

Faillite

Pierre-Cyrille Hautcoeur et Nadine Levratto

A paraître dans Alessandro Stanziani (dir.) *Dictionnaire historique de l'économie droit*, LGDJ, 2007, pp. 159-67

Au sens large et traditionnel, on appelle faillite la situation légale d'un débiteur qui, ne pouvant plus faire face à l'ensemble de ses engagements se trouve à un moment donné en situation de cessation de paiement (Pochet, 2001). Le dénouement de cette situation peut passer par la liquidation des biens du débiteur au profit des créanciers ou par différentes formes d'atermoiement ou de remises de dettes. La faillite au sens strict est au 19^e siècle en France un état personnel ou social créé par un jugement au sein d'une procédure spécifique. Cette procédure évolue au long du siècle sous l'effet à la fois des pratiques judiciaires, des transformations économiques, et des modifications législatives. L'ensemble des procédures et des jugements liés aux difficultés de paiement des débiteurs traduit les hiérarchies que la société définit entre types de débiteurs et de dettes, comme entre types de créanciers et de créances. Ces hiérarchies sont en permanence transformées par les efforts des différents groupes d'acteurs en présence : débiteurs et créanciers de divers types, mais aussi les autres intéressés aux procédures : salariés, agents d'affaires, greffiers et juges des tribunaux de commerce, syndics et liquidateurs qui interviennent à divers stades, fisc. Parfois, ces efforts conjugués transforment durablement la législation ou les pratiques, ce qui nous les rend mieux visibles.

Continuité ou ruptures du traitement de la faillite

La faillite a très tôt donné lieu à une législation importante et à des pratiques variées qui ont fortement évolué depuis l'ancien droit romain qui, en matière de règlements des litiges dus à l'insolvabilité des débiteurs, a constitué la première étape du processus de séparation entre exécution sur la personne et sur les biens (Edouard, 2005, p. 523). Nombre de traits apparaissent très précocement, en particulier une distinction de traitement entre commerçants et non-commerçants, la possibilité de conclure des accords avec une majorité de créanciers qui s'impose aux autres, des procédures de liquidation des actifs du débiteur en cessation de paiement, mais aussi son exclusion de la vie économique et même sociale (Desurvire, 1992, chapitre 1). Les origines communes romaines et italiennes des législations européennes font qu'elles partagent la plupart de ces traits, même si elles se différencient partiellement entre elles. On peut néanmoins percevoir une véritable transformation structurelle de la législation et de la pratique en matière de faillites au 19^e siècle dans le cas français. Cet article présente quelques hypothèses en ce sens.

Un régime initial centré sur l'ordre établi

La procédure de faillite mise en place en 1807, et qui acquiert une visibilité majeure du fait de sa codification, est sans doute la plus sévère des trois derniers siècles, mais aussi la plus coûteuse économiquement. En revanche, elle est parfaitement conforme à un objectif politique de préservation de l'ordre établi qui repose, entre autres, sur le respect des droits des créanciers.

La sévérité de cette procédure provient donc en premier lieu des circonstances de son édicton : bien sûr elle fait suite à une révolution sans précédent, mais, et peut-être surtout, elle est consécutive à la vague de faillites qui a accompagné la crise de 1805 et qui a conduit Napoléon à accélérer la révision du Code de commerce. Elle résulte ensuite du fait que le régime de la faillite cumule désormais plusieurs logiques : une logique pénale de sanction et une logique économique d'incitation justifient une répression sévère au-delà même des fautes et fraudes considérées comme faits de banqueroutes simples ou frauduleuses (passibles du tribunal correctionnel dans le premier cas, de la cour d'assise dans le second). S'y ajoute une logique inquisitoriale de préservation de l'actif qui justifie l'emprisonnement préventif. Enfin, la sévérité résulte aussi de l'organisation judiciaire centralisée, de la codification et de l'homogénéisation des procédures qui généralisent les sanctions les plus sévères prononcées antérieurement et réduisent drastiquement la liberté d'appréciation que gardaient les juridictions plurielles antérieures à la Révolution.

La logique pénale de sanction vise sans doute, autant que les fraudes au sens strict, ou que le vol constitué selon certains par le non-remboursement d'une dette, l'infraction à l'ordre établi que commet celui qui veut sortir de sa condition en réalisant des opérations sans proportion avec sa fortune ou son état. Elle relève d'une société d'ordres, ou plutôt de ce qu'il en reste dans une société de classes dans laquelle le patrimoine est à la base désormais des droits politiques comme économiques. Autrement dit : l'Ancien Régime sans les ordres et corporations qui assignaient une position sociale et des pratiques économiques, sans aussi les protections qu'ils offraient en plus des contraintes. La logique d'incitation, quant à elle, est cohérente avec la doctrine libérale et la nouvelle insistance sur la capacité du marché à éliminer les moins compétents sans qu'il y ait injustice. Les deux motifs d'exclusion auraient pu s'annuler comme parfois ailleurs (cf. Polanyi, 1983) ; ils se cumulent ici.

Dès lors que la propriété est la garante de l'ordre, on ne peut s'étonner que les immeubles ou les rentes, propriétés au sens le plus plein, soient privilégiés légalement par le régime de faillite. Les immeubles sont protégés par les procédures complexes qui règlent leurs mutations, par la priorité accordée au créancier hypothécaire, mais aussi par les privilèges dont le propriétaire bénéficie vis-à-vis de son locataire, privilèges qui en font le seul créancier qui n'est presque jamais affecté par une faillite. Les rentes sur l'Etat sont insaisissables, ce qui permet au débiteur, quand il est assez propriétaire, de se protéger contre les conséquences futures d'une éventuelle cessation de paiements. Tous ces privilèges nuisent aux créanciers commerciaux ordinaires au point de faire des conflits entre créanciers un obstacle plus grand au règlement des faillites que les conflits entre créanciers et débiteurs (Goré, 1969).

Les points d'appuis du changement

Tel qu'il est, même dans le Code de commerce, le droit des faillites est cependant un droit pragmatique, tourné vers l'efficacité plus que vers les principes, vers la résolution de problèmes plus que vers la sanction, vers le futur plus que vers le passé. Pragmatique d'abord comme droit commercial : droit d'exception, fait par les commerçants (les juges en sont) pour des commerçants, il coupe aux procédures longues et détaillées du Code civil. Il échappe aussi pour l'essentiel à l'autorité judiciaire civile et pénale (qui tente plusieurs fois dans la première moitié du siècle de reprendre la main dessus, mais ne garde que la possibilité de requérir la faillite pour raison d'ordre public, et la haute main sur les jugements en appel et en cassation).

Les juges des Tribunaux de commerce sont élus (très censitairement), ce qui les rend indépendants du pouvoir, au moins une fois le parlementarisme établi. Ils sont ainsi

solidaires des justiciables comme des créanciers. Ils peuvent en leur nom revendiquer l'efficacité plus que le droit. Plus que la sanction des fautifs, ils veulent protéger les créanciers contre des pertes inutiles. Ils peuvent alors interpréter l'emprisonnement non pas comme une sanction (sauf si nécessaire), mais comme une simple nécessité éventuelle pour protéger l'actif et faire coopérer le débiteur (ce qui peut permettre de ne pas l'appliquer). Ils peuvent surtout tenter d'encourager la conclusion de concordats, que prévoit le Code même s'il y met des conditions très strictes. Avec le concordat, c'est la possibilité d'invoquer le futur contre le passé qui revient. Toute la transformation qui a lieu au 19^e siècle consiste à faire monter en puissance ces forces qui font appel au futur contre celles qui invoquent le passé pour condamner le failli.

Vers la liquidation judiciaire

Effectivement, dès la Monarchie fermement restaurée, le retour à la stabilité économique et politique conduit rapidement à remettre en cause l'ordre répressif du Code. L'injustice des sanctions envers des débiteurs simplement malheureux, voire victimes, est soulignée de toute part (à dire vrai, la Chambre de commerce de Paris la critiquait dès la préparation du Code de commerce). L'inefficacité économique que représente la disparition d'entreprises qui seraient profitables sans des dettes accumulées est invoquée pour transformer la législation. Mais le chemin vers une procédure de restructuration simplifiée et non-infâmante est semé d'embûches.

La révolution industrielle en cours, et avec elle le développement d'entreprises importantes, caractérisées par des actifs spécifiques difficiles à revendre à leur valeur d'usage, pourraient être invoqués en ce sens. En effet, plus une entreprise est complexe et dotée de capitaux importants, moins sa vente « en pièces détachées » est susceptible de rapporter par rapport à sa valeur en état de marche, plus aussi la poursuite de l'exploitation pourrait se concevoir indépendamment de la personne de l'entrepreneur. En outre, avec l'évaluation boursière de leurs actions et de leurs obligations, qui représente essentiellement la valorisation de leur futur tel qu'il est perçu par la concurrence des boursiers, les grandes sociétés sont bien placées pour faire comprendre l'écart potentiel entre défaut momentané de trésorerie et insolvabilité.

Pourtant, il ne semble pas que cet argument soit beaucoup utilisé. Le droit de la faillite traite (en théorie) toujours de la même manière le petit boutiquier et la grande entreprise, alors qu'on pourrait imaginer sans peine des traitements séparés. Sans doute pour des raisons politiques (il est difficile de revendiquer un traitement privilégié des grandes entreprises), peut-être parce qu'elles savent habilement utiliser le droit existant, peut-être parce qu'elles y ont peu recours, les grandes entreprises ne revendiquent pas, semble-t-il, la création d'un droit des faillites spécifique, qui pourrait distinguer par exemple les sociétés des entrepreneurs individuels, ou les sociétés de capitaux (en plein développement à partir de la fin des années 1830 grâce à l'usage de la commandite par actions) des sociétés de personnes. On ne le leur impose pas non plus, alors même qu'une telle différenciation permettrait d'augmenter sensiblement les obligations des sociétés en matière d'information des créanciers (les seules obligations spécifiques avant 1907 concernent les sociétés lors de leur fondation).

Dès lors qu'il ne s'appuie guère sur l'argument de la transformation économique, le parti du mouvement doit revendiquer la justice et l'ordre. La justice envers les créanciers d'abord. Ce sont eux les victimes, il faut leur permettre d'abord « d'arrêter les frais », ce que fait le début de la procédure de faillite en rendant connaissance commune des difficultés de liquidité peut-être connues des seuls proches. Il faut surtout leur permettre de rentrer au mieux dans leurs frais, ce qui ne passe pas souvent par la liquidation des actifs du failli (l'expérience, et bientôt la statistique

officielle, utilisée très tôt dans l'argumentation des contemporains, le prouvent), mais bien plutôt par la poursuite de l'exploitation, que la réforme de 1837 autorise le syndic à entreprendre avec l'accord du juge. Cette orientation des créanciers vers les dividendes futurs plutôt que vers la punition du passé se renforce lorsqu'ils acceptent d'envisager la faillite comme un aléa, selon une tendance séculaire renforcée par toutes les grandes crises économiques (et dont témoignent par exemple les projets d'assurance contre les faillites qui suivent 1848). Dans les grands centres commerciaux, les tribunaux privilégiant l'efficacité au bénéfice des créanciers limitent ainsi très tôt l'emprisonnement des faillis et encouragent les concordats (Hautcoeur & Levratto, 2007).

Le débiteur doit aussi pouvoir bénéficier de la justice. Les contemporains le disent, il est, d'une certaine manière, victime de l'imprudence des créanciers, et ceux-ci méritent quelque sanction pour n'avoir pas mieux évalué sa situation, mesuré leur crédit et réduit le risque pris par le débiteur. L'expansion du crédit au cours du siècle (sans doute la raison principale de la multiplication des faillites), sa professionnalisation (même si le crédit bancaire reste, même en 1900, loin derrière le crédit commercial dans les bilans des faillis), et l'accroissement de l'information disponible sur les sociétés (dictionnaire des faillis de Mascret, Bottin, autres annuaires du commerce, publications judiciaires et systèmes d'information mis en place par les syndicats patronaux) vont en ce sens. Non contents d'avoir peut être trop prêtés, les créanciers cessent parfois de prêter sans justification, sous l'effet d'une inquiétude mal informée ou de circonstances indépendantes de l'action du débiteur, qui les subit sans qu'il y aille de sa faute.

Ce dernier cas introduit la possibilité d'un débiteur également victime de circonstances indépendantes de sa volonté, spécialement de la conjoncture, qui voit des blocages du crédit d'autant plus brutaux que celui-ci est développé. Les crises économiques que l'on ne saurait imputer à la témérité, même collective, des commerçants, c'est-à-dire celles qui résultent de guerres ou de révolutions, donnent l'occasion rêvée d'invoquer cet argument. D'où la mise en œuvre de législations provisoires en 1848 et en 1870, qui permettent d'expérimenter les effets de procédures de règlements de type concordataire, mais simplifiées et exemptées du label infâmant de faillite (Daloz et Vergé, 1877, pp. ix et xx). Limitées dans le temps, ces procédures d'exception sont en outre révélatrices de débats de l'époque ou des pratiques des tribunaux de commerce. Ainsi, malgré la loi et pour des raisons évidentes d'information, ceux-ci reprennent rarement des poursuites envers ceux-ci après la clôture de la procédure, quand bien même ils auraient repris une activité et détiendraient quelques biens. En 1856, la création du concordat avec abandon d'actifs (qui supprime la possibilité de poursuites postérieures) entérine cette pratique et accroît les droits du futur par rapport à ceux du passé.

En 1889 finalement, après dix ans de débats parlementaires et le véritable établissement de la République libérale, une procédure permanente de liquidation judiciaire permet, sans déclarer la faillite et sans déshonneur (son jugement déclaratif n'est pas publié), de tenter la mise en place d'un concordat, faute duquel seulement la faillite advient. La liquidation judiciaire permet le maintien du débiteur dans sa gestion, assisté d'un liquidateur. Elle dépend de la bonne foi reconnue du débiteur, sans que celle-ci soit définie par des conditions précises, ce qui laisse une large marge aux tribunaux pour apprécier au mieux les situations complexes que connaissent les entreprises en faillite (Noël, 2003). Cette latitude d'action s'oppose au souhait de juristes conservateurs de mettre en place des procédures d'exclusion automatique du bénéfice de la liquidation (par exemple le retard de dépôt de bilan), comme à ceux qui souhaitent l'intégration des affaires commerciales aux tribunaux civils. Enfin, en 1903,

la réhabilitation complète du failli (incluant ses droits politiques complets) cesse d'être soumise au remboursement du principal et des intérêts de toutes ses dettes, condition qui la rendait presque inaccessible jusque là.

L'ordre des tribunaux de commerce

L'ordre enfin, est aussi revendiqué par les tribunaux de commerce. Pour eux, seuls les juges peuvent déclarer la cessation de paiement et fixer sa date : c'est la condition de l'égalité des justiciables, de l'absence de conflits et d'une définition publique d'un ordre commercial juste (Bertholet 2004). Alors que les économistes libéraux considèrent le règlement amiable avec bienveillance, et envisagent même les conditions de sa transformation en concordat impératif et de son homologation automatique, les tribunaux soulignent les dérives de ces règlements (dans lesquels les créanciers sont souvent inégalement traités) et les risques de confusion qui en résultent (les victimes imposant le recours au tribunal, mais trop tard pour qu'une solution simple puisse encore être trouvée) (Michel, 1900, p.985 ; Balzac, 1948, pp. 147-150). Ils s'appuient, une fois n'est pas coutume, sur le droit civil pour maintenir l'exigence d'unanimité qui rend l'accord amiable presque impossible.

Les juges des tribunaux de commerce, pourtant souvent submergés par la masse des cas, sont ici solidaires des syndicats dans la défense de l'institution. Ils le sont malgré le concert de critiques envers les syndicats qui résonne tout au long du siècle, et qui fait revendiquer ici leur fonctionnarisation complète, là l'entrée libre dans un syndicat aux structures opaques et fermées. Mais les juges sont de fait les complices des syndicats, qui, avec les greffiers (dont le rôle mériterait aussi l'étude), expédient l'essentiel de la procédure. Une coalition d'intérêts relie ici l'Etat fiscal (à travers le greffe, qui taxe toutes les opérations de la procédure), les juges (exprimant le contrôle du commerce par ses notables) et les syndicats (soupçonnés de favoriser parfois leur propre intérêt sur celui des créanciers). Cette coalition conduit à la perpétuation de coûts de procédure si élevés qu'une grande partie des faillites sont classées pour insuffisance d'actifs (insuffisance s'entendant pour payer les coûts de procédure) et que les dividendes touchés par les créanciers des autres sont souvent très faibles (cf. les *Comptes généraux de l'administration de la justice*).

Pourtant, ces procédures s'améliorent : d'une part celle de la liquidation judiciaire, allégée, débouche sur un grand nombre de concordats. Elle relance le dépôt de bilan spontané par le débiteur qui avait tendance à régresser. En matière de faillite même, plusieurs changements mineurs mais significatifs ont lieu : l'abus des recours en annulation d'opérations antérieures à la faillite est freiné par la fixation définitive de la date de cessation de paiements ; la suppression en 1859 de l'insaisissabilité des rentes, rendue indispensable par leur diffusion, accroît l'égalité entre les débiteurs ; la diminution des privilèges des propriétaires bailleurs, qui commence en 1872, l'accroît entre les créanciers, même si l'apparition d'autres privilèges, au profit des salariés en particulier, fait que la procédure reste complexe.

Conclusion

Le droit de la faillite et son application se transforment donc radicalement au cours du 19^e siècle. D'un droit destiné à maintenir une hiérarchie économique et sociale fondée sur la propriété établie, on passe à un droit républicain, accessible aux petits entrepreneurs qui peuvent espérer obtenir un jugement indulgent non seulement s'ils sont victimes de leurs propres débiteurs ou de la conjoncture, mais même en cas de gestion peu compétente voire imprudente, selon une hiérarchie de cas de plus en plus clairement établie par les tribunaux de commerce. Peut-être en raison des sécurités que

donne l'effet de commerce, il ne semble pas que la croissance du crédit en soit freinée ; sans doute les réseaux d'information et de crédit se professionnalisent-ils en contrepartie. Ce régime favorise-t-il inversement trop le petit commerce, qui connaît à la fin du siècle son âge d'or, au détriment de la grande entreprise ? Ce n'est qu'une hypothèse qui demande confirmation à la lumière des dossiers individuels de faillite conservés dans les archives des tribunaux de commerce, des statistiques et publications diverses sur le sujet et des prises de position observables dans la presse ou dans les archives des Chambres et des Tribunaux de commerce.

Plus que des sources utilisées, ces conclusions provisoires résultent d'une analyse historique et d'une conception du droit comme activité sociale qui insiste à la fois sur le processus de création juridique et sur la manière dont il est mis en œuvre par les acteurs sociaux spécialistes aussi bien que non-spécialistes (Lascoumes et Serverin, 1988). Cette méthode s'oppose à toute définition a priori d'un droit optimal indépendamment du contexte économique, politique et social dans lequel il doit s'appliquer (Stiglitz, 2001 ; Siems, 2005). Elle montre au contraire que les défauts des systèmes juridiques dépendent largement de leur mise en œuvre, ce qui implique un examen attentif de l'organisation et de la procédure judiciaires.

A la distinction habituelle entre un traitement rigide de la cessation de paiement par un droit commercial subordonné au Code civil et les pratiques autorisées par un droit coutumier souple donc favorable à l'esprit d'entreprise, nous substituons un découpage fondé sur la nature des actifs mobilisés dans le contrat entre débiteurs et créanciers et sur la conception de l'entreprise sous-jacente. La spécificité du droit français à cette aune est peut-être son orientation vers la correction des imperfections de marché auxquelles font face les petits commerçants, pivots de la vie sociale et politique de la fin du 19^e siècle. Elle tient aussi sans doute à la lenteur de l'élargissement du champ d'application du droit commercial. Cet élargissement commence certes très tôt (Marco, 1989, l'invoque comme explication de la hausse régulière du nombre de faillites) mais les débats sur la qualité de commerçant (cf. Dalloz et Vergé, 1877, pp. 547-549 ou Trippier, 1902, pp. 640-641) ne conduisent pas à y rattacher les agriculteurs (autre pilier de la société jugé digne d'un traitement politique spécifique) ni les dettes civiles qui restent dans le régime « inorganisé et inconsistant de la déconfiture » (Lemontey, 2005). Il faudra attendre la fin du 20^{ème} siècle pour que ces séparations soient remises en cause et que s'effectue un rapprochement entre droit civil et commercial. Ce sont ces spécificités, plus qu'une intrinsèque déficience, qui doivent être présente à l'esprit avant toute comparaison internationale des régimes de faillite (Sgard, 2006).

Bibliographie

- Honoré de BALZAC *Code des Gens Honnêtes ou L'art de ne pas être Dupe des Fripons*, Editions du Trait, Paris, 1948 (première édition en 1825).
- Philippe BERTHOLET *Etudes et Notaires Parisiens en 1803, au Moment de la Loi du 25 Ventôse An XI (16 mars 1803)*, Edition de l'Association des Notaires du Châtelet, Paris, 2004
- Edouard DALLOZ et Charles VERGE *Les Codes Annotés. Code de Commerce Annoté et Expliqué d'après la Jurisprudence et la Doctrine*, Bureau de la Jurisprudence générale, Paris, 1877.

- Sergei A. DAVYDENKO et Julian R. FRANKS *Do Bankruptcy Codes Matter? A Study of Defaults in France, Germany and the UK*, European Corporate Governance Institute (ECGI), Finance Research Paper Series, n° 89-2005, 2005.
- Daniel DESURVIRE *Histoire de la Banqueroute et Faillite Contemporaine*, L'Harmattan, Paris, 1992
- Paolo DI MARTINO "Approaching Disaster: A Comparison between Personal Bankruptcy Legislation in Italy and England (c.1880-1939)", dans *Business History*, 2005, Vol. 47, n°1, pp. 23-43.
- François GORÉ "The administrative autonomy of creditors and French legislation on bankruptcy", dans *The American Journal of Comparative Law*, 1969, vol. 17, n° 1, Winter, pp. 5-23.
- Yves GUYOT et Arthur RAFFALOVITCH *Dictionnaire du Commerce, de l'Industrie et de la Banque*, Tome II, article Faillite, Guillaumin et Cie, Paris, 1901, pp. 125-149.
- Pierre-Cyrille HAUTCOEUR et Nadine LEVRATTO, "Legal vs economic explanations of the rise in bankruptcies in XIXth century France", document de travail PSE, 2007.
- Pierre LASCOUMES et Evelyne SERVERIN "Le droit comme activité sociale : pour une approche weberienne des activités juridiques", dans *Droit et Sociétés*, 1988, n°9, pp. 171-193,
- Jacques LEMONTEY "Faillite", dans *Encyclopedia Universalis*, Edition électronique (www.universalis-edu.com), 2005
- Luc MARCO *La montée des faillites en France, 19e-20e siècles*, L'Harmattan, Paris, 1989.
- Georges MICHEL "Faillites", dans Say, Léon et Chailley, Joseph (sous la direction de) *Nouveau Dictionnaire d'Economie Politique*, 1^{er} Tome : A-H, 2^{ème} édition, Guillaumin et Cie, Paris, 1900, pp. 984-986.
- Tanguy NOËL *La Pratique du Droit de la Faillite dans le Ressort de la Cour d'Appel de Rennes au XIXe siècle - Les Prémices du Droit Economique*, thèse de doctorat, Université Rennes I, 2003.
- Edouard RICHARD *Droit des Affaires. Questions Actuelles et Perspectives Historiques*, Presses universitaires de Rennes, Rennes, 2005.
- Christine POCHET (2001) "Traitement légal de la défaillance et gouvernance : une comparaison internationale", dans *Revue Internationale de Droit Economique*, n° 4, pp. 465-488.
- Karl POLANYI *La Grande Transformation. Aux Origines Politiques et Economiques de notre Temps*, Gallimard, Paris, 1983 (première édition 1945).
- Georges RIPERT *Aspects Juridiques du Capitalisme Moderne*, 2^{ème} édition, L.G.D.J., Paris, 1951.
- Jérôme SGARD "Do legal origins matter? The case of bankruptcy laws in Europe 1808–1914", dans *European Review of Economic History*, 2006, Volume 10, n°3, pp. 389-419.
- Mathias M. SIEMS Numerical Comparative Law: Do We Need Statistical Evidence in Order to Reduce Complexity, dans *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, 2006, Vol. 13, pp. 521-540.
- STIGLITZ Joseph "Bankruptcy Laws: Some Basic Economic Principles", dans Stijn CLAESSENS, Simeon DJANKOV and Ashoka MODY (Eds), *Resolution of Financial Distress*, World Bank Institute, 2001, pp. 1-23
- TRIEPIER Louis *Les Codes Français Collationnés sur les Editions Officielles*, Librairie de Jurisprudence de Cotillon, Paris, 1902.