

Doing Business 2009 : Mesurer l'efficacité des faillites ?

Michaël Haravon¹

Le rapport *Doing Business 2009* de la Banque mondiale et de la Société financière internationale est paru. Il s'attache, depuis 2004, à démontrer (entre autres) que les pays de tradition civiliste sont plus longs, plus coûteux et plus compliqués pour la vie des affaires que les pays de tradition de *common law*. De telles conclusions appellent à la prudence. Ainsi, lorsqu'on examine les études annuelles contenues dans le rapport de la Banque mondiale sur certains aspects de la vie des affaires (le rapport contient dix études qui vont de la création de l'entreprise à sa fermeture, en passant par le recrutement de salariés, l'obtention d'autorisations administratives ou de crédit), les chiffres avancés sont souvent en décalage avec la réalité de la vie économique des pays concernés. Par exemple, il a été démontré précédemment que les chiffres relatifs au recouvrement de créances (ce que le rapport appelle « *enforcing contracts* » ou exécuter un contrat) en France, au Royaume-Uni et aux Etats-Unis sont à nuancer². Plus généralement, c'est la méthodologie même de la Banque mondiale qui a suscité de nombreuses questions³.

Cet article s'attache à évaluer les conclusions de l'étude « fermeture d'entreprise » (*closing a business*) du rapport 2009 pour l'Angleterre et le Pays de Galles, les Etats-Unis d'Amérique et la France. Ces conclusions mettent en lumière la supériorité de ce que la Banque mondiale décrit comme le « régime de faillite » britannique (classé 9^{ème}), et plus généralement des « régimes de faillite » de *common law* comme celui des Etats-Unis (classé 15^{ème}), par rapport aux systèmes de tradition civiliste, comme la France, classée 40^{ème} par la Banque mondiale. La supériorité est mesurée ainsi : en Angleterre et au Pays de Galles ainsi qu'aux Etats-Unis, on « ferme » une entreprise (1) plus rapidement, (2) de façon plus économique et (3) avec un taux de recouvrement pour les créanciers supérieur à celui de la France. Pourtant, il sera démontré que les chiffres avancés par la Banque mondiale sont, une fois de plus, à prendre avec précaution. Le portrait qu'elle dresse doit être nuancé tant la nature même de l'analyse qu'elle a conduite l'a amenée à des raccourcis et à des conclusions souvent rapides pour les trois pays qui constituent l'objet du présent article.

I. L'efficacité de l'*administrative receivership* britannique :

L'Angleterre et le Pays de Galles connaissent un « régime de faillite », l'*administrative receivership*, qui a non seulement été aboli en 2003 – les critiques contre ce système ayant été si nombreuses et, finalement, justifiées – mais qui, en tout état de cause, représente une part statistiquement très faible des procédures collectives en général dans ce système ; si faible qu'il y a lieu de se demander si l'analyse de la Banque mondiale qui semble reposer entièrement sur ce mode de recouvrement forcé de créances (plutôt que de « régime de faillite ») est représentative

¹ Anciennement Avocat au barreau de Paris, Barrister of Gray's Inn (England & Wales) et Attorney-at-law (Californie) ; désormais Auditeur de Justice. Courriel : michael.haravon@seh.oxon.org. L'opinion exprimée dans le cadre de cet article n'engage que son auteur.

² Voir en ce sens M. Haravon, *Le rapport Doing Business : mythes et réalités d'un rapport sans nuance*, JCP E n°41 du 13 octobre 2005, et *Le rapport Doing Business 2007 de la Banque mondiale : le mirage des classements pour mesurer l'efficacité de la justice civile*, JCP E n°38 du 21 septembre 2006.

³ Voir notamment en langue française : *Des indicateurs pour mesurer le droit ? Les limites méthodologiques des rapports Doing business*, Du Marais, Bertrand (dir.), La Documentation Française, Coll. Perspectives sur la justice, Paris, 2006, et les travaux de l'association Henri Capitant, *Les droits de tradition civiliste en question*, volumes 1 et 2, Société de Législation Comparée, Paris, 2006, et en langue anglaise : *Pitfalls to avoid when measuring institutions: Is Doing Business damaging business?*, Arrunada B., *Journal of Comparative Economics*, 35(4), 729-747 (2007).

des valeurs qu'elle étudie, à savoir le coût, la durée, et le taux de recouvrement des créanciers des procédures collectives en Angleterre et au Pays de Galles.

Après avoir effectué une brève présentation de cette méthode de recouvrement forcé de créances, appelée *administrative receivership*, on étudiera sa fréquence par rapport aux procédures collectives anglaises et les résultats qu'elle engendre pour conclure qu'elle n'a pas grand chose à voir avec le système efficace, rapide et économique que la Banque mondiale présente.

A. Histoire et nature de la procédure anglaise d'*administrative receivership* :

Le système anglais de l'*administrative receivership*⁴ est caractérisé par une très grande concentration des droits entre les mains d'un très petit nombre de créanciers par l'intermédiaire de l'instrument de crédit usuel pour le commerce anglais, la *debenture* : véritable Rolls-Royce du crédit anglais, la *debenture* combine, en général, deux sûretés ; la *fixed charge*, normalement une hypothèque sur un bien immobilier et la *floating charge*, sorte de gage flottant qui affecte tous les biens meubles de l'entreprise, tangibles ou intangibles, existants ou futurs (notamment la trésorerie, les créances etc.) Il est flottant, car il se « cristallise », selon le jargon des juristes britanniques, c'est à dire qu'il prend effet, seulement le jour où le créancier en proie à la défaillance de l'entreprise débitrice nomme un *administrative receiver*, un syndic, chargé de vendre les actifs de la société débitrice pour le compte de son mandant, le créancier, afin de le rembourser du prêt et des intérêts consentis à l'entreprise défaillante.

La procédure d'*administrative receivership* est donc la procédure qui consiste à nommer un *administrative receiver* – un syndic - sur le fondement d'une *debenture* – un instrument de crédit qui associe souvent deux sûretés, une fixe (la *fixed charge*) et une flottante (la *floating charge*) – détenue par un créancier, pour vendre les actifs de la société soumis à ces deux sûretés (au jour de la nomination, le gage flottant s'est cristallisé – le créancier connaît donc l'étendue des actifs que cette dernière sûreté affecte), en dehors de toute procédure judiciaire. C'est un processus essentiellement contractuel. Le juge n'intervient pas dans la nomination de l'*administrative receiver*. Ce dernier, une fois nommé, peut donner toutes les instructions qu'il estime pertinentes aux dirigeants en place pour la gestion de l'entreprise, et vendre tout actif qu'il estime nécessaire au moment qu'il jugera opportun, pour s'assurer que le créancier qui l'a nommé recouvre bien sa créance. Les obligations de ce syndic s'apprécient uniquement en considération des intérêts du créancier, et non de ceux de l'entreprise, de ses dirigeants, de ses salariés ou de ses actifs. Par exemple, un syndic n'a pas à attendre un moment particulier pour vendre un bien ; s'il est démontré que le bien vendu aurait pu être mieux vendu en attendant, par exemple, quelques semaines ou quelques mois de plus, le syndic n'encourt aucune responsabilité envers l'entreprise débitrice sauf à montrer la fraude ou l'incurie manifeste – très rares en droit anglais.

La *debenture* (et la procédure qui l'accompagne, l'*administrative receivership*) est le produit d'une vision britannique de la liberté contractuelle absolue, voire absolutiste. Créanciers et débiteurs sont libres de s'arranger sur le plan contractuel ; ils doivent donc pouvoir être en mesure d'organiser le recouvrement de leurs créances (et l'insolvabilité qui pourrait en découler) de façon contractuelle⁵. Pour les autres créanciers, c'est à dire ceux qui sont pas en mesure de négocier contractuellement leur créance avec le débiteur (pas de moyens, pas de connaissance juridique, petite dette par rapport à celle du créancier titulaire de la *debenture*), ils ont peu de droits. Ainsi que l'a dit le juge Buckley dès 1905 « je regrette d'arriver à cette conclusion mais, en l'état,

⁴ Voir notamment sur l'histoire des procédures collectives en Angleterre : Victorian *Insolvency: Bankruptcy, Imprisonment for Debt, and Company Winding-Up in Nineteenth-Century England*, V. Markham Lester, Clarendon Press, 1995 et sur la nature de l'*administrative receivership*, *Financial Innovations and Corporate Insolvency*, Franks et Sussman (1999).

⁵ Voir également sur ce thème, J. Armour, *The Chequered History of the Floating Charge*, *Griffith Law Review* 13: 27-57.

tels sont les droits du créancier titulaire d'une *debenture* »⁶. Les Etats-Unis d'Amérique⁷ qui ont connu un système de *receivership* au XIX^e siècle dans le cadre du financement des compagnies de chemins de fer se sont, à l'inverse, souciés d'une plus grande égalité⁸ entre créanciers, notamment envers ceux qui n'étaient pas titulaire d'une sûreté similaire à la *debenture* ; le système du *Chapter 11* – système de réorganisation des entreprises américaines moderne que nous étudierons dans une deuxième partie – permet donc aux créanciers chirographaires de se regrouper en comités afin de faire entendre leur voix, entraînant avec eux une certaine dispersion des droits et non la concentration qu'entraîne la *debenture* entre les mains d'un créancier surprotégé.

Les critiques du système anglais de l'*administrative receivership* ont été nombreuses⁹ : d'une part, puisque le *receiver* agit dans l'intérêt du créancier qui l'a nommé, son objectif est d'assurer à ce dernier un remboursement aussi élevé que possible de sa dette, et pas nécessairement la survie de l'entreprise. Ainsi, contrairement à l'objectif reconnu par le rapport *Doing Business* aux procédures collectives qu'elle examine dans 181 pays, à savoir « réhabiliter les entreprises qui sont viables »¹⁰, l'objectif premier de l'*administrative receivership* est la réalisation de la sûreté du créancier afin que ce dernier soit remboursé de sa dette, et non la survie de l'entreprise. D'ailleurs, une étude¹¹ menée par deux universitaires de la *London Business School* et de la *Oxford Business School* tend à montrer que l'entreprise en *administrative receivership* est vendue alors qu'elle continue d'être en activité (et donc l'objectif de réhabilitation est atteint) dans seulement 44% des cas étudiés : dans la majorité des autres cas, c'est le démantèlement (et non la réhabilitation) de l'entreprise qui est envisagé par la voie de la liquidation. D'autre part, son coût est élevé. Contrairement aux chiffres avancés par la Banque mondiale, l'étude précitée a démontré que cette procédure coûtait, en moyenne, un quart des actifs de l'entreprise défailtante (curieusement le rapport *Doing Business* 2009 estime ce coût à 6% des actifs de l'entreprise, contre 7% pour le *Chapter 11* américain et 9% pour le redressement judiciaire français, chiffres sur lesquels nous reviendrons et qu'il conviendra de relativiser). Enfin, le fait que le *receiver* n'avait pas (ou alors exceptionnellement) à répondre de ses actions auprès des dirigeants de la société dont il vendrait les actifs, auprès des salariés, ou auprès des autres créanciers qui n'étaient pas titulaires d'une sûreté, était devenu difficile à justifier et entraînait des abus¹².

B. La représentativité de l'*administrative receivership* :

En étudiant le rapport *Doing Business 2009*, la première question qui se pose au lecteur est la suivante : quelle procédure collective est prise en compte pour chaque pays ? La Banque mondiale sollicite chaque année certains correspondants dans les pays qui font l'objet de son

⁶ In re *London Pressed Hinge Co. Ltd.* [1905] 1 Ch 576.

⁷ Sur la différence d'approche historique entre les britanniques et les Etats-Unis, voir *Financial Innovations and Corporate Insolvency*, Franks et Sussman (1998).

⁸ Voir également la règle « *absolute priority rule* » qui s'applique dans les procédures de *Chapter 11* ; sur ce sujet, *Bankruptcy Resolution : Priority of Claims with the Secured Creditor in Control*, American Law & Economics Association Annual Meeting Working Paper, Weiss et Capkun (2007).

⁹ Il existe une littérature très abondante sur ce sujet. Voir notamment : Rizwaan Jameel Mokal, *The Harm Done by Administrative Receivership* (2004), *Administrative Receivership and Administration – An analysis* (2004), et *The Floating Charge – An Elegy* (2003), et *A Review of Company Rescue and Business Reconstruction Mechanisms*, The Insolvency Service (2000) pour un rapport officiel du *Department of Trade and Industry* britannique (DTI) qui est, depuis, devenu le *Department for Business, Enterprise & Regulatory Reform* (BERR).

¹⁰ *Doing Business 2009*, Banque mondiale et Société financière internationale, rapport, page 54.

¹¹ *The Cycle of Corporate Distress, Rescue and Dissolution : A Study of Small and Medium Size UK Companies*, Franks et Sussman (2000) reprise par *Resolving financial distress by way of a contract : An empirical study of small UK companies*, Franks et Sussman (2000), puis par *Financial Distress and Bank Restructuring of Small to Medium Size UK Companies*, Franks et Sussman (2003).

¹² Sur ce thème, voir *Study of Administration Cases, Report to the Insolvency Service*, A. Katz et M. Mumford, octobre 2006.

étude annuelle ; ils remplissent des questionnaires qui proposent un scénario hypothétique et unique pour chacune des études du rapport *Doing Business* (le scénario pour la « fermeture d'une entreprise » est le même pour les 181 pays classés par la Banque mondiale). A partir des réponses aux questionnaires, *Doing Business* effectue son classement annuel. La réponse doit donc, en principe, être trouvée dans les questionnaires remplis par ces correspondants. Si l'on étudie les réponses britanniques aux questionnaires « fermeture d'entreprise » de la Banque mondiale, on finira par trouver le type de procédure collective de référence utilisée pour l'Angleterre et le Pays de Galles. Cependant, la Banque mondiale ne les publie pas¹³. Impossible donc de dire quelle procédure britannique a été utilisée pour examiner les résultats si « efficaces » que ceux publiés pour l'étude « fermeture d'une entreprise » (comprenez plutôt procédure collective) au « Royaume-Uni » (comprenez plutôt Angleterre et Pays de Galles) de *Doing Business 2009*. Au « Royaume-Uni », on « ferme » une entreprise en une année, avec un coût correspondant à 6% du patrimoine du débiteur failli, et avec un taux de recouvrement de 84,2% pour les créanciers, conclut *Doing Business 2009*. C'est moins bien (mais toujours très honorable) pour les Etats-Unis, avec des valeurs de 7%, une année et demie et 76,7% respectivement. Vraiment moins bien pour la France, avec des valeurs de 9%, près de deux années (1,9 année) et 44,7% respectivement. Selon quelle procédure ?

Si la Banque mondiale ne publie pas les réponses aux questionnaires¹⁴, elle publie, en général, une synthèse des réponses sous forme de tableau pour chacune de ces études qui permet au lecteur de comprendre les résultats des classements qu'elle affiche annuellement. Par exemple, il est possible – à condition de comprendre l'anglais – de se rendre sur le site internet¹⁵ sur lequel le rapport *Doing Business* est publié, et de consulter une synthèse des réponses sur – par exemple – l'exécution des contrats au Royaume-Uni¹⁶. Pour la fermeture d'entreprise, rien de cela, et pour aucun des 181 pays étudiés¹⁷.

Comment alors analyser la pertinence des chiffres utilisés par l'étude *Doing Business* « fermeture d'entreprise » et son classement ? Il faut se reporter, faute de mieux, à la méthodologie suivie par la Banque mondiale telle qu'expliquée dans un article d'une quarantaine de pages publié en août 2008 par deux représentants de la Banque mondiale (Djankov et McLiesh) et deux chercheurs à l'Université d'Harvard aux Etats-Unis (Hart et Shleifer) sous le titre *Debt Enforcement Around the World* (ci-après *Debt Enforcement*), article qu'il est possible de consulter sur le site internet *Doing Business*¹⁸. Cet article reproduit le scénario unique tel qu'il est décrit dans *Doing Business 2009*, à savoir une société à responsabilité limitée qui conduit son activité dans la ville la plus peuplée de son pays, qui dispose d'un hôtel qu'elle exploite comme actif principal, qui emploie 201 employés et qui fait appel à 50 fournisseurs. Elle emprunte et donne son hôtel en hypothèque comme sûreté. Cinq ans après l'emprunt, l'entreprise connaît des difficultés de trésorerie. Il n'y a plus d'argent pour payer la dette de la banque (le capital ou les intérêts). Il faut « fermer » l'entreprise, c'est à dire, en général, ouvrir une procédure collective. Sur le fondement de ce scénario, les auteurs de l'article *Debt Enforcement*, ont interrogé 344 avocats

¹³ A un courriel lui demandant une copie de ces questionnaires remplis par les correspondants pour le Royaume-Uni, les Etats-Unis et la France, l'auteur a reçu la réponse suivante d'un employé de la Banque mondiale : « *unfortunately, we cannot provide you with the actual survey answers, these are for internal use only. I apologise for this, but hope you enjoy reading the reports* », courriel du 28 octobre 2008.

¹⁴ Elle publie en revanche le questionnaire vierge sur son site internet.

¹⁵ <http://www.doingbusiness.org>

¹⁶ <http://www.doingbusiness.org/ExploreTopics/EnforcingContracts/CaseStudy.aspx?economyid=196>

¹⁷ Au moment où cet article est envoyé à l'éditeur pour publication, cette situation perdurait, soit deux mois au moins après la publication officielle de *Doing Business 2009* (en septembre 2008).

¹⁸ *Debt Enforcement Around The World*, août 2008, l'adresse suivante :

http://www.doingbusiness.org/Documents/DebtEnforcement_Oct5.pdf. Au moment où cet article est envoyé à l'éditeur pour publication, cette adresse était encore valable.

et 34 juges dans 88 pays pour leur demander – par l'intermédiaire d'un questionnaire - la façon dont cette procédure collective s'organiserait afin de comparer les données de ces pays ; ils arrivent à des résultats très similaires à ceux publiés par *Doing Business 2009*.

A la page 14 de cet article, on apprend que le juriste qui a rempli le questionnaire du « Royaume-Uni », « a répondu que [la banque créancière] disposait du droit de nommer un *administrative receiver* par l'intermédiaire d'une mesure d'exécution forcée (*foreclosure*), car sa sûreté avait été consentie avant l'entrée en vigueur de l'*Enterprise Act, 2002* »¹⁹.

Or, il n'est plus possible, en Angleterre et au Pays de Galles, pour un créancier titulaire d'une *debenture* de nommer un *administrative receiver* depuis le 15 septembre 2003²⁰, date à laquelle l'*Enterprise Act 2002* est entré en vigueur. Les critiques ont fini par être entendues par le gouvernement britannique qui, en abolissant le pouvoir de nomination d'un *receiver*, a amélioré la procédure de redressement judiciaire britannique (appelée *administration*) afin de l'encourager pour l'avenir, notamment en l'encadrant dans le temps, et en lui donnant comme premier objectif la sauvegarde de l'entreprise (et non le désintéressement des créanciers par le biais de la vente de ses actifs).

Il est vrai qu'une sûreté consentie avant février 2003 permet encore la nomination d'un *administrative receiver*, mais cette procédure est devenue tout à fait marginale par rapport aux autres procédures collectives anglaises. En effet, un rapport de janvier 2008²¹ du département britannique en charge des procédures collectives et rattaché au gouvernement, le *Insolvency Service*, montre que depuis l'abolition du droit de nommer un *administrative receiver*, cette procédure ne représente plus que 3,3% de toutes les procédures collectives britanniques²². Pour l'année 2005/06, il y a eu seulement 565 procédures de *receivership* recensées sur toute l'Angleterre et le Pays de Galles.

Etudier les procédures collectives britanniques par la mesure de recouvrement de créance forcée de la *receivership* n'est donc pas représentatif de ces procédures en général. D'ailleurs, même avant l'abolition du droit de nomination d'un *receiver*, cette procédure était employée, en moyenne, dans moins de 10% des cas. Par exemple, pour l'année 1998/99, il n'y a eu que 1550 procédures de *receivership*, soit 9,3% de toutes les procédures collectives en Angleterre et au Pays de Galles. Les procédures britanniques qu'il serait judicieux d'étudier – de par leur représentativité – sont donc les procédures de liquidation (forcée dans 31.2% des procédures collectives britanniques, ou volontaires, dans 46.5% de ces procédures), voire les procédures de redressement judiciaire (15,7% des procédures en 2005/06).

L'article *Debt Enforcement* continue l'éloge des systèmes de *common law* en soulignant que ces systèmes permettent une véritable sauvegarde de l'entreprise par l'intermédiaire des procédures collectives (pour le scénario soumis aux juristes), alors que le système français (et beaucoup des pays de tradition civiliste), lui, conduit fatalement à la liquidation de l'entreprise (après une période de redressement judiciaire)²³. Nous l'avons vu, cette conclusion ne correspond

¹⁹ Debt Enforcement, page 14 : « In the United Kingdom, our respondent reported that Bizbank retains the right to appoint an administrative receiver under a foreclosure measure because its security was granted before the effective date of the *Enterprise Act, 2002* ».

²⁰ Voir la section 250 du *Enterprise Act 2002* qui modifie l'*Insolvency Act 1986* en ces termes : « 72A Floating charge holder not to appoint administrative receiver. (1) The holder of a qualifying floating charge in respect of a company's property may not appoint an administrative receiver of the company ».

²¹ *Enterprise Act 2002 – Corporate Insolvency Provisions : Evaluation Report*, Janvier 2008, The Insolvency Service (disponible sur <http://www.insolvency.gov.uk>)

²² *Ibid*, page 17.

²³ *Debt Enforcement*, pages 22 et 23.

pas à la réalité économique telle qu'elle a été mesurée par d'autres études²⁴. D'ailleurs, une étude de septembre 2006 menée par des universitaires de Cambridge, Taiwan et Nottingham²⁵, sur un échantillon de 250 *administrative receiverships* et 250 redressements judiciaires britanniques, a démontré que l'*administrative receivership* ne permettait la poursuite de l'entreprise que dans 45% des cas (chiffre qu'il convient de mettre en rapport avec la faible fréquence statistique de cette procédure). Pour ce qui concerne le redressement judiciaire britannique, la sauvegarde n'intervient que dans 42% des cas²⁶. D'autres études²⁷ confirment ces chiffres. L'analyse du *Insolvency Service* britannique de 2008 montre que la *receivership* aboutit à une vente des actifs, plutôt qu'à un maintien de l'activité ou à une sauvegarde dans 53,6% des cas²⁸. Pour le redressement judiciaire (*administration*), c'est 51,3%²⁹. On étudiera les chiffres français dans l'avant dernière partie de cet article.

En tout état de cause, il convient de rappeler que le Règlement Européen 1346/2000³⁰ sur les procédures internationales d'insolvabilité ne reconnaît pas la procédure d'*administrative receivership* comme une procédure collective ; il l'exclut donc du système de reconnaissance des procédures d'insolvabilité ouvertes dans les pays membres de l'Union Européenne. La représentativité de cette procédure britannique est donc à relativiser.

Efficace, mais pas seulement : l'*administrative receivership* serait aussi économique (6% du patrimoine du débiteur failli), rapide (1 an, en moyenne) et avantageuse pour les créanciers (avec un taux de recouvrement de leurs créances de 84,2%) selon *Doing Business* 2009. Là encore, les études sur ce sujet montrent qu'il convient de nuancer ces conclusions.

En ce qui concerne la durée des procédures, les études montrent qu'il faut, en moyenne 610 jours pour la résolution d'une procédure d'*administrative receivership*, soit un peu moins de 2 ans³¹. On est loin des chiffres affichés par *Doing Business* 2009 (1 année), et plutôt proches de ceux affichés pour la France (1,9 année). Si on distingue entre les *receiverships* antérieures à l'*Enterprise Act* de 2002 et celles qui lui sont postérieures, le *Insolvency Service* britannique retient une durée moyenne de 2 années (739 jours) avant la réforme et 19 mois (soit 592 jours) après la réforme, soit une durée moyenne de 22 mois (soit 683 jours)³². Pour ce qui concerne la nouvelle procédure britannique de redressement judiciaire (après l'abolition du pouvoir de nomination d'un *receiver* en septembre 2003), la durée moyenne est de 377 jours³³, soit une année. Il faut souligner, cependant, qu'avant la réforme de l'*Enterprise Act* de 2002, la durée moyenne était de 438 jours, soit 14 mois, pour cette procédure qui a désormais été encadrée dans le temps par le législateur

²⁴ Voir *supra*, note 11.

²⁵ Voir Armour, Hsu et Walters, *The Costs and Benefits of Secured Creditor Control in Bankruptcy: Evidence from the UK*, Centre for Business Research, University of Cambridge, Working Paper No. 332, septembre 2006 et *The Impact of the Enterprise Act 2002 on Realisations and Costs in Corporate Rescue Proceedings*, Report prepared for the Insolvency Services, Décembre 2006.

²⁶ *Ibid.*, at page 13.

²⁷ Voir notamment, *Report on Insolvency Outcomes Presented to the Insolvency Service by Dr. Sandra Frisby*, 26 juin 2006, page 57 et suivantes.

²⁸ *Enterprise Act 2002 – Corporate Insolvency Provisions: Evaluation Report*, Janvier 2008, The Insolvency Service, page 89.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, annexe A.

³¹ Voir Armour, Hsu et Walters, *The Costs and Benefits of Secured Creditor Control in Bankruptcy: Evidence from the UK*, Centre for Business Research, University of Cambridge, Working Paper No. 332, septembre 2006, page 12. Comparer avec *Report on Insolvency Outcomes Presented to the Insolvency Service by Dr. Sandra Frisby*, 26 juin 2006, page 25 qui conclue à une durée médiane de 558 jours (encore très loin des 365 jours de *Doing Business* 2009), repris par *Enterprise Act 2002 – Corporate Insolvency Provisions: Evaluation Report*, Janvier 2008, The Insolvency Service, page 55.

³² *Enterprise Act 2002 – Corporate Insolvency Provisions: Evaluation Report*, Janvier 2008, The Insolvency Service, page 64.

³³ *Report on Insolvency Outcomes Presented to the Insolvency Service by Dr. Sandra Frisby*, 26 juin 2006, page 25.

anglais avec une durée maximale d'une année, renouvelable par le tribunal. Dans 18% des cas néanmoins, la durée de la procédure dépasse une année³⁴, même après la réforme de 2002.

En outre, concernant le coût des procédures collectives anglaises, les chiffres de *Doing Business 2009* doivent être nuancés. Certaines études britanniques, on l'a vu, évaluent le coût de l'*administrative receivership* à près d'un quart du patrimoine du débiteur défaillant, en moyenne³⁵. Une étude de décembre 2006 montre que les coûts de la *receivership* britannique se montent à 16% du patrimoine du débiteur, et 29% pour le redressement judiciaire (*administration*)³⁶. Rien à voir avec les 6% de *Doing Business 2009*. La question de la représentativité de ces chiffres doit d'ailleurs être, à nouveau, soulevée puisque la Banque mondiale explique que seulement sept correspondants britanniques ont été consultés sur le scénario unique qu'elle leur a soumis³⁷. Par contraste, les études britanniques qui font état de chiffres bien différents se fondent sur un examen d'échantillons assez large de procédures collectives effectivement ouvertes en Angleterre et au Pays de Galles, et non pas seulement sur un scénario hypothétique complété par de simples réponses à des questionnaires d'un petit groupe de correspondants. Lorsque ces études utilisent des questionnaires, le nombre de correspondants est alors presque le double du nombre de correspondants sondés par la Banque mondiale³⁸; elles incluent également une analyse d'échantillons de procédures effectivement ouvertes.

Enfin, s'agissant du taux de recouvrement par les créanciers à l'issue des procédures collectives britanniques, il convient de préciser que les chiffres de *Doing Business* sont, là encore, en décalage par rapport aux autres études britanniques qui existent sur ce sujet : l'une d'entre elles effectuée en 2006, note un taux de recouvrement global moyen de 21% pour les créanciers d'une *administrative receivership* et d'un redressement judiciaire (*administration*)³⁹. Certes le taux de recouvrement pour les créanciers titulaires d'une sûreté grimpe à 55% et 61% respectivement selon cette étude (avec moins de 1% de taux de recouvrement pour les créanciers chirographaires), mais ainsi que le rappelle la Banque mondiale dans son rapport *Doing Business 2009*, un bon régime de faillite permet de : « maximiser les montants récupérés par les créanciers, actionnaires, employés et autres parties prenantes, en privilégiant la solution la plus rentable (redressement, cession ou liquidation de l'entreprise) »⁴⁰. Une deuxième étude effectuée en 2007⁴¹ sur un échantillon de plus de 2000 dossiers (et non de simples questionnaires remplis par sept correspondants) d'*administrative receiverships* et de redressement judiciaire anglais (*administration*) avant et après la réforme de 2003, échantillon mis en place en 2006 et mis à jour en 2007 pour ne garder que les 1151 dossiers où la procédure a effectivement été clôturée (afin de rendre les résultats plus parlants), montre que le taux de recouvrement moyen d'un créancier d'une *administrative receivership* (540 dossiers étudiés) est de ... 22,5% en moyenne pour les créanciers titulaires d'une sûreté (comme la banque exemple du scénario *Doing Business 2009*), 14,6% pour les créanciers titulaires d'une préférence au sens du droit anglais (les salariés, par exemple), et

³⁴ *Enterprise Act 2002 – Corporate Insolvency Provisions : Evaluation Report*, janvier 2008, The Insolvency Service, page 55.

³⁵ Voir *supra*, note 11.

³⁶ *The Impact of the Enterprise Act 2002 on Realisations and Costs in Corporate Rescue Proceedings*, Report prepared for the Insolvency Services, Décembre 2006, page 42.

³⁷ Voir <http://www.doingbusiness.org/LocalPartners/SearchResults.aspx?economyid=196>. On note d'ailleurs une représentation écrasante de correspondants à Londres. Très peu de représentant en dehors de cette enclave du « Royaume-Uni ».

³⁸ Treize correspondants à Londres, Nottigham, Birmingham et Bristol pour l'étude *The Impact of the Enterprise Act 2002 on Realisations and Costs in Corporate Rescue Proceedings*, Report prepared for the Insolvency Services, Décembre 2006, page 15.

³⁹ Voir Armour, Hsu et Walters, *The Costs and Benefits of Secured Creditor Control in Bankruptcy : Evidence from the UK*, Centre for Business Research, University of Cambridge, Working Paper No. 332, septembre 2006, page 20.

⁴⁰ Rapport *Doing Business 2009*, page 54.

⁴¹ *Interim Report to the Insolvency Service on Returns to Creditors from Pre- And Post-Enterprise Act Insolvency Procedures*, Dr. Sandra Frisby, 24 juillet 2007, page 5, en particulier.

1,4% pour les créanciers chirographaires. Pour le redressement judiciaire britannique (*administration*) (611 dossiers), le taux est supérieur mais reste sans commune mesure avec les chiffres avancés par la Banque mondiale (84,2% pour rappel⁴²) : 23,1% pour les créanciers titulaires d'une sûreté, 39,4% pour les créanciers titulaires d'une préférence selon le droit anglais, et 4,6% pour les créanciers chirographaires⁴³. La banque du scénario retenu par l'article *Debt Enforcement*, sur lequel le rapport *Doing Business 2009* se fonde également, afficherait un taux de recouvrement moyen de 14,2% en tant que créancier titulaire d'une sûreté dans une procédure d'*administrative receivership* postérieure à la réforme de 2002⁴⁴ ou de 29,3% pour le cas où la procédure utilisée ait été plutôt celle du redressement judiciaire (*administration*).

En conclusion, il y a lieu de nuancer les chiffres relatifs au Royaume-Uni du rapport *Doing Business 2009* pour l'étude « fermeture d'entreprise » : ils reposent sur un mécanisme d'exécution forcé peu représentatif des procédures collectives en Angleterre et au Pays de Galles qui, de surcroît, n'a pas pour objectif principal la sauvegarde de l'entreprise. Les scores affichés par ce même rapport concernant le coût, la célérité et le taux de recouvrement des créanciers, qu'ils concernent l'*administrative receivership* ou le redressement judiciaire anglais (*administration*) (pour le cas où les correspondants de la Banque mondiale – qui ne communique pas leurs réponses – auraient envisagé cette dernière procédure⁴⁵) sont difficilement comparables aux chiffres des études menées en Angleterre et au Pays de Galles sur ces mêmes sujets.

Cette confusion est d'autant plus regrettable qu'elle obscurcit les nets progrès réalisés par la réforme des procédures collectives anglaises par l'intermédiaire du *Enterprise Act* de 2002, afin de permettre au redressement judiciaire anglais d'offrir aux entreprises une alternative viable pour leur sauvegarde, notamment en faisant de cet objectif la priorité de l'administrateur judiciaire qui, de par la loi, devient responsable envers tous les créanciers (et qui peut être nommé hors procédure judiciaire par le créancier ou les dirigeants de l'entreprise), et non plus uniquement envers celui qui est titulaire de la *debenture* (et qui, auparavant, pouvait court-circuiter la voie du redressement judiciaire en nommant l'*administrative receiver*). Ainsi, le nombre de redressements judiciaires en Angleterre estimé à 3% des procédures collectives britanniques en 1998/99 est passé à 16,8% des procédures en 2005/06⁴⁶. Même la Couronne britannique a dû abandonner son super-privilège lié aux créances fiscales ou sociales.

Efficace le système anglo-saxon ? Finalement, peut être pas autant qu'on aimerait bien nous le faire croire. Qu'en est-il de l'autre côté de l'Atlantique ?

II. Le miracle du Chapter 11?

Si les procédures collectives au Royaume-Uni ne sont pas aussi efficaces⁴⁷ que *Doing Business 2009* nous le laisserait entendre, peut-être que les américains, eux, feraient mieux. Selon la Banque mondiale, la supériorité de leur système de procédures collectives est manifeste : ce pays

⁴² Une étude de deux universitaires de septembre 2006, l'un de l'Université de Toronto, l'autre de la *London Business School*, *Do Bankruptcy Codes Matter? A study of Defaults in France, Germany and the UK* (2006) va même jusqu'à avancer le chiffre de 92% de taux de recouvrement des créanciers au « Royaume-Uni » sur le fondement de données fournies par quatre banques anglaises.

⁴³ Voir également *The Impact of the Enterprise Act 2002 on Realisations and Costs in Corporate Rescue Proceedings*, Report prepared for the Insolvency Services, Décembre 2006, pages 115 à 124 en particulier, qui reprend cette étude.

⁴⁴ *Ibid*, page 119.

⁴⁵ L'étude *Debt enforcement* l'envisage de façon théorique sans l'analyser en pratique, voir page 14 : « if the security had taken effect after the effective date of the *Enterprise Act*, Bizbank would not have been able to appoint an administrative receiver and Mirage would have appointed an administrator, with the goal of preserving it as a going concern ».

⁴⁶ *Ibid*, page 21.

⁴⁷ Voir sur ce thème : *Mesurer l'efficacité économique du droit*, Canivet, Frison-Roche et Klein, LGDJ, 2005.

se hisse au 15^{ème} rang dans l'étude « fermeture d'entreprise » améliorant ainsi sa dix-huitième position dans le cadre du rapport 2008. Aux Etats-Unis, on « ferme » une entreprise en une année et demie, pour un coût modeste représentant 7% du patrimoine du débiteur défaillant, et avec un taux de recouvrement pour les créanciers de 76,7% (taux qui baisse chaque année depuis le rapport 2004 qui affiche un taux de 80,3%).

Les Etats-Unis ont connu un système de *receivership* comparable à celui de l'Angleterre et du Pays de Galles, qui est né au XIX^{ème} siècle, au temps de la construction des chemins de fer⁴⁸. Le système moderne américain de ré-organisation de l'entreprise (plutôt que sauvegarde, nombre d'entreprises américaines demandant l'ouverture d'une procédure de *Chapter 11* sans être en cessation des paiements, notion étrangère d'ailleurs au système de faillites américain), est le *Chapter 11* tiré de la loi américaine fédérale sur les faillites.

La première caractéristique⁴⁹ de ce système est de laisser le débiteur aux commandes de son entreprise en cas de défaillance. Sauf rare exception, il n'est pas assisté ou dépossédé par un administrateur qui viendrait tenter de ré-organiser l'entreprise à sa place. C'est la notion de « *debtor in possession* » ou de « débiteur aux commandes » : les britanniques aiment à dire que cela revient à laisser un alcoolique aux commandes d'un pub⁵⁰.

La deuxième caractéristique de ce système est l'existence de comités de créanciers qui peuvent influencer le devenir de l'entreprise défaillante, et dont le regroupement en différentes catégories de comités de créanciers accroît leurs forces de négociation. Ces comités sont issus de la période des défaillances des compagnies de chemin de fer aux Etats-Unis, défaillances dans le cadre desquelles les *bondholders* (obligataires) du débiteur s'organisaient avec leurs conseils de Wall Street pour centraliser le pouvoir de négociation afin d'arriver à un accord sur la restructuration du capital de la société en difficulté.

Troisième caractéristique, il s'agit avant tout d'un système mis au point pour permettre au débiteur de « se refaire », la faillite n'étant pas une marque stigmatisante aux Etats-Unis, comme elle peut l'être dans d'autres pays.

Quatrième et dernière caractéristique : alors que l'industrie des procédures collectives en Angleterre et au Pays de Galles est d'abord soumise à la suprématie des grandes firmes de l'audit et de la comptabilité, le marché américain est dominé par les *white shoe firms*, c'est à dire des grandes firmes d'avocats nichées autour de Wall Street (les *bondholders* de Wall Street utilisaient leurs conseils sur cette même place financière)⁵¹.

Il est important de souligner que la procédure du *Chapter 11* n'a pas, à l'origine, été conçue pour les grandes entreprises qui en font usage de nos jours. Ces dernières devaient utiliser le *Chapter 10* qui est devenu inintéressant pour les créanciers (et l'entreprise débitrice) puisqu'un syndic (le *trustee*) ainsi que la *SEC* (*Securities and Exchange Commission*) étaient chargés du contrôle précédemment effectué par les *bondholders*. Pour le *Chapter 11*, en revanche, le débiteur restait aux commandes. C'est ainsi que les créanciers qui souhaitaient plus de contrôle du débiteur resté maître du jeu dans le cadre du *Chapter 11* ont contribué à l'apparition du « *debtor-in-possession financing* » (le financement du débiteur aux commandes) : ils injectent de la trésorerie après

⁴⁸ Sur l'histoire des faillites américaines, voir l'excellent ouvrage de David A. Skeel, Jr., *Debt's dominion : a history of bankruptcy law in America*, Princeton University Press, 2001.

⁴⁹ Sur les caractéristiques du système américain, et pour une comparaison avec le système britannique, voir *Control and Corporate Rescue – An Anglo-American Evaluation*, McCormack, ICLQ, vol. 56, juillet 2007, pages 515–552

⁵⁰ G Moss, *Chapter 11: An English Lawyer's Critique*, (1998) 11 *Insolvency Intelligence*, pages 18 et 19.

⁵¹ Voir sur ce point, Y. Dezalay, *Du notable à l'expert*, Actes de la Recherche en Sciences Sociales, Année 1989, Volume 76, Numéro 1, pages 2 à 29, et *Marchands de Droit*, Fayard, 1992.

l'ouverture de la procédure, en échange du respect par le débiteur de telles ou telles obligations préalablement définies par eux⁵². C'est, par exemple, American Airlines qui a été le *DIP financier* de TWA avec pour condition l'organisation d'une enchère des actifs de cette compagnie aérienne, actifs rachetés par... son financier, et un de ses concurrents, American Airlines.

Le système du *Chapter 11* a essuyé de nombreuses critiques ces dernières années⁵³ : selon certaines études, la probabilité de confirmation des plans de restructuration présentés dans le cadre de cette procédure est basse, environ 20%. La plupart des petites entreprises qui demandent à bénéficier de la protection de cette procédure finissent par être liquidées. La probabilité d'émerger du *Chapter 11* en tant qu'entreprise toujours en activité (*going concern*) est faible, autour de 10%. Les créanciers chirographaires ont une position de négociation relativement faible par rapport à celle du débiteur (le débiteur bénéficie d'une exclusivité pendant 120 jours après l'ouverture de la procédure pour présenter son plan). La règle de la priorité absolue (*absolute priority rule*)⁵⁴ est systématiquement enfreinte. Cette procédure tend à être longue, contentieuse et coûteuse. Certains auteurs vont même jusqu'à dire que de nombreuses grandes entreprises américaines qui se placent dans le cadre de la procédure du *Chapter 11* le font, non pas dans un but de sauvegarde de l'activité, mais uniquement avec l'objectif affiché de vendre les actifs et de partager, entre créanciers, les sommes ainsi engendrées. Pour certaines d'entre elles, il s'agit seulement de formaliser un plan préalablement négocié avec les créanciers principaux. Le *Chapter 11* ne serait plus cet espace de négociation sur l'avenir de l'entreprise tel qu'il l'a été dans les années 1970 et 80. Sans parler des renoncements aux avantages sociaux par les salariés, la mise en cause des régimes de retraite, souvent à la clef d'une telle procédure⁵⁵, les distorsions de concurrence (l'arrêt des poursuites consacré par le *Chapter 11* pour certaines compagnies aériennes américaines a permis une véritable guerre des prix dans ce secteur), le maintien d'une équipe de direction qui a conduit l'entreprise à la défaillance, ainsi qu'une augmentation du coût du crédit, le créancier devant différer l'utilisation de sa sûreté pour recouvrer sa créance.

L'étude *Debt Enforcement*, retient que le scénario uniforme (et hypothétique, on le rappelle) soumis aux juristes américains entraînera l'application de la procédure du *Chapter 11*⁵⁶ comme procédure collective de référence. C'est elle qui, selon *Doing Business 2009*, est rapide, économique et avantageuse pour les créanciers. Ainsi que nous l'avons dit ci-dessus, il est impossible de dire avec précision quelle procédure collective américaine a été utilisée dans le cadre de ce rapport puisque la Banque mondiale ne publie pas les réponses aux questionnaires de ses correspondants. S'il convient de rappeler que le *Chapter 11* est, effectivement, le mode de réorganisation ou de sauvegarde des entreprises⁵⁷ aux Etats-Unis, il convient de relativiser sa représentativité parmi les procédures collectives puisque sur 801,269 jugements d'ouverture aux Etats-Unis sur une période de 12 mois s'arrêtant au 30 septembre 2007, seuls 5 888 demandes de mise sous protection du *Chapter 11* ont été enregistrées devant les *Bankruptcy Courts* fédérales (contre 19 741 en 1990), soit

⁵² Voir sur ce point, Skeel, *The Past, Present and Future of Debtor-in-Possession Financing*, *Cardozo Law Review*, vol. 25, p. 1905 (2004).

⁵³ La littérature sur ce point est très abondante ; voir, en particulier, *The Untenable Case for Chapter 11*, Bradley et Rosenzweig, 101 *Yale Law Journal* (1992), *The Trouble with Chapter 11*, LoPucki, *Wisconsin Law Review* (1993), *Should We Abolish Chapter 11? Evidence From Canada*, Fisher et Martel, août 1996, *The New Face of Chapter 11*, Baird, 12 *Am. Bankr. LJ*. 69,71-72 (2004), *The End of Bankruptcy*, Baird et Rasmussen, 55 *Stanford Law Review*, 751 (2002), *The Nature of the Bankrupt Firm : A Reply to Baird and Rasmussen's End of Bankruptcy*, 56 *Stanford Law Review* (2003).

⁵⁴ Voir *supra*, note 8.

⁵⁵ Voir *Restructuration et mise en cause des régimes complémentaires de retraite : le cas de United Airlines*, Catherine Sauviat, *Chronique internationale de l'IRES*, n°95, juillet 2005.

⁵⁶ Voir *Debt Enforcement*, *supra*, page 14 : « In the United States, for example, Mirage will successfully apply for Chapter 11 reorganization ».

⁵⁷ Une procédure similaire existe pour les particuliers, le *Chapter 13*, très utilisé devant les juridictions fédérales.

un peu plus de 0,73 % du total des procédures collectives devant ces juridictions⁵⁸. Une étude d'un universitaire néerlandais⁵⁹ a, par ailleurs, démontré que le taux de survie d'une entreprise en réorganisation aux Etats-Unis s'élève à 18 %, une donnée qui contraste avec l'enthousiasme des économistes de la Banque mondiale sur l'efficacité de la sauvegarde des systèmes de faillite de *common law*.

En ce qui concerne la rapidité du système, une étude publiée au *Journal of Finance* en juin 2006 et réalisée par trois universitaires de Yale, Brown et Davis⁶⁰, a analysé 225 procédures collectives (alors que *Doing Business* a demandé à 6 correspondants du secteur privé⁶¹ de répondre à un scénario hypothétique) ouvertes devant les juridictions spécialisées en matières de faillites dans l'Etat de l'Arizona et de New York. Il ressort que la durée moyenne d'une procédure de *Chapter 11* est de 828 jours, soit environ 2 années et 3 mois. Une autre étude portant, elle, sur 18 années et sur 3761 dossiers de la banque JPMorgan Chase montre que la durée moyenne de résolution d'une défaillance est de 2,4 années⁶².

Rien à voir, donc, avec les 18 mois avancés par la Banque mondiale dans son rapport *Doing Business 2009*.

Concernant le coût de ces procédures, il convient de contraster les 7% du patrimoine du débiteur défaillant avancés par la Banque mondiale avec d'autres études qui montrent un coût qui se situe plutôt à environ 17% de ce patrimoine⁶³.

Enfin, concernant le taux de recouvrement des créanciers, il existe au moins trois études montrant que le taux de recouvrement peut passer de 27 à 73% avec un taux qui varie de 51 à 99% pour les créanciers titulaires d'une sûreté, et de 1 à 64% pour les créanciers chirographaires⁶⁴ pour les procédures collectives américaines. Il est vrai, néanmoins, que le taux de recouvrement pour les créanciers titulaires d'une sûreté dans le cadre d'un *Chapter 11* est élevé ; il pourrait même être plus élevé que le chiffre avancé par la Banque mondiale.

Efficace le système du *Chapter 11* ? Différemment de ce que la Banque mondiale nous laisse entrevoir. Nous reviendrons sur la notion d'efficacité en dernière partie de cet article.

⁵⁸ *Judicial Business of the United States Court, 2007 Annual Report of the Director*, table F2, disponible à l'adresse internet suivante : <http://www.uscourts.gov/judbus2007/appendices/F02Sep07.pdf> (novembre 2008).

⁵⁹ *Survival rates in Bankruptcy Systems: Overlooking the Evidence*, Couwenberg O., *European Journal of Law and Economics*, vol. 12, n° 3 (2001).

⁶⁰ *The Costs of Bankruptcy: Chapter 7 Liquidation versus Chapter 11 Reorganization*, Bris, Welch et Zhu, *Journal of Finance*, vol. LXI, n°3 (2006), en particulier page 1270 pour la durée des procédures.

⁶¹ La Banque mondiale ne précise pas, pour l'étude « fermeture d'une entreprise » où ces correspondants sont situés géographiquement aux Etats-Unis. Néanmoins la liste générale des correspondants américains montrent qu'une grande majorité se situent dans les Etats de New York ou de l'Illinois ou dans le District de Columbia.

⁶² *Measuring LGD on Commercial Loans: An 18-Year Internal Study*, Araten, Jacobs Kr. Et Varshney, *The RMA Journal*, Mai 2004, page 28.

⁶³ *The Costs of Bankruptcy: Chapter 7 Liquidation versus Chapter 11 Reorganization*, Bris, Welch et Zhu, *Journal of Finance*, vol. LXI, n°3 (2006), en particulier page 1280 pour le coût des procédures, et *Direct Costs in Chapter 11 Bankruptcies*, Lawless et Ferris (1998), page 31.

⁶⁴ *The Costs of Bankruptcy: Chapter 7 Liquidation versus Chapter 11 Reorganization*, Bris, Welch et Zhu, *Journal of Finance*, vol. LXI, n°3 (2006), *A comparison of financial restructuring in distressed exchanges and Chapter 11 reorganizations*, Franks et Torous (1994), et *Prepacks, an empirical analysis of prepackaged bankruptcies*, Tashjian, Lease et McConnell (1996).

III. L'exception d'inefficacité française ?

L'article *Debt Enforcement* dont la méthode est reprise par *Doing Business 2009* est sans appel : « les pays de *common law* atteignent des scores d'efficacité nettement supérieurs à ceux des pays (...) d'origine juridique française »⁶⁵. La France n'arrive même pas, selon ce même article, à préserver⁶⁶ l'activité de l'entreprise décrite dans le scénario hypothétique de cette étude, à la suite du redressement judiciaire⁶⁷ (on l'a vu, il n'est pas acquis, contrairement à ce qu'indique cette étude ou même *Doing Business 2009*, que la procédure anglaise de *receivership* ou d'*administration*, ou même la procédure américaine de *Chapter 11*⁶⁸, puissent parvenir à un tel résultat). Les économistes de la Banque mondiale, on le sait, flirtent depuis 1999 avec l'idée (ou plutôt le jingle) que « la transplantation des règles juridiques françaises conduit à un plus grand interventionnisme de l'Etat et à une inefficacité bureaucratique (...) et que cette voie sape l'efficacité des juridictions également »⁶⁹. Des universitaires ont montré récemment qu'il était possible de limiter la portée des principales conclusions de ces économistes⁷⁰.

Il n'est pas utile, dans le cadre de cet article, de présenter le système français ou de revenir sur les critiques qui ont pu lui être faites. Nous analyserons plutôt les chiffres avancés par la Banque mondiale.

La France, à l'instar de l'Angleterre et du Pays de Galles⁷¹, connaît un taux de liquidations judiciaires proche de 90%. Par exemple, en 2005, 30 058 liquidations judiciaires immédiates ont été ouvertes. Si on compte 15 393 jugements d'ouverture de redressement judiciaire, il convient de préciser que 9 988 de ces procédures aboutiront à une liquidation après la période d'observation⁷². Seuls 5 290 plans de redressement ont été prononcés⁷³ cette année-là. Cependant la procédure du redressement judiciaire est représentative du mode de sauvegarde français puisqu'il représentait, en 2006, 34,07 % des ouvertures de procédures collectives⁷⁴.

⁶⁵ *Debt Enforcement Around The World*, 2008, page 23 : « common law countries achieve sharply higher efficiency scores than either German or French legal origin countries in their debt enforcement ». Notez qu'il s'agit de *debt enforcement*, c'est à dire de recouvrement de créance et, finalement, plus vraiment de procédure collective, pourtant objet même de l'analyse.

⁶⁶ Selon une étude de septembre 2007 de Deloitte, *L'entreprise en difficulté en France*, en 2004 sur 17 114 ouvertures de redressements judiciaires en France, 4 486 (26 %) ont abouti à un plan de continuation et 1 460 (8,53 %) à un plan de cession, soit un taux global de 34,53%. Cette même étude montre que pour des sociétés de plus de 5 millions d'euros de chiffres d'affaires, le taux de plan de continuation, passe à 34,4 % et 41,3 % de cessions pour seulement 24,3% de liquidations.

⁶⁷ *Debt Enforcement*, page 23.

⁶⁸ Des études suggèrent que les plans de réorganisation ne sont confirmés dans moins de 20% des cas ; ainsi le *Chapter 11* serait davantage enclin à promouvoir la fin de l'entreprise en difficulté plutôt que la sauvegarde : *Statistical Analysis of Chapter 11, Bankruptcy Division of the Administrative Office of the U.S. Court*, Flynn, 1989, *Do Confirmed Chapter 11 Plans Consummate ? The results of a Study and Analysis of the Law*, Jensen-Conklin, 97 *Commercial Law Journal*, 1992 et *The Debtor in Full Control – Systems Failure under Chapter 11 of the Bankruptcy Code ?*, LoPucki, 57 *American Bankruptcy Law Journal*, 1983.

⁶⁹ Voir l'étude sur l'efficacité des juridictions de Djankov, La Porta, Lopez-de-Silanes et Shleifer, *Courts*, *Quarterly Journal of Economics*, Mai 2003, page 23 : « For example, suppose that the transplantation of French legal rules is conducive to general state interventionism and bureaucratic inefficiency, (...) and that this channel undermines the performance of courts as well. » et, par La Porta, Lopez-de-Silanes, Shleifer et Vishny, *The Quality of Government*, *Journal of Law, Economics, and Organization*, vol. 15, n°1, 1999.

⁷⁰ Voir *Approche juridique de la gouvernance d'entreprise : application au cas de la France*, Boughanmi, Blazi, Deffains et Guigou, CREFI-LSF Working Paper Series n° 08-05, juillet 2008.

⁷¹ Sur le thème des comparaisons entre droit français et anglais des procédures collectives, voir notamment *Droit anglais et français de l'insolvabilité : convergences et divergences*, Outin-Adam et Alexandre-Caselli, Regards sur les PME n° 16, Observatoire des PME, OSEO, 2008.

⁷² *Annuaire statistique de la justice*, édition 2007, La Documentation Française.

⁷³ *L'activité des juridictions commerciales en 2005*, Infostat Justice n° 91, novembre 2006.

⁷⁴ *L'entreprise en difficulté en France*, Deloitte, septembre 2007, page 19.

Concernant la durée des procédures collectives (et donc du redressement judiciaire, procédure qui semble avoir été choisie pour le rapport *Doing Business 2009* – on rappelle que la Banque mondiale ne publie pas les sources de ses analyses, c'est à dire les réponses aux questionnaires fournies par ses correspondants), une étude récente⁷⁵, qui se fonde sur 858 dossiers de procédures collectives ouverts en France (596 dossiers avant la réforme de 1994 et 262 depuis 1994) montre que la durée moyenne d'un redressement judiciaire est de 14,7 mois (13,9 mois avant 1994 et 15,5 mois après), soit 1 an et 3 mois, et non près de deux ans comme l'indique la Banque mondiale. La France paraît donc très « efficace » par rapport à l'Angleterre et au Pays de Galles (une année selon *Doing Business*, mais plutôt un peu moins de deux années, selon les chiffres officiels) et aux Etats-Unis (une année et demie selon *Doing Business*, mais plutôt deux années et trois mois selon les chiffres d'autres études) en matière de durée des procédures collectives. Une deuxième étude portant sur 301 dossiers collectés auprès du tribunal de commerce de Paris⁷⁶ montre que la durée moyenne des procédures collectives (hors liquidations immédiates) est de 13,2 mois, soit un peu plus d'un an. En cas de cession, la procédure se règle même en moins de 9 mois.

Pour ce qui concerne le coût de la procédure de redressement judiciaire, la France affiche un taux de 14,3%⁷⁷ par rapport aux montants recouverts dans le cadre de la procédure (lorsqu'elle a été ouverte après 1994). C'est un taux « efficace » par rapport à celui de l'Angleterre et du Pays de Galles (jusqu'à 25% selon les études) et celui des Etats-Unis (environ 17%). Une seconde étude⁷⁸ montre un taux de 13,3%, avec un taux de 9,8% en cas de cession, 13,7% en cas de continuation, 14% en cas de liquidation immédiate et 10,3% en cas de liquidation après observation.

Enfin, concernant le taux de recouvrement pour les créanciers⁷⁹, on note des chiffres qui vont de 73,8 à 74,5%⁸⁰ pour le redressement judiciaire français, et non 44,7% comme l'affiche la Banque mondiale.

Inefficace le système français ? Finalement, pas tant que cela. La comparaison avec les systèmes de *common law* ne produit pas une différence d'efficacité marquée telle que *Doing Business* la présente. Certaines valeurs sont même plus favorables qu'en Angleterre ou aux Etats-Unis. D'ailleurs, une étude récente⁸¹ comparée des procédures collectives entre la France, le Royaume-Uni et l'Allemagne a mis en lumière l'efficacité *ex post* (les taux de recouvrement y sont plus élevés et les coûts de faillites plus faibles) et *ex ante* (en termes de déclenchement de la procédure) lorsque l'on considère la situation des entreprises à l'entrée de la procédure. S'il est vrai qu'un risque d'inefficacité *ex ante* existe (établissement de privilèges et règles de remboursement spécifique), le portrait n'est pas celui brossé par la Banque mondiale.

⁷⁵ *Financial versus Social Efficiency of Corporate Bankruptcy Law : the French Dilemma ?* Blazy, Chopard, Fimayer, Guigou (2008) ; il est possible de télécharger une copie électronique de cet article à l'adresse internet suivante : <http://ssrn.com/abstract=1116681> (novembre 2008).

⁷⁶ *Une analyse comparative des procédures de faillite : France, Allemagne, Royaume-Uni*, Regards sur les PME n° 16, Observatoire des PME, OSEO, 2008, en particulier page 57.

⁷⁷ *Financial versus Social Efficiency of Corporate Bankruptcy Law : the French Dilemma ?* Blazy, Chopard, Fimayer, Guigou (2008), en particulier page 13.

⁷⁸ *Une analyse comparative des procédures de faillite : France, Allemagne, Royaume-Uni*, Regards sur les PME n° 16, Observatoire des PME, OSEO, 2008, en particulier page 57.

⁷⁹ Le manque d'étude sur ce sujet – l'étude de référence datait de 1992, voir *Redressement judiciaire, liquidation et taux de recouvrement des créances*, Malecot, Cahier de recherche du CEREQ, n° 9205 – a été pallié avec des études plus récentes, notamment de 2008.

⁸⁰ *Financial versus Social Efficiency of Bankruptcy law*, page 21 et *Une analyse comparative des procédures de faillite*, page 67.

⁸¹ *Une analyse comparative des procédures de faillite : France, Allemagne, Royaume-Uni*, page 15 notamment.

Il convient également de souligner d'autres données que l'analyse *Doing Business* ne permet pas d'apprécier et qui doivent être prises en compte pour mesurer l'efficacité du système français. D'une part, il a été démontré que, dans le cadre d'une procédure informelle de renégociation des dettes pour une entreprise en difficulté (c'est-à-dire hors procédure judiciaire donc), le taux moyen de recouvrement des créanciers était de 83% contre 78% en Angleterre ou 76% en Allemagne⁸². D'autre part, il a été démontré⁸³ qu'il existe une volonté affichée (et mesurable) des juridictions commerciales françaises tendant à sauvegarder l'emploi des salariés, en facilitant la continuation et en réduisant l'effet domino des faillites. D'ailleurs, dans le cadre d'un choix entre des offres de rachat concurrentes, le choix des juridictions françaises montre, selon cette même étude, la prise en compte des considérations salariales dans l'arbitrage de ces offres, considérations que *Doing Business* ne prend absolument pas en compte et qui sont pourtant essentielles dans l'évaluation d'un système de traitement des défaillances.

IV. La supériorité des systèmes de *common law*: la bataille des classements et des méthodes

Si les systèmes de *common law* sont efficaces pour régler la vie des affaires, on pourrait penser que les décideurs économiques souhaiteront, par exemple, volontairement soumettre leurs litiges exclusivement à un droit de tradition de *common law*. Dans une étude de 2005 au titre provocateur (*Les acteurs du commerce international sont-ils stupides ?*⁸⁴), un universitaire allemand a démontré qu'en 2003, devant la Cour Internationale d'Arbitrage, qui a enregistré 580 dossiers concernant 1584 parties dans 123 pays différents, les droits anglais, suisse et français étaient statistiquement les plus appliqués devant ses arbitres (24%, 20% et 19% respectivement, contre 10% pour les droits américains et canadiens, par exemple).

A supposer que les rapports du type *Doing Business* aient pour objectif de mesurer cette supériorité il convient d'affiner des critères d'analyse et d'étudier des données fiables et représentatives, tout en gardant à l'esprit la distinction entre propagande et démonstration rigoureuse.

Si l'on part des conclusions de la Banque mondiale, un « bon régime des faillites » remplit trois fonctions principales : réhabiliter les entreprises viables et liquider celles qui ne le sont pas ; maximiser les montants récupérés par les créanciers, actionnaires, employés et autres parties prenantes en privilégiant la solution la plus rentable ; et enfin déterminer le rang des créanciers⁸⁵. Si tel est le cas, les indicateurs retenus par la Banque mondiale ne permettent pas d'évaluer pleinement si ces fonctions ont bien été remplies ; par exemple, l'indicateur de vitesse des procédures est relativement peu pertinent dans cet ensemble. Trouver une solution à la défaillance d'une entreprise n'est pas nécessairement un processus qui se doit d'être prioritairement rapide. En particulier, cet indicateur ne tient pas compte des négociations informelles, en amont, qui ont souvent lieu et qui permettent parfois efficacement d'éviter la formalisation d'une procédure, ou l'intérêt porté par les juridictions françaises aux considérations salariales⁸⁶. Le taux de recouvrement pour les créanciers, pris dans son ensemble, est également

⁸² *Do Bankruptcy Codes Matter ? A Study of Defaults in France, Germany and the UK*, Davydenko et Franks, 2006, pages 15 et 39.

⁸³ *Financial versus Social Efficiency of Bankruptcy law*, supra.

⁸⁴ *Are International Merchants Stupid ? A Natural Experiment Refutes the Legal Origin Theory*, Voigt, Working Paper n° 21 / 2005, International Centre for Economic Research.

⁸⁵ *Doing Business 2009*, page 54.

⁸⁶ Comparer avec la position britannique dans l'affaire Rover, voir : *What about the workers ?* Caulkin S., The Observer, 1^{er} mai 2005, à consulter à l'adresse internet suivante : <http://www.guardian.co.uk/business/2005/may/01/motoring.lifeandhealth1> (novembre 2008). Selon l'auteur, Rover a été l'exemple où les actionnaires sont passés les premiers dans le traitement de la défaillance de cette

peu parlant : il faut pouvoir distinguer entre créanciers privilégiés (comme les salariés), ceux titulaires d'une sûreté et créanciers chirographaires.

Il y a également d'autres critères qui prennent en compte les deux dimensions d'une procédure collective, à savoir la situation des entreprises entrant dans la procédure et le résultat de la procédure sur la base de leur situation à l'entrée⁸⁷.

Les analyses – dont les sources⁸⁸ doivent être mis à la disposition du public et donc du débat contradictoire⁸⁹ - devraient, en tout état de cause (et surtout lorsqu'elles sont faites par des institutions qui bénéficient d'une légitimité et donc d'une responsabilité), se fonder sur des données tirées de dossiers soumis aux juridictions ou traités par des créanciers dans le cadre de procédures informelles, les scénarios hypothétiques, comme ceux de *Doing Business*, encourageant, il semble, des réponses subjectives et peu représentatives des procédures et des chiffres des juridictions nationales ainsi représentées. Ils doivent pouvoir être pondérés ou expliqués par des juristes formés à l'analyse comparative du droit afin de proposer une grille de lecture fidèle aux différences des systèmes judiciaires étudiés : on l'a vu, comparer l'*administrative receivership* qui représente 3,3% actuellement des procédures anglaises avec le *Chapter 11* américain ou le redressement judiciaire est trompeur.

Finalement, on assiste, par l'intermédiaire des classements⁹⁰ de l'efficacité⁹¹ des systèmes judiciaires aujourd'hui à la mode, à une bataille idéologique qui a un point positif : elle montre la circulation de l'information juridique nationale au delà des frontières. Si on accède plus facilement à l'information juridique, cela veut dire qu'il devient plus facile de l'apprécier et donc, de la comparer⁹². Néanmoins, dans un monde en difficulté financière, il faut pouvoir rassurer sur les attraits économiques offerts aux décideurs internationaux, quitte à montrer le voisin du doigt. Cet enjeu également stratégique n'a rien de virtuel. L'Angleterre, par exemple, attend à l'heure actuelle un arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) qui, elle a prévenu, pourrait entraîner un « désavantage concurrentiel » certain pour la place actuellement attractive de Londres en tant que siège d'instances arbitrales. La Chambre des Lords a demandé à la CJCE d'examiner la compatibilité de son système d'*anti-suit injunctions* en matière arbitrale⁹³ avec le Règlement européen n° 44/2001 du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. L'*anti-suit injunction*, invention britannique, est une mesure par laquelle les juridictions anglaises interdisent à un plaideur, quelle que soit sa nationalité, d'initier ou de poursuivre une procédure devant une juridiction étrangère. Elle est sanctionnée par le *contempt of court*, une procédure avec des

entreprise. Voir également le rapport *Insolvency, Employee Rights and Employee Buyouts*, Jensen A., Ithaca Consultancy, août 2006.

⁸⁷ Voir sur ce thème, *Une analyse comparative des procédures de faillite : France, Allemagne, Royaume-Uni*, pages 26 et 27.

⁸⁸ La Banque mondiale ne publie pas ses sources, à savoir les réponses fournies par ses correspondants aux questionnaires, et qui servent de fondement à son classement annuel.

⁸⁹ On rappelle que les réponses aux questionnaires *Doing Business* pour l'étude « fermeture d'entreprise » 2009 ne sont pas accessibles au public. Voir *supra*, note 14.

⁹⁰ « C'est comme en sport. Si quelqu'un compte les points, personne ne veut perdre » a dit un économiste de la Banque mondiale sur *Doing business* ; voir *Unblocking business*, *The Economist*, 15/09/2005, http://www.economist.com/finance/displaystory.cfm?story_id=4407964 (novembre 2008) (« *It's like sports. If you keep score, no one wants to lose* »).

⁹¹ Voir la récente étude, *Bankruptcy Policy : An Empirical Investigation of 50 Jurisdictions Worldwide*, Azar, 82 *Am. Bankr. L.J.* 407 qui calcule un « bankruptcy index » en fonction d'un « pro-debtor index » et d'un « pro-creditor » index, avec la conclusion, désormais traditionnelle, que les pays de tradition civiliste sont moins efficaces que les pays de *common law* (NB : l'auteur de cette étude indique être un consultant pour la Banque mondiale).

⁹² Voir sur ce thème, Amandine Garde et Michaël Haravon, *La circulation de l'information juridique en Europe*, *Chronique*, Recueil Dalloz, 2006, n°6.

⁹³ Voir sur ce point, *Il est interdit d'interdire : Réflexions sur l'utilisation des anti-suit injunctions dans l'arbitrage commercial international*, Gaillard, *Revue de l'arbitrage*, n°1, 2004, p. 47

conséquences sur le plan civil et, parfois, pénal, qui conduira à l'impossibilité effective de reconnaître une telle décision – au cas où elle aurait été obtenue – devant les juridictions britanniques. La Chambre des Lords a fait valoir que « les opérateurs économiques tiennent compte, en choisissant le siège de l'arbitrage, du point de savoir si les juridictions locales disposent de moyens procéduraux efficaces pour soutenir l'arbitrage...[elle] attire l'attention sur le risque que Londres subisse un désavantage concurrentiel par rapport à des centres d'arbitrage internationaux tels que New York (...) si les juridictions anglaises, contrairement aux juridictions situées au siège [de ce centre], ne pouvaient plus prononcer d'*anti-suit injunctions* »⁹⁴. Les arguments économiques sont donc au cœur des problématiques de concurrence entre les systèmes judiciaires⁹⁵.

A ces arguments, l'Avocat Général, dans ses conclusions du 4 septembre 2008 a répondu assez sommairement à la Chambre des Lords qu' « il y a lieu de rappeler (...) que des motifs de nature purement économique ne peuvent justifier des violations du droit communautaire »⁹⁶. C'est dire que l'analyse économique a ses limites.

Il revient aux juristes français de défendre leur tradition juridique. C'est, par exemple, l'objectif affiché de la Fondation pour le Droit Continental⁹⁷ qui a repris le programme « efficacité économique du droit ». Les occasions de démystifier les rapports anglo-saxons ne manquent pas. Celles de mettre en lumière les réussites (et les échecs) de notre système non plus. Il nous incombe également de relever ce défi important sur le terrain anglo-saxon et avec les armes de ce monde : la langue anglaise parfois, l'analyse économique lorsqu'elle est pertinente, la publication d'études et de rapports pour faire face à la profusion des rapports anglo-saxons, la veille systématique pour permettre une réponse à chaque fois qu'elle est nécessaire et la promotion de notre savoir-faire. Cela revient aussi à réfléchir sur la formation des juristes lorsqu'ils voudront assumer le rôle d'ambassadeurs de leur système judiciaire à l'étranger, et aux moyens mis en œuvre pour le *marketing* de nos techniques : le droit s'étudie, s'enseigne, s'analyse et s'exerce. La Banque mondiale nous rappelle également chaque année qu'il se mesure et se défend.

⁹⁴ *Allianz SpA c/ West Tankers Inc.*, affaire C-185/07, conclusions de l'Avocat Général Kokott du 4 septembre 2008.

⁹⁵ A tel point que la Chambre des Lords a même indiqué, dans son arrêt comportant sa demande décision préjudicielle, que la France connaissait un système similaire à celui de l'*anti-suit injunction*, utilisé par la Cour de cassation en matière de procédure collective, voir *Allianz SpA v. West Tankers Inc.* [2007] UKHL 4 : « So, for example, in *SA Banque Worms c/Époux Brachot* Cass 1ère civ 19 November 2002, the French Cour de Cassation decided that a court exercising jurisdiction in a French bankruptcy could make an order restraining a creditor from taking execution proceedings against the debtor's land in Ibiza, although the Spanish court would plainly have had exclusive jurisdiction under the Regulation to entertain such an application. Orders of this kind (described by Sandrine Chaillé de Néré in her Note on the case as "[une idée] audacieuse" and "très efficace") have been made by English courts for over a century ». Si cela marche pour les français, alors pourquoi pas pour les anglais ?

⁹⁶ *Supra*.

⁹⁷ Voir son site internet à l'adresse suivante : <http://www.fondation-droitcontinental.org> (dernier accès en novembre 2008).