

**Séminaire
Vie des Affaires**

*organisé grâce aux parrains
de l'École de Paris :*

Air France
Algoé²
Alstom
ANRT
ArcelorMittal
Areva²
Cabinet Regimbeau¹
Caisse des Dépôts et Consignations
CEA
Chaire "management de l'innovation"
de l'École polytechnique
Chambre de Commerce
et d'Industrie de Paris
CNRS
Conseil Supérieur de l'Ordre
des Experts Comptables
Danone
Deloitte
École des mines de Paris
EDF
Entreprise & Personnel
ESCP-EAP
Fondation Charles Léopold Mayer
pour le Progrès de l'Homme
France Télécom
FVA Management
Roger Godino
Groupe ESSEC
HRA Pharma
IDRH
IdVecto¹
La Poste
Lafarge
Ministère de l'Industrie,
direction générale des Entreprises
PSA Peugeot Citroën
Reims Management School
Renault
Saint-Gobain
Schneider Electric Industrie
SNCF¹
Thales
Total
Ylios

¹ pour le séminaire
Ressources Technologiques et Innovation
² pour le séminaire Vie des Affaires

(liste au 1^{er} juin 2008)

**QUAND LA JUSTICE PREND EN MAIN
L'ENTREPRISE**

par

Philippe ESTÈBE
Mandataire de justice

Séance du 8 février 2008
Compte rendu rédigé par Pascal Lefebvre

En bref

En deux mille ans d'histoire, le droit de la faillite a vu s'inverser les relations entre créanciers et débiteurs. De la mise à mort, dans l'Antiquité, du débiteur défaillant par ses créanciers aux multiples possibilités de sa rédemption offertes par le droit actuel, en passant par tous les degrés de sanction, de l'*infamia* au dessaisissement, les procédures n'ont cessé de se complexifier et de définir des priorités adaptées aux nécessités du temps. Entre la préservation de l'emploi et celle de l'outil de travail, entre la défense des créanciers et celle du crédit, entre la possibilité pour le débiteur de se rétablir et la juste sanction nécessaire au respect de l'ordre public, c'est un équilibre subtil que juges, auxiliaires de justice et entrepreneurs doivent désormais élaborer, dans lequel les compétences se substituent désormais de plus en plus aux anciens rapports de pouvoir.

*L'Association des Amis de l'École de Paris du management organise des débats et en diffuse
des comptes rendus ; les idées restent de la seule responsabilité de leurs auteurs.
Elle peut également diffuser les commentaires que suscitent ces documents.*

EXPOSÉ de Philippe ESTÈBE

Je suis un atypique des procédures de faillite. À une époque lointaine, j'ai été administrateur provisoire nommé par des tribunaux ; j'ai ensuite été expert ; aussi liquidateur amiable de plusieurs sociétés ; liquidateur "inqualifiable" d'autres sociétés, désigné à la fois par les actionnaires et les tribunaux ; je suis souvent mandataire ad hoc, au titre de la loi sur la sauvegarde des entreprises en difficulté ; je suis parfois mandataire ad hoc et ensuite expert ou liquidateur amiable. J'ai gravité dans ce monde des entreprises en difficulté sans jamais faire partie de ces professions répertoriées que sont celles de mandataire liquidateur ou d'administrateur judiciaire. Et surtout, j'ai eu effectivement à connaître de sept à huit cents procédures de défaillance d'entreprises.

Qu'est-ce que la faillite ?

Aujourd'hui, le droit de la faillite vit un changement profond face à ses deux millénaires d'histoire. Interroger les rapports de pouvoir entre l'institution judiciaire et l'entreprise est original dans la mesure où, jusqu'à une époque récente, la question principale fut celle des rapports entre l'institution judiciaire et les créanciers. En matière de droit de la faillite, on parle du débiteur et non de l'entreprise puisque ce terme s'applique de façon générale aussi bien aux personnes morales, représentées par leurs dirigeants, qu'aux personnes physiques impliquées dans des activités professionnelles ou des actes de commerce. Pendant plus de 2 000 ans, le débiteur n'a pas compté : il attendait, assis au bord de la procédure, les sanctions, plus ou moins coercitives suivant les époques, parfois adoucies par la décision du roi ou par l'évolution des mœurs du temps.

Mais avant toute chose, il nous faut définir les mots et expressions le plus souvent employés. Ainsi, tout d'abord, que recouvre la faillite ? Ce terme n'est apparu qu'au XIII^e siècle, en Italie. Sous un vocable unique, il enveloppe trois situations distinctes, quoique liées. Il est d'abord le constat d'un fait : l'incapacité d'un débiteur à honorer ses engagements vis-à-vis d'un ou plusieurs créanciers.

Mais la faillite est aussi la procédure qui se met en œuvre dès lors que cette défaillance est avérée. De façon justifiée, cette procédure est qualifiée de collective. Face à un débiteur non défaillant qui n'honore pas sa dette, le créancier peut de son propre chef, à titre individuel, engager des poursuites pour obtenir son paiement, éventuellement par décision de justice. Mais, si le débiteur est défaillant, alors le créancier doit passer par les fourches caudines d'une procédure, et ce depuis plus de 2 000 ans, et s'en remettre à une institution qui défend indistinctement, collectivement, les intérêts des créanciers. Il subira le sort commun en attendant de percevoir – ou non – un dividende attribué à égalité avec les autres créanciers de même rang, à proportion de la créance de chacun. Cette procédure est bien collective, par opposition à l'action individuelle du premier cas.

Enfin, troisième volet de la faillite : les sanctions à l'encontre du débiteur. Elles ont été, au fil du temps, soit civiles, soit pénales et, parfois, morales. En effet, pendant de longs siècles, la faute du débiteur impécunieux n'avait pas à être établie : être défaillant était une faute en soi et le débiteur était soumis à la honte et à l'infamie (*infamia*).

Aujourd'hui, la faillite n'a plus grand-chose à voir avec tout cela ; elle reste avant tout pour les juristes et les professionnels des affaires en difficulté une commodité de langage. L'institution judiciaire conserve le mot en hommage au droit occidental des premiers âges, pour désigner le domaine juridique et judiciaire des difficultés des entreprises. Stricto sensu, dans les textes législatifs ou réglementaires, la faillite subsiste encore néanmoins : elle est le titre donné au chapitre de la loi qui fixe une sanction que le tribunal a la faculté de prononcer à l'égard d'un dirigeant d'entreprise défaillante, face à des fautes de gestion avérées. De fait, cette sanction de la faillite se résume aujourd'hui en une interdiction de gérer pendant un laps de temps qui ne peut excéder quinze ans.

Autre terme : la banqueroute. En anglais, elle a été longtemps synonyme de faillite : *to go bankrupt*. Aujourd'hui, le vocabulaire s'étant diversifié, on dit : *to go failing*.

En droit français, la banqueroute est une faillite frauduleuse. Le débiteur est passible des peines de la banqueroute lorsque, après avoir été défaillant, il a tenté de soustraire à la procédure une partie de son patrimoine pour le mettre à l'abri. Si la banqueroute est prononcée, les peines prévues sont de cinq ans de prison et de 75 000 euros (aggravées, pour une société de Bourse, à sept ans de prison et 100 000 euros d'amende). Faillites et banqueroutes ne sont donc plus, en droit, que des sanctions applicables dans des situations précises.

Définissons maintenant le dessaisissement. Il y a dessaisissement quand la Justice retire au débiteur défaillant la capacité de s'occuper de ses propres affaires ; désormais son patrimoine va être géré par la procédure et lui-même sera simple spectateur assis au bord du chemin.

Un mot enfin sur la cessation des paiements. La faillite commence par le constat de l'incapacité financière du débiteur à honorer ses dettes : dans notre droit actuel, elle est désignée par la cessation des paiements. L'appréciation de l'état de cessation des paiements reste incertaine et fait encore l'objet de débats. Périodiquement, la Cour de cassation doit se prononcer sur ce point. La loi précise que l'état de cessation de paiement d'un débiteur est avéré à l'instant où il ne peut faire face à son passif exigible avec son actif disponible. Cette formulation paraît simple. Elle ne l'est pas, notamment au regard des évolutions du crédit qui permettent au débiteur de mobiliser des créances, de faire appel au factoring, etc... L'actif disponible est une notion mouvante.

Le droit romain et la faillite

Portons-nous très loin en arrière, à une période où les mythes dissimulaient souvent la réalité des faits. Remontons à la Rome archaïque, qui commence avec Romulus et se termine avec Tarquin le Superbe, le dernier roi, à l'avènement de la République. À cette époque, le droit coutumier de la faillite était dissuasif et expéditif. Dès lors qu'un débiteur ne payait pas son créancier, celui-ci avait le droit, garanti par un magistrat, d'appréhender la personne même du débiteur. À cette époque, en l'absence de déclaration de fortune, de cadastre et de bilan, le patrimoine du débiteur était d'une consistance incertaine ; il paraissait donc plus efficace de s'emparer du débiteur lui-même. Le créancier avait ensuite le choix entre le réduire en esclavage ou le tuer !

C'est sous la République, quatre siècles avant Jésus-Christ, à l'acte fondateur du droit romain qu'est la Loi des Douze Tables, qu'a été instituée la première procédure collective. Le créancier qui appréhendait le débiteur, s'il le mettait à mort, devait découper son corps en autant de morceaux que de créanciers susceptibles de concourir. Ce découpage du débiteur marque le début des procédures collectives : la civilisation était en marche !

Le droit romain s'est ensuite perfectionné : une loi d'une étrange modernité a structuré et institutionnalisé la procédure collective. Les créanciers, sous le contrôle d'un magistrat - souvent un sénateur - ont alors dû désigner un magister, à peu de chose près, un syndic, pour les représenter. Celui-ci devait vérifier leurs droits et créances, gérer et, éventuellement, réaliser les biens du débiteur. Dans la loi d'origine, le magister n'était pas autorisé à les vendre séparément, il devait les céder globalement à un acquéreur qui indemnisait les créanciers selon des modalités contractuelles. Dans une évolution postérieure des textes, le magister a obtenu la faculté de céder ces biens "par appartements". Mais, à l'image de notre Fonction publique qui sépare les fonctions de l'ordonnateur de celles du comptable, le magister s'est vu contraint de confier le produit de la vente à un curateur chargé d'indemniser les créanciers. Ces attributions disjointes et complémentaires du magister et du curateur sont, à peu de chose près, l'ancêtre de celles de l'administrateur judiciaire et du représentant des créanciers de nos lois nationales en vigueur depuis 1985.

Les choses se sont plutôt bien passées jusqu'à l'époque de l'empire romain. Dès Auguste, le fisc a progressivement envahi toute la société impériale et le magister n'a pas pu continuer à être un bénévole désigné à la requête et convenance des créanciers. La fonction s'est professionnalisée, face aux pouvoirs du fisc auquel le magister devait rendre compte et qui souvent était lui-même créancier. Magister et curateur ont dû faire preuve de rigueur et de prudence car, si on ne découpait plus le débiteur, ce sort funeste menaçait le magister négligeant ou approximatif. Moyennant quoi, on ne s'est plus guère occupé du débiteur. Il était voué à l'*infamia*, souvent emprisonné et, bien plus tragique, déchu de ses droits de citoyen romain.

Lorsque le christianisme a commencé à se propager dans l'empire, les chrétiens, lorsqu'ils étaient débiteurs et créanciers, ont essayé de régler leurs problèmes entre eux en s'inspirant des exigences de leur foi. L'illustration la plus emblématique de cette tendance à échapper aux lois de l'Empire est donnée par la vie d'un certain Calixte. Régisseur d'un riche chrétien, il avait pu appréhender son patrimoine, s'était installé comme banquier avant de faire faillite. En fuite, il fut rattrapé en Espagne. On pourrait penser que sa carrière allait s'achever là, probablement pendu ou crucifié. Il n'en fut rien. Quelques années plus tard, on le retrouve administrateur du cimetière chrétien de la Via Appia, qui porte aujourd'hui le nom de Catacombe de Saint-Calixte. Il finira sa vie comme pape, sous le nom de Calixte I^{er} et repose aujourd'hui, bienheureux et canonisé, dans la basilique Santa Maria de Trastevere...

La mainmise du judiciaire

Après la chute de Rome, on survole les siècles obscurs pour se retrouver à nouveau en Italie, mais au XIII^e siècle. L'Europe vit alors une période prospère. Avec les croisades, les moines soldats ont sécurisé les routes commerciales ; Gênes et Venise font régner un certain ordre en Méditerranée et le commerce se développe. Les villes italiennes décident de donner une consistance nouvelle au droit de la faillite en s'éloignant du droit romain : ce ne sont plus les créanciers qui vont administrer la faillite par le procureur interposé qu'est le magister, mais directement le tribunal. Le système judiciaire établit sa mainmise sur l'administration de la procédure collective et sur la gestion des biens du failli. Les créanciers perdent leur pouvoir. Quant au débiteur, il reste soumis à des sanctions sévères destinées à prévenir tout risque de fuite de sa part. En ces temps moyenâgeux, l'autorité du droit ne s'exerce que dans l'emprise étroite de la ville et de ses proches environs. La tentation est grande pour le débiteur d'échapper à la loi en franchissant les portes de la ville.

Gênes et Venise sont beaucoup plus préoccupées que les autres villes de la péninsule par les besoins du commerce et par la rédemption de leurs commerçants défaillants. Elles vont alors instituer ce qu'on appelle le concordat, qui va permettre au débiteur malheureux de trouver une solution amiable avec ses créanciers pour tenter de se rétablir. Ces lois assorties de solutions concordataires se sont progressivement harmonisées entre les cités italiennes, puis propagées en Europe en se compliquant parfois de particularités locales. Elles sont les éléments fondateurs du droit qui a prévalu en Europe pendant quatre siècles. François I^{er}, fervent admirateur de l'Italie, les a adoptées en France ; Charles Quint les a diffusées dans son empire et le droit anglais lui-même est issu de ces législations.

Sur la période suivante, les appréciations des historiens divergent à l'égard du caractère coercitif – ou non – des textes qui s'élaborent en s'inspirant du Moyen-Âge italien. En 1580, par exemple, la loi française interdit au débiteur failli de sortir de chez lui ou d'être vu en public sans avoir couvert son chef d'un bonnet vert. Était-ce une marque d'infamie supplémentaire ou une forme de peine de substitution ? Les historiens sont en désaccord sur ce point. Selon les archives de l'époque, le failli était normalement condamné à vingt ans de galère : à l'évidence, s'il portait un bonnet vert, c'est donc qu'il ne ramait pas ! Boileau, dans sa première satire, qualifie pour sa part ce bonnet vert de *salutaire honte*.

Sous Louis XIV, avec Colbert, est apparu le Code Savary, premiers balbutiements d'un code de commerce. Dès lors, la faillite va se rattacher plus nettement au droit du commerce et s'éloigner des défaillances civiles. En bonne logique, le Code Savary aurait dû permettre au

débiteur de bénéficiaire de plus de mansuétude, puisque l'acte de commerce sous-entend une prise de risque dont le créancier est censé accepter le principe. Les historiens restent hésitants, car le Code Savary promet toujours les galères au failli et que plusieurs débiteurs seront condamnés à mort pour banqueroute et effectivement exécutés durant le règne de Louis XIV.

Sous Louis XV la procédure de faillite se perfectionne. La vérification des créances devient obligatoire. Il faut donc, a contrario, en déduire qu'auparavant, les créances n'étaient pas vérifiées !

Et vint le Code Napoléon...

Le Code Napoléon de 1807, qui va s'appliquer à toute l'Europe – Angleterre exceptée – est totalement répressif. La procédure devient d'une complexité extrême et les peines de prison sont systématiquement appliquées aux débiteurs défaillants. Il semble que Napoléon, qui a présidé lui-même à l'élaboration du code de commerce de 1807, ait été ulcéré par les défaillances d'entreprises qui avaient considérablement compliqué l'approvisionnement de ses armées. Il a personnellement veillé à ce qu'une stricte répression soit l'élément essentiel de ce droit. Cette législation a provoqué ce que les sociologues appellent l'effet pervers de la dissuasion marginale. Face à une telle rigueur, les débiteurs vont tenter de s'entendre, vaillent que vaillent, avec leurs créanciers et, faute d'y parvenir, vont chercher par tous les moyens à mettre leurs biens à l'abri. Le Code Napoléon aura donc été d'une faible efficacité à l'égard des créanciers puisque les contraintes de la procédure n'auront pas permis de sauvegarder leurs véritables intérêts. Il restera un monument difficile à abattre.

Au XIX^e siècle, l'Angleterre, de façon pragmatique, met au point une législation spécifique, encore en vigueur dans certains de ses aspects. Elle s'articule autour de trois notions : le *winding up*, le *floating charge* et le *goodwill*. Le *winding up* se rapporte aux conditions dans lesquelles on peut disperser les biens d'une société pour les répartir au profit des créanciers. Le *floating charge* est un privilège, accordé à certains créanciers importants, d'accaparer par l'intermédiaire d'un *receiver* la gestion de l'entreprise et de l'administrer en lieu et place du débiteur dessaisi, de façon à essayer de préserver son *goodwill*, c'est-à-dire sa profitabilité, et éventuellement de réaliser ses actifs.

En France, les choses vont évoluer de façon plus discrète. Le Code Napoléon sera aménagé par touches successives, sans remise en cause frontale. À la fin du XIX^e siècle, la notion de liquidation judiciaire fait son apparition, les sanctions très strictes perdent un peu de leur portée coercitive puisque le débiteur, de plus en plus souvent une personne morale, ne peut être incarcéré.

À la suite des différentes crises économiques qu'ils subissent au XX^e siècle, les États-Unis, qui avaient jusque-là suivi la *common law* anglaise, s'éloignent du droit européen et s'orientent vers des procédures favorables au rétablissement du débiteur défaillant. En 1978, deux chapitres importants de la loi fédérale, le chapitre VII et le chapitre XI, vont déterminer les conditions dans lesquelles la faillite est encore administrée de nos jours. Depuis l'après-guerre, le droit de la faillite aux États-Unis est confronté à des problèmes considérables qui ne sont pas véritablement réglés et qui ont pu faire dire qu'il était lui-même en faillite. En dépit de ces difficultés, les lois américaines vont fortement inspirer le droit européen contemporain dans ses évolutions les plus récentes.

La parenthèse des administrateurs provisoires...

En France, il faut attendre l'après-guerre pour que le droit privilégie de façon nette et définitive le sort de l'entreprise face à celui des créanciers et que le débiteur puisse espérer bénéficier d'une véritable rédemption.

Les lois de 1955 et 1967 marquent une rupture par rapport aux pratiques précédentes. Ces lois n'ont cependant pas véritablement atteint leurs objectifs. Que prévoyaient-elles ? En premier lieu, le concordat. Pour le débiteur défaillant dont la situation n'était pas irrémédiablement

compromise, il permettait de proposer aux créanciers de percevoir tout ou partie de leur dû suivant un calendrier de paiements compatible avec les capacités financières du débiteur. Toutefois le concordat ne pouvait être homologué qu'après consultation des créanciers qui devaient se prononcer par un vote, ce qui imposait une procédure d'une grande lourdeur dont l'issue était incertaine. Lors de la constatation de sa défaillance par le tribunal, et avant que puisse s'envisager un concordat, l'entreprise était placée sous la tutelle d'un syndic représentant les intérêts des créanciers regroupés dans une entité juridique désignée comme "la masse".

De façon plus originale, la loi de 1967 prévoyait également des mesures dérogatoires pour les grandes entreprises, leur permettant de se mettre sous la protection de la justice et d'échapper provisoirement à certaines obligations pécuniaires alors même que leur état de cessation de paiement n'était pas avéré. Ces dispositions novatrices n'ont connu qu'un très faible succès.

Ces nouvelles mesures, qui rompaient avec l'esprit des textes antérieurs, n'ont pas produit les effets escomptés. Le dispositif législatif et réglementaire n'est pas le seul responsable de cet échec. L'institution judiciaire n'était pas prête à faire face aux exigences des évolutions économiques du temps. L'image des syndics a été brouillée par différentes affaires malheureuses. Ils sont restés imprégnés par une culture de juristes et se sont souvent comportés comme des féodaux exerçant leur pouvoir sans contrôle suffisant des magistrats. Les syndics des grandes agglomérations ont régné sur des études prospères dans un confort matériel souvent ostentatoire, tandis que dans les petits tribunaux de province, les fonctions de syndic étaient parfois exercées par des avocats ou des avoués mal formés.

Certes, lorsque le syndic ne pouvait pas s'appuyer sur le chef d'entreprise pour assurer la gestion quotidienne (insuffisance évidente de sa part, graves manquements, absence ou même incarcération), le tribunal pouvait faire appel à un administrateur provisoire. En France, il en existait quatre principaux, installés à Paris, qui avaient compétence nationale. Ces études d'administrateurs provisoires employaient quelques collaborateurs, parfois très compétents, mais complètement débordés. Tout cela fonctionnait dans l'urgence et l'improvisation. Le standing des administrateurs provisoires n'avait rien à envier à celui des grands syndics parisiens.

C'est à cette époque que j'ai commencé ma carrière dans les procédures collectives. Un cinquième administrateur provisoire venait d'être désigné en région parisienne, j'avais eu l'occasion de le rencontrer à l'occasion d'une affaire en faillite à laquelle je m'étais intéressé, et nous nous connaissions un peu, sans plus. L'ayant croisé à nouveau fortuitement, il m'a sollicité pour le seconder dans la gestion d'une entreprise en faillite, dans le centre de la France, dont le dirigeant venait d'être incarcéré. Il n'avait pas de collaborateur disponible pour suivre cette affaire éloignée de ses bases parisiennes. J'ai accepté et nous nous sommes rendus ensemble dans une commune du Limousin où se trouvaient l'usine et le siège social de l'entreprise. Après une brève visite de l'usine qui employait près de 300 salariés, nous nous sommes rendus au tribunal et j'ai pu être présenté au juge-commissaire chargé de suivre la procédure de faillite de cette société. Cette formalité accomplie, nous nous sommes déplacés jusqu'à la banque locale où l'administrateur provisoire m'a donné procuration sur les comptes bancaires de la société. Je l'ai ensuite raccompagné à son avion et il est rentré à Paris. C'est ainsi qu'en une demi-journée je me suis retrouvé quasi-PDG d'une affaire dont j'ignorais jusqu'à l'existence quelques jours plus tôt. Pour la suite les choses ont été simples, il venait me rendre visite tous les 15 jours : j'allais le chercher à l'aéroport ; nous allions au tribunal saluer le juge-commissaire que, par ailleurs, je rencontrais quasi quotidiennement ; puis, après un bref passage dans l'entreprise et un déjeuner au restaurant agréable du centre-ville, je le raccompagnais à son avion. L'affaire s'est malgré tout très bien passée et a trouvé une issue favorable. Différents tribunaux de la région m'ont alors confié directement le sort d'entreprises en difficulté et je suis devenu le sixième administrateur provisoire, dissident, puisque non homologué.

La loi de 1985

En 1985, la loi a été profondément réformée et, fait exceptionnel, les objectifs poursuivis par le législateur ont été affirmés avec clarté. La mise au net des objectifs d'un texte relatif aux procédures collectives qui touche à des intérêts souvent contradictoires avait été entreprise sans grands succès en Angleterre quelques années plus tôt. En 1982, la commission Cork avait tenté la gageure de déterminer une hiérarchie dans les objectifs de la loi qu'elle se proposait d'amender. Elle avait dû y renoncer. Entre la préservation de l'emploi et celle de l'outil de travail, la défense des créanciers et celle du crédit, la possibilité pour le débiteur malchanceux de se rétablir et la juste sanction nécessaire au respect de l'ordre public, établir un ordre des priorités et l'afficher sans détour avait paru une ambition inaccessible.

En France, les textes de 1955 et 1967 n'avaient pas véritablement su préserver les intérêts des créanciers sans pour autant faciliter le redressement des entreprises défailtantes. En 1985, la loi Badinter a pu clairement énoncer que la préservation de l'outil de travail était sa préoccupation prioritaire, sans heurter la susceptibilité des défenseurs des droits des créanciers qui n'avaient pas grand-chose à perdre. Le législateur a pris les moyens d'installer cet objectif au sommet du dispositif en codifiant une procédure nouvelle, celle du redressement judiciaire face à la liquidation judiciaire.

Cette procédure pouvait emprunter deux voies possibles. La première, la continuation, autorisait l'entreprise à poursuivre son exploitation sans remise en cause de sa structure juridique et à payer les créanciers selon un concordat arrêté par le tribunal après une consultation purement formelle des créanciers. La seconde voie prévue par la loi était celle de la cession : l'entreprise était dite redressée dès lors qu'elle était cédée à un tiers, même si le produit de la cession ne permettait pas de désintéresser les créanciers.

À défaut de pouvoir continuer ou céder l'entreprise, la procédure était convertie en liquidation judiciaire.

Au-delà des modifications introduites à la matière procédurale et aux priorités affirmées dans la défense des intérêts en concours, la loi de 1985 a véritablement innové sur un terrain de la pratique, souvent négligé jusqu'alors. La loi de 1985 a ainsi supprimé les syndics et administrateurs provisoires, et les a remplacés par deux corps de mandataires distincts : les administrateurs judiciaires et les mandataires liquidateurs. Les premiers sont chargés d'assurer la gestion de l'entreprise et de trouver une solution permettant son redressement, tandis que les seconds représentent les intérêts des créanciers et succèdent aux administrateurs judiciaires pour liquider l'entreprise lorsque celle-ci ne peut être redressée.

En créant la profession d'administrateur judiciaire (ceux-ci sont actuellement 120 à comparer aux 4 ou 5 avant la loi), la loi de 1985 a favorisé l'émergence d'une véritable compétence dans le domaine de la gestion et de la sauvegarde des entreprises en difficulté. Cette importante innovation a permis de constituer un véritable pôle de compétences qui aujourd'hui tire l'institution judiciaire commerciale vers le haut.

Quand la loi est entrée en application en janvier 1986, les anciens syndics ont eu à choisir entre la profession de mandataire liquidateur et celle d'administrateur judiciaire. Certains d'entre eux – les plus âgés ou les plus fortunés – ont décidé de cesser leur activité ou de s'orienter vers le conseil. Parmi ces derniers, plusieurs sont aujourd'hui encore restés proches des procédures collectives qu'ils pratiquent comme avocats d'affaires. Une centaine a opté pour le statut d'administrateur judiciaire, avec un certain courage car le profil des missions et la rentabilité de l'activité n'apparaissaient pas de façon évidente.

Mais les pesanteurs du passé et les habitudes ont entraîné quelques errements préjudiciables à l'image de la nouvelle profession. Avec le temps et le mouvement des générations, les administrateurs judiciaires représentent aujourd'hui un organe homogène dont la compétence n'est pas contestable et qui trouvera naturellement son emploi, quels que soient les évolutions des textes et le cadre juridique défini par le législateur.

Où en sommes-nous désormais ?

Pour ce qui concerne les relations entre l'institution judiciaire et l'entreprise défaillante, la loi de 1985 a été, d'un certain point de vue, idéologique. Elle a affirmé la primauté de l'outil de travail sur les intérêts des créanciers, et même sur l'emploi à court terme.

La loi de juillet 2005 n'affiche, quant à elle, que peu de contenu idéologique. Elle est surtout caractérisée par l'adjonction d'une procédure de sauvegarde aux procédures de redressement et de liquidation judiciaire. Incontestablement elle a trouvé son inspiration dans le *Chapter XI* du droit fédéral des USA. Sa volonté claire est d'anticiper pour restructurer l'entreprise, avec – ou sans – l'intervention contraignante de l'institution judiciaire, avant, si possible, la défaillance avérée. Elle affirme aussi la volonté d'atténuer son caractère coercitif et punitif à l'égard des dirigeants ou débiteurs malheureux. Je dois toutefois dire que, sur les quelques 800 affaires de défaillance que j'ai eu à connaître, je n'ai personnellement rencontré que très peu de sanctions susceptibles d'accréditer cette réputation de sévérité. La plus sévère, qui n'est pas remise en cause par la loi de 2005, consiste à saisir tous les biens de l'entrepreneur individuel défaillant pour indemniser ses créanciers, lorsque le redressement n'est pas possible. En ce qui concerne le sort des dirigeants d'entreprises personnes morales, je n'ai guère connu qu'une petite dizaine de condamnations effectives. Et ces sanctions n'ont eu le plus souvent qu'un caractère tout à fait symbolique, par exemple l'interdiction de gérer qui avait pour principal effet de protéger le dirigeant contre ses propres errements !

Quelles peuvent être les conséquences de ces nouvelles dispositions dans les relations de pouvoir entre le chef d'entreprise défaillant et l'institution judiciaire ? Il est encore trop tôt pour en tirer tous les enseignements, mais on peut déjà discerner une augmentation forte de l'influence des avocats et des conseils. La loi de 2005 est d'abord une boîte à outils. Il faut savoir choisir les bons outils, en fonction de la situation de l'entreprise. Le dirigeant en difficulté n'est que rarement un spécialiste des procédures collectives ou du traitement judiciaire des difficultés d'entreprise. La complexité des textes est grande et il est nécessaire qu'un avocat ou un conseil le pilote dans les méandres des subtilités juridiques et l'oriente vers la solution la plus adaptée.

Cette situation est en profonde rupture avec le passé et pourra modifier à terme la relation entre le justiciable et le juge. Dans un passé récent, lorsque l'état de cessation de paiements était avéré, le débiteur n'avait pas le choix : il devait déposer son bilan et laisser passer la justice. Dorénavant, même en état de cessation de paiements depuis moins de 45 jours, il peut échapper à la procédure collective, ce qui est une petite révolution. Le débiteur peut demander au tribunal de mettre en œuvre un règlement amiable et d'ouvrir une procédure confidentielle, qui restera ignorée des créanciers à l'exception de ceux avec lesquels une négociation s'engagera dans la recherche d'une solution de redressement. Le chef d'entreprise sera maintenu dans toutes ses prérogatives, un conciliateur collaborant avec lui à la recherche d'une solution. Le premier choix possible, pour le chef d'entreprise et son conseil, est donc de tenter un règlement amiable, quand bien même l'état de cessation des paiements serait établi. Échapper à la procédure collective alors que la défaillance est flagrante, bouscule en profondeur une des catégories de notre droit les mieux installées.

L'autre choix possible est inverse. Alors même que l'entreprise n'est pas défaillante, elle peut bénéficier d'une procédure collective. C'est également inédit et même dérangeant. L'ouverture d'une procédure collective a des conséquences extrêmement graves pour les créanciers qui vont connaître le sort peu enviable qui leur était réservé lorsque "nécessité faisait loi", quand l'incapacité du débiteur imposait un traitement justifiant la suspension des poursuites individuelles. Voilà une mesure qui est loin d'avoir réjoui le monde de l'assurance crédit : il faut désormais intégrer un nouvel aléa qui peut déjouer les calculs et les ratios extraits des bilans.

Le conseil de l'entreprise confrontée à une difficulté qui met en péril la poursuite de son exploitation, a désormais un rôle important dans la sélection de la procédure la plus appropriée. Au-delà même de ce premier choix, le dirigeant d'entreprise, par l'entremise de son avocat ou conseil, va pouvoir choisir son conciliateur et, d'une certaine façon, diriger la décision du tribunal.

Dans cette boîte à outils, on trouve aussi le mandat ad hoc. C'est un peu la sécurité ultime de l'avocat ou du conseil. Si le conseil n'est pas d'emblée en mesure d'orienter son client ou s'il craint que le chef d'entreprise ne soit pas d'une totale lucidité, il peut demander au président du tribunal de nommer un mandataire ad hoc. Celui-ci, expert de la question posée, va alors examiner la situation, défricher le terrain et orienter l'entreprise et le tribunal vers la procédure appropriée, à moins qu'il ne parvienne à trouver la solution à la difficulté. La loi de 2005 laisse en définitive au tribunal la possibilité, affaire par affaire, de fixer ses objectifs prioritaires en fonction des circonstances liées à l'économie locale et à la capacité de redressement de l'entreprise en difficulté.

La loi de 2005 a parallèlement renforcé les pouvoirs nominaux des créanciers, en créant des comités de créanciers, susceptibles d'être associés à la recherche d'une solution de redressement. Dans un registre voisin, elle renforce aussi les pouvoirs des créanciers nommés contrôleurs aux opérations de la procédure. Ils peuvent contraindre le mandataire de justice négligent à agir dans certaines circonstances et même, le cas échéant, agir à sa place.

La loi de 2005 offre ainsi un dispositif technique de bonne qualité, sans incohérence majeure et qui, de ce fait, résout un certain nombre des problèmes qui ont encombré les tribunaux ces dernières années. Ce dispositif est proposé au discernement des tribunaux, mais aussi tout d'abord à celui des avocats et conseils dont le rôle est désormais central.

Quant au dirigeant, hormis le cas de la liquidation judiciaire où il est totalement démis de ses prérogatives, il est désormais en face d'une compétence : celle de l'administrateur judiciaire. Cette compétence s'impose le plus souvent car elle est reconnue par toutes les parties prenantes. Ce pouvoir n'est plus seulement celui qui résulte de l'habileté à se mouvoir dans un univers dont les codes sont obscurs, mais le plus souvent celui qui correspond à l'adéquation entre le titulaire et sa mission.

En conclusion, le plus important aujourd'hui, c'est que le pouvoir a été transféré des mains du dirigeant vers celles de l'intervenant judiciaire. Le monde judiciaire saura-t-il maintenir sa compétence à l'avenir ? Ces mandataires pourront-ils s'adapter aux évolutions économiques qui touchent à l'univers de la finance, à l'internationalisation des affaires, aux influences des milieux dits spécialisés qui souhaitent traiter leurs difficultés dans le cercle fermé de leur profession ? La réponse à ces questions influencera probablement plus les conditions du traitement des difficultés des entreprises que l'évolution des lois et règlements.

DÉBAT

Prévenir ou gérer les défaillances ?

Un intervenant : *On compte aujourd'hui 50 000 défaillances par an. Le problème n'est-il donc pas plutôt de les limiter par une meilleure organisation de la prévention ?*

Philippe Estèbe : Il y a effectivement une augmentation significative du nombre de défaillances d'entreprises en France. Ce chiffre doit être relativisé face à la création de 300 000 entreprises nouvelles par an et par le fait que la mortalité infantile de ces entreprises est importante. Il faut également prendre en considération l'élargissement, considérable, du périmètre de la loi aux artisans, aux agriculteurs, aux sociétés civiles, aux associations et même aux professions libérales. De nos jours, la défaillance est ainsi devenue un quasi-droit à passer l'éponge sur des errements passés.

La loi de sauvegarde reste cependant extrêmement conservatrice. Seul le dirigeant peut déterminer devant le tribunal le choix entre procédure de sauvegarde ou conciliation. La loi n'a, en aucune façon, reconnu le droit, par exemple, à l'institution judiciaire de se saisir d'office d'une situation de difficulté dont elle aurait été informée par un comité d'entreprise ou par le Parquet. Les créanciers ou les partenaires sociaux ne peuvent agir que lorsque la défaillance est avérée. Au stade de la prévention, rien n'est prévu.

Il faut également noter que les centres de gestion n'ont guère produit les effets que l'on attendait d'eux. Ils ont été en partie vidés de leur efficacité par les réticences des experts-comptables. Ils règnent sur des programmes informatiques qui calculent des ratios en fin d'année à partir des bilans qui leur sont communiqués. Ce sont aussi des centres de formation aux outils de gestion de base. Ce n'est pas négligeable mais limité par rapport aux ambitions initiales.

Int. : *Il me semble que sous le vocable de procédures collectives il y a quatre situations différentes. En premier lieu, il y a la mortalité infantile des entreprises : la question est là de leur accompagnement. Un certain nombre de grandes entreprises ont désormais acquis une grande expérience dans ce domaine et il faudrait capitaliser sur leur expertise. Il y a ensuite la très grande entreprise, dont la défaillance mobilise une armada de juristes et de politiques et qui nécessiterait sans aucun doute des dispositions spécifiques. Au milieu des deux, il y a les entreprises moyennes mais aussi les petites entreprises qui entrent en difficulté. Ce sont celles-là qui posent réellement problème. Que faire pour favoriser au mieux leur sauvegarde ?*

P. E. : En France, 60% des grosses PME font partie d'une holding. Toutes ne sont pas internationales mais on se trouve fréquemment devant des groupes composés de trois ou quatre filiales. Or, notre droit est hésitant devant cette notion de groupe qui, tantôt existe, tantôt n'existe pas. Dans les procédures collectives, le législateur a décidé que le groupe n'existait pas. Par contre notre droit reconnaît que l'intérêt du groupe est distinct de celui de chacun de ses membres. Ceci peut parfois avoir un effet pernicieux. C'est particulièrement le cas avec certains fonds d'investissement ou holdings financières qui peuvent drainer les ressources d'une filiale pour, par exemple, habiller le bilan d'une autre en vue de la céder au meilleur prix.

Peut-on alors demander des comptes à une telle holding et engager une action en comblement de passif ? Dans un cas qui m'occupe en ce moment, il a été considéré que cela n'en valait pas la peine : d'une part, derrière la holding de tête s'en trouve une autre, et derrière celle-là encore une autre, domiciliée aux Îles Caïman ; d'autre part, même en accédant au sommet de l'édifice, qualifier de faute de gestion des transferts financiers qui ont affaibli certaines sociétés au profit d'autres serait un exercice difficile. L'intérêt du groupe serait invoqué et le contentieux s'enliserait inexorablement. Nous sommes dans une situation qui a fait dire, en boutade, que l'organisation économique de référence de la loi de 2005 était la boucherie Sanzot à Moulinsart !

Par ailleurs, lorsque l'on consulte les comptes annuels des sociétés (s'ils ont été déposés au greffe comme les textes l'imposent !), on constate que les prémices des difficultés étaient perceptibles depuis longtemps. Lorsque la justice entre en jeu, c'est bien souvent après qu'ait été atteint ou dépassé, le point de non-retour.

Le droit, entre responsabilités et compétences

Int. : *Une expression n'est pas apparue dans votre exposé, qui me paraît pourtant d'une importance cruciale : le comblement de passif. De quoi s'agit-il ?*

P. E. : En l'état actuel du droit, si, au terme d'une procédure de liquidation judiciaire, il s'avère que l'actif est insuffisant pour désintéresser les créanciers et si une faute de gestion des dirigeants a contribué à la défaillance de l'entreprise, il est possible de mettre à la charge du dirigeant ou des mandataires sociaux une partie de l'insuffisance d'actif. Cela s'appelle le comblement de passif. C'est donc une sanction qui n'a de sens que dans les relations du dirigeant avec la personne morale. Chez un entrepreneur individuel, la question ne se pose pas : tous ses biens sont dans la procédure.

La loi de 2005 a introduit une notion nouvelle : à côté de l'action en comblement de passif, il existe maintenant l'action en contribution aux dettes sociales. Le tribunal peut utiliser soit l'une, soit l'autre. L'action en contribution aux dettes sociales a une connotation moins punitive et produit des effets pratiques plus confortables pour les représentants de la procédure. En effet, en cas de comblement de passif, les sommes versées par le ou les dirigeants aux organes de la procédure sont réparties, au prorata des créances, entre tous les créanciers, quels que soient leurs privilèges. Cela induit, pour les mandataires de justice chargés de répartir ces sommes, un travail considérable de vérification de toutes les créances chirographaires, inutilement long et qui, le plus souvent, n'apporte à chaque créancier qu'un dividende dérisoire. À l'inverse, les sommes versées au titre de la contribution aux dettes sociales, seront distribuées aux créanciers dans l'ordre de leur privilège. C'est beaucoup plus simple. En général un ou deux créanciers privilégiés absorberont tout.

Int. : *Dans les procédures collectives, les salariés sont, de fait, fortement marginalisés par la procédure. Peut-on imaginer de mieux faire respecter leurs droits ?*

P. E. : L'état de faiblesse du syndicalisme en France est bien souvent tel qu'il ne favorise guère la défense des intérêts des salariés. Là où les syndicats sont forts, les salariés ne sont jamais le ventre mou de la procédure ! Dans ce cas, bien souvent, ce sont les syndicats qui emportent la décision et qui contraignent les organes de la procédure à choisir une solution qui n'était pas celle qui avait leur préférence a priori.

La loi de 2005 a significativement renforcé le pouvoir du comité d'entreprise qui peut désormais faire appel d'un jugement de redressement judiciaire. Par contre, il est vrai qu'on ne reconnaît pas au personnel, dans le cadre de la procédure de sauvegarde, la possibilité d'anticiper. Là encore, les situations peuvent être très contrastées et, si l'action syndicale est effectivement coordonnée et puissante, elle peut, lorsque les enjeux économiques et sociaux sont importants, influencer la décision des autorités de justice.

La procédure de sauvegarde soumet les licenciements au régime du droit commun du code du travail. L'autorité administrative reste maîtresse de l'appréciation du motif économique du licenciement, alors que celui-ci appartient au juge ou au tribunal en redressement judiciaire. Cette situation peut s'apprécier de façon différente suivant les circonstances. Elle peut être perçue comme favorable par les salariés, mais elle peut aussi détourner le chef d'entreprise de la procédure de sauvegarde si le redressement impose un plan social rigoureux dans un contexte conflictuel.

Int. : *Quels étaient ces rapports obscurs que vous évoquez entre l'administrateur judiciaire et l'argent ?*

P. E. : L'administrateur judiciaire est amené à gérer des fonds de deux façons différentes. Dans le cadre de la poursuite de l'exploitation, il gère les fonds de l'entreprise : il clôture des comptes bancaires, en ouvre d'autres, paye les factures, les salaires, etc. Il est aussi dépositaire des fonds qui lui sont versés par l'acquéreur de l'entreprise lorsque celle-ci est cédée. Il peut alors s'en retrouver détenteur pendant plusieurs mois ou même plusieurs années. Dans le passé, certains mandataires ont été tentés de faire fructifier ces fonds en les plaçant auprès d'établissements financiers sur des produits à risques, voire parfois dans des opérations spéculatives carrément critiquables. Un cas est resté tristement célèbre : des fonds d'un montant considérable détenus par un administrateur judiciaire ont tout bonnement disparu. Désormais les mandataires judiciaires, administrateurs ou liquidateurs sont tenus de déposer tous les fonds auprès de la Caisse des dépôts.

Présentation de l'orateur :

Philippe Estèbe est diplômé de l'ESSEC et titulaire d'une maîtrise de droit ; il exerce des activités de conseil en traitement des difficultés d'entreprise, de liquidateur amiable de sociétés et de mandataire de justice dans le cadre de missions qui lui sont confiées par les tribunaux dans des entreprises en difficulté.

Diffusion juin 2008