



Munich Personal RePEc Archive

# **Default and the law of Bankruptcy in historical perspective :the Antiquity to our days**

Tarbalouti, Essaid

Université Cadi Ayyad, GREER, FSJES Marrakech

January 2011

Online at <https://mpr.ub.uni-muenchen.de/56216/>

MPRA Paper No. 56216, posted 26 May 2014 22:08 UTC

# **Cessation de paiement et droit de la faillite en perspective historique : de l'Antiquité à nos jours**

**Par**

TARBALOUTI Essaid

Université Cadi Ayyad, GREER, FSJES Marrakech

Version Janvier, 2011

## *Résumé :*

L'objet de cet article est d'expliquer le déclin du droit contractuel en matière de faillite. L'évolution historique du droit de la faillite montre que ce déclin est passé par trois phases : la phase de la création du contrat caractérisée par l'indemnisation des dommages-intérêts ; la phase de dissuasion caractérisée par des sanctions sévères pour les cessations de paiements frauduleuses et la phase de réhabilitation fondée sur le traitement thérapeutique des entreprises faillies. Il apparaît que ce déclin a été entamé d'abord par la croissance de l'appareil judiciaire en matière de faillite et ensuite par la montée des mouvements "humanitaires".

## **Default and the Law of Bankruptcy in historical perspective : Antiquity to our days**

### *Summary :*

The object of this chapter is to explain the decline of the law of contract in matter of bankruptcy. The historical evolution of the law of bankruptcy shows that this decline is gone by three phases : the phase of the natural law based on the nature to solve the conflict ; the phase of the creation of the contract characterized by the compensation of damages - interest ; and the last phase that divides in two stages : the stage of the dissuasion characterized by severe sanctions to fraudulent bankrupt and the stage of rehabilitation based on the therapeutic processing of failed enterprises. It appears that this decline has been begun approach by the growth of the judicial machine in matter of bankruptcy and then by the climbing of "humanitarian" movements.

## Introduction

La législation actuelle en matière de faillite utilise le terme défaillance d'entreprise au lieu du terme faillite. Est appelée défaillante toute entreprise qui fait l'objet d'un jugement de redressement judiciaire ou d'une liquidation de biens. Le redressement de l'entreprise est un mécanisme de *prévention*. La liquidation des biens de l'entreprise est synonyme de *disparition* de celle-ci<sup>1</sup>. Lorsque l'entreprise manque à ses obligations<sup>2</sup>, elle peut ne pas disparaître. Les entreprises «*viabiles*» peuvent être *réhabilitées*<sup>3</sup> et continuer leur activité sous contrôle judiciaire aux dépens des créanciers qui se trouvent privés de leurs droits. En ce sens, lorsqu'il y a défaillance, c'est-à-dire lorsque le débiteur se trouve, après un manquement à l'obligation de dette, libre de continuer l'entreprise sans astreinte de remboursement, on parle de *peine préventive* (la réhabilitation). En revanche, lorsqu'il y a faillite, c'est-à-dire lorsque le failli manque à un arrangement consenti qui prive le créancier de ses droits et par lequel le failli se trouve astreint à compenser la victime, on parle de *proportionnalité de peines*.

Avec la loi de 1994, le nombre de défaillances qui font l'objet d'une procédure de redressement judiciaire (ou de réhabilitation) a baissé par rapport à la loi de 1985 où le redressement de toute entreprise en faillite était automatique. La Société Française d'Assurance et de Crédit (SFAC) dénombre aujourd'hui 47 % de cas qui font l'objet d'un redressement judiciaire<sup>4</sup>.

**Tableau 1 : Tableau de redressement et de liquidation des entreprises après la réforme de 1994**

ETAT DE CESSATION DES PAIEMENTS	
Décision du tribunal	
Sanction	Procédure préventive
Liquidation judiciaire	Jugement d'ouverture de redressement judiciaire
53% des cas	47% des cas

Face à ce revirement juridique, le problème soulevé est le suivant : pourquoi le droit de faillite fondé sur le respect contractuel et la *proportionnalité des peines* (droit des obligations) s'est-il éteint au profit d'une survie à tout prix des entreprises défaillantes ?

Pour répondre à cette question, il est souhaitable de situer le droit de la faillite dans son contexte historique pour mieux analyser ce déclin. Nous pensons qu'il est judicieux de distinguer plusieurs périodes :

- la période où le droit exige le remboursement de la dette. Elle est caractérisée par l'influence gréco-romaine. Cette période est fondée sur le droit naturel. Le droit est l'objet qui doit permettre de régler les conflits à partir des réalités quotidiennes et les coutumes.

- la deuxième période est caractérisée par la montée du christianisme et la chute de l'empire romain. Durant cette période, le droit va se détacher de la nature pour être relié à la divinité. Le droit de faillite n'émane plus de la nature mais de Dieu.

- enfin, la troisième période est caractérisée d'abord par la naissance du contrat, et ensuite par l'intervention de l'Etat dans les affaires privées.

<sup>1</sup> GUYON Y. [1995], *«Droit des affaires: entreprise en difficultés, redressement judiciaire, faillite»*, 5<sup>e</sup> Ed. Economica, Tome 2, p 7 ; l'auteur constate que le droit des entreprises en difficultés a pour objectif de prévenir les difficultés ; voir également LIAGRE M. O. [1997], *«L'évolution des défaillances depuis 1989 : facteurs explicatifs»*, INSEE, n° ISSN 09844754, 1<sup>er</sup> semestre

<sup>2</sup> Par abus de langage, nous entendons par la notion du failli celui qui a manqué à ses obligations et attend un jugement.

<sup>3</sup> La réhabilitation permet de relever un débiteur, qui a été déclaré en état de cessation des paiements, de déchéances découlant d'une interdiction de diriger ou d'administrer une entreprise. GUILLIEN R. et VINCENT J. *«Lexique de termes juridiques»*, 5 Ed. Dalloz, [1981], p 365

<sup>4</sup> SCMITT MARIE-C. [1996], *«Les défaillances d'entreprises en France»*, *Problèmes Economiques*, n°2497, Décembre, pp 15 (13-18)

Ainsi, l'étude de ces trois périodes nous permet d'expliquer les raisons qui ont conduit à ces revirements juridiques en matière de faillite. Cette distinction nous amène donc au plan de cet article : dans une première section, nous déterminerons le traitement du failli dans l'Antiquité et le fondement du droit. La deuxième section s'intéressera à la naissance du droit contractuel et aux raisons de l'intervention de l'Etat. Dans la troisième section, nous développerons l'impact de la croissance de l'Etat sur la relation contractuelle et sur le principe de la réparation du préjudice. Enfin, la quatrième section visera à introduire le principe de la réhabilitation.

## **SECTION I - LE TRAITEMENT DU FAILLI DANS L'ANTIQUITE ET LE FONDEMENT DU DROIT**

Il faut remonter à la civilisation babylonienne (1750 années avant l'ère chrétienne) puis Grecque pour trouver une première littérature ayant trait au traitement du débiteur failli<sup>5</sup>. Pendant cette période de la Haute Antiquité, le législateur accordait un droit presque illimité aux prêteurs victimes de la défaillance des débiteurs. Ce droit consistait souvent dans l'aliénation des libertés du débiteur (le réduire en esclave) ainsi que de son patrimoine par les créanciers. Cette aliénation constituait à la fois une forme de peines infligées aux débiteurs faillis et une compensation des créanciers (§1). Ce droit est inspiré d'une philosophie fondée sur le droit naturel qui a influencé la cité grecque et ensuite la cité romaine (§2).

### **§1 - Le traitement du failli dans la cité grecque et romaine : la contrainte par corps pour les dettes civiles**

L'histoire de la faillite est marquée par un esprit charitable envers les faillis. Ainsi, dans la cité grecque de l'Antiquité (621 avant J-C), la servitude menaçait tout homme qui a failli à ses devoirs puisque tout failli risquait d'être déchu de ses droits de citoyenneté. Cette déchéance réduisait systématiquement le failli en esclave. Ainsi, on racontait que le paysan, qui était souvent contraint d'emprunter après le désastre d'une guerre ou d'une intempérie, gageait l'ensemble de ses terres sur lesquelles étaient plantées «*des bornes de servitudes*» jusqu'à complète libération de la dette. Mais à défaut d'honorer ses obligations, le débiteur était condamné à payer un tribut de sa personne ou de vendre ses propres enfants pour payer ses dettes<sup>6</sup>. En ce sens, les individus dans la société grecque étaient soumis à des devoirs qui les rendaient citoyens. Tout manquement à ses obligations constituait une faute grave et passible de déchéances de citoyenneté.

Une telle conception, à travers laquelle le débiteur failli se trouvait privé de sa liberté individuelle et de son patrimoine, ne se trouve pas étrangère à la législation de l'empire romain. En effet, chez les romains comme chez les grecs, le failli était celui qui avait manqué à ses engagements. Il était responsable de ses actes et sanctionné sans discernement entre la faute issue d'un acte licite et le délit manifeste.

La sanction avait un *caractère collectif* dans la mesure où manquer à ses engagements constituait un manquement à l'engagement collectif (de la cité), au serment et à la foi qui soudaient et formaient l'Etat et le peuple<sup>7</sup>. Elle avait également un caractère physique, auquel était assigné le rôle pénal puisqu'en cas de faillite, les biens présents et à venir du débiteur revenaient aux créanciers<sup>8</sup>.

Ainsi, pour les romains, la relation qui régissait les individus au sein de la cité était fondée sur le respect des droits. La cité assurait la sécurité et garantissait à chaque individu le statut juridique qui lui

---

<sup>5</sup> Cette section s'inspire des travaux respectifs de DESURVIRE D. [1991], «Banqueroute et Faillite : de l'Antiquité à la France contemporaine», *Les Petites Affiches*, n°104-105, Août/Septembre, pp 12-19 et pp 4-11 ; THIVEAUD J. M. [1993], «L'ordre primordial de la dette», *Revue d'Economie Financière*, n°25, Eté, pp 67-105, et de COUNTRYMAN [1985], «The Concept of A Voidable Preference In Bankruptcy», *Vanderbilt Law Review*, vol. 38, pp 713-827

<sup>6</sup> DESURVIRE D. [1991], «Banqueroute et Faillite : de l'Antiquité à la France contemporaine», Op. Cit., p 13

<sup>7</sup> THIVEAUD J. M. [1993], « L'ordre primordial de la dette », Op. Cit., p 70

<sup>8</sup> THIVEAUD J. M. [1993], « L'ordre primordial de la dette », Op. Cit., p 71

conférait la liberté et le droit de participer à la vie sociale. Ce statut était intouchable mais restait tangible dans la mesure où le débiteur failli perdait ce statut et se trouvait réduit en esclave. Être esclave, c'était devenir la chose du maître et être privé de sa liberté. C'était aussi être dépossédé de son patrimoine.

Il s'ensuit que le failli était qualifié par la cité grecque et par le droit romain de crime contre la société. L'origine et le fondement de ce droit étaient d'inspiration philosophique et religieuse.

## **§2 - Le fondement du droit du failli : le droit naturel**

L'élaboration du droit du failli romain avait pour fondement les conceptions philosophiques grecques. Le traitement du failli se confondait avec la notion de justice ou du droit. Ainsi, chez Aristote, le droit ou «justice» consistait en ce qui était juste. Une action est jugée juste sur la base des conséquences qu'elle entraîne. Ainsi, toute action contraire à la nature de l'homme est injuste. En revanche, toute action est juste si elle est en conformité avec la nature de l'homme en tant qu'homme. La nature humaine est fondée sur le libre arbitre, sur la capacité à se projeter dans l'avenir et sur l'action consciente pour le bien ou le mal de l'homme. Toute action qui va contre ces caractéristiques est contraire à la nature de l'homme est mauvaise<sup>9</sup>. Toute action qui rend réelle cette nature est bonne. La justice est là pour éradiquer le mal. Elle doit être au service du droit naturel (1) et doit être inspirée des pratiques et coutumes (2) :

1) - la justice devait être au service d'abord de l'ordre naturel dans le sens où elle devait se comporter en accord avec cet ordre puisque c'est à partir de la nature que la justice émane et qu'il faut fonder toutes les règles régissant les relations humaines. En ce sens, la justice consiste en un instrument et un guide qui doivent permettre la réalisation de l'ordre naturel dans les relations pratiques des individus. De ce fait, ce sont les lois immuables que l'on rencontre dans la nature qui définissent la notion de justice.

2) - ensuite, le droit ou justice devait s'inspirer des pratiques et des coutumes dans la mesure où la justice ou «droit», pour Aristote, constituait un rapport ou une règle qui établissait entre les hommes et/ou entre les hommes et les choses les modalités de leurs relations. Mais cette instance régulatrice externe à l'homme ne s'avérait pas réductible à une espèce d'impératifs (lois divines ou humaines). L'action devait être conforme à une réalité objective et inévitable.

Ainsi, chez Aristote, c'est la nature qui coordonne et établit un ordre social. Toutefois, pour mieux rendre compte de cet ordre, Aristote va chercher les règles de justice pratiques qui vont permettre de respecter cet ordre naturel. Il distinguait deux types de justice : une *justice corrective* qui avait pour objet de corriger et d'améliorer les transactions privées ; et une *justice distributive* qui allouait l'actif divisible de la société tel que la richesse<sup>10</sup>.

L'établissement du droit constitue donc une juste mesure dont l'objectif consiste à déterminer un partage proportionnel entre les biens ou les obligations des uns par rapport aux autres. Le rôle du juge (personnalité dotée de qualités de sagesse et de révélation divine) est de s'inspirer des pratiques et des coutumes pour trouver une règle de partage équitable entre les individus. Ainsi, c'est en décidant du partage d'un litige que le juge institue le droit et que le *droit positif* trouve son origine. Sa finalité est de faciliter l'application du droit naturel<sup>11</sup>.

C'est en ce sens très précis qu'il faut entendre le droit d'origine romaine. La cité était fondée sur la dette. L'individu, dès qu'il naissait dans cette société, recevait de Dieu le dépôt de la vie, c'est-à-dire une dette privilégiée qu'il n'avait pas le choix de refuser. Dès lors, la vie était composée de devoirs et d'obligations que l'homme devait acquitter à tout moment. Le règlement des dettes se faisait par le sacrifice. «*Le sacrifice, c'est l'homme ... l'homme est le premier à être sacrifié*»<sup>12</sup>. Le juge ou

<sup>9</sup> LEMENNICIER B. «Cours de micro-économie», Paris II.

<sup>10</sup> SCHUCHMAN P. [1973], «An attempt at a "Philosophy of Bankruptcy"», *UCLA Law Review*, vol. 21, p 439

<sup>11</sup> SCHUCHMAN P. [1973], «An attempt at a "Philosophy of Bankruptcy"» Op. Cit., p 441

<sup>12</sup> SHATAPATHA Brâhmana I, 3.2.1 ; VT, 2, 1, 18. Voir PANIKKAR R. «*Le mythe comme histoire sacrée*, Le sacré, études et recherches ... Paris Aubier, 1974, cité par THIVAUD J. M. [1993], «L'ordre Primordial de la dette», *Revue d'Economie Financière*, n° 25, pp 67 et 68 (67-105).

consul, ou le prêteur qui était choisi et investi avec l'accord des dieux devait dans ce monde jouer un rôle fondamental dans la résolution de conflit et la négociation des dettes. Sa décision devait être prise en accord avec la volonté divine.

Ainsi, dans cette intermédiation céleste apparaissait pour la première fois le phénomène financier, intimement associé à l'acte de croyance qui avait besoin d'un gage de sacrifice entre les dieux et la terre. La dette, motif de sacrifice, inscrivait le phénomène financier dans la vie des sociétés comme un unificateur en instituant, au travers ce dépôt de la vie, la nécessité d'un gage entre l'homme-débiteur et le dieu-créancier<sup>13</sup>. Dans ce sens, le débiteur failli pouvait s'acquitter de sa dette en se rendant esclave de son créancier, qui avait le droit de vie et de mort sur son débiteur failli.

Ainsi, selon l'histoire, il demeurait d'usage jusqu'à l'achèvement des Douze Tables de Bronze vers 449 avant notre ère, d'emprisonner les faillis pour dettes ou de les vendre sans que n'interviennent les magistrats de la cité<sup>14</sup> ou encore de couper en morceaux équitables le cadavre du débiteur insolvable réduit et mesuré au montant de chacune de ses dettes.

Devant cet individualisme sans frein, où chacun faisait ce qu'il voulait, le peuple s'émouvait devant ces odieux spectacles et se retirait, dit-on, sur le *Janicule* pour manifester sa colère et mettre en garde contre les dangers d'une dérive de la liberté vis-à-vis des lois. Le peuple contestait l'arbitraire des créanciers et revendiquait le droit à la vie et à l'abolition de l'aliénation par corps pour dettes civiles. Par cette prise de conscience populaire, les débiteurs obtenaient progressivement la clémence des législateurs qui ôtaient aux créanciers le droit de tenir les débiteurs en servitude (Desurvire [1991]). La pression populaire obligeait le législateur à décréter une loi qui consistait à «ordonner que personne ne soit plus obligé par corps pour dettes civiles»<sup>15</sup>.

Ce revirement des valeurs de la société romaine a entraîné un changement dans le traitement du failli mais également un changement dans la conception de la justice ou du droit puisqu'elle étendait la connaissance du droit à l'ensemble des populations, qui jusque là était mystique et subordonnée aux privilèges de l'aristocratie.

Ce revirement affirmait également l'indépendance des juges et définissait les compétences des tribunaux. Le rôle du juge consistait à accorder au bénéficiaire du jugement une souveraineté ou un total contrôle sur certaines choses ou même sur certains hommes.

Toutefois, ce droit qui permet à l'individu de posséder la capacité de gouverner et de contrôler les choses ne s'apparente pas encore à la conception du *droit de propriété* où l'individu a la faculté de jouir et de disposer de la façon la plus absolue de la chose. En effet, ce n'est qu'avec la chute de l'empire romain que l'individu, progressivement, va se détacher du cadre *objectif* de la cité auquel il appartient pour se doter des *valeurs subjectives* qui vont gouverner et poursuivre son propre intérêt et qui sont représentées dans le contrat<sup>16</sup>.

## **SECTION II - LA NAISSANCE DU DROIT CONTRACTUEL (L'AUTONOMIE INDIVIDUELLE) ET L'EMERGENCE DE L'ETAT**

Face au monopole ecclésiastique qui s'est développé pendant la période médiévale, des mouvements révolutionnaires se sont développés pour faire triompher légalement le statut autonome de l'individu (la liberté contractuelle) (§1). Toutefois, avec le développement des foires et l'émergence de conflit de compétence territoriale, l'Etat est intervenu pour coordonner entre les différentes juridictions territoriales et pour résoudre les conflits qui opposent les contractants (§2).

<sup>13</sup> THIVEAUD J. M. [1993], «L'ordre Primordial de la dette», *Revue d'Economie Financière*, n° 25, pp 67 et 68 (67-105).

<sup>14</sup> DESURVIRE D. [1991], «Banqueroute et faillite : de l'Antiquité à la France contemporaine», Op. Cit., n° 104, p 13

<sup>15</sup> DESURVIRE D. [1991], «Banqueroute et faillite : de l'Antiquité à la France contemporaine», Op. Cit., p 14

<sup>16</sup> DESURVIRE D. [1991], «Banqueroute et faillite : de l'Antiquité à la France contemporaine», Op. Cit., p 14

## **§1 - La naissance du droit contractuel : la conception subjective**

Le système juridique médiéval français du failli n'était qu'une transposition du droit romain, «*le droit de l'offensé sur la personne de l'offenseur*». Les règles qui régissaient les individus ne portaient plus de la réalité observable et de l'Etat de nature d'Aristote mais des commandements divins qui dictaient les comportements de la population. Ainsi, la conception médiévale reprenait la logique d'Aristote mais en changeait le fondement : le pouvoir d'autorité n'émanait plus de la nature mais de Dieu. Le Pape qui détenait ce pouvoir avait une supériorité de gouvernement sur les gouvernés puisqu'il constituait l'intermédiaire qui négociait les dettes des individus avec les dieux. Toutefois, cette situation, au fil du temps, a donné naissance au développement des mouvements contestataires contre ce monopole cherchant à renouer avec la tradition grecque et à réhabiliter la raison.

Il s'ensuit qu'une véritable philosophie médiévale a émergé. Ces mouvements, où se préparait la confrontation entre la religion et la philosophie, vont jouer un rôle fondamental dans les changements que va connaître le XVI<sup>e</sup> siècle. Ces contestations vont se confirmer par les alliances entre le Roi de France, Louis XII, et le concile ecclésiastique général. Ces alliances ont donné naissance à l'indépendance entre l'autorité de l'Eglise et celle du Pape. Cette indépendance a eu des répercussions immédiates aussi bien dans les sphères intellectuelles de l'époque que dans la sphère politique.

La conséquence directe de cette séparation va être de modifier le pouvoir. En effet, le Pape n'a plus le monopole d'intermédiation pour résoudre les conflits. La délégation de ce monopole résulte de la seule volonté populaire. L'individu devenait libre. Il détenait la capacité et le pouvoir de faire toute chose désirée ou voulue.

Ainsi, de cette prémisse, est né le contrat qui n'était que la liberté de conclure des accords et de garantir son autonomie<sup>17</sup>. Le droit devenait une faculté ou un pouvoir réel. Il émanait de l'individu<sup>18</sup>. L'individu dans cette conception devient rationnel. Il distingue le faux du vrai. C'est ainsi que l'on a vu se développer les lois écrites et plus particulièrement le contrat.

Toutefois, avec le développement des foires, la densité des affaires et la fuite des commerçants étrangers, l'intervention de l'autorité publique devenait une nécessité pour se prémunir contre le risque des faillis<sup>19</sup>.

## **§2 - L'émergence de l'Etat dans les affaires**

Cette intervention avait pour objet de répondre aux exigences économiques du temps. L'une de ces exigences était de se prémunir contre la fuite des débiteurs et de réparer le tort causé à la victime. C'est ainsi que durant la seconde période couvrant le haut Moyen Age, l'organisation judiciaire connaissait la justice du monarque. Celui-ci était à la fois Chef de l'Etat et assureur contre le crime : quand un droit était violé, le Roi commençait à verser une sorte d'indemnité d'assurance à la victime, et obligeait ensuite l'agresseur à lui rembourser sa dépense<sup>20</sup>.

Bien sûr, cette protection n'était pas sans coût. La compétition de justice respective des féodaux et de l'Eglise entraînait souvent des conflits de compétence juridictionnelle. Les parties au contrat étaient souvent régies par des lois différentes. Lors d'un différent, elles étaient confrontées au problème du choix de la juridiction compétente. Afin d'assurer cette protection, des accords amiables négociés étaient nécessaires entre les créanciers, débiteurs et les hommes de l'Etat de l'époque<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> Sur les fondements de l'échange en absence de loi, voir CLAY K. [1997], «Trade Without Law : Private Order Institution In Mexican California», *The Journal of Law, Economics and Organization*, V13 N1, pp 202-231

<sup>18</sup> THIVEAUD J. M. [1993], «L'ordre Primordial de la dette», Op. Cit

<sup>19</sup> THIVEAUD J. M. [1993], «L'ordre Primordial de la dette», Op. Cit., pp 93 (67-105)

<sup>20</sup> ROTHBARD M. [1982], «*L'éthique de la liberté*», Humanities Press, Atlantic Highlands, traduit en français dans Ed. Les belles lettres, Ch. 13, pp 117 (114-128)

<sup>21</sup> Il était d'usage autrefois en France de louer les services d'un champion contre l'offense d'un débiteur indélicat qui n'aurait pas satisfait à ses engagements.

Cette alliance avec le pouvoir étatique a engendré deux conséquences : la première était que les créanciers par l'intermédiaire de l'Etat ont pu poursuivre les débiteurs étrangers afin de saisir et vendre la marchandise et les biens de leurs débiteurs là où ils se trouvaient ; la deuxième conséquence était que les hommes de l'Etat, dans leur élan de conquête sur les justices féodales, ont concédé aux débiteurs, qui ne sont pas sous leur autorité, des lettres autorisant la cession de leur biens et leur évitant prison et saisie. Ces lettres étaient appelées «**lettres de répit**».

Le but de cette manœuvre était d'inciter les débiteurs à recourir à la justice de l'Etat et non à celle des féodaux. Elle consistait également à assurer l'emprise du pouvoir de l'Etat dans toutes les matières de justice sur l'ensemble du territoire et à assurer les moyens financiers pour les besoins de guerre.

Le crédit accordé par les individus à l'Etat en tant que protecteur de propriété privée semble être influencé par des courants de pensée. Plus précisément, Hobbes [1651] considère, dans son livre «*Le léviathan*», que l'Etat est nécessaire pour prévenir contre le conflit entre les individus. Ainsi pour cet auteur, *l'état de nature* est un état de droit ou de liberté totale et absolue dans lequel la liberté consiste dans le droit de faire une chose ou une autre sans qu'aucune obligation ou contrainte ne pèse sur la possibilité d'agir. La notion de droit renvoie clairement à la liberté de faire une chose ou de s'abstenir. Hobbes explique l'émergence de l'Etat par les passions qui affectent l'homme et qui peuvent l'inciter à agir en pur égoïste. D'où le rôle de l'Etat dans le maintien de la paix et la réduction du conflit<sup>22</sup>.

Toutefois, si cette philosophie du mal et du bien avait pour objet de protéger l'homme de ses actes, elle avait également pour but de renforcer l'indépendance de l'Etat. Cette indépendance et l'hégémonie étatique vont influencer toute l'histoire du droit de la faillite. En effet, l'agrandissement et la monopolisation des institutions judiciaires en matière de faillite par les hommes de l'Etat vont transformer graduellement son rôle de protection des droits contractuels privés en une protection du faible et du malheureux aux dépens du fort entraînant ainsi une atteinte au droit contractuel.

Ce déclin a d'abord été amorcé par des manœuvres étatiques qui avaient pour objectif de renforcer la souveraineté de l'Etat. Ensuite par des mouvements contestataires humanitaires qui ont donné naissance au Code Marchand, au Code de Commerce et enfin aux Lois de 1838, 1967 et 1985.

### **SECTION III - LA CROISSANCE DE L'ETAT ET SES CONSEQUENCES SUR LE DROIT DE LA FAILLITE**

L'évolution historique de la faillite montre que l'appareil judiciaire en matière de faillite n'a cessé de se développer. Cette croissance s'est faite en deux étapes : d'abord par l'établissement de l'Ordonnance de Colbert de 1673 (§1) et ensuite par le Code de Commerce de 1807 (§2). Cet élargissement a été motivé par l'emprise de l'Etat sur les relations commerciales, source de financement de guerre.

---

<sup>22</sup> En 1688, LOCKE publie le «*Traité du gouvernement civil*». Ce livre est l'anti-thèse du «*Léviathan*», de HOBBS dans la mesure où chez LOCKE «la liberté, dans la société civile, consiste à n'être soumis à aucun pouvoir législatif, qu'à celui qui a été établi par le consentement de la communauté. Les individus sont soumis à un gouvernement, et ont pour la conduite de la vie une certaine règle commune. Cette dernière a été prescrite par le pouvoir législatif qui a été établi, en sorte que l'Etat puisse suivre et satisfaire leur volonté en toutes les choses auxquelles cette règle ne s'oppose pas. Il en résulte que la raison de l'individu a un rôle pacificateur puisque les individus cherchent l'intérêt mutuel ; au contraire, chez HOBBS, cette liberté est soumise à l'emprise de la passion et conduit à un état de la guerre de tous contre tous. La raison ou la rationalité a donc un rôle destructeur puisque l'individu cherche à satisfaire l'intérêt individuel plutôt que l'intérêt collectif. Chapitre IV, Section 22, p 160.

## §1 - L'emprise de l'Etat sur les relations commerciales et ses conséquences

Après le XVI<sup>e</sup> siècle, plusieurs doctrines se sont érigées autour des conditions d'exigibilité de la dette<sup>23</sup>. La plus influente est celle qui permet de distinguer le cas fortuit, de force majeure et du dol. Cette distinction a poussé le législateur, par la suite, à distinguer entre le failli malchanceux victime de force majeure due à l'imprévisibilité de la nature (catastrophe naturelle, guerre, etc...) et le failli frauduleux. Cette distinction a eu des conséquences sur le renforcement du pouvoir de l'Etat. En effet, pour distinguer entre le failli malchanceux et le failli frauduleux, l'Etat a commencé par construire une organisation spécifique aux problèmes des faillis.

Cette construction juridique a commencé avec l'Ordonnance de Colbert (1673). Celle-ci a créé un ensemble d'organes qui s'est avéré d'abord, à travers l'administration responsable de poser le scellé pour ouvrir la faillite puis, ensuite, à travers l'organisation responsable de la dissuasion qui a pour objet de discriminer entre le failli malheureux et le failli frauduleux ou banqueroutier et de le sanctionner.

Ainsi, lorsqu'il y avait faillite, le juge avait pour fonction de déterminer celui qui par malheur ou inconvénient était tombé en faillite, du failli frauduleux qui supposait une dissimulation des biens à l'égard des créanciers dans le but manifeste d'échapper à une obligation exigible. En cas de dissimulation, le banqueroutier<sup>24</sup> était considéré comme un criminel et sanctionné par la peine de mort. Le failli malchanceux, quant à lui, était considéré comme une victime d'une catastrophe naturelle et bénéficiait d'une remise ou une diminution de sa dette.

L'un des buts de cette distinction que l'Etat a imposé entre failli malheureux et failli frauduleux consistait à augmenter l'emprise de l'Etat et d'affirmer son indépendance vis-à-vis du Pape. En effet, le Pape avait une autorité suprême sur les populations. Il recevait auprès de celles-ci dons et ressources en tant que représentant de dieu sur terre, alors que le roi n'avait qu'un rôle subalterne.

Afin d'affirmer ses fins d'indépendance, le roi *«confisquait arbitrairement des biens et surtout des capitaux des Templiers, des marchands-banquiers juifs exerçant pour le compte du Pape et les mettait autoritairement en position de faillite frauduleuse pour cause de trahison et de scandale. Il réglait ainsi un problème de politique étrangère en privant le Saint-siège d'une part de ses ressources mais il démontrait .... 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, explosait ainsi pour laisser surgir, en matière commerciale et financière, le crime contre l'Etat et la nation que constitue la banqueroute»*, (Thiveaud, [1993], p. 77).

Ainsi, au nom de cette justice, l'Etat élargit les voies de son financement et de son indépendance vis-à-vis du Pape. Ces interventions croissantes de l'autorité souveraine dans le domaine des affaires vont modifier peu à peu le droit. En outre, au fur et à mesure que le centre de gravité se déplaçait de l'indemnisation de la victime par l'agresseur vers le châtement du prétendu crime «contre l'Etat», on a observé à la fois une sévérité accrue des peines imposées par les hommes de l'Etat et en même temps une atténuation sensible de la rigueur de la loi par l'octroi de lettre de justice par le monarque<sup>25</sup>. C'est ainsi que le remboursement de la dette s'est graduellement éteint avec la croissance de l'Etat. Les pouvoirs publics se sont de plus en plus mêlés au processus de remboursement

<sup>23</sup> COOTER R. D. et ULEN T. [1988], *«Law and Economics»*, Harper Collins Publishers, chap 6/7

<sup>24</sup> Selon les termes de l'article 10 du titre XI de l'ordonnance de 1673: «Nous déclarons banqueroutiers ceux qui auront diverti leurs effets, supposé des créanciers ou déclaré plus qu'il n'était dû aux véritables créanciers», voir THIVEAUD J. M. [1993], *«L'ordre Primordial de la dette»*, Op. Cit. ; MAZEAUD H. L., MAZEAUD J. et CHABAT F. [1991], *«Leçon de droit civil : obligations, théorie générale, T2»*, vol 1, 8<sup>e</sup> édition, Montchrestien, ces auteurs citent que «l'interprétation de la loi particulière des contractants ne pouvait appartenir qu'aux juges», p 314.

<sup>25</sup> La lettre de justice correspond de nos jours à un arrêt des procédures d'exécution ou à une suspension provisoire des poursuites pour indemnisation et réparation de préjudice. Cet arrêt interdit aux huissiers et sergents d'exécuter une action contre remboursement de dette contre la personne qui était porteuse de cette lettre.

confisquant à leur profit une portion croissante des biens du coupable pour en laisser qu'une faible quantité sinon rien à la victime<sup>26</sup>.

William Tallack pensait à propos de cette expropriation que «*c'est principalement à cause de la violente cupidité des seigneurs féodaux et du pouvoir ecclésiastique médiéval que les droits des victimes furent graduellement grugés et, en fin de compte, expropriés par ces autorités. Celles-ci imposaient bien une double punition au coupable, d'abord en confisquant sa propriété à leur profit à eux plutôt qu'au profit de la victime et, ensuite, en lui infligeant les oubliettes, la torture, le bâcher ou la potence. Mais la vraie victime était pratiquement laissée pour compte*<sup>27</sup>».

Ainsi, à ces conséquences, s'ajoutent d'autres effets pervers de l'Ordonnance de Colbert appelée Code du commerçant. En effet, la définition imprécise de la notion du débiteur malchanceux a permis aux débiteurs de s'entendre et de déclencher des faillites sur le principe de la malchance afin d'échapper à leurs engagements.

En outre, l'introduction des privilèges comme les lettres de justice, l'immunité d'investiture<sup>28</sup> et la fuite des faillis de la main de la justice sous prétexte qu'ils ne sont pas commerçants, et donc non soumis au code marchand,<sup>29</sup> ont permis aux débiteurs de retarder l'ouverture des procédures et donc de disparaître ou d'organiser leur insolvabilité.

Cette situation imprévisible créa un désordre qui va s'ajouter aux autres crises et qui va perdurer et s'accroître durant le XVIIIème siècle jusqu'au déclenchement de la révolution. La naissance de la République va renforcer et accroître la structure juridique. Cette emprise fut renforcée par le code de commerce aux dépens de l'engagement contractuel.

## **§2 - Le renforcement de la structure juridique de la faillite (le Code de Commerce de 1807)**

La Révolution Française se positionne en défense des pauvres, des opprimés. Sa théorie était formulée sur l'égalité. Celle-ci se présente sous deux formes : l'égalité des citoyens devant la loi et l'égalité en propriété. Le contexte de cet argument a trait au phénomène des privilèges accordés par le Roi. En effet, ces privilèges sont accordés à certains corps pour des motifs d'intérêt public et de prérogatives de dignité. Ils (privilèges) leur conféraient le droit de plaider en première instance par-devant les juges, mais surtout de bénéficier *de lettres de justice* qui atténuait sensiblement la rigueur des lois en matière civile. Ils leur permettaient également de bénéficier de *la grâce royale* que consentait le Roi à ses employés ou encore de bénéficier *des lettres de répit* qui correspondaient à la suspension de l'exécution de l'obligation contractuelle pour une durée ultérieure.

Ainsi, en privilégiant certains individus par rapport à d'autres par la seule volonté du Roi, le droit s'apparentait à un droit *injuste* et était considéré comme un droit qui «*blesse le droit d'autrui*»<sup>30</sup>. Cette injustice a poussé certains auteurs de l'époque, comme Montesquieu, à qualifier l'héritage juridique en matière de faillite en ces termes : «*Un citoyen s'est déjà donné une assez grande supériorité sur un citoyen en lui prêtant un argent que celui-ci n'a emprunté que pour s'en défaire, et que par conséquent il n'a plus. Que sera-ce dans une République, si les lois augmentent cette servitude encore davantage*<sup>31</sup> ?»

La défense de l'égalité que ces mouvements contestataires prônent et qui va établir pour la première fois la procédure collective en matière de faillite est fondée sur la constitution d'une norme.

<sup>26</sup> DERRIDA. F., GODE P., SORTAIS J.P. [1991]; «*Redressement et liquidation judiciaire des entreprises : cinq années d'application de la loi du 25/01/1985*», 3è Edition, DALLOZ.

<sup>27</sup> WILLIAM T. [1900], «*Reparation to the Injured and the Rights of the victims of Crime to Compensation*», Londres, pp 11-12.

<sup>28</sup> Il a été jugé lors d'un arrêt le 13 décembre 1565 que l'ouverture forcée d'un logis et la confiscation des biens non assortis, relevaient de l'effraction et du pillage. DESURVIRE D.[1991], Op. Cit., p 16.

<sup>29</sup> A cette lacune juridique, s'ajoute la loi sur l'incapacité du mineur de tout acte légal civil dès que la faillite est déclarée. DESURVIRE D. [1991], Op. Cit., p 7.

<sup>30</sup> DESURVIRE D.[1991], Op. Cit., p 19

<sup>31</sup> MONTESQUIEU, De l'esprit des lois, livre XII, ch.21 (cité par Desurvire)

Cette norme doit guider le législateur ou le gouvernement dans leurs décisions et non sur des pratiques fondées sur des privilèges garantissant certains aux dépens des autres comme en témoignent les «lettres de justice» de l'époque en matière de faillite.

C'est dans ce contexte que l'accent a été mis sur le renforcement et l'agrandissement de l'action publique en matière de faillite en établissant une procédure collective préservant les intérêts de *la masse des créanciers* et l'égalité entre eux. Ainsi, on a vu naître un commissaire judiciaire pour renforcer le dispositif sur les faillites et un syndic provisoire pour arbitrer la procédure d'homologation du concordat<sup>32</sup>. Cet arbitrage aboutissait soit à une résolution de compromis en présence du commissaire, soit à une contestation devant une juridiction consulaire. En cas d'échec du concordat, le syndic provisoire était remplacé par un syndic définitif pour une liquidation totale. Cette étape a été caractérisée également par une grande rigueur et par un degré de dissuasion important car elle a été élaborée à un moment où le comportement frauduleux de certains débiteurs n'incitait pas les hommes d'Etat à l'indulgence.

Ainsi, lorsque le failli commerçant cessait ses paiements, une procédure de liquidation des biens du débiteur tendait à organiser et à répartir ses biens entre les créanciers. Le failli se trouvait incarcéré à la maison d'arrêt pour dettes ; ses biens étaient mis sous scellés et il se trouvait sanctionné par la peine des travaux forcés.

Toutefois, malgré ses bonnes intentions, ce code s'est révélé inefficace pour au moins trois raisons. D'une part, il s'est caractérisé par une procédure lente et coûteuse. Cette lenteur a été créée par l'instauration d'obstacles rendant le concordat intouchable<sup>33</sup> et par les délais et les formalités qui augmentent le coût de la procédure et qui réduisent les droits des débiteurs<sup>34</sup>. D'autre part, ce code s'est avéré d'une efficacité limitée puisque les débiteurs ne couraient que des risques limités en dissimulant la cessation des paiements. En effet, les débiteurs nommaient souvent des syndics suite à une clause pour insuffisance d'actif afin d'arranger des accords à leur avantage sous forme de constitution de créances fictives. Enfin, ce code fixait un seuil de la déclaration de la procédure qui attribuait le privilège de poursuite de la procédure aux créanciers qui ont des créances importantes. Pour le reste, cette poursuite relève de l'impossible et la faillite était considérée pour eux selon les termes de D. Desurvire [1991] comme «*un sinistre sans assureur*»<sup>35</sup>.

Devant l'échec des lois en matière de faillite et l'influence des doctrines utilitaristes et «humanitaires», les législateurs et les juges ont infléchi leurs décisions en matière d'exécution des engagements contractuels d'abord au profit de la liquidation judiciaire (en effet, celle-ci permet au débiteur malheureux après requête au tribunal de commerce et sous contrôle du juge de bénéficier d'une réhabilitation), ensuite au profit du redressement judiciaire en raison du développement des sociétés en commandite par actions et de la séparation entre les biens de la société et les biens des personnes. Cet infléchissement est caractérisé par la réhabilitation du débiteur de ses obligations financières.

Cette évolution de la liquidation judiciaire vers le règlement judiciaire a marqué le XIX<sup>ème</sup> et le XX<sup>ème</sup> siècle et fut opérée à travers plusieurs lois. La section suivante illustre ce passage.

#### **SECTION IV - DE LA REHABILITATION DU COMMERCANT A LA SAUVEGARDE DES ENTREPRISES**

La réhabilitation se veut «*humanitaire*». Elle vise à réformer et à réhabiliter le débiteur, qui a été déclaré en état de cessation de paiements, des déchéances découlant d'une faillite personnelle ou

<sup>32</sup> C'est un accord à l'amiable qui s'effectue en présence du syndic.

<sup>33</sup> Le concordat n'est suspendu qu'à l'agrément de la majorité des créanciers ainsi que les trois quarts de la totalité des créances.

<sup>34</sup> Devant l'inefficacité de la loi, le monde des affaires s'est adapté en créant d'autres formes d'arrangement comme les accords amiables.

<sup>35</sup> DESURVIRE D.[1991], Op. Cit., p 7

de l'interdiction de diriger et d'administrer une entreprise commerciale<sup>36</sup>. Cette période crée une rupture avec le modèle médiéval et le droit naturel puisque l'on parle «*d'établissement humain*» et non plus «*d'établissement divin*». Cette tendance vise à prendre conscience de l'identité de nature qui unit les hommes et vise à leur venir en aide. Cette réhabilitation va toucher dans un premier temps les individus commerçants à travers plusieurs lois (§1). Ensuite, elle va s'étendre aux entreprises (§2).

### **§1 - La réhabilitation du commerçant**

Nous avons vu qu'à partir du XVI<sup>e</sup> siècle, plusieurs doctrines contestataires se sont développées. L'une d'elles est la doctrine *humanitaire*. Les raisons de cette tendance sont expliquées dans le discours de Millerand [1888] en ces termes : «*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 œuvre humanitaire et utile que d'encourager, par les dispositions même de la loi, le débiteur honnête à avouer loyalement à ses créanciers l'état de ses affaires, avant qu'elles soient absolument compromises.*», (Thiveaud, [1993], p. 92).

Dans ce sens, les lois de 1838 et 1889 ont subordonné la faillite non plus à la cessation de paiement mais au jugement. Le juge, lors de faillite, nommait un juge-commissaire et un liquidateur qui s'occupaient de la liquidation judiciaire. Des mesures préventives d'incarcération ont été adoptées. La sanction pénale pour expropriation contre le failli n'est plus à l'ordre du jour pour le failli «*honnête*»<sup>37</sup>. Le règlement judiciaire, établi par la loi de 1889, permet au débiteur de conserver sa liberté de gestion et marque ainsi la distinction entre la défaillance et la faute qu'entraîne la liquidation.

En ce sens, la faillite devient une mesure de répression qui n'est déclarée que lorsqu'elle appréhende un débiteur en train de commettre une transaction frauduleuse alors que la défaillance est considérée comme une mesure de réhabilitation. Elle intervient pour réhabiliter le débiteur et pour gommer le lien contractuel qui est l'obligation de rembourser ses dettes.

Toutefois, avec les crises et le développement des sociétés anonymes et des sociétés à responsabilité limitée,<sup>38</sup> la réhabilitation s'est étendue à l'entreprise en tant qu'entité morale<sup>39</sup>. La procédure collective ou la défaillance n'est plus considérée comme une menace privée régie par les accords contractuels mais une menace d'ordre public puisque le traitement de la faillite ne relève plus de la relation contractuelle mais est soumise au bon vouloir du droit public<sup>40</sup>. La raison de ce revirement juridique est fondée sur le sauvetage de l'entreprise et l'emploi. Il en résulte qu'au moment où le droit de sauvetage des entreprises «*malades*» naît, le droit contractuel disparaît. Cette naissance est opérée à travers plusieurs lois.

### **§2 - La sauvegarde de l'entreprise et la rupture avec le cadre contractuel**

Les conséquences de la crise de 1929 qui a provoqué un effondrement d'un nombre important d'entreprises françaises ont joué un rôle déterminant dans l'intervention massive de l'Etat dans les

<sup>36</sup> GUILLIEN R. et VINCENT J.[1981], «*Lexique de Termes Juridiques*», Dalloz, p 365

<sup>37</sup> SAINT-ALARY H.[1995] «*Entreprise en difficulté et concurrence.* », *Revue Internationale du Droit Economique*, n°2, p 170

<sup>38</sup> Loi de 1967

<sup>39</sup> Sur la nature de l'entreprise, nous conseillons le lecteur de se rapporter à l'articles de R. COASE [1937], «*The nature of The Firm* », *Economica*, pp 140. Toutefois, sur la relation de l'entreprise avec le droit, voir les articles de JEAMMAUD A., KIRAT T. et VILLEVAL M-C. [1995], «*Les règles juridiques, l'entreprise et son institutionnalisation : Au croisement de l'économie et du droit*», *Revue Française d'Economie*, pp 99-141 ; KIRAT T. et VILLEVAL Marie-C. [1995], «*L'insaisissable entreprise de l'économie et du droit*», *Revue Française d'Economie*, vol.10, n°4, Automne, pp 157-203.

<sup>40</sup> MONTREDON J. F.[1988], «*La théorie générale du contrat à l'épreuve du nouveau droit des procédures collectives*», *La Semaine Juridique*, Ed. E, n°14-15, pp 269 (268-280) ; PEDAMON M. [1994], «*Droit commercial* », Ed. Dalloz, pp 322-323.

affaires privées. Cette intervention croissante s'est opérée à travers plusieurs décrets-lois. On distingue généralement, les décrets-lois de 1935, de 1955 et les lois de 1967, 1985 et 1994. L'intervention étatique de 1935 est opérée à travers l'introduction de la liquidation judiciaire qui constitue une forme de réhabilitation des commerçants victimes de la conjoncture économique (A). Le décret-loi de 1955 et la loi de 1967 ont établi le règlement judiciaire en établissant la distinction entre la défaillance et la faute et en rejetant la faillite dans la limite de l'exception. Cette manœuvre étatique avait pour objet de maintenir et de sauver les entreprises en faillite. Les lois de 1985 et de 1994 ont consolidé cet objectif (B).

### **A - La réhabilitation du commerçant et de l'entreprise (ou liquidation judiciaire)**

La réforme de 1935 s'est effectuée à partir de deux décrets-lois : le premier concerne l'organisation judiciaire de la faillite ; le deuxième édicte les règles spécifiques applicables aux sociétés puisque les procédures collectives ou droit de faillite n'étaient appliqués qu'aux commerçants. Elles n'atteignaient pas les dirigeants des sociétés anonymes ou des sociétés à responsabilités limitées (S.A.R.L.)<sup>41</sup>.

Ces décrets-lois se sont inscrits dans le cadre de l'augmentation des pouvoirs des tribunaux aux dépens des assemblées des créanciers. Ils ont pour but de réduire les délais de recours tout en élargissant les modalités de la faillite aux administrateurs et gérants des entreprises.

En ce sens, le décret de 1955 avait pour objectif, d'une part, de définir les bornes de l'honnêteté, de la fraude et du malheur ou du crime délibéré. D'autre part, il avait pour but le maintien et l'amélioration des entreprises «viables» et l'organisation d'un concordat qui permettait de concilier les intérêts des créanciers et de garder le commerçant à la tête de ses affaires.

Toutefois, malgré ces efforts juridiques, le règlement judiciaire était imparfait pour répondre aux problèmes que soulevaient les nouvelles structures d'affaires (sociétés). En effet, l'internationalisation des crises et des échanges, la faillite du secteur immobilier dans les années soixante et la cessation de paiements de ces entreprises qui n'étaient pas considérées comme des entreprises commerciales ont provoqué des effets négatifs sur le crédit. Cette crise a mené le législateur en 1967 à distinguer le sort du débiteur de celui de l'entreprise et de déterminer le sort de celle-ci à partir des critères économiques.

Ainsi, lorsqu'il y avait des chances de redressement, le tribunal prononçait le règlement judiciaire qui se terminait par une reprise de l'activité. En revanche, lorsque ces chances étaient faibles ou que l'entreprise n'était pas susceptible de survivre, le tribunal prononçait la mise en liquidation des biens. Dans le cas où le tribunal prononçait la reprise de l'activité de l'entreprise, il pouvait arrêter les poursuites judiciaires des créanciers contre les débiteurs. Cette suspension de poursuite judiciaire était provisoire. Elle avait pour rôle d'empêcher la faillite sinon la reculer. Le tribunal pouvait également écarter et condamner les dirigeants de l'entreprise en cas de faute grave.

Pour certains parlementaires de l'époque, ce dispositif prêtait à des critiques. D'une part, la réforme ne considérait pas la survie de l'entreprise comme une fin mais comme un moyen de permettre au débiteur d'apurer son passif. En effet, le droit de faillite se préoccupait trop du paiement des créanciers en oubliant la survie de l'entreprise alors que le paiement des créanciers n'était pas conciliable avec la survie de l'entreprise.

D'autre part, les parlementaires considéraient que les créanciers, lors de la faillite, percevaient peu à cause des frais administratifs et de tribunaux. Dès lors, l'existence des sacrifices d'une façon formelle sous un nouveau régime pour la prévention et la sauvegarde de l'entreprise permettraient d'augmenter le bien être social et ne changeraient en rien la situation des créanciers en cas de faillite puisque ceux-ci ne recevraient rien dans tous les cas.

---

<sup>41</sup> Cet élargissement de responsabilité a poussé certains auteurs à s'interroger sur le fondement théorique de ces mesures. Ainsi, Yves Guyon se demande s'il faut l'application aggravée des règles de responsabilité civile ou au contraire la reconnaissance d'une certaine transparence de la personnalité morale ? Voir GUYON Y. [1995], «Droit des affaires», 5ème Ed., Economica, p 17.

Enfin, ils reprochaient à la loi de 1967 de ne pas avoir associé les salariés à la procédure de faillite et de les considérer comme des créanciers normaux<sup>42</sup>.

Toutes ces raisons expliquent la naissance des lois de 1985 et 1994 qui sont fondées sur la réhabilitation totale et la sauvegarde des entreprises «viables» de «leurs maladies».

## **B - La sauvegarde des entreprises “malades”**

Face à la montée du nombre de faillites et à l'impératif de survie des entreprises pour des raisons «humanitaires» et thérapeutiques, comme l'a décrit Pérochon [1992] : *«Les difficultés de l'entreprise (ses «maladies») ne pourraient laisser passif qu'un législateur absolument libéral ou résolument fataliste, qui n'existe pas (s'il a jamais existé). Dans la réalité, le législateur ne peut rester indifférent à ces difficultés»*<sup>43</sup>.

Ou encore comme l'a écrit Guyon [1995], à propos de la suspension provisoire des poursuites judiciaires des créanciers, en ces termes : *«Sur ce point, la loi du 25 janvier 1985 s'éloigne du dispositif de 1967. Elle supprime la procédure de suspension provisoire, réputée inefficace. Elle ne permet, avant la cessation des paiements, qu'un règlement amiable extrajudiciaire, reposant sur la bonne volonté des créanciers. Cette réforme constitue un grand bond en arrière : il est regrettable que le tribunal doive attendre la cessation des paiements pour pouvoir intervenir. C'est un peu, toutes proportions gardées, comme si on décidait d'attendre pour soigner un malade qu'il soit dans un état comateux. Le législateur a été conscient de son erreur. Une loi du 30 décembre 1988, applicable aux seuls agriculteurs, puis une loi du 10 juin 1994 de portée générale ont rétabli un mécanisme de suspension provisoire des poursuites, inspiré de l'ordonnance de 1967»*<sup>44</sup>.

Ainsi, le but de ces lois n'est plus seulement d'accompagner la faillite en organisant la liquidation judiciaire d'une entreprise et en sanctionnant les dirigeants présumés coupables de la faillite, mais il s'agit désormais de déceler très tôt les signes avant le déclenchement de la faillite, ce qui permet de prévenir le mal ou, à défaut, de le traiter avec de meilleures chances de succès<sup>45</sup>.

Il s'ensuit que ces lois ne s'accommodent guère mieux des règles inhérentes aux sources des obligations puisqu'elles permettent de porter atteinte aux principes qui dominent la formation et les effets de toute convention. En effet, en cas de faillite, le tribunal peut décider de la continuation ou non de la relation contractuelle. Il peut ordonner et imposer en cas de désaccord le remplacement d'une sûreté réelle conventionnelle par une garantie équivalente. Il peut aussi déterminer la continuation de certains contrats qu'il juge nécessaire au maintien de l'activité de l'entreprise. Et enfin, il peut modifier certains contrats et obliger le cocontractant à remplir ses obligations malgré le défaut d'exécution par le débiteur. Le but de ces atteintes est de «guérir» l'entreprise «malade»<sup>46</sup>.

Cette intervention au nom du traitement thérapeutique a été critiquée par Lewis [1948], qui considérait que les autorités pouvaient recourir au concept de «maladie» pour imposer leur empire totalitaire sous prétexte thérapeutique puisque *«si on doit considérer comme une seule et même chose la faute et la maladie, il s'ensuit que tout état d'esprit que nos maîtres décideront de nommer «maladie» pourra être considéré comme un crime, et traité par la force. On plaidera en vain que les états d'âme qui déplaisent aux hommes de l'Etat ne sont pas nécessairement dépravés et ne méritent pas toujours une privation de liberté. Car nos maîtres ne parleront pas en termes de mérite et de punition, mais en termes de maladie et de traitement... Même si le traitement est douloureux, même s'il dure toute la vie, même s'il s'avère mortel, il ne s'agira que de regrettables accidents puisque l'intention était purement thérapeutique. C'est comme dans la médecine ordinaire : il y a des*

<sup>42</sup> DERRIDA, F., GODE P., SORTAIS J.P. [1991]; *«Redressement et liquidation judiciaire des entreprises : cinq années d'application de la loi du 25/01/1985»*, Op. Cit.

<sup>43</sup> PEROCHON F. [1992], *«Entreprises en difficulté : Instruments de Crédit et de Paiement»*, Ed. L.G.D.J ; pp 1-2

<sup>44</sup> GUYON Y. [1995], Op. Cit.

<sup>45</sup> PEROCHON F. [1992], Op. Cit. p. 2.

<sup>46</sup> MONTREDON J. F. [1988], *«La théorie générale du contrat à l'épreuve du nouveau droit des procédures collectives»*, *La Semaine Juridique*, Ed. E, n°14-15, pp 269 à 272 (268-280)

*opérations douloureuses, voire fatales. Et comme il s'agit de "traitement" et non de "châtiments", la critique n'est permise qu'à la seule communauté des experts sur des points techniques, elle n'est pas permise aux hommes en tant qu'hommes sur des questions de justice*<sup>47</sup>.

Quelques auteurs cependant, plus proches de cette analyse, considéraient que cette procédure thérapeutique restait indéterminée et relevait du bon vouloir du thérapeute. Ainsi, Armstrong qualifiait le caractère humanitaire de cette procédure en ces termes : *«la structure logique des peines exige que chaque criminel subisse un traitement de réhabilitation jusqu'à ce qu'il ait été assez transformé pour que les experts le certifient 'réformé'. Selon cette théorie, chaque sentence devrait être indéterminée - ou peut être 'déterminée selon le bon plaisir du psychologue' - puisqu'il n'y a plus de fondement au principe de la peine à durée déterminée. 'Tu as volé un pain ? Eh ! bien, il faut te réformer, même si cela doit durer jusqu'à la fin de tes jours.' Dès qu'il est reconnu coupable, le condamné perd tous ses droits d'être humain ... Je n'ai que faire de cette forme d'humanitariste*<sup>48</sup>.

Ainsi, au lieu de la thérapie, on assiste à des injustices guidées par certains administrateurs judiciaires et juges qui disposent du pouvoir arbitraire de décider du destin des entreprises et des hommes. D'où, le critère de la réhabilitation ne sera pas à la mesure de la faute du débiteur, mais laissé à la bonne volonté du juge et des administrateurs judiciaires qui décideront de cette réhabilitation<sup>49</sup>.

Par conséquent, au lieu de l'égalité de tous devant la justice qui implique les mêmes peines pour des transgressions équivalentes, on aura une situation où certains administrateurs judiciaires et juges décideront que certaines entreprises ou commerçants doivent être réhabilités alors que d'autres seront condamnés à la disparition et à la saisie de leurs biens<sup>50</sup>.

A cette injustice s'ajoute l'irresponsabilité que le droit confère aux débiteurs faillis et ses conséquences sur la relation contractuelle. Ainsi que le remarque Desurvire, *«dans le sillage de la voie humanitaire, où le laxisme côtoie la sagesse, le législateur de 1985 n'avait qu'à raser les derniers vestiges de la présomption de faute qui pesait sur la personne-dirigeant en cas d'insuffisance d'actifs, et amenant ainsi la procédure collective à une simple affaire de société. Les rapports contractuels entre débiteurs et créanciers pourraient se résumer d'un bloc dans l'expression «jouer c'est gagner» pour devenir apurer c'est payer ! ».*(Desurvire [1991], p. 10).

La conséquence est que le règlement judiciaire constitue pour les débiteurs non plus une sanction de leur attitude irresponsable, mais une étape de leur enrichissement personnel, dans l'insouciance du désastre provoqué par le déficit financier et les compressions sur l'emploi<sup>51</sup>.

## Conclusion

Dans cet article, nous avons voulu comprendre le déclin du droit contractuel en matière de faillite. Pour cela, nous avons fondé notre analyse sur l'évolution historique. Cette analyse nous a permis de distinguer trois phases par lesquelles le droit contractuel s'est éteint :

- la période du droit naturel : le juge doit fonder son jugement sur les réalités quotidiennes et les coutumes ;

---

<sup>47</sup> LEWIS G. S. [1948-49], «The Humanitarian Theory of Punishment», *Twentieth Century*, Automne ; Voir aussi ROTHBARD, [1982], Op. Cit., p 127.

<sup>48</sup> ARMSTRONG Cité par Rothbard, p 125

<sup>49</sup> FORTIN D., DELABRE A. et RIVAUD F. [1998], «La justice : le scandale des faillites», Op. Cit., p 48 ; ces auteurs affirment que «chaque jour, les juges exercent leur droit de vie et de mort sur des entreprises menacées de faillite».

<sup>50</sup> ROTHBARD M. [1982], Op. Cit., p 124.

<sup>51</sup> DERRIDA F., GODE P., SORTAIS J.P. « *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises.* », 3<sup>ème</sup> Ed., Dalloz, p 21; considèrent en ces termes « sans doute a-t-on voulu donner la priorité au social sur l'économie ; mais c'est oublier que, dans notre société, l'économie soutient le social ; celui-ci s'écroule s'il n'a pas de support économique».

- la période médiévale : cette période est caractérisée par le conflit qui opposait l'Eglise qui détenait le monopole de la justice aux contestations populaires et qui réclamait la souveraineté populaire et l'autonomie de l'individu et donc la naissance du contrat ;
- la période du renforcement de l'Etat et la protection contractuelle ;
- et enfin, la réhabilitation de l'entreprise «malade» et la disparition du droit contractuel.

Durant la première période, le débiteur failli était considéré comme un criminel. En cas de faillite, le créancier disposait de ses biens présents et à venir. La montée des mouvements contestataires a conduit l'individu à acquérir une autonomie et à jouir d'une faculté à conclure des contrats sur sa propriété.

Toutefois, l'expansion des affaires a nécessité l'intervention de l'Etat pour se prémunir contre les faillis. Durant cette monopolisation par l'Etat de l'appareil judiciaire (1560, 1673 et 1807), l'Etat a introduit la notion de banqueroute et les lettres de répit qui ont permis aux débiteurs faillis d'échapper à leurs obligations financières et de permettre à l'Etat de renforcer son monopole. Cette période a été caractérisée par une sanction sévère du débiteur criminel mais elle a été caractérisée également par le début d'une ère nouvelle où le non-remboursement de la dette devient dans certaines circonstances la conséquence d'un aléa imprévisible et ne fait supporter au failli aucune sanction pénale.

Ce revirement de la règle juridique va engendrer la réhabilitation de l'entreprise (1935,1967,1985 et 1994) qui consistait à sauver les entreprises en difficulté financière. Durant cette période, le législateur ne sanctionne plus le dirigeant de l'entreprise mais il cherche les remèdes pour que l'entreprise redémarre.

Il s'ensuit que cette règle va sacrifier les créanciers et les engagements contractuels consentis afin de sauver l'entreprise. Cette évolution historique peut être résumée de manière schématique dans le tableau ci-après :

**Tableau 2 : Evolution historique du droit de la faillite**

Périodes et dates de la loi	Type de sanctions de l'inexécution de l'obligation contractuelle		
	Peines proportionnelles	Dissuasion	Réhabilitation
Droit romain	Le débiteur s'exposait outre les dommages-intérêts, à la confiscation de ses biens.		
Code du Commerçant 1673 Code de Commerce 1807		<b>Sanctions pénales</b> très fortes pour le débiteur frauduleux	Réhabilitation du failli malchanceux
Loi de 1838 ; loi de 1889		<b>Sanctions pénales</b> pour le débiteur frauduleux	<b>Liquidation judiciaire</b> : la faillite n'est plus subordonnée à l'inexécution des obligations financières mais au jugement. Le commerçant honnête et de bonne foi n'est plus soumis à la contrainte physique.
Décret loi de 1935 et de 1955		<b>Sanctions pénales</b> pour le débiteur frauduleux	<b>Règlement judiciaire</b> : il s'agit de faire la distinction entre la défaillance et la faute. Le but de cette distinction est de <b>sauver</b> l'entreprise en cas de défaillance afin d'améliorer le sort des créanciers. Le failli, en cas de faillite, est condamné.
Loi de 1967		<b>Sanctions pénales</b> pour le débiteur frauduleux	<b>Règlement judiciaire</b> : le but est le sauvetage des entreprises en difficulté. Les poursuites judiciaires pour remboursement <b>sont suspendues</b> provisoirement.
Lois de 1985 et de 1994		<b>Sanctions pénales</b> pour le débiteur frauduleux	<b>Redressement judiciaire</b> : il s'agit de prévenir les difficultés de l'entreprise avant son déclenchement ; de sauver les entreprises viables. Les droits des créanciers sont sacrifiés. Les débiteurs ne sont pas sanctionnés sauf en cas de faute grave.

Ce revirement juridique, c'est-à-dire le passage d'un régime respectueux des engagements contractuels à un régime de prévention, avait pour objectif principal, selon l'article 1 de la loi de 1985, la sauvegarde de l'entreprise<sup>52</sup>. Toutefois, si cet objectif de sauvetage des entreprises constitue la pierre angulaire de la loi, on peut s'interroger sur son efficacité.

<sup>52</sup> L'art. 1er de la loi donne à la procédure nouvelle trois finalités différentes :  
 - la sauvegarde de l'entreprise ;  
 - le maintien de l'activité et de l'emploi ;  
 - l'apurement du passif.

## BIBLIOGRAPHIE

- CLAY K. [1997], «Trade Without Law : Private Order Institution In Mexican California», *The Journal of Law, Economics and Organization*, V13 N1, pp 202-231
- COASE R.[1937], « The nature of The Firm », *Economica*, pp 140
- COOTER R. D. et ULEN T. [1988], «*Law and Economics*», Harper Collins Publishers, chap 6/7
- COUNTRYMAN [1985], «The Concept of A Voidable Preference In Bankruptcy», *Vanderbilt Law Review*, vol. 38, pp 713-827
- DERRIDA. F., GODE P., SORTAIS J.P. [1991]; «*Redressement et liquidation judiciaire des entreprises : cinq années d'application de la loi du 25/01/1985*», 3è Edition, DALLOZ
- DESURVIRE D. [1991], «Banqueroute et Faillite : de l'Antiquité à la France contemporaine», *Les Petites Affiches*, n°104-105, Août/Septembre, pp 12-19 et pp 4-11
- GUILLIEN R. et VINCENT J. [1981, «*Lexique de termes juridiques*», 5 Ed. Dalloz,], p 365
- GUYON Y. [1995], «*Droit des affaires: entreprise en difficultés, redressement judiciaire, faillite*», 5è. Ed. Economica, Tome 2, p 7
- JEAMMAUD A., KIRAT T. et VILLEVAL M-C. [1995], «Les règles juridiques, l'entreprise et son institutionnalisation : Au croisement de l'économie et du droit», *Revue Française d'Economie*, pp 99-141
- KIRAT T. et VILLEVAL Marie-C. [1995], «L'insaisissable entreprise de l'économie et du droit», *Revue Française d'Economie*, vol.10, n°4, Automne, pp 157-203
- LEMENNICIER B. «Cours de micro-économie», Paris II.
- LEWIS G. S. [1948-49], «The Humanitarian Theory of Punishment», *Twentieth Century*, Automne
- LIAGRE M. O. [1997], «L'évolution des défaillances depuis 1989 : facteurs explicatifs», *INSEE*, n° ISSN 09844754, 1er semestre
- MAZEAUD H. L., MAZEAUD J. et CHABAT F. [1991], «*Leçon de droit civil : obligations, théorie générale, T2*», vol 1, 8è édition, Montchrestien
- MONTESQUIEU, De l'esprit des lois, livre XII, ch.21
- MONTREDON J. F. [1988], «La théorie générale du contrat à l'épreuve du nouveau droit des procédures collectives», *La Semaine Juridique*, Ed. E, n°14-15, pp 269 à 272 (268-280)
- PANIKKAR R. «*Le mythe comme histoire sacrée, Le sacré, études et recherches ...* Paris Aubier, 1974
- PEDAMON M. [1994], « Droit commercial », Ed. Dalloz, pp 322-323.
- PEROCHON F. [1992], «*Entreprises en difficulté : Instruments de Crédit et de Paiement*», Ed. L.G.D.J ; pp 1-2
- ROTHBARD M. [1982], «*L'éthique de la liberté*», Humanities Press, Atlantic Highlands, traduit en français dans Ed. Les belles lettres, Ch. 13, pp 117 (114-128)
- SAINT-ALARY H.[1995] « Entreprise en difficulté et concurrence. », *Revue Internationale du Droit Economique*, n°2, p 170
- SCHUCHMAN P. [1973], «An attempt at a ‘Philosophy of Bankruptcy’», *UCLA Law Review*, vol. 21, p 439
- SCMITT MARIE-C. [1996], «Les défaillances d'entreprises en France», *Problèmes Economiques*, n°2497, Décembre, pp 15 (13-18)

THIVEAUD J. M. [1993], «L'ordre Primordial de la dette», *Revue d'Economie Financière*, n° 25, pp 67 et 68 (67-105)

WILLIAM T. [1900], «*Reparation to the Injured and the Rights of the victims of Crime to Compensation*», Londres, pp 11-12