

FAILLITE DES INDIVIDUS, DES ENTREPRISES, DES COLLECTIVITÉS ET DES ÉTATS : CONVERGENCES ET DIFFÉRENCES JURIDIQUES

HUBERT DE VAUPLANE*

Qui pensait encore il y a peu de mois qu'un État européen puisse faire faillite ? Cette infamie semblait réservée à quelques pays lointains en voie de développement ou à des pays ayant subi le contrecoup de la chute des prix des matières premières (principales sources de leurs revenus) ou de politiques budgétaires hasardeuses. Bref, le citoyen européen ignorait tout de la situation vécue pourtant par de nombreux pays à travers la planète. Et voilà qu'avec la crise de l'euro et de la dette souveraine en Europe, l'éventualité d'une « faillite » d'un pays membre de l'Union européenne ne semble plus théorique. Face à cette situation, les questions les plus simples ont vu le jour dans la presse et les médias en général. À commencer par l'interrogation de base : un État peut-il faire faillite ? quelles sont les conséquences pour les citoyens d'un État en faillite ? Certes, l'histoire économique moderne est remplie d'exemples. La France a souvent fait défaut dans son passé lointain : onze fois entre 1599 et 1788. Au cours du seul XIX^{ème} siècle, l'Espagne a fait sept fois défaut (quatorze fois entre 1557 et 1696). La Grèce détient pour sa part un triste record : elle a été en défaut pendant plus de la moitié des années écoulées depuis son indépendance en 1830. Pendant la Grande Dépression, tous les États européens, à l'exception de la Finlande, ont suspendu le paiement de leurs obligations provenant des prêts souscrits pendant la Première Guerre mondiale. La leçon de l'histoire, d'après Reinhart et Rogoff (2010), est que les États n'hésitent pas à ne pas rembourser leurs créanciers lorsque leurs dettes sont devenues trop lourdes ou « insoutenables » (cf. *infra*).

* Avocat associé, Kramer Levin Naftalis & Frankel LLP ; professeur associé, université Paris 2 Panthéon-Assas.

Cet article approfondit celui intitulé « Qui peut faire faillite ? » publié dans le numéro hors-série n° 91 d'*Alternatives économiques*, décembre 2011, p. 44.

Un État peut-il être en faillite¹ ? Techniquement, la réponse est négative². Un État peut se trouver en cessation de paiement, en incapacité de rembourser sa dette et décider unilatéralement de ne pas honorer ses engagements, ne plus payer ses fonctionnaires et ses créanciers, mais il ne peut pas être mis en liquidation et disparaître comme une entreprise. Mais il est frappant de constater qu'il n'existe pas de définition de la faillite d'un État. Et le droit international, pas plus que le droit interne des États ne comportent aucune disposition permettant de traiter du cas de la faillite d'un État. Certes, le FMI (Fonds monétaire international) avait proposé un mode opératoire de règlement de l'insolvabilité des États en créant le « Mécanisme de restructuration de la dette souveraine » sur le modèle du droit américain de la faillite et notamment de son chapitre 9 relatif à la faillite des collectivités locales. Mais ce projet a été abandonné en 2003 devant l'opposition de certains États, notamment les États-Unis. Cette initiative faisait suite à d'autres qui, elles aussi, sont restées lettres mortes : ainsi, la Société des nations (SDN) avait instauré un tribunal international des emprunts ; mais lancée en 1939, cette initiative fut emportée dans la tourmente de la Seconde Guerre mondiale.

Il existe de grandes similitudes, mais aussi des divergences dans le traitement des difficultés des États, des entreprises et des individus en situation d'incapacité d'honorer leurs engagements.

LA FAILLITE DES ENTREPRISES

Pour ce qui concerne les entreprises, techniquement, la « faillite » (notons que le terme ne fait plus partie du vocabulaire juridique français) consiste à ce qu'un commerçant soit constaté par un tribunal en état de cessation de paiement. Il résulte de cette situation le dessaisissement d'une partie des prérogatives de cette personne, celles-ci étant alors confiées à un tiers en charge de gérer ses intérêts et de trouver une solution avec ses créanciers. En cas d'échec, la faillite conduit à la liquidation du patrimoine, ce qui, pour une personne morale, entraîne la disparition de l'entreprise et, pour la personne physique commerçante, un certain nombre de sanctions et de déchéances comme l'interdiction de diriger, d'administrer ou de contrôler une activité commerciale. C'est la description de cette situation de détresse personnelle qui a donné des pages magnifiques de notre littérature (on songe à César Birotteau). Les procédures de faillite apparurent dès la fin du Moyen Âge avec le développement du commerce moderne.

On en trouve des traces dans les statuts des villes italiennes comme Gênes en 1498 ou Florence, Milan et Venise. Très vite, la procédure adopta un caractère pénal : le failli devait être puni en ce qu'il avait déshonoré sa profession et il devait être traité comme un criminel. C'est en ce sens que dès 1536 sous François 1^{er}, des peines sévères sont édictées contre les banqueroutiers, ceux-ci pouvant être condamnés à mort, sauf en cas de cession de tous leurs biens... Heureusement, on

n'en est plus là, mais le traitement de la faillite, tout au moins en France, garde de ces origines une trace forte en ce que la procédure est confiée non aux magistrats professionnels, mais aux commerçants eux-mêmes, c'est-à-dire aux tribunaux de commerce. Et dans le maintien de la procédure de faillite personnelle. De nombreuses réformes se sont succédé depuis le Code de commerce de 1807, toutes essayant de rendre « plus efficace » la procédure, à savoir : vérifier si l'entreprise est « viable » et, dans ce cas, adopter des mesures de protection pour son bénéficiaire, et donc au détriment de ses créanciers ; ou bien constater que l'entreprise ne survivra pas à ces difficultés financières et entamer sans attendre la liquidation de celle-ci en désintéressant – de façon bien théorique dans les faits ! – ses créanciers.

À la fin des années 1980, les réformes ajoutèrent dans les objectifs de la loi la sauvegarde des emplois, en plus de la protection des entreprises. Ce qui caractérise toutes les procédures de faillite à travers le monde, quel que soit par ailleurs leur régime juridique, c'est qu'à la fin des fins, l'entreprise non viable disparaît et les actifs sont liquidés (on parle techniquement de « réalisation de l'actif » et d'« apurement du passif » : une « mort économique »). En complément, si l'on peut dire, de ces mesures vis-à-vis des entreprises, leurs dirigeants peuvent aussi être frappés par des sanctions particulières : il s'agit ici de la procédure dite de « faillite personnelle » prononcée en cas de comportement malhonnête ou délictueux de l'entrepreneur (tels que des détournements de fonds, des paiements malgré l'état de cessation de paiement, comptabilité fictive...) et qui entraîne l'interdiction de gérer une entreprise et la déchéance électorale (une « mort politique » en quelque sorte).

LE RÉTABLISSEMENT PERSONNEL DES PARTICULIERS

Les individus non-commerçants peuvent aussi se trouver dans une situation de « faillite », c'est-à-dire en « cessation de paiement », si l'on veut reprendre l'expression utilisée en matière commerciale. C'est ce que l'on appelle, depuis une loi de 1989 en France, le « surendettement ». Dès lors que cette situation d'endettement extrême constatée là encore par un tribunal conduit à l'impossibilité pour un individu (de bonne foi, nous dit la loi...) à payer ses créanciers, des mesures de protection sont prises pour l'aider à faire face à cette situation : aménagement des paiements (report, rééchelonnement, imputation sur le capital...) et/ou mesures d'allègement. Mais si ces mesures ne sont pas suffisantes, la situation diffère de celle prévue pour les entreprises : il s'agit ici de donner « une seconde chance » au débiteur. On procède à l'effacement des dettes dans le cadre d'une procédure dite de « rétablissement personnel » s'il ne lui reste plus aucune possibilité de les rembourser, avec l'impossibilité réelle de pouvoir mettre en œuvre des mesures de traitement. Grâce à cette technique,

l'individu peut repartir de zéro. On est loin de l'époque décrite par Dickens où la législation prévoyait la prison pour le débiteur insolvable ! Mais la contrepartie de cet effacement entraîne l'inscription pendant huit ans sur le fichier des incidents de paiement, et donc une très grande difficulté pratique à de nouveau emprunter (une « mort sociale »).

LA SITUATION PARTICULIÈRE DES ÉTATS

La logique pour les États est encore différente. Ne pouvant pas « liquider » un État, que faire ? Théoriquement, quand un pays ne peut pas rembourser ce qu'il doit, il y a trois possibilités : l'effacement de la dette, sa restructuration ou la cessation de paiement. Un rapide aperçu historique montre l'évolution du traitement du défaut souverain avec le passage d'une justice du talion à une justice d'équité³. Au XIX^{ème} siècle, les créanciers (les Occidentaux) utilisaient la technique de la canonnière pour se faire rembourser devant les pays qui n'honoraient pas leurs engagements financiers⁴. L'action militaire la plus connue à cet égard est l'expédition montée par la Grande-Bretagne, l'Allemagne et l'Italie contre le Venezuela à la fin du XIX^{ème} siècle où les flottes de ces trois puissances ont bombardé et bloqué les ports vénézuéliens, avec le consentement explicite des États-Unis, pour obliger le Venezuela à rembourser ses dettes internationales.

C'est dans ce cadre que Luis Maria Drago, ministre argentin en charge des affaires étrangères, a, dans une lettre à son ambassadeur aux États-Unis, élaboré une doctrine qui porte son nom considérant que « la dette publique ne doit pas provoquer une intervention militaire ou justifier l'occupation physique du territoire des nations américaines par une puissance européenne ». La doctrine Drago a d'ailleurs fait l'objet d'une convention internationale en 1907, la Convention Drago-Porter de La Haye, qui n'est malheureusement jamais entrée en vigueur⁵. On se souvient aussi que la France a envahi le Mexique en 1862 pour y installer l'archiduc Maximilien d'Autriche en prenant le prétexte de la dette impayée par ce pays depuis son indépendance en 1821. Et que dire du contrôle des finances de l'Égypte par la France et la Grande-Bretagne en 1876, ou celui exercé par les États-Unis sur la République dominicaine en 1904 et l'invasion de Haïti par les mêmes États-Unis en 1915 pour récupérer une créance ? En 1934, le territoire de Terre-Neuve, qui à cette époque ne faisait pas partie du Canada, a même dû renoncer à son Parlement et passer sous le statut de *receivership* !

Aujourd'hui, la doctrine Drago est unanimement reconnue et acceptée. De militaire, l'action devint ensuite judiciaire : jusqu'au milieu des années 1980, les créanciers impayés des États allaient faire valoir leurs droits devant les tribunaux (avec plus ou moins de succès, compte tenu de l'existence des théories juridiques

comme l'immunité des États souverains qui empêchent un tribunal d'exécuter un jugement de saisie à l'encontre de cet État), souvent avec le soutien de leurs États. On a même vu en 1988 un juge néerlandais prononcer la faillite du Zaïre et procéder à la nomination d'un syndic⁶ !

Sous la pression du FMI, l'idée fut de promouvoir une approche contractuelle du problème : lorsqu'un État connaît de graves difficultés, les créanciers de ce dernier et celui-ci s'assoient autour d'une table et discutent des conditions de renégociation et/ou de restructuration de la dette. Tout comme pour les entreprises et les individus, on cherche d'abord une solution négociée. Mais ici, il n'y a pas l'intervention d'un juge, sauf à considérer le FMI dans ce rôle. Mais pour arriver à un accord, encore faut-il que les créanciers s'entendent, selon des règles de majorité qui n'étaient pas claires. C'est pourquoi on a vu se développer des « clauses d'action collectives » dans les contrats d'émission des dettes souveraines qui permettent qu'une restructuration soit considérée comme acceptée par tous les créanciers dès lors que seule une majorité d'entre eux (75 % dans la plupart des cas) donnent leur accord. L'Europe s'est clairement engagée dans cette voie⁷ et le G10 a repris à son compte cette idée⁸. On est passé d'une logique judiciaire à une réponse contractuelle.

Mais dans cette logique, la recherche d'une restructuration de la dette a pris le pas sur l'approche purement contractuelle du strict respect des stipulations contractuelles. Elle part de l'idée que seul un bon aménagement de la dette permettra au pays endetté de repartir sur des bases nouvelles et saines, lui permettant de rembourser une partie de ce qu'il doit, ce qui est toujours mieux que rien du tout ! Mais il existe une différence majeure entre la restructuration d'une dette privée et d'une dette publique. Dans une faillite privée, on dresse la liste des créanciers et celle des actifs et la législation fixe alors les droits de priorité de ces créanciers pour se faire payer sur ces actifs. Rien de tel dans les faillites souveraines. Il n'y a pas de liste de créanciers et encore moins d'actifs à céder. Quelle règle adopter alors ? Quelle priorité accorder ? Quelle limite imposer à un État pour rembourser ses créanciers ? Il semble évident qu'il ne faille pas faire porter le poids de la dette sur les épaules d'une population pendant des générations, sauf à transformer celles-ci en « esclaves » de leurs créanciers. De la même manière, le paiement des intérêts de cette dette ne doit pas aller jusqu'à l'abandon des services étatiques minimums. Certes, l'État en défaut et sa population devront faire des efforts gigantesques, conduisant même parfois à un recul du niveau de vie de plusieurs années en arrière. Que l'on songe à la situation grecque et portugaise. C'est toute la question difficile de la « soutenabilité » de la dette par le débiteur dont il est ici question. La ligne à ne pas dépasser ? Selon Stiglitz (2006), « La primauté des obligations d'un État vis-à-vis de ses citoyens est inviolable. » Reste à s'entendre sur ce que l'on met dans l'expression « obligations d'un État vis-à-vis de ses citoyens ». Jusqu'à quel recul des services publics peut-on aller ? Ce n'est pas uniquement une mesure qualitative, mais aussi quantitative.

LES COLLECTIVITÉS LOCALES PEUVENT FAIRE FAILLITE

Qu'en est-il pour les collectivités locales et les municipalités ? Tout comme les entreprises, les individus et les États, ces dernières peuvent aussi se retrouver en situation de surendettement et dans l'incapacité d'honorer leurs engagements. On connaît la situation de certaines d'entre elles en France, notamment celles qui, ces dernières années, font l'objet d'une attention particulière avec la crise des emprunts dits « toxiques »⁹. Mais si ces collectivités doivent faire face à des charges de leurs dettes astronomiques, et parfois se trouver dans l'incapacité de les payer, elles ne sont pas techniquement en faillite. Elles sont alors placées sous la tutelle de l'État qui les gère. Mais l'État n'est pas garant pour autant de leur solvabilité. Aux États-Unis, la situation est fort différente. Les municipalités peuvent faire faillite. Tout comme les États membres de la fédération. Ainsi, en 2011, ce sont les villes de Jefferson, Harrisburg et Central Falls qui se sont placées sous la protection de la loi sur les faillites¹⁰. Car aussi étrange que cela puisse nous paraître, il existe dans le Code de la faillite américain un chapitre entier (chapitre 9) traitant de la faillite des municipalités. L'idée est de permettre aux collectivités de renégocier leurs dettes avec leurs créanciers en y appliquant un système proche de celui mis en place pour les entreprises avec le fameux chapitre 11. De plus, les États fédérés eux-mêmes peuvent se déclarer en faillite, même s'il n'existe pas de cadre législatif les concernant : tel est le cas du Minnesota depuis octobre 2011.

L'ÉQUILIBRE À TROUVER ENTRE CRÉANCIERS ET DÉBITEURS

Toute législation sur la faillite, pour les individus, les entreprises et les États, doit trouver le juste équilibre entre les intérêts des créanciers et ceux des débiteurs. Une législation trop favorable aux débiteurs incite peu au remboursement et celle qui pencherait plus en faveur des créanciers ne les incitera pas à effectuer les diligences minimums vis-à-vis de l'emprunteur. Ce juste équilibre, c'est ce qu'en économie budgétaire, on appelle la « soutenabilité de la dette »¹¹. Le FMI la définit comme « la capacité à faire face à une contrainte budgétaire, en dehors de toute modification majeure des recettes ou des dépenses publiques, et à un coût de financement sur le marché donné ». Elle se distingue de la solvabilité en ce que celle-ci caractérise l'état du « bilan de santé financière » d'un État alors que la « soutenabilité » s'intéresse plutôt à la cohérence de sa pratique actuelle en matière de politique budgétaire. C'est d'ailleurs cette notion de « soutenabilité » qui a servi de critère à l'initiative, au milieu des années 1990, d'allègement de la dette des pays pauvres très endettés (PPTE) conduite par le FMI. Mais dans

la mise en œuvre de cette initiative, la Banque mondiale et le FMI ont utilisé une analyse de « soutenabilité » de la dette pour déterminer le niveau d'allègement de la dette à accorder aux pays débiteurs, qui a suscité beaucoup de polémiques¹².

Au-delà du débat technique, ce qu'il convient de noter c'est le consensus se dégageant vis-à-vis d'un emprunteur surendetté : au-delà d'un certain seuil, il ne sert à rien de chercher à l'obliger à rembourser toute la dette. Reste alors la solution de l'allègement. Quelle forme prend-il ? Celle d'une annulation pure et simple de tout ou partie de la dette par le créancier. Juridiquement, il s'agit d'une remise de dette et donc d'une libéralité. C'est bien le sens de l'initiative PPTE, mais qui restait limitée. Même si en 2000, un mouvement baptisé Jubilé 2000 (par allusion au jubilé biblique qui effaçait les dettes tous les cinquante ans) a mobilisé fortement l'opinion publique. Mais ces initiatives restaient insuffisantes. D'où la décision en juin 2005 des pays du G8 d'effacer des dettes publiques jusqu'à 100 % pour les dix-huit pays les plus pauvres du monde.

Aujourd'hui, il n'y a plus grand-chose à espérer du côté des créanciers publics occidentaux, eux-mêmes empêtrés dans des déficits budgétaires et des niveaux d'endettement colossaux. C'est la même logique qui est suivie pour les particuliers dans les commissions de surendettement. Mais ce n'est pas du tout cette approche que suit le droit de la faillite pour l'entreprise. On considère que celle-ci doit payer (tout ou partie) de sa dette ou disparaître : la « mort économique » est la réponse à l'absence de solution.

Aux termes de cette étude, on constate une profonde différence dans le traitement de la faillite des agents économiques : le cas des individus, directement en cas de surendettement personnel ou indirectement dans le cas des collectivités et des États, doit faire l'objet d'un traitement social. Le fardeau de la dette, passé un certain niveau, n'est plus acceptable et doit être diminué. Tous les créanciers doivent faire un effort. Publics comme privés. À la logique comptable et contractuelle du respect de l'engagement répond une logique d'équité et de partage. La raison ? Elle est simple : une population sans autre perspective que celle de rembourser pendant des années, voire des générations, une dette n'a aucun avenir. Et sans avenir, les risques de contestation sociale, voire d'explosion et même de révolte, sont loin d'être négligeables. La justice sociale doit donc primer sur la justice économique. Pour le plus grand intérêt d'ailleurs de l'économie de marché.

Les sacrifices de l'actionnaire ne sont pas ceux du citoyen. Là où le premier est atteint uniquement dans son portefeuille, c'est dans sa dignité d'homme que le second est blessé.

« Le Royaume des cieux est comparable à un roi qui voulut régler ses comptes avec ses serviteurs. Il commençait quand on lui amena quelqu'un qui lui

devait 10 000 talents (c'est-à-dire 60 millions de pièces d'argent). Comme cet homme n'avait pas de quoi rembourser, le maître ordonna de le vendre avec sa femme, ses enfants et tous ses biens en remboursement de sa dette. Alors, tombant à ses pieds, le serviteur demeurait prosterné et disait : "Prends patience envers moi et je te rembourserai tout." Saisi de pitié, le maître de ce serviteur le laissa partir et lui remit sa dette. Mais en sortant, le serviteur trouva l'un de ses compagnons qui lui devait 100 pièces d'argent. Il se jeta sur lui pour l'étrangler, en disant : "Rembourse ta dette !" Alors, tombant à ses pieds, son compagnon le suppliait : "Prends patience envers moi et je te rembourserai." Mais l'autre refusa et le fit jeter en prison jusqu'à ce qu'il ait remboursé. Ses compagnons, en voyant cela, furent profondément attristés et allèrent tout raconter à leur maître. Alors, celui-ci le fit appeler et lui dit : "Serviteur mauvais, je t'avais remis toute cette dette parce que tu m'avais supplié. Ne devais-tu pas, à ton tour, avoir pitié de ton compagnon comme moi-même j'avais eu pitié de toi ?" Dans sa colère, son maître le livra aux bourreaux jusqu'à ce qu'il eût tout remboursé. »

(Matthieu, 18. 21 – 35)

Article achevé de rédiger le 22 décembre 2011.

NOTES

1. Voir : Cordonnier (2010).
2. Certains distinguent le cas de la « défaillance d'un État de sa faillite : dans le premier cas, l'État ne paye pas ce qu'il doit, et ce, peut importe la raison, alors que dans le second cas, l'État se trouve dans l'incapacité financière de payer ses dettes à leurs échéances. Autrement dit, il faudrait distinguer le cas du défaut de paiement de celui du surendettement » (Waibel, 2011).
3. Sur les aspects juridiques, voir : Forteau (2011).
4. Relisons *Bel Ami* de Maupassant.
5. La convention prévoyait dans son article 1^{er} : « Les puissances contractantes sont convenues de ne pas avoir recours à la force armée pour le recouvrement des dettes contractuelles réclamées au gouvernement d'un pays par le gouvernement d'un autre pays comme dues à ses nationaux ».
6. La Cour d'appel de La Haye réforma la décision.
7. Décision prise en septembre 2002 lors du sommet Ecofin de Copenhague.
8. Voir : *Report of the G10 Working Group on Contractual Clause*, septembre 2002.
9. Voir à cet égard : le rapport de la Commission d'enquête de l'Assemblée nationale sur les produits financiers à risque souscrits par les acteurs publics locaux, 6 décembre 2011.
10. Ce n'était pas les premières. La faillite la plus connue reste celle du comté d'Orange en 1994.
11. On dit qu'une politique budgétaire est soutenable si elle ne conduit pas à une accumulation « excessive » de dettes publiques, c'est-à-dire à un niveau de dette qui, sans changement majeur, ne pourrait pas être couvert à l'avenir par des surplus budgétaires. Le financement de cette dette exclut ainsi le recours à un « jeu à la Ponzi » dans lequel l'État émettrait indéfiniment de nouveaux emprunts pour

payer les intérêts et le principal arrivant à échéance. Enfin, la politique budgétaire mise en œuvre doit pouvoir être poursuivie sans ajustement fiscal significativement plus important que ceux constatés par le passé.

12. Le FMI et la Banque mondiale ont procédé à des évaluations de la soutenabilité de la dette pays par pays, évaluation baptisée « *debt sustainability assessments* ». Mais cette méthode a été critiquée car il était facile de manipuler les hypothèses de projection afin de faire apparaître une situation de « soutenabilité » ou, au contraire, d'« insoutenabilité ».

BIBLIOGRAPHIE

CORDONNIER L. (2010), « Un pays peut-il faire faillite ? », *Le Monde diplomatique*, mars.

FORTEAU M. (2011), « Le défaut souverain en droit international public : les instruments de droit international public pour remédier à l'insolvabilité des États », in *Insolvabilité des États et dettes souveraines*, LGDJ, Audit M. (dir.).

REINHART C. et ROGOFF K. (2010), *Cette fois c'est différent : huit siècles de folies financières*, Pearson.

STIGLITZ J. E. (2006), *Un autre monde*, Fayard, p. 328.

WAIBEL M. (2011), « La faillite souveraine en droit : un État peut-il faire faillite ? », in *Insolvabilité des États et dettes souveraines*, LGDJ, Audit M. (dir.), p. 41.

