressément connaissance des statuts, cass. 14 juin 1956, RJCB 1956, p. 335; JTO 1956, p. 98 et la note.

Dans les sociétés à responsabilité limitée en particulier, l'acte de société et la publication de ses mentions, ont à l'égard des contractants et des créanciers sociaux, un effet décisif sur l'étendue de la responsabilité de la société et des associés ainsi que la fixation du patrimoine, gage général des créanciers. A travers ces formalités, se trouvent transformés l'univers juridique des partenaires et la base des transactions. On comprend dès lors que la loi protège cette formalité par une sanction pénale.

B. REPRESSION DE L'OMISSION DE PUBLICATION DE L'ACTE DE SOCIETE ET CELLE DES DECLARATIONS FAUSSES

Du fait de la non-publication des actes de société ou des énonciations fausses qu'ils contiennent, les tiers ne sont pas avertis ou sont frauduleusement trompés sur des éléments aussi déterminants de la situation de leur contractant comme l'objet de la société, le montant du capital souscrit et libéré, l'étendue de la responsabilité des associés, etc... Dans certains cas, on considère que la foi publique elle-même est atteinte lorsque notamment, ces actes peuvent déterminer une souscription publique. De tels manquements pouvant conduire à une insécurité juridique grave, on comprend que le législateur réagisse vigoureusement contre de telles omissions ou qu'en plus des sanctions civiles, il édicte des peines contre eux.

Dans les anciennes possessions belges, où le droit des sociétés n'est pas suffisamment développé (1), les dispositions pénales protectrices sont elles-mêmes très limitées. En son article 11, le décret de 1887 punit des peines de l'escroquerie toutes fausses énonciations ou omissions frauduleuses dans les actes déposés, destinées à tromper les tiers (2). L'incrimination s'imposait en particulier dans l'hypothèse où on hésiterait à qualifier de manoeuvres frauduleuses, certaines déclarations uniquement mensongères. Le plus souvent, toutefois, pour réprimer les infractions commises au cours de l'activité sociale, on recourait, aux qualifications de droit commun notamment le faux en écriture, l'escroquerie, l'abus de confiance. Ce fut au demeurant la seule disposition particulière au droit des sociétés sous le régime du décret de 1887.

(1) Au Zaïre et au Burundi, deux textes organisent déjà les sociétés de personnes: société en nom collectif, en commandite simple et surtout la société à responsabilité limitée appelée au Zaïre, société privée à responsabilité limitée (décret du 23 juin 1960 au Zaïre, décret-loi du 15 janvier 1979 au Burundi).

(2) Corr. Brux. 9 avril 1930, Jurisp. col. 1930-31, p. 31; Brux. 4 décembre 1934, jurisp. col. 1935, p. 18; Cass. 30 juin 1936, Pas. 1936-I-326. Comparer avec art. 202 de la loi coord. sur les sociétés commerciales en Belgique. La disposition ne semble pas avoir été reprise comme telle par les nouvelles législations.

En matière de faillite cependant, le législateur se sentit obligé de renforcer quelque peu la répression: d'où l'incrimination de l'omission de publication des actes de société et celle des indications contraires à la vérité qui y sont faites. Les infractions sont à rapprocher du faux en écriture (1). On remarquera par ailleurs que l'intention de tromper les tiers requise précédemment n'est plus spécialement recherchée (2). Il suffit que les actes aient été posés en connaissance de cause pour donner une idée fautive de la situation de la société.

L'importance de l'acte de société notamment à l'égard des tiers a été soulignée. Grâce à sa publication, la véritable qualité de contractant de la société est révélée ainsi que l'étendue de sa responsabilité. L'omission de cette formalité engendre pour les créanciers une incertitude sur l'étendue de leur gage et compromet de ce fait, la sécurité des transactions (3).

Quant à la reprise dans l'acte des indications contraires à la vérité, son caractère délictueux semble évident étant donné la fiabilité qui accompagne les informations qu'il contient. Il convient en l'occurrence, d'attacher une importance particulière aux informations concernant la constitution du capital. Les fausses déclarations peuvent concerner la souscription, la répartition des parts et leur libération, l'évaluation des apports en nature (4). Dans la mesure où elles trompent sur la consistance du patrimoine du débiteur, on peut dire que les déclarations mensongères portent, d'une certaine façon, atteinte au gage général et par suite aux droits des créanciers.

En droit belge et dans les autres législations d'origine française qui connaissent des dispositions pénales plus détaillées en matière de société, ces infractions sont réprimées indépendamment de la faillite (5). Attachées à la structure de la société, ces infractions ont pour but de protéger la petite épargne contre l'escroquerie et de manière générale, la foi publique. Or, cette protection paraît plus impérieuse lors de la constitution de la société et au cours

(1) Mais l'intention de nuire n'est pas spécialement requise comme en matière de faux.

(2) Voir art. 11 du décret de 1887.

(3) Il est à noter que cette omission est répréhensible lorsqu'elle a lieu en connaissance de cause.

(4) Comparer avec art. 202 de la loi belge coord. sur les sociétés; art. 67, 3^o du DL du 15 janvier 1979 relatif aux sociétés commerciales, art. 68, 1^o du DL précité.

(5) Voir art. 202 de la loi coord. sur les sociétés commerciales ainsi que les art. 201 et 204.

de son activité (1). On peut se demander dès lors pourquoi le législateur des anciennes possessions belges les insère dans les incriminations pour banqueroute.

Sans doute, certaines omissions ou déclarations mensongères pourraient avoir pour conséquence de dissimuler une partie du patrimoine du débiteur ou de modifier profondément sa consistance et de la sorte, compromettre les droits des créanciers; toutefois, elles s'attaquent moins au gage général et aux droits que les créanciers détiennent sur le patrimoine de leur débiteur qu'à la foi publique des actes, aux dispositions du droit des sociétés.

Par suite de l'état lacunaire du droit des sociétés et des dispositions pénales protectrices, il était, certes, commode de réprimer par des dispositions en matière de banqueroute les atteintes aux quelques dispositions formelles du droit des sociétés; encore que la répression intervenait trop tard, après la ruine de la société. Il s'avère cependant que ces faits ne sont pas de la même nature que les faits réprimés pour banqueroute. Ils se situent même en dehors des incriminations formelles de banqueroute, dans la mesure où il n'apparaît pas que l'omission de telles formalités a une incidence directe sur la cessation des paiements et la remise en question des droits des créanciers, si ce n'est de manière lointaine, en provoquant l'insécurité des transactions. En revanche, par l'incrimination de la provocation frauduleuse de la faillite de la société, on peut penser que l'essence de la banqueroute est retrouvée.

§ 2. L'INCRIMINATION DU FAIT D'AVOIR PROVOQUE LA FAILLITE SOCIALE

Malgré le caractère infamant de la procédure de faillite, le fait même de la cessation des paiements n'est pas en soi répréhensible (2). Pour être pénalement sanctionnée, la cessation des paiements

(1) A noter que le droit pénal des sociétés s'intéresse en particulier, du moins en Belgique, aux sociétés qui font appel public à l'épargne en matière de constitution de sociétés: voir art. 201, 64bis de loi coordonnée sur les sociétés commerciales. Voir cependant art. 201, 3^o: défaut d'énonciations requises lors de la constitution de sociétés de personnes à responsabilité limitée.

(2) A. DUMONT, Le droit du Congo belge, V^o Banqueroute, n^o 1; P. JENTGEN, Le régime des faillites au Congo belge, éd. JCB Elis. p. 14 et s. Après le décret de 1934, voir G. MINEUR, commentaire du code pénal congolais, Brux., Larcier 1947. COMLAN, Traité de droit commercial congolais, éd. Nef, Paris, Dakar, p. 110 et s. Voir en droit belge: J. VAN der GUCHT, op. cit., RDPC 1973-74, p. 889 et s.

doit être accompagnée de fraudes, fautes et imprudences graves que le droit de la banqueroute, malgré son ambivalence s'est toujours efforcé de définir notamment dans leur structure matérielle. Dès lors, l'incrimination de la provocation de la faillite sociale pourrait de prime abord surprendre dans la mesure où les éléments matériels de cette provocation ne sont pas précisés. Cependant, en matière de société, on se montre particulièrement attentif à la responsabilité des dirigeants dans la survenance de la faillite sociale (1). Et au-delà de la responsabilité personnelle du dirigeant dans la conduite ruineuse de l'activité sociale, on pourrait dégager une responsabilité pénale quelque peu précise à sa charge, pour avoir provoqué la faillite sociale.

Afin de comprendre la portée de l'incrimination, on s'efforcera de découvrir d'abord son fondement, puis ses éléments constitutifs dans sa structure matérielle avant de juger de sa nécessité en matière de banqueroute.

A. FONDEMENT DE L'INCRIMINATION

Si la faillite n'est pas considérée comme une infraction, il n'empêche qu'elle emporte toujours un caractère infamant malgré sa dépénalisation progressive et en dépit de ce que cette réprobation s'attache à des fautes précises que ce soit en matière de faillite personnelle ou en matière de banqueroute (2). Sa survenance pourrait de surcroît, dans certaines circonstances, susciter une réaction sociale hostile si, en particulier, elle est provoquée.

Dans l'exercice de l'activité économique par le commerçant personne physique, la faillite rejaillit non seulement sur les biens affectés à l'entreprise mais aussi sur tout le patrimoine du débiteur. Normalement, sauf une prise de "précautions" qui le conduiront précisément dans l'illégalité, le débiteur aura peu d'intérêt à provoquer la faillite de son commerce. Dans la structure sociale, en revanche, la dissociation des capitaux et des dirigeants et la limitation de la responsabilité des associés peuvent aboutir à des conflits dans la conduite de l'entreprise. Il n'est pas exclu que, profitant de

(1) En droit français et dans les anciennes possessions françaises depuis le décret de 1935 et la loi du 16 novembre 1940; au Zaïre, la législation de 1960 sur les sociétés commerciales; en droit belge, la loi du 4 août 1978.

(2) A. HUET, op. cit., in Les faillites, p. 427 et s., p. 436 et s.; J. VAN der GUCHT, op. cit., RDPC 1973-74, p. 889 et s.; M. DIZEL, op. cit., Les petites affiches 1980, n° 142, p. 9 et s.

l'écran de la personnalité juridique qui le met à l'abri des engagements de la société, le dirigeant puisse sacrifier les intérêts de la société aux siens ou croire qu'il peut conduire impunément la société à la ruine.

La question n'est pas, doit-on le préciser, d'imputer au dirigeant les faits commis lors de l'activité sociale (1) mais de déterminer sa responsabilité personnelle dans la ruine de l'entreprise (2), responsabilité d'ordre civil mais qui, à l'occasion, pourrait s'élargir au pénal.

On assiste, en effet, en matière de faillite, dans les législations récentes du moins, à un accroissement de la responsabilité des dirigeants sociaux. Pour de simples fautes de gestion, le dirigeant n'encourt de responsabilité qu'à l'égard des associés et de la société puisqu'il n'a pas à rendre compte aux tiers de sa gestion (3). Néanmoins, même à l'égard des tiers, la responsabilité du dirigeant peut être engagée s'il viole des prescriptions des statuts ou de la loi destinées à leur protection ou tout simplement si, par son fait, il lèse leurs droits (4). Or, la survenance de la faillite peut léser gravement les créanciers si, comme il est souvent le cas, la procédure se clôture par l'insuffisance d'actif, ou lorsque le dirigeant a exercé une activité

(1) Voir supra imputabilité.

(2) D. VEAUX, La renaissance de la responsabilité personnelle dans les sociétés commerciales, thèse, Rennes, Paris, Ed. technique, 1947; BRICART, op. cit., RTDC, p. 355 et s. En droit belge: RONSE, op. cit., RPS 1979, p. 292 et s.; F. T'KINT, op. cit., Rev. rég. droit 1980, p. 110 et s.

(3) F. T'KINT, op. cit., Rev. rég. dr. 1980, p. 103 et s.

(4) F. T'KINT, op. cit., ibid., p. 105 et s.; P. BOUREL, L'obligation au passif social des dirigeants de sociétés anonymes et à responsabilité limitée en cas d'insuffisance d'actif, RTDC 1960, p. 785 et s.

personnelle derrière la société (1). Le fait de la faillite peut engendrer une responsabilité particulière à charge du dirigeant qui a mené la société à la ruine. Il s'agit évidemment d'une responsabilité civile; mais il est possible de la prolonger en matière pénale.

La banqueroute, on le sait, est une infraction de fond parce qu'elle porte atteinte aux droits des créanciers pouvant être considérés comme "des droits de propriété" (2). Dans le cas de la provocation de la faillite sociale, la situation paraît encore plus répréhensible puisque le dirigeant, avant de nuire aux droits des créanciers, fait fi des intérêts sociaux constitués en une entité et juridiquement protégés. A la limite, si le droit pénal, méfiant des constructions juridiques (3), ne continuait, dans tout son réalisme, à appréhender le préjudice que par référence à la personne humaine, on dirait qu'il y a atteinte aux droits des personnes. Pour le droit pénal, cependant, la société reste un bien, même si elle peut être considérée comme une entité, même si comme entreprise, elle est au centre de plusieurs intérêts (4). Elle sera protégée en tant qu'objet sur lequel une personne humaine exercera ses droits.

Au-delà de la responsabilité civile qui, au demeurant, sera organisée par la suite (5), les anciennes possessions belges envisagent une responsabilité pénale à charge des dirigeants qui ont provoqué

(1) Le droit français présume, dans le premier cas, la faute du dirigeant et accorde la faculté au juge de le condamner à combler le passif créé, à moins qu'il ne prouve avoir géré la société avec diligence. Dans le second, le dirigeant se verra étendre la faillite sociale, s'il est établi à sa charge des faits précis; cass. com. 11 février 1980, RS 1980, p. 811 et la note; ARTZ, op. cit., RTDC 1975, p. 1 et s. Le droit belge, pour sa part établit la responsabilité du dirigeant sur base d'une faute qu'il qualifie comme "faute grave et caractérisée, ayant contribué à la faillite". En réalité, cette notion de faute grave et caractérisée ne se distingue pas finalement de la faute de gestion pure et simple, dès lors qu'il est tenu compte d'une certaine marge d'erreur due à la nécessité pour le dirigeant de prendre un risque. Encore faut-il cependant que cette faute ait contribué à la faillite (voir art. 63ter et 133bis de la loi coord. sociétés commerciales résultant de l'art. 91 de la loi du 4 août 1978); Voir F. T'KINT, op. cit., Rev. rég. dr, 1980, p. 110 et s.; P. VAN OMMESLAGHE, Développements récents de la responsabilité civile professionnelle en matière économique in L'évolution récente..., Brux. éd. J. Barreau, 1978, p. 30 et s.; J. RONSE, op. cit., RPS 1979, p. 298 et s.

(2) Voir supra problématique.

(3) Voir la difficile éclosion de la responsabilité des personnes morales: Responsabilité pénale des personnes morales, in Aspects particuliers de la réforme de droit pénal. Colloque Association des Diplômés en droit de Louvain, 3 décembre 1982.

(4) Voir supra l'aspect dynamique de l'entreprise.

(5) Au Zaïre du moins. Décret du 23 juin 1960 sur les sociétés commerciales, art. 109 et 106 qui prévoient non seulement le comblement du passif social mais aussi une responsabilité particulière à charge de fondateurs pour constitution de capital social insuffisant.

frauduleusement la faillite sociale.

La détermination des personnes punissables ressortissant de la technique ordinaire d'imputabilité (1), il reste à préciser la structure matérielle de l'infraction que le législateur ne semble pas avoir détaillée.

B. ELEMENTS MATERIELS CONSTITUTIFS DE LA PROVOCATION DE FAILLITE SOCIALE

Alors que pour le respect de la légalité, la définition des infractions doit être aussi précise que possible (2), l'incrimination de la provocation de la faillite sociale paraît rester dans le vague; ce qui rend difficile la découverte de son contenu; d'autant plus que la faillite, on le sait, ne découle pas d'un fait isolé mais d'un engrenage de faits ou de comportements les uns aussi variés que les autres (3). On pourrait penser, à l'inverse, que l'état de choses explique la généralisation de l'incrimination. On va s'efforce d'en découvrir les éléments essentiels.

Trois conditions réalisent la structure matérielle de l'infraction: un acte ou un fait susceptible de provoquer la faillite sociale, la survenance de la faillite elle même et un certain lien de causalité entre les deux.

1° Actes de provocation de la faillite sociale

Devant la généralité de l'incrimination, il paraît difficile de déterminer de manière tant soit peu exhaustive les actes incriminés. Il faut interroger la réalité des faits. Quelques idées peuvent, néanmoins, aider à cerner la question.

(1) Voir supra imputabilité.

(2) Voir J. VERHAEGEN, Notions floues et droit pénal, JT 1981, p. 389 à 393.

(3) M. DIZEL, op. cit., Les petites affiches, 1er décembre 1980, n° 140, p. 15; 15 décembre 1980, n° 142, p. 9 et s.

Parmi les faits susceptibles d'être incriminés comme ayant provoqué la faillite sociale, il convient naturellement d'exclure ceux sur lesquels le dirigeant a très peu de prises puisqu'il faut établir une responsabilité du dirigeant dans la survenance de la faillite et que, par ailleurs, il s'agit d'une infraction intentionnelle. Il faudra éliminer de la catégorie, les facteurs externes des difficultés de la société notamment la conjoncture économique; encore que ces facteurs réagissent de manière différente selon la plus ou moins grande vulnérabilité de la société, qui, elle, est tributaire des facteurs internes rattachés au problème de gestion (1).

Les faits incriminés concernent la gestion de la société (2). Or, les fautes de gestion les plus graves et les plus apparentes ont été stigmatisées dans les nombreux cas de banqueroute frauduleuse et de banqueroute simple, tantôt pour protéger la consistance du gage général, tantôt pour assurer la sauvegarde de l'égalité des créanciers, tantôt pour faire respecter certaines prescriptions légales. Ces hypothèses visées spécialement par la loi seront également éliminées des faits de provocation de la faillite sociale proprement dite.

Les causes de la faillite sociale n'en sont pas pour cela épuisées. Bien au contraire. Pour qualifier l'infraction, il est sans doute commode de rechercher une contravention aux statuts ou à la loi, si, du moins, elle détient une part relativement importante dans la création des difficultés de la société (3). On peut penser aux abus de biens sociaux qui peuvent se situer en dehors du détournement d'actif comme l'engagement d'un personnel trop nombreux, la pratique de salaires excessifs ou accompagnés d'avantages exagérés, le fait de ne pas dresser à temps les protêts (4).

(1) M. DIZEL, L'entreprise en difficulté et le droit de la faillite, L'influence des facteurs externes indépendants à la gestion de l'entreprise, Les petites affiches, 12 novembre 1982, n° 128, p. 15 et s.

(2) M. DIZEL, Droit des faillites et entreprises en difficulté: la distinction de la faute de gestion et de la mauvaise gestion, Les petites affiches, 15 décembre 1980, n° 142, p. 9 et s.

(3) J. RONSE, op. cit., RPS 1979, p. 301.

(4) Cité par J. RONSE, op. cit., RPS 1979, p. 309.

Mais la plupart des faits se rapportent à ce qui sera qualifié de mauvaise gestion (1). L'appréciation sera faite en l'occurrence avec circonspection. D'abord, parce que, en eux-mêmes, ces faits auront une influence plutôt relative sur la survenance des difficultés (2); ensuite, parce qu'il faut tenir compte d'une certaine marge d'erreur dans le comportement du dirigeant, l'échec faisant partie du risque de la profession (3); enfin, parce que pour juger opportunément des agissements du dirigeant, il faut essayer de se replacer à la période des faits (4).

Dans la pratique, cependant, cette mauvaise gestion ne sera pas difficile à stigmatiser, car "l'erreur de gestion ne se manifeste pas sur un point précis, le mauvais gestionnaire l'est en tous points, une erreur isolée n'ayant pas de portée que confrontée à tout l'ensemble de la gestion" (5). Par ailleurs, l'intention délictuelle requise en matière pénale impose l'élimination des fautes les moins graves; car il faudra prouver que le dirigeant savait que le comportement adopté entamerait la trésorerie de l'entreprise et qu'il a agi en connaissance de cause (6).

Sous réserve de l'élément moral, on peut stigmatiser le fait de traiter avec des clients manifestement douteux, le non recouvrement énergique des créances de la société, l'octroi de crédit-fournisseur à la légère, l'augmentation anarchique des salaires, l'organisation de fêtes, l'achat de stock pour alimenter la spéculation, le gaspillage, la pratique de prix de vente inférieur au prix de revient, etc...

Il est évident, cependant, que le dirigeant aura toujours quelque responsabilité dans la survenance de la faillite. Pour être répréhensible, il faudra que son comportement se situe en dehors de celui de l'homme d'affaires diligent et avisé (7). Il en sera, bien sûr ainsi, lorsque le dirigeant recherche la faillite de la société - ce sera alors l'hypothèse de la banqueroute des escrocs - ; mais aussi, dans le cas de fautes ordinaires de gestion, si, du moins, le dirigeant se place dans la perspective plus ou moins proche de la faillite sociale.

(1) M. DIZEL, op. cit., Les petites affiches, 15 décembre 1980, n° 142.

(2) M. DIZEL, op. cit., Les petites affiches, 10 décembre 1980, n° 140.

(3) J. RONSE, op. cit., RPS 1979, p. 298 et s.; voir supra p. et les réf. citées, note.

(4) F. T'KINT, op. cit., Rev. rég. dr. 1980, p. 113 et s.

(5) M. DIZEL, op. cit., Les petites affiches, 10 décembre 1980, n° 140, p. 15.

(6) Voir infra élément moral.

(7) Traditionnellement, écrit M. DIZEL, les tribunaux ne condamnent un dirigeant qu'après avoir constaté eux-mêmes, l'existence d'une faute dont ils sont en mesure d'apprécier, soit la gravité, soit l'influence qu'elle a exercé sur la situation de la société; l'auteur, op. cit., Les petites affiches, 15 décembre 1980, n° 142, p. 10 et les références de la note 7.

2° La survenance de la faillite sociale

Les fautes de gestion et la mauvaise gestion ne suffisent pas pour rendre le dirigeant passible des peines pour banqueroute du chef de la provocation de faillite sociale. Il est nécessaire que celle-ci survienne. Elle est exigée comme le résultat pénal; sans elle, il n'y a pas d'infraction.

Dans les anciennes possessions belges où les poursuites de banqueroute sont soumises à la déclaration de faillite, aucune discussion n'est permise sur l'exigence d'une faillite déclarée comme condition de l'incrimination (1), bien que, dans l'hypothèse, la faillite fasse partie de la structure matérielle proprement dite de l'infraction. La preuve de sa survenance ne fera aucune difficulté.

Néanmoins, des doutes pourraient apparaître sur le contenu de la même exigence portée par la nouvelle législation du Rwanda qui par ailleurs, retient la simple cessation des paiements pour qualifier la situation du débiteur punissable de la banqueroute. Même dans ce cas, selon les termes explicites de la loi, les fautes de gestion doivent avoir conduit à la faillite déclarée; cet élément n'ayant pas été affecté par le nouveau courant de la faillite de fait (2).

Cependant, compte tenu de l'évolution du droit de la faillite, on peut se demander si en réalité, la simple cessation des paiements constatée par le juge pénal ne suffirait pas à constituer le dirigeant en infraction. Il faudrait, en effet, éviter que l'impératif de répression du comportement du dirigeant n'hypothèque le sort de l'entreprise (3). Par ailleurs, si l'incrimination stigmatise les difficultés créées à la société, on peut estimer que le caractère délictueux des agissements du dirigeant existe indépendamment du règlement des questions patrimoniales de la société.

Quel que soit, toutefois, le résultat retenu pour la constitution de l'infraction, faillite déclarée ou simple cessation de paiements, il est encore nécessaire, pour définir la structure matérielle de l'infraction en tous ses éléments, d'établir un lien de causalité entre les fautes de gestion et la faillite sociale.

(1) Voir supra nécessité d'un jugement de faillite préalable aux poursuites.

(2) Art. 417, 6° du code pénal. Mais on peut se demander si ce n'est pas par inadvertance que cette ancienne formule a été maintenue.

(3) Situation opposée à celle prévalant avant la loi française de 1967. Voir JF MARTIN, Idées générales sur la réforme du droit de la faillite, Gaz. Pal. 1969-2-doctr., p. 23 et s.

3^o Lien de causalité entre la faillite sociale et la mauvaise gestion

Selon les termes explicites de la loi, le dirigeant encourt la sanction pour avoir provoqué la faillite sociale. Provoquer insinue d'emblée un lien existant entre le comportement répréhensible du dirigeant et la faillite sociale qui en est le résultat. Mais ce lien n'est pas facile à préciser, de par le fait même que la faillite sera souvent la conséquence d'une série d'actes difficiles à dissocier. Le rapport juridique existant entre la faute et le préjudice ne peut néanmoins rester dans le vague; car, de la conjonction des deux éléments découle la réalisation matérielle de l'infraction.

La responsabilité personnelle des dirigeants dans la faillite sociale est prévue ailleurs que dans les anciennes possessions belges. En matière civile uniquement, le droit français et ceux qui sont situés dans son orbite ainsi que le droit belge envisagent des sanctions à charge du dirigeant pour avoir mené la société à une faillite avec insuffisance d'actif (1). Cependant, alors que le droit français présume que l'insuffisance d'actif est le résultat de la mauvaise gestion (2), le droit belge non seulement caractérise la faute du dirigeant, mais exige en outre que celle-ci ait contribué à la faillite, le curateur étant obligé d'en faire la preuve (3). L'analogie dans ce dernier cas avec l'incrimination de faillite sociale paraît frappante.

En droit belge, la faute ayant contribué à la faillite est celle en l'absence de laquelle "la faillite eut pu être évitée..., une faute dont les conséquences pécuniaires sont telles qu'elle entraîne, à court terme, la cessation des paiements et l'ébranlement de crédit. Mais il n'est pas nécessaire que, sans la faute commise, la faillite ait pu être évitée. Il suffit que le tribunal constate que la faute a précipité la faillite" (4). Si par conséquent, il doit exister un lien entre la faillite et la faute du dirigeant, il n'est pas nécessaire qu'il soit direct (5).

(1) En France et dans les anciennes possessions: loi du 16 novembre 1940 avant l'intervention de la loi de juillet 1967 (art. 99): voir BOUREL, op. cit., RTDC 1960, p. 785 et s. Art. 63ter et 133bis de la loi coord. sur les sociétés commerciales en Belgique. Le droit Zaïrois a pris une autre option en stigmatisant des fautes précises qui peuvent motiver la condamnation de comblement du passif: les prélèvements, le désordre de la comptabilité, les fraudes et vols au préjudice des créanciers sociaux et des associés (art. 109 du décret du 23 juin 1960).

(2) Voir P. VAN OMMESLAGHE, op. cit., in L'évolution récente..., p. 16; M. DIZEL, op. cit., Les petites affiches, 1980, 15 décembre, n° 142, p. 9 et s.

(3) J. RONSE, op. cit., RPS 1979, p. 294 et s.

(4) F. T'KINT, op. cit., Rev. rég. dr. 1980, p. 112.

(5) F. T'KINT, op. cit., ibid.; J. RONSE, op. cit., RPS 1979, p. 302 et s.

L'incrimination de la provocation de faillite sociale, dans les anciennes possessions belges, exige également que la faillite soit le résultat de la mauvaise gestion. Il en sera ainsi notamment si la faute du dirigeant entame directement la trésorerie de la société; mais, d'autres faits ayant moins d'incidences directes sur la trésorerie peuvent être à l'origine de la faillite notamment une mauvaise organisation, la spéculation coïncidant avec la chute des cours, etc... En pratique, la preuve d'une mauvaise gestion et l'existence de la faillite conduiront à la conclusion d'un lien de causalité à moins que le prévenu fournisse la preuve contraire. Cependant, même indirect, l'établissement d'un tel lien est nécessaire; car, si la faillite est attribuée à un autre fait qu'une mauvaise gestion, il ne saurait y avoir d'incrimination par défaut d'élément matériel.

La mauvaise gestion, la faillite sociale et un lien existant entre les deux suffisent pour déterminer la structure matérielle de l'infraction. Le législateur ne précise pas davantage l'élément matériel. On peut, dès lors, se demander si l'incrimination est suffisamment définie pour concilier le besoin de répression et la sauvegarde de la liberté, de sorte que le dirigeant soit prévenu du comportement prohibé sous la menace de la peine. Si l'incrimination repose sur des valeurs morales et sociales certaines, encore faut-il vérifier si sa construction répond aux principes essentiels de droit pénal notamment celui de la légalité.

C. NECESSITE DE L'INCRIMINATION DE LA PROVOCATION DE FAILLITE SOCIALE

Malgré les précisions qu'on a tenté d'apporter sur le contenu de la structure matérielle de l'infraction, force est de constater qu'en comparaison des autres cas de banqueroute, la provocation de faillite sociale ne stigmatise pas avec précision des faits particuliers. A la limite même, sauf l'exigence de l'élément moral, toute faillite sociale serait susceptible de conduire le dirigeant devant le juge répressif, le problème de gestion étant l'origine principale de la faillite comme le constate un auteur (1).

(1) M. DIZEL, L'entreprise en difficulté et le droit des faillites, le problème de gestion, origine principale de la défaillance, Les petites affiches, 10, 12, 15, 17 décembre 1980.

Il est vrai que la tâche du législateur des anciennes possessions belges a pu être rendue difficile par le fait que la faillite résulte non pas d'un fait isolé mais d'un ensemble d'événements les uns liés aux autres. Par ailleurs, la crainte justifiée de voir le dirigeant abuser de la situation pour spolier les créanciers sociaux et la préoccupation d'embrasser le plus d'actes frauduleux possible en matière de faillite, peuvent avoir motivé une incrimination aussi générale. Il faut également tenir compte de l'état lacunaire de la législation en matière de société qui a sans doute empêché le développement de la responsabilité particulière des dirigeants en cas de faillite sociale. La législation sur la banqueroute prévoyant des délits assimilés peut alors avoir été l'occasion pour exiger des dirigeants sociaux davantage de moralité dans les affaires.

Néanmoins quant au fond, l'incrimination modifie quelque peu l'orientation de la banqueroute. Traditionnellement, celle-ci protège, avant tout, les droits des créanciers en stigmatisant sous la menace d'une peine, les actes du débiteur qui rendraient vaines leurs prétentions légitimes sur son patrimoine. L'incrimination de la provocation de faillite sociale va au-delà de cet objectif. Elle considère la faillite sociale même, comme un résultat pénal; le dirigeant est tenu à une bonne gestion qui ne crée pas de difficultés financières à la société. Sans doute, en définitive, la gestion lèsera-t-elle les droits créanciers! Il n'empêche que, pénalement, la loi réprime les difficultés créées à l'entreprise.

Une telle attitude ne paraît pas tout à fait déraisonnable, compte tenu des répercussions de la faillite sur l'ordre économique. Toutefois, on peut exprimer quelques réserves concernant la technique elle-même d'incrimination. En matière pénale, la détermination des faits contraires à l'ordre social, domaine du législateur représentant de la société, doit se faire avec une suffisante précision pour que l'individu soit averti de l'acte répréhensible et que l'action répressive puisse être menée sans ambiguïté, en évitant l'arbitraire. Il faut reconnaître à cet égard, qu'une certaine imprécision peut être reprochée à l'incrimination (1). Si incriminer de manière

(1) On peut faire remarquer, à cet égard, que l'art. 106 du décret du 23 juin 1960, dans une matière civile où d'autres législations usent de termes généraux, sanctionne des fautes tout à fait précises, à savoir: avoir compromis la situation financière de la société par des prélèvements; si par le fait de dirigeants, le désordre de la comptabilité ne permet pas de suivre les opérations de la société; s'être rendu coupable de fraude ou de dol au préjudice des créanciers sociaux ou des associés.

générale la provocation de faillite ne peut surprendre compte tenu de l'imbrication des actes de mauvaise gestion, on peut cependant craindre, du fait de cette généralisation, que la répression ne touche le seul fait de la survenance de la faillite (1). Pourtant, même en ce qui concerne la structure matérielle, l'infraction doit être circonscrite avec une certaine rigueur; encore que, au milieu des infractions déjà prévues en matière de société et en matière de banqueroute, le problème soit précisément de trouver une place à la stigmatisation de faits particuliers.

En cas de faillite sociale, une responsabilité civile spéciale à charge des dirigeants paraît suffisamment dissuasive et répare de manière adéquate le préjudice créé aux créanciers (2). Même s'il faut se préoccuper de la protection du patrimoine social, gage général des créanciers, il ne paraît pas nécessaire d'aggraver davantage la responsabilité pénale du dirigeant qui, outre les incriminations de droit commun, notamment celles de l'abus de confiance et de l'escroquerie, se trouve suffisamment étayée dans les multiples cas de délits assimilés à la banqueroute (3).

Si elle a pu servir d'expédient, par suite d'une législation des sociétés lacunaire, l'incrimination de provocation de faillite sociale paraît moins justifiée en présence de dispositions pénales adéquates protégeant la création et le fonctionnement de la société. Il semble au demeurant, que l'infraction n'ait pas été souvent réprimée par les tribunaux et en tout cas, pas répertoriée par les décisions publiées. Il est vrai aussi que pour éviter l'arbitraire, l'intention frauduleuse requise exige une recherche d'autant plus approfondie que la structure matérielle de l'infraction est moins précise. Il importe, en effet, pour assurer une bonne répression que les deux éléments de l'infraction soient clairement définis. La banqueroute frauduleuse punie de peine assez élevée requiert en outre, un comportement indiscutablement délictueux, une intention délictuelle précise comportant le caractère répréhensible de l'acte prohibé.

(1) Ce qui serait à contre-courant de l'évolution et de la dépénalisation de la faillite.

(2) Voir au Zaïre les art. 106 et 109 du décret du 23 juin 1960 précité. L'extension de faillite pourrait même être envisagée.

(3) Voir infra les infractions mises à charge des dirigeants des entreprises publiques dans certaines législations.

CHAPITRE II : L'ELEMENT MORAL DANS LA BANQUEROUTE FRAUDULEUSE
ET LES DELITS ASSIMILES

=====

"S'il est vrai, comme le prétend la doctrine, qu'il n'y a pas d'infraction sans élément moral, c'est au législateur de préciser dans chacun de ses textes d'incrimination en quoi consiste cet élément, comme il doit décrire l'élément matériel... Il est arrivé que le législateur le fasse de façon assez claire... Parfois son adoption d'un élément moral suffisamment étoffé sera simplement implicite et ne résultera que de la nature des agissements incriminés, ce qui laissera à la jurisprudence une liberté d'évaluation encore plus large" (1). De son côté, la jurisprudence belge exige pour déterminer l'élément moral d'une infraction de rechercher la volonté du législateur en se fondant sur le texte qui réprime cette infraction et la nature de celle-ci (2).

Selon l'aspect mis en relief, on peut, sans doute, discuter de la place dévolue à l'élément moral (3) soit comme élément constitutif de l'infraction au même titre que ses structures juridique et matérielle, soit comme élément d'appréciation de la culpabilité et de la responsabilité en général du délinquant (4). Néanmoins, au stade de l'incrimination, l'élément moral fait partie de la structure même de l'infraction et il est apprécié de manière objective (5). Il est toujours nécessaire à la qualification.

(1) G. LEVASSEUR, Etude de l'élément moral de l'infraction, Ann. Fac. Droit de Toulouse, t. XVII, 1969, fasc. 1, p. 85 et 95.

(2) Cass. 16 septembre 1974, Pas. 1975-I-54.

(3) Dans la doctrine française, certains auteurs détachent volontiers l'élément moral de l'infraction et l'insèrent plus volontiers dans le domaine de la responsabilité: MERLE et VITU, Traité de droit criminel, Cujas 1978, n° 337, p. 445; voir LEBRET, Essai sur la notion de l'intention criminelle, RSC 1938, p. 438 à 484, spéc. p. 465 et s.

(4) Pour la majorité de la doctrine, l'élément moral influence aussi bien l'incrimination que la répression: G. LEVASSEUR, op. cit., Ann. Fac. droit, Toulouse, 1969, fasc. 1, p. 89 et s.; STEFANI, LEVASSEUR, BOULOC, op. cit., p. 213, n° 211; MERLE et VITU, op. cit., n° 337.

(5) G. LEVASSEUR, ibid.

En matière de banqueroute frauduleuse, l'élément moral requis est la fraude, l'intention frauduleuse. En droit belge notamment, l'article 438 du code de commerce énonce qu'à l'opposé des fautes graves reprochées pour banqueroute simple, la banqueroute frauduleuse est punie pour les cas de fraudes. Encore faut-il vérifier s'il en est bien ainsi dans les différentes incriminations. Dans les législations pénalistes, la distinction devrait apparaître plus nettement (1). Cependant, sauf le qualificatif de "frauduleux" qui précède parfois les incriminations, l'élément moral ne semble pas aussi bien soigné que l'élément matériel (2).

Quel que soit le moule juridique utilisé pour l'incrimination, la fraude à laquelle renvoie le législateur en matière de banqueroute frauduleuse ne semble par conséquent pouvoir être précisée que par une analyse de l'incrimination elle-même. Cette analyse sera effectuée non seulement pour les hypothèses de la banqueroute frauduleuse étudiées mais aussi pour le cas particulier du détournement d'actif personnel par le dirigeant social qui, paradoxalement, exige, en outre, la mauvaise foi.

Nous examinerons d'abord, la fraude comme intention délictuelle requise en matière de banqueroute frauduleuse, puis l'élément moral prévu pour la qualification de détournement d'actif personnel.

SECTION 1: LA FRAUDE COMME INTENTION DELICTUELLE EN MATIERE DE BANQUEROUTE FRAUDULEUSE

En dépit de ce que dans les systèmes étudiés (3), le législateur ne montre pas toujours la même préoccupation à décrire l'élément moral comme l'acte matériel, il ne fait point de doute que la banqueroute frauduleuse requiert un élément intentionnel.

(1) Voir supra problématique.

(2) Législation des anciennes possessions belges. Le code pénal marocain (art. 556) distingue ainsi la banqueroute simple et frauduleuse: ... tout commerçant en état de cessation de paiements qui, soit par négligence, soit intentionnellement, a accompli des actes coupables de nature à nuire à ses créanciers.

(3) Notamment en droit belge où la nécessité d'inscrire dans la partie générale du nouveau code pénal, une disposition reflétant l'exigence de l'élément intentionnel dans les crimes et délits suscite de vives discussions: W. BROSENS, L'élément moral dans les infractions et le futur code pénal belge, RDPC 1979, p. 407 - 432.

Certes, la plupart des législations ne qualifient pas cet élément de manière explicite notamment en matière de détournement ou de dissimulation de l'actif de même qu'en matière de soustraction de livres ou de comptabilité; mais il est aisé de comprendre qu'il est impliqué dans l'acte matériel décrit (1). On sait déjà que la soustraction de la comptabilité est incriminée parce qu'elle empêche toute vérification des opérations effectuées par le débiteur, ce qui suppose qu'elle est opérée dans un but déterminé. Quant au détournement et à la dissimulation de l'actif, ils sont suffisamment révélateurs de l'intention nourrie par leur auteur à l'égard des créanciers; car, la question essentielle est de déterminer de manière objective le but recherché par l'agent, que le législateur prohibe sous la menace des poursuites pour banqueroute frauduleuse ou délit assimilé.

A cet égard, on pourrait imaginer plusieurs comportements différents à l'égard des créanciers. En posant les actes matériels décrits, le débiteur ou le dirigeant social peut chercher à nuire aux créanciers; il peut chercher à se procurer un avantage au détriment des engagements pris à leur égard; ou encore se soustraire sans plus, à l'exécution des créanciers. Nous allons examiner laquelle des trois attitudes qualifie à suffisance la banqueroute frauduleuse.

§ 1. LA BANQUEROUTE FRAUDULEUSE NE REQUIERT PAS L'INTENTION DE NUIRE AUX CRÉANCIERS = IRRELEVANCE DU MOBILE

Etant donné la sévérité de la sanction pour banqueroute frauduleuse, on pourrait penser que le débiteur doit être animé d'un comportement particulièrement agressif à l'égard des créanciers; d'autant plus que, dans le cas précis du détournement ou de la dissimulation d'actif considéré comme l'infraction fondamentale en matière de banqueroute frauduleuse, l'acte matériel sera qualifié lorsqu'il engendre un préjudice à la masse (2).

(1) L. FREDERICQ, op. cit., t. VIII, p. 748; VAN RYN et HEENEN, op. cit., t. IV, n° 2876; LARGUIER, op. cit., p. 374; DELMAS-MARTY, op. cit., p. 401; HONORAT et BERNARDINI, op. cit., Juriscl. pén., art. 402-404, n° 52.

(2) Voir supra et l'illustration de cass., 20 novembre 1973, Pas. 1974-I-309.

Il importe, cependant, de distinguer. Si l'élément matériel de l'infraction requiert un préjudice causé à la masse des créanciers cela ne veut pas signifier que l'agent doit avoir l'intention de nuire aux créanciers. Une distinction doit être faite entre l'intention et le mobile. Celui-ci affecte le but immédiat visé par l'auteur, "le sentiment qui est à l'origine de l'action" (1), tandis que l'intention correspond à la raison objective de l'acte (2). Alors que le mobile peut changer selon l'agent ou l'acte infractionnel, l'intention qui est la volonté de commettre l'infraction en tous ses éléments reste identique et invariablement rattachée à l'incrimination (3).

En matière de banqueroute, les sentiments que le débiteur nourrit à l'égard de l'ensemble des créanciers ou de certains d'entre eux ne sont pas à prendre en considération pour la qualification (4). Il en est de même de ceux qui l'auraient personnellement déterminé à agir, aucune législation n'ayant tenu compte du mobile en matière d'incrimination (5).

Il est jugé en France que l'intention frauduleuse résulte suffisamment de la conscience qu'a le commerçant en état de cessation de paiements, de porter préjudice à ses créanciers en dissimulant ou en détournant une partie de son patrimoine et il importe peu, dès lors que ce faisant, il n'ait pas agi dans l'intention de nuire (6).

De même, comme le constate la doctrine belge, pour encourir la peine pour banqueroute frauduleuse, il n'est pas nécessaire que le prévenu ait l'intention d'agir au préjudice de la masse des créanciers (7). Cependant ce mobile peut être pris en considération dans la fixation de la peine (8).

(1) R. LEGROS, L'élément moral dans les infractions, Paris, Sirey, Liège, Desoer, 1952, p. 230; voir P. MIMIN, L'intention et le mobile in La chambre criminelle et sa jurisprudence, Recueil d'études en hommage à la mémoire de M. PATIN, Paris, Cujas, 1965, p. 113 à 128. Pour un aperçu de la doctrine française et belge, voir: A. YOTOPOULOS - MARANGOPOULOS, Les mobiles du délit, Etude de criminologie et droit pénal, Paris, LGDJ 1973, p. 93 et s.

(2) R. LEGROS, L'élément moral dans les infractions..., p. 280.

(3) M. PUECH, Les grands arrêts de la jurisprudence criminelle, t. I, Légalité de la répression, droit pénal général, Paris, Cujas, 1976, p. 41.

(4) et (5) Comparer JP SPREUTELS et J. MESSINE, Questions spéciales de droit pénal, in L'entreprise en difficulté, 1981, p. 354, n° 35.

(6) Amiens, 19 mars 1964, RTDC 1964, p. 397, n° 18, 2°; voir aussi: cass. fr. 23 juin 1893, DP 1895-I-519; cass. crim. 10 novembre 1964, JCP 1965-II-14.146; RTDC 1965, p. 176, n° 17.

(7) JP SPREUTELS et J. MESSINE, op. cit., in L'entreprise en difficulté, 1981, p. 354 et s., n° 35.

(8) JP SPREUTELS et J. MESSINE, op. cit., p. 356, n° 37.

Il est vrai que souvent les détournements auront pour conséquence de nuire aux intérêts des créanciers. Mais tel ne semble pas être l'élément moral requis en matière de banqueroute frauduleuse. S'agit-il alors de l'intention de procurer à soi-même ou à autrui des avantages illicites?

§ 2. LA BANQUEROUTE N'EXIGE PAS D'AVANTAGE QUE L'AGENT AIT L'INTENTION DE PROCURER A SOI-MEME OU A AUTRUI UN AVANTAGE ILLICITE

Dès lors que l'élément moral consiste dans la volonté de réaliser l'infraction en tous ses éléments, on peut se demander en se plaçant du côté du débiteur si l'intention frauduleuse qui lui est exigée ne coïncide pas avec le résultat ou le bénéfice attendu. Pour être poursuivi du chef de la banqueroute frauduleuse le débiteur devrait avoir agi dans le but de se procurer à lui-même ou à autrui des profits, des avantages illicites (1).

Le législateur exige également l'intention frauduleuse dans d'autres infractions notamment le faux en écriture. Dans ce cas, on considère qu'agit avec une intention frauduleuse, celui qui a pour but de se procurer à soi-même ou à autrui un bénéfice illicite (2). Certes, il n'est pas nécessaire que le prévenu tire effectivement profit de l'infraction; il suffit que celle-ci ait pour but de procurer un bénéfice quelconque pécuniaire ou moral à l'auteur ou à toute autre personne.

Sans doute, lorsque à la veille du constat de la cessation des paiements, le débiteur décide de soustraire une partie de ses biens, il cherche à se constituer de manière illicite une réserve utilisable en dehors du patrimoine soumis à la procédure collective. On peut également supposer que la soustraction de la comptabilité servira à dissimuler les détournements déjà opérés et que de toute façon l'agent prendra raisonnablement le risque de la sanction pénale pour retirer un avantage des opérations effectuées.

Cependant la loi n'exige pas tant; l'intention frauduleuse déduite des actes matériels réprimés prend en considération avant tout l'atteinte portée et non l'intérêt recherché par le prévenu (3).

(1) JP SPREUTELS et J. MESSINE, op. cit., p. 353 et 354.

(2) G. MINEUR, op. cit., éd. 1949, p. 281; voir cass. 22 février 1977, Pas. 1977-I-659.

(3) Comparer en matière de vol avec G. MINEUR, op. cit., p. 180; LIKULIA BOLONGO, op. cit., p. 264; Léo. 17 septembre 1940, RJCB 1941, p. 103.

Ainsi tombe sous la prévention de banqueroute frauduleuse le fait de détruire une partie de son patrimoine pour rendre vaine la revendication des créanciers (1). Exiger que l'auteur ait l'intention de procurer à lui-même ou à autrui un avantage illicite, ajoute à notre avis, une condition que l'incrimination ne contient pas (2).

L'intention de nuire aux créanciers, celle de tirer un profit matériel ou moral de la défaillance de paiements ne sont que des mobiles qui peuvent accompagner la véritable intention frauduleuse telle que précisée par la loi à savoir la volonté de l'agent de se soustraire aux engagements pris à l'égard des créanciers.

§ 3. LA FRAUDE DETERMINEE PAR L'INTENTION DE SE SOUSTRAIRE
A L'EXECUTION DES CREANCIERS = EXIGENCE DU DOL SPECIAL

La fraude implique essentiellement l'idée de tromper. Dans les relations d'affaires, elle s'entend "de la trahison de la confiance donnée; elle instaure l'insécurité, vicie les relations humaines" (3).

Pour encourir la banqueroute frauduleuse, la loi exige que les actes de spoliation du gage général se soient opérés avec une intention frauduleuse. Celle-ci est constituée, écrit un auteur, "non seulement quand le commerçant s'approprie ce qui appartient ou ce qui revient à ses créanciers mais encore lorsqu'il soustrait sa comptabilité ou lorsque pour se mettre dans l'impossibilité de payer ou tout au moins d'être poursuivi en paiement, il escamote son patrimoine" (4).

L'intention précise exigée par les différentes législations est la volonté de se soustraire aux engagements pris à l'égard des créanciers en les trompant sur la consistance du patrimoine (5). Le but de la loi est, en effet, de protéger les droits des créanciers sur l'entière du patrimoine du débiteur. Ce qui suppose de la part du débiteur la connaissance de ses difficultés financières ou au moins, le dessein de les provoquer et en outre, la volonté ou le but précis de se mettre dans l'impossibilité d'honorer ses engagements (6).

(1) Voir Corr. Brux. 4 juin 1980, cité par JP SPREUTELS et J. MESSINE, op. cit., p. 355 et 356, n° 36.

(2) Contra JP SPREUTELS et J. MESSINE, op. cit., p. 354, n° 34.

(3) G. CLEMENT, op. cit., p. 371.

(4) G. CLEMENT, op. cit., p. 371.

(5) et (6) HONORAT et BERNARDINI, op. cit., Juriscl. pén., art. 402-404, n° 59 et 60; LENCOU, op. cit., p. 54.

A. LA CONNAISSANCE DE LA CESSATION DES PAIEMENTS

Comme la faillite, la banqueroute exige la cessation des paiements. Cependant, en matière pénale, l'imputabilité suppose une volonté consciente, que l'auteur soit en mesure d'apprécier l'illicéité de l'infraction (1). En l'occurrence, le débiteur doit pouvoir poser les actes de banqueroute en connaissance de cause, il importe par conséquent qu'il sache qu'il est en cessation des paiements.

La preuve de cette connaissance sera effectuée sans difficulté si l'acte matériel de spoliation est posé après la déclaration de faillite ou le dépôt de bilan. Lorsque les faits de banqueroute précèdent, cette connaissance comme première étape de la recherche de la responsabilité pénale sera établie avec quelques difficultés. Il convient de rappeler à cet égard que sauf dans les systèmes qui soumettent les poursuites à la déclaration de faillite, la cessation des paiements est déterminée librement par les juridictions pénales et que dès lors la connaissance de la cessation des paiements s'appréciera par rapport à la date fixée par elle (2).

On sait déjà que la cessation des paiements s'apprécie différemment en matière civile et en matière pénale et que le besoin de répression peut faire remonter la date de cessation des paiements au-delà des limites autorisées en matière civile. Il s'avère qu'en matière de banqueroute la cessation des paiements peut être un moyen comme un but; l'important est qu'elle caractérise à suffisance la volonté de commettre l'infraction, c'est-à-dire "spolier" les créanciers. Il suffit par conséquent qu'un lien soit établi entre la cessation des paiements et l'acte matériel de banqueroute, la chronologie des faits importe peu (3).

Cependant en elle-même la cessation des paiements s'apprécie de manière objective. Sauf causes de justification ou de non-imputabilité, on ne cherche pas à savoir si le débiteur était effectivement au courant de sa cessation des paiements. Il s'agit en effet de qualifier l'infraction et le débiteur est un professionnel capable d'apprécier sereinement ses activités (4). Au demeurant, cette connaissance se déduira souvent de l'acte matériel même de soustraction (5).

(1) R. LEGROS, L'élément moral dans les infractions, Paris, Liège 1952, p. 329.

(2) Voir supra p. 261 et s.

(3) Voir supra l'exemple de détournement d'actif.

(4) Comparer Corr. Brux., 31 octobre 1980.

(5) Voir cependant Corr. Tournai, 25 février 1965, RPS 1965, p. 70.

En matière de société, les tribunaux se contentent de constater que le dirigeant social n'ignorait pas que la société était en cessation des paiements (1). Ce qui peut être une manière commode de caractériser l'élément moral.

Il importe cependant de ne pas considérer isolément les divers éléments constitutifs de l'infraction. C'est l'acte délictueux qu'il y a lieu de qualifier dans son entièreté. On ne sera donc pas étonné que l'effort des juridictions se porte sur la caractérisation du fait de banqueroute qui révélera non seulement la structure matérielle de l'infraction mais aussi l'élément moral exigé. En l'occurrence, on retiendra le résultat pénal recherché par l'auteur de l'acte matériel à savoir tromper ses créanciers sur la consistance du gage général.

B. L'INTENTION DE TROMPER SES CREANCIERS SUR LA CONSISTANCE

DU GAGE GENERAL

Le débiteur n'est passible de la banqueroute frauduleuse que lorsqu'en connaissance de cause, il soustrait à la masse des créanciers une partie de son patrimoine. Alors que, ni l'intention de nuire aux créanciers, ni celle de se procurer avantage à soi-même ne sont requises, l'intention facilement établie à partir des faits énoncés notamment le détournement ou la dissipation d'actif, la reconnaissance frauduleuse du passif dépasse la témérité ou l'imprudence (2). Il s'agit de la volonté d'empêcher les créanciers d'exercer leurs droits légitimes, de la négation de leurs droits.

Les créanciers reposent leurs espoirs d'être payés sur le patrimoine du débiteur. Sa diminution en période de cessation des paiements ne peut que leur porter un grand préjudice. Cette atteinte mérite d'être sévèrement punie parce qu'elle est recherchée et éventuellement organisée par le débiteur. Au lieu de laisser l'entièreté du patrimoine à la disposition des créanciers, le débiteur l'escamote par divers procédés qui révèlent sans équivoque son dessein d'annihiler leurs droits.

(1) Comparer en matière de détournement d'actif personnel, Cass. crim. 30 juin 1971, JCP 1973-II-17344.

(2) LARGUIER, op. cit., p. 374.

L'élément moral requis pour la banqueroute frauduleuse est le dol spécial dans la mesure où celui-ci désigne la volonté précise de rendre inefficace les revendications des créanciers, celle de se soustraire délibérément aux engagements pris envers les créanciers (1).

Il a été notamment jugé que certains loyers et traitements élevés perçus pendant que la société était encore in bonis ne permettent pas la poursuite du chef de banqueroute frauduleuse à défaut d'intention frauduleuse de diminuer l'actif ou d'augmenter le passif (2).

Il importe de caractériser cette intention qui est essentielle à la qualification de la banqueroute frauduleuse. Elle la distingue notamment de la banqueroute simple. Ainsi la dilapidation de sa fortune en période suspecte peut être considérée comme dépense personnelle excessive et punie de banqueroute simple alors que, si l'intention de se soustraire aux créanciers est prouvée, l'agent encourra la peine de la banqueroute frauduleuse pour détournement d'actif (3). En matière de comptabilité, le défaut de pièces comptables s'interprétera selon l'élément moral mis en évidence, l'intention de dissimuler la situation de son patrimoine ou une simple négligence soit comme une soustraction frauduleuse soit comme une tenue irrégulière ou incomplète de la comptabilité (4).

Pour qu'il y ait banqueroute frauduleuse, il ne suffit donc pas que le gage général des créanciers subisse une diminution ou que sa situation soit dissimulée, encore faut-il que le débiteur ou le dirigeant social ait recherché ce but en posant les actes matériels prohibés. Il semble qu'en pratique, cet élément ne soit pas difficile à caractériser, découlant suffisamment des faits de banqueroute incriminés (5). Nécessaire à la qualification de l'infraction, son défaut devrait conduire à l'acquittement du prévenu.

(1) Voir LEGROS, op. cit., p. 328 et s., n° 14 et s., 16 et 20; W. BROSENS, op. cit., RDPC 1979, p. 420; G. LEVASSEUR, op. cit., Ann. Fac. Toulouse, 1969, fasc. 1, p. 87; BOUZAT et PINATEL, op. cit., p. 255 et s.; HONORAT et BERNARDINI, op. cit. jurisc. pén., art. 402-404, n° 59 et 60; G. CLEMENT, op. cit., p. 371.

(2) Corr. Tournai 25 février 1965, RPS 1965, p. 70.

(3) Voir supra le sens donné à la dissipation.

(4) Pandectes belges, V° Banqueroute, n° 305.

(5) En matière de charge de la preuve, voir Cass. 13 mai 1973, Pas. 1973-I-661 et les réserves de la doctrine: JL DUPLAT, op. cit., in L'évolution récente du droit commercial et économique, p. 396; SPREUTELS et MESSINE, op. cit., in L'entreprise en difficulté, p. 357 et s.

En revanche, lorsque l'intention guide l'acte matériel, l'ordre social se trouve gravement atteint en même temps qu'apparaît le caractère dangereux de l'auteur. D'où la sévérité de la sanction. Il est vrai que les droits des créanciers sont méconnus de manière délibérée et outrageante. Lorsque en matière de société ils ne sont qu'indirectement compromis par la dissimulation du patrimoine personnel du dirigeant, on peut se demander si le législateur exige la même intention délictuelle, d'autant plus que, sauf qu'ils portent sur le patrimoine personnel et non sur celui de la société, il est reproché au dirigeant des faits de même contenu.

SECTION 2: L'ELEMENT MORAL REQUIS DANS L'HYPOTHESE DE DETOURNEMENT D'ACTIF PERSONNEL (DROIT FRANCAIS ET "DERIVES")

Contrairement à la banqueroute frauduleuse où souvent l'élément moral s'induit de manière implicite des actes matériels, les législations concernées caractérisent cet élément avec rigueur dans l'incrimination de détournement d'actif personnel par le dirigeant social. Celui-ci, pour être punissable doit avoir détourné une partie de son patrimoine de mauvaise foi et en vue de se soustraire aux poursuites de la société, des associés et des créanciers sociaux (1). En dépit de l'accumulation des formules, il semble que l'élément moral est ici constitué par la fraude à l'instar des incriminations pour banqueroute frauduleuse.

De par la structure matérielle du détournement d'actif personnel, on sait déjà que le dirigeant social n'est pas forcément en cessation de paiements et soumis à la faillite et que par ailleurs, la soustraction porte sur un autre patrimoine que celui qui sert normalement de gage aux créanciers (2). Il est dès lors aisé de comprendre que le caractère nocif du comportement du dirigeant soit explicitement stigmatisé.

Lorsque les droits des créanciers portent directement sur l'ensemble du patrimoine du débiteur, il est à peine besoin d'indiquer que sa diminution cause un préjudice direct à la masse. En matière de détournement d'actif personnel, en revanche, pour éviter toute méprise sur le résultat pénal recherché puisque le patrimoine du dirigeant n'est pas soumis à la faillite, même s'il en ressent quelques

(1) Art. 132 de loi de 1967 et équivalents

(2) Voir supra p. 298

effets, il importe de stipuler expressément que, par la diminution du patrimoine personnel le prévenu cherche à porter atteinte aux droits des créanciers.

Cependant, il ne faut pas en déduire qu'il est exigé du dirigeant un dol particulier qui consisterait à nuire aux créanciers ou à se procurer un avantage illicite. Il suffit qu'il ait conscience de l'atteinte portée aux droits des créanciers.

Pour la preuve de cette intention, la cour de cassation française ne se montre pas d'ailleurs particulièrement exigeante. Pour elle, se trouve justifié l'arrêt qui constate que le prévenu ne pouvait ignorer que l'aliénation consentie était contraire aux intérêts sociaux et aux intérêts des créanciers et tendait à dissimuler ou à détourner une partie de son patrimoine (1). Souvent, c'est par conséquent l'acte matériel qui révélera l'intention du dirigeant (2).

Quant à la mauvaise foi, elle découle de la connaissance de la cessation des paiements de la société dirigée (3). Ce sera d'ailleurs souvent le point de départ de la recherche de l'élément moral exigé par l'incrimination. Exigée dans tous les délits assimilés à la banqueroute simple mis à charge des dirigeants sociaux, la mauvaise foi signifie que le dirigeant doit avoir agi en connaissance de cause et que la simple négligence ou l'imprudence ne suffit pas pour la qualification de l'infraction (4).

Or, les tribunaux se contentent, en ce domaine aussi, de relever que le dirigeant ne pouvait ignorer que la société était en cessation de paiements (5). Cette connaissance de la cessation de paiements s'apprécie de manière objective; d'autant plus qu'on est en présence d'un homme du métier.

Ainsi que le constate un auteur, "à moins de circonstances particulières, le dirigeant social pourra difficilement échapper aux sanctions édictées par l'article 132 de la loi de 1967 lorsque, ayant connaissance de la situation désespérée de la société qu'il administre ou dirige, il aura accompli des actes qui pourraient amoindrir son patrimoine personnel" (6).

(1) Cass. crim. 30 juin 1971, JCP 1973-II-17344 et RS 1972, p. 287, notes BULOLOC.

(2) Cass. crim. 4 décembre 1978, D.1979-IR-p. 366, note DERRIDA; cass. crim. 26 novembre 1979, D.1980-IR-p. 308.

(3) BULOLOC, note sub., cass. crim. 30 juin 1971, JCP 1973-II-17344.

(4) Cass. crim. 16 novembre 1964, JCP 1965-II-14146, note RDM; RTDC 1965, p. 176, n° 17, note HOUIN

(5) Note BULOLOC précitée sous cass. crim. 30 juin 1971.

(6) BULOLOC, note précitée sous cass. crim. 30 juin 1971.

Néanmoins, il faudrait éviter que, par suite d'un engrenage de présomptions, on conclut facilement aux poursuites du dirigeant qui, en dépit de la cessation de paiements de la société, n'aurait fait que jouir normalement de son patrimoine.

Quoiqu'il en soit, le détournement d'actif personnel est une incrimination redoutable pour le dirigeant social et à défaut d'un réaménagement logique (1), on peut approuver que la loi n'ait incriminé que les cas de fraude à l'instar de ceux de la banqueroute frauduleuse à savoir les détournements ou dissimulations d'une partie des biens et la reconnaissance frauduleuse de dettes. Ce sont, en effet, les atteintes les plus graves à la confiance des créanciers et à la sécurité des transactions aussi bien du point de vue du préjudice susceptible d'être créé que du comportement antisocial révélé chez le prévenu.

Cependant, ce ne sont pas les seuls actes susceptibles de compromettre gravement les droits des créanciers et par suite l'ordre social. Sans comporter la même gravité que les faits de banqueroute frauduleuse d'autres actes du débiteur sont érigés en infraction et sanctionnés pénalement par le législateur. Ce sont les cas de banqueroute simple.

(1) Voir la structure matérielle de l'infraction.