

HISTOIRE DU DROIT DE LA FAILLITE EN FRANCE : UNE APPROCHE DES REPRESENTATIONS DE LA DEFAILLANCE

Roucolle Elisabeth

Doctorante en Sciences de Gestion sous la direction de Monsieur le Professeur Marchesnay

Université Montpellier I – ISEM Laboratoire de Recherche : ERFI roucolle@infonie.fr

Mots-clés : Défaillance d'entreprise, faillite, histoire et représentations des acteurs

Xième Conférence de l'Association Internationale de Management Stratégique
13-14-15 juin 2001



Faculté des Sciences de l'administration
Université Laval
Québec



Résumé

Mots clés : Défaillance d'entreprise, faillite, histoire et représentations des acteurs

La progression simultanée des difficultés que connaissent les start-up, et des scandales attachées à la résolution de ces difficultés, replace la défaillance au centre des débats tant juridiques qu'économiques. Il apparaît que le problème n'est plus aujourd'hui d'expliquer les raisons de l'essor des faillites d'un point de vue macroéconomique, ou ses causes en retenant une approche micro économique, mais plutôt de comprendre l'échec d'un système économico-juridique organisé dans un objectif de sauvegarde des entreprises. L'objet principal de cette analyse porte sur les représentations que les acteurs concernés peuvent avoir du processus de défaillance et leurs implications dans leurs prises de décision. L'objectif est ici de préciser, au regard des textes législatifs, événements économico-politiques, et littérature, les perceptions attachées en France à la notion de défaillance : en rappelant les évolutions juridiques dans une constante mouvance économique ; en relevant les liens particuliers qui unissent théoriciens et législateur. Ainsi, il sera montré que la complexité de la faillite ne peut permettre à un corps de règles de n'envisager le système que de façon incomplète et temporaire. La loi n'est que le reflet de la société dont elle marque les transformations.

Introduction

Le domaine des procédures de liquidation et de redressement judiciaires est longtemps resté réservé aux juristes (Luc Marco 1989). Le manque d'intérêt des économistes pour les entreprises en difficulté tient à leur préférence pour la recherche des causes de réussite, ignorant volontairement les modalités d'échec du capitalisme. La progression simultanée des difficultés que connaissent les « start up », et des scandales attachés à la résolution de ces difficultés, replace la défaillance au centre des débats tant juridiques qu'économiques. Il apparaît que le problème n'est plus aujourd'hui d'expliquer les raisons de l'essor des faillites d'un point de vue macro-économique, ou ses causes en retenant une approche micro économique, mais plutôt de comprendre l'échec d'un système économico-juridique organisé dans un objectif de sauvegarde des entreprises.

Les travaux réalisés sur la défaillance ont jusqu'ici, dans le sens d'une perception d'ailleurs classique de la faillite, insisté sur les moyens d'éviter la procédure ou si comme ceux de J. F.

Daigne (Daigne 1990), ils se sont intéressés au redressement, c'était dans le but de proposer des méthodes de diagnostic pour permettre une redéfinition des choix stratégiques, considérant la réussite comme strictement dépendante de l'entreprise.

Alors que l'apport de ces travaux est indiscutable, notre volonté est toutefois de nous en éloigner en retenant comme objet principal d'analyse le dépôt de bilan et son corollaire, la procédure judiciaire. Ainsi, les représentations que les acteurs concernés peuvent avoir de ce processus et au delà, leurs effets sur la gestion de ce processus marquent une première tentative de compréhension du système « défaillance ». Bien que notre recherche s'inscrive, en sciences de gestion, il nous est très vite apparu qu'une approche de la faillite ne peut ignorer ni le droit, ni l'économie et leurs évolutions historiques. Vouloir comprendre pourquoi un système institutionnalisé est en échec, passe, nous semble-t-il par une analyse des décisions qui ont conduit aux actions largement remises en cause aujourd'hui. Si l'on considère que la décision n'est rien en dehors de son contexte d'application ; c'est donc à partir de la description de ce contexte que l'on peut la modéliser, dans sa double dimension d'aspiration ou de volonté, et de mise en œuvre concrète (Marchais – Roubelat 1995). Loin d'être une donnée objective, l'environnement d'une entreprise est ainsi mis en scène par les représentations qui sont tenues pour vraies par les décideurs (Weick, 1979). La faillite telle qu'elle est organisée, constitue un système à part entière. Marquant une rupture, elle conduit à la mise sous tutelle de l'entreprise. Celle-ci est éliminée ou temporairement écartée du marché. La direction et la gestion de l'entreprise ne dépendent plus exclusivement de ses seuls propriétaires et/ou dirigeants mais résultent de jeux de pouvoir entre ces derniers et les représentants de l'autorité judiciaire. Le contexte dans lequel vont s'inscrire les décisions de ces multiples acteurs est défini par des règles particulières retenues suivant les époques en considération de préoccupations tant économiques, politiques, que sociales. Comprendre et expliquer le processus de défaillance dans le cadre d'une procédure judiciaire impliquent la mise en exergue des différentes logiques d'acteurs envisageables à l'origine des comportements processuels. Les normes fixées par la procédure envisagent trois résultats possibles : la liquidation de l'entreprise, c'est à dire sa disparition ; son redressement par voie de continuation, ses structures de propriété étant alors conservées ; son redressement par cession entraînant l'exclusion des anciens propriétaires. Bien que le législateur ait marqué sa préférence pour le redressement de l'entité économique (par voie de continuation ou de cession), le choix des acteurs est libre. Des logiques privilégiées et de leur interaction dépendra l'issue de la procédure. Les enquêtes réalisées chaque semestre par l'INSEE, montrent qu'en pratique la majorité des dépôts de bilan se soldent par une liquidation.

Pourquoi ? Est-ce à dire qu'un grand nombre des entreprises en état de cessation des paiements n'a aucun potentiel de redressement, quelles que soient les facilités qui pourraient leur être accordées ? Les débiteurs souhaitent-ils majoritairement voir disparaître ce qu'ils ont créé, si tel n'est pas le cas, sont-ils contraints par un système qui leur échappe ? Quel est le véritable rôle des autorités judiciaires ? Un essai de réponse à ces questions passe nous semble-t-il par la détermination des représentations, perceptions, aspirations de chacun des acteurs, ou plus largement de leur approche cognitive, conative, affective, dans la relation qu'ils entretiennent avec la faillite.

Nous devons à la littérature sur la décision stratégique deux grands courants de pensée : l'un où la décision stratégique est représentée comme « un produit résultant de processus dédiés à sa formulation » ; l'autre où elle apparaît comme une des dimensions qui permettent à l'action organisationnelle et stratégique de prendre forme pour constituer ainsi la stratégie de l'organisation (Lauriol 1998). Chacun de ces deux paradigmes a fait l'objet de nombreux développements quant aux dimensions cognitives qui sont mobilisées dans les processus de prise de décision comme dans l'action qui forme la stratégie. Ces dimensions sont activées à partir de structures et de processus de nature cognitive. L'élément central permettant d'articuler ces structures et processus étant la représentation que se fait le sujet de l'objet à traiter (Simon 1991). D'après J. P. Richard (Richard 1990) : « Le concept de représentation caractérise l'approche cognitive et s'applique à l'ensemble des processus cognitifs. La représentation est le contenu cognitif sur lequel s'exerce le traitement ; ces représentations consistant en extractions de faits, détection de formes, identifications, connaissances activées, significations élaborées, sélectionnées, et interprétations construites ». La représentation guide l'action de l'individu, son comportement (Durkheim 1967, Vergnaud 1985, Le Ny 1985, Abric 1989, Moscovici 1989, Jodelet 1993).

La raison la plus souvent avancée par les tribunaux de commerce pour justifier le nombre important de décisions de liquidations ou de cessions réalisées à très bas prix, est la décision tardive des dépôts de bilan par les débiteurs. Cette constatation, bien qu'elle puisse faire l'objet de réserves quant à une généralisation, conduit à se demander pourquoi un débiteur, compte tenu des risques encourus par une telle attitude, va choisir d'ignorer la protection que la loi est sensée lui apporter. A l'opposé, le principal reproche adressé au législateur de 1985 par les juristes et les économistes libéraux, est d'envisager les procédures collectives dans un sens encourageant une véritable décision de gestion provoquant ainsi une montée fictive des faillites en France (L. Marco 1989), en sorte qu'ici, le débiteur n'est plus l'attentiste caractérisé par les tribunaux de commerce, mais l'entrepreneur développant une stratégie

juridique. Ces arguments divergents présentent l'intérêt de permettre à partir de deux extrêmes de déceler deux conceptions de la défaillance liées à des représentations particulières de la faillite. Si nous transposons alors l'approche de Max Weber sur l'état des salariés (M. Weber 1995) à celui des acteurs dans ce processus, nous pouvons retenir que tout agent est contraint par la loi, mais libre de l'utiliser à son profit. La succession des réformes juridiques en matière de faillite est révélatrice de la façon dont la société, au fil du temps, a considéré la défaillance et ainsi marqué la formation des croyances des différents intervenants du système. De l'élimination pure et simple du débiteur en échec à une reconnaissance de l'erreur, siècles et crises ont été indispensables. La faillite « décision stratégique », si elle se découvre, n'a pas encore remplacé dans l'esprit la faillite « sanction » initiée dès les premières réglementations. Dans ce sens, une analyse de l'histoire du droit de la faillite, peut permettre de déceler les différentes représentations contenues dans le terme de défaillance et au-delà les perceptions de la notion d'échec qui en résultent. Dès lors, les décideurs choisiront-ils de se mettre sous la protection du tribunal de commerce selon les termes consacrés ?

L'objet de l'étude ici proposé, va consister en l'analyse du processus historique de la faillite au travers de l'évolution des normes juridiques sous la pression des faits économiques. L'idée est de comprendre le construit des représentations de la défaillance et de son influence en termes d'aide exogène au sens de Simon (Simon 1983 in Munier 1994). Cependant l'harmonisation économique-juridique n'est pas simultanée ; en France, le système de droit est un système de droit écrit. Toute réforme est longue et laborieuse. La perception de la faillite, symbole de l'échec social d'un commerçant en rupture de banc avec sa communauté, oscille du refus à l'acceptation d'un processus entrepreneurial fait d'essais et erreurs. Nous lierons le refus à une perception patrimoniale de la faillite, et l'acceptation à sa perception entrepreneuriale. Si de prime abord cette dichotomie semble concerner exclusivement le débiteur, nous montrerons qu'il n'en est rien et que les logiques d'action des instances judiciaires sont tout autant prédéterminables par cette approche.

PARTIE I – VISION PATRIMONIALE DE LA FAILLITE

D'où vient la sévérité ancestrale du droit des faillites, sinon du monde romain via les républiques italiennes du Moyen-Age ? (B. Soinne 1996). Initialement, la procédure marquée par ses origines est uniquement pénale. Puis une certaine dissociation apparaît entre les

aspects civil et pénal, en même temps qu'une relative montée de la mansuétude envers les faillis jusqu'en 1914. De la Grande Crise à la loi de 1967, la pression des critères économiques conduira à la séparation du sort du dirigeant et de son entreprise. Si une trop forte augmentation à court terme du nombre de faillites a toujours conduit à une révision de la législation, la diminution de la sévérité a induit un plus grand nombre de défaillances à long terme (L. Marco 1989).

1 – 1 UNE SEVERITE ANCESTRALE

111 – LES PREMICES PROCEDURALES

Pour prospérer, le commerce comme l'industrie ont besoin de garanties. Sécurité et règles de conduite sont indispensables. Très tôt, dix-neuf siècles avant J.-C., apparaissent les premiers codes. A partir du II^e siècle avant J.-C. se dessine l'hégémonie de Rome (M. Drancourt 1998). Le développement des provinces, des routes, des trafics maritimes, du commerce, conduisent les romains à organiser méticuleusement les opérations de la faillite. Leur droit civil en pose les principes fondamentaux (Loi des XII tables). La procédure de la « manus injectio » donne au créancier le droit de s'emparer de la personne et des biens du débiteur en cas de refus de paiement. Le débiteur est donc livré au bon vouloir du créancier qui peut le faire disparaître ou s'en servir pour l'esclavage, soit à son profit, soit dans le cadre d'une vente.

A ces saisies individuelles favorisant les créanciers les plus diligents, est peu à peu substitué la saisie collective du patrimoine du débiteur. La procédure de la vente en bloc est organisée. C'est au « magister bonorum », ancêtre du syndic, qu'il appartiendra de préserver l'égalité de traitement de l'ensemble des créanciers, de prendre soin des affaires de cette collectivité. La fraude du débiteur est toujours suspectée et, bien que le barbarisme initial n'ait plus cours, les peines restent très lourdes.

Après la disparition momentanée des institutions romaines, la procédure réapparaît sous certaines formes dès le Xe siècle dans les républiques de l'Italie du Nord. Ces références vont arriver en France par l'intermédiaire des foires de marchands. L'indice d'une faillite dans une foire réside dans la fuite du débiteur. Comme cette fuite s'accompagne le plus souvent de la fuite des capitaux, le problème pour les autres marchands est alors de récupérer leurs créances. La procédure comporte un envoi en possession globale du patrimoine du débiteur au

profit d'un mandataire qui remplace le commerçant et agit dans l'intérêt commun des créanciers. La faillite est donc une des causes de l'insécurité commerciale. Le crime économique de quelques-uns rejaillit sur la société commerçante toute entière. Pour avoir détourné une partie des créances qu'il devait rembourser le failli est traité aussi durement que le voleur. Le XVII^e siècle marque le passage d'une société où le conformisme religieux, moral, social, domine, à une société où l'individu cherche à s'affirmer. Le climat des réformes est favorable à la création et au développement des entreprises. Cependant le risque engendre l'échec. Le caractère pénal reste toutefois très marqué et le failli est exposé au pilori et au carcan. Ce n'est qu'en 1715, le 10 juin par déclaration royale, que les tribunaux de commerce créés en 1563, seront autorisés à connaître de la faillite. Le Code de commerce, ne va que confirmer la sévérité, corollaire de la faillite. La faillite ne va plus seulement résulter d'un défaut de contre-valeur de la dette mais plutôt de l'impossibilité de tenir l'échéance, de respecter le contrat. Or, la détermination du non-retour n'est pas révélée par la constatation du défaut de paiement. Il manque un lien entre le début de l'insolvabilité, niveau économique de la défaillance (les causes), et le moment de sa traduction en une cessation des paiements, niveau juridique de la défaillance (la conséquence). Le Code s'est attaché à développer les règles juridiques, mais a peu suivi la logique économique. L'approche court-termiste de la gestion attachée aux règles, en référence à une coutume très ancienne, ne conviendra plus aux firmes de la fin du XIX^e siècle, lorsque l'horizon temporel de l'entreprise capitaliste s'élargira notablement.

112 – LA FAILLITE ET L'ECONOMIE

Les débiteurs défaillants fragilisent le crédit commercial, la faillite devient ainsi la condition et la limite principale de la concurrence. Richard Cantillon (1755) livre la première analyse des « bas entrepreneurs ». Ceux-ci échouent parce que leurs profits sont faibles et leur lutte concurrentielle intense. Des relations de dépendance s'instaurent entre les agents : la faillite devient le régulateur de la mobilité sociale. Du sommet des propriétaires fonciers à la base des petits entrepreneurs qui empruntent leur capital, un mouvement permanent de rééquilibrage se produit. Les agents défaillants laissent la place aux agents qui risquent leurs capitaux ou leur savoir-faire avec succès. D'où l'idée de sanction naturelle de la faillite qui élimine les preneurs de trop grands risques, tels que l'entrepreneur qui emprunte à coûts certains pour vendre à prix incertains. Pour Adam Smith (1776), si des capitalistes vendent au-dessous du prix de marché, ils risquent la faillite. Mais concrètement les faillites sont peu nombreuses car

les risques sont assez bien évalués par les hommes d'affaires. « A l'égard de la conduite des affaires, le nombre des entreprises sages et heureuses est partout beaucoup plus considérable que celui des entreprises imprudentes et malheureuses. Malgré toutes nos plaintes sur la fréquence des banqueroutes, les malheureux qui tombent dans ce genre d'infortune ne sont qu'en bien petit nombre, comparés à la masse des personnes engagées dans le commerce et les affaires de toute espèce, ils ne sont peut-être pas plus d'un sur mille » (A. Smith 1776). L'échec économique ne concerne donc que des agents irrationnels faisant partie d'un flux marginal.

L'étude plus psychologique de Jean-Baptiste Say (1803), va démontrer que le risque de faillite est fonction de la valeur personnelle de l'entrepreneur et du secteur choisi. Dans la réalité industrielle, c'est la capacité de bonne gestion qui explique les différences de profits, à capitaux et conditions de production identiques. Le plus souvent la faillite est le résultat « de l'action d'un homme incapable et négligent » (J. B. Say 1803).

La sévérité juridique est donc totalement justifiée par les économistes, qu'elle sanctionne le preneur de trop grands risques, l'irrationnel ou l'incompétent. La faillite n'est pas due à la malchance mais à l'inconscience ou à l'ignorance, traduites en droit en termes de malhonnêteté. Avec son développement, la bourgeoisie commerciale et industrielle, par son influence notamment sous le règne de Louis-Philippe va inciter à plus d'indulgence face aux aléas de la vie commerciale.

1 – 2 DU CODE DE COMMERCE A LA GRANDE CRISE : UNE CERTAINE TOLERANCE

121 – LE PREMIER CONSTAT D'ECHEC DES PROCEDURES

En 1838 le droit des faillites est une première fois modifié. Le rapport Quenault constate déjà la lourdeur des frais de justice à engager pour que la procédure se déroule rapidement. Les créanciers sont doublement abusés. Ils n'ont plus d'actif à se partager et attendent longtemps l'issue d'une procédure qui ne leur est plus favorable. Le but de la loi, d'assurer la sécurité dans les relations de crédit n'est pas atteint. Pour la première fois le constat de l'incapacité des procédures à gérer le processus est relevé. C'est certainement à Honoré de Balzac pour son livre César Birotteau que l'on doit la meilleure description des problèmes liés à la faillite de l'époque sans doute à l'origine des mouvements de réforme. C'est aussi sûrement en raison de cet ouvrage que les esprits ont été si fortement marqués par la dure réalité de la procédure.

Au-delà du roman, le livre recherche les causes réelles de mise en faillite d'un parfumeur honnête. César Birotteau court à sa perte lorsque ses ambitions dépassent ses capacités financières. Le code de commerce pénalise donc la spéculation et se fonde sur des critères de jugement externes à la gestion des firmes. La lourdeur de la machine judiciaire fait le reste.

La loi du 4 mars 1889 crée au profit du débiteur malchanceux et de bonne foi une seconde procédure, la liquidation judiciaire. C'est de cette époque que date la situation du mot faillite c'est à dire entendue comme l'échec d'une entreprise. Cette tolérance correspond au passage d'un capitalisme de petites unités évoluant dans une concurrence sauvage, à un capitalisme de moyennes et grandes firmes qui ne sont rendues fragiles que par le retour périodique des grandes crises économiques. Or, pour obtenir à terme un tissu solide d'entreprises de taille conséquente, il faut laisser le temps aux petites firmes de grandir et de traverser les turbulences de la jeunesse. Mais comme le droit des faillites est indifférencié par rapport aux types d'entreprises et à leur taille, la seule réforme possible fut de bâtir un système à deux vitesses : la faillite pour les entreprises à liquider, la liquidation judiciaire pour les entreprises à sauver. Dans le premier cas, le débiteur perd sa liberté de gestion, dans le second il la conserve dans l'espoir d'obtenir un concordat et de rembourser ses créanciers. Son honneur est sauf, il n'a plus à subir l'infamie de la faillite.

122 – LA RUINE DES PETITS CAPITALISTES PAR LES GROS

C'est avant la première réforme du Code de commerce qu'un courant d'économistes met l'accent sur ce que Luc Marco (1989) a appelé « la ruine des petits capitalistes par les gros ».

Sismondi (1819) montre comment le capitalisme élimine ses petits capitalistes. La concurrence est une lutte à mort qui vise à produire au plus bas prix possible. D'où une course engagée entre les capitalistes qui investissent de plus en plus de capitaux dans les inventions et les nouveaux procédés de production et de vente. Les petits capitalistes qui ne peuvent suivre ces nouvelles règles du jeu finissent par défaillir. Sismondi apparaît comme le premier économiste à douter de la marginalité conceptuelle des faillites. Selon lui, elles permettent l'adaptation violente de la production aux capacités effectives de la demande.

Pour Karl Marx (1867), les faillites traduisent un mouvement de centralisation des capitaux aux mains de capitalistes de plus en plus puissants. Les petits capitalistes doivent avoir une gestion irréprochable pour échapper à l'appétit des plus grands. Malgré cela, leur réussite même, les conduit à fusionner avec d'autres capitalistes pour augmenter la taille de leurs

entreprises. Ce capitalisme est un vaste aquarium où les gros poissons mangent les petits et se dévorent entre eux pour devenir les prédateurs dominants (L. Marco 1989). La faillite survient donc soit par excès de confiance, soit par excès de méfiance entre les partenaires. Entrepreneurs, capitalistes, propriétaires fonciers, savants et ouvriers luttent entre eux pour une meilleure part des profits. Certains n'obtiennent que des pertes conduisant devant les portes du tribunal de commerce.

John-Stuart Mill (1861), considère que la législation des faillites a pour fonction économique de détecter les affaires non rentables, et d'aider par là au transfert des capitaux à moindre perte. La loi maintient la confiance entre les agents, elle minimise les créances véreuses et prévient les escroqueries. Par contre, dans le même temps, il loue la loi américaine sur les sociétés anonymes qui favorise la re-crédation d'une entreprise après faillite, le petit capitaliste ayant ainsi une nouvelle chance.

Peu à peu, le déclin de la pensée classique fait passer au second rang les agents économiques traditionnels pour laisser sur le devant de la scène l'organisme de base du capitalisme, l'entreprise. Aussi, avant même qu'une nouvelle théorie de la firme n'apparaisse, les principaux économistes traitent d'un objet collectif plus que de sujets personnels. Vilfredo Pareto (1896) distingue ainsi la firme de la théorie et l'entreprise de la réalité. La première est une fiction qui ne fait ni perte ni profit ; la seconde est une organisation spécifique à une époque donnée, elle survit ou disparaît. Le problème étant de savoir si c'est le processus équilibré de la firme théorique qui explique la faillite ou la démographie des entreprises réelles, avec son cortège de naufrages. C'est à cette époque qu'Alfred Marshall propose une analyse de la démographie des entreprises. Entre naissance et maturité, la firme croît ; entre maturité et mort, elle décline lentement jusqu'à la crise et la faillite. Ces auteurs bien qu'adoptant de nouveaux angles d'approche, arrivent sensiblement à la même réponse que les classiques, la faillite reste le plus souvent imputable à la concurrence et à une défaillance de l'agent.

La faillite s'éloigne de la sanction personnelle d'individus isolés pour correspondre à une sanction impersonnelle d'individus groupés et organisés qui disparaissent derrière la raison sociale de leur firme. En passant des agents personnels aux entreprises, la notion de faillite va changer de perspective. Elle constitue cependant toujours une sanction naturelle dans un système de marché et de libre-entreprise. Elle permet l'élimination des mauvais entrepreneurs et leur remplacement par de nouveaux venus.

Les siècles passent, les représentations n'évoluent que très peu, le phénomène reste infamant. Les graves difficultés économiques résultant de la guerre de 1914-1918, puis de la crise

économique de 1929, touchent de plein fouet le tissu industriel et commercial français. Le législateur tente de réagir par l'adoption de procédures provisoires en vue de permettre à des débiteurs malchanceux d'échapper à la faillite ou à la liquidation. En 1935, essayant d'accroître l'efficacité des procédures, il en simplifie les modalités, renforce le pouvoir judiciaire du tribunal et permet la déclaration de faillite à l'encontre de certains dirigeants. La faillite est à nouveau rigoureuse.

1 – 3 DE LA GRANDE CRISE A LA REFORME DE 1967 : LA RECONNAISSANCE DE L'ENTREPRISE

131 – POUR UNE MEILLEURE ORGANISATION DE LA PROCEDURE

Visant à assainir le parc d'entreprises qui s'était rapidement reconstitué dans la période de l'après-guerre, le décret-loi du 20 mai 1955 procède à une refonte de l'ensemble de la matière. La distinction entre deux formes de la procédure est accentuée. Sont institués le règlement judiciaire et la faillite. Le règlement judiciaire n'est plus une faveur accordée au seul débiteur malchanceux et de bonne foi, mais le droit qu'a tout commerçant en état de cessation des paiements de rechercher à obtenir un concordat lui permettant de redresser son entreprise. Le règlement judiciaire substitué à la faillite devient la procédure de droit commun. La faillite est alors uniquement une mesure d'élimination des mauvais commerçants. Son caractère « sanction » s'aggrave. C'est ce même décret qui, pour la première fois, aménage le statut des syndics et administrateurs judiciaires en matière commerciale. C'est au tribunal qu'il revient de proposer à la cour d'appel en début de chaque année judiciaire, une liste des personnes qu'il considère aptes à l'exercice de ces fonctions. On devine ici les liens particuliers nécessairement tissés entre les candidats et le tribunal, attaché à la prégnance des usages du commerce. Rappelons également que le tribunal de commerce n'est composé que de magistrats consulaires bénévoles, justifiant d'une activité commerciale.

L'objectif sous-tendu en 1955 ne se justifie plus en 1967. Les années de croissance économique ont donné aux entreprises un rôle structurel fondamental. François Perroux (1961) montre que la faillite n'élimine l'incompétent que s'il possède en propre son entreprise. Ainsi, la faillite est un mécanisme social de sélection puisqu'elle écarte les propriétaires incompétents. Avec la progression de l'industrialisation, la réprobation envers les faillis diminue et le mécanisme sélectif initial s'avère moins fort lors des réorganisations industrielles. Une deuxième chance est laissée à certains grâce au concordat, la chance de

découvrir d'autres marchés, d'autres méthode de production ou de gestion, d'autres combinaisons. La mauvaise gestion est en effet une donnée relative, variant avec les normes managériales.

Avec l'apparition de la théorie de la firme, les économistes anglo-saxons, en particulier Berle et Means (1933), s'attachent à l'étude des conflits résultant de la séparation des fonctions de propriété et de décision dans les grandes entreprises américaines. Ceci leur permet de dénoncer l'analogie biologique naïve d'une démographie des entreprises individuelles assimilables aux entrepreneurs qui les dirigent. Néanmoins, beaucoup d'autres continuent à raisonner par rapport à un entrepreneur autonome. François Perroux dénonce cette inertie de pensée. Le concept économique de faillite doit concerner la firme et non l'individu pour dépasser un raisonnement qui correspond à un monde obsolète.

La critique essentielle adressée aux réformes juridiques de 1955 est qu'elles s'intéressent beaucoup plus à la personne du débiteur qu'à l'entreprise qu'il dirige. C'est ainsi que disparaissent des entreprises qui auraient eu quelques chances de se redresser sous prétexte que leur dirigeant n'est pas digne. Cette dichotomie procédurale conduit à une aberration : la disparition d'entreprises viables et « l'acharnement thérapeutique » sur des entreprises en sursis. Une réforme profonde est donc souhaitable. Le juridique doit intégrer l'économique.

132 – FIN DE LA CONFUSION DIRIGEANT – ENTREPRISE

La loi du 13 juillet 1967 met fin à cette confusion du dirigeant et de l'entreprise. Pour la première fois dans l'histoire de la faillite apparaît la notion de viabilité de l'entreprise. Soit l'entreprise est viable et le règlement judiciaire lui sera applicable, soit l'entreprise est non viable et dès lors la liquidation des biens sera l'issue fatale entraînant sa disparition. Parallèlement le législateur met en place une seconde réforme par l'ordonnance du 23 septembre 1967 qui organise la suspension provisoire des poursuites. Cette ordonnance s'intéresse à l'entreprise qui n'est pas encore en cessation des paiements. Amorce de la prévention, elle vise à aménager une période de répit à la firme en difficulté dont la situation n'est pas irrémédiablement compromise. Cette forme de prévention surtout réservée aux entreprises d'intérêt national dont la disparition pouvait être préjudiciable à l'économie régionale se révéla être un échec total. Les causes profondes se trouvant dans un manque d'analyse micro et macro-économique et surtout dans les stratégies d'abandon pour des raisons politiques de certaines filières industrielles (J. F. Daigne 1990).

Cette loi de 1967 s'avère rapidement désuète et inadaptée à la réalité économique. Le taux de croissance de l'économie, « Trente Glorieuses » obligeant, devait permettre d'atteindre la finalité des textes et sauver les entreprises viables. Cependant, les événements de mai 1968, les accords de Grenelle, l'accroissement du pouvoir syndical, fragilisent les entreprises dont la rentabilité commence à diminuer. Tout un pan du secteur industriel traditionnel commence à s'effondrer, la lourdeur des charges de toutes natures vient compromettre le succès attendu du nouveau règlement judiciaire. Les critiques les plus virulentes sont toujours destinées au législateur. Jean-François Daigne (Daigne 1990), dans son analyse des textes de 1967 relève que : « le législateur, au lieu de prendre en compte les lois du marché, de l'économie, une fois de plus, par une certaine méconnaissance des réalités de l'entreprise, continue de primer la notion patrimoniale, en se souciant relativement peu des possibilités de survie des sociétés défailtantes ». Or, à notre sens, bien au contraire, le législateur marque à cette époque son intérêt pour l'économie. Intégrant les recherches en l'espèce, il dissocie bien les procédures applicables au débiteur et à l'entreprise, il envisage l'aide à l'organisation qui n'est que passagèrement en difficulté, en tenant compte ainsi de la littérature anglo-saxonne en gestion qui étudie les causes de faillites. Cependant, le système lui échappe, l'organisation judiciaire inadaptée transforme l'esprit de la loi. L'échec de ce texte est principalement dû à la mentalité des chefs d'entreprise (V. Bourguinaud 1995). Au lieu de considérer le dépôt de bilan comme une véritable décision de gestion destinée à résoudre les difficultés qu'ils traversent, ils estiment qu'il s'agit d'un constat d'échec, d'un acte humiliant qui jettera l'opprobre sur eux et leur famille. Aussi, attendent-ils l'ultime moment pour prendre le chemin du tribunal, voire laissent la procédure s'ouvrir sur l'initiative de quelque créancier. Il est alors trop tard pour envisager un quelconque redressement de l'entreprise qui est vouée à disparaître.

La présentation de cette très longue période pendant laquelle la vision de la faillite, malgré son évolution, reste fondamentalement patrimoniale, nous a permis de mettre en exergue les références de socialisation qui pendant des siècles ont prévalu. La finalité collective du droit de la faillite est ici exclusivement intéressée. Le droit n'est conçu que pour les créanciers. Quelques 130 ans après la vision balzacienne domine alors même que le droit a commencé sa mutation vers une approche entrepreneuriale de la faillite.

PARTIE II – VISION ENTREPRENEURIALE DE LA FAILLITE

Dès la fin des années soixante, l'évolution des défaillances d'entreprises est en constante hausse. Période de crise économiquement grave pour la France, les entreprises sont alors

pleinement exposées. Après de multiples réformes transitoires et projets avortés, le législateur de 1985 (réforme Badinter) pose ses priorités dès l'article 1^{er} de la Loi : sauvegarde de l'entreprise, maintien des emplois et apurement du passif. L'intérêt général économique et social est préféré à l'intérêt particulier des créanciers, pour la sécurité desquels ces procédures ont vu le jour. Quelques vingt ans après, les résultats, toujours aussi décevants, appellent une nouvelle fois à une remise en cause profonde du système.

2 – 1 LA GESTION DES CRISES

211 – LES FAILLITES SPECTACULAIRES

La fin des années soixante marque l'érosion de la croissance forte et régulière de la demande. Les entreprises situées dans les industries de biens de consommation de masse « se heurtent dès cette époque, à un tassement des marchés, à une évolution des goûts des consommateurs vers plus de diversité dans les produits et dans les modes de consommation, entraînant une concurrence beaucoup plus vive » (M. Marchesnay 1993). Le premier choc pétrolier caractérisé par le quadruplement du prix du pétrole et une montée des coûts engendrant des effets inflationnistes importants, a pour conséquence une réduction des marges bénéficiaires des entreprises et au-delà de leurs possibilités d'investissement. L'industrie entre alors dans une crise grave qui donne lieu à des licenciements importants soit environ 20 % des effectifs (J. F. Daigne 1990). Peter Drucker de l'Ecole Américaine du Management, qui définissait le bon manager comme étant celui qui planifie ses activités, relève en 1975 que « ...telle affaire qui hier encore figurait parmi les plus performantes se trouve en difficulté. Le phénomène ne se limite pas aux Etats-Unis ; le Japon, la France, la Suède, les Pays-Bas, l'Italie n'y ont pas échappé. Ce n'est pas dans l'immense majorité des cas, que l'on s'y prenne mal. Simplement, l'entreprise a été conçue et gérée en fonction de postulats qui ne coïncident plus avec la réalité » (P. Drucker 1975). En effet, chacun se souvient de faillites spectaculaires comme celles de Boussac, de la Chapelle-Darblay ou de Creusot-Loire ; d'interminables conflits comme ceux de Manufrance, des mineurs de Ladrecht ou de l'imprimerie parisienne ; des sauvetages réalisés à l'occasion de nationalisations ou de regroupements comme ceux de la chimie lourde et de la téléphonie publique.

La disparition des entreprises, surtout s'il s'agit des plus représentatives, présente une portée d'intérêt public. Des structures se mettent en place. Des Comités départementaux d'examen des problèmes de financement des entreprises (CODEFI) sont établis afin d'élaborer un

diagnostic sur les causes et sur l'ampleur des difficultés rencontrées par l'organisation, et de chercher les solutions pour y remédier. Avec la création de ses organismes, la prévention est mise au centre du dispositif marquant toujours ainsi la préférence pour un évitement de la faillite plutôt que pour un règlement judiciaire des difficultés. Suivant les théoriciens du management stratégique tels que Ansoff, le Boston Consulting Group (BCG), le législateur favorise l'application des diagnostics stratégiques. Dans le même temps, le Commissariat au Plan français demande une étude sur l'industrie française au cabinet BCG, afin de détecter les « poids morts » de notre industrie (M. Marchesnay 1993).

La faillite compte tenu de son impact économique, social, et donc politique, est en permanence l'objet d'études et de projets.

212 – PREVENIR POUR NE PAS GUERIR

Avec l'arrivée des socialistes au pouvoir, c'est l'ensemble de la discipline qui est réexaminée. Les orientations politiques, et par voie de conséquence, juridiques, se forment à partir d'automatismes de pensée, d'un processus d'élaboration plus ou moins collectif, et surtout à partir des outils de connaissance disponibles. Les phénomènes de modes stratégiques en témoignent éloquentement. Creusot-Loire comme le souligne Elie Cohen dans « L'Etat brancardier » (E. Cohen 1989), en sera du reste plusieurs fois victime. Une première fois en se découvrant, à la suite d'un audit du BCG, une vocation dans les rôles fortes spéciales, une deuxième fois en entrant dans le marché de la récupération et une troisième fois en se voulant fédérateur des PME de l'instrumentation scientifique.

Le législateur maintes fois critiqué sur la lenteur de ses interventions, s'appuie pourtant pendant cette période, sur les dernières techniques à sa disposition. Il ne s'agit plus désormais, par la faillite, de régler l'ordre de paiement entre créanciers, mais d'aménager le tissu industriel et commercial du pays comme il avait tenté de le faire déjà en 1918 ou en 1929. Les structures d'aides aux entreprises en difficulté s'étoffent avec les créations du Comité interministériel de restructuration industrielle (CIRI) et des Comités régionaux de restructuration industrielle (CORRI). Le ministère public devient un organe de la procédure. Son intervention traduit l'accroissement des pouvoirs du parquet et la modification quant à l'esprit de son action. Il devra assurer une liaison entre le CIRI et les CORRI, ainsi que la juridiction commerciale. Ces derniers textes établissent également une certaine neutralisation des dirigeants. Les situations particulières doivent se soumettre à cet objectif général. « La

finalité collective est d'intérêt général ; il est impossible de sauver l'entreprise si chacun des acteurs concernés agit de son côté et mène une action inspirée par des préoccupations particulières. La sauvegarde de l'entreprise suppose comme préalable évident, le maintien de son existence et la recherche d'une solution pour l'ensemble économique qu'elle représente » (B. Soinne 1978).

L'évolution fondamentale engendrée par les différentes crises, réside nous semble-t-il dans la perception même de l'échec, en sorte qu'il ne constitue plus le corollaire de l'incompétence ou pire de la malhonnêteté pour le législateur. Les grandes entreprises les mieux organisées subissent comme les plus petites, les mêmes aléas ; aidées, elles se redressent donnant ainsi une autre image de la faillite. Les « succes stories » motivent. Le 1^{er} mars 1984, la prévention se généralise. Le législateur met en place tout un ensemble de mesures destinées à permettre au chef d'entreprise de déceler le plus tôt possible les difficultés de son exploitation et d'en prévenir les aggravations par des moyens appropriés. Au-delà de la prévention, la refonte des procédures collectives suscite une réflexion doctrinale assez large. Ne pourrait-on sans danger supprimer les procédures collectives (Guyon 1984) ; faut-il sauver les entreprises en difficulté (Dethomas 1984) ? C'était à l'Assemblée Nationale de répondre. Pour la Commission des lois, l'objectif est avant tout le redressement et le sauvetage des entreprises. Pour le Garde des Sceaux « l'objectif premier de la loi n'est pas la préservation de l'emploi, mais la conservation des entreprises viables. Elles seules signifient accroissement de la production, des richesses et donc maintien de l'emploi et paiement des créanciers ».

La loi de 1984 marque le début des grandes réformes Badinter. La volonté de faire de l'utilisation des procédures collectives une décision de gestion est déterminée, la loi de 1985 en est directement inspirée.

2 – 2 LA LOI DE 1985 : LA PREVALENCE DE L'INTERET SOCIAL ET GENERAL

221 – LE TRIPTYQUE JURIDIQUE

Les projets de loi n° 1578 et 1579 concernaient le traitement des difficultés des entreprises ainsi que le statut des mandataires, déposés le 14 juin 1983, ils sont définitivement adoptés par la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises et par la loi 85-99 du même jour relative aux administrateurs judiciaires, mandataires liquidateurs et experts en diagnostic d'entreprise. Le troisième terme du triptyque

législatif est représenté par la réforme de la juridiction consulaire devant être alors présidée par un juge professionnel. Ce texte ne fut jamais discuté, en raison a-t-il été précisé, des moyens financiers importants qu'il eût entraîné.

Ces différentes lois dès leur parution soulèvent de vives contestations. L'Association Nationale des Syndics et Administrateurs Judiciaires de France critique la réforme qu'elle juge « peu attractive et comportant une probabilité d'échec élevée ». De son côté, Yvon Gattaz, tout en citant la qualité de la relation établie entre le CNPF et le cabinet du Garde des Sceaux, au cours de la préparation des textes, « regrette que cette nouvelle législation alourdisse les procédures, présente un risque d'indiscrétion et pour finir ait un caractère contraignant et coûteux ». Enfin, Maître Daniel Amson, avocat à la Cour, estime que les critiques dont est objet le fonctionnement des tribunaux de commerce, ne paraissent pas fondées et qu'il convient de réformer d'abord ce qui fonctionne le plus mal (J. F. Daigne 1990). Ici, le législateur paraît avoir une perception de la faillite différente de ceux qui y sont confrontés. Les propriétaires et dirigeants d'entreprises qui craignent toujours les conséquences en termes de réputation de l'ouverture d'une quelconque procédure, les organes judiciaires qui considèrent que l'échec du système n'existe pas. Qu'en est-il réellement ?

Pour les politiques, le sort de l'entreprise concerne l'intérêt général. La loi nouvelle marque le passage d'une procédure essentiellement patrimoniale à une vision novatrice fondée sur le sort de l'outil de production, dégagée de toutes considérations relatives à l'importance du passif. La vérification du passif, clé de voûte du règlement judiciaire de la loi de 1967 conduisant au concordat ou à la liquidation judiciaire, n'a plus qu'une importance secondaire. C'est l'abandon des garanties données aux créanciers. La procédure de vérification du passif est totalement disjointe du sort de l'outil de production lui-même. L'article 1^{er}, alinéa 1 de la loi, fixe l'ordre des priorités. La procédure de redressement judiciaire est destinée « à permettre la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et de l'emploi, et l'apurement du passif ». L'entreprise est désormais explicitement énoncée, sa taille est prise en compte pour l'application de la procédure. Après une étude de la situation de l'entreprise, il y a dès lors, soit continuation de l'activité sous la forme juridique existante de l'entreprise, soit au contraire la constatation de l'impossibilité de sa continuation. Les procédures judiciaires (et non plus collectives) correspondent à ces deux situations de redressement ou de liquidation. De la nécessité d'une période d'observation stricte découle le rôle déterminant du tribunal, assisté d'organes spécifiques au contrôle. De leur côté, les salariés, concernés par la survie de l'entreprise et par le règlement de leurs créances, se voient conférer une représentation propre

avec droits de consultation et d'actions judiciaires indépendants de ceux qui existent pour les créanciers.

Le nouveau texte impose donc un statut judiciaire particulier de décision sur l'entreprise et accorde à ses partenaires un pouvoir de consultation et de suggestion. Les organes judiciaires sont investis de pouvoirs importants dans la mesure où la décision de redressement par continuation ou cession, ou de liquidation leur appartient.

222 – LA REORGANISATION DES ORGANES DE LA PROCEDURE

Sous la législation précédente, de nombreuses critiques s'étaient élevées concernant le statut des mandataires de justice. C'est pourquoi, est envisagée dans le même temps, une réorganisation des organes de la procédure. Partant du principe que dans un système moderne il n'est plus possible que relèvent d'une seule profession, des intérêts éventuellement opposés à savoir missions de gestion et de liquidation, représentation de l'entreprise et des créanciers. La loi prévoit qu'à la mission unique du syndic, succédera la dualité des professions et des fonctions d'administrateur judiciaire et de mandataire liquidateur. Les commentaires que nous devons au Ministère de la Justice, expliquent bien les buts recherchés. « Envisagée depuis longtemps, en raison de certaines insuffisances de la réglementation, la réforme du statut des syndics-administrateurs judiciaires s'impose d'autant plus dans le schéma de réorganisation des procédures intéressant les entreprises en difficulté, que ces procédures sont profondément modifiées et que, par-là même, le rôle des mandataires de justice appelés à intervenir dans ces matières, est conçu différemment. Le syndic représente des intérêts souvent contradictoires, car il est chargé à la fois d'assister le débiteur en cas de redressement judiciaire, de se substituer à lui en cas de liquidation de biens, et de représenter les créanciers. Il est également amené à exercer concomitamment des activités de gestionnaire et de liquidateur.

Le maintien d'un tel système, source de nombreuses critiques, n'apparaît plus satisfaisant. La nouvelle loi prévoit donc la séparation de la profession d'administrateur judiciaire de celle de mandataire liquidateur, celui-ci ayant pour mission principale de représenter les créanciers et de procéder éventuellement à la liquidation de l'entreprise lorsqu'elle ne peut plus être sauvée. Ces professions seront incompatibles entre elles ainsi qu'avec toute autre activité professionnelle. (...) Il appartiendra aux personnes inscrites sur les listes de syndics-administrateurs de choisir entre les activités d'administrateur judiciaire ou de mandataire liquidateur. Ces nouveaux mandataires de justice, seront mieux préparés à leurs fonctions par le renforcement des conditions de diplôme et de stage requises pour subir leur examen professionnel respectif. (...) Placés sous le contrôle du Ministère Public, ces professionnels

seront également soumis à des inspections confiées à l'autorité publique. Enfin pour pallier l'absence de rémunération des mandataires de justice précités, en cas d'insuffisance d'actif, il est institué un fonds de garantie alimenté par un prélèvement sur les sommes qui leur sont allouées, étant observé que les modalités de rémunération des administrateurs judiciaires et des mandataires liquidateurs seront redéfinies par la voie réglementaire, afin d'éliminer les effets du système tarifaire actuel ... ».

Le législateur affirme bien sa volonté de refonte totale du droit de la faillite. Les rôles de chacun sont redéfinis, les autorités judiciaires vont prendre part à la gestion de l'entreprise. Les créanciers ne sont plus maîtres de la procédure, comme les salariés, les dirigeants et les associés, ils ne disposent plus que d'un pouvoir de consultation. Cependant, le texte est complexe, il se heurte aux habitudes et aux représentations enracinées des acteurs. Il s'avère difficile à mettre en œuvre. La loi du 25 janvier 1985 entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1986 a montré assez vite des difficultés d'interprétation et de mise en œuvre. L'examen des décisions rendues par les tribunaux au cours de la première année a permis de constater que certaines dispositions entraînaient des rigidités comme des espaces de liberté conduisant à un détournement de la volonté première du législateur, auxquels il convenait de remédier. Les textes issus de considérations politiques devançaient les mentalités, les perceptions, les représentations des acteurs et compte tenu de leur incomplétude, allaient être détournés de leur principal objectif.

2 – 3 DE 1985 A NOS JOURS : LES REMISES EN CAUSE

231 – UNE HOSTILITE AFFICHEE

Il n'est pas trop fort de dire que dès sa promulgation, la loi de 1985, fait l'objet d'une hostilité déclarée et d'un mouvement de rejet assez largement partagé. Elle est accusée notamment de réduire considérablement les droits des créanciers, de mépriser les conventions librement établies, de réduire le crédit et ainsi d'une manière générale d'aboutir au bouleversement de l'ordre établi. Il est relevé en 1987 que « si la loi devait favoriser le redressement, son échec est patent ». Après un an d'application, on s'aperçoit que le nombre de liquidations judiciaires prononcées immédiatement est identique à celui qui était observé sous l'empire de la loi de 1967 ; de même est-il observé que « l'autre échec du législateur est d'avoir été sévèrement sanctionné par le corps social qui l'a chassé de ses fonctions l'année suivante. En abandonnant ainsi les idées utopiques qui avait présidé à la rédaction du projet et à son vote,

le corps social a montré son sens des réalités et a signifié qu'on ne changeait pas la société par décret » (Mouly 1987). Ainsi, on s'ingénie à trouver des dispositifs permettant de contourner la loi et on constate en même temps que celle-ci est inefficace.

La théorie financière moderne (Modigliani et Miller) qui dès le milieu des années soixante avait introduit la défaillance d'entreprise comme un événement particulier pouvant affecter significativement les décisions des agents économiques, complétée par les théories de l'agence et du signal, permet de mettre en exergue l'existence d'un risque de défaut de paiement qui concrétise les divergences d'intérêt entre dirigeants, actionnaires et créanciers, et affecte par anticipation les décisions d'investissement de l'entreprise. Les recherches causales de la défaillance, au de-là de leur objectif premier qui reste la prévention, apportent des éclairages essentiels pour l'explication de l'augmentation des faillites et du nombre de liquidations. Les statistiques révèlent que les fonds propres des entreprises françaises sont extrêmement faibles. En 1980, le taux d'endettement des entreprises américaines n'excède pas 50 % du total du bilan, 60 % pour les entreprises britanniques, 70 % pour les entreprises allemandes et 75 % pour les entreprises françaises. Notons toutefois, qu'au cours de la période 85-90, la situation s'est améliorée en France. En cinq ans, la moitié de notre retard sur nos voisins d'outre-Rhin a été rattrapée. Le courant de l'analyse de la montée des faillites en France, représenté par Luc Marco explicite l'importance du phénomène de création d'entreprises dans la défaillance. Incidence également relevée en 1983 par Altman aux Etats-Unis. Les taux de constitution et de dissolution évoluent toujours de manière parallèle. Mais la poussée démographique des entreprises s'avère lente pendant les phases de croissance et plus rapide durant les phases de dépression. Nous retrouvons là, un aspect de la théorie schumpétérienne des vagues d'innovation, les entrepreneurs potentiels tentent d'autant plus leur chance que les marchés sont perturbés et que les grandes entreprises laissent des interstices dans leur couverture des besoins des consommateurs (L. Marco 1989).

Si les réformes successives jusqu'en 1994 n'ont fait qu'essayer d'améliorer ou d'élargir la procédure, celle adoptée le 10 juin 1994, et les projets de réforme en cours, sont révélateurs de questionnements plus profonds.

232 – LES DERNIERES REFORMES

Si la loi de 1994 pose l'amélioration de la prévention, la simplification et l'accélération de la procédure, la restauration des droits des créanciers, elle met l'accent sur la moralisation des

plans de cession. Pour éviter la spoliation des anciens propriétaires et le sacrifice des créanciers du fait d'un prix de vente trop bas, tristes constantes du passé, le législateur impose des publicités et oblige le tribunal à retenir l'offre qui permet dans les meilleures conditions d'assurer le plus durablement l'emploi attaché à l'ensemble cédé et le paiement des créanciers. Malgré ces précautions, certains repreneurs patients, parient sur la liquidation judiciaire de l'entreprise et achètent à bas prix des unités de production. L'accent est mis sur l'organisation judiciaire des procédures. Longtemps repoussée, la réforme des tribunaux de commerce est engagée.

Les rapports de la Commission d'enquête parlementaire créée en 1998 par l'Assemblée Nationale et la mission conjointe confiée aux inspections générales des finances et des services judiciaires, affirment avec force que c'est l'ensemble de l'organisation et du cadre juridique de la justice commerciale qui doit être réformé. Ils révèlent que l'impartialité des juges n'est pas garantie ; que la proximité économique entre juges et justiciables est d'autant plus inquiétante que de nombreux juges consulaires sont des cadres salariés de grandes entreprises ou institutions financières ; que chacun s'accorde à reconnaître l'incongruité du mode de rémunération des administrateurs judiciaires. Dans une note adressée à la commission d'enquête, le procureur général d'Aix-en-Provence, Gabriel Bestard, s'inquiète de la recrudescence de certaines pratiques douteuses et de l'inefficacité des contrôles.

Les projets de loi, dont certains sont actuellement discutés au parlement et au sénat, s'orientent autour de trois axes fondamentaux : la réforme des tribunaux de commerce, la réforme des professions liées au fonctionnement de la justice commerciale, et enfin la réforme des lois cadres sur le règlement des difficultés d'entreprises.

Aujourd'hui, c'est de nouveau sur les organes judiciaires que se focalisent les réflexions. Une juste application des procédures ne dépend-elle pas d'acteurs qui interagissent dans un même but ? Comment les chances de survie d'une entreprise sont-elles déterminées, par qui ? Les coûts de la procédure ne constituent-ils pas un handicap au redressement ? Les chefs d'entreprise utilisent-ils les moyens ouverts par la loi assez tôt, si non pourquoi ? La perception de la faillite en vingt ans s'est-elle libérée du poids de vingt siècles ? Est-il possible d'aborder la défaillance en termes de véritable « acte de gestion » ?

CONCLUSION

Cet essai avait pour objectif de préciser, au regard des textes législatifs, événements économique-politiques, et littérature, les perceptions attachées en France à la notion de défaillance, en rappelant les évolutions juridiques dans une constante mouvance économique, en relevant les liens particuliers qui unissent théoriciens et législateur. Ainsi, il a été montré que la complexité de la faillite ne pouvait permettre à un corps de règles de n'envisager le système que de façon incomplète et temporaire. La loi n'est que le reflet de la société dont elle marque les transformations.

La sévérité des textes ancestraux répondait aux besoins de garantie nécessaires à la prospérité du commerce et de l'industrie. Les conséquences de l'échec d'un entrepreneur ne devant en aucune façon insécuriser les relations d'affaires, prêteurs et créanciers bénéficiaient de la protection de la loi. La sanction soutenait la confiance. Durant des siècles quelles que furent les réformes, la faillite a fait l'objet d'un a priori extrêmement négatif. Elle ne pouvait atteindre qu'un dirigeant incompetent, irrationnel et malhonnête.

L'évolution d'une vision patrimoniale à une vision entrepreneuriale, soutenue par les textes, peut-elle toujours apparaître comme révélatrice de celle de l'ensemble de la société. La conception patrimoniale qui lie le sort de l'entreprise à celui de son dirigeant ignore les individus dont elle est constituée. Avec le développement d'un capitalisme industriel, l'entreprise grandit, regroupant salariés et outil de production. La faillite n'atteint plus alors, le seul dirigeant, avec la disparition de l'organisation, la sanction s'étend aux salariés et au système économique. Envisager la faillite comme une décision de gestion devient alors indispensable à la protection de l'intérêt général.

Les échecs du système permettent quant à eux d'aborder des questions tenant plus au fonctionnement de la défaillance qu'à son évitement. Les procédures aussi complexes soient-elles ne peuvent déterminer l'ensemble des comportements, alors même qu'ils agissent sur leur application. Elles sont élaborées dans le sens de la maximisation d'un objectif retenu par une majorité parlementaire, elles sous-tendent une rationalité substantive, collective. Leur application est plus complexe. Que reste-t-il d'une rationalité collective face aux rationalités individuelles ? A quoi chaque acteur du système va-t-il chercher à aboutir ? Maximisation de son profit ? Satisfaction de ses buts ?

Il nous semble qu'une approche individuelle pour aborder les logiques d'action retenues dans le processus particulier de la défaillance permettrait d'orienter les procédures.

Les représentations que nous avons mises en exergue ne sont pas un simple reflet de la réalité. Elles constituent une organisation signifiante, guides pour l'action, elles orientent les actions et les relations sociales (Abric 1994). « L'acteur n'existe pas en dehors du système qui définit

la liberté qui est la sienne et la rationalité qu'il peut utiliser dans son action ... Mais le système n'existe que par l'acteur qui seul peut le porter et lui donner vie, et qui seul peut le changer » (Crozier – Friedberg 1977).

Bibliographie

Ouvrages à caractère juridique :

- Bourguinaud V., (1995), Droit des entreprises en difficulté, Economica
Chaput Y., (1990), Droit du redressement et de la liquidation judiciaire des entreprises, PUF
Chaput Y., (1994), La faillite et les entreprises en difficulté, PUF, collection Que sais-je ?
Hilaire J., (1986), Introduction historique au droit commercial, PUF
Soinne B., (1996), Traité des procédures collectives, Dalloz

Articles à caractère juridique :

- Dethomas J., (1984), Faut-il sauver les entreprises en difficulté ?, Le Monde, 6mars
Guyon Y., (1984), Ne pourrait-on sans danger supprimer les procédures collectives ?, Petites Affiches, 16 janvier
Mouly J. C., (1987), Redressement et liquidation judiciaires, fasc. 2370, n°130
Soinne B., (1976), Prolégomènes sur une refonte du droit de la faillite, D. 1976, Ch. 253
Soinne B., (1983), Le nouveau droit de la faillite : réalisme, insuffisance, et incompréhension, Gaz. 1983-2, Doctrine 498

Ouvrages Sciences de Gestion :

- Abric J. C., (1994), Pratiques et représentations sociales, PUF
Berle A. M. – Means E. C., (1933), The modern corporation and private property, Macmillan, New York
Cantillon R, (1755), Essai sur la nature du commerce en général, PUF (1983)
Clark J. M., (1923), The economics of overhead cost, passim, in Marco L., (1989), La montée des faillite en France, L'harmattan
Cohen E., (1989), L'Etat brancardier, Calman-Levy
Combier J. – Blazy R., (1998), Les défaillances d'entreprises, PUF, collection Que sais-je ?
Coutrot T., (1998), L'entreprise néo-libérale, nouvelle utopie capitaliste ?, La Découverte
Crozier M. – Friedberg E., (1977), L'acteur et le système, Seuil, collection Sociologie Politique
Daigne J. F., (1993), Le redressement d'entreprise, PUF, collection Que sais-je ?
Drucker P. F., (1975), La nouvelle pratique de la direction des entreprises, Les Editions d'Organisation
Durkheim E., (1967), Représentations individuelles et représentations collectives, P. U. F.

Lauriol J., (1998), La décision stratégique en action : une perspective socio-cognitive, L'harmattan

Marchesnay M., (1993), Management stratégique, Eyrolles, collection Gestion

Marchesnay M. – Julien P. A., (1996), L'entrepreneuriat, Economica

Marco L., (1989), La montée des faillite en France, L'harmattan

Marx K., (1867), in Œuvres La Pleiade, Gallimard (1965)

Mill J. S., (1861), in John Stuart Mill 1806-1873, Harlingue, Viollet

Moscovici S., (1989), Des représentations collectives aux représentations sociales : éléments pour une histoire, in Les représentations sociales sous la direction de Jodelet D., P. U. F.

Pareto V., (1896), in Macroéconomie approfondie – Equilibre, déséquilibre, circuit, Cujas, collection Connaissances économiques (1982)

Perroux F., (1969), Pouvoir et économie généralisée, PUG, collection Œuvres complètes de François Perroux (1995)

Richard J. F., (1990), Les activités mentales – Comprendre, raisonner, trouver des solutions, Armand Colin

Say J. B., (1803), in La formation de la pensée économique, Vidonne P., Economica (1986)

Sismondi, (1819), Nouveaux principes, in La formation de la pensée économique, Vidonne P., Economica (1986)

Smith A., (1776), Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations, Gallimard (1976), collection Les grands thèmes

Smith N., (1960), in Marchesnay M., (1993), Management stratégique, Eyrolles, collection Gestion

Simon H. A., (1991), Sciences des systèmes – Sciences de l'artificiel, Dunod

Weber M., (1995), Essai sur quelques catégories de la sociologie compréhensive, in Essais sur la théorie de la science, Plon

Weick K. E., (1979), The Social Psychology of Organizing, Addison – Wesley, (2^{ème} édition)

Articles Sciences de Gestion :

Altman E., (1967), The prediction of corporate bankruptcy : a discriminant analysis, Ph. D., University of California

Altman E., (1983), A further empirical investigation of the bankruptcy cost question, Journal of finance, Vol. 39, n°4

Altman E., (1984), The succes of business failure prediction models : an international survey, Journal of Banking and finance, juin

- Hernandez E. M., (1995), L'entrepreneuriat comme processus, *Revue Internationale de la PME*, Vol. 8, n°1
- Guilhot B., (1998), Défaillance d'entreprise : étude empirique ou modélisation, *Colloque IAE* (1998), Actes
- Jodelet D., (1993), Les représentations sociales. Regard sur la connaissance ordinaire, *Sciences Humaines*, n°27, avril
- Landry M., (1987), Les rapports entre la complexité et la dimension cognitive de la formulation des problèmes, *Colloque sur le développement des sciences et pratiques de l'organisation*, L'aide à la décision dans l'organisation, AFCET, mars
- Le Ny J. F., (1985), Comment (se) représenter les représentations, *Psychologie Française*, Tome 30, novembre
- Malecot J. F., (1986), Sait-on vraiment prévoir les défaillances d'entreprises ?, *ISMEA, Sciences de gestion*, décembre
- Malecot J. F., (1988), Prévisions statistiques de la défaillance : question de méthode et questions pratiques, *Banque*, décembre
- Malecot J. F., (1991), Analyse historique des défaillances d'entreprises : une revue de la littérature, *Revue d'Economie Financière*, n°19, hiver
- Marchais-Roubelat A., (1995), Modélisation et complexité : de la décision à l'action, *Revue Française de Gestion*, janvier-février
- Marchesnay M., (1998), Confiances et logiques entrepreneuriales, *ERFI*, avril
- Marco L. – G. A. du Plessis, (1988), La faillite dans la littérature française du XIXe siècle, *Commerce et commerçants dans la littérature*, Bordeaux
- Rojot J., (1997), Théorie des organisations, in *Encyclopédie de Gestion*, deuxième édition, Economica
- Simon H. A., (1983), in Munier B., (1994), Décision et cognition, *Revue Française de Gestion*, juin-juillet-août
- Vergnaud G., (1985), Concepts et schèmes dans une théorie opératoire de la représentation, *Psychologie Française*, Tome 30, novembre