

Les défaillances d'entreprises au XIX^{ème} siècle en France : du droit à la pratique

Pierre-Cyrille Hautcoeur*

Nadine Levratto**

(Version provisoire, ne pas citer)

Cet article présente les premiers éléments d'un projet de recherche qui vise à d'étudier l'évolution du droit et des pratiques contentieuses en matière de faillite et à estimer leur impact sur l'activité économique¹. Le droit des faillites est sans doute l'élément le plus important du droit commercial (il occupe par exemple un livre entier du Code de commerce de 1807), et les faillites sont certainement des événements majeurs, tant pour les agents économiques concernés que, par leur nombre et leurs conséquences, pour l'économie toute entière. La réflexion économique récente sur ce sujet a été fortement marquée par la tradition d'« efficacité du droit » et l'opposition entre droit civil et *common law* affirmée par La Porta, Lopez-de-Silanes, Shleifer et Vishny dans une série d'articles. Dans cette tradition, c'est fondamentalement les systèmes juridiques ou les textes légaux eux-mêmes qui sont efficaces, en particulier en confortant les droits de propriété. En ce qui concerne les faillites, l'opposition brutale entre systèmes efficaces et inefficaces au sein des législations européennes a été remise en cause efficacement par un travail récent de J. Sgard qui démontre par une comparaison attentive que les législations en matières de faillites comportent beaucoup plus de points communs que de divergences, et que leurs transformations au cours du temps sont très similaires dans la plupart des grands pays européens (Sgard, 2005).

Néanmoins, ces travaux ont en commun qu'ils s'appuient essentiellement sur les textes législatifs, et tiennent relativement peu compte des pratiques judiciaires. Il s'agit là d'une lacune sérieuse car les écarts entre les textes et la pratique sont fréquents dans certains domaines du droit (et plus ou moins reflétés dans la jurisprudence elle-même, cf. Arrunada et Andonova, 2004), et susceptibles d'être spécialement importants dans un droit administré par

* PARIS-JOURDAN SCIENCES ÉCONOMIQUES (PSE), Unité mixte de recherche CNRS EHESS ENPC ENS, 48 boulevard Jourdan 75014 Paris - Courriel : hautcoeur@pse.ens.fr

** IDHE, Unité mixte de recherche CNRS Paris 1, Paris 8, Paris 10 ENS de Cachan, 61, avenue du Président Wilson 94235 Cachan Cedex – Courriel : levratto@idhe.ens-cachan.fr

¹ Notre initiation au droit des faillites est récente et sans doute encore très imparfaite. Nous remercions pour leur aide T. Noël, E. Richard, E. Serverin, et tous les participants à l'ACI Histoire du contentieux.

des commerçants et non par des juristes (ce qui est le cas dans nombre de pays, dont la France, dans lesquels les tribunaux de commerce forment des juridictions séparées). Pour aller au-delà des textes et de la jurisprudence, il faut examiner l'activité des tribunaux elle-même, à la fois dans son importance quantitative et dans ses évolutions qualitatives. Il se trouve que pour les faillites, des données statistiques riches existent en France comme dans nombre de pays. Un exemple récent d'utilisation de ces statistiques dans une perspective de *Law and economics* a été fourni par Di Martino (2005), qui s'appuie à la fois sur les textes législatifs et sur des évaluations statistiques de l'activité et des coûts des administrations judiciaires pour comparer l'efficacité de la législation sur les faillites italienne et anglaise au 19^e siècle. Comme nous le verrons, les statistiques disponibles ne permettent cependant pas nécessairement de comprendre précisément les effets des dispositifs juridiques. Le recours aux archives, qui fournissent des éléments détaillés sur l'application de la loi pour d'innombrables cas individuels, peut alors s'avérer indispensable, nous tenterons ci-dessous de le montrer.

Notre objectif premier est la caractérisation des principaux faits stylisés concernant les faillites et la construction des outils permettant de les comprendre. L'objectif de tout législateur et, plus généralement de tout gouvernement devrait alors être une réduction du nombre absolu de faillites et le développement de règlement non conflictuels des divergences d'intérêt entre les différentes parties prenantes de l'entreprise. En limitant le contentieux juridique, il s'agirait alors de réduire les tensions économiques qui se manifestent et les échecs de coordination sur lesquels elles ne manquent pas de déboucher. En France, cette tendance s'inscrit dans la recherche continue depuis le milieu du 19^{ème} siècle de procédures judiciaires favorisant la prévention tandis que, depuis une vingtaine d'années, les organisations internationales telles que la Banque Mondiale par exemple, se montrent favorables à l'adoption de formes amiables ou bilatérales d'arrangements (Recasens, 2003).

Le 19^e siècle se caractérise par une certaine stabilité tendancielle de la législation sur les faillites qui, malgré des fluctuations perceptibles sur la période étudiée, accompagne le développement du capitalisme. Dans le même temps cependant, le nombre de faillites augmente fortement tandis que leur coût social apparent (montants perdus par les créiteurs) semble augmenter puis diminuer. La signification de ces chiffres ne va cependant pas de soi, pour deux raisons essentielles. La première est que la faillite est à la fois le signe de difficultés économiques (le signe de dysfonctionnements qui conduisent à des pertes nettes pour l'économie) mais aussi un instrument de restructuration du stock de capital, de sorte que, selon l'effet qui l'emporte, une augmentation des faillites peut être jugée comme un signe

positif ou négatif. La seconde difficulté, qui n'est d'ailleurs pas indépendante de la première, est d'ordre méthodologique. L'observation des faillites laisse de côté les difficultés d'entreprises qui sont résolues sans passer devant les tribunaux. Peut-être sous l'effet d'une hypothèse implicite selon laquelle une résolution par le marché (hors-tribunaux) serait nécessairement plus efficace, ou plus probablement parce que seules les procédures judiciaires sont visibles de l'extérieur, les travaux sur les faillites négligent de s'interroger sur la détermination de la frontière entre judiciarisation et résolution privée des difficultés des entreprises. Tous les arrangements directs sont hors champ, même si quelques sources peuvent permettre d'en apercevoir des éléments (arrangements conclu entre débiteurs et créanciers observables parfois quand des banques étaient parties et en ont conservé trace, contentieux pré-faillite observé dans les tribunaux de commerce²). Certes, L. Marco a signalé le phénomène, mais il semble supposer que la législation définit à volonté le champ des défaillances que les tribunaux couvrent. Nous nous proposons donc ici, de mettre en évidence les grandes caractéristiques de l'évolution des procédures judiciaires à travers l'analyse des textes et les interrogations qu'elle suscite au regard des changements touchant la population des commerçants (partie 1). Nous chercherons à mettre en évidence la ligne de partage entre entreprises individuelles et sociétés et à en tirer des conséquences pour l'évolution réelle du phénomène observé en nous appuyant sur des analyses de dossiers de faillites dont nous avons constitué des échantillons pour les années 1850 et 1899 (2^{ème} partie).

I. L'évolution du droit des faillites au 19^{ème} siècle

I.1. Du Code de commerce de 1807 à la liquidation judiciaire de 1889 : une brève histoire du droit des faillites

Distincte de la déconfiture qui s'applique aux particuliers non commerçant, la faillite est « la procédure universelle de liquidation des biens d'un commerçant hors d'état de faire face à son passif » (Guyot et Raffalovitch, 1901, p. 125). Elle peut être associée à la banqueroute qui suppose que la faillite s'accompagne d'une certaine impéritie, elle est alors dite simple, ou à une malversation qui la rend alors frauduleuse. Le transfert d'une obligation de la personne physique tenue d'honorer ses engagements sur le patrimoine auquel a procédé le droit romain est à l'origine de la saisie de ce dernier. Ce principe entre en vigueur en France avec l'Ordonnance de 1673 qui sort de la faillite du caractère exclusivement pénal qu'elle

² Nous remercions respectivement P. Baubeau et Cl. Lemerrier qui nous ont suggéré ces pistes de recherche complémentaires.

revêtait jusqu'alors. Mais c'est le Code de commerce de 1807 qui, dans le livre III « des faillites et des banqueroutes », la définit comme l'état d'un commerçant qui cesse ses paiements (Art. 437)³. La procédure dessaisit le failli de l'administration de ses biens et la transfère à un syndic nommé par le tribunal qui gère la faillite dans l'intérêt des créanciers chirographaires dont il est le représentant⁴ et qui sont désormais unis en une masse solidaire et indivise au sein de laquelle l'unanimité n'est pas requise.

En cohérence avec la primauté des contrats qui domine le Code civil, la protection des créanciers est affichée comme l'objectif principal du droit des faillites. Conformément aux attentes que l'on peut avoir envers un texte produit par un régime autoritaire, le 3^{ème} livre du Code de commerce de 1807 traduit d'abord cet objectif en une forte défiance vis-à-vis des débiteurs insolvables, puisqu'il va jusqu'à prévoir leur incarcération automatique. Il en résulte cependant un certain nombre d'effets pervers rapidement perçus : procédure formaliste, longue et coûteuse, mais aussi crainte de la prison qui encourage les débiteurs à des comportements de dissimulation de leur situation, voire de détournement d'actif et de fuite. Ces conséquences négatives de la version napoléonienne du code de commerce conduiront d'ailleurs à la réforme de 1838 qui, selon certains auteurs, constitue une véritable « décodification » (voir notamment sur ce point l'article de B. Pancé sur la « faillite » dans le Dictionnaire du Commerce et des Marchandises édité par Guillaumin, 1839 et celui sur le même thème dans Guyot et Raffalovitch, 1901). Celle-ci vise non seulement à favoriser le remboursement des dettes par les débiteurs, mais aussi à stimuler l'esprit d'entreprise en plaçant le règlement des cessations de paiements dans un cadre judiciaire au lieu de le laisser envahir par des procédures amiables soupçonnées faciliter les dissimulations et détournements d'éléments de l'actif et de se solder à l'avantage d'une petite minorité habile et bien informée.

³ La question de la définition de la date à laquelle intervient la cessation de paiement occupe les tribunaux et les manuels de l'époque. Dans le tome 1 du « Dictionnaire des faillites », Mascret recense les différentes conceptions de l'état de cessation de paiement et rappelle le point de vue de P-S. Boulier Paty exprimé dans l'ouvrage « Des faillites et banqueroutes » pour qui « il s'agit moins... pour le commerçant d'être solvable ou insolvable, que de savoir, si, de fait, il paye ou ne paye pas : quel que soit son actif, fût-il supérieur à son passif, s'il cesse de payer, il est en état de faillite. Au contraire, si, par un crédit toujours soutenu, il fait constamment honneur à ses engagements, dût-il plus qu'il ne possède, il n'est point en faillite » (Mascret, 1863, p. XXIII). Le commentaire analytique de la loi du 8 juin 1838 effectué par F. Lainné en 1839 semble dissocier la situation comptable de l'affaire de la situation de faillite, l'auteur considérant que « ...c'est aux juges qu'il appartient de décider, d'après les circonstances, si la suspension de paiements équivaut à une cessation réelle... » (Lainné, Commentaire analytique de la loi du 8 juin 1838 sur les faillites et banqueroutes contenant le texte de la loi, l'examen des dispositions nouvelles qu'elle renferme et le résumé complet de la doctrine et de la jurisprudence sur les dispositions).

⁴ Les créanciers privilégiés et hypothécaires, détenteurs de créances d'un rang supérieur conservent leur droit d'initiative individuel et sont remboursés soit avant les détenteurs de créances ordinaires, soit sur la vente des biens sur lesquels portent la garantie. Dans le cas où le montant obtenu ne couvre pas l'intégralité des sommes dues, le reste est prélevé sur la liquidation de la faillite avant le remboursement des créanciers chirographaires.

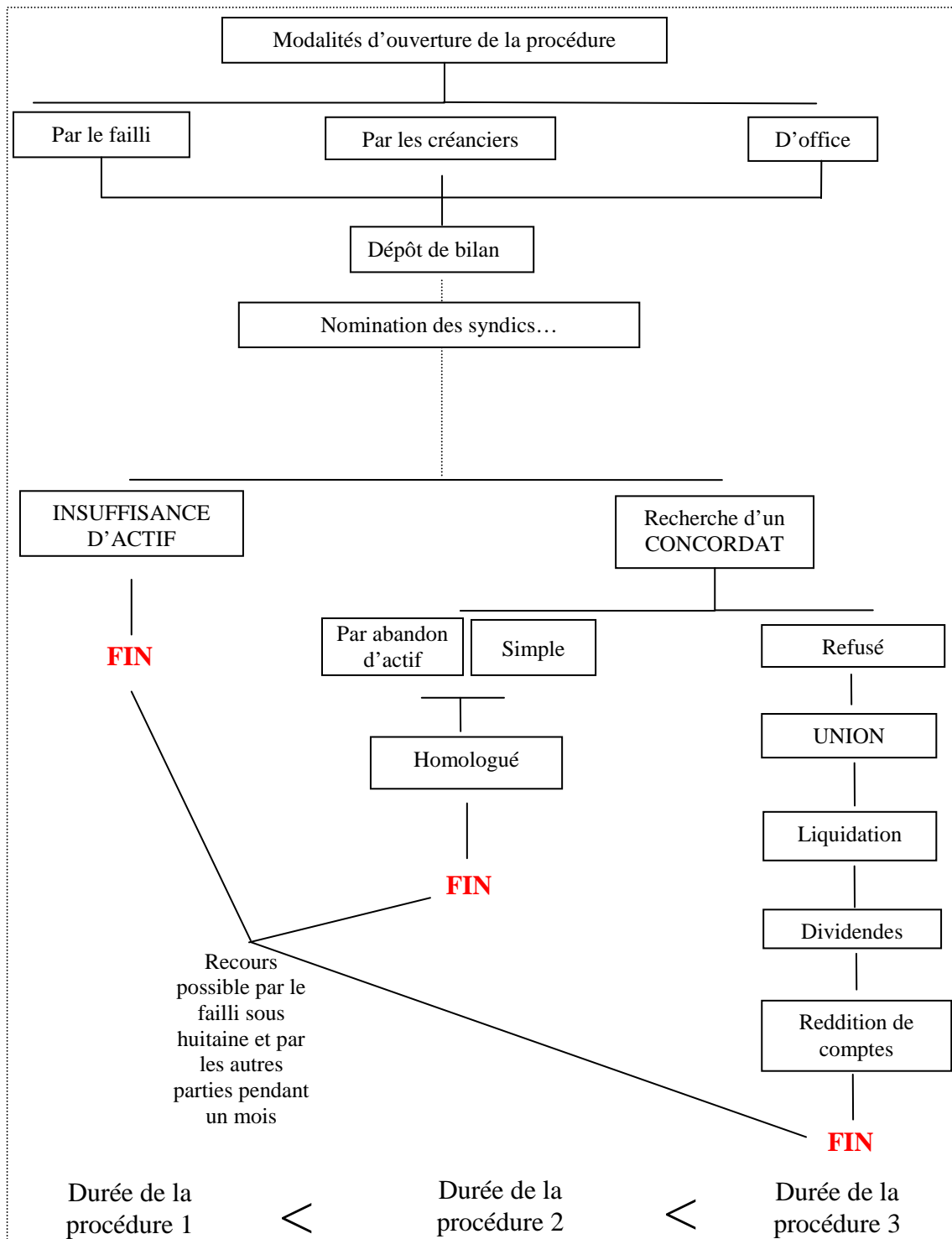
A partir de 1838, la procédure est organisée de la façon suivante (Cf. le graphique 1 ci-dessous):

- 1/ L'ouverture de la faillite est prononcée par un juge du tribunal de commerce suite soit à l'initiative du débiteur, accompagnée du dépôt de son bilan, soit à la requête des créanciers, soit à l'initiative du tribunal. Le tribunal fixe la date de la cessation effective de paiements⁵.
- 2/ En ouvrant la faillite, le tribunal nomme un juge-commissaire responsable de la faillite et un syndic (d'abord provisoire). Le failli est dessaisi de l'administration de tous ses biens et se voit interdire l'accès à certaines fonctions civiles et électives. Des scellés sont apposés jusqu'à réalisation de l'inventaire complet de ses biens, et le failli peut être incarcéré (art. 455 et 456). Dès ce stade (mais aussi ultérieurement), une insuffisance d'actif peut être constatée, auquel cas le tribunal peut prononcer la clôture des opérations de faillite (c'est le cas en particulier si l'actif ne semble pas permettre de payer les coûts de procédure).
- 3/ Le syndic provisoire administre le patrimoine et les affaires du failli. Il tente de liquider l'actif en vendant les biens (en particulier périssables) et recouvrant les créances, mais peut aussi exploiter l'activité s'il y est autorisé par le juge-commissaire. Il prépare pour celui-ci un compte sommaire de l'état de la faillite, de ses causes et conséquences et de ses caractères principaux.
- 4/ Le greffier du tribunal organise la vérification et l'affirmation des créances (art. 491 → 497). Une convocation de l'assemblée des créanciers décide alors d'accepter ou de rejeter les propositions éventuelles de concordat du failli (une majorité des $\frac{3}{4}$ des créances vérifiées et de la moitié des créanciers est nécessaire). Si le concordat accepté par les créanciers est jugé admissible par le juge commissaire, il est homologué. Les syndics rendent au failli un compte de leur gestion en présence du juge-commissaire et en reçoivent quitus. La faillite est close. Si le concordat est refusé par les créanciers ou n'est pas homologué, les créanciers se retrouvent en état d'union. Sauf prolongement de l'exploitation par le syndic, cette union débouche sur la liquidation de l'actif sous la surveillance du juge-commissaire. A l'issue de celle-ci, le syndic rend compte de sa gestion, détermine le dividende identique (en pourcentage de leurs créances) qui sera versé à tous les créanciers chirographaires (les privilégiés étant remboursés

⁵ Cette date peut être modifiée postérieurement par le tribunal car elle a des effets parfois importants sur le bilan du failli (nullité d'actes postérieurs à la date de faillite).

précédemment), et demande à l'assemblée des créanciers de se prononcer sur l'excusabilité du failli, avant la décision finale du juge sur ce point. Le failli excusable est affranchi de la contrainte par corps. Seule la réhabilitation lui rendra l'intégralité de ces droits.

Même si, comparée au Code de Commerce, cette loi paraît faire preuve d'une grande bienveillance à l'égard du failli qu'il est possible de maintenir dans une grande partie de ses droits et, parfois même, à la tête de son affaire sous le contrôle du syndic, elle ne remet pas en cause l'unicité de la procédure s'appliquant aussi bien à la victime d'un accident qu'au commerçant malhonnête. La pression des milieux économiques, à une époque d'accumulation intensive du capital, va favoriser de nouveaux débats portant sur l'efficacité économique de la loi déjà mesurée par le taux de recouvrement des créances, l'impact exercé sur les propriétaires et les autres commerçants en relation avec l'affaire en faillite et sur la pondération des intérêts en présence : créanciers privilégiés, hypothécaires ou chirographaires, commis, faillis et même ensemble de la collectivité. Ces considérations différentes, parfois incompatibles expliquent les changements fréquents apportés au régime des faillites qui, dès 1838, cumule plusieurs logiques : une logique pénale de sanction et une logique économique d'incitation justifient une répression sévère au-delà même des fautes et fraudes considérées comme faits de banqueroutes simples ou frauduleuses (passibles du tribunal correctionnel dans le premier cas, de la cour d'assise dans le second). S'y ajoute une logique inquisitoriale de préservation de l'actif qui justifie l'emprisonnement préventif. Enfin, la sévérité résulte aussi de l'organisation judiciaire centralisée, de la codification et de l'homogénéisation des procédures qui généralisent les sanctions les plus sévères prononcées antérieurement et réduisent drastiquement la liberté d'appréciation que gardaient les juridictions plurielles antérieures à la Révolution. L'ensemble de ces référents alimente un mouvement de balancier du droit des faillites qui rythme l'évolution de la juridiction concernant les effets de la cessation de paiements.



Graphique 1 : Modalités d'ouverture et de clôture des faillites à la fin du 19^{ème} siècle

Nous pouvons retracer l'évolution du droit des faillites comme un cheminement entre deux pôles définis par la préservation prioritaire des intérêts des créanciers et des débiteurs dans le but d'atteindre un équilibre entre le rétablissement des deux parties en présence. La position pro-créancier du code de commerce de 1807 est jugée excessive par les commentateurs de l'époque qui la dénonceront à plusieurs titres. Sous une forme littéraire par

Balzac qui en fait le sujet de son roman « Cesar Birotteau » ou sur un ton plus politique comme avec les publications des Saint-Simoniens qui déplorent que les lois soient toujours favorables aux propriétaires créanciers en cherchant à assurer la protection de leurs capitaux et qu'à l'inverse, elles fassent preuve de sévérité envers les industriels débiteurs en se montrant intraitables pour le recouvrement sans tenir aucun compte des difficultés dans lesquelles peut se trouver le débiteur à cause de la crise (Benaussé, 2003, p. 243). Mais si dès la fin du 1^{er} Empire, Locré dénonce les abus du code napoléonien, ce seront pourtant des arguments d'ordre juridique relatifs au coût élevé des procédures qui empêche nombre de parties d'ester en justice et de la durée excessive du traitement des dossiers qui érode l'actif disponible de l'affaire et détériore les niveaux de dividendes obtenus par les créanciers chirographaires qui conduiront à la réécriture du Livre III du code de commerce par la loi du 23 mai 1838. Ce nouveau texte conduit à une diminution des sanctions applicables aux commerçants et à une nette accélération de la procédure de règlement des dettes. Iront dans le même sens la suppression de la contrainte par corps en 1867 et la loi du 4 mars 1889 qui crée la liquidation judiciaire. Ces dispositifs favorables aux débiteurs seront cependant contestés à la fin du 19^{ème} siècle dans des commentaires mettant en évidence les abus et les spoliations de créanciers résultant de ce qui est présenté comme une tolérance excessive à l'égard des débiteurs. Les juridictions d'exception de 1848 et 1870 mais, surtout, le concordat avec abandon d'actif sont vus comme des moyens pour échapper aux engagements contractuels (voir Tessier du Cros, 1906 à propos du rapport Dormoy pour la réforme de la liquidation judiciaire) d'autant plus efficaces que les commerçants adoptent de plus en plus fréquemment un statut de société. Celui-ci leur permet de ne pas engager leur patrimoine personnel et familial et, ainsi, d'échapper d'autant plus facilement aux engagements contractés que ces affaires « sont le fait de personnes déclassées qui n'ont pas réussi comme entrepreneurs individuels » (Courcelle Seneuil, 1865, p. 42) et favorisent une forme de « paupérisme spéculateur » (Reybaud, 1842, p 107 voir aussi Praquin, 2003)⁶.

A coté des moyens à mettre en œuvre pour ne décourager ni l'esprit d'entreprise, ni les prêts à l'industrie en préservant de façon équitable les droits des créanciers et ceux des débiteurs, mais au cœur des débats sur l'évolution du droit des faillites, se trouve la question de la nature et de l'importance de l'actif comme base de remboursement des créanciers. Elle va revêtir différentes formes qui concernent d'une part le périmètre du patrimoine pouvant

⁶ Cette défiance à l'égard des sociétés traverse l'histoire de la discipline. Deux siècles avant Berle et Means, A. Smith estimait déjà que « l'on ne peut guère s'attendre à ce que [les régisseurs de l'argent d'autrui] y apportent cette vigilance exacte et soucieuse que les associés d'une société apportent souvent dans le maniement de leurs fonds » (Smit, 1991, p. 401).

faire l'objet d'une saisie et d'autre part la responsabilité du commerçant supposé devoir être incarcéré par jugement intervenant au tout début de la procédure afin de l'empêcher de prendre la fuite avec une partie des biens.

Défini comme l'ensemble des droits et obligations d'une personne, qui sont dans le commerce et qui ont une valeur économique ou pécuniaire, le patrimoine est une universalité si bien que toute personne ne dispose que d'un patrimoine et d'un seul et que celui-ci lui est indissociablement lié. Ce principe civiliste a des répercussions en matière commerciale dans la mesure où la possibilité de créer un patrimoine d'affectation est généralement considérée comme exclue, sauf création d'une personne morale. Cependant, la clause d'inaliénabilité⁷ est l'un des meilleurs exemples des conflits entre intérêts familiaux et commerciaux. Le plus souvent traduction des intérêts d'un bon père de famille, cette clause constitue un bon moyen de protéger ces intérêts des éternelles attaques des créanciers, guidés par leurs finances. Mais c'est la forme sociétale, « machine juridique » (Ripert, 1951, p. 109) créée pour servir le capitalisme qui offrira la meilleure protection contre les possibles prélèvements des créanciers en cas de faillite. En inaugurant la personnalité morale, distincte de la personne physique, elle circonscrit le risque encouru à ce qui a été investi dans la société et épargne la fortune de la famille. Selon que l'on aura affaire à une entreprise individuelle ou une société, le dividende de la faillite pourra donc être très différent.

Dans ces conditions, la responsabilité du commençant et la façon dont la justice l'oblige à l'assumer ne peut que s'en trouver affectée. Le premier moyen de s'assurer que le commerçant ne cherche pas à échapper à ses engagements, qui est aussi le plus radical, réside dans le recours à la contrainte par corps, forme de saisie de la personne, qui, suite à de nombreux débats parlementaires motivés par son caractère plus ou moins moral et plus ou moins efficace⁸, est supprimée par la loi du 24 juillet 1867⁹. Entre temps, le juge ou le président du tribunal de commerce avait la possibilité de délivrer des sauf-conduits permettant au failli de ne pas perdre sa liberté si sa bonne foi était attestée ce dont, manifestement, ils ne

⁷ La clause d'inaliénabilité est apparue à Rome, où elle permettait au père de famille d'empêcher son fils de dilapider la fortune léguée (H. Corvest, 1979, p.1377). Cette pratique, qui connaissait un certain succès, est donc née pour satisfaire un intérêt familial. Néanmoins elle fut détournée de sa finalité par l'Ancien droit français. La clause d'inaliénabilité apparut alors comme un excellent moyen de consolider la fortune des grandes familles.

⁸ Si elle est souvent condamnée en raison de son caractère inhumain, la contrainte par corps trouve de nombreux défenseurs qui mettent en avant son caractère préventif et l'accélération des paiements qu'elle autorise. A ce propos, une des positions les plus originales est celle décrite par B. Pance qui, pour des raisons d'équité, propose qu'une fois qu'un jury aura statué sur l'incapacité ou l'absence de volonté d'un débiteur de s'acquitter de sa dette, ce dernier soit emprisonné pour une durée non déterminée de manière à ce que ce débiteur se trouve « toujours soumis à la même nécessité, celle de payer » (p. 662).

⁹ Une première expérience d'abolition de la contrainte par corps a été conduite sous la Révolution qui l'a supprimée le 9 mars 1793 mais, « sa suppression donna naissance à tant de dommages qu'il fallut la rétablir le 24 ventose an 5 » (B. Pance, article « contrainte par corps » du Dictionnaire du Commerce et des Marchandises).

se privaient pas. La loi de 1867 peut finalement être considérée comme l'entérinement d'une pratique intervenant après une période de débats d'une assez brève puisque trente ans se sont écoulés entre la loi de 1838 et l'abolition de la contrainte par corps. Quels éléments ont été mobilisés pour parvenir à ce résultat ? Comment est-on passé de l'emprisonnement systématique des faillis à leur maintien dans la vie civile. Au-delà des critiques morales à l'encontre de cette pratique, il semble que son abandon provienne surtout de l'élargissement du point de vue sur les causes possibles de la cessation de paiement. A la référence à la responsabilité individuelle caractéristique du Code napoléonien va très vite succéder la reconnaissance du poids des circonstances dans la survenue de la faillite.

La reconnaissance de l'influence de la conjoncture sur la vie des affaires n'est généralement pas prise en compte dans le Code de commerce qui a pour but principal de doter le commerce d'une juridiction spéciale, entièrement différente de la juridiction civile¹⁰, permettant d'assurer la bonne marche des affaires. Il contient des principes universels supposés s'appliquer à tous et en toutes circonstances. Deux situations exceptionnelles de crise, en 1848 et 1870, justifieront toutefois des juridictions d'exceptions. Elles allègent les procédures habituelles et introduisent, à titre transitoire et dans un souci d'équité en raison du contexte économique, une procédure de faveur dégagée des conséquences infamantes attachées à la faillite en appliquant la procédure de liquidation des biens utilisée pour une société dissoute à des sociétés non dissoutes, puis à de simples particuliers (Hilaire, 1992). Résultera de la première expérience le concordat par abandon d'actif qui, d'une certaine façon, fait suite à la cession de bien interdite par l'article 541 du Code de commerce portant qu'aucun débiteur commerçant n'est recevable à demander son admission au bénéfice de la cession de biens. Pour prix de la libération qu'ils accordent au failli, les concordats par abandon d'actif remettent aux mains des créanciers tout ou partie de l'actif afin que ceux-ci en poursuivent la réalisation et la répartition. Par ce fait, ils viennent en quelque sorte s'intercaler entre le concordat et l'union puisque, s'ils ferment la procédure de faillite quant à la personne, ils la laissent ouverte quant aux biens.

Le maintien des dispositions transitoires prises en 1870 sera plus difficile mais encore plus voyant d'un point de vue juridique. En effet, certains tribunaux de commerce s'efforcèrent de prolonger l'application des dispositions prises après la guerre de 1870 au delà des limites prévues (13 mars 1872) mais ces "liquidations coutumières" ou ces "faillites avec

¹⁰ La commission chargée des travaux préparatoires du Code de commerce de 1807 a entièrement repris le principe d'autonomie de la législation commerciale par rapport à la législation civile énoncé par le négociant lyonnais Vital-Roux .

circonstances atténuantes" (comme les auteurs tentaient de les qualifier) n'étaient pas sans danger. L'un des créanciers pouvait à tout moment parvenir à faire déclarer la faillite sans considération pour les opérations déjà engagées par le liquidateur, et créer par là une situation inextricable. La résistance des Cours avait suscité une circulaire du garde des Sceaux aux tribunaux de commerce en 1876 pour rappeler la stricte observation de la loi et ces pratiques diminuèrent (...)" (ibid, p. 333). Presque vingt ans après leur application, ces expériences déboucheront finalement sur la création d'une procédure permanente de liquidation judiciaire par la loi du 4 mars 1889. Cette procédure non répressive destinée aux commerçants malchanceux et de bonne foi vise la conclusion d'un concordat entre le débiteur et l'ensemble de ses créanciers sous le regard d'un liquidateur nommé par le tribunal. A défaut d'accord, la faillite classique reprend ses droits. Dans cette procédure, l'aspect punitif est beaucoup moins marqué. De plus, le débiteur n'y est pas systématiquement dessaisi de l'administration de ses biens et peut être simplement assisté par le liquidateur.

A la fin du 19^{ème} siècle, le droit français dispose de deux grandes familles de techniques différentes de règlement des dettes : la liquidation judiciaire qui est une mesure de faveur pour les commerçants malheureux et de bonne foi, et la faillite qui conduit au concordat et à une remise et un rééchelonnement de la dette applicable à l'ensemble des créanciers chirographaires ou à l'union qui débouche sur la vente des biens du débiteur représenté par le syndic pour payer les créanciers. Dès lors, c'est en fonction du comportement du débiteur et du contexte de la faillite que le tribunal se prononcera. Il déclare la faillite en cas de faute et la liquidation judiciaire lorsque la bonne foi et de mauvaises circonstances sont avérées. La liquidation judiciaire a ainsi complété la tentative de mettre en œuvre les distinctions entre malchanceux (liquidation judiciaire), maladroits (faillite avec concordat), imprudents (faillite avec union), incompetents (banqueroute simple) et malhonnêtes (banqueroute frauduleuse)¹¹.

1.2. Une chronologie porteuse d'interrogations

La succession de textes relatifs aux faillites est marquée par une judiciarisation des procédures. En effet, les législateurs et les commerçants auteurs de rapports des Chambres de commerce à ce sujet mettent en avant le besoin de prescrire les « accords ténébreux où, dans l'ignorance de l'état de vrai de l'actif et du passif, la ruse et la fraude se logent trop à l'aise... » (Renouard, in Guillaumin, 1861, p. 1175). Dans la grande entreprise de codification

¹¹ Preuve de la tolérance de l'époque, la loi du 17 juillet 1856 qui autorise les concordats par abandon d'actif est applicable aux concordats homologués avant la promulgation.

de la fin du 18^{ème} siècle, expression même d'un droit universel, le Code de commerce, adopté dans l'urgence en raison de la grande vague de faillites en 1805, a cherché à définir un cadre général et unique à la faillite.

Jugé inapplicable par les contemporains et suivi trente ans après sa mise en application par une décodification qui se poursuit encore aujourd'hui, le Code de commerce inaugure pourtant la conception moderne du traitement des entreprises en situation d'insolvabilité et la distinction entre ses trois origines possibles que sont la malhonnêteté, l'impéritie¹² et la malchance (Szramkiewicz, 1989). En effet, le « malchanceux » ou débiteur de bonne foi qui faisait faillite n'y encourait « que » des déchéances civiles et publiques¹³ (outre, en principe, la contrainte par corps), tandis que le commerçant incompetent voire inconscient ou ayant commis des erreurs dans la gestion de son commerce était passible des peines de la banqueroute simple¹⁴ constituée dès lors que le débiteur commettait avant sa déclaration de faillite des faits tels que des opérations de pur hasard, des dépenses personnelles excessives, des reventes de marchandises à perte ou au dessous des cours ou, encore, des prélèvements de fonds.

La distinction entre les différentes origines possibles des cessations de paiement et les solutions à y apporter vont se préciser tout au long du 19^{ème} siècle, à la faveur des crises notamment. Les difficultés économiques et plus encore les crises d'origine politique de 1848 et 1870 semblent avoir facilité la prise de conscience de ces distinctions et la construction d'un droit qui accompagne le développement du capitalisme (Ripert, 2004) tout en assurant la sélection des « bonnes entreprises » (Di Martino, 2002) capable de survivre aux difficultés de paiement rencontrées.

En créant la liquidation judiciaire, la tolérance à l'égard du failli et la préservation de l'affaire qui émaillent la jurisprudence ont pris une dimension nouvelle. Il semble ici que le législateur, en France comme dans les autres pays d'Europe (Sgard, 2005), ait cherché à encourager le débiteur à ne pas cacher ses activités aux créanciers, dans le but d'obtenir un traitement privilégié par rapport à la faillite. Cette délicate combinaison entre sévérité et tolérance à l'égard du failli a donc évolué au cours du temps en faveur d'une prise en compte accrue des circonstances atténuantes qui constitue une reconnaissance implicite du lien

¹² « Il ne faut pas laisser au débiteur les moyens d'afficher un luxe insultant » L. Segur, Exposé des motifs du projet de loi contenant le Livre III sur les Faillites et les banqueroutes, Code de commerce, Paris 1810, p. 57 ; cité par Bourriet-Quenillet et Stephany (2000).

¹³ Perte de la qualité de commerçant, du droit de vote et du droit d'éligibilité (aux élections civiles et commerciales), interdiction d'entrer à la bourse et de porter ses décorations.

¹⁴ Elle reste un délit correctionnel donnant lieu de 2 mois à 2 ans d'emprisonnement.

indéfectible entre l'activité d'entreprendre et le risque dont l'importance est fortement dépendante de la forme juridique de l'affaire. Le développement des sociétés s'accompagne d'une évolution du droit des faillites dont l'influence sur l'activité est largement reconnue.

Aux visées habituelles d'un droit des faillites garant de la bonne marche du commerce dans la mesure où il incite les entrepreneurs à la prudence en faisant peser une menace sur les débiteurs mais également élément constitutif du système capitaliste dans la mesure où il organise la sortie du marché des firmes en situation d'échec, nous en avons entrevu une troisième beaucoup moins souvent évoquée par la littérature. Son identification suppose que l'on insiste sur les différences entre les entreprises individuelles et les sociétés. Poursuivis sur leurs biens propres, les premières offrent aux créanciers une base de remboursement supérieure aux sociétés dont le développement, signe extérieur de réussite du capitalisme français à la fin du XIX^{ème} siècle, doit être préservé. Leur imbrication dans le circuit économique qui se manifeste, entre autres, par l'augmentation des émissions d'obligations¹⁵ qui remplacent peu à peu la rente dans le patrimoine mobilier des français (Michalet, 1968, p. 156) et l'abondance de l'épargne disponible pour le financement de l'activité conduisent le législateur à favoriser l'esprit d'entreprise plus que les intérêts des créanciers. Le droit des faillites en France est alors marqué par une volonté d'exclusion des commerçants (entrepreneurs débiteurs) de moins en moins sévère et par une réhabilitation des faillis de plus en plus rapide¹⁶, si bien qu'il devient difficile de considérer qu'il vise seulement à assurer la protection des créanciers, le respect des engagements passés et des principes.

Au contraire, il faut y voir aussi, et peut être surtout, un dispositif conduit par un souci d'efficacité permettant de ramener les entrepreneurs dont les difficultés seraient circonstanciées dans le monde économique. Cette vision d'un droit des faillites comme droit préservant le futur plus que le passé, préoccupé de l'entreprise plus que du propriétaire des immeubles qu'elle occupe et protégeant finalement l'investissement davantage que le crédit nous est inspirée par la place accordée à la résolution des problèmes des entreprises et non à la sanction à l'égard du failli par la littérature juridique et économique au cours du 19^{ème} siècle. Loin d'être un droit punitif sanctionnant le passé et mettant en œuvre une procédure

¹⁵ Les premiers financements obligataires privés se développent sous la Monarchie de Juillet, mais l'obligation fait partie de l'engouement suscité par le développement des valeurs mobilières au cours de la seconde moitié du XIX^{ème} siècle (Léon, 1993, p. 531). Leur fractionnement n'y est pas étranger : « Avant 1856, on avait profité de la liberté qu'elle laissait, pour fractionner parfois le capital en actions ou en coupures d'actions d'une valeur tellement minime (cinq francs, un franc même) qu'on les avait comparées à des billets de loterie », (Lyon-Caen Ch. et Renault L., 1928, p. 225).

¹⁶ Grâce à la loi du 30 décembre 1903, la réhabilitation complète du failli (incluant ses droits politiques complets) cesse d'être soumise au remboursement du principal et des intérêts de toutes ses dettes, condition qui la rendait formellement presque inaccessible jusque là.

inquisitoriale intervenant au profit d'un dépeçage de l'outil de l'actif, le droit des faillites ne serait-il pas plutôt celui qui cherche à favoriser la survie de l'affaire dans une pure logique de marché ?

Au démembrement de l'actif de l'entreprise défailante comme sanction à la fois morale et économique dont dépend la bonne marche de la société dans son ensemble, les réformes successives mises en place, notamment parce que le Code de commerce n'était pas appliqué par les tribunaux, substituent une logique de prolongement de l'activité. Elles peuvent en effet être interprétées comme un moyen de corriger les échecs de marché antérieurs comme, par exemple, des octrois de prêts excessifs ou inopportuns ce qui renverrait à des problèmes de rationnement, d'erreurs d'anticipation liées à une mauvaise information ou à l'effets de chocs exogènes à l'origine d'une illiquidité, voire d'une insolvabilité, de certaines entreprises.

Cette hypothèse générale sur le fonctionnement du droit des faillites dans sa globalité s'accompagne d'une série d'interrogations relatives aux comportements des catégories concernées par les textes réglementaires. C'est ici plus aux usages qu'aux origines du droit que nous nous intéressons, ce qui va nous conduire à nous demander avec quelle intensité les agents y ont recours au cours du siècle, quelles sont les principales formes d'ouverture et de clôture de la procédure et quelles sont les caractéristiques des affaires confrontées à un problème de cessation de paiement. Dans un contexte où le droit apparaît comme le garant de tous les intérêts en présence et où le traitement judiciaire des conflits est réputé le plus apte à faire émerger des solutions exécutoires, nous essaierons également de comprendre ce qui incite les agents à déclencher la procédure dans la mesure où l'union réputée pour sa longue durée et son faible taux de dividende est probable, la perte de certains droits par le créanciers pas impossible et les risques de perte de valeur de l'actif liée à la cessation de l'activité non négligeables. Nous nous interrogerons aussi sur les raisons et les effets de la volonté de simplification systématiquement mise en avant par le législateur. Tout particulièrement, nous préciserons, tout en y cherchant des solutions, la question du niveau de complexité à considérer : s'agit-il de celle des règles ou des parties en présence ? Cette dernière interrogation est légitimée par la multiplication du nombre de sociétés, le développement de l'actionnariat et du crédit et la dématérialisation du patrimoine. Tous ces phénomènes contribuent à remettre en cause de manière régulière la hiérarchie des créanciers, ce qui est à la fois une cause et une conséquence des conflits entre les détenteurs de créances de rangs différents.

II. Les dossiers de faillite : une analyse du fonctionnement des tribunaux de commerce comme lieu de production du droit.

Le 19^e siècle connaît des changements importants en matière de faillites. Ces changements nous sont connus principalement par une source statistique officielle, le Compte général de l'administration de la justice, publication annuelle du Ministère de la Justice, qui a fourni la base des travaux de L. Marco (1984, 1989). Nous verrons néanmoins que ces statistiques doivent être complétées par une étude plus détaillée s'appuyant sur les dossiers individuels de faillites eux-mêmes pour pouvoir trancher un certain nombre de questions.

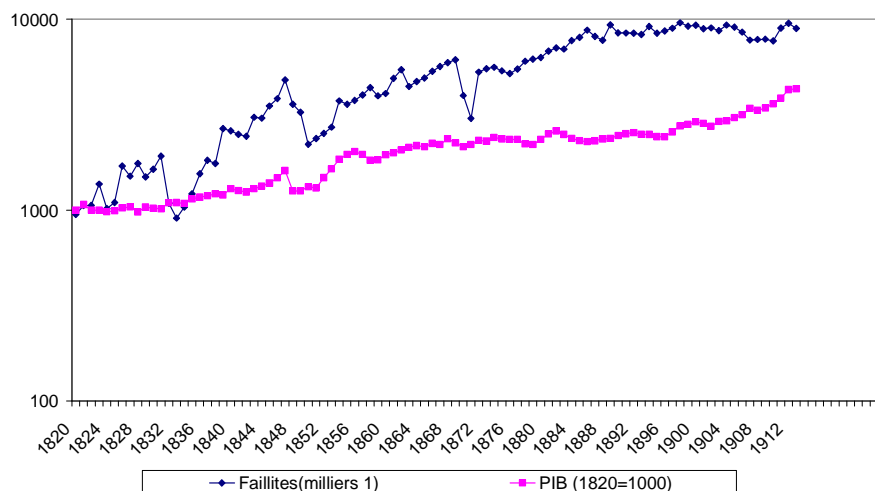
II.1. Eléments de contexte

Les statistiques agrégées du Compte général de la justice, publiées annuellement à partir de 1840 fournissent des informations exhaustives (toutes les procédures ouvertes et fermées en France) selon une méthode stable sur une longue période et permettent des comparaisons avec des indicateurs macroéconomiques. Les données fournies sont le nombre de procédures ouvertes et fermées par ressort de cour d'appel, et à l'échelle nationale leur répartition sectorielle, leur répartition en fonction des modalités d'ouverture, de la durée et des résultats de la procédure, des montants de l'actif et du passif, de leur composition (créances privilégiées, meubles vs immeubles), et l'importance du dividende obtenu (en fonction des procédures suivies).

L'inconvénient évident d'une telle source est qu'elle ne permet pas d'observer les relations entre les différentes caractéristiques d'une faillite particulière, donc de comprendre dans quelle mesure, par exemple, le niveau du dividende est lié à la procédure suivie, à la durée de celle-ci, à la composition de l'actif ou du passif. En outre, les comparaisons dans le temps effectuées à partir de cette source supposent nécessairement la constance des décisions judiciaires, en contradiction avec l'évolution suggérée par les historiens du droit que nous avons retracée précédemment et plus encore, sans doute, avec les écarts entre législations et pratiques judiciaires que nous envisagerons ci-dessous. Enfin, nous le verrons, la mesure des bilans telle qu'elle apparaît dans les statistiques agrégées semble biaisée car s'appuie sur le premier bilan fourni, qui semble significativement différent selon qu'il est déposé par le failli ou réalisé par le syndic.

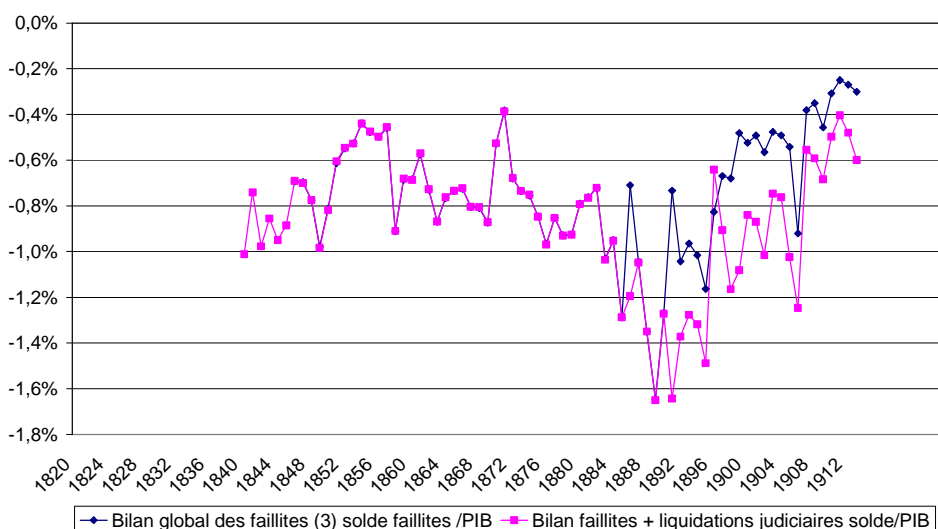
La première tendance historique, clairement identifiée par la littérature, est l'augmentation continue du nombre de faillites au cours du 19^e siècle (graphique 2), augmentation très supérieure à celle du PIB, de la population active ou du nombre d'entreprises (ainsi, le nombre d'entreprises payant la patente double seulement entre 1827 et 1913, cf. Jobert, 2001, p. 35). Cette augmentation cesse cependant à la fin du siècle. A Paris

(qui représente longtemps près du quart des faillites), un recul est même perceptible à partir de 1870 environ.



Graphique 2 : Evolutions comparées du PIB et du nombre de faillites et liquidations judiciaires

La hausse du nombre de faillites a été interprétée (Marco, 1989) comme résultant pour une large part de l'adoucissement du droit des faillites qui aurait amené les entrepreneurs à recourir plus facilement aux procédures judiciaires plutôt que de tenter à toute force de trouver des arrangements amiables. Or, cette interprétation semble contredite par le ralentissement de fin de période, au moment même où la création de la liquidation judiciaire améliore fortement la situation des entrepreneurs défaillants. On notera à cet égard que notre graphique inclut les liquidations judiciaires, au nombre de 2500 par an environ à partir de 1889, ce qui suggère que cette procédure se substitue aux faillites et non qu'elle attire des entreprises qui auraient auparavant échappé à la faillite.



Graphique 3 : Bilan général des faillites : passif net rapporté au PIB

L'évolution du montant du passif net (actif diminué du passif) affecté par les faillites (mesuré sur le graphique en pourcentage du PIB) contraste fortement avec celle du nombre de faillites. Constamment très volatile, cet indicateur semble indiquer, après une phase initiale de stabilité, une forte détérioration des années 1860 à 1890, suivie d'une forte réduction des pertes puisque, même en incluant les liquidations judiciaires, les pertes subies à la veille de la Grande guerre sont parmi les plus faibles du siècle en pourcentage du PIB. En réalité, ces chiffres sous-estiment d'ailleurs l'amélioration dans la mesure où la part du PIB réalisée par les entreprises susceptibles d'être mises en faillite augmente (avec le recul de l'agriculture), de sorte que les pertes diminuent encore plus en proportion de l'activité industrielle et commerciale proprement dite. Un autre indicateur nuance néanmoins cette amélioration : les dividendes produits par les faillites, qui avaient diminué jusqu'à 1890, se stabilisent après cette date sans vraiment remonter.

Ainsi, l'augmentation du nombre de faillites peut provenir de causes économiques comme une plus grande volatilité conjoncturelle de l'économie ou une plus grande prise de risque (par exemple, via un endettement accru destiné à financer des investissements) des entreprises. Il peut aussi provenir d'une augmentation du recours à la procédure judiciaire, soit du fait de transformations dans la législation (par exemple la création de la procédure de liquidation judiciaire), soit de transformations des variables de choix des débiteurs et des créanciers.

- Une augmentation des asymétries d'information entre entrepreneurs et créanciers, qui conduisent les créanciers à refuser des règlements amiables (cette augmentation pourrait être liée à celle du statut juridique ou de la taille des entreprises, ou à leurs caractéristiques sectorielles par exemple).
- Une augmentation des asymétries d'information entre créanciers (ou du nombre de créanciers) qui rend plus difficile l'obtention de l'unanimité nécessaire à un règlement amiable ;
- Une baisse du coût de procédure ;
- Une baisse du coût en réputation ;
- Comme le coût de procédure est sans doute plus élevé pour les petites faillites (en % des créances), une augmentation de la taille des entreprises (ou de leur endettement) irait dans le même sens.

De même, les variations de l'actif net peuvent s'expliquer par des facteurs économiques comme un taux d'endettement plus élevé des entreprises (qui augmente la part des lourdes pertes dans les sociétés en difficultés), mais aussi par une diminution du recours

au concordat à situation donnée (ce qui suppose qu'y recourraient des sociétés en plus mauvaise situation que la moyenne). Les séries chronologiques qui sont en cours de construction permettront sans doute de répondre à une partie de ces interrogations. Néanmoins, notre sentiment est qu'elles ne seront de toute façon pas suffisantes en raison des transformations que semble connaître les pratiques judiciaires, même à législation constante, et aux écarts de pratiques entre ressorts comme entre entreprises qui semblent ressortir des archives des tribunaux de commerce.

II.2. Quels dossiers pour quel usage ?

Les dossiers de faillites étudiés proviennent de la Section III des archives judiciaires de la Seine. Deux sources principales ont été utilisées. Tout d'abord, les références des Registres d'inscriptions de faillites (1808-1911)¹⁷ qui mentionnent l'ensemble des affaires par ordre chronologique. Chaque affaire, décrite sur une demi-page, est identifiée par un numéro et les principales informations prévues par la procédure sont reportées sur ces registres : date de l'ouverture, noms de l'affaire, du des propriétaires, statut juridique de l'entreprise, nom du juge et du syndic, origine de la faillite (poursuite de créanciers, dépôt de bilan, d'office...), total de l'actif et du passif au moment de l'ouverture du dossier, nombre de créanciers affirmés, dates des principales assemblées de créanciers, issue de la faillite (concordat, union...), dividende, excusabilité du failli et éventuelle réhabilitation. Sur l'ensemble de la période, le contenu de ces registres, véritables résumés des affaires de faillites jugées par les tribunaux de commerce, évolue assez peu.

A ces registres viennent s'ajouter les dossiers de faillites¹⁸ proprement dits classés par ordre chronologique. Leur disponibilité varie selon les années, les plus gros déficits étant observés pour les périodes 1816-1830 et 1831-1847. Le contenu des dossiers varie selon l'époque, la nature de l'affaire et, probablement, la fourniture des pièces exigées par les acteurs de la faillite. De manière générale, ils sont supposés contenir un extrait du casier judiciaire et les jugements relatifs à l'ouverture de la faillite, à la nomination du juge et du syndic provisoire puis définitif et à l'incarcération du failli. A ces pièces émises par le tribunal s'ajoute un ensemble de documents permettant, d'une part, de caractériser l'affaire et, d'autre part, de suivre les différentes étapes de la procédure. Chaque dossier comporte ainsi un inventaire, un bilan au moment de l'ouverture de la faillite, la liste des créanciers et les montants pour lesquels ils sont engagés, l'arrêt ou, au contraire, l'autorisation de continuation

¹⁷ Ils portent la côte D.10U³ 6.

¹⁸ Côte D.11U³

de l'exploitation et des rapports faits par le syndic aux créanciers puisqu'il représente les intérêts de la masse. Parmi ces différents rapports, celui qui est rendu avant l'assemblée devant décider du type d'issue (insuffisance d'actif, concordat ou union) est le plus documenté. Il relate en effet les conditions de création de l'affaire, décrit les antécédents de la faillite et présente le comportement du débiteur ; les écarts entre le bilan initial fourni par le propriétaire et celui présenté par le syndic qui distingue les éléments de l'actif et du passif en fonction de leur nature sont évalués, les causes de la faillite sont repérées et, enfin, les conséquences des différents types de décision possibles sont appréciées. Selon les circonstances et les affaires en présence, on peut également trouver des éléments relatifs à d'éventuels problèmes entre créanciers privilégiés, hypothécaires et chirographaires ainsi que la manière dont l'exploitation s'est déroulée dans le cas où celle-ci a été autorisée. A la suite de ce rapport figure le compte rendu de l'assemblée générale des créanciers qui décide des suites à donner à la faillite. Soit un concordat est obtenu et acquis définitivement et les pièces relatives aux termes de l'accord, à son homologation, à la reddition des comptes figurent juste après, soit on est en situation d'union et ce sont les pièces concernant sa liquidation, les dividendes obtenus puis la demande et l'éventuel accord du juge en matière d'excusabilité avant que ne soit déposée une demande de réhabilitation qui, par jugement, sera ou non accordée qui viennent s'ajouter au dossier. Dans les deux cas, on dispose des comptes du syndic qui mentionnent les recettes et les coûts de la faillite ainsi que les indemnités perçues.

L'analyse des dossiers apporte une information complémentaire à celle fournie par l'étude des textes réglementaires et des comptes généraux de la justice. Cette complémentarité provient en premier lieu du contenu en information des dossiers disponibles. Ils décrivent en effet le déroulement des procédures de faillite et de liquidation judiciaire telles qu'elles sont conduites dans les tribunaux de commerce par les différents acteurs qui y participent (débiteurs et créanciers, juges, greffiers, syndics). Les données générales, en flux et en stock, fournies par les comptes généraux se trouvent alors précisées par les descriptions de séquences qu'il est possible de reconstituer grâce aux dossiers de faillites individuelles qui donnent des indications sur les conditions d'ouverture, de déroulement et de clôture de l'affaire. Mais, au-delà de l'enrichissement de la description procuré par l'exploitation de cette source, c'est surtout d'un point de vue méthodologique que l'usage des dossiers doit être justifié. Leur prise en compte dans l'analyse de l'évolution du droit permet en effet d'éclairer celui-ci d'un jour différent comme l'ont montré les travaux des juristes réalistes, américains notamment, pour qui le droit en action permet de comprendre les ressorts de la décision judiciaire et de dégager la manière dont les objectifs collectifs y sont incorporés. On retrouve

en cela l'optique institutionnaliste développée par Commons (1924) pour qui l'exécution de la règle, au même titre que sa construction, participe à la production du droit et le contentieux, déterminé par les stratégies des agents économiques contribue à l'obtention d'un effet conforme à celui attendu par le législateur¹⁹. Car la mise en œuvre des règles exprimées par les livres de droit par les juges dans leur pratique constitue ce que Llewelyn (1930) appelle les « real rules » lesquelles doivent être saisies à travers les comportements et les décisions des acteurs de la justice qui disposent d'une marge de manœuvre importante, d'un pouvoir d'interprétation des règles et, même parfois, d'une capacité de reformulation de ces dernières. (Cotterell, 1989, pp. 190-191).

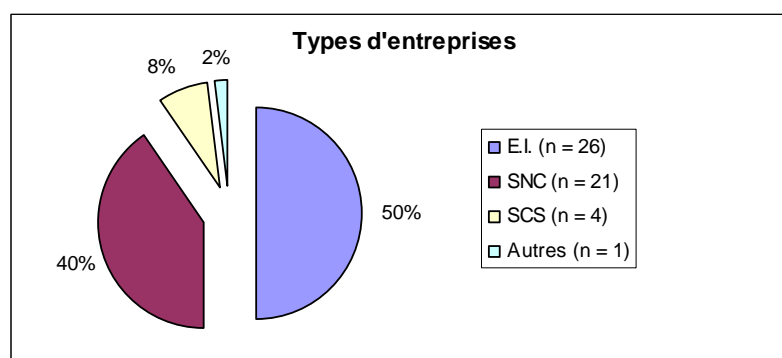
Pour ces deux raisons, enrichissement de l'information et renforcement méthodologique, nous considérons ici que la manière dont les tribunaux prennent leurs décisions est un matériau de base à partir duquel il est possible de comprendre la construction de la réglementation, laquelle ne se limite pas à la sphère de la rédaction des textes. A partir du traitement de dossiers, c'est donc non seulement un niveau d'activité ou des résultats d'arbitrages que l'on peut observer mais aussi le contexte dans lequel s'opère la coordination entre les parties et s'effectue l'arbitrage entre les différents intérêts sociaux. L'analyse pragmatiste du droit en mouvement (Kirat, 2005) à laquelle nous procédons ici repose sur la reconnaissance du caractère situé de la décision de justice : chaque contenu de dossier dépend de l'expérience sociale d'acteurs déterminés par un contexte matériel et des représentations collectives. C'est pourquoi, après avoir étudié les tendances générales de l'activité de la justice commerciale, c'est à l'analyse de son fonctionnement comme lieu de production du droit que nous allons maintenant procéder.

II.3. Présentation des échantillons de dossiers

Des échantillons ont été constitués pour deux années : 1850 et 1899. L'année 1850 a été retenue car elle est postérieure à la décodification de 1838 et à la procédure exceptionnelle instaurée en 1848. Sur le plan pratique, il s'agissait en outre d'une année relativement riche en dossiers complets ce qui permettait de procéder à un sondage important. L'année 1899 prend déjà en compte une assez longue pratique de la liquidation judiciaire qui a été créée dix ans auparavant et permet de procéder à des sondages sur la base d'un nombre de dossiers élevé.

¹⁹ On rappelle que pour Commons, l'économie est « une science pratique de la coordination des actions individuelles et collectives à base de règles, qui intègre les conflits d'intérêts et les rapports de pouvoir entre groupes sociaux, car les règles sont produites pour une large part dans le cadre du règlement des disputes » (Bazzoli et Kirat, 2003)

II.3.1. Données de cadrage des dossiers sondés



Graphique 4 : Données de cadrage de l'échantillon

Les cinquante-deux dossiers prélevés pour l'année 1850 voient des entreprises impliquées dans des opérations de faillite pour les montants suivants :

Type D'entreprises	1 ^{er} bilan		Dernier bilan	
	Passif	Actif	Passif	Actif
E.I.	33 003	30 629	35 008	3 849
dont EI commerce*	(791-541458)	(150-583088)	(6479-627789)	(0-96620)
EI artisanat*	35 542 (19549-215248)	27 940 (150-342000)	35 008 (6479-198264)	4 370 (0-35000)
	27 255 (791-541458)	34 458 (1900-583088)	95 533 (7477-627789)	6 837 (703-96620)
Sociétés (SNC + SCS)	63 783	35 310	62 449	14 321
	(5164-406000)	(0-569788)	(8161-341298)	(1446-47000)

* Le découpage ici retenu présente une bonne part d'arbitraire dans la mesure où nous avons appliqué la distinction actuelle à une époque où elle n'est pas encore en vigueur. Cette remarque vaut pour toute la section.

Tableau 1 : Médianes de l'actif et du passif de l'échantillon (en francs)
Les chiffres entre parenthèses renvoient au min et au max de l'échantillon.

On remarque immédiatement que si les montants figurant à l'actif et au passif lors de la présentation du premier bilan par le failli sont sensiblement équivalents pour les deux catégories d'entreprises, il n'en va pas de même pour les montants figurant au dernier bilan qui, à la différence du précédent, sont construits par le syndic : l'actif des sociétés est le double de celui des entreprises individuelles et un facteur quatre sépare les passifs respectifs de ces deux catégories de dossiers. Les écarts de passif s'expliquent par le montant des dettes commerciales et par le nombre de créanciers : 25 en moyenne qui se présentent dans les deux catégories²⁰ et 14 confirmés pour les sociétés alors qu'ils sont 21 dans les EI²¹.

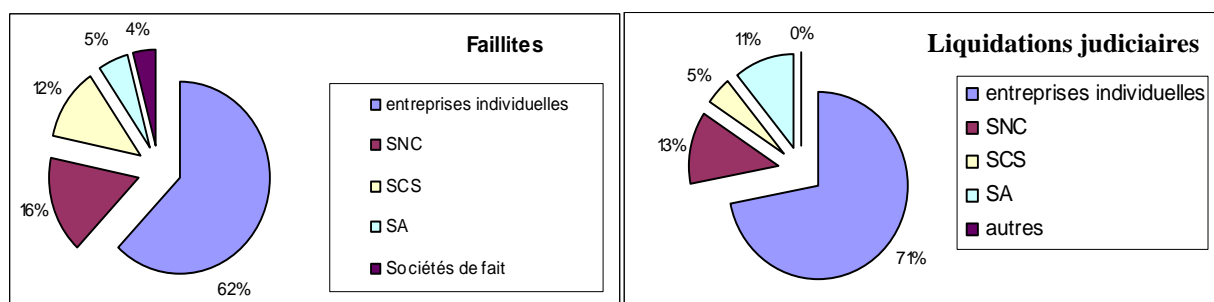
Les écarts d'actifs proviennent de l'évaluation optimiste des biens à laquelle procède le débiteur au moment du dépôt de bilan et de leur rapport au prix effectivement appliqué par le syndic. Ainsi, il n'est pas rare de voir des pièces de l'inventaire dont la valeur d'usage pouvait être élevée pour le propriétaire vendus à un prix dérisoire lors de la liquidation. Il en

²⁰ Les dossiers en présence font apparaître un maximum de 128 créanciers qui se présentent pour les entreprises industrielles contre seulement 52 pour les sociétés.

²¹ Le nombre maximum de créanciers affirmés atteint 93 pour les EI alors qu'il n'est que de 36 pour les sociétés.

va de même pour les dettes des clients portées à l'actif. Elles disparaissent souvent entre le bilan initial et le bilan final faute de preuves les concernant, la poignée de main faisant encore souvent office de contrat à cette époque. A l'arrivée, le trait le plus marquant du traitement de ces dossiers concerne la réduction du montant inscrit à l'actif entre le premier et le dernier bilan. L'érosion est majeure pour les entreprises individuelles dont l'actif estimé par le propriétaire est dix fois supérieur à celui mesuré par le syndic ; elle est moindre pour les sociétés pour lesquelles le coefficient est égal à ½. Il ne semble pas que l'incapacité à évaluer les éléments portés au bilan soit en cause dans la mesure où les montants du passif lors de la déclaration et de la reddition des comptes sont quasi-identiques. L'hypothèse la plus vraisemblable est que les faillis sont tentés de surévaluer leur actif pour donner un caractère moins sévère à leur échec.

Que nous enseignent les 125 dossiers de l'année 1899 regroupés dans deux échantillons différents selon qu'ils concernent des faillites (n = 68) ou des liquidations judiciaires (n = 57) ?



Graphique 5 : Données de cadrage des échantillons pour 1999

L'analyse des dossiers de faillites laisse apparaître une importante évolution du profil des entreprises concernées comme on peut le voir à la lecture du tableau ci-dessous.

Type d'entreprises	1 ^{er} bilan		Dernier bilan	
	Passif	Actif	Passif	Actif
E.I.	11 757 (3 365 - 278 113)	7 532 (0 - 112 639)	21 464 (3 415 - 258 638)	3 362 (0 - 28996)
dont EI commerce*	9 097 (3 365 - 24 142)	3 433 (0 - 24 450)	10 736 (3 415 - 21 464)	1 500 (0 - 3 870)
EI artisanat*	43 597 (8 762 - 204 909)	18 325 (5 130 - 112 639)	46 012 (9 107 - 224 427)	4 360 (0 - 28 996)
Sociétés (SNC + SCS)	16 852 (0 - 125 332)	13 750 (0 - 51 807)	29 189 (7 868 - 81 787)	2 219 (0 - 31 101)

Tableau 2 : Médianes de l'actif et du passif de l'échantillon faillites (en francs)

Premier élément marquant : les montants figurant à l'actif et au passif du premier bilan et du bilan final sont tous diminués par rapport à 1850 ; mais si l'essentiel de la réduction est

comprise entre 200 et 400 %, l'actif des sociétés porté au dernier bilan en 1899 ne représente que 14 % de celui qui était évalué par le syndic en 1850. Ce fait peut être rapproché de la critique de l'aptitude des sociétés à échapper à leurs créanciers (en médiane plus nombreux pour les sociétés dans les dossiers desquelles 14 créanciers sont affirmés alors qu'ils ne sont que 9 dans les entreprises individuelles²²) évoquée dans la première partie de ce travail mais surtout est révélateur des effets de la responsabilité limitée évoquée par Ripert (2004). De manière générale, les écarts observés entre les montants déclarés par le failli et ceux qui sont portés au bilan calculé par le syndic soulèvent des questions relatives à l'usage de la comptabilité, à la nature des règles comptables en vigueur et aux méthodes d'évaluation des éléments de l'actif et du passif.

Le cas des liquidations judiciaires est plus édifiant encore car la relation entre la forme juridique de l'entreprise et l'ampleur de l'affaire apparaît clairement (tableau ci-dessous).

Type D'entreprises	1 ^{er} bilan		Dernier bilan	
	Passif	Actif	Passif	Actif
E.I.	54 354 (5561-1094793)	34 951 (340-8154125)	59 316 (4783-1084626)	8 088 (0-139420)
dont EI commerce	55 400 (5561-1094793)	33 582 (340-815125)	62 529 (4783-1084626)	8 529 (0-119607)
EI artisanat	43 858 (8218-671655)	32 480 (1630-460025)	47 279 (8979-737112)	5 017 (0-139420)
Sociétés (SNC + SCS)	61 350 (11962-1286118)	52 711 (2700-1220152)	68 591 (952-1330174)	12 200 (354-556168)
S.A.	1 165 219 (100 000 – 17 518 149)	2 269 349 (72 047 – 17 584 149)	1 689 272 (150 903 – 6 328 327)	50 727 (22 509 – 1 487 168)

Tableau 3 : Médianes de l'actif et du passif de l'échantillon liquidations judiciaires (en francs)

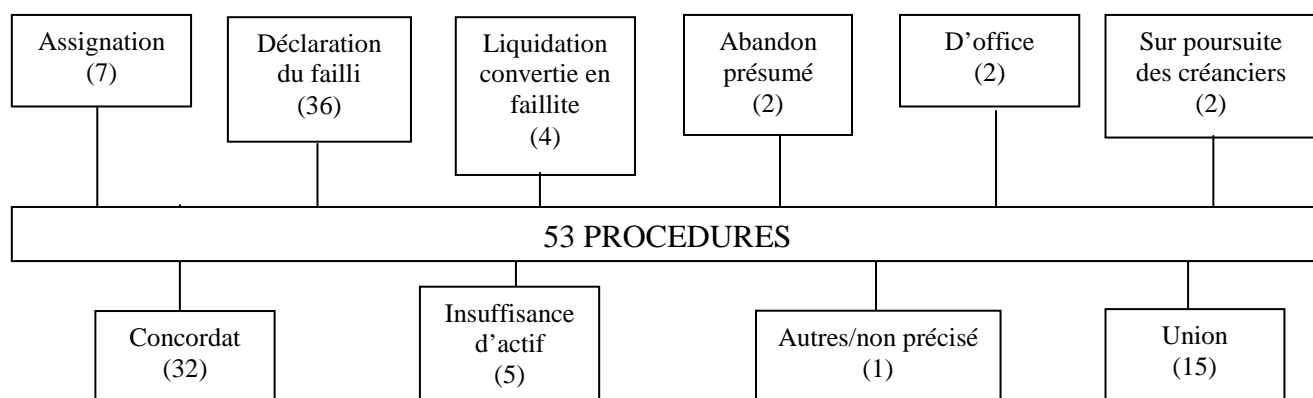
Si les bilans initiaux et finaux des 46 EI, d'une part, et de l'ensemble constitué des 10 SNS et SCS, d'autre part, tendent à être très proches les uns des autres, la situation des 7 SA dont nous avons retrouvé les dossiers est totalement différente tant en ce qui concerne l'importance des sommes en jeu puisque le passif des sociétés est environ 3 fois plus important que celui des autres types d'entreprises et que leur actif est plus de quatre fois supérieur. Ces écarts valent également pour le nombre de créanciers : il tourne autour de 20 pour les EI, les SNC et LES SCS alors qu'il atteint les 127 pour les S.A. avec un maximum de 1 080 pour la Compagnie nationale d'électricité.

²² La faiblesse de la différence peut surprendre car on aurait pu s'attendre à ce que la croissance de la taille des entreprises liée à l'accumulation du capital débouche sur une augmentation du nombre de créanciers.

II.3.2. Nature des procédures concernées

Outre des éléments relatifs aux entreprises, les dossiers peuvent être analysés en fonction des procédures mobilisées. Le cadre légal différant selon les années ainsi que nous l'avons montré dans la première partie, nous obtenons les résultats suivants en ce qui concerne l'année 1850 (voir graphique 6 infra).

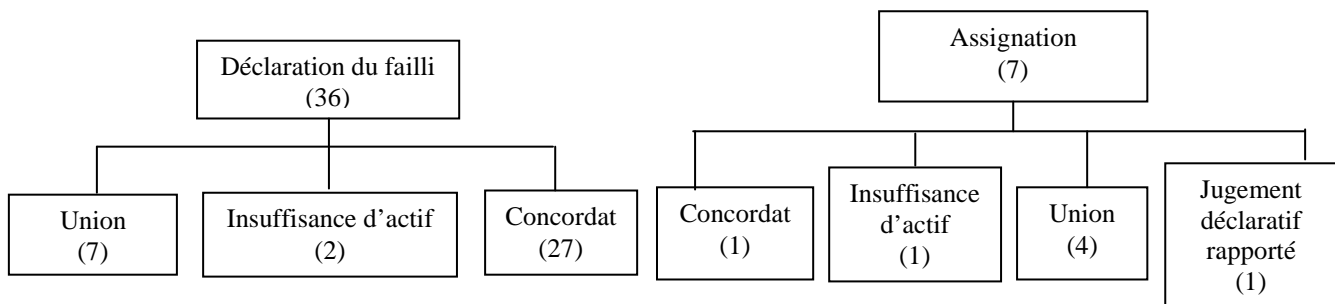
La faillite par déclaration est la formule la plus utilisée car elle est aussi la plus avantageuse pour le failli. Elle est en effet obligatoire pour l'obtention d'un concordat²³, même si des tolérances sont accordées par les juges lorsque le bilan est déposé par le failli dans un délai raisonnablement court (souvent deux semaines) suivant le dépôt d'une requête par des créanciers (voir l'article faillites de Guyot et Raffalovitch, pp. 131-132). La plupart du temps cette régularisation permet au failli d'échapper à l'incarcération (Daloz et Vergé, 1877, p. 558). Les autres modes de saisine : sur assignation (par les créanciers), sur requête (du procureur), d'office (par le juge) peuvent engendrer le déclenchement de la procédure de banqueroute dans le cas où le débiteur ne fournit pas l'information prévue par l'article 438 du Code de commerce relatif aux modalités de la déclaration de faillite.



Graphique 6 : Procédures selon le type d'ouverture et de clôture en 1850

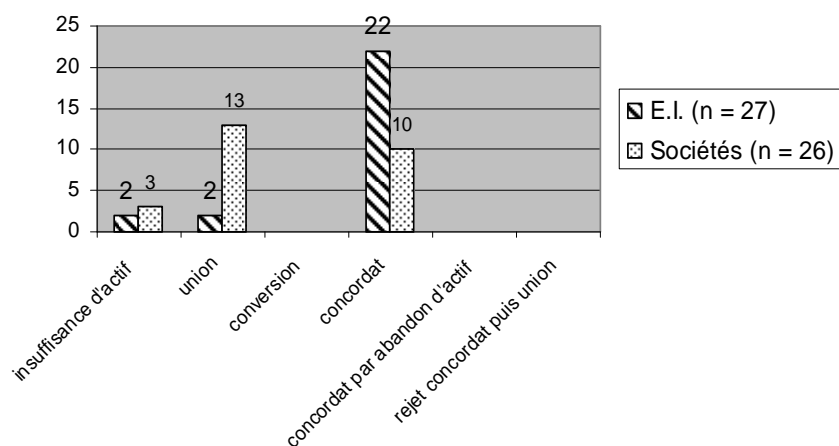
Sur les 36 dépôts de bilan spontanés par le failli, 29 se sont soldés par des concordats, dont 2 ont été suivis d'un abandon d'actif, et 7 ont donné lieu à une union des créanciers. Sur les 7 dossiers de faillite ouverts sur assignation, c'est-à-dire à l'initiative des créanciers, 4 finissent par l'union de la masse des créanciers chirographaires, un par un concordat, un autre par une clôture pour insuffisance d'actif et un dossier a donné lieu à un jugement déclaratif rapporté (Cf. le graphique 7 ci-dessous).

²³ Dans le cas où le failli ne présente ni les livres, ni l'inventaire, la faillite s'accompagne obligatoirement d'une procédure de banqueroute puisqu'il ne satisfait pas aux obligations relatives à la tenue des comptes. Aucun concordat n'est alors possible.



Graphique 7 : Analyse des dossiers de 1850 selon les modalités d'ouverture de la faillite

Il apparaît ainsi que dès cette époque, les débiteurs sont conscients de l'intérêt à se placer sous la forme la plus favorable de la faillite, la déclaration de la cessation de paiement par le failli, de manière à augmenter leurs chances de déboucher sur la solution la plus négociée, le concordat, lequel est obtenu dans 32 des cas étudiés alors que 15 seulement débouchent sur une union. On observe cependant que l'issue de la procédure n'est pas indépendante de la forme de l'entreprise, les concordats étant plus fréquemment accordés aux EI qu'aux sociétés.

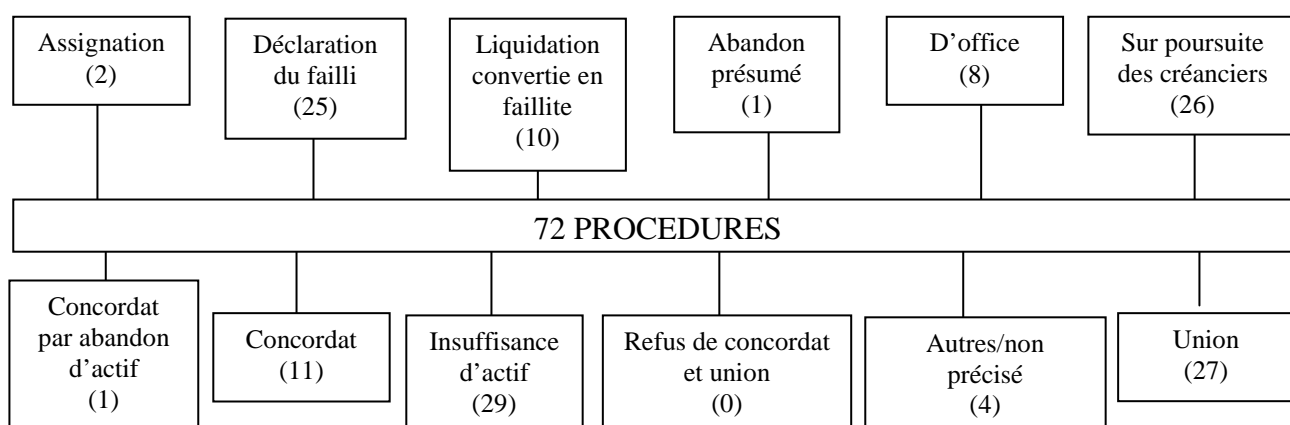


Graphique 8 : Type de clôture en fonction de la forme de l'affaire

Il est à noter que sur l'ensemble des cas observés, la mise en dépôt effective du failli peut faire l'objet de doutes car dans la plupart des dossiers prélevés figure une simple ordonnance pré-imprimée du tribunal stipulant que « conformément à l'article 455... Le failli sera mis en dépôt », les autres ne comportant aucune pièce à ce sujet. Cette observation trouve une confirmation dans les débats sur l'incarcération des débiteurs rencontrés dès la fin des années 1830 dans la presse bien sur (voir par exemple l'article « Contrainte par corps » rédigé par B. Pancé dans le Dictionnaire du Commerce et des Marchandises édité par Guillaumin (1839) et la Gazette des Tribunaux qui rend régulièrement compte de ces questions, dossier N° D.1U³ 49 disponible aux archives départementales de la Seine). L'interprétation de la règle et la marge de manœuvre du juge de commerce interviennent ici de manière criante car, si l'article 455 du code de Commerce prévoit l'incarcération du failli dans une maison pour

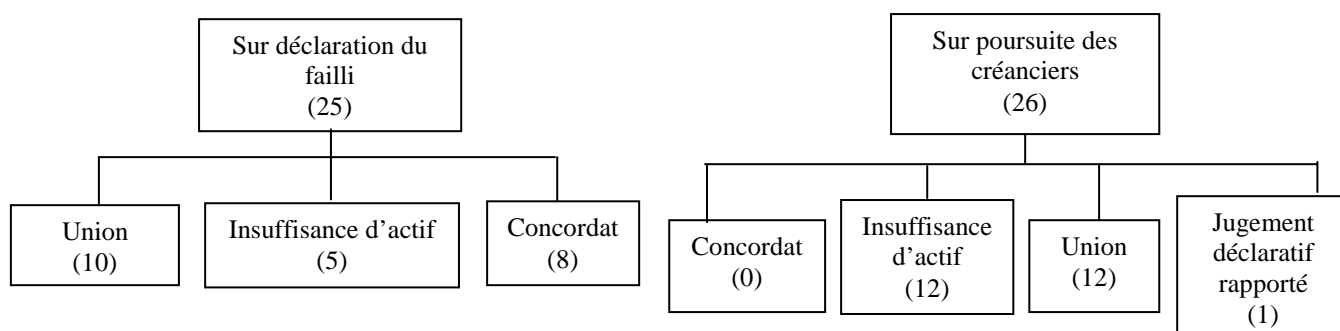
dettes ou sa garde par un officier de police ou de justice, l'article 782 du Code de procédure civile permet au directeur du jury ou au président du tribunal d'accorder un sauf-conduit ce qui, toujours d'après l'article du Dictionnaire du Commerce et des Marchandises (1839) précité, ne manquait pas d'être fait.

Pour l'année 1899, nous disposons des dossiers de faillite dont les caractéristiques sont reportées dans le graphique 9 ci-dessous. Sur les 72 dossiers de faillite prélevés par sondage, la moitié exactement est engagée par les tiers, les autres provenant soit de liquidations converties en faillite soit de dépôts de bilan spontanés de la part du commerçant en cessation de paiements. On notera le nombre élevé d'insuffisances d'actifs (29 cas recensés) surtout au regard de la diffusion de cette forme de clôture en 1850, ce qui semble correspondre à la « plaie » que dénonçaient les chroniqueurs de l'époque. Encore faut-il souligner que les possibilités de clôture diffèrent selon le type d'entrée dans la procédure.



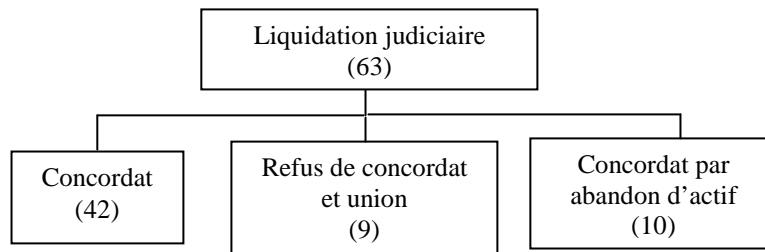
Graphique 9 : Analyse des dossiers de faillite de 1899

On observe que les 25 dossiers dans lesquels la faillite a pour origine la déclaration du failli se sont terminés par 10 unions, 8 concordats et 5 constat d'insuffisance d'actif. Les 26 dossiers dans lesquels la faillite s'ouvre à la demande des créanciers donnent lieu à 12 clôtures pour insuffisance d'actif, 12 unions des créanciers chirographaires et 1 jugement déclaratif rapporté (voir le graphique 4 ci-dessous).



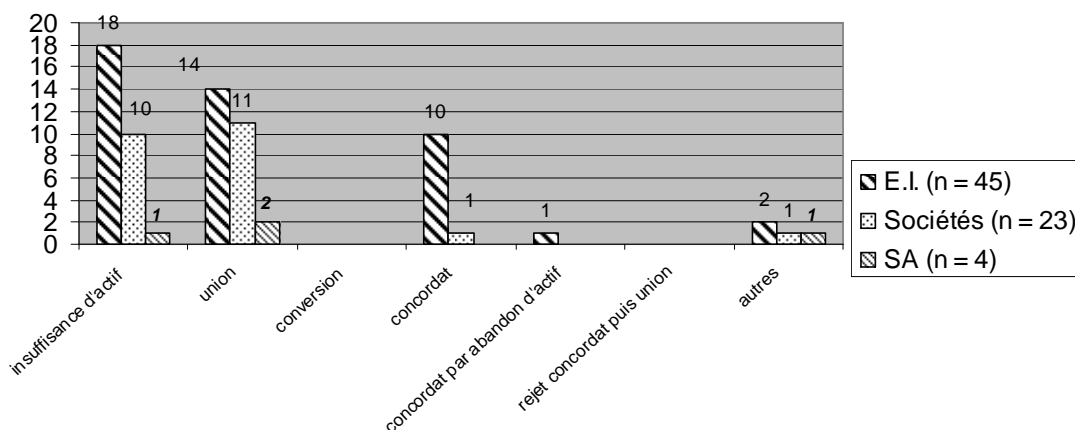
Graphique 10 : Analyse des dossiers de 1899 selon les modalités d'ouverture de la faillite

Mais pour cette année encore, le plus sûr moyen d'obtenir un concordat, issue la plus favorable de la cessation de paiement est de placer la cessation de paiement dans le cadre le plus coopératif prévu par la loi. Il s'agit de la liquidation judiciaire, forme de règlement la plus favorable au débiteur, à sa réinsertion dans la vie économique, à la récupération de l'intégralité de ses droits et, aussi, à la survie de l'affaire. En effet, sur les 63 dossiers exploités 42 donnent lieu à concordat, dont 10 par abandon d'actif et 10 se soldent par l'union des créanciers²⁴ comme on peut le voir sur le graphique suivant :



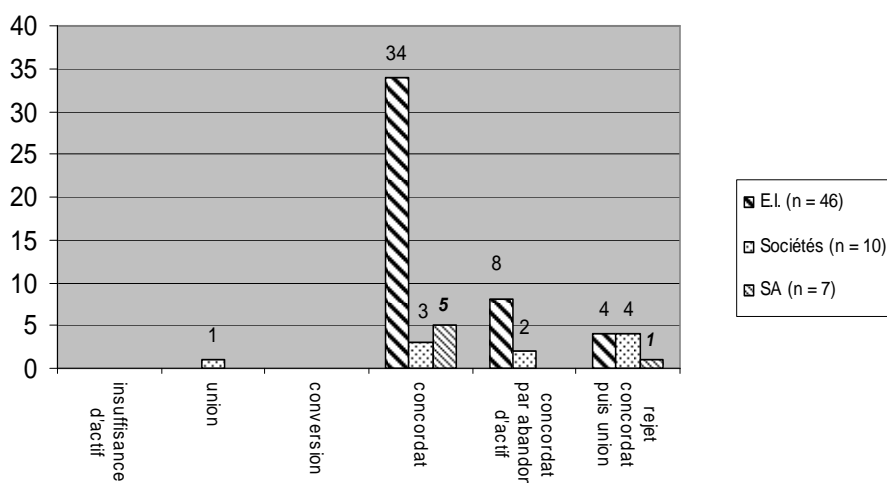
Graphique 11 : Analyse des dossiers de liquidation judiciaire de 1899

Cette relation entre la manière d'ouvrir une procédure et son issue apparaît plus clairement encore dans l'analyse des dossiers en fonction de leur clôture comme le montrent les graphiques ci-dessous qui font apparaître la montée en puissance de l'insuffisance d'actif au détriment du concordat, quelle que soit la forme de l'entreprise. A ce stade de l'analyse, il est impossible de dire si cela résulte d'un appauvrissement fortuit des commerçants ou d'un habillage du bilan, l'une et l'autre hypothèse étant conforme à l'évolution de l'actif observée entre 1850 et 1899.



Graphique 12 : Forme de clôture de la faillite en fonction du type de failli (1999)

²⁴ Un cas donne lieu à une issue inconnue.



Graphique 13 : Forme de clôture de la liquidation judiciaire en fonction du type de failli (1999)

II.4. Indicateurs de traitement différencié de la faillite selon le type d'entreprise.

Le traitement des dossiers individuels est la seule méthode qui permette de croiser des indicateurs d'entrée et de sortie de la procédure. Nous en avons retenu deux sortes, couramment rencontrés dans la littérature (voir Marco, 1989 et Di Martino, 2005). Il s'agit des dividendes obtenus et de la durée de la procédure.

II.4.1. Approche par les dividendes

Les dividendes sont traditionnellement considérés comme des indicateurs de base grâce auxquels il est possible d'évaluer la performance des dispositifs juridiques liés à la faillite dans la mesure où ils visent, entre autres, à assurer la récupération de la plus large part possible des sommes dues aux créanciers. Nous les avons donc calculés pour différents sous-ensembles des échantillons de dossiers prélevés en 1850 et 1899, les résultats étant présentés dans le tableau ci-dessous.

Ce tableau apporte deux éléments complémentaires à l'analyse des dividendes effectuée par 'administration de la justice dans les comptes généraux et par les commentateurs de l'époque (Say, 1842 et Journal des économistes, 1843). Le premier concerne la croissance de l'écart entre les dividendes les plus élevés et les plus faibles selon le type de procédure mobilisé alors que le second a trait aux dividendes observés selon le statut juridique de l'affaire.

Type d'entreprises	Dividendes faillites 1850	Dividendes faillites 1899	Dividendes liquidations judiciaires 1899
Ensemble des procédures	17% (0 – 100%)	15% (0 – 100%)	40% (0 – 100%)
Concordats	20% (10 – 100%)	33% (20-100%)	40% (7 – 100%)
Abandons d'actifs	10% (0 – 20%)	n.s.	35% (5 – 80%)
Unions	9% (0 – 48%)	11% (0-60%)	n.s.
E. I. (n = 26)	20% (1%-100%)	20% (0-100%)	40% (0-100%)
<i>dont EI commerce</i> (n = 24)	20% (1%-40%)	18% (4%-100%)	40% (5%-100%)
<i>EI artisanat</i> (n = 21)	23% (10%-100%)	23% (4%-100%)	40% (0-100%)
Sociétés (SNC + SCS) (n = 26)	13% (0-100%)	11% (1%-60%)	43% (13%-70%)
SA			43% (9,5%-50%)

Tableau 4 : Médianes des dividendes constatés en 1850 et 1899 (en %)

Les concordats passés dans le cadre d'affaires ouvertes au cours de l'année 1850 rapportent 20%, soit 3 points de plus que la médiane de l'ensemble de l'échantillon, les dividendes les plus bas étant ceux qui résultent de la liquidation de l'union des créanciers qui ne permettent de rembourser que 9% des créances chirographaires. Cette hiérarchie, qui est conforme à ce à quoi l'on pouvait s'attendre, couvre toutefois un intervalle relativement restreint, beaucoup plus en tout cas que ne l'est celui qui caractérise l'année 1899. Les concordats se présentent davantage qu'en 1850 comme les solutions les plus favorables aux détenteurs de créances chirographaires de même que les liquidations judiciaires qui procurent des dividendes quasi identiques, le recul du taux global de remboursement médian s'expliquant par l'importance des clôtures pour insuffisance d'actif dont il a déjà été question. A ce stade de l'analyse, deux interprétations sont possibles : soit l'actif disponible des entreprises a diminué ce qui semble difficile à justifier alors qu'on est encore dans une forte période d'accumulation, soit les débiteurs parviennent à mieux organiser leur insolvabilité, cette seconde hypothèse semblant trouver une justification dans l'examen des écarts de dividendes selon le statut juridique de l'entreprise.

La section précédente nous avait permis de retracer les écarts d'actif et de passif des entreprises individuelles et des sociétés entre 1850 et 1899. Nous observons ici que si les dividendes sont assez proches sur le premier échantillon, ils vont du simple au double pour les procédures de faillites sur le second. Comment expliquer cet écart alors que les commerçants individuels et les sociétés commerciales relèvent du même traitement judiciaire et que, a priori, le total du bilan d'une société est supérieur à celui d'une entreprise individuelle même si, à l'époque, des affaires conséquentes étaient encore détenues par des individus. Une

explication possible réside dans le nombre de créanciers : sensiblement équivalents en 1850, en 1899 ils sont 9 en médiane dans les EI et 14 dans les sociétés, ce qui peut réduire le taux de remboursement. Mais l'explication la plus vraisemblable repose sur la nature de l'actif : physique dans les entreprises individuelles, il est largement dématérialisé et se présente souvent sous une forme financière dans les sociétés. Si l'on tient compte du fait que la saisie des biens ne pouvait être effectuée que 24 heures après sa notification, les soupçons de fuites d'éléments de l'actif organisées par les débiteurs propriétaires ou actionnaires dénoncés à l'époque sont d'autant plus plausibles que la dématérialisation des patrimoines facilite leur dissimulation (Ripert, 2004). Enfin, compte tenu de leur surface financière et de la présence de créanciers obligataires, les sociétés parvenaient souvent à réaliser des accords dissimulés avec certains créanciers (Endréo et Azarian) ce qui avait pour conséquence la baisse des niveaux de recouvrement.

II.4.2. Approche par la durée des procédures

Selon le courant de la *Law and Economics*, la durée des procédures de faillites est l'un des principaux critères d'évaluation de l'efficacité de ce domaine du droit. La volonté de protéger les créanciers dans le but de favoriser l'activité économique qui a besoin d'avances pour fonctionner de manière efficace paraît contredite par le médiocre taux de recouvrement sur le passif chirographaire observé.

Différents éléments conduisent à considérer que, dans les faits, les créanciers privilégiés et hypothécaires épuisent l'actif réalisé, d'où les discussions à l'Assemblée nationale sur le statut des créanciers et les tentatives des différentes parties prenantes pour « sortir de la masse ». Les narrations de faillites disponibles et les observations des différents rapports consulaires à propos de la législation sur les faillites soulignent d'ailleurs que la longueur de la procédure est défavorable aux créanciers puisque le dépôt de bilan crée ipso facto une dépréciation de l'actif. De plus, des prélèvements continuent d'être effectués (paiement des loyers notamment...) alors que les recettes sont interrompues. Le tableau suivant résume les durées calculées selon le type de procédure et le statut juridique de l'affaire.

	Faillites 1850	Faillites 1899	Liquidations 1899
Ensemble des procédures	6,5 (1 – 125)	4 (1 – 73)	5 (1 – 13)
Concordats	7,5 (3,5-47)	9 (5-11,5)	4,5 (2,5-13,5)
Abandons d’actifs	-	1 (tous dossiers)	7 (2,5-12)
Unions	22 (8-136)	10 (4-73)	9,5 (4-19,5)
E.I.	8,7 (4,2-47,3)	7,8 (4-47)	4,5 (3-40,7)
Sociétés	10,6 (4-74)	10,5 (5,3-26,5)	7 (4-15,7)
S.A.	s/o	n/s	9,4 (5,8-29)

Tableau 5 : Médianes des durées de procédures en 1850 et 1899 (en mois)

Au premier abord, l’efficacité du droit semble avoir considérablement augmenté. Il faut presque deux fois moins de temps pour clôturer un dossier de faillite en 1899 qu’il n’en fallait en 1850. Toutefois, au-delà de cette donnée très générale, des éléments de détail méritent d’être commentés. Les écarts observés entre les deux années s’expliquent, en ce qui concerne les procédures, par une quasi-substitution des insuffisances d’actif aux unions. Difficile en 1850, la clôture pour insuffisance d’actif est passée dans les mœurs en 1899 au point d’être considérée comme une simple routine par les acteurs ; de fait, 2 mois est la période minimale requise par le respect des délais entre les différentes étapes. De même, les unions dont la gestation était longue et ne débouchaient que sur un maigre dividende ont disparu de l’échantillon en 1899 car, si la durée maximale de l’union était de 101 mois en 1850, ce pic atteint seulement 62 mois en 1899. Ce raccourcissement des durées médianes et maximales ne concerne cependant pas les concordats, plus facilement obtenus en 1850 en dépit d’un recours massif au concordat par abandon d’actif, rapidement mené, en 1899.

Conclusion

L’étude de la pratique du droit de la faillite au XIX^{ème} siècle montre que des questions aussi pratiques que le domaine d’application du droit de la faillite ou de la détermination de la date de la faillite sont loin d’avoir reçu une réponse univoque. Face aux écarts de la doctrine qui transparaissent d’une lecture exégétique (Noël, 2003), on observe que les tribunaux de commerce ont fait preuve d’imagination pour dépasser l’absence de définition des concepts élémentaires du droit de la faillite et apprécier au mieux les situations complexes que connaissent les entreprises en cessation de paiement. S’écartant souvent du texte produit par le législateur qui condamne la majorité des faillis, victimes d’événements

indépendants de leur comportement, les acteurs de la procédure (magistrats, agents, syndics, créanciers), semblent s'être en grande partie affranchis de la lourdeur et de la rigidité d'une procédure essentiellement répressive pour adopter une attitude économique à l'égard des entreprises défaillantes autorisée par leur expérience et leur bonne connaissance du tissu économique local. Bien sûr cette pratique économique du droit de la faillite va d'abord se traduire par une protection des créanciers dont les intérêts sont atteints par la complexité et la longueur de la procédure et par la perte d'actif consécutive à l'arrêt de l'exploitation de l'affaire. C'est à ce niveau que vont intervenir le contrôle des syndics par les juges-commissaires, les autorisations de poursuite de l'activité et la recherche de réalisation des biens au meilleur prix, consacrant ainsi une recherche de protection des biens de la faillite. Mais cette démarche pragmatique va aussi se soucier des intérêts du débiteur. C'est en cela que, bien qu'atténuées par la loi du 28 mai 1838, les dispositions prétendument rigoureuses mises en place par le législateur dès 1807 se sont systématiquement accompagnées de pratiques tendant à protéger les commerçants et l'activité économique.

Références

- Balzac, H.de (1975) *César Birotteau*, Folio Classiques, Paris, Gallimard
- Bazzoli, L. et T. Kirat (2003) À propos du réalisme en économie des institutions et ses implications sur l'analyse des fondements juridiques des transactions économiques: Commons versus Williamson, *Economies et sociétés*, « Institutions et évolution », n°3.
- Benaussé, A. (2003) *Le taux d'intérêt chez les jeunes Saint-Simoniens (1825-1832)*, Thèse de doctorat en économie, Université Lumière Lyon 2, soutenue le 14 novembre.
- Bourrie-Quenillet M. et E. Stephany (2000) *La prévention des entreprises en difficultés*, Congrès des IAE – septembre
- Corvest H. (1979) *L'inaliénabilité conventionnelle*, Defrénois, art. 32126.
- Cotterrell, R. 1994) *The Politics of Jurisprudence, A Critical Introduction to Legal Philosophy*, University of Pennsylvania Press, 1989, 2ème édition.
- Dalloz, E. et C. Vergé (1877) *Les Codes Annotés. Code de Commerce annoté et expliqué d'après la jurisprudence et la doctrine*, Bureau de la Jurisprudence générale, Paris.
- Di Martino, P. (2005) "Approaching disaster, a comparison between personal bankruptcy legislation in Italy and England, 1880-1930", *Business History*.
- Endreo, G. et H. Azarian, Règlement amiable et concordat, *Juris-Classeur Commercial*, Procédures collectives, Fasc. 2030
- Guillaumin (Ed.) (1839) *Dictionnaire du commerce et des Marchandises*, Paris, Guillaumin, 2 tomes.
- Guyot Y. et A. Raffalovitch (1901) *Dictionnaire du commerce, de l'industrie et de la banque*, Tome II, article Faillite, Paris, Guillaumin et Cie, pp. 125-149.
- Hilaire, J. (1992), Introduction historique au droit commercial, PUF.

- Jobert, Ph., (1991) *Les entreprises aux 19^e et 20^e siècles*, Annuaire statistique de l'économie française, Presses de l'École normale supérieure.
- Journal des économistes (1843) *Bibliographie*, août-novembre, tome 6, pp. 96-99.
- Kirat, T. (2005) *Le pragmatisme de Richard Posner : un regard critique*, Communication à la journée d'étude Les philosophes pragmatistes et les économistes : quelles proximités ?, IDHE-ENS de Cachan, avril.
- Léon P. (1993) Le moteur de l'industrialisation : l'entreprise industrielle, in Braudel F. et Labrousse E. (Eds), *Histoire économique et sociale de la France (1789-1880)*, PUF, coll. Quadrige.
- Llewellyn, K. N. (1930) A Realistic Jurisprudence: the Next Step, *Columbia Law Review*, 30, 1930 (partiellement reproduit dans Fisher, Horwitz, Reed (eds), *American Legal Realism*, Oxford University Press, 1993, pp. 53-58).
- Lyon-Caen Ch. et Renault L. (1928) *Manuel de droit commercial*, 15^{ème} édition, LGDJ,
- Marco, Luc (1989), *La montée des faillites en France, 19^e-20^e siècles*, Paris, L'Harmattan.
- Di Martino, P. (2005) "Approaching disaster, a comparison between personal bankruptcy legislation in Italy and England, 1880-1930", *Business History*.
- Mascret, H-F. (1863) Dictionnaire des faillites, [1848-1913], Chez l'auteur, Paris
- Michalet Ch.-A. (1968), Le placement des épargnants français de 1815 à nos jours, PUF
- Noël, T. (2003) *La pratique du droit de la faillite dans le ressort de la Cour d'appel de Rennes au XIX^e siècle - Les prémices du droit économique*, thèse de doctorat, Université Rennes I.
- Recasens, G. (2003) Faut-il adopter un système pro-créanciers de défaillances ? Une revue de la littérature ; *Finance, Contrôle, Stratégie*, Vol. 6, n° 1, mars.
- Ripert, G. (2004) *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, L'harmattan, (1^{ère} édition, LGDJ, 1951)
- Say, H. (1842) Compte général de l'administration de la justice civile et commerciale en France... 1840, *Journal des économistes*, avril-juillet, tome 2, pp. 270-277
- Sgard, J. (2005) "The liberalization of bankruptcy law in Europe", WP
- Smith, A. (1991) *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, vol. 2, Paris, Flammarion.
- Szramkiewicz R (1989) *Histoire du droit des affaires*, Paris, Editions Montchrétien.