

L'ORDRE PRIMORDIAL DE LA DETTE

PETITE HISTOIRE PANORAMIQUE DE LA FAILLITE, DES ORIGINES À NOS JOURS

JEAN-MARIE THIVEAUD*

Au commencement était la dette.

*«Abolis les dettes contractées par moi
puissè-je ne pas payer pour les dettes d'un autre, ô Roi !
Il y a tant d'aurores qui n'ont pas lui encore.»¹*

Ainsi parlent les textes sacrés de l'Inde ancienne, au berceau de notre civilisation indo-européenne dont l'organisation, politique, religieuse, économique et sociale a été, toute entière, fondée sur la dette, voici un peu plus de trois mille ans². Le monde, la vie, l'homme sont perçus au travers de cette notion primordiale de la dette. Dès qu'il naît, l'homme est un paquet de dettes, il reçoit du dieu de la mort, Mitra, sa vie comme un dépôt, une dette privilégiée qu'il n'a pas le choix de refuser et qu'il liquidera, peut-être, en mourant. Et ses créanciers sont vite légion sans qu'il ait pourtant jamais emprunté à quiconque avant de naître. Les dieux, les ancêtres, le Véda, les saints se constituent en autant d'assemblées, de syndicats ou d'union qui suscitent à leur tour autant de créanciers intermédiaires. La vie devient un puissant filet de devoirs, d'obligations que l'homme doit acquitter à tout moment, sans jamais aucune garantie de libération définitive, drame de sa condition. Il règle ses dettes aux dieux par le sacrifice, « *le sacrifice, c'est l'homme...l'homme est le premier à être sacrifié* »³. Mais en vérité, l'homme ne sait pas s'il pourra jamais être libre à l'égard de ses divins créanciers; les sacrifices répétés

67

* Conseiller Historique, Caisse des dépôts et consignations

¹ *Rg Veda*, II, 28-9; in : E. Renan, *Etudes védiques et paninèennes*, Paris, 1857.

² Les travaux les plus déterminants sur ces questions ont été réalisés par Charles Malamoud, apportant ainsi de grandes lumières sur les mécanismes inauguraux des transactions financières. Voir notamment. Cb. Malamoud, *Purusarârtha 4, la Dette*, Paris, E.H.E.S.S., 1980; *Le cru et le cuit*, Paris, La Découverte, 1988; *Lien de vie, noeud mortel, les représentations de la dette en Chine, au Japon et dans le monde indien*, Paris, E.H.E.S.S., 1988; *Croyance et finance dans l'Inde ancienne*, in : R.E.F., n° hors-série, *La Caisse des dépôts, 175 ans*, 1991.

³ *Shatapatha Brâhmana* I, 3, 2, 1; *ibidem* VI, 2, 1, 18. Voir R. Panikkar, *Le mythe comme histoire sacrée*, in : *Le Sacré, études et recherches...*, Paris, Aubier, 1974.

constituent une forme de chaînes de concordats amiables et provisoires. Il a besoin, pour ce faire, d'agents judiciaires, d'administrateurs, ces prêtres et officiants qui l'aideront à négocier sa dette avec les dieux et qu'il devra rémunérer pour leur service. Dans cette intermédiation céleste apparaît pour la première fois le phénomène financier, intimement associé à l'acte de croyance qui a besoin d'un gage pour ce voyage sacrificiel entre la terre et les cieux dont le prêtre est le garant. La dette, motif du sacrifice, inscrit donc le phénomène financier dans la vie des sociétés comme une sorte d'instrument unificateur du profane et du sacré en instituant, au travers de ce dépôt de la vie, la nécessité d'un gage entre l'homme-débiteur et le dieu-créancier, première esquisse de ce lien social que traduira bientôt la monnaie.

L'homme endetté par naissance se libère différemment de ses autres obligations: vis à vis des textes sacrés et des saints en récitant le rituel et à l'égard de ses ancêtres en entrant à son tour dans le cycle des générations, en procréant. «*Il a payé sa dette, il a trouvé l'immortalité, celui qui a vu le visage d'un fils né de lui.*»⁴ Dette et devoir sont en sanscrit un même vocable, *Rna*, mot souche sans autre parenté sémantique, qui vaut aussi bien pour les transactions matérielles que les nécessités morales. D'entrée de jeu, le sacré puis le religieux adoptent le discours technique des échanges. Cette sorte d'amphibologie constitutive se retrouve dans l'ensemble des langues de l'univers indo-européen et sémitique sans que la connotation de culpabilité, ultérieurement attachée à la notion de dette, ne marque encore son emprise sur les mentalités collectives. La dette n'est pas une faute, elle est constitutive du monde; en revanche, le manquement à la dette devient un forfait, le crime contre l'ordre universel.

Dans le panthéon de l'Inde primitive, une divinité est en charge du jugement et de la sanction en cas de défaillance à la dette: Varuna est ce dieu terrible toujours muni d'un lacet pour étrangler le contrevenant.

«*Relâche en haut le lacet supérieur, ô Varuna, en bas le lacet d'en bas, de côté le lacet médian*», chantent les textes sacrés. Et l'on sait qu'en latin, la dette se dira «*nexus*» qui signifie aussi «*le nœud coulant*», comme en hébreu, ou en arabe, un même mot évoque la dette et la morsure ou l'étouffement.

La puissance fondatrice de cette dette inaugurale, entrave caractéristique de la condition humaine, va se manifester au fil du temps, de l'antiquité à nos jours, dans les différentes modalités de l'organisation sociale. Comme en subsistent, de nos jours, les traces concrètes dans la société indienne contemporaine, la dette règle les relations sociales, dessine les castes et les subordinations. Ainsi s'instituent ces trois ordres

⁴ *Aitareya Brâhmana VII, cité par R.Pannikar, cf. supra.*

qui règlent la société aryenne puis la cité romaine avant de structurer l'Europe des féodalités. L'homme «vraiment sacrifié» pour les dieux, est donc pour ses semblables une victime potentielle dans cet ordre contraignant de la dette. Celui qui ne peut acquitter sa dette devient l'esclave de son créancier, qui a aussitôt droit de vie et de mort sur son débiteur insolvable.

La dette et son cortège d'obligations religieuses et civiles, la dette et ses divinités jalouses servent aussi de premier chaînage aux fondations du droit archaïque, et essentiellement à la formation du contrat, de l'obligation. L'une et l'autre servent à gérer l'espace et le temps de la communauté, la survie du groupe par anticipation, l'un et l'autre sont les garants de la sécurité collective, mobilisant ainsi les ressorts de la confiance mutuelle, dont la finance devient le gage symbolique, le crédit la traduction sociale.

Dès lors, toute défaillance à ces deux forces indispensables pour la cohésion de la communauté, la finance ou le crédit et le contrat, met en question l'équilibre du monde des hommes et des dieux. Pour éviter le lacet de Varuna, comme plus tard le foudre de Jupiter, le *diius fidius*, il faut, à tout instant, une vigilance et une réaction du groupe ou de ses représentants.

La faillite moderne relève ainsi, depuis la nuit des temps, du droit naturel que traduisait encore naguère, en France, une vieille sentence proverbiale : « *Qui s'oblige oblige le sien* »

69

La faillite dans l'antiquité romaine

Comme l'anthropologie et l'archéologie l'ont bien démontré, Rome est très proche de la tradition indo-européenne nourrie au millénaire précédent et le poids des mythes et coutumes indiens marque profondément son empreinte. Aussi, Rome est-elle, dès sa fondation légendaire, placée sous le double signe de la dette et de la foi ou de la confiance⁵ et toute son histoire est tissée de la lutte constante entre créanciers et débiteurs. Le problème des dettes rythme des siècles de vie politique, économique et sociale et les mesures législatives se multiplient pour aménager ce qui représente dans les mentalités romaines l'une des questions primordiales de l'harmonie de la communauté.⁶

Succédant à Romulus, Numa, le roi-prêtre, le père des lois, donne à son peuple pour divinité tutélaire, *Fides*, déesse de la croyance, de la con-

⁵ G.Freyburger, *Fides, étude sémantique et religieuse depuis les origines jusqu'à l'époque augustéenne*, Paris, Les Belles lettres, 1986.

⁶ Voir par exemple sur le sujet, C.Nicolet, *Rendre à César*, Paris, Gallimard, 1987.

fiance, protectrice des dettes et des contrats⁷. La Foi (la Bonne foi, à l'échelon individuel, la Foi publique, au niveau de la nation) devient symbole et code de conduite du Peuple romain, elle représente l'instrument de la sauvegarde devant les risques d'étranglement par la dette⁸. Ainsi, manquer à la dette, faire faillite constituent un manquement à l'engagement collectif, au serment et à la Foi qui soudent et forment l'Etat et le Peuple romains, par et sur la force du contrat. Quelques générations après Numa Pompilius, Servius Tullius, le premier roi élu par la plèbe, l'inventeur du cens et de la monnaie, attire vers lui les suffrages populaires en «déliant les *nexi*, en aménageant, par une loi, les conditions barbares de la dette, les citoyens ne pourront plus devenir systématiquement esclaves de leurs créanciers, en tout cas pas sur le territoire de Rome. Ce principe de la liquidation des dettes organisée et payée par les candidats aux principales magistratures vaudra jusqu'au Bas-Empire, mais, dans ces temps légendaires, il marque aussi l'avènement d'une nouvelle vision du monde et de l'organisation de la cité, un premier adoucissement du sort des débiteurs malheureux. A cette époque, puisqu'ils sont citoyens romains, ils sont de bonne foi...La fin de cette fatalité pesant sur le débiteur insolvable et risquant de le priver de sa dignité d'homme, au gré incontrôlé de ses créanciers, marque le début d'une évolution de plus de deux millénaires durant lesquels la société, l'Etat, le droit et la justice vont, en cas de défaillance, distinguer ou tenter de distinguer les biens et la personne du débiteur, les intérêts des créanciers et ceux de la communauté.

La loi des Douze tables, issue de ces révolutions populaires des époques mythiques, esquisse déjà les grandes lignes de la problématique de la faillite contemporaine, à la réserve près qu'elle s'applique à tous les états dans la société. A mi-chemin entre le *jus civile* et le *jus divinum*, entre l'univers sacré, intouchable, de l'obligation et le domaine, encore difficilement accessible, des propriétés individuelles, la loi précise la forme des liens. Toute défaillance au paiement de la dette constitue un crime contre la société et porte atteinte à la dignité de citoyen. La question de l'insolvabilité de la dette dépasse donc très largement le seul domaine du commerce et affecte l'ensemble du droit civil. Cette conception stricte et rigoureuse va marquer toute l'histoire du droit de la faillite, même lorsque, mille ou deux mille ans plus tard, elle ne s'appliquera qu'au seul commerçant.

7 Inspiré par la nymphe Egérie, il ajoute à Fides un autre dieu, le Terme, divinité de la limite, du territoire. La complémentarité opérationnelle du couple structure l'esprit romain. Terme est le dieu de la propriété et sa présence s'impose dans les questions de faillite puisque la propriété de chaque citoyen est aussi inviolable que la Foi.

8 On se souvient qu'à Rome, le summum de la peine capitale est l'étranglement par un lacet, souvent désigné par les auteurs sous le nom de «bâtiment de nos pères».

Le juge intervient alors pour reconnaître, au nom de la loi, au nom de la cité, cette situation de manquement à l'engagement mais le créancier, au reçu du jugement, demeure maître de l'application, l'autorité publique ne s'entremettant qu'en cas de rébellion du débiteur. On se souvient encore des pratiques barbares du temps qui préfigurent, en fait, les modalités d'exécution des futures procédures collectives, même si celles-ci, en se modernisant, ont gagné en abstraction ce qu'elles ont perdu en virulence. Le débiteur est emprisonné chez le créancier, enchaîné et nourri à moindres frais jusqu'à restitution de ses dettes; on le promène, la corde au cou, sur les marchés et les lieux publics, pour sa confusion. Les délais sont clairement fixés pour chaque étape de cette opération. Au terme de soixante jours, période de probation, le débiteur doit s'acquitter directement ou par l'intermédiaire de sa famille, au risque sinon d'être vendu ou mis à mort. Le créancier se paie sur sa personne car il ne peut, en bon droit primitif, se saisir des biens du débiteur et, moins encore à Rome, où la propriété est inviolable et inaccessible. Les juristes des Lumières ont longtemps débattu d'un point obscur de cette littérature antique où, selon les termes latins («*Si plus minusve secuerunt, sine fraude esto*»), le débiteur, en cas de créanciers multiples pouvait être découpé en morceaux. Au delà des interprétations sur la sauvagerie des premiers Romains, ce fragment équivoque laisse déjà entrevoir l'évolution de la démarche vers l'exécution des biens de l'homme condamné, le partage de ses richesses plutôt que le dépeçage de son corps.

Au II^e siècle av. J.C., le pas est définitivement franchi qui autorise soit la «*cessio bonorum*», cession volontaire du débiteur aux créanciers, soit la «*venditio bonorum*», la vente des biens. L'on s'en prend désormais moins directement à la personne mais sans pour autant écarter les procédures de pression et d'infamie préalables. Le débiteur est privé d'une partie de ses droits; s'il reste citoyen, il rétrograde dans les centuries inférieures, chez les prolétaires et il perd tout accès aux fonctions publiques. En revanche, le sort des créanciers est mieux réglé par le législateur qui confie à un «*curator bonorum*» l'administration des biens et la convocation des créanciers. Tous les biens présents et à venir sont sujets à la main mise des créanciers «*missio in possessionem*» et à la «*cessio*» ou à la «*venditio*», selon l'état d'esprit ou la situation de fortune du débiteur. Des formules de concordat peuvent être proposées au débiteur et, dans ce cas, l'on reste dans le registre de la «*cessio*». Si le débiteur n'a pas les moyens de régler ses créanciers, la vente, «*venditio*», est confiée à une sorte de syndic des créanciers qui en répartira le produit au prorata des créances. Un acquéreur de l'ensemble du patrimoine du failli se substitue à ce dernier jusqu'au règlement complet de la dette. Durant plusieurs siècles, cette procédure de saisie globale s'applique quelle que soit l'importance de la dette. Sous

le Bas-empire apparaît la mesure de «*distractio bonorum*», permettant une saisie et une vente partielles. Cette dernière disposition fixe également une taxinomie des dettes, faisant ainsi affleurer la notion durable de créances privilégiées.

Compte tenu du poids symbolique de la dette dans les représentations collectives, ces dispositions s'appliquent toujours à tout citoyen dans toute l'étendue de ses activités et ne se bornent pas au seul domaine du commerce.

Au cours du Bas-Empire, lorsque le droit se diversifie et se codifie davantage, d'autres aménagements sont ajoutés aux mesures héritées des lointaines années pré-républicaines. Des distinctions s'opèrent alors dans les traités juridiques entre la nature des faillites, souvent étayées par des protections princières ou des privilèges, entre leur caractère accidentel ou frauduleux.

Déconfiture, faillite et banqueroute dans l'Occident médiéval

Aux premiers temps de notre ère, l'invocation chrétienne du Pater résume dans toutes les langues, en araméen, grec ou latin, cette même tradition d'un univers fondé sur la dette. «*Et dimitte nobis debita nostra, sicut et nos dimittimus debitoribus nostris*» «remets nous nos dettes comme nous les remettons nous aussi à nos débiteurs». Et il faudra attendre les VII^{ème} et VIII^{ème} siècles pour que les théologiens opèrent un amalgame des paroles de l'Écriture avec le droit romain. En adaptant précisément les dispositions relatives à la faillite et aux obligations, ils ajoutent à la dette primordiale des humains, elle-même fondée sur la matérialité des échanges, la dimension de la sanction, le «*piaculum*», le châtement, qui signifie originairement au reste «le sacrifice», associant ainsi la dette à la faute ou au péché.⁹

Cette nouvelle interprétation du principe primordial de la dette va transformer les pratiques de la faillite dans l'Occident chrétien. Elle découle aussi des apports coutumiers d'autres civilisations, venus au gré des invasions modifier les usages et les comportements. Les survivances des conceptions et des mesures du droit romain demeurent bien au delà de la chute de l'Empire, elles subsistent durant le Haut Moyen-âge dans les pays de l'Europe du sud où l'on continue de les observer, plus ou moins. Toutefois les bouleversements politiques et économiques, la démonétarisation croissante, l'irruption de populations et de coutumes différentes transforment radicalement l'organisation de la société dans son ensemble. Ce que l'on appellera beaucoup plus tard le système féodal est, assurément

⁹ J.Ellul, *Loi et sacré, droit et divin*, in: *Le Sacré, études et recherches*, jam cit.

fondé sur la foi, le serment et la confiance mais ces liens ont changé de nature, ils sont interpersonnels, unis à l'échelle de la famille ou du clan, formant cette fameuse chaîne des relations vassaliques, importée par les Francs et les autres peuplades germaniques. Dans ce modèle pyramidal et hiérarchique, la vieille dette matérielle des Indiens archaïques, la dette qui signe aussi bien les transactions matérielles et les obligations morales et civiques, a laissé la place à la dette du sang, à la dette de l'honneur, à la dette de soumission, toutes résolument spirituelles et immatérielles et les défaillances à ces manquements sont mesurées à l'avenant. Les traces linguistiques expriment cette singularité, lorsque l'on observe en allemand comment le mot «*Schuld*», du gothique «*Skuld*», signifie à la fois «la dette» et «la faute», ou, sur un tout autre registre sémantique, en ancien français, le mot «failli» désignera autant la méchanceté, la couardise que la déchéance aux règles féodales. Le glissement sinon l'amalgame qu'opèrent, vers le VII^{ème} siècle, les missionnaires chrétiens entre la dette et le péché, mélangeant les recettes des pénitentiels aux rudiments des codes romains du Bas-empire, témoigne de ce métissage des mentalités dans la majeure partie de l'Europe, et davantage dans les zones septentrionales. Dans un monde où la terre devient le gage essentiel de tous les échanges, l'emprise de la dette se rétrécit et va donc se spécialiser rapidement dans le secteur assez limité du commerce et des marchands. Chez les Francs, les intermédiaires demeurent assez rares, le paysan ou le propriétaire vend ou achète lui-même, les éventuels contentieux se règlent à l'intérieur du clan, les affaires d'argent n'intéressent que le groupe restreint des riches. Peu à peu, le trafic se développe et se multiplient les négociants et, avec eux, réapparaissent les mécanismes du crédit, de la dette et aussi de la faillite ou de la banqueroute. La période voit le lancement des grands débats qui se poursuivront pratiquement jusqu'à la fin de l'Ancien régime sur le juste prix et le crédit ou l'usure. Cette nouvelle situation exige l'intervention progressive de l'autorité publique et de la justice. Les capitulaires carolingiens, des IX^{ème}-X^{ème} siècles, réglant l'activité des premiers marchés, sous la férule des officiers de justice, attestent des risques d'insolvabilité de certains marchands, préjudiciables au fisc royal et ferments de désordre public. Mais le souci des codificateurs, civils ou ecclésiastiques, est, dans la tradition antique, prioritairement celui de la protection de la communauté dans son ensemble contre les débordements possibles des activités de négociance. Le triomphe de l'économie de marché et les vertus du marché auto-régulateur sont encore bien éloignés des mœurs et des idées de ces temps.

Le développement des foires, au XI^{ème} siècle, en consacrant la présence utile et nécessaire de la classe des marchands au sein de la société, stimule à la fois les occasions de défaillance et les mesures de régulation de ces dernières.

Le Moyen-âge engendre ainsi un nouveau droit de la faillite, en reprenant nombre des éléments par la Rome antique, mais avec des variantes sensibles selon les pays et les régimes politiques, et qui se présente très tôt tel qu'il durera jusqu'à des époques très récentes sinon contemporaines.

Les premiers règlements sont pris à l'intérieur de cette communauté marchande et répondent à des nécessités pratiques, elles-mêmes soumises aux exigences économiques du temps. Les distances, les délais de paiement, les conditions difficiles du crédit, la rareté du numéraire sont autant de motifs pour multiplier les garanties à l'intérieur du cercle itinérant de ces négociants. Les différents sont donc traités en première urgence au cœur des organisations professionnelles mais, comme le soulignent maints historiens, la faillite demeure une procédure exceptionnelle, scandaleuse et criminelle, mettant en cause l'ordre social et réclamant l'intervention de l'autorité publique. La notion de fraude est explicitement attachée à la faillite, quels que soient les bons ou mauvais motifs invoqués. «*Decoctor ergo fraudator*», les souvenirs du droit romain sont utilisés pour punir le contrevenant. La première crainte des créanciers reste la fuite du débiteur que l'on s'empresse d'incarcérer dans les geoles des juridictions consulaires et de vouer à l'infamie en le privant, lui et souvent sa famille, des droits et privilèges de l'organisation. La procédure romaine antique se perpétue par la «*missio in possessionem*», la mainmise des créanciers et, ensuite, par la cession ou la vente des biens du fautif. En général, les marchands préfèrent régler les contentieux entre eux et le caractère très endogène des mesures qu'ils adoptent en adoucit souvent la portée. La formule antique du concordat et de la cession permet souvent d'éviter les marques d'infamie, le port fameux du béret vert, le pilori et l'inscription publique de la déchéance sur les marchés. Pour ces marchands, l'essentiel est d'abord de maintenir l'unité de la caste tout en rentrant dans leurs fonds. Le rôle des marchands italiens dans ces édifications juridiques ou coutumières est vite déterminant et il montre à quel point la faillite est bien une affaire de commerce, liée à ce statut de marchand, qu'il s'agisse du négoce des biens ou de l'argent. Gènes, Milan, Florence deviennent les laboratoires de ces innovations juridiques au discret retentissement, afin d'éviter une intervention gênante et potentiellement abusive de l'autorité publique, même dans ces principautés urbaines dont les magistrats sont le plus souvent des marchands.

En France, les évolutions de la faillite sont largement marquées par la progression parallèle de l'hégémonie étatique, plus sensible que dans d'autres pays, et *a fortiori* qu'en Italie. Dans les pratiques juridiques, une première distinction s'impose très tôt et qui durera, de fait, jusqu'à la Révolution, entre les pays de droit écrit et les régions de droit coutumier

mais elle tendra malgré tout à être gommée par l'avancée du contrôle monarchique.

Au Sud, dans la filiation romaine et dès le début du Moyen-âge, l'exécution de la faillite frappe la personne et les biens du débiteur, quelle que soit la situation sociale de ce dernier et la nature de la dette. Des accords amiables sont négociés sous l'autorité du juge avec les créanciers, conformément au principe de la «*cessio*» antique. La justice du Roi, dans son élan de conquête sur les justices féodales, prodigue volontiers aux débiteurs des lettres autorisant la cession et leur évitant prison et saisie. Sur cette base se développe, ensuite, la formule des «lettres de répit» que distribuera de plus en plus la chancellerie royale, afin de mieux assurer son emprise dans toutes les matières de justice, sur l'ensemble du territoire. Toutefois, si le débiteur résiste, le juge, local ou royal selon les juridictions, procède à la saisie et à la vente. Les produits sont répartis entre les créanciers, et en application des formules du Bas-empire fixant la «*distractio bonorum*», une hiérarchie des dettes organise le règlement, depuis les dettes privilégiées jusqu'aux plus modestes créanciers, au prorata des créances.

Les pays coutumiers prennent en compte plus tardivement les modalités de règlement de la faillite, que l'on désigne plus communément sous le terme générique de l'endettement insolvable, ce que les coutumiers français appellent, bien avant le Code civil de Napoléon, la «déconfiture», par analogie au mot du bas-latin juridique «*decoctor*».

La déconfiture se distinguera vite de la faillite, la première situation relève du droit commun, la seconde n'intéresse que le petit monde du commerce. Le principe germanique du «premier saisissant» prévaut longtemps, jusqu'au moins au XIII^{ème} siècle, qui autorise une sorte de compétition entre les créanciers, mais il est, aussi fréquemment, contrarié par les vieux usages du clan qui prévoient une répartition égalitaire entre les mêmes créanciers. Toutefois, lorsque le droit coutumier se stabilise, le principe du premier saisissant cesse au cas de déconfiture. La Coutume de Paris indique que «...*au cas de déconfiture, chacun des créanciers vient à contribution au sou la livre sur les biens meubles du débiteur, et il n'y a point de préférence ou prérogative.*» Plus fréquemment que dans les pays de droit écrit, les arbitrages et l'administration des biens du «déconfit» sont confiés à des membres de la communauté urbaine ou professionnelle, sans intervention directe de l'autorité publique. Curieusement, l'influence corporative italienne du moment, avec sa spécialisation de la faillite au petit monde des marchands, marque davantage de son empreinte les pays coutumiers des régions du nord de la France et va servir de point d'appui aux nouveaux développements. On peut supposer, presque paradoxalement, que cette option est soutenue par le pouvoir royal, dans sa marche

irrésistible vers une puissance qui s'appuie simultanément sur la justice et la finance. En mettant en valeur la spécificité commerciale de la faillite, par rapport à la généralité des manquements à l'endettement, le Roi peut à la fois gagner sur le terrain très concret des empiètements de juridiction et sur celui de la finance, de l'argent comptant dont il a besoin pour la guerre et dont les principaux sinon presque exclusifs détenteurs sont les marchands. Les foires, en particulier les foires de Champagne, constituent ainsi le principal vecteur du développement et du renouveau du droit de la faillite en France. L'usage vite établi des «dettes de foire» subies par les marchands locaux de par la fuite des commerçants étrangers entraîne un effort de protection et de répression, qui va engendrer une sorte d'exception aux procédures générales et traditionnelles, en autorisant les créanciers à saisir et à vendre marchandises et biens jusque dans le pays d'origine du débiteur. L'alliance avec le Roi est indispensable pour les marchands, comme, réciproquement, elle est fructueuse pour le Roi. En effet, l'institution carolingienne des officiers de justice des foires, a confié à la puissance publique la «défense des foires». Au nom des lois vassaliques et de façon systématique, au fur et à mesure de l'emprise du pouvoir royal, un réseau juridictionnel spécifique couvre ainsi la plus grande part du territoire, chaque juge pouvant faire appel à son homologue sur une autre juridiction. Le juge des foires, saisi par les créanciers, exécute, au nom du Roi ou du Comte, la contrainte par corps et la saisie des biens du débiteur qu'il consigne. Une formule négociée, sous forme de sauf-conduit « à corps et/ou à biens» permet au débiteur d'éviter ou l'incarcération ou la saisie et la vente de ses biens. Toutefois, par exception aux dispositions du droit romain, le débiteur ne peut jouir du bénéfice de la cession des biens, lorsqu'il s'agit de dettes de foires. Ainsi, avec ou sans le Roi (l'Etat central), l'administrateur des biens du débiteur, le *curator*, est toujours un magistrat, un officier public, et non comme en Italie un représentant élu des créanciers. Faute d'octroi du sauf-conduit et en cas de vente, l'opération est assurée par l'officier de justice, garant plus qu'arbitre et, selon les usages germaniques mais contre le droit romain, la répartition est effectuée, « au marc ou au sol la livre», sur un mode égalitaire.

76

Pourtant, dans sa lutte infatigable contre les pouvoirs féodaux et pour casser à son profit les justices locales, le Roi concède aux négociants faillis sur les foires des «lettres de répit», qu'il leur vend à bon prix, en transférant l'affaire devant sa propre cour. Cette pratique appliquée, dans le Sud notamment, à tous les déconfits, ne satisfait guère les négociants. Les marchands s'opposent à ces mesures de diversion et le pouvoir royal suspendra la pratique des «lettres de répit» pour quelques siècles, en matière de foires et de commerce. Le Roi a néanmoins gagné au passage, dans la négociation, la protection de toutes les transactions commerciales,

au nom de la sécurité publique.

Cette alliance entre la communauté des marchands et le Roi donne au modèle français de la faillite médiévale une coloration singulière. Les pratiques sociales, internes au groupe, telles qu'elles se pratiquent en Italie et attachant toujours à la faillite sa note d'infâmie, favorisent l'encadrement et le contrôle par le pouvoir étatique d'une catégorie de population dont il a besoin pour son financement. L'usage du béret vert, du pilori, des brimades multiples ne relève pas de la justice royale. En revanche, la puissance publique intervient, dans l'intérêt affiché de la sécurité et de l'ordre moral, pour les procédures de contrainte par corps et d'administration judiciaire.

Faillite et banqueroute, le Roi et les marchands, XIV^e-XVII^e siècles

Dès lors que les affaires sont réglées et partiellement autogérées au sein du groupe social des marchands, le Roi va augmenter son emprise en distinguant, dans le domaine même de la faillite commerciale, plusieurs niveaux d'appréciation et de sanction. Ainsi apparaît la nouvelle division entre faillite et banqueroute, entre la faute et le crime, division que l'Etat, pour mieux régner, impose à une société qui change, avec l'extension des transactions financières, des pratiques du crédit et de la monétarisation, entre les XIV^e et XVII^e siècles, dans l'ordre des finances publiques comme dans les échanges privés.

77

Les premières ébauches de cette pratique de l'Etat financier et justicier peuvent être repérées très tôt et au moins dès le règne de Philippe le Bel. Les nécessités de la guerre, intérieure et extérieure, réclament de plus en plus d'argent et le financement de la puissance monarchique est l'objet unique du règne pour lequel tous les moyens sont bons. Lorsque l'on considère ce que l'histoire a souvent présenté comme autant d'exactions, l'on perçoit au contraire une logique implacable quasi technocratique. Pour confisquer arbitrairement les biens et surtout les capitaux des Templiers, des marchands-banquiers juifs et italiens exerçant tous pour le compte du pape, le roi les met autoritairement en position de faillite frauduleuse pour cause de trahison et de scandale. Il règle un problème de politique étrangère en privant le Saint-siège d'une part de ses ressources mais il démontre bien davantage à l'intérieur des frontières l'omnipotence de l'Etat souverain dans la difficile estimation du bien et du mal, au sein même de communautés professionnelles aussi fermées et spécialisées. La conception archaïque de la dette ou de l'obligation envers autrui, organisatrice des relations sociales, explose ainsi pour laisser surgir, en matière commerciale et financière, le crime contre l'Etat et la nation que constitue la banqueroute. Au nom de cette justice supérieure, l'Etat élargit d'abord

les voies de son financement et s'arroge le droit de contrôle et d'intervention dans tous les échanges. Le précédent est de taille lorsque l'on sait le recours sans cesse croissant de la monarchie d'Ancien-régime aux fermiers, maltôtiers, traitants et partisans, tous ces manieurs d'argent que l'opinion tiendra longtemps en suspicion en les regroupant tous sous l'étiquette de «financiers». Dans la politique monétaire de Philippe le Bel, l'examen des mesures prises par le roi réputé «faux-monnayeur» révèle une même efficacité dans l'utilisation de la dette et de la faillite au profit de la justice et des finances. Les mutations prennent vraiment une autre signification lorsque l'on considère les dispositions économiques et juridiques qui les entourent, depuis l'encadrement des transactions commerciales jusques au règlement des modalités de l'endettement. En apparence à la marge de l'histoire de la faillite, ces interventions croissantes de l'autorité souveraine dans le domaine des affaires et de l'argent vont modifier peu à peu et le droit et les comportements. Le Roi semble moins s'intéresser au droit commun des obligations, qui est traité pourtant au fur et à mesure des ordonnances monétaires, et il se réserve davantage pour les aspects judiciaires des activités commerciales, pour le motif très simple qu'ils présentent pour le Trésor un meilleur rendement. Cette tendance va se manifester jusqu'aux périodes révolutionnaires, avec l'augmentation des appétits financiers d'un État qui ne dispose pas encore des techniques suffisantes pour l'exploitation efficace de la société par l'impôt. Il s'agit moins, en réalité, aux quelques exactions près, de fournir au Trésor, par le biais de la justice, taxes ou amendes venant améliorer la fiscalité, que de susciter, dans les catégories aisées, une inclination à prêter au Roi, chaque fois que celui-ci viendra le demander. La spécialisation de la faillite aux classes marchandes est donc une façon pour le pouvoir de s'associer une clientèle, en usant alternativement à son égard de la carotte et du bâton. Au milieu du XV^{ème} siècle, le procès de Jacques Coeur représente une étape de cette progression qui se manifeste autant dans les cours de justice que dans le corpus de plus en plus abondant des ordonnances réglant les questions économiques et financières. Au fil des ans, le Roi a de plus en plus besoin d'argent et le monde des marchands, des bourgeois des villes, est le mieux placé pour payer, prêter ou donner des ressources au Trésor. Cette alliance, quoiqu'inégalitaire par statut, passe par la garantie des protections, elle-même assurée par les mesures d'encadrement que l'on observe clairement dans l'organisation des corporations mais elle s'appuie aussi sur le développement de l'appareil de justice et de police que le Roi met à leur disposition.

Les procédures des banqueroutes avaient été, pendant longtemps, laissées à l'initiative des marchands et banquiers ou de leurs associations. Comme le rappelle l'étymologie bien connue de la banqueroute, les

partenaires et clients avaient le droit de casser le comptoir, le banc du changeur ou du négociant insolvable (*banco rotto*). Ce geste participait des traditionnelles marques d'infâmie mais se perdait vite dans le vide des remboursements. En effet, et plus particulièrement dans le commerce d'argent qui se perfectionne constamment, la saisie des capitaux, leur vente ou leur partage se heurte à ce que nous nommerions aujourd'hui la dématérialisation. Les communautés ou corporations ne sont pas suffisamment équipées, au regard des moyens juridiques ou pratiques, pour se garantir contre des défaillances dont l'appréciation est de plus en plus difficile. Même si le soupçon a toujours plané sur toutes les déconfitures, la présomption de fraude s'impose davantage en matière financière, au gré de l'amélioration des techniques de transfert notamment. En décrétant arbitrairement et le plus souvent injustement la banqueroute de ceux dont le Roi convoite la fortune, la mise en pratique par la justice royale du vieil adage «*summum jus, summa injuria*» doit convaincre la communauté marchande de l'opportunité d'une telle alliance. Sans doute faudra-t-il procéder à un partage des dépouilles avec l'Etat mais ce risque est moins grand que l'absence de tout remboursement. Les accords passés entre Louis XI et les marchands de Lyon, lorsque ce roi décide de relancer les foires, illustrent les nécessités de ces unions dangereuses entre pouvoir royal et puissances d'argent. Le renouveau du droit est aussi l'occasion de reprendre avec précision les définitions classiques et de distinguer selon les différentes catégories de population. La déconfiture demeure l'état du non-commerçant insolvable. Lorsqu'il analyse dans ses «*Institutes coutumières*», en 1607, les dispositions de la coutume de Paris, le grand juriconsulte Loisel écrit ainsi : «*Déconfiture est quand le detteur fait rupture et faillite, ou qu'il y a apparence notoire que ses biens, tant meubles qu'immeubles, ne suffiront pas au paiement des dettes.*» *Grosso modo*, les effets de la déconfiture sont les mêmes que ceux de la faillite, dépossession, cession, vente, etc.. Cependant, à rebours du droit romain qui donnait aux créanciers les droits les plus étendus, le droit moderne s'attache à bien séparer les commerçants des particuliers, en renforçant à l'encontre des commerçants les règles les plus dures de l'antiquité. Le XVI^{ème} siècle et le début du XVII^{ème} voient ainsi se multiplier les ordonnances royales, de Charles IX à Henri IV, qui isolent encore la banqueroute et la distinguent de la faillite en lui assignant un caractère frauduleux et un traitement plus conséquent. Le fragment de l'ordonnance de 1560, souvent cité, laisse même planer un doute dans les interprétations des sanctions : «*Tous banqueroutiers et qui feront faillite en fraude seront punis extraordinairement et capitalement.*»

Contrairement à l'hypothèse généralement développée par les spécialistes de droit commercial, je ne suis pas certain que le motif premier de

cette irruption aggravée du pouvoir royal dans les procédures collectives des faillites soit la volonté de réguler le commerce. En suivant systématiquement l'évolution des conduites financières de la monarchie depuis le Moyen-âge, le sentiment de la continuité logique s'impose à l'observateur, le Roi est animé par cette seule obsession : trouver de la finance, c'est à dire de l'argent comptant. Au fil des siècles, et donc de cette évolution parallèle de la justice et des finances au service de l'intervention étatique, il faut toujours plus d'argent et l'Etat «traite» avec les professionnels de ces matières. A partir du XVIème siècle, l'afflux de capitaux aidant, le système des traitants et partisans est bien en place pour améliorer les performances du financement du Trésor. Le premier intéressé à la prévention ou au règlement des faillites est donc l'Etat qui a tout avantage à promouvoir les échanges marchands sur lesquels il prend sa dîme. En organisant des mesures de plus en plus répressives sur la banqueroute et en insérant cette distinction d'avec la faillite, telle que la définit la grande ordonnance de 1629 (ou Code Michau) : « *non par leur faute ou débauche mais par malheur ou inconvénients* », le Roi se laisse la possibilité d'agir comme Philippe le Bel, en toute impunité, à tout instant. La succession impressionnante des mesures prises contre les traitants et partisans, avec ou sans Chambre de justice, durant près de cent-cinquante ans, vient à l'appui de cette interprétation.

80

L'ordonnance de 1673, la faillite et la banqueroute selon Colbert

La période de la Fronde, les premières années du règne de Louis XIV, sont marquées par une série de crises économiques et financières, sur un fond de désordre politique et de scandales d'argent. La poursuite des abus des financiers, traitants et partisans confiée à la Chambre de justice, qui siège de 1661 à 1669, n'a pas produit, pour le Trésor, de revenus satisfaisants ni imposé une suffisante moralisation à la communauté marchande et financière. La guerre de Hollande, à ses débuts, réclame beaucoup d'argent, il faut faire appel au crédit et les premiers emprunts de 1672 et 1673 sont des échecs éclatants. L'urgence est au rétablissement de la confiance et de la sécurité, plus particulièrement au sein du groupe des professionnels capables d'apporter de vrais concours financiers, rentiers et marchands notamment. Durant la même période, un corps d'ordonnances renouvelé codifie la justice civile et criminelle, réorganise la police de Paris et les modes d'administration urbaine, installe les intendants et commissaires répartis dans le royaume. Ces institutions encadrent le territoire et les populations pour manifester la puissance du Prince et de l'Etat qu'il incarne. Elles prennent un tour durable sinon pérenne et de ce point de vue mettent en jeu - et en tutelle- les dimensions temporelles de

l'autorité, elles contribuent simultanément à l'organisation et à la soumission des peuples, en augmentant les occasions de dénombrement ou de classement. De cette façon, ces dispositions légales ou juridictionnelles participent, au delà des surcroûts de taxes et amendes qu'elles entraînent, à l'amélioration de la souveraineté financière de l'Etat. Symétriquement, elles nient, en la forçant, cette confiance indispensable aux affaires de finances et qui ne se commande pas.

L'ordonnance du commerce de 1673, ou Code marchand, s'inscrit donc très largement dans ce contexte de réorganisation financière et judiciaire et les trois titres consacrés à la faillite et à la banqueroute, dans ce texte, répondent au besoin d'inspirer tout à la fois la confiance et la crainte. Comme l'observent les juristes d'aujourd'hui, le Code marchand ne définit pas encore précisément la faillite, ni son champ d'application, ni, de façon claire, les juridictions compétentes. L'on en reste aux considérations du Code Michau, cité plus haut, évoquant ceux qui «*par malheurs ou inconvénients, seront tombés en pauvreté ou contraints, à cette cause, de faire cession de leurs biens.*» Les juridictions demeurent, dans le principe, les cours ordinaires mais, peu à peu, avec l'extension des affaires, les juges royaux se débarrasseront des dossiers sur les juridictions consulaires. Le titre IX de l'ordonnance de 1673 réaménage la pratique ancienne des lettres de répit en répartissant un peu mieux les avantages respectifs pour le débiteur et ses créanciers. Le titre X dispose de la cession de biens, sur laquelle statue le juge. Le titre XI intéresse la banqueroute.

81

L'ordonnance de Colbert, au prix de quelques amendements et augmentée de la jurisprudence des Parlements, prévaudra jusqu'à la rédaction, en 1807, du Code du commerce.

Quoique discrète sur bien des points, l'ordonnance de 1673 dispose cependant de divers sujets d'exécution de procédures collectives, déjà pratiqués coutumièrement. Le texte fixe une date d'ouverture de la faillite et mentionne la possibilité de cessation de paiement et de rupture du commerce, sans jugement déclaratif de faillite préalable. Les scellés apposés chez le débiteur ou la fuite de celui-ci constituent des éléments déterminants. Dans l'ensemble, les mesures reproduisent, avec quelques aménagements, la tradition des pratiques cumulées de Rome et du Moyen-âge. Les faillits doivent remettre aux créanciers un état de l'actif et du passif, représenter leurs livres cotés et parafés à la juridiction consulaire. Les transports, cessions, ventes et donations effectués en fraude des créanciers sont frappés de nullité. L'organisation entre les créanciers reste flottante, les créances privilégiées et hypothécaires sont prioritaires, mais la minorité des créanciers suit la majorité qui détient les trois quarts des créances. La saisie est suivie de la vente, sans qu'une procédure collective soit ici fixée par l'ordonnance. De ce fait, les créanciers désignent entre

eux leurs mandataires, syndic et administrateur du patrimoine à liquider.

D'une façon générale, le Code marchand n'apporte guère de nouveautés ni d'éclaircissements sur le point, au reste toujours assez imprécis, de la faillite.

En revanche, il est plus explicite sur la dimension criminelle de la banqueroute. L'ordonnance distingue deux types de fraude très différents. Selon l'article 10 du titre XI, «*Nous déclarons banqueroutiers frauduleux ceux qui auront diverti leurs effets, supposé des créanciers ou déclaré plus qu'il n'était dû aux véritables créanciers.*»

Dans l'article 11, le manquement à l'obligation de faire viser les livres de commerce par la juridiction consulaire constitue, en cas de faillite, une aggravation du cas et entraîne la présomption de fraude. L'article suivant fixe la sanction des banqueroutiers frauduleux : la peine de mort.

Malgré son caractère encore très imprécis, l'ordonnance de Colbert présente l'intérêt d'avoir unifié le droit sur l'ensemble du territoire. Mais le reproche généralement attaché à ce texte parce qu'il n'organise pas de procédure collective au niveau des créanciers peut s'expliquer par la nécessité pour le monarque de pouvoir rester à tout moment maître du jeu de l'argent, sans partage avec les autres créanciers. Une autre critique, qui aura bientôt sa correction, porte sur le fait que ces textes ne s'appliquent qu'aux seuls commerçants. Les autres sujets continuent d'être soumis au droit commun de la déconfiture, moins rigoureux dans ses procédures, du moins jusqu'au stade toujours risqué de la mainmise de la justice royale. Les rigueurs de la loi sont plus violentes pour les commerçants. En effet, l'essor du crédit et des transactions financières accroît sans doute les dangers de défaillance chez les marchands qui ont mal maîtrisé un endettement, lui même sujet aux variations permanentes du prix de l'argent. Pourtant, les faillites et les banqueroutes qui se multiplient durant le règne de Louis XIV et le XVIIIème siècle, sont, pour nombre des plus spectaculaires d'entre elles, provoquées en chaîne par les effets des politiques financières qui obéissent aux caprices du Prince et de la guerre. Les perspectives de spéculation ouvertes par la signature d'un traité avec le Trésor, les besoins boulimiques de celui-ci, le développement du négoce de l'argent et des papiers publics font ainsi éclater une floraison de compagnies financières, liées d'un côté au pouvoir royal et de l'autre au réseau particulier du commerce. De quelques centaines sous Mazarin, le nombre des traitants est évalué à plus de huit mille à la fin du règne de Louis XIV. La complexité des montages, la diversité des secteurs d'activité, la masse des capitaux engagés augmentent les risques sur un marché encore inorganisé. Exemple parmi d'autres, la circulation galopante des papiers et billets en blanc et les fraudes qui en découlent ont, en réalité, été encouragées par cette ordonnance de 1673 qui prévoit que seuls les

signataires de papier peuvent être l'objet d'une contrainte par corps, en cas d'insolvabilité. Et dans ces cas extrêmes, le Roi préfère recourir à l'arbitraire, saisir les biens des financiers et les mettre sous la main de la justice qui le transmettra ensuite au Trésor, hors de toute concurrence des autres créanciers. Mais les traitants peuvent souvent échapper à la justice, sous le prétexte qu'ils ne sont pas commerçants et donc non visés par le Code marchand, or leur clientèle n'en subit pas moins les conséquences de leurs excès lorsque les banqueroutes simulées se succèdent impunément. La littérature, le théâtre de la fin du XVII^e siècle fourmillent de témoignages de cette situation dramatique. En 1687, une comédie est jouée à l'hôtel de Bourgogne qui a pour titre « *Le Banqueroutier* ». D'autres auteurs brodent sur le thème :

« *Mais combien en voit-on, banqueroutiers parfaits*

« *Vivre du revenu des crimes qu'ils ont faits* ». ¹⁰

Les faillites sont innombrables entre 1680 et 1715, celles de Sauvion, de La Noue, de La Touanne, de Bourvalais, de Pennautier, Samuel Bernard, de Crozat, sont parmi les plus retentissantes et illustrent, chacune à leur façon, l'extrême confusion et l'injurieuse distinction des traitements judiciaires¹¹. Les banqueroutiers s'organisent, le lieutenant civil de Paris, en 1701, écrit au Roi que plus de cent cinquante d'entre eux se sont rassemblés dans l'enceinte inviolable du Temple, d'où ils continuent à administrer leurs affaires. Les correspondances des Intendants montrent, sur l'ensemble du territoire, à quel point les conséquences sont infiniment plus funestes pour les marchands ou les ouvriers qui périssent dans ces naufrages ou sabordages à grande échelle. L'abus des lettres de répit et des arrêts de surséance, octroyés par le Roi ou ses représentants, augmente encore le désordre qu'une déclaration royale de 1692 essaie de réduire en associant aux dispositions de l'ordonnance tous les manieurs d'argent. Une autre déclaration de 1699 borne les bénéfices des lettres de répit pour le débiteur en augmentant les garanties des créanciers. En 1702, un nouveau texte stipule la nullité des actes effectués par un failli au moment de la cessation de paiement, puis, en 1716 et 1739, deux autres déclarations règlent l'affirmation et la vérification des créances.

La situation va se dégradant tout au long du XVIII^e siècle, ponctuée d'accélération au rythme des grandes opérations financières, depuis la

¹⁰ Gberardi, *le Théâtre italien*, 6 vol., Paris, 1700. Boursault, *La comédie sans titre*, Paris, 1685. Les comédies de mœurs mettant en scène les faillis et banqueroutiers sont très nombreuses durant le règne de Louis XIV. La pièce donnée par Le Sage, en 1708, sous le titre de «Turcaret», gardera longtemps sa célébrité symbolique.

¹¹ Voir par exemple : J.Saint-Germain, *Les financiers sous Louis XIV*. Paul Poisson de Bourvalais, Paris, Plon, 1950. D.Dessert, *Argent, pouvoir et société au Grand siècle*, Paris, Fayard, 1984. G. Chausinand-Nogaret, *Les financiers du Languedoc au XVIII^e siècle*, Paris, SEVPEN, 1970; *Gens de finance au XVIII^e siècle*, rééd. Bruxelles, Complexe, 1992.

banqueroute de John Law jusqu'aux grandes manœuvres de l'agiotage dans les années qui précèdent la Révolution. Des tentatives de réforme sont esquissées devant l'aggravation des débordements. En 1778, à l'initiative de Miromesnil, une commission entreprend l'élaboration d'un code du commerce prenant mieux en compte ces notions de faillite et de banqueroute. Quoique inachevée et sans officialisation, cette entreprise a le mérite de distinguer les faillites et banqueroutes simples des opérations frauduleuses, en partageant les attributions entre les juridictions consulaires pour les premières et les tribunaux ordinaires pour les autres.

Les juristes d'aujourd'hui stigmatisent la perte de contrôle de la puissance publique au long de cette période, j'aurais tendance à penser, d'un point de vue plus strictement financier, que l'Etat essaie de tirer, au contraire, un réel profit de cette confusion, sur les deux terrains d'élection de sa propre croissance, celui de la justice et celui des finances. En renvoyant, de fait, dans les juridictions consulaires et au sein de la communauté des marchands le règlement de leurs modestes litiges internes, l'Etat se réservait le traitement arbitraire des grandes affaires d'argent, déclarées affaires d'Etat dans l'urgence des temps. En effet, l'ensemble du XVIIIème siècle est davantage dominé par le problème envahissant de la dette publique qui réclame des masses de capitaux bien supérieurs à ceux que brassent les commerçants. Le centre des débats et des actions est désormais sur les marchés financiers, le plus souvent internationaux et la tonalité est plus politique que juridique. Le spectre de la banqueroute de l'Etat pèse davantage sur les esprits et cet épouvantail servira de bannière à la première Révolution pour entraîner la faillite du régime.¹²

84

Le Code de commerce de 1807

La Révolution n'apporte guère de transformations aux dispositions de l'Ancien régime en matière de faillite, les préoccupations sont d'un ordre différent et la démesure des crises monétaires, financières, économiques déborde très largement les problèmes des défaillances à l'endettement des commerçants. La Constituante établit le principe de la liberté du commerce, entre la nuit du 4 août 1789 et la loi d'Allarde de mars 1791 en précise le champ, mais cette assemblée n'a pas le temps d'aller plus avant dans l'organisation législative. La Convention prend des positions plus radicales en supprimant autoritairement les grandes compagnies commerciales et financières et en envoyant à l'échafaud leurs dirigeants. Le Directoire consomme les errements financiers des siècles précédents en décrétant, en 1797, la banqueroute des deux-tiers, discréditant, pour un

¹² J.M.Thiveaud, *Finance et Révolution in R.E.F.*, n°10, 1989.

moment, la puissance publique dans ces matières. De Thermidor au début du Consulat, les faillites sont innombrables et souvent salutaires pour certains, tremplins commodes, comme un siècle plus tôt, pour l'enrichissement et la notoriété de quelques individus.¹³ Néanmoins, les années révolutionnaires servent, ici comme en bien des domaines, de creuset pour les renouvellements, par l'excès des bouleversements politiques, économiques et sociaux comme par défaut des appareils juridiques.

Cette sorte d'anarchie et la fortune trop éclatante de nombreux banqueroutiers notoires provoquent la réaction brutale de Bonaparte, au nom de la morale sans doute mais plus encore de l'ordre public et du contrôle général. Comme à Rome, autrefois, les lois sur la dette et la faillite vont souvent de pair avec les lois somptuaires. Les mesures prises, dans les mêmes années, en matière financière, créations de la Caisse d'amortissement et de la Banque de France, réforme de la Bourse, ne sont pas, non plus, isolées du train des dispositions qu'elles précèdent et qui visent plus expressément les activités commerciales.

Le 13 germinal an IX, une commission est installée auprès du ministre de l'intérieur pour préparer la rédaction d'un nouveau code de commerce. Les travaux durent un an et les résultats sont publiés en 1803, en trois volumes, sous le titre de «Projet de code de commerce». Les rédacteurs y mettent l'accent sur le contrôle de l'autorité publique, prévoient la présence d'un commissaire du gouvernement auprès de chaque juridiction consulaire pour, justement, renforcer le dispositif sur les faillites. Ils organisent aussi une complexification de la procédure, en instaurant des seuils de qualification des délits et des niveaux de responsabilité, entre agents judiciaires, syndics provisoires et syndics définitifs. A l'inverse des propositions de la commission Miromesnil de 1778, qui avait voulu, dans la tradition héritée des codes romains du Bas-empire et du Code Michau, établir une sorte de hiérarchie bienveillante des faillites, les juristes du Consulat, sans doute impressionnés par les désordres ambiants ou pour répondre aux exigences de Bonaparte, décident de voir partout la fraude et le crime.

Mais le projet demeure en sommeil dans les cartons du Conseil d'Etat jusqu'à ce que de nouveaux excès agitent l'opinion, dans les turbulences de la crise économique de 1805. « *Une maison, explique un expert de l'époque, qui jouissait d'un immense crédit et se livrait à un luxe effréné, manqua de 28 à 30 millions, sans rien changer à ses habitudes, sans rien diminuer de son faste.* » Maints abus de ce genre provoquent la colère de l'Empereur qui convoque le Conseil d'Etat pour statuer, sans attendre, sur

13 M.Bruguière, *Gestionnaires et profiteurs de la Révolution*, Paris, O.Orban, 1986. L.Bergeron, *Banquiers, négociants et manufacturiers sous le Directoire et l'Empire*, Paris-La Haye, Mouton, 1978.

le Code de commerce. Les mémoires ont gardé la trace des vitupérations de Napoléon qui s'engage personnellement dans ces discussions et voue tous les faillis à la prison et à l'infâmie. « *Il convient, dit-il, qu'un failli ne se présente en public qu'avec l'abattement d'un homme auquel il est arrivé un grand malheur.* » La problématique financière qui avait inspiré, plus ou moins judicieusement il est vrai, la législation de l'Ancien régime n'est pas au coeur des préoccupations de l'Empereur. Ces discussions se tiennent tandis que se succèdent les victoires extérieures et leur contrepartie de butin ou de tributs arrachés aux vaincus. Le souci de l'ordre moral anime davantage la réflexion qui participe du verrouillage de la sécurité intérieure et de la bonne tyrannie. Une enquête du ministre de l'intérieur auprès de toutes les juridictions et chambres consulaires rassemble, aux quatre coins de l'Europe soumise, des réponses qui satisfont les humeurs vindicatives de l'Empereur (*voir la reproduction du questionnaire ci-joint*). La loi répressive du 22 septembre 1807, comme l'expose son rapporteur, « *est devenue un besoin public... Le voeu universel l'attend, tout ce que la France renferme de négociants honnêtes la réclame.* »

La défiance contre le failli est érigée en principe et la présomption de malversation ne cesse que lorsque la preuve est définitivement apportée d'une défaillance malheureuse. Symétriquement, les créanciers ne sont pas davantage au dessus de tout soupçon et le législateur veut avant tout préserver les intérêts de la masse et éviter une dilapidation prématurée - et préméditée - de l'actif. Un pas important est franchi, la faillite est désormais clairement identifiée et correspond, selon l'art 437, à la situation de « *tout commerçant en cessation de paiement* ». La faillite reste donc inscrite dans le droit commercial et exclusivement appliquée aux débiteurs commerçants. Le Code civil, de son côté, dispose de la déconfiture, l'état du particulier non-commerçant qui devient insolvable. Le simple citoyen n'est pas atteint par les règles relatives à la faillite même s'il a souscrit des effets de commerce. L'ensemble des dispositions générales du Code du commerce accueille l'héritage des siècles ou millénaires, la clarification valant souvent innovation.

Ainsi, la déclaration de faillite par un jugement du tribunal de commerce constitue une nouveauté dans sa généralisation, la pratique existant déjà dans les usages médiévaux. Le même jugement ordonne l'apposition des scellés, l'incarcération du débiteur, la nomination du juge commissaire et des agents de faillite. Le débiteur est, comme naguère, dessaisi de la possession de ses biens dont, en vertu des conquêtes civiques et révolutionnaires, il conserve le droit de propriété. La justice s'entremet devant les créanciers, abolissant les vestiges éventuels de la loi gothique du « *premier saisissant* ». Au delà d'une première période d'un mois, les agents commis par le juge sont remplacés par des syndics désignés par et parmi les

créanciers qui restent sous l'autorité du juge. La loi, dans sa rigueur, s'attache en fait à éviter toute forme de collusion abusive entre le débiteur et les créanciers, tout en conservant les diverses procédures antérieures. Les sanctions pénales sont elles-aussi aggravées, mêlant les contraintes physiques et financières aux vexations publiques et autres déchéances dont la lecture du *César Birotteau* de Balzac dresse le tableau détaillé et vivant. La banqueroute frauduleuse se distingue de la banqueroute simple, elle-même plus grave que la faillite simple, ces gradations différencient aussi les juridictions, mais la peine capitale du Code marchand est remplacée par les travaux forcés à temps.

A l'expérience, et très rapidement, le dispositif de la loi de 1807 se révèle inefficace. Au delà de la dureté des sanctions, les procédures sont si longues et complexes que les commerçants créanciers préfèrent éviter de les mouvoir et cherchent des moyens amiables de négociation, en dehors et de la Loi et de la Justice. Inévitablement, les fraudes et les combinaisons que prétendait prévenir le législateur impérial se multiplient, hors de tout contrôle.

Or, les premières décennies du siècle de l'industrialisation et du premier capitalisme militant sont marquées par une augmentation considérable des faillites¹⁴. Les réclamations fusent vite et, dès 1826, le gouvernement diligente une enquête auprès des tribunaux pour la préparation d'une réforme des faillites. L'investigation, momentanément interrompue par la révolution de 1830, conduit à la réunion, en novembre 1833, d'une commission chargée d'élaborer un projet de loi. Soumis à la Chambre des députés, en décembre 1834, le projet de loi Persil est discuté par le Parlement pendant plus de quatre ans. Les Chambres adopteront finalement une loi de révision, en 1838.

A partir de cette date et jusqu'aux prochains projets du gouvernement Balladur portant réforme de la dernière législation de 1985, les débats parlementaires vont permettre de mieux cerner et la difficulté de règlement et la complexité des solutions à cette question posée, voici plusieurs millénaires, et dont les résultats sont toujours aussi peu satisfaisants, aussi obscurs qu'à leur point de départ dans la nuit des temps.

La loi de 1838, la faillite adoucie

Les soins apportés en 1838 à cette révision du Code de 1808 témoignent et de la nécessité de trouver des solutions adéquates et de la difficulté

¹⁴ Voir sur les aspects économiques des faillites au XIX^e siècle la thèse de L. Marco et plus particulièrement : L. Marco, *La démographie des entreprises : théories et statistiques* in : *Economies et Sociétés*, 1988. *La démographie des sociétés commerciales en France à la fin du XIX^e siècle* in : *Economies et Sociétés*, 1991.

d'une généralisation, dans un contexte économique et social en constante évolution. Le député Renouard, juriste éminent et membre de la commission préparatoire exprime cette incertitude quasi constitutive : « *Le régime des faillites était imparfait sous le régime de l'ordonnance de 1673, il l'était sous le code de 1808, il le sera sous la loi de 1838 et surtout il sera accusé de l'être... Tout le monde perd dans une faillite... et comme dans aucun temps ou aucun pays, aucune loi n'empêchera qu'une faillite soit une fort mauvaise affaire, il est à présumer que partout et toujours on se plaindra de la législation des faillites.* » Cet oracle trouve, de nos jours encore, sa vérification.

La loi de 1838 essaie d'adoucir les termes du code napoléonien, en limitant pour le débiteur certains désagréments de la vindicte publique, en facilitant la liquidation et en aménageant les droits des créanciers, sans toutefois de grande latitude. Elle modifie les conditions d'ouverture de la faillite, subordonnée non plus à la cessation de paiement mais au jugement. Des assouplissements sont apportés aux mesures préventives d'incarcération et de dessaisissement, avec des garanties plus grandes pour les créanciers. La procédure préalable du dépôt de bilan devient, pour la première fois, préventive. La procédure est simplifiée, les délais sont raccourcis, la clôture pour insuffisance d'actif venant hâter la conclusion des opérations. Les intermédiaires sont moins nombreux, et, comme d'habitude depuis des siècles, des aménagements inégaux et toujours complexes sont apportés à l'ordre et aux moyens d'intervention des créanciers.

La défiance reste à l'ordre du jour et la condition du failli demeure délicate comme en témoignent maints exemples dans la littérature. Si, dans *César Birotteau*, Balzac décrivait avec précision le parcours complet de la faillite selon le code de 1808, l'économiste Louis Reybaud a laissé, dans son roman *Jérôme Paturot*, une illustration très vivante de la procédure ouverte par la loi de 1838. Aux yeux du débiteur, la prison reste la prison, à Clichy ou à Sainte Pélagie, mais il faut admettre que, dans la description de Reybaud, la procédure semble effectivement moins longue, les négociations avec les créanciers plus efficaces et la réhabilitation bien plus simple. En quelque vingt ans, le destin est différent pour les malheureux héros. Birotteau est si fier d'être réhabilité et réadmis à la Bourse qu'il en meurt d'émotion en y pénétrant. Paturot, qui a goûté, avant sa faillite, aux charmes de l'élection démocratique et de la vie politique, renonce sans regrets au commerce de la capitale et se refait, après sa prompte réhabilitation, une vie paisible et honorable, en province, de député des champs.¹⁵

15 L.Reybaud, *Jérôme Paturot à la recherche d'une position sociale*, Paris, Paulin, 1842, rééd., Paris, Stock, 1949.

Quoique considérée par ses auteurs comme «le minimum de l'imperfection», la loi de 1838 traduit bien une évolution dans la compréhension générale de ce phénomène, mieux perçu désormais dans ses dimensions économiques, adaptée aux progrès du temps. Le texte de 1838 sert d'ailleurs de modèle au Portugal, en Hollande, en Belgique et en Italie, bien que la plupart de ces pays augmentent plus que la France la part des adoucissements, avec la pratique des sursis de paiements, diminuant les méfiances et sanctions pour le débiteur de bonne foi. La loi de 1838 restera en vigueur pendant plus de cinquante ans, voire même pour l'essentiel jusqu'à 1967, les dispositions ultérieures n'étant que des modifications additionnelles au texte de la Monarchie de Juillet.

De la faillite à la liquidation judiciaire, 1889

Cette tendance à la modération des procédures, exprimée en 1838, se poursuit et s'amplifie au cours du siècle. Comme prévu par ses auteurs, la loi de 1838 est vite l'objet de critiques : assimilation du banqueroutier frauduleux au failli malheureux, mise à l'écart des créanciers, premiers intéressés, excès des pratiques douteuses et rémunérations abusives chez les syndics.

Dès 1848, après la Révolution, le nouveau gouvernement se soucie des débiteurs malheureux et de bonne foi, et d'abord de ceux qui ont été objectivement frappés par la crise politique et financière du printemps. Une série de décrets pris dans les premiers mois du gouvernement provisoire apportent un certain nombre d'aménagements aux procédures concordataires et inscrivent ainsi les premiers fondements de la liquidation judiciaire. Ils seront abrogés par leurs propres auteurs, après l'été et la reprise autoritaire, considérés comme mesures transitoires dictées par des circonstances extraordinaires. Pourtant certaines modifications de détail resteront dans les esprits pour des réformes à venir.

La période du Second empire, féconde en entreprises industrielles et commerciales hardies et non moins prodigue en faillites spectaculaires, ne connaît pas de transformations notables de la législation. La loi du 27 juillet 1856 entérine la pratique devenue courante des concordats par abandon d'actif. Une atténuation sensible est également apportée au sort du débiteur par la loi du 22 juillet 1867 qui abroge la contrainte par corps et l'incarcération préventive.

Les difficultés entraînées par la guerre franco-prussienne suscitent une nouvelle législation transitoire en 1870-71 qui reprend, en matière de concordats amiables, les dispositions des textes provisoires de 1848. Le député Ducuing essaie, mais en vain, en 1871, de faire reconnaître définitivement et dans tous les cas la formule des concordats amiables, évitant la

déclaration de faillite au débiteur qui aurait conclu un arrangement homologué par le juge.

Pourtant, l'idée de donner un caractère durable à ces aménagements parcourt les bancs de l'Assemblée, et dès la fin des hostilités, un autre projet de loi est soumis en 1872 qui organise la possibilité d'un arrangement entre débiteur et créanciers, entre la cessation de paiement et la déclaration de faillite. D'autres propositions novatrices veulent remplacer le juge et les syndicis par une commission de créanciers, diminuer la majorité des créanciers des trois quarts aux deux tiers, accélérer et faciliter la réhabilitation du failli. Mais le projet est rejeté pour laisser place à une réflexion plus large et à l'élaboration d'une vraie réforme.¹⁶ De nouveaux projets de loi sur les concordats amiables retiennent encore l'attention nonchalante du législateur tandis que le monde du commerce et de l'industrie décide de se mobiliser, au plan international, sur la nécessité d'une refonte d'ensemble du droit de la faillite.

90

L'internationalisation des échanges politiques et économiques, dans ce dernier quart de siècle, réclame une vision plus vaste de ces vieilles problématiques dont chaque pays a, au cours de siècles, offert sa propre adaptation. Le principe de l'unité et de l'universalité de la faillite énoncé par quelques savants sert de prétexte à la réunion de grands congrès internationaux qui se tiennent à Paris, en 1878, à Bruxelles, en 1880. Le congrès de 1878 adopte la résolution d'édifier un code international du commerce mais, après examen, laisse la question délicate de la faillite se traiter dans le cadre du droit de chaque pays. Les travaux poursuivis à Bruxelles permettent d'éclairer cependant les problèmes de la faillite par une approche comparatiste des législations. Or, la loi belge devance la loi française, notamment par la prise en compte des concordats amiables qui restent en discussion au Palais Bourbon, et son application permet de vérifier l'efficacité de diverses dispositions. Les exemples étrangers sont analysés soigneusement par les professionnels et les savants. Les uns critiquent le système des sursis de paiement, proche des lettres de répit de l'Ancien régime, tel qu'il s'exerce en Hollande, en Belgique, en Italie et au Portugal. Cette modalité exige que l'actif soit égal au passif, situation difficile à vérifier. Le modèle du concordat préventif, en Espagne, en Suisse et en Belgique excite la curiosité des Français. Les précédents anglais de 1869, fixant la *liquidation by arrangement* et la composition *with creditors* rallient aussi nombre de suffrages, l'entente cordiale qui se noue ajoute un regain d'intérêt pour les coutumes britanniques.

¹⁶ Voir I. Alauzet, *Commentaire des faillites et banqueroutes*, Paris, Librairie générale de jurisprudence, 1872.

L'Angleterre, en fait, n'a jamais connu la déclaration de faillite, les niveaux de gravité de la *bankruptcy* sont distingués par la loi depuis longtemps et les incapacités des faillis sont bien moindres que dans les usages français. Ces études techniques et ces disputes académiques conduites devant l'opinion internationale attisent une effervescence créative chez les professionnels de la faillite et l'ensemble des négociants, en France. Cette agitation se canalise dans la constitution d'un *Comité de réforme de la loi des faillites* qui publie, en décembre 1879, les résultats de ses enquêtes et un ensemble de résolutions soumises au Parlement.

La liste de dix-sept propositions dressée par les représentants des milieux professionnels traduit la volonté d'un assouplissement significatif des dispositions en vigueur et l'intégration des propositions énoncées depuis 1848 en faveur des débiteurs en faillite simple. La notion de liquidation volontaire ou de liquidation judiciaire introduite par les débats sur les concordats amiables est reprise avec beaucoup d'insistance. Le Parlement prend à son compte l'ensemble de ces dossiers même s'il procède à des traitements séparés. La question des concordats semble en effet prioritaire et fait l'objet d'une plus vive contention. Elle intéresse aussi la magistrature et, en 1881 et 1882, il est de bon ton pour les présidents de chambres de consacrer leurs discours d'ouverture à la loi sur les faillites en préparation.

La Chambre des députés et le Conseil d'Etat travaillent en parallèle, en 1882-83, les uns pour les organisations professionnelles, les autres pour le gouvernement. L'objectif prioritaire est, de part et d'autre, l'ajournement de la déclaration de la faillite, la prévention des enchaînements multiséculaires des contraintes et de l'infâmie pour le débiteur malheureux et de bonne foi. A l'occasion des échanges de ces commissions se forge la procédure de la liquidation judiciaire qui permettra au débiteur, après requête au tribunal de commerce et sous contrôle du juge, de procéder lui-même aux phases préliminaires de recouvrement, de vérification des créances et d'organisation du concordat, repoussant ainsi la déclaration de faillite. Le juge nomme un liquidateur et un juge-commissaire qui surveillent et escortent le débiteur jusqu'à l'éventualité du vote et de l'homologation du concordat. La vieille question de l'assimilation des dettes civiles aux dettes commerciales, ou d'un glissement possible des procédures dans l'une ou l'autre catégorie, revient à l'ordre du jour mais l'urgence d'une réforme de la loi de 1838 privilégie le dossier des faillites, toujours cantonnées dans le droit commercial. La France est en ébullition. En 1883, l'Académie des sciences morales met au concours la réforme de la loi sur les faillites, l'année suivante, l'Union des banquiers départementaux reprend la même formule. La France entière réfléchit passionnément sur la question tandis que l'Angleterre réforme, en 1883, sa législation

historiquement déjà très libérale en lui ajoutant quelques mesures de prévention.¹⁷

Les projets de loi et les amendements qui introduisent en particulier cette notion nouvelle de la liquidation judiciaire se succèdent sur le bureau des Assemblées entre 1884 et 1888 sans réunir l'accord ni du gouvernement ni des magistratures et juridictions consultées. Ainsi, la Cour de cassation et les cours d'appel sont opposées à la réforme lorsque la majorité des tribunaux de commerce y sont favorables, tandis que les chambres consulaires sont partagées sur le principe de la liquidation judiciaire. Le recours à l'opinion publique s'avère de nouveau nécessaire et, en 1888, à l'instigation du commerce parisien, une campagne de presse vient, pétitions à l'appui, forcer les attermolements gouvernementaux et parlementaires.

Millerand prend la tête de l'offensive à la Chambre et, le 17 mai 1888, décrète l'état d'urgence: « *Épargner au commerçant malheureux et honnête la flétrissure de la faillite et les nombreuses incapacités légales qui en sont la suite; rendre moins compliquée et plus productive l'administration des biens du débiteur qui a cessé ses paiements: tels sont les deux buts à atteindre... C'est donc faire à la fois oeuvre humaine et utile que d'encourager, par les dispositions mêmes de la loi, le débiteur honnête à avouer loyalement à ses créanciers l'état de ses affaires, avant qu'elles soient absolument compromises.* » Un projet de loi en 21 articles est déposé le 9 juin 1888 et le texte sera voté le 4 mars 1889. Le débat est long et animé et met en lice les protecteurs du débiteur malheureux et les défenseurs des droits des créanciers. Des discussions s'élèvent, pour la première fois, sur le cas particulier des sociétés commerciales dont le statut pose question au regard de la liquidation judiciaire. L'homme commence d'être séparé de l'entreprise.

Aux termes de la loi, le commerçant qui cesse ses paiements peut obtenir le bénéfice de la liquidation judiciaire en présentant dans les quinze jours au tribunal de commerce une requête accompagnée de son bilan et de la liste de ses créanciers. Si la requête est admise, la liquidation judiciaire est ouverte, le tribunal nomme un juge commissaire et des liquidateurs. Le débiteur est dessaisi de ses biens et, avec l'assistance du liquidateur, il conserve sa liberté de gestion. Les fonds provenant des recouvrements et des ventes sont versés à la Caisse des dépôts. Pour la

17 De nombreux détails savants ou pittoresques émaillent la littérature de l'époque. Et notamment : J.Lefort, *La réforme de la législation des faillites*, in : *Journal des économistes*, t.46, n°4, avril 1889. M.Lecomte, *Traité théorique et pratique de la liquidation judiciaire*, Paris, Chevalier-Marescq, 1890; H.Rivière, *Commentaire théorique et pratique des lois du 4 mars 1889 et 4 avril 1890 sur la liquidation judiciaire...*, Paris, Chevalier-Marescq, 1891.

première fois encore, les salaires sont admis au nombre des créances privilégiées, l'intérêt de la communauté toute entière dépasse celui des stricts créanciers. La procédure concordataire se met en place simultanément avec les créanciers et dans le cas d'accord du traité par la majorité des deux-tiers, la liquidation, après homologation du concordat, est terminée. Ce système qui se distingue nettement du régime général antérieur de la faillite n'exclut pas cette dernière, dans le cas de refus du concordat, ou si l'on constate soit des conduites malhonnêtes ou une banqueroute simple soit *a fortiori* une banqueroute frauduleuse. Dans ces occurrences ultimes, le Code du commerce de 1808 continue de s'appliquer.

La loi de 1888, si elle apporte une innovation importante, n'est pas pour autant une véritable réforme de la législation sur les faillites, comme le pays la réclamait. Elle gomme les sévérités qui choquaient l'opinion et ajoute une note de moralisation. L'exposé des motifs de la loi décrit, dans le style des romans réalistes de l'époque, les situations critiques du ménage pauvre « *qui fonde un établissement sur ses économies* », qui est abusé, jouit des bénéfices du crédit, s'endette et finit par suspendre ses paiements. « *Le commerce semble si facile à celui qui ne l'a pas exercé.* » De telles défaillances dues à l'incompétence ne peuvent pas être assimilées aux entreprises criminelles de certains aventuriers. Elle marque la différence entre le débiteur malheureux, *le liquidé* et le débiteur imprudent ou coupable, *le failli*. La loi de 1889 demeure aussi en retrait des propositions qui s'étaient multipliées sur les concordats amiables, par souci de justice entre débiteurs malheureux et banqueroutiers frauduleux. Ces derniers pourraient, en effet, par d'habiles combinaisons échapper à la sanction d'un comportement criminel. La question morale de la réhabilitation du failli ou du liquidé occupera encore longtemps les esprits et deux lois subséquentes, en 1903 et 1908, réduiront les conditions et les délais de la réintégration du failli et même du banqueroutier dans ses divers droits professionnels et civiques.

Par ailleurs, progrès sensible, la procédure de la liquidation judiciaire permet à la fois d'accélérer les délais de jugement et d'éviter les catastrophes qui se jouaient traditionnellement dans ces premiers moments que l'on appelait, depuis Colbert, « *la période suspecte* ». Les commentateurs de l'époque, même lorsqu'ils ont fait partie de la commission parlementaire compétente, reconnaissent, comme leurs prédécesseurs de 1838, que la loi de 1889 est loin d'être parfaite. Les reproches qui suivent l'application du texte tiennent surtout à l'insuffisance des garanties accordées aux créanciers et aux risques de laxisme attachés à la protection du débiteur. Les économistes libéraux attirent l'attention sur les effets des faillites sur le crédit public mais aussi sur le danger, avec une législation « *qui affranchit le commerçant de la terreur* », d'une diminution de la moralité commér-

ciale, et partant, d'un resserrement du crédit.¹⁸ Les abus des syndics, souvent stigmatisés depuis 1838, ne sont pas pris en compte par le législateur et représentent, eux-aussi, un risque pour l'équilibre économique.

L'opinion éclairée dénonce, non sans vrais motifs, l'institution de fait d'une catégorie d'agents privilégiés et jouissant d'un monopole qui détourne à son profit jusqu'aux neuf dixièmes des sommes dues aux créanciers.

La liquidation judiciaire n'en connaît pas moins un succès important dans les dernières années du siècle. Les historiens rapprochent souvent cette réussite de la dégradation parallèle du petit commerce devant l'ascension des grands magasins. En 1900, pour 6400 faillites déclarées, 2900 liquidations judiciaires sont effectuées.

Néanmoins, la faillite classique, telle qu'elle est toujours régie par la loi de 1838, demeure la règle générale, la liquidation judiciaire constituant une sorte de faillite atténuée réservée aux débiteurs malheureux et prouvant leur bonne foi. A quelques modifications près, le modèle primitif de l'antiquité et du moyen-âge continue donc de s'appliquer dans ses grandes lignes, à la fin du XIX^e siècle. Le jugement déclaratif et les interventions successives du juge dans la surveillance des opérations représente la seule touche de modernité dans un processus toujours empreint des usages tribaux sinon anthropophagiques des origines. Les améliorations apportées à la négociation avec les créanciers, le concordat simple et le concordat par abandon d'actif ne constituent pas un progrès moins évident, le système de l'Union des créanciers, prévu par la loi, ne diffère guère de la *venditio bonorum* de l'antiquité romaine.

Comme par le passé, la faillite concerne exclusivement les commerçants et relève du tribunal de commerce.

Certes, la loi de 1889, comme celle de 1838 et comme le Code marchand de 1673, englobe les sociétés commerciales mais qui ne sont guère perçues que comme des sociétés de personnes. Les frontières demeurent floues entre ce qui relève du droit civil de la dette et ce qui ressortit plus spécifiquement du droit commercial, dans des époques où les sociétés croissent et se multiplient pourtant de façon accélérée. Une loi de 1893 sur les sociétés anonymes et les sociétés en commandite par actions s'efforce d'apporter des précisions sur ces problèmes de bornage. Au fur et à mesure des évolutions économiques, la question se pose de plus en plus de l'extension de la faillite aux non-commerçants, d'autant plus que pullulent les pratiques frauduleuses lorsque, pour éviter les risques imposés par le droit commercial, des sociétés s'interposent avec une autre

¹⁸ G. Michel, *Faillite*, in : L. Say et J. Chailley, *Dictionnaire d'économie politique*, Paris, Guillaumin, 1893.

déclaration d'objet, une autre activité apparente. La jurisprudence suit attentivement ces combinaisons délictueuses et les tribunaux tentent de déjouer ces fraudes que l'imprécision de la loi autorise et auxquelles les développements de l'économie incitent constamment. Le vrai problème du juge est de distinguer alors la responsabilité personnelle de la responsabilité sociale et de statuer sur les répartitions patrimoniales.

Le foisonnement des structures de sociétés, dans les premières décennies du XX^{ème} siècle, et les bouleversements entraînés par les conflits et les crises entraînent ainsi une transformation prononcée dans les modes d'appréciation par les juridictions de ce qui relève de la faillite ou de procédures de règlements patrimoniaux. La notion d'entreprise, dans son flou artistique, commence de s'opposer à la vieille conception de l'individu-commerçant. Si, durant des millénaires, il avait paru préférable, dans l'intérêt du corps social, de flétrir au fer de l'infâmie les brebis galeuses, il semble désormais plus efficace, pour la conservation de la communauté, de sauver l'entreprise défaillante.

Selon la tradition séculaire qui donne aux crises économiques et aux guerres une fonction vigoureuse d'aide à la réflexion, les années d'entre-deux guerres marquent une étape dans ces nouvelles perceptions. Comme en 1848 et en 1871, les circonstances extraordinaires de la première guerre mondiale imposent la nécessité de dispositions exceptionnelles pour les débiteurs malheureux. La loi du 2 juillet 1919 organise le règlement transactionnel pour cause de guerre, admettant le dessaisissement du débiteur sans publicité. Mais le texte est modifié en 1922, du fait des abus qu'il avait entraînés.

95

Faillite ou liquidation judiciaire pour tous, 1935

Les effets de la crise de 1929 qui provoque un effondrement en cascade de nombreuses entreprises françaises jouent un rôle déterminant. Les mesures adoptées, en 1935, dans le domaine de la faillite ne sont cependant pas exclusives d'une politique générale de reprise en main énergique de l'économie par l'Etat, d'une volonté de protection de l'épargne publique et de défense du franc, qui se traduisent par de nombreux textes arrêtés, à peu près simultanément, dans les principaux secteurs d'activité de la nation.¹⁹ La procédure expéditive dont se dote le gouvernement avec

19 Pour la période du XX^{ème} siècle, j'ai utilisé les ouvrages suivants : Y.Chaput, *Droit du redressement et de liquidation judiciaires des entreprises*, 2^{ème} éd., Paris, P.U.F., 1990.; Y.Guyon, *Droit des affaires*, 2^{ème} éd., T.2., Paris, Economica, 1989.; J.Filatre, *Introduction historique au droit commercial*, Paris, P.U.F., 1986.; M.Jeantin, *Droit commercial, Instruments de paiement et de crédit, Entreprises en difficulté*, 2^{ème} éd., Paris, Dalloz, 1990.; G.Ripert, *Traité élémentaire de droit commercial*, T.2, par R.Roblot, 10^{ème} éd., Paris, L.G.D.J., 1986.; R. Szramkiewicz, *Histoire du droit des affaires*, Paris, Montcbrestien, 1988.

le système des décrets-lois permet aussi une meilleure efficacité de ces interventions.

Ainsi, le décret loi du 8 août 1935, veut rompre avec « *le caractère archaïque de la procédure instituée par la loi de 1838* » et offrir « *une solution plus rapide et plus économique des faillites et liquidations judiciaires* ». Le texte réduit les délais de recours mais il introduit une innovation capitale en élargissant les modalités de la faillite aux administrateurs et gérants de sociétés qui ne sont pas commerçants. Les droits de protection des salariés sont également améliorés par rapport aux législations précédentes, les salaires participant des fameuses « *créances super-privilegiées* ». Le décret-loi du 30 octobre 1935 augmente les pouvoirs du tribunal en diminuant ceux des assemblées de créanciers, majorant ainsi le poids de l'intérêt général dans les déroutes économiques d'une entreprise.

Ces textes sont difficilement appliqués, d'autant plus que les circonstances extérieures viennent vite transformer la vie économique du pays. Ils marquent une sorte de retour à la rigueur des dispositions traditionnelles du Code du commerce et, partant, malgré la recherche d'une efficacité plus proche des besoins de l'actualité, ils traduisent un esprit de relatif conservatisme. Toutefois, en assimilant les sociétés de différente nature aux règles de la faillite et de la banqueroute, ces mesures bousculent les idées reçues depuis le Moyen-âge et transfèrent aux personnes morales les responsabilités qui ne pesaient jusque là que sur des individus. Cette mutation reste encore timide lorsque l'on considère la loi du 16 novembre 1940 qui frappe les dirigeants de sociétés de l'opprobre public ou celle du 30 août 1947 qui prononce l'interdiction pour le failli de toute fonction de direction dans les entreprises commerciales. La honte, l'ignominie ont besoin d'un homme, d'un corps réel à tourmenter, elles ne font pas rougir un être de raison. L'ambition, dictée par l'intérêt général et la croissance économique, d'assainir les professions commerciales et de servir le corps social dans son abstraction nourrit toujours ses racines dans les larmes et le sang du bouc émissaire.

L'incohérence des modalités pratiques de ces diverses dispositions se vérifie au fil des ans. La liquidation judiciaire profite encore de son élan de 1889, les concordats limitent les catastrophes mais les mesures visant explicitement la faillite ou sont mal appliquées ou produisent des résultats funestes dans tous les camps.

Faillite et règlement judiciaire, 1955

Ce constat généralement reconnu conduit à une nouvelle étape et, avec le décret du 20 mai 1955, à une révision radicale du Code de commerce,

par une disposition règlementaire. L'idée qui anime cette transformation s'insère dans la lignée millénaire dès lorsqu'il s'agit, une fois de plus, de trier le bon grain de l'ivraie et de définir les bornes de l'honnêteté et de la fraude, du malheur ou du crime délibéré. En remplaçant, en 1955, la liquidation judiciaire de 1889 par le règlement judiciaire, l'Etat vient établir une distinction entre la défaillance et la faute et rejette la faillite dans les limites de l'exception. La faillite sert à la répression des cas extrêmes et son régime est renforcé, l'on en revient aux fondations, avec la liquidation forcée des biens, l'incarcération, les marques de l'infamie. En revanche, la nouvelle formule du règlement judiciaire atténue les anciennes positions, elle vise la réconciliation et le maintien de la situation, le concordat permettant et de sauver l'entreprise et d'améliorer le sort des créanciers. Dans tous les cas, en 1955 comme en 1673 sous Louis XIV, seuls les commerçants et les entreprises commerciales sont visées par le décret modérateur.

Les textes de 1955 conservent, cela va sans dire, le niveau immuable de l'imperfection. Leur portée restant toujours limitée aux seuls commerçants, le débiteur et l'entreprise sont confondus malgré les nuances exprimées dans les discussions préparatoires. Les procédures manquent toujours de la rapidité nécessaire à des préventions salutaires.

Une fois encore, l'application ne produit pas de bons résultats. L'élément d'appréciation morale précède l'évaluation financière, la dimension personnelle prévaut sur les intérêts collectifs. Ou bien l'on cherche à ménager le dirigeant lorsque l'entreprise est déjà déconfite, ou bien, en condamnant des personnes à la faillite l'on entraîne dans la chute des entreprises qui auraient pu survivre. Le caractère déterminant du sort de l'entreprise tend ainsi à se manifester de plus en plus aux yeux de tous, il s'agit moins d'améliorer la procédure collective d'exécution des biens du débiteur que d'apporter une thérapeutique idoine aux entreprises en difficulté, de séparer résolument l'homme de l'entreprise...de prendre le risque de ne plus jamais parler de faillite.

97

Du banqueroutier à l'entreprise en difficulté

Cette expression charitable de « l'entreprise en difficulté » suscite une véritable révolution dans l'histoire du droit de la faillite et, sous l'impulsion du doyen R. Houin, vient servir de support à la nouvelle législation de 1967.²⁰

²⁰ Voir notamment : A. Brunet, *De la distinction de l'homme et de l'entreprise*, in : *Etudes dédiées à R. Roblot, Aspects actuels du droit commercial français*, Paris, L.G.D.J., 1984. et J. Puillusseau, *Du droit des faillites au droit des entreprises en difficulté*, in : *Etudes offertes à R. Houin*, Paris, Dalloz-Sirey, 1985.

Les événements de la vie politique et économique forcent le mouvement. Les effets de la croissance provoquent, comme aux premiers temps de l'industrialisation, des ascensions et des chutes spectaculaires, les retentissements des défaillances sur l'ensemble de l'appareil sont plus sensibles. Les scandales immobiliers du début des années soixante, par exemple, ont un impact sur le crédit et l'opinion. L'internationalisation galopante des activités et des échanges, la mise en œuvre de l'Union européenne, les désordres économiques intérieurs conduisent l'Etat à une série d'interventions, conjuguées en matière économique et financière, parmi lesquelles prend place la révision du droit de la faillite. Dans des conditions analogues aux épisodes précédents depuis le Code marchand, la réforme de la faillite n'est pas dissociable des nombreuses réorganisations et restructurations de la période, rapport Bloch-Lainé sur la réforme de l'entreprise, loi de 1966 sur les sociétés, loi bancaire, réforme de la comptabilité en 1967, création de nouvelles formes juridiques comme le G.I.E., politique sociale contractuelle, participation, etc.

98

L'association de l'Inspection générale des finances à l'élaboration de cette réforme de la faillite est une illustration, parmi bien d'autres, de la volonté de la puissance publique de déplacer les perspectives et d'opérer un glissement plus sensible des procédures anciennes du droit privé vers ce que l'on commence d'appeler le droit économique. Cette tendance, déjà observée en 1935, va devenir l'axe prioritaire des nouvelles orientations du législateur pour les vingt ou trente ans à suivre.

L'idée force, née au tournant du siècle, de la séparation de l'homme et de l'entreprise préside à une conception nouvelle qui privilégie non seulement le crédit et les créanciers mais plus encore la chaîne des parties prenantes et les intérêts de la communauté dans son ensemble. De ce fait, la prévention et le traitement des défaillances passent avant la déclaration de la faute et sa punition. La présence des intérêts contradictoires d'une multitude accrue d'acteurs concernés exige une intervention plus importante du juge et de l'autorité publique qui fait donc éclater le cercle plus intime du droit privé. Le droit des entreprises en difficulté ouvre une étape nouvelle en introduisant dans l'ordre juridique cette mixité qui s'exprime, au même moment, dans l'ordre économique.

Liquidation des biens et règlement judiciaire, 1967

La loi du 13 juillet 1967 et l'ordonnance du 23 septembre 1967 renforcent le rôle du tribunal et en particulier du juge-commissaire qui dirige la procédure. Elles s'appliquent, pour l'essentiel, aux personnes morales de droit privé, même non commerçantes, bouleversement historique appréciable. Le ministère public voit augmenter ses attributions, il est informé,

peut intervenir en cours de procédure et surveille l'application des sanctions dont il poursuit l'exécution. Le tribunal de grande instance intervient ainsi en concurrence de compétence avec le tribunal de commerce et, comme dans le Code de Colbert, où la justice du Roi précédait la juridiction consulaire, le pouvoir judiciaire occupe de plus en plus le centre des affaires, tandis que droit civil et droit commercial se chevauchent davantage.

Les textes de 1967 fixent quatre procédures, selon le niveau de gravité des dégâts. La suspension provisoire des poursuites autorise des entreprises, surtout les grandes, qui ne sont pas encore en cessation de paiement, à passer un cap difficile. Le règlement judiciaire, proche de la liquidation de 1889, permet d'apurer le passif d'une entreprise qui pourra se rétablir après le concordat. Ces deux premiers cas obéissent à la logique récente du redressement judiciaire, les deux suivants ressortissent de la vieille tradition. La liquidation des biens reprend en effet les dispositions classiques de la faillite, l'entreprise est éliminée mais seuls les biens du débiteur sont affectés et non plus sa personne. Faillite personnelle et/ou banqueroute se replacent dans la filiation des coutumes punitives et peuvent entraîner des sanctions correctionnelles.

Par bien des aspects, les textes de 1967 progressent dans le sillage des pratiques antiques. Le rôle plus large accordé aux créanciers, appelés à voter le concordat, satisfait une population qui avait éprouvé des frustrations dans les législations antérieures. La nouveauté apportée par le législateur est incontestablement, pour distinguer le sort du débiteur, obéissant toujours à une évaluation morale, de celui de l'entreprise, dans le recours à des critères économiques qui fixent le seuil des redressements possibles. L'introduction de la mesure de suspension provisoire de poursuites constitue aussi une avancée ou un détour tactique appréciable puisqu'elle fait apparaître expressément le principe de la prévention.

Quoique saluée comme un progrès sur le droit antérieur, longtemps réduit à un «code des boutiquiers», la législation de 1967 est, à son tour, vite remise en question. Les difficultés d'application se révèlent au gré de l'évolution de la situation économique, des incidences de la concurrence internationale, des politiques monétaires et financières, et des premiers signes de récession qui caractérisent la décennie soixante-dix. Le nombre des faillites annuelles, environ 10.000 de 1969 à 1973, passe à 12.000 en 1974, 15.000 en 1975, 20.000 en 1979. Si, un siècle plus tôt, la faillite affectait surtout le petit commerce, elle touche à présent des entreprises de toutes tailles dans tous les secteurs d'activité, induisant des conséquences difficiles à calculer avec l'augmentation des fournisseurs, clients ou sous-traitants, en France et dans le monde. Les dispositions préventives arrêtées par le législateur se révèlent d'une mise en oeuvre complexe et ne peuvent

enrayer les cessations de paiement. L'accélération des procédures, si longtemps souhaitée, interdit la possibilité des reprises et freine les espoirs de financement. Les mesures sociales intéressant les salariés sont lourdes et complexes. Les créanciers, en principe favorisés par les textes, voient rarement l'exécution des concordats, la méfiance continue d'envelopper syndics et administrateurs judiciaires. Le mécontentement devient en peu de temps unanime. Le poids de l'intérêt général fait pencher la balance et incite l'autorité publique à renforcer ses interventions.

Au cours de cette période, le signe de changement le plus manifeste est sans doute la prééminence croissante des facteurs financiers dans le développement heureux ou malheureux des entreprises. L'Etat participe activement à l'oeuvre de prévention, esquissée par les textes de 1967, en organisant, à partir de 1974, des aides à la trésorerie des entreprises industrielles et en mettant en place des structures d'évaluation (C.I.A.S.I., C.O.D.E.F.I., etc.). Simultanément, le gouvernement remet à l'étude la question de la réforme de l'entreprise, dont le rapport Sudreau est une illustration, les juristes et les professionnels participent à une même réflexion, dans des conditions sans doute moins spectaculaires mais sans doute plus efficace qu'un siècle auparavant.

100

Le juge, l'homme et l'entreprise, la loi de 1981

Fruit de ces travaux, la loi du 15 octobre 1981 vient modifier la législation de 1967 et, dans la tendance observée depuis longtemps, accroît le rôle des autorités judiciaires. La capacité du tribunal d'écarter des dirigeants de société malhonnêtes ou incompetents renforce la séparation de l'homme et de l'entreprise, initiée par le législateur précédent. Le ministère public est revêtu de prérogatives nouvelles dans les procédures de règlement judiciaire ou de liquidation. Cette intervention croissante traduit la prééminence de l'intérêt collectif, la volonté de sauvegarder le crédit public, l'équilibre économique et l'harmonie de la société toute entière. *«La juridiction commerciale, écrit un spécialiste de droit social, se trouve ainsi indirectement investie de cette mission d'intérêt général pour laquelle elle n'est pas préparée : discriminer les entreprises viables et non viables... Une distorsion est manifeste entre les deux impératifs qui pèsent sur les juges (du commerce) : assurer le paiement équitable des créanciers; sauver les emplois qui peuvent l'être.»*²¹

Le règlement des créanciers qui se partagent les dépouilles du débiteur sous le contrôle lointain du juge cède la place au souci du maintien de l'ordre social, dès lors que, dans un contexte économique international

21 G. Lyon-Caen, *le droit et l'emploi*, in : Recueil Dalloz-Sirey, 21^{ème} cahier, 1982.

inédit, de la survie des entreprises et de la sauvegarde des emplois dépendent la survie et la sauvegarde de la nation elle-même.

Le caractère radicalement nouveau de l'évolution économique constaté sous les premiers coups de la crise des années soixante-dix se manifeste plus violemment, et au prix d'une redoutable accélération, dans les années quatre-vingt. Le contentieux s'accroît douloureusement chaque année, de 22.000 liquidations en 1983, le nombre annuel atteindra plus de 40.000 en 1989. Les délais des procédures s'allongent, malgré les dispositions prévues pour un allègement, la durée moyenne qui est de deux ans et demi en 1973 dépasse trois ans et demi en 1980. Les créanciers sont de plus en plus lésés. L'idée d'une nécessaire révision fondamentale, visant l'abrogation des textes antérieurs, s'impose comme une fatalité.²²

La nécessité d'une adaptation sinon d'une refonte totale du droit de la faillite ne constitue pas, au reste, une singularité française. La situation économique internationale provoque, à rythme plus ou moins rapide, des réactions dans la plupart des pays industrialisés et conduit, plus encore, à des dispositions communes, dans le cadre de la Communauté européenne.²³ La réforme engagée aux Etats-Unis et la promulgation, en 1978, du *Bankruptcy reform act*, les essais d'unification exprimés par les directives de Bruxelles, les révisions effectuées dans divers pays voisins stimulent, en France, les efforts de rénovation.

101

Liquidation et redressement judiciaires, 1985

La loi du 1^{er} mars 1984 sur la prévention des difficultés et le règlement amiable, celle du 25 janvier 1985 sur le redressement judiciaire et la liquidation essaient ainsi de répondre à l'urgence de ces adaptations que l'actualité mondiale remet incessamment en question.

La question centrale, chaque jour ravivée par les effets de la concurrence internationale, devient dorénavant la recherche de l'équilibre des structures dans un système global d'économie de marché.

Le but de la loi Badinter de 1985 est clairement exprimé dès le premier article qui place au premier rang des priorités la sauvegarde de l'entreprise et le maintien de l'emploi, reléguant l'apurement du passif au second plan et renvoyant ainsi dans la nuit primitive les prétentions de la vieille cohorte des créanciers. Cette affirmation des objectifs par le législateur est une donnée inédite dans l'histoire du droit français et elle annonce déjà la profondeur, affichée, de la mutation. L'échec économique se substitue à la

²² Ch. Gavalda, J. Patin, J. Stoufflet, *Le projet de loi sur le règlement judiciaire des entreprises en difficulté*, in : *Recueil Dalloz Sirey, 3ème cahier, 1984.*

²³ Ph. Woodland, *Observations sur les orientations des droits européens de la faillite*, in : *J.C.P. éd.G, I, 3137, 1984.*

dette inaugurale, le droit des procédures collectives change de fonction. A la fonction répressive de la faillite succède la nécessité de garantir le redressement de l'entreprise. L'ordre des priorités s'inverse, le rituel archaïque se trouve renversé puisqu'au sacrifice originel du débiteur s'oppose désormais celui des créanciers, dans le souci appuyé du législateur de préserver l'intégrité de toute la communauté. La séparation de l'homme et de l'entreprise est donc consommée. La rupture semble consacrée entre la conception millénaire de la faillite menaçant l'ordre privé des échanges et la nouvelle perception des risques de système que présente une entreprise défaillante pour l'ordre public, au nom de l'intérêt général.

Les modalités demeurent toutefois dans le prolongement des procédures habituelles en distinguant de la liquidation, le redressement judiciaire, qui se substitue au règlement judiciaire de 1967. Les innovations, au delà des buts politiques, tiennent surtout au mode de traitement nouveau des créanciers. En privilégiant l'apurement du passif, la loi n'exige pas pour autant le paiement des créanciers dont le désintéressement, au profit de la cause commune et de la continuité de l'entreprise, devient une éventualité sinon une obligation. Par ailleurs, la loi supprime la suspension provisoire des poursuites et, ce faisant, revient en arrière, en ne prévoyant l'intervention du juge qu'après la cessation de paiement. Le règlement amiable, à la discrétion des créanciers, devient l'unique voie de la prévention, mais le tribunal en est absent. La période d'observation, qui suit l'ouverture de la procédure, doit permettre l'évaluation des capacités de survie de l'entreprise, dans l'esprit de 1967.

La loi de 1985 apporte surtout un changement notable dans les usages en autorisant le recours au crédit durant cette phase initiale, les prêteurs se rangeant alors parmi les créanciers privilégiés. La même conception qui a prévalu à l'organisation de ce « droit des entreprises en difficulté » sera d'ailleurs, en matière de crédit, reprise par le législateur pour régler les problèmes du surendettement des ménages. La loi Neiertz du 31 décembre 1989 ouvre, de son côté, une nouvelle perspective dans le long parcours des déconfitures, en introduisant la notion de « ménages en difficulté » et en opérant ainsi un autre glissement entre le droit civil et le droit de la famille. Sauf que dans ce dernier cas, rien ne favorise l'immixtion, permise et facilitée par la loi Badinter, des miraculeux repreneurs.

Vers de nouvelles réformes, 1993 ?

Considérée au terme d'un long parcours historique, la loi de 1985 paraît à la fois et dangereusement révolutionnaire et d'une vétuste inefficacité, comme toutes les lois qui l'ont devancée. Dans l'hypothèse, encore non vérifiée, où la tendance qu'elle affirme viendrait un jour bouleverser les

mentalités, la loi de 1985 présente deux dangers. D'une part, elle tend, plus dans les principes affichés que dans les applications, à renverser l'ordre primordial de la dette, tel qu'il s'exprimait, depuis l'antiquité, dans l'exécution des procédures collectives. Mais, d'autre part et surtout, elle introduit, au nom de l'intérêt général et des équilibres économiques, une dérogation inédite au droit commun des contrats et obligations, par les diverses dispositions qui touchent les créanciers. Cette nouveauté, parfois dénoncée comme une «hérésie juridique», suscite de vives réactions chez les spécialistes.²⁴ L'accès au crédit durant la période d'observation, par exemple, paraît aux juristes une invraisemblance qui met en cause tout le dispositif des garanties et sûretés réelles. Pour l'historien ou l'anthropologue, ce «coup de canif dans le droit des contrats» représente une fracture particulièrement dangereuse dans l'édifice immémorial des sociétés organisées sur le principe fondamental de la dette d'où découlait ensuite celui du contrat. De plus, le souci louable de maintenir la survie des structures économiques dans un système mondial de marché ne doit pas faire oublier que le marché est, par nature, le lieu de toutes les violences que l'homme s'est justement efforcé de réguler par la multiplication des formules contractuelles.

L'intervention croissante de l'autorité publique dans le droit de la faillite témoigne bien, au reste, de cette difficile gestion des liens d'obligation dans l'ordre privé. Mais ces longues relations entre l'Etat et la société reposent elles aussi sur l'existence d'un contrat et, à réduire la force du contrat, l'Etat peut voir ses propres forces diminuer. Cette intervention de la puissance publique, voulue par la loi, tendrait néanmoins, au moment où le législateur veut prendre en compte les contraintes de l'économie de marché, à démontrer la défaillance structurelle du marché autorégulateur et à mettre en garde la société.

Mais, à l'épreuve des faits, la loi de 1985 s'inscrit plutôt dans le cortège des mesures depuis longtemps obsolètes qui laissent toutes les parties insatisfaites et désabusées. Une vive opposition s'est élevée contre l'inefficacité de cette loi qui, malgré ses prétentions thérapeutiques, semble avoir aggravé l'état de santé de l'économie nationale. Non seulement, au gré de la crise, le nombre des défaillances a augmenté depuis sept ans mais les dispositions relatives au redressement judiciaire, destinées à freiner l'évolution, se sont surtout soldées par un nombre inouï de liquidations, 93 % des redressements ont abouti à des faillites à l'antique. En sens inverse, la pratique du redressement judiciaire est anticipée par nombre de dirigeants qui l'utilisent de façon détournée à des fins de gestion. Les aménagements apportés, dans la phase préventive, au surendettement

²⁴ Voir l'article très intéressant de J.F. Monredon, *La théorie générale du contrat à l'épreuve du nouveau droit des procédures collectives*, in : J.C.P., ed. E. II, 15156, 1988.

des entreprises posent encore, du point de vue du crédit et des activités bancaires, des problèmes analogues à ceux qui ont été plus vite dénoncés pour les ménages surendettés. Les banques sont, de ce fait, plus que jamais, concernées par les effets de cette loi dont elles ont voulu profiter des avantages sans avoir pris conscience assez tôt des dangers. L'A.F.B. figure à présent parmi les premiers à réclamer une réforme de la loi de 1985. Les banques, en effet, recherchent des garanties supplémentaires après avoir éprouvé, parfois à leurs dépens, les effets de la période d'observation. Elles prétendent, en outre, par la mise en oeuvre de sûretés négatives ou conventionnelles, sortir du cadre trop étroit du droit commercial et jouir d'un statut de créancier privilégié, moins par priorité que par dérogation. Le droit financier encore balbutiant chevaucherait alors le droit commercial forgé depuis l'antiquité.

Malgré les appels à une nouvelle révision de fond, les projets de réforme du droit de la faillite qui doivent occuper bientôt le Parlement se bornent surtout, dans l'état actuel du dossier, à un toilettage de la loi Badinter de 1985. Ils participent de ce mouvement de balancier multiséculaire entre les intérêts de la communauté et ceux des créanciers. Des garanties supplémentaires devraient être offertes aux créanciers, et plus particulièrement dans le domaine bancaire, tandis que la préservation des équilibres économiques tendrait à modifier les procédures de la période d'observation. Il semble également nécessaire, à l'expérience de ces quelques années, de donner au juge des moyens et des délais plus performants pour apprécier la viabilité des entreprises en difficulté et éviter la statistique affligeante qui montre que plus de 90% des procédures se terminent par une liquidation.

A l'issue d'un aussi long itinéraire à travers les théories et les pratiques du droit de la faillite, force est de constater la récurrence immuable des dispositions réglant les procédures collectives. Entre la volonté d'assainir la communauté par la répression et celui de préserver son avenir par la prévention, d'adoucissements en renforcements et réciproquement, aucune société, de la plus archaïque à la plus post-moderne n'a réussi à échapper à ce manque, à ce sentiment tragique de la perte que les dieux ont imprimé au cœur de l'homme à sa naissance - ou dont l'homme a voulu s'affliger en inventant les dieux.

Malgré l'évolution de certains aspects des procédures, la situation d'aujourd'hui laisse en suspens quelques questions. L'accentuation des mesures de sauvegarde de l'intérêt général est-elle efficace lorsque l'on annonce, après 56.000 faillites en 1992, la probabilité de près de 90.000 en 1993 ? En parallèle, les mesures de prévention pendulaires, en faveur des débiteurs ou des créanciers, ne s'opèrent-elles pas finalement aux dépens

de toutes les parties prenantes, l'excès de protection portant préjudice à ceux que l'on veut protéger ? Que signifie exactement cette entreprise dont nul n'a jamais su donner une exacte définition ? La solution, comme on l'a vu souvent dans les siècles et dans maints domaines du droit, ne se trouve-t-elle pas dans la négociation, dans ce compromis sans cesse réinventé depuis l'aube des sociétés, entre les dieux et les hommes, l'Etat et la nation, l'individu et la communauté ? Mais, dès lors que la dette primordiale ne trouve jamais sa liquidation, existe-t-il seulement une possibilité de solution ?

SECRETARIAT
GÉNÉRAL.

Paris, le 18 Juin 1806.

LE MINISTRE de l'intérieur,

A Monsieur le Préfet de département & Membre
composant la Chambre de Commerce

Monsieur le Préfet de département, Sa Majesté l'Empereur, à qui j'ai présenté le vœu que m'ont adressé plusieurs Chambres de commerce, d'une loi pour réprimer ou punir les banqueroutes, si fort multipliées dans ce dernier temps, m'a chargé de leur demander leur opinion sur la disposition suivante :

La loi à intervenir porterait,

- 1.^o Que toute faillite sera présumée banqueroute frauduleuse, jusqu'à l'apuration des comptes et l'examen du bilan, et qu'ainsi tout failli sera provisoirement arrêté, et sa faillite jugée, à la diligence de la partie publique, par les tribunaux compétens ;
- 2.^o Que toute banqueroute sera réputée frauduleuse et déclarée telle par les tribunaux, lorsqu'il aurait été reconnu qu'avant la banqueroute, le Négociant dépensait au-delà de l'intérêt de son actif ;
- 3.^o Que dans toute banqueroute, les biens personnels de la femme entreront dans la masse de l'actif pour le paiement des créanciers, et que le douaire et toutes autres conventions matrimoniales, seraient annulés au profit des créanciers.

En général, il est impossible de mettre un terme aux abus dont les faillites deviennent l'occasion, sans des lois sévères : mais vous savez qu'il n'est point de commerce sans le crédit, point de crédit sans garantie ; que des lois sévères contre la mauvaise foi, sont protectrices pour la probité, et qu'en écartant les aventuriers qui usurpent le théâtre des affaires, elles doivent tendre à ramener cette moralité qui honore le commerce, et le consolide et lui assure la confiance publique.

J'attends, à cet égard, le résultat de vos réflexions, et j'en rendrai compte à Sa Majesté l'Empereur. Sa sollicitude pour les intérêts du commerce lui fait attacher beaucoup de prix à découvrir les moyens qui écarteront un de ses plus terribles fléaux, et qui le rendront à son antique intégrité.

Recevez l'assurance de ma parfaite considération :

CHAMPAGNE.

ARCHIVES
NATIONALES