HAL
open science

Justice et industrie

Olivier Baujard, Bruno Bernard, François Soulmagnon

To cite this version:

Olivier Baujard, Bruno Bernard, François Soulmagnon. Justice et industrie. Sciences de l'ingénieur [physics]. 1982. hal-01909908

HAL Id: hal-01909908

https://minesparis-psl.hal.science/hal-01909908

Submitted on 31 Oct 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

ECOLE NATIONALE SUPERIEURE
DES MINES DE PARIS

Juin 1982

JUSTICE ET INDUSTRIE
LES ENTREPRISES EN DIFFICULTE

Mémoire demandé par MM.
GONDRE (Tribunal de Paris) et
de GOUTTES (Ministère de l'Industrie)

Pilotes : MM. BERRY, BUCAILLE,
de POUVOURVILLE

Consultation sur place

ECOLE NATIONALE SUPERIEURE DES MINES
Bibliothèque
N°
I.E.1
[161]

Olivier BAUJARD Ingénieur des Télécommunications
Bruno BERNARD Ingénieur des Mines
François SOULMAGNON Ingénieur des Mines

ECOLE NATIONALE SUPERIEURE
DES MINES DE PARIS

Juin 1982

JUSTICE ET INDUSTRIE
LES ENTREPRISES EN DIFFICULTE

Mémoire demandé par MM.
GONDRE (Tribunal de Paris) et
de GOUTTES (Ministère de l'Industrie)

Pilotes : MM. BERRY, BUCAILLE,
de POUVOURVILLE

Consultation sur place

[141]
ECOLE NATIONALE SUPÉRIEURE DES MINES
Bibliothèque
N°
I.E.1

Olivier BAUJARD Ingénieur des Télécommunications
Bruno BERNARD Ingénieur des Mines
François SOULMAGNON Ingénieur des Mines

REMERCIEMENTS

Nous tenons à exprimer notre profonde gratitude aux demandeurs de ce travail : M. De GOUTTES du Ministère de l'Industrie et M. le Président GONDRE du Tribunal de Paris. Ils ont accepté de consacrer une part importante de leur temps à nous initier au monde de la Justice et à nous introduire auprès de ses hommes.

Les personnes qui ont bien voulu piloter notre recherche, Mrs BUCAILLE du Ministère de l'Industrie, BERRY et de POUVOURVILLE de l'Ecole Polytechnique, ont permis la gestation d'un travail cohérent sur un sujet difficile par son ampleur. Qu'ils en soient ici remerciés et tout spécialement Gérard de POUVOURVILLE pour l'aide qu'il nous a apportée au jour le jour dans la mise en forme de nos idées.

Nous remercions tous les organismes et personnalités qui ont consacré une part importante de leur temps pour s'entretenir avec nous de notre sujet (leur liste est en annexe). Nous voudrions ici remercier plus particulièrement M. LE GUNEHEC Procureur de la République de Paris, M. DELAFAYE Secrétaire Général du Parquet de Paris, M. MARCCHI Substitut du Procureur et M. LAFFON Président au Tribunal de Commerce de Paris pour l'aide irremplaçable qu'ils nous ont apportée. Nous remercions également spécialement M. P. LYON-CAEN au Cabinet de M. Le Garde des Sceaux et l'équipe de l'Association pour le Développement Industriel de l'Ouest Atlantique : outre leur compétence propre ils nous ont apporté leur aide pour rencontrer un grand nombre d'acteurs, très importants pour nos réflexions.

Une mention particulière doit être réservée au Secrétariat de M. de GOUTTES et à celui de M. De CORN pour avoir permis que ces quelques idées se concrétisent sous une forme tangible.

En éclairant la profondeur de son caractère et les ressorts de sa grandeur, on pourra comprendre comment les accidents commerciaux que surmontent les têtes fortes deviennent d'irréparables catastrophes pour de petits esprits. Les événements ne sont jamais absolus, leurs résultats dépendent entièrement des individus : le malheur est un marche-pied pour le génie, une piscine pour le chrétien[2], un trésor pour l'homme habile, pour les faibles un abîme[a].

Sa grande expérience des affaires commerciales lui avait donné des habitudes taxées de manies par quelques personnes. Si quelque billet n'était pas payé, il l'envoyait à l'huissier, et ne s'en occupait plus que pour recevoir le capital, l'intérêt et les frais, l'huissier devait poursuivre jusqu'à ce que le négociant fût en faillite; César cessait alors toute procédure, ne comparaissait à aucune assemblée de créanciers, et gardait ses titres. Ce système et son implacable mépris pour les faillis[1] lui venaient de M. Ragon qui, dans le cours de sa vie commerciale, avait fini par apercevoir une si grande perte de temps dans les affaires litigieuses, qu'il regardait le maigre et incertain dividende donné par les concordats[2] comme amplement regagné par l'emploi du temps qu'on ne perdait point à aller, venir, faire des démarches et courir après les excuses de l'improbité.

César Birotteau
(H. de BALZAC)

INTRODUCTION

Dans le cadre de la troisième année de formation des corps techniques de l'Etat à l'Ecole des Mines de Paris, les ingénieurs-stagiaires traitent, par groupes de deux ou trois, un sujet intéressant à la fois leur administration de tutelle, l'Ecole et un demandeur extérieur.

C'est ainsi que nous avons été amenés à analyser les questions que peut soulever le contact entre la justice et l'industrie : comment ces deux mondes, dont les habitants sont a priori si différents, se rencontrent-ils ? Comment dialoguent-ils ? Quelles décisions et comportements adoptent-ils sur des sujets communs ? Comment s'exerce le contrôle judiciaire sur la vie économique ?

En liaison avec le Tribunal de Paris et le Ministère de l'Industrie, nous avons choisi de prendre pour exemple de telles rencontres les problèmes posés par les entreprises en difficulté : il nous semblait que dans un contexte chargé de tant d'affects, les logiques des différents partenaires devaient apparaître avec un grand relief.

Cet espoir n'a pas été déçu : dès l'abord, nous avons été frappés par le grand nombre d'acteurs qui se préoccupent de ces questions, et par l'apparente difficulté qu'ils ont à concilier leurs opinions. Un curieux consensus se dégage pourtant parmi eux pour critiquer le système actuel.

Notre thèse commence par déchiffrer logique et enjeux de ces différents groupes, en essayant de comprendre ce que chacun entend par : "La situation actuelle est insatisfaisante" (cf chapitre I).

Il apparait rapidement que cette affirmation ne repose, en fait, sur aucune donnée objective : comment définir rigoureusement l'efficacité d'un système de prévention, de détection, de traitement des entreprises en difficulté ? Aussi proposons-nous d'interpréter ces critiques de tous bords comme conséquences d'une lutte d'influence entre groupes organisés : chacun d'entre eux veut conquérir une légitimité à discourir sur le fait économique. Cette approche nous permet d'élaborer une grille de lecture des problèmes posés par les entreprises en difficulté : nous analysons à travers elle l'origine et les conséquences des décalages et des oppositions entre les différents acteurs, et expliquons la focalisation des conflits sur le Tribunal de Commerce, ainsi que la logique et les limites des réformes actuellement proposées (cf chapitre II).

Nous concluons en montrant quelles sont, derrière d'apparentes diversités de forme, les grandes caractéristiques communes aux controverses actuelles : elles traduisent l'importance, reconnue désormais par tous, du fait économique dans notre société, et la volonté de pouvoir agir et exercer un contrôle sur le monde des affaires. En même temps celui-ci se voit contester le droit de s'administrer par lui-même : son utilité sociale dépassant largement le cadre purement économique, sa légitimité d'auto-détermination est de moins en moins acceptée (cf chapitre III).

Avant de passer au coeur de la thèse, plantons le décor, campons les personnages, dans une histoire (presque) authentique...

LA FIN MOUVEMENTEE DE "PETARDS ET COTILLONS REUNIS"

La société "Pétards et Cotillons Réunis" est établie depuis plus de 50 ans à Farfouilly (Charentes Supérieures). Cette austère entreprise familiale est contrôlée par le "clan Jambonneau", pépinière, depuis la nuit des temps, d'élus cunicipaux, députés, sénateurs, et fort bien implanté dans le milieu industriel local.

"Pétardset Cotillons Réunis" n'est plus, depuis longtemps, le leader national des pétards, cotillons, chapeaux pointus et mirlitons qu'elle a été : Auguste Jambonneau, le fondateur, n'a pas eu les successeurs que son enthousiasme méritait... Avec 200 personnes, elle a, comme on dit dans le pays, "de beaux restes".

Mais la concurrence des pays à faible coût de main d'oeuvre, jointe à une mauvaise politique commerciale lors des fêtes de Noël précédentes, l'amènent début 1979 à la limite de la rupture de trésorerie.

Miracle ! Un distributeur bien connu, Jean de Menehoulde, qui possède la fameuse chaîne "Aux joies de la fête", lui propose de racheter 51 % du capital et de faire des apports importants en fonds propres. L'affaire se conclut...

Hélas, l'année 1979 voit les pertes continuer : les ventes des magasins "Aux Joies de la Fête" sont de 50 % inférieures aux prévisions, la campagne de fin d'année est catastrophique, les stocks d'invendus s'accumulent... Il faut de l'argent frais. Le Ministère de l'Industrie alerté par le député de Farfouilly, gendre de Pierre Jambonneau, actuel PDG de "Pétards et Cotillons Réunis", s'inquiète de la disparition de cette pièce maîtresse du secteur français des Jeux et Amusements : il saisit le CIASI. Mais l'ardoise est trop lourde : Jean de Menehoulde demande 3 millions de francs en fonds publics, en plus des 2 qu'il a promis.

Le dépôt de bilan est inévitable : il a lieu en juin 80. Le Tribunal de Commerce se rend vite compte que Pierre Jambonneau n'est pas le dirigeant à poigne qu'il faudrait, et que Jean de Menehoulde dirige une entreprise en bien mauvais état..

Il prononce la mise en règlement judiciaire de "Pétards et Cotillons Réunis, nomme un administrateur judiciaire à sa tête, et décide la liquidation de biens de "Aux Joies de la Fête". L'examen des comptes de cette dernière

société fait d'ailleurs apparaître quelques irrégularités graves : le substitut Lecomte demande qu'une instruction pénale soit ouverte pour délit de banqueroute contre Jean de Menehoulde. Ce dernier prend prudemment le chemin d'un exil doré ; aux dernières nouvelles il court encore...

Le substitut Lecomte déclare aux "Echos de Farfouilly" : "Sans vouloir influencer les résultats de l'instruction, je m'interroge sur la valeur morale d'un dirigeant qui ne tenait qu'irrégulièrement sa comptabilité. De plus, quelle compétence pouvait avoir cet homme, même pas diplomé d'une école de commerce ?...".

A Farfouilly, l'excitation est à son comble : l'usine de "Pétards et Cotillons Réunis" est occupée, le syndic, Maître Trappe, a même été séquestré une nuit entière ; les délégués syndicaux clament partout que "les Jambonneau sont des truands ; la preuve : ils s'étaient associés avec un escroc...". Les Pouvoirs publics s'émeuvent de cette agitation :pensez donc, à six mois des élections.... Le CIASI est chargé de trouver un repreneur : la Société des Confettis du Midi, solide concurrent de Pétards et Cotillons Réunis, propose, sous réserve d'un prêt bonifié de 1 million de francs, de tout racheter et de conserver 100 emplois. Le Tribunal se sent violé par les Pouvoirs publics et refuse : certes il est convaincu que la conversion en liquidation de biens est inéluctable car les banquiers refusent de soutenir plus longtemps une entreprise gérée par les Jambonneau. Mais le prix proposé est à son avis tout à fait insuffisant et lèserait les créanciers. Effectivement, Confettis du Midi compte les 5 millions de francs de stocks pour rien... D'un autre côté, ces 5 millions de francs représentent le coût du licenciement des 100 personnes excédentaires qui s'ajouterait au passif en cas de liquidation pure et simple...

Coup de théâtre en juillet 80 : Maître Dufilou, avocat au Barreau de Paris, vient "au nom d'industriels du Mord" proposer une solution alternative : une location-gérance avec 50 personnes, dans des conditions permettant un concordat relativement favorable aux créanciers. Le Tribunal accepte avec soulagement.

Mais la caution de 500 000 Frs que devait verser l'avocat tarde à être constituée : fin juillet toujours rien ; fin août non plus. Un échange de lettres entre le Tribunal et l'avocat permet de comprendre que la société qui devait se constituer éprouve du mal à voir le jour ; que des difficultés momentanées empêchent certains associés de réunir les fonds nécessaires...

De tergiversations en atermoiements, décembre arrive ; le Tribunal, excédé, fait une enquête discrète, d'où il ressort que Maître Dufilou est inconnu au Barreau de Paris et que les fameux "industriels du Nord" ne sont autres que... les Jambonneau, qui ne veulent pas lâcher leur entreprise !

Maître Trappe décide alors, ce qu'il ne voulait pas faire par respect pour la famille, d'attaquer Pierre Jambonneau en comblement de passif.

Quant au Tribunal de Commerce, il approuve en février 81 la solution proposée par les Confettis du Midi, pourvu qu'elle soit assortie d'un plan de formation des 100 licenciés.

Evidemment, les fêtes de Noël sont passées sans que les produits Pétards et Cotillons Réunis soient présents sur les éventaires, et le stock d'invendus pèse lourd... A en croire la rumeur, Les Confettis du Midi rechigneraient aujourd'hui à reprendre une entreprise occupée depuis déjà plusieurs mois et dont la marque a raté une saison : dans ce métier, c'est un handicap dur à surmonter.

I

UNE GALERIE DE PORTRAITS

Et par le geste impérieux des magistrats, le juge attira son neveu dans la rue, et le força, quoiqu'en veste et tête nue, à l'écouter en marchant vers la rue des Lombards. « Mon neveu, ton ancien patron pourrait se trouver dans des affaires tellement embarrassées, qu'il lui fallût en venir à déposer son bilan. Avant d'arriver là, les hommes qui comptent quarante ans de probité, les hommes les plus vertueux, dans le désir de conserver leur honneur, imitent les joueurs les plus enragés; ils sont capables de tout : ils vendent leurs femmes, trafiquent de leurs filles, compromettent leurs meilleurs amis, mettent en gage ce qui ne leur appartient pas; ils vont au jeu, deviennent comédiens, menteurs; ils savent pleurer. Enfin, j'ai vu les choses les plus extraordinaires.

César Birotteau
(H. de BALZAC)

I - 1

Les industriels

Dans ce chapitre, nous présentons d'abord la problématique de l'industriel à partir de quelques monographies variées (A). Nous rapportons ensuite l'opinion de 2 organisations professionnelles (B et C).

I - 1A Quelques touches impressionnistes

Monsieur X... dirige une société d'étude et de réalisation de dispositifs d'assainissement qu'il a créée en 1950. Il l'a considérablement développée par une prospection commerciale efficace, une bonne utilisation des financements et une stratégie habile mais risquée.

Plus récemment, son dynamisme naturel l'a amené à des responsabilités publiques : présidence de la chambre de commerce et d'industrie, combat politique, etc. Cette activité extérieure l'a éloigné de son entreprise dont les résultats se sont dégradés. A la fin de 1980, devant le montant des pertes, le banquier ne fournit pas les concours qui permettraient de tenir et le dépôt du bilan est inévitable. Cet évènement se produit à la suite d'une enquête sur sa situation financière, enquête exécutée par un syndic à la demande du tribunal de commerce qui s'est saisi d'office de l'affaire. Il se considère donc victime du tribunal et est en désaccord permanent avec lui depuis l'ouverture du règlement judiciaire.

Du jour au lendemain, il démissionne de la présidence de la C.C.I. et se consacre exclusivement au redressement de son entreprise. Il supprime quelques dépenses somptuaires, remanie son équipe d'encadrement et restructure son groupe, si bien qu'au bout d'un an, à la fin 1981 il a restauré la rentabilité à l'ensemble. Il est en train de préparer un concordat pour apurer un passif très lourd (environ 1/4 du chiffre d'affaire annuel).

Ecoutons-le raconter une partie de son expérience.

"Le dépôt de bilan est un choc financier, social et psychologique. La dimension psychologique est considérable car elle atteint le Chef d'entreprise et tout son environnement : tous sont tributaires de la honte historiquement attachée à l'échec, dans les affaires. En France, le dépôt de bilan est encore socialement apprécié comme le divorce il y a 50 ans. Il est entré dans le même processus d'acceptation mais il est encore loin d'être considéré pour ce qu'il est : un acte naturel. Malgré cela, le dirigeant doit assumer la rupture et faire une analyse personnelle de sa situation pour pouvoir redémarrer. S'il n'a pas la culture économique qui lui permet d'échapper aux tabous sociaux il est écrasé parcequ'il croit être un échec irrémédiable. Il risque d'être laminé car l'analyse de son cas lui est imposée par le tribunal de commerce. Or, le tribunal lui même porte sur le chef d'entreprise la même appréciation psychologique déshonorante que toute la société. Si on n'est pas capable de faire front, on claque. Ceci explique le faible taux de redémarrage alors que le dépôt de bilan devrait sauver tous ceux qui n'ont que des difficultés financières. Je m'emploie à regonfler le moral de tous les jeunes chefs d'entreprise qui ont déposé leur bilan."

... / ...

"... Le tribunal de commerce possède une arme redoutable : le droit souverain d'enquêter et de mettre en cause. Il l'a utilisé chez moi et s'est arrêté à une analyse simplifiée du type "Loi Sudreau"(1) en constatant que mes frais financiers valaient 8 % de mon chiffre d'affaire. Cette critique a eu un effet catastrophique sur les banquiers qui sont des gens frileux : ils m'ont lâché. Car le banquier comme les juges et la plupart des experts comptables français font une analyse économique de l'entreprise qui est complètement dépassée. Ce qui fait la force d'une entreprise est immatériel : ce sont les capacités de recherche, d'innovation, de mobilité commerciale ; c'est un savoir faire dont l'acquisition est longue qui permet de se développer sur les meilleurs créneaux. Le banquier américain l'a bien compris qui regarde les hommes et la rentabilité de leurs projets.

A l'inverse, en France, on s'empresse de rayer tout ce qui est investissement immatériel dans les actifs du bilan et on vous accuse d'avoir manipulé vos comptes. Tous ces éléments qui ne se voient pas ne sont pas dans la nomenclature des analystes français, donc pour eux ce sont des non-valeurs. Les juges, les experts, les banquiers ne sont sensibles qu'aux valeurs patrimoniales classiques qui n'ont plus aucun sens économique.
Le C.I.A.S.I a eu la même vision des choses et a refusé de me suivre."

"... Quand tout le monde pensait que la liquidation était la seule issue possible, j'ai repris les choses en main en restructurant l'affaire de fond en comble. Le contrôle permanent des syndics est une contrainte énorme mais aussi un atout car il permet de tout reprendre à zéro. Maintenant j'ai prouvé à tout le monde que j'avais raison, je vois le retour de mes investissements commerciaux à l'étranger et non affaire est redevenue rentable. Pour cela il a été indispensable de bien maîtriser l'aspect social : j'ai dû expliquer calmement les choses à des gens qui voyaient déjà l'apocalypse. Tout n'a pas été facile. L'administration ne veut pas confier des marchés publics à une entreprise en règlement judiciaire. Mes banquiers ont refusé de me faire de l'escompte car mon dossier est passé des engagements au contentieux et ce service ne pense qu'à "piquer" tout ce qu'il peut. Seule la banque C. a accepté de m'aider. Plus tard j'ai eu besoin d'une caution pour obtenir un chantier à l'exportation. La banque B ne me l'a accordée parceque j'ai fait jouer (2) sur son président (3)...".

A la lumière de ce témoignage et aussi de quelques autres exemples on peut faire quelques remarques assez générales.

... / ...

(1) Le rapport Sudreau évoquait en 1975 la possibilité de recourir à plusieurs clignotants systématiques pour alerter d'abord les actionnaires puis le tribunal de commerce.

(2) Le président du Conseil régional, un ancien ministre d'Etat de la V° République

(3) La banque B est une grande banque nationale et la banque C est une banque mutualiste régionale.

Le Chef d'entreprise intègre peu la dimension juridique à son action et ceci provient essentiellement de sa fonction dans le contexte français.

Il est bien plus souvent sorti du rang ou ancien ingénieur ou ancien commerçant voire ex-haut fonctionnaire qu'issu d'une filière strictement juridique. La situation est différente à ce titre en R.F.A. ou aux U.S.A. Une enquête récemment effectuée dans l'Ouest de la France a montré qu'il connaît mal les procédures judiciaires de commerce tant qu'il n'est pas partie dans l'une d'elles. Les références culturelles sont bien plus techniques et commerciales que juridiques. Ceci n'exclut pas que dans des entreprises de plus en plus nombreuses, on assiste à l'apparition de conseillers juridiques mais il s'agit alors d'une fonction secondaire que l'on crée simplement pour éviter d'être piégé ou pour utiliser à son plus grand avantage les dispositifs existants.

La problématique centrale de l'entrepreneur est en effet bien différente de celle des juristes : il est embarqué dans une aventure avant tout personnelle qu'il s'agit pour lui de mener au succès. Le plus petit patron est un Rockfeller en puissance qui construit pierre à pierre un empire à sa mesure. Ceci se traduit par une combativité certaine et l'emploi judicieux de tous les outils qui sont à sa disposition pour arriver à ses fins. Il fait aussi preuve d'un remarquable pragmatisme de sorte que les données juridiques sont pour lui des règles du jeu qu'il accepte en tant que telles. Il en tient compte dans l'état où elles sont et ne pense même pas à les contester car il sait bien que cette action serait sans effet. Puisqu'il est hors de son pouvoir de réformer le droit qui le concerne il n'y a qu'à l'accepter. Ainsi dans l'exemple de Monsieur X, il voit, après coup, les côtés positifs d'un dépôt de bilan qui lui permet de restructurer son affaire, de remonter autrement son méccano. En poussant ce raisonnement un peu plus loin nous savons que l'utilisation du dépôt de bilan comme acte de gestion n'est pas nouvelle. Sans trop s'attarder sur les escrocs qui pratiquent cette opération pour s'enrichir (on disait au début du siècle qu'il fallait le faire au moins trois fois) on peut examiner l'aspect le plus moderne de cette question. Les chefs d'entreprise constatent qu'il devient de plus en plus difficile de licencier une partie de leur personnel quant ils l'estiment nécessaire : l'inspecteur du travail s'y oppose très souvent. Ils peuvent alors organiser un dépôt de bilan car pendant un règlement judiciaire le syndic peut bien procéder à des licenciements sans l'autorisation de l'inspection du travail. Monsieur Y, chevalier d'industrie et "redresseur" de nombreuses affaires en difficulté, nous a indiqué qu'après avoir essayé tous les autres moyens, il avait parfois été contraint d'employer ce procédé pour restructurer une entreprise. De manière analogue, une entreprise nationale négociait récemment avec l'administrateur judiciaire d'une P.M.E. en règlement judiciaire pour que celui-ci procède au licenciement des 2/3 du personnel avant la reprise de l'établissement.

Cette utilisation des règles de droit pour parvenir à ses fins n'exclut pas l'existence d'une morale des affaires protectrice de la confiance et dont la nécessité est évidente pour le praticien. Aussi un patron de P.M.E. du Nord a effectué au mois de février 1982 une grève de la faim pour éviter que le tribunal de commerce ne choisisse parmi deux repreneurs celui qui maintenait l'emploi au détriment de celui qui dédommageait les créanciers. Ainsi également, Monsieur Y défendait la solution d'un concordat pour son entreprise d'imprimerie et d'édition alors que le tribunal et les pouvoirs publics prônaient une liquidation des biens qui aurait dépouillé les actionnaires.

... / ...

Dans son activité, le chef d'entreprise recontre principalement deux satisfactions qui justifient ses efforts : le pouvoir et l'aisance matérielle. Il sait bien que ceci excite l'envie voire la jalousie. Monsieur Y fait l'analyse suivante : "Pour le juge pénal nous sommes des profiteurs parasites. Son côté moralisateur le conduit à voir partout des abus et à traquer les dirigeants pour les prendre la main dans le sac...".

La contrepartie du profit est le risque que prend en permanence le chef d'entreprise dans la gestion et les décisions stratégiques. Ce risque menace l'homme dans la perennité de son oeure (l'entreprise qu'il modèle), dans ses biens propres et sa sécurité matérielle. Il est toutefois indispensable au développement de l'entreprise, il est le saut en avant qui évite de tomber en arrière. En conséquence il réclame le droit à l'erreur quand ce risque conduit à l'échec. Ainsi Monsieur X sait que les pertes de son entreprise viennent surtout du rachat récent de deux P.M.E. Ces opérations risquées se sont avérées des boulets car l'une des entreprise faisait des pertes cachées et l'autre avait un personnel très dur à manier. Il ne veut pas "jeter l'éponge" pour autant et malgré les pressions du tribunal de commerce, entreprend sans complexe le redressement de son groupe. L'industriel sait bien qu'il a du mal à faire comprendre cette dimension du risque au juge pénal. Ecoutons Monsieur Y : "j'ai été l'objet de poursuites pénales car on m'accusait de ne pas tenir compte du passif social que représenteraient les licenciements en cas d'échec. En réalité à 60 000 F. par licenciement aucune entreprise française n'a suffisamment d'actifs pour éponger tout son passif social... Pour le magistrat, le patron ne doit prendre aucun risque et par conséquent, n'a pas droit à l'erreur ...".

Si l'on rajoute à ceci le caractère infâmant des procédures judiciaires de commerce (du moins dans l'opinion publique) on conçoit que le chef d'entreprise déploie l'énergie du désespoir pour éviter le dépôt de bilan. Le passage au Tribunal de Commerce, au Ciasi ou au Codefi est encore un aveu trop public d'échec personnel. En conséquence quand les difficultés de trésorerie deviennent critiques le dirigeant utilise tous les moyens à sa portée pour prolonger sa survie. Il cherche des arrangements avec ses plus gros créanciers : le juge pourra lui reprocher ce traitement privilégié de certains créanciers mais il le fait presque de bonne fois puisqu'il s'agit de sauver une entreprise qui lui a coûté tant d'efforts. Aussi Mme R. déclarait candidement en correctionnelle : "Je n'ai pas déposé plus tôt mon bilan car j'ai désintéressé mon plus gros créancier en lui cédant un marché juteux". Il va également utiliser ses amis et ses relations politiques pour faire pression sur un banquier ou sur un CODEFI. Si cela ne suffit pas il trouvera de l'argent en acceptant de payer un taux supérieur à celui du marché. Dans le même temps des trous apparaîtront dans sa comptabilité car il veut dissimuler toutes ces opérations.

Tout ceci explique en partie certains résultats de l'enquête déjà citée. D'après elle les chefs d'entreprise souhaitent être aidés afin de déceler au plus tôt les difficultés. Ils veulent être informés régulièrement de leur situation par un expert comptable dont la fonction serait revue et être les seuls à pouvoir tirer la sonnette d'alarme. Les dispositifs publics d'aide (essentiellement le CODEFI) sont inadaptés parce qu'ils recourrent à des critères financiers (notamment les ratios) et patrimoniaux sans examiner le potentiel industriel de l'affaire. En outre, ces dispositifs sont traumatisants et totalement désincarnés (les fonctionnaires qui instruisent les dossiers ne se déplacent jamais dans l'entreprise et le comité de décision n'entend pas toujours le chef d'entreprise).

... / ...

Pour la prévention et le traitement des difficultés, il semble que la discipline interne du milieu des industriels puisse jouer un rôle non négligeable. L'action jouée par les unions patronales du département va dans ce sens et peut amener un dirigeant qui s'entête dans une mauvaise voie à plus de réalisme. Le chef d'entreprise peut aussi obtenir un conseil de ses pairs quand il se sent dépassé par les évènements.

I - 1-B - La position de la Confédération générale des petites et moyennes entreprises (CGPME)

La position de cette organisation professionnelle est un plaidoyer pour le réalisme : le droit doit être adapté aux réalités concrètes de l'industrie; il doit être assez souple pour ne pas gêner les évolutions de la société; il est secondaire par rapport aux qualités des hommes qui l'appliquent; il ne faut pas chercher à répondre à tous les problèmes par des textes juridiques, mais parfois agir par d'autres moyens.

Voyons sur quelques points exemplaires comment se traduit cette attitude générale :

- Cette organisation revendique vivement une reconnaissance de la spécificité des P M E et s'oppose en cela à la représentativité du C N P F. Outre le fait que le droit de l'entreprise est mal défini dans la loi française, les textes existant sont surtout adaptés aux grandes entreprises mais pas du tout aux P M E (situées entre l'artisanat et l'entreprise de plus de 1.000 personnes). Ainsi beaucoup ont pris la forme de société anonyme alors que la société anonyme à responsabilité limitée serait beaucoup plus adaptée si sa fiscalité était plus légère. Le nombre de salariés dits "protégés" (délégués du personnel, représentants au comité d'entreprise, etc...) est le même pour des établissements de 100 et 2.000 personnesde sorte que leur poids relatif est beaucoup plus fort pour la petite entreprise. C'est d'autant plus injustifié que l'origine sociale du patron de P M E favorise un dialogue rude mais permanent.

- En matière de textes sur la "faillite" la loi est peu de chose, l'important réside dans son application. En conséquence, la confédération ne s'attarde pas à critiquer la valeur des textes existants. Il faut conserver les tribunaux de commerce dans leur forme actuelle. Des magistrats professionnels (1) risquent de tomber dans un juridisme abstrait alors que le jugement par les pairs permet une bonne adéquation au problème posé. Ainsi les chefs d'entreprises se plient volontiers aux procédures judiciaires de commerce car il savent que les juges, par leur connaissance vécue de l'industrie, les jugeront en équité.

La CGMPE estime par contre qu'il faut réformer la profession de syndic et en augmenter le nombre. Leur mode de rémunération les pousse à faire disparaître les entreprises dont ils s'occupent.

- Selon la Confédération le droit doit laisser une place au désordre pour permettre aux pionniers de passer dans les mailles du filet. La société doit être libre d'évoluer et le droit est secondaire dans ce mouvement : il n'est que la représentation des forces existant à un moment donné

..../...

(1) Des projets de réforme actuels prévoient la nomination de magistrats professionnels à la présidence des chambres de tribunaux de commerce.

Ainsi certains chefs d'entreprise ont une incompétence juridique notoire, mais il ne faut pas pour autant instituer un diplôme obligatoire de manière à laisser tous les créateurs s'exprimer.

Par contre les dirigeants incompétents qui existent nécessairement dans un système libéral posent un problème plus aigu. Le tribunal de commerce devrait pouvoir écarter un dirigeant à condition de ne pas le dépouiller de son patrimoine.

- Comme beaucoup de praticiens de la vie économique, la Confédération pense que la législation sur les défaillances d'entreprise n'est qu'une réponse partielle au problème des difficultés. Il faut aussi agir en dehors des textes juridiques et une action sur le terrain de la prévention notamment est possible. Par exemple, le crédit interentreprise (qui représente en moyenne un délai de paiement d'au moins 90 jours alors qu'il n'est que de 45 j. en R.F.A. et 15 j. en Suisse) constitue en cas de dépôt de bilan un passif trop lourd pour être épongé. Pour la CGPME, cette incapacité déséquilibre les comptes des fournisseurs créanciers et on risque de créer des difficultés en chaîne. Par ailleurs, le crédit bancaire serait distribué sur des bases trop patrimoniales, n'attribuant pas assez de poids aux qualités humaines. Le droit du travail devrait donner plus de liberté de licenciement au patron. Actuellement, selon la Confédération, l'inspection du travail croit de son devoir de refuser les licenciements ou de les réduire et condamne par cette attitude l'ensemble des salariés. En réalité, il faudrait pouvoir parfois alléger les charges d'exploitation (avec évidemment des garde-fous pour éviter les abus) et il est absurde d'être, comme aujourd'hui, obligé de déposer son bilan pour diminuer son effectif.

I - 1 - C - <u>La position du C.N.P.F.</u>

La Confédération Nationale du Patronat Français a une opinion conforme au libéralisme classique. Elle est favorable aux dures lois du marché, partisane d'une gestion économique strictement orientée vers le profit, défend les droits et pouvoirs du patron et juge sévèrement les incompétents.

Voyons comment se traduit cette attitude sur quelques aspects particuliers :

- Les tribunaux de commerce sont appréciés pour leur indépendance et leur réalisme économique. Ils auraient toutefois tendance à être un peu laxistes à l'égard des chefs d'entreprises incompétents. Ceux-ci doivent être chassés après une enquête judiciaire, mais il faudrait trouver une formule pour ne pas les spolier de leur patrimoine (ceci peut actuellement se produire si le tribunal décide à l'égard d'un dirigeant de droit ou de fait d'étendre la procédure de liquidation à son patrimoine ou de l'obliger à combler lui-même une partie du passif). En outre, le tribunal devrait exiger systématiquement un plan de redressement de tout repreneur et exercer un contrôle judiciaire sur son exécution.

.../...

- La profession de syndic a été conçue au 19ème siècle pour en faire des liquidateurs, de sorte que, selon le CNPF, ils ne sont pas aptes à la tâche de prise en main des très nombreuses entreprises qu'on leur confie. Ne connaissant ni l'industrie, ni les hommes, ni la prise de risque, ils sont incapables de redresser les affaires et ne peuvent faire que du contrôle. Sauver une entreprise relève d'un autre métier et l'action des administrateurs judiciaires du ressort de Paris est déjà beaucoup plus satisfaisante à cet égard.

- Le bilan des lois sur la "faillite" est somme toute satisfaisant puisqu'elles permettent le renouvellement normal du tissu économique qui passe par la mort inévitable de certaines entreprises. Les procédures peuvent aussi faciliter des dégraissages : le CNPF estime qu'il est souvent devenu impossible de faire autrement. Les juges de commerce sont de plus en plus sensibles à la dimension sociale de leurs arrêts (surtout dans les grands tribunaux) mais il ne faudrait pas pour autant en venir à faire payer à l'entreprise ou à ses créanciers le prix de la protection des salariés. Celui-ci doit être supporté par la collectivité afin de conserver à l'entreprise son sens économique. Précisément pour des raisons sociales l'Etat intervient de plus en plus dans les problèmes d'entreprise en difficulté mais n'est curieusement jamais mis en cause : cela viendra, notamment si par le C I A S I il continue d'apporter des contraintes considérables à la vie des entreprises.

- Le Patronat est choqué par la virulence de l'action du juge pénal à l'égard des dirigeants. Celui-ci est naturellement répressif parce qu'il ne connaît pas l'entreprise et qu'il s'appuie sur des experts de qualité générale médiocre dont il ne peut contrôler les analyses à cause de son incompétence. La répression pénale est favorisée dans les lois récentes par l'existence de délits formels qui permettent d'inculper systématiquement. En conséquence, les chefs d'entreprises ont réellement peur d'être poursuivis et cherchent à se prémunir à cet égard. Cet état de fait a un effet dissuasif sur les candidats à la direction des entreprises.

Le droit pénal des affaires met à la disposition des juges une sérieuse panoplie répressive. Or ceux-ci sont dépendants du pouvoir politique, ne serait-ce que pour des raisons d'avancement, du moins c'est l'opinion du C.N.P.F. En conséquence, si le Prince décidait d'une action rigoureuse sur le monde des affaires, les patrons se sentiraient naturellement très menacés.

La Juridiction pénale

I - 2A Un chaînon important

Insister sur le rôle de la juridiction pénale en matière d'entreprises en difficulté peut paraître surprenant : l'essentiel du problème n'est-il pas financier, commercial, économique ? En fait, bien que située très en aval d'un certain nombre de filtres (tribunaux de commerce, administrations fiscales, commissaires aux comptes, avocats d'affaires, syndics ...), l'action pénale revêt une importance sans proportion avec le nombre d'affaires qu'elle traite.

En effet, elle dispose d'un appareil permanent et spécialisé (juges d'instruction, juges, substituts) ; elle s'inscrit dans le cadre d'institutions au prestige certain (Tribunal de Grande Instance, Cour d'Appel, Cour de Cassation) ; elle développe un discours très formalisé sur la gestion des entreprises et le système économique, discours qui a force de morale ; enfin, les conséquences de l'action pénale s'adressent directement aux personnes (amendes, emprisonnement), et peuvent revêtir un aspect dissuassif et exemplaire (parfois relayé par les média) dans la société.

De plus, le monde pénal semble manifester depuis quelques années un intérêt grandissant pour la délinquance d'affaires : parution de manuels spécialisés, développement de relais dans d'autres juridictions (ex : parquet présent dans les Tribunaux de Commerce), mise au point d'une politique criminelle plus exigeante en la matière (cf. note du Ministère de la Justice sur les obligations des commissaires aux comptes). Tout récemment, le Garde des Sceaux ordonnait sa politique criminelle autour de trois ans d'action, dont le dernier est : "Combattre plus efficacement la délinquance et financière"(1).

I - 2B Les infractions : histoire et panorama général

L'apparition d'un droit pénal autoritaire en matière économique et financière est bien postérieure à la constitution d'un droit commercial. Ce droit pénal apparaît d'ailleurs en période de crises économiques et à l'occasion de "scandales" financiers (1935 ; immédiat après-guerre). Il semble avoir été lent à prendre en compte de manière spécifique les infractions liées au développement de l'économie, des affaires, des échanges : le premier ouvrage spécialisé date de 1973, et c'est en 1975 seulement que le Code de Procédure Pénale s'enrichit d'un nouveau titre : "De la poursuite, de l'instruction et du jugement des infractions en matières économique et financière".

Rappelons que le droit pénal -en particulier des affaires- s'intéresse aux personnes. Pour ce qui nous concerne, les auteurs d'infractions seront des commerçants personnes physiques, ou des dirigeants, de fait ou de droit, de sociétés. L'ensemble des infractions possibles définit dont le champ des actions obligatoires ou interdites aux gestionnaires.

(1) circulaire du 21 octobre 1981.

... / ...

Reprenant les distinctions de M. DELMAS-MARTY (1) et ne conservant que les infractions économiques ou financières qui peuvent être pertinentes pour notre étude on peut les classer comme suit :

a) Infractions communes : relevant du droit commun, seul le cercle dans lequel elles sont commises (l'entreprise) pourra les faire devenir "délinquance d'affaires". Historiquement et logiquement, elles sont premières vis-à-vis de celles évoquées en b et c, qui en furent inspirées.

Cet ensemble regroupe : les atteintes à la propriété d'autrui (escroquerie, abus de confiance), celles à la foi publique (faux en écriture, délits d'ingérence, corruption, trafic d'influence), celles à l'ordre financier (législation sur les chèques, fraude fiscale ou douanière), celles à l'ordre économique (marché des changes, marché de l'argent, de la bourse).

b) Infractions particulières aux sociétés : en se limitant aux sociétés commerciales, on trouve dans cette section les délits relatifs à la gestion des sociétés (atteintes aux droits des porteurs de parts dans la gestion ; abus des biens, du crédit ou des pouvoirs des dirigeants sociaux, obstacle ou refus du contrôle de la gestion) ; ceux sur la comptabilité (établissement, forme, présentation et publication du bilan, répartition des dividendes, modification du capital social, participations croisées) ; ceux enfin sur la dissolution des sociétés (nomination et obligations du liquidateur).

c) Infractions particulières aux entreprises : elles ont trouvé à la protection de la concurrence (secrets de fabrique, marques et brevets, entrave à la liberté des enchères ; entente illicite, abus de position dominante, refus de contracter) pendant la vie de l'entreprise ; au moment, important pour nous, de son échec sont examinés les délits de banqueroute (simple ou frauduleuse) et délits assimilés.

L'importance, pour notre étude, de ces différentes infractions est inégale. Notamment, les délits de banqueroute (et délits assimilés) feront l'objet d'un examen plus poussé, eu égard à leur pertinence remarquable dans le contexte. Il n'est cependant pas inutile d'avoir passé en revue l'ensemble de ces infractions, et ce pour plusieurs raisons :

- se convaincre de leur grand nombre, et donc de l'inextricable maquis qu'elles constituent, au point que certains magistrats avancent "qu'un dirigeant est toujours en liberté provisoire" : tous les chefs d'entreprise sont en infraction, au moins formellement, et l'échec économique n'est que le révélateur principal des délits.

- en pratique, les poursuites pénales contre le dirigeant d'une entreprise en difficultés peuvent débuter par les délits de banqueroute, mais s'étendent évidemment à tout délit constaté.

- ce panorama va nous permettre de dégager les grands traits du discours pénal d'une part sur le système économique, d'autre part sur les gestionnaires.

.../...

(1) M. DELMAS-MARTY : "Droit Pénal des Affaires" (Puf - Thémis ; 1981)

I - 2C <u>Le discours pénal sur le système économique et la gestion</u> :

L'évolution historique est éclairante : le développement de l'"économique" a mis à jour une délinquance qui -si elle porte atteinte aux valeurs classiques de la morale- employe des méthodes spécifiques, que le pénaliste a voulu caractériser en infractions spécifiques elles aussi.

Mais, s'agissant d'action pénale donc d'oeuvre de moralisation, l'ensemble des infractions en matière économique et financière fait apparaître une véritable théorie du bon fonctionnement des affaires et du bon comportement des gestionnaires, théorie dont on peut extraire quelques éléments :

a) Du système économique idéal :

Les deux piliers du système économique pour les pénalistes sont la libre concurrence et la confiance

- la libre concurrence : facteur d'égalité des chances et de transparence, elle doit être favorisée. Ceci explique les lois sur la répression des ententes, des entraves aux enchères, etc... Il faut noter que ces textes ont été puis sous la pression des circonstances (ex : ordonnance du 30 juin 1945 sur les pratiques de prix illicites, les infractions relatives aux règles du ravitaillement, ou à la pratique du marché noir ...).

- la confiance : il s'agit d'assurer le respect d'un minimum de déontologie qui assure la confiance dans les relations commerciales. Si le monde des affaires est celui de la spéculation, le droit pénal doit "orienter l'activité du spéculateur" (1), qui, par son dynamisme même, risque de passer du licite à l'illicite. Les infractions à fondement très moral (escroquerie, abus de confiance) trouvent ici leur champ d'application.

En même temps, elles définissent, peut-être à contrario, l'image de l'homme d'affaires-type.

b) De l'homme d'affaires idéal :

Certes, "il ne s'agit pas de le (l'homme d'affaires) désigner comme pré-coupable" car "longtemps favorisé par la tolérance des lois il ne doit pas devenir le bouc-émissaire" (1).

Il n'empêche que ses fonctions, ses pouvoirs lui mettent entre les mains à la fois tentations et moyens d'y céder intelligemment. Le droit pénal, en dressant autour du dirigeant des obstacles juridiques (d'où le nom de délits-obstacles) à l'utilisation frauduleuse de ses pouvoirs, s'attachera à ce que le dirigeant ne "vive pas sur la bête", respecte la distinction personne morale- personne physique (d'où les délits d'abus ou détournements de biens sociaux), et à ce qu'il ne spolie pas ses partenaires (cf. délits formels touchant tout ce qui touche aux assemblées d'actionnaires...).

Mais, en même temps, le dirigeant peut être trop attaché à son entreprise, chercher -voire obtenir- les moyens de la faire souscrire coûte que coûte : c'est le délit de "moyens ruineux", et, au civil, cela sera la recherche en comblement de passif.

... / ...

(1) M. DELMAS-MARTY op cité p. 18

Enfin, il peut être incompétent ou négligent, toutes caractéristiques dont relèvent certains délits (cf non-déclaration à temps de la cessation des paiements).

Les délits assimilés à la banqueroute (1) simple fournissent une liste typique de cet argumentaire. La loi du 13 juillet 1967 punit de banqueroute simple tout dirigeant (de fait ou de droit) de société à but lucratif en cessation des paiements qui a de mauvaise foi,

"1) soit consommé des sommes élevées appartenant à la société en faisant des opérations de pur hasard ou des opérations fictives

2) soit, dans l'intention de retarder la constatation de la cessation des paiements de la société, fait des achats en vue d'une revente au-dessous du cours, ou, dans la même intention, employé des moyens ruineux pour se procurer des fonds.

3) soit, après cessation des paiements de la société, payé ou fait payer un créancier au préjudice de la masse

4) soit fait contracter par la société, pour le compte d'autrui, sans qu'elle reçoive de valeurs en échange, des engagements jugés trop importants, eu égard à sa situation lorsqu'elle les a contractés

5) soit tenu ou fait tenir ou laissé tenir irrégulièrement la comptabilité de la société

6) soit omis de faire au greffe du tribunal compétent, dans le délai de quinze jours, la déclaration de l'état de cessation des paiements de la société."

Bref, qu'est-ce qu'un bon dirigeant ? C'est un homme omnipotent et omniscient, donc responsable de tout ce qui se passe dans son entreprise. Il est attentif à tenir (lui-même éventuellement, cf. point 5) une comptabilité à tout instant exacte, à ne pas être trop ambitieux pour son entreprise ni à l'entraîner dans des spéculations hasardeuses (points 1 et 4), et à la moindre alerte il se précipite -sans tergiverser- au Tribunal de Commerce (points 2 et 6).

Par ailleurs, il tient scrupuleusement les Assemblées Générales, prend garde d'envoyer informations et compte-rendus à temps. En cas de difficultés, il s'empressera de mettre ses biens à la disposition de la justice (art. 132 de la même loi), et devra, "pour dégager (sa) responsabilité... faire preuve qu'(il a) apporté à la gestion des affaires sociales toute l'activité et la diligence nécessaires" (art. 99 de la loi du 13/07/67).

N'oublions pas, évidemment, qu'en régime normal il évitera les ententes qui permettraient à son entreprise d'acquérir une position dominante dont elle serait tentée d'abuser.

... / ...

(1) Dont les sanctions sont regroupées dans le Code Pénal dans la section couvrant "Banqueroutes, escroqueries et autres espèces de fraude".

I - 2 - D Enjeux et logique de l'action pénale :

Les textes répressifs évoqués plus haut n'incitent pas ceux qui les appliquent à une trop grande sympathie pour les chefs d'entreprise, catégorie "longtemps favorisée par la tolérance des lois" (1). D'autre part, les cas rencontrés au pénal sont souvent pathologiques. Textes et pratique amènent donc les pénalistes à avoir une vue très sévère du monde des affaires, qu'assombrissent encore peut-être les différences de formation, de milieu social, voire de rémunération, entre magistrats et hommes d'affaires (2).

Quant à l'accentuation des préoccupations d'ordre économique et financier chez les pénalistes, elle tient certainement à une prise de conscience, dans la société tout entière, de l'importance du fait économique, donc à une demande de normalisation du secteur des affaires. Elle se traduit par une pression sociale sur les juges, souvent taxés de tiédeur, d'inefficacité, voire d'indifférence envers ce type de délinquance. Pour qui est garant de la morale, de telles allégations sont évidemment insupportables, d'autant que, si les magistrats ne sont pas d'accord avec les causes suggérées, ils reconnaissent volontiers la lenteur des procédures (une affaire de banqueroute durera 2 ans environ à l'instruction) -qui diminue forcément l'impact psychologique et l'exemplarité des peines prononcées- et l'importance des enjeux : pour eux, en 1975 (1), le coût de la délinquance d'inspiration économique était de 35 à 40 milliards de francs contre 4 à 5 milliards pour le coût général de prévention et de protection contre la délinquance ordinaire".

En rapprochant ce rapport de 1 à 10 des coûts et la faible proportion (7 %) de délinquance économique et financière dans la criminalité totale, en rappelant l'astuce des délinquants et la difficulté de décel des infractions, on peut se persuader de l'existence d'un "chiffre noir" (i e : délinquance non détectée) important, ce qui entraîne les pénalistes à demander :

- l'accélération des procédures, notamment par la dépénalisation de certains délits pour revenir à moins de qualifications. Ne seraient alors conservés que quelques délits de base (abus de biens sociaux, moyens ruineux, etc...). Mais des délits plus généraux seraient-ils plus faciles à caractériser objectivement ?

---

(1) M. Delmas-Marty, op cité p. 33

(2) cf. Le Monde du 28.01.82 : à l'occasion d'une affaire particulière, le Substitut affirme sa conviction que la pratique de prélèvements de fonds sur les recettes hebdomadaires est certainement propre à toutes les chaînes de distribution et que si les magistrats et la P.J., étaient dégagés de leurs tâches quotidiennes et "y mettaient leur nez, ils feraient de belles découvertes".

.../...

- la formation de spécialistes : malgré la création de juridictions spécialisées, auprès de chaque Cour d'Appel, les compétences sont encore peu nombreuses, au point que les assesseurs du T G I, à Paris même, ne sont pas spécialement formés à la délinquance économique et financière. Peut-être faut-il y voir la conséquence du système -informel certes- d'appréciation de l'activité des magistrats : le "quota" actuel de 370 affaires par an et par magistrat est d'autant plus facile à atteindre que les affaires sont rapides à traiter, ce qui ne rend pas les affaires économiques et financières très attirantes... Il faut cependant noter qu'une astucieuse politique de promotion (le nouveau procureur du Tribunal de Paris et son adjoint ont fait leur carrière dans ce domaine) pourrait susciter des vocations.

- l'amélioration des procédures de détection des infractions : l'intérêt pour les entreprises en difficulté, donc pour le Tribunal de Commerce, prend sa source dans les trois idées suivantes :

  1) la défaillance d'une entreprise est souvent conséquence -et au moins circonstance favorable- de délits,

  2) le passage au Tribunal de Commerce est un moment pratique -sinon unique- pour vérifier les actions du dirigeant,

  3) cette juridiction consulaire, comme toute juridiction d'exception, devrait être sous contrôle effectif de magistrats professionnels.

Ceci se traduit par l'importance -déjà donnée par la Chancellerie et renforcée récemment- de la présence du Parquet au Tribunal de Commerce. Certains magistrats vont plus loin, en recommandant l'échevinage, c'est à dire la présence d'un juge professionnel au milieu des juges consulaires. Cette idée, reprise par certaines organisations professionnelles de magistrats, aurait comme conséquence directe de créer de nombreux postes de magistrats

I - 2 - E : <u>Pratique quotidienne et poids de l'urgence</u>

En attendant le renforcement des effectifs et l'augmentation des moyens, les pénalistes doivent faire face à une charge de travail importante : à Paris, un juge d'instruction en matière économique et financière mène 80 à 100 dossiers de front, et en instruit 50 par an environ ; un président de Chambre du Tribunal Correctionnel jugera 300 affaires environ dans l'année, il assure 3 audiences, d'une demi-journée chacune, par semaine, étudie souvent la veille au soir les dossiers à juger le lendemain, passe 2 à 3 jours à rédiger les jugements ; c'est dire que le week-end est largement envahi par ses activités professionnelles.

.../...

Ce poids de l'urgence, ces dossiers à traiter rapidement contraignent les magistrats à synthétiser leurs approches et leurs analyses ; ils développent et utilisent des schéma-types d'étude de dossier (qui peuvent comporter plusieurs milliers de pièces : procès-verbaux, pièces comptables, rapports d'experts ...), voire élaborent des analyses catégorielles des délinquants d'affaires. Ainsi dans un cours fait à l'Ecole Nationale de la Magistrature en 1978 distingue-t-on l'escroc, l'aventurier et le naïf :

- le naïf est un prête-nom, ou un naïf noble (ancien préfet, général en retraite...) qui est exploité par un personnage des deux autres catégories.

- l'aventurier est un délinquant moyen, ayant une certaine folie des grandeurs, à la situation familiale fragile, et s'adonnant occasionnellement à la boisson. Il a généralement une formation primaire et tire tous ses moyens d'existence de son activité frauduleuse,

- l'escroc est un délinquant supérieur, intelligent et habile, stable dans sa vie familiale, et a habituellement la passion du jeu. Il est généralement de formation secondaire et peut avoir plusieurs sources de revenus.

Le schéma va même jusqu'à préciser qu'escrocs et aventuriers supérieurs sont du type "frêle à prédominance nerveuse", alors qu'inférieurs ils sont du type "rond à prédominance viscérale".

Ces schématisations, imposées par la pratique, sont évidemment réductrices de la réalité. Cette réduction se renforce par le recours, important, à l'expertise comptable : une expertise dure couramment 1 à 2 ans, représente plusieurs centaines de pages de rapport ; elle a toutes chances de devenir la pièce maîtresse du dossier, et sa durée interdit certainement la remise en cause trop fréquente ou trop répétitive de ses conclusions.

Extérieurs au monde des affaires -et c'est à leurs yeux une garantie d'impartialité- les magistrats du pénal ont une vue pathologique de la vie économique. Le système actuellement en place ne les satisfait donc pas, car ils le soupçonnent d'être inefficace à détecter les délinquants et de ne pas offrir, au Tribunal de Commerce, les garanties d'impartialité que tout système judiciaire doit assurer.

Leurs propositions vont donc dans le sens d'un plus grand contrôle judiciaire professionnel sur l'activité économique.

I - 3

La juridiction commerciale

I - 3 - A Les institutions : un outil hérité d'un passé lointain

Les tribunaux de Commerce sont pratiquement le fruit d'un droit coutumier : aucun texte constitutionnel ne les définit et seul l'article 631 du Code du Commerce le fait indirectement en citant leurs compétences. Déjà dans l'empire romain, puis en France au Moyen âge il existait une institution consulaire distincte de l'ordre judiciaire connaissant soit des causes commerciales (la "fonde" arbitre les différends nés des transactions) soit les causes maritimes (la "chaîne" existe dans les grands ports de mer).

On fait remonter les tribunaux dans leur forme actuelle aux édits de Michel de l'Hôpital pris vers 1565 et créant notamment le tribunal de Paris. Par un édit du Roi, Colbert, en 1673, définit clairement leur compétence afin d'éviter les frictions qui se produisaient avec l'ordre judiciaire. La Révolution Française conserve l'institution, lui donne son nom actuel, mais lui retire le rôle de représentation des intérêts du Commerce qui échoit aux Chambres de Commerce.

Actuellement, les tribunaux de Commerce proprement dits jugent en première instance et les voies de recours possibles sont celles de toute juridiction civile c'est à dire intégrées à l'ordre judiciaire professionnel. Ainsi l'appel se fait à la chambre commerciale de la Cour d'Appel et le pourvoi en cassation à la chambre commerciale de la juridiction suprême. En 1981 le taux d'appel a été de 6 % sur l'ensemble du territoire, ce qui est faible par rapport aux autres juridictions ; de 9 % à Paris compte tenu de la plus grande complexité des affaires. Sur ces appels environ 60 % sont totalement confirmés et 20 % totalement infirmés.

Il existe 227 tribunaux de Commerce en France auxquels s'ajoutent 32 tribunaux de grande instance là où il n'y a pas de juridiction consulaire. La carte des tribunaux est donc très dispersée et son grand âge explique une distorsion notable avec la géographie économique : il y a 7 tribunaux dans le département du Calvados. En conséquence, certains ressorts ont une activité très faible (32 affaires nouvelles à Saint-Affrique en 82 contre 42 000 à Paris) et sont placés dans une communauté locale très étroite, de sorte qu'un trafic d'influence entre notables est à craindre. Ainsi le Président du tribunal de Commerce de Rennes indique que "dans les petits tribunaux, il suffit d'être du pays pour gagner son procès". Les tribunaux comprennent 5 ou 6 juges pour les plus petits, quelques dizaines pour une grande ville et 125 à Paris.

.../...

Les juges sont des cadres supérieurs, dirigeants sociaux ou chefs d'entreprises personnelles élus par leurs pairs au suffrage indirect. Environ deux tiers d'entre eux sont issus d'entreprises de moins de 50 salariés. Dans les grands tribunaux, certaines sociétés importantes (banques , assurances...) délèguent systématiquement un de leurs cadres à cause de l'enjeu (1) et de la source d'information économique que constitue le tribunal de Commerce . Les juges sont bénévoles et ne bénéficient d'aucuns crédits publics leur permettant d'entretenir une logistique permanente (secrétariat...). Dans la pratique chacun d'eux ne passe au tribunal qu'un jour par semaine, consacré à l'audience de la chambre à laquelle il appartient. Ces juges sont élus pour 2 ans renouvelables (au maximum, 6 ans comme suppléants et 6 comme titulaires) avec un prolongement possible de 3 ans renouvelables (au maximum 9 ans) pour les présidents de juridiction.

Tout ce qui vient d'être décrit n'est pas valable en Alsace et en Moselle où les occupations allemandes ont jadis imposé un système différent, analogue à ce qui existe en R F A. Dans ces zones, les chambres sont toutes présidées par des magistrats professionnels et les juges consulaires ne sont qu'assesseurs ou "échevins". Les juges de commerce du reste de la France estiment que cette situation, dans laquelle les juges élus n'ont aucun rôle effectif, les conduit à la démotivation, au désengagement.

Les tribunaux de commerce bénéficient de l'aide d'auxiliaires de justice : syndics et administrateurs judiciaires. Les juges consulaires sont probablement les seuls à prendre la défense des syndics : pour eux, ceux-ci exercent une tâche difficile dont ils s'acquittent bien. Ils ont le mauvais rôle du fossoyeur car ils prennent en charge l'entreprise quand elle est déja moribonde.

De par ses compétences, le tribunal de Commerce connaît du contentieux né des contrats et transactions commerciales, du contentieux entre associés dans une société, des rapports entre débiteurs et créanciers quand une entreprise est en difficulté et des sanctions civiles applicable dans le même cas. Ainsi lui échappent les problèmes d'entente et de propriété industrielle (traités par les TGI) et les problèmes de conflits du travail (traités par les Conseils de Prud'hommes). C'est un point à remarquer pour la question des entreprises en difficulté : alors que bien souvent, tous les problèmes sont étroitement liés, ils sont de la compétence de juridictions distinctes. Par exemple l'article L 122-12 du code du Travail pose en principe le maintien du contrat de travail en cas de modification de la situation juridique de l'employeur. Cette règle peut créer des litiges cruciaux dans le cas de la reprise d'une affaire et ceux-ci sont tranchés par les Prud'hommes alors que sur le plan patrimonial la reprise est du ressort du tribunal de Commerce. Comme on le développera plus loin (II, 1) cette situation peut compliquer notablement les opérations de reprise.

.../...

(1) Il s'agit en particulier du pouvoir d'action sur la restructuration de l'industrie.

I - 3 - B Un fait récent : le rôle accru du Parquet

Ce n'est que depuis la loi du 10 juillet 1970 que le Procureur de la République peut exercer le ministère public au Tribunal de Commerce comme devant toutes les juridictions du premier degré de son ressort. Auparavant la juridiction consulaire avait toujours ignoré le Prince. Cette possibilité ouverte a surtout été mise en oeuvre à titre de test à Paris, où un substitut est détaché à plein temps auprès du tribunal de commerce. Plus récemment, plusieurs grandes villes de province ont suivi cet exemple. En outre, la loi du 15 octobre 1981 est venu renforcer considérablement les pouvoirs d'action du parquet et d'information préalable à cette action lors des procédures collectives. Le parquet devient ainsi partie principale, prenant des conclusions avant l'arrêté des jugements et bénéficiant des voies de recours après les jugements.

Le ministère public apporte alors une certaine caution juridique ainsi qu'un élément supplémentaire d'autorité au tribunal consulaire. Il lui permet de bénéficier des moyens d'investigation et des informations sur les procès pénaux dont dispose le parquet. Inversement il vient capter les délits susceptibles de faire l'objet de poursuites pénales. Il juge alors (comme toujours) de l'opportunité des poursuites et doit notamment éviter de compromettre le redressement d'une entreprise en sanctionnant son dirigeant à un moment inopportun. Grâce à sa présence dans le prétoire commercial, le Procureur saisissant mieux les conséquences d'une action publique, est plus apte à porter l'appréciation d'opportunité. Dans la pratique, une règle s'est instituée, pour ne poursuivre que dans les cas où l'excédent du passif sur l'actif dépasse un certain montant. A l'inverse, l'intervention publique peut être assez brutale quand il apparaît qu'il y a une nécessité publique à poursuivre les dirigeants afin de maîtriser un dossier ou d'assainir une affaire (cas du dernier procès envers les frères Willot). Par ailleurs le ministère public se veut le truchement de tous les intervenants administratifs et leur coordonnateur : ceci est un souhait profond des tribunaux de commerce qui souhaitent voir légalisées des interventions publiques nombreuses et parfois pesantes.

Par la loi du 15 octobre 1981 -et son décret d'application du 9 avril 1982- (voir en annexe) le Procureur de la République peut, saisir le tribunal pour ouvrir une procédure de collective (1), demander la nomination d'un administrateur provisoire pour remplacer les dirigeants (2), demander le remplacement de l'administrateur provisoire, ou d'un syndic ou d'un curateur (3),

.../...

(1) Suspension provisoire des poursuites, apurement collectif du passif, règlement judiciaire ou liquidation des biens.

(2) lorsque "leur comportement le rend nécessaire" (sic).

(3) en cas de suspension provisoire des poursuites.

subordonner l'homologation d'un concordat (4) au remplacement des dirigeants (5). Dans tous les cas cités le tribunal peut prendre la même décision d'office, de sorte que la loi du 15.10.81 renforce du même coup les pouvoirs des juges consulaires.

Par ailleurs, les possibilités d'appel et de recours en cassation du parquet sont largement étendues. Il peut notamment faire appel d'une décision de nomination ou de remplacement d'un syndic ou d'un jugement de cession à forfait des actifs. Si l'on considère l'importance des auxiliaires de justice dans la procédure et les possibilités de redressement par reprise ouvertes par une cession à forfait, on conçoit la portée de ces mesures, d'autant plus grande que le ministère public est la seule partie au procès à pouvoir en faire usage.

Dans la réalité des faits, le Procureur ne délègue un substitut au tribunal de Commerce que dans un très petit nombre de tribunaux à cause notamment du faible effectif de magistrats formés à cette matière. Le critère de jugement des parquets peut également jouer un rôle négatif en la matière : un "bon" parquet traite beaucoup de dossiers et par conséquent les affaires économiques, à cause de leur complexité, ne constituent pas l'urgence. En outre, la brièveté des délais de recours obligerait le parquet à un travail considérable de suivi au jour le jour s'il désirait en profiter pleinement.

En somme, tout va dans le sens d'une intervention du Procureur au coup par coup suivant les impératifs des acteurs de l'Administration plutôt que d'une activité systématique du parquet pour profiter pleinement et avec vigilance de ses droits.

Toutefois, cette activité d'interprète judiciaire des intervenants publics n'est vraiment pas aisée à inscrire dans les habitudes : les magistrats du ministère public, jaloux de leur indépendance, rejettent tout ce qui peut ressembler à des pressions et les services concernés de l'administration ne sont guère habitués à utiliser le canal du Procureur qu'ils jugent trop rigide. Les pouvoirs publics redoutent également que, dans les matières délicates, les juges consulaires ne se "défaussent" sur les magistrats professionnels (du ministère public).

Par contre, la loi du 15 octobre 1981 a eu un impact considérable auprès des justiciables qui sont nombreux à demander au parquet de faire appel dans les matières où il est seul à y être autorisé par la loi (nomination ou remplacement d'un auxiliaire de justice, vente des actifs à forfait).

.../...

---

(4) ou du plan d'apurement collectif du passif faisant suite à une suspension provisoire des poursuites.

(5) Dans ce cas il peut aussi demander la cession des droits de vote, attachés aux parts sociales, à un mandataire de justice.

I - 3 - C Le rôle de la juridiction vu à travers les textes qu'elle applique

Vis à vis des entreprises en difficulté, les tribunaux de commerce sont chargés d'appliquer deux textes -l'ordonnance du 23 septembre 1967 et la loi du 13 juillet 1967- suivant la gravité du dossier (importance de l'entreprise et degré d'avancement du mal). Le lecteur trouvera en annexe les détails techniques que nécessiterait un approfondissement de ces procédures. Nous en présentons maintenant les grandes lignes en analysant quelle application en est faite par les tribunaux.

L'ordonnance du 23 septembre 1967 crée une procédure en deux phases successives : la suspension provisoire des poursuites ou S P P (pour 3 mois au plus,prolongeables à 4) et l'apurement collectif du passif (en 3 ans au plus). Elle s'applique à des entreprises en situation difficile mais non irrémédiablement compromise : cette condition suppose qu'il n'y ait pas cessation des paiements et s'apprécie à la possibilité de rembourser le passif en 3 ans. Ces deux aspects, assez subjectifs et difficiles à estimer, sont laissés à l'entière appréciation du juge. En outre, l'entreprise doit avoir une importance telle que sa disparition soit de nature à "causer un trouble grave à l'économie nationale ou régionale". Cette disposition, bien que vague, rend la procédure exceptionnelle par rapport aux autres procédures commerciales qui ne supposent aucune caractéristique de taille à l'entreprise concernée.

Le principe de la procédure est de bloquer les revendications individuelles de tous les créanciers,sauf les salaires,pendant la procédure de S P P. Cette pause permet au débiteur (1) de préparer un plan de redressement économique de l'entreprise, de demander des délais ou des remises aux créanciers et de préparer un plan de redressement du passif (2).

La procédure est tout à fait remarquable à cause des caractéristiques suivantes :

- les délais prévus par la loi sont brefs, la mise en oeuvre est légère, la dénomination n'a aucune connotation péjorative : tout concourt à une bonne acceptation par le monde des affaires.

- en cas d'issue défavorable de la procédure (situation jugée définitivement compromise au départ, non présentation ou non exécution d'un plan sur 3 ans) le tribunal met l'entreprise en règlement judiciaire ou liquidation des biens. Cette menace de conversion peut retenir certains chefs d'entreprises qui ont l'espoir de "se sauver tous seuls" de demander la S P P. L'effet pervers pourrait être augmenté si, comme le demandent certains pénalistes de la Cour de Cassation, on instituait un délit pour les dirigeants ayant abusivement demandé le bénéfice de la S P P.

---

(1) Le débiteur est assisté d'un "curateur" qui est un auxiliaire de justice. Eventuellement ce dernier prépare seul le redressement si le débiteur est défaillant.

(2) s'étalant sur une durée inférieure à 3 ans.

.../...

- les créanciers chirographaires (1) sont particulièrement bien traités par cette procédure qui prévoit le remboursement intégral de leurs créances en nominal avec un étalement sur 3 ans. Les remises de dette sont purement volontaires suivant leur consentement (2).

- inversement, le tribunal a un pouvoir souverain de juger au fond de l'échéancier d'acquittement des dettes. Autrement dit, le débiteur propose, le tribunal dispose et les créanciers s'inclinent. Cette modalité donne un grand pouvoir de décision aux juges consulaires par comparaison avec un concordat que les créanciers votent et que le tribunal ne peut qu'homologuer ou rejeter.

- pendant la S P P le débiteur est assisté d'un curateur et pendant le plan d'acquittement, la mise en oeuvre de ce dernier est contrôlée par un commissaire à l'exécution du plan. Le fait qu'il existe une instance chargée de surveiller le redressement économique de l'entreprise est original par rapport aux autres procédures et jugé très utile par le milieu des affaires.

Dans la pratique (3) il y a quelques dizaines de requêtes par an pour ouvrir une S P P (84 en 78, 50 en 79). Environ un quart des requêtes sont rejetées et trois quarts conduisent effectivement à une S P P. Pour appréciser l'importance économique de l'entreprise, les juges considèrent surtout l'effectif employé et ils apprécient le trouble causé par la disparition de l'entreprise sous l'angle du problème de l'emploi. Ce trouble est presque toujours estimé de nature régionale. Pour montrer le caractère surmontable des difficultés, les tribunaux s'appuient surtout sur l'absence d'arriérés fiscaux, de poursuite des créanciers ou de salaires impayés. Ces éléments sont à la fois des promesses de consensus économique et le signe qu'il n'y a pas eu cessation physique des paiements. A l'inverse, les juges rejettent les requêtes principalement quand il y a cessation des paiements.

Le tribunal a toute liberté pour nommer le curateur. Dans la majorité des cas (80 % selon l'enquête du CREDA) il s'agit d'un administrateur judiciaire, juge consulaire ou syndic et la mission qui lui est le plus souvent assignée est proche de celle du syndic dans les autres procédures (assistance et contrôle ou administration provisoire dans 60 % des cas). Pour le plan de redressement, une augmentation des fonds propres ou une restructuration apparaissent chacun dans environ la moitié des cas. Par contre, les licenciements (4) n'apparaissent

---

(1) c'est à dire ceux dont la dette n'est assortie d'aucune sûreté réelle telle que hypothèque immobilière, nantissement mobilier ou caution de personne.

(2) on verra que les concordats qui suivent un règlement judiciaire sont beaucoup moins favorables.

(3) pour plus de détail sur ce paragraphe on consultera utilement : "L'application du droit de la faillite - Eléments pour un bilan" publié par le centre de recherches sur le droit des affaires de la C C I de Paris aux Librairies Techniques (1er trimestre 1982, CREDA).

(4) dans cette procédure les licenciements ressortissent de la procédure normale de licenciement économique avec autorisation de l'inspection du travail.

que dans un cinquième des dossiers, les aides de l'Etat dans un dixième. Le plan est homologué par le tribunal dans environ 70 % des cas et rejeté une fois sur 10. Pour homologuer le plan, les juges sont surtout sensibles à la présence de concours financiers privés.

Un reliquat important d'entreprises (15 à 20 %) ne déposent pas de plan dans les délais et ceci traduit une inadaptation de la procédure à leur égard . Il faut ajouter que environ la moitié des affaires bénéficiant d'une suspension provisoire des poursuites tombent tôt ou tard en règlement judiciaire ou en liquidation des biens et l'autre moitié exécute son plan d'apurement (1). Ces éléments font dire à nombre d'observateurs que la pratique de la S P P est très éloignée des textes, que les entreprises admises sont le plus souvent déjà en cessation des paiements.

La loi du 13 juillet 1967 et son décret d'application du 22 décembre 1967 ont créé deux procédures -le règlement judiciaire et la liquidation des biens- pour les commerçants personnes morales ou physiques (2)qui tombent en cessation des paiements. Cette notion revêt donc une importance considérable mais elle ne donne lieu à aucune définition législative et sa qualification est laissée à l'appréciation du juge. La jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de Cassation indique toutefois que, pour qu'il y ait cessation des paiements, il faut :

- qu'il y ait arrêt matériel des paiements (Cass. Com. 13 décembre 1951 et 16 juin 1965). Cependant, cette condition tombe si il y a utilisation de moyens illicites ou frauduleux pour maintenir les paiements (Cass. Com. 3 nov 1937).

  Cette première condition n'est pas suffisante :

- que l'actif disponible soit insuffisant par rapport au passif exigible (Cass. Com. 17 avril 1967). Ceci évite notamment de confondre litige et insolvabilité réelle. Toutefois, le critère est difficile à apprécier même pour le juge consulaire qui est un praticien de l'entreprise.

---

(1) Parmi celles-ci il s'en est trouvé qui sont en cours d'apurement du passif et qui présentent encore un risque de conversion en procédure de "faillite".

(2) Egalement pour toute personne morale de droit privé non commerçante telle que les associations. On note donc qu'à la différence de la S P P ces procédures s'adressent à toutes les entreprises quelles que soient leur taille et leur forme juridique. Le Tribunal de Commerce les applique aussi bien à un commerçant de détail qu'à une société anonyme employant plusieurs milliers de personnes.

.../...

- que la situation soit irrémédiablement compromise (Cass. Com. 15 mars 1971).. Ceci protège la victime de difficultés passagères, mais est également d'une estimation très subjective : certains juges regardent par exemple le niveau du fonds de roulement.

Le concept de cessation des paiements pose des problèmes aigus d'interprétation dont les fluctuations suivantes sont un signe :

- l'autorité de la chose jugée est mise à mal quand le juge fixe une date de cessation des paiements antérieure à un jugement de S P P (1)

- au pénal, la banqueroute s'appuie sur une définition de la cessation qui peut diverger de celle du tribunal de commerce (par exemple les stocks sont ici intégrés à l'actif disponible). La même affaire peut donc être appréciée différemment d'une juridiction à l'autre !

A partir du moment où la cessation des paiements est constatée par la justice, les créanciers perdent tout droit de poursuite individuelle et sont constitués en une masse douée de la personnalité morale.

Dans l'exposé des motifs de la loi, on trouve deux grands principes directeurs :

a) il faut séparer l'homme de l'entreprise et pour ce faire, disposer à l'égard des dirigeants de sanctions qui ne compromettent pas l'avenir de l'entreprise. Il existe alors des sanctions civiles prononcées par le Tribunal de Commerce et des sanctions pénales du ressort de la correctionnelle (2). Il est frappant de constater que les éléments entraînant des sanctions civiles sont le plus souvent les mêmes que les éléments constitutifs des délits pénaux, de sorte qu'il y a une certaine redondance dans les punitions dont peuvent faire l'objet les dirigeants. Cette proximité dans le fondement des sanctions (qui augmentent la gravité des punitions civiles),ainsi que la rigueur même des sanctions civiles rendent le droit français très sévère (3).

Le simple fait d'être l'objet d'une procédure selon la loi de 67 entraîne systématiquement pour le dirigeant l'incapacité d'exercer toute fonction élective (par exemple dans une Chambre de Commerce et d'Industrie). En

---

(1) Ceci s'est produit après la conversion de la S P P en règlement judiciaire. On sait que l'ouverture d'une procédure de S P P exige littéralement qu'il n'y ait pas de cessation des paiements !

(2) Les caractéristiques des secondes sont exposées au I 2.

(3) Il l'est certainement bien plus que le droit anglo-saxon de la faillite par exemple.

.../...

cas d'insuffisance d'actif (1) le tribunal peut imputer une partie du passif à certains dirigeants (2) (3). Pour dégager leur responsabilité ceux-ci doivent faire la preuve qu"ils ont apporté à la gestion des affaires sociales toute l'activité et la diligence nécessaires". Cette formulation plutôt rigoureuse correspond à une inspiration exceptionnelle en droit français : ici le prévenu est présumé coupable ! Un dirigeant social peut voir ses biens propres liquidés au profit de la masse, notamment s'il a agi dans son intérêt personnel ou abusé des biens sociaux (4) . Les sanctions civiles (5) proprement dittes sont l'interdiction d'administrer ou de gérer et diverses déchéances telles que l'incapacité électorale, la radiation de la Légion d'Honneur, etc ... Au total, le Tribunal de Commerce dispose d'un pouvoir sanctionnateur très fort (6) qui va dans la droite ligne de l'histoire de la faillite et explique pourquoi ces procédures restent considérées comme infâmantes par les chefs d'entreprise (7). En outre, les pouvoirs récents du parquet exposés au paragraphe I 3 B, lui donnent le cas échéant, la possibilité d'aviver la sévérité des juges consulaires.

b) il faut sauver les entreprises viables. A cet effet, après avoir décidé au fond qu'il y a cessation des paiements, le juge apprécie si l'entreprise pourra se redresser tout en désintéressant convenablement ses créanciers. Si c'est le cas il ouvre une procédure de règlement judiciaire dont l'issue naturelle est un concordat. Dans cette hypothèse, dans la période nécessaire à la préparation du concordat, le tribunal autorise le plus souvent une poursuite de l'activité économique sous contrôle de justice. Le débiteur ou les dirigeants sociaux peuvent alors être autorisés à collaborer à la gestion (8) : c'est très généralement le cas car on ne peut se passer de leur compétence. Le concordat est la situation où,grâce à une rentabilité suffisante, l'entreprise débitrice peut rembourser ses dettes moyennant un échelonnement et des remises. Une proposition de concordat établie par le débiteur et les auxiliaires de justice est présentée au vote des créanciers. Si ceux-ci l'acceptent en majorité (9), un jugement du Tribunal de Commerce l'homologue ou le rejette : le tribunal vérifie que les dirigeants sanctionnés des personnes morales ont été écartées et apprécie s'il s'agit d'un "concordat sérieux" (10). Dans cette expression

.../...

---

(1) Il s'agit ici du fameux article 99.

(2) Cette notion est à prendre au sens large de sorte que le tribunal peut rechercher des dirigeants de fait même occultes.

(3) Dans ce cadre, le tribunal peut enjoindre aux dirigeants détenteurs d'actions de les céder.

(4) Article 101 de la loi

(5) Titre II de la loi de 67

(6) Suivant les cas les sanctions sont obligatoires ou facultatives.

(7) Voir le § I 1 A

(8) Et ce, indépendamment de la présence ou non d'un administrateur judiciaire.

(9) La majorité qualifiée est la majorité des voix représentant au moins deux tiers du volume des créances.

(10) Article 72 de la loi.

sérieux est synonyme de fiable, en référence aux capacités de l'entreprise à tenir ses engagements à l'égard des créanciers. Chaque tribunal a sa "jurisprudence" en ce qui concerne les conditions les plus défavorables qu'il admet pour les créanciers. Cette limite a une importance pratique considérable : en deça les créanciers voteraient un concordat contraire à l'optimisation de leurs intérêts, au delà le tribunal peut rejeter un concordat trop lourd pour être honoré et préférer la liquidation des biens. La difficulté vient de ce que la qualité de sérieux d'un concordat est difficile à estimer et à l'évidence, subjective. Précisons enfin que, pendant l'exécution d'un concordat, l'entreprise est dirigée par le chef d'entreprise seul (1), et qu'après l'exécution l'entreprise retrouve une situation juridique banalisée (2)

Si le juge estime -après constatation de la cessation des paiements- que les conditions économiques d'un concordat ne sont pas remplies, il ouvre une procédure de liquidation des biens. Il le fait également si aucun concordat n'est homologué, ou si des engagements concordataires ne sont pas tenus. Les actifs de l'entreprise sont alors vendus, soit aux enchères, soit à forfait (3) et les créanciers sont désintéressés dans l'ordre correspondant à leurs privilèges. Les privilèges sont très nombreux (4) (plus de cent soixante dix) et s'enchevêtrent de manière fort complexe de sorte que la tâche de la justice est ici très délicate.

Il est bon de noter que, dans la pratique, 80 à 90 % des procédures sont ou deviennent des liquidations des biens (5) (6). Les créanciers chirographaires ne reçoivent rien des sommes alors dégagées dans plus de 90 % des cas. Quand il y a un concordat le délai moyen d'exécution traditionnellement de l'ordre de sept ans tend à s'allonger (jusqu'à 10 - 12 ans), mais les remises de dettes restent peu nombreuses (un cinquième des entreprises) et de portée limitée (moins de 20 % du passif dans deux tiers des cas). Le concordat, qui ne représente déjà que 5 % des procédures, ne peut être exécuté dans au moins un tiers des cas.

Il ressort de cette analyse du rôle du tribunal de commerce, vu à travers les textes qu'il applique, que :

- son pouvoir sanctionnateur a une connotation, une gravité quasi-pénales.

---

(1) Il existe un contrôle de justice relativement ténu par un commissaire au concordat.

(2) Elle est dite "in bonis".

(3) Cette seconde formule a une importance économique considérable car c'est la plus favorable à une reprise de l'activité par un partenaire extérieur.

(4) Les privilèges sont de différente nature : super-privilège des salariés, privilège général notamment du Trésor, privilège spécial sur la garantie offerte par un bien.

(5) Pour plus de précision sur les indications données dans le §, voir "l'application du droit de la faillite" op. cité.

(6) Il faut noter que liquidation des biens signifie disparition juridique mais non nécessairement disparition économique.

.../...

- il est amené à juger au fond sur des questions qui tiennent de l'analyse ou la prévision économique (caractère surmontable des difficultés et valeur du plan d'apurement en S P P, existence de la cessation des paiements, possibilité de présenter un concordat sérieux et fiabilité d'un concordat en règlement judiciaire). L'importance de ce rôle est renforcée par l'absence de voies de recours à certaines décisions importantes telles que l'autorisation ou le refus de poursuivre l'exploitation en règlement judiciaire.

- le fondement de l'intervention du tribunal consulaire est le contentieux commercial entre le débiteur et les créanciers. Il s'agit de régler juridiquement le différend civil né du non-respect d'un contrat entre des parties. Or, au delà de cet aspect originel, les arrêts rendus influencent, voire contraignent l'activité économique des entreprises. Pour prendre deux exemples parmi tant d'autres, le fait d'autoriser ou non l'exploitation directe du fonds de commerce en règlement judiciaire, influe sur la préservation de la position commerciale. Par ailleurs, le niveau auquel doit se placer un concordat pour satisfaire les créanciers peut représenter pour l'entreprise des engagements incompatibles avec sa rentabilité. Aussi le risque est soit d'imposer un concordat qui ne pourra être tenu, soit de convertir hâtivement la procédure en liquidation des biens.

- toutes les procédures sophistiquées qui permettent de sauver l'entreprise dans sa forme juridique existante (S P P, règlement judiciaire, concordat) ont une utilité faible puisque, à terme, elles deviennent presque toutes des liquidations des biens.

.../...

I - 3 - D La prévention, la détection, le traitement

Les juges consulaires déplorent que les affaires leur arrivent dans un état de dégradation avancée mais la menace de sanctions et le risque d'aboutir à une liquidation des biens sont peut-être une explication à l'attitude dilatoire des chefs d'entreprise.

On pourrait cependant penser que l'appartenance des juges au milieu des affaires les aide à détecter les entreprises en difficulté. En réalité, cette possibilité n'existe que pour les très grosses affaires sur lesquelles un tribunal de commerce n'a que peu d'influence ou dans les petits ressorts à activité économique limitée. Il y a d'ailleurs des dépôts de bilan d'entreprises importantes qui surprennent réellement tout le milieu des affaires : telle entreprise de 1 000 personnes dans un secteur assez concentré, la plus grosse du chef lieu de département, déposait l'an dernier son bilan après avoir totalement apuré son passif (1), procédé à des investissements et alors qu'elle négociait le rachat de plusieurs concurrents.

La détection n'existe réellement que lorsqu'il y a arrêt physique ou retard des paiements : les créanciers inscrivent alors leurs privilèges ou déposent des protêts (2) au greffe du tribunal de commerce. Ce dernier peut faire procéder à une enquête préalable sur la situation du débiteur (3). Le président du tribunal peut aussi convoquer les dirigeants dans son cabinet et envisager avec eux la situation de manière informelle.

Prodiguant des conseils de redressement ou tentant de mettre en place un moratoire amiable avec les créanciers, il ne dispose pour réussir que de son pouvoir de conviction et de son autorité morale. Si ceux-ci ne suffisent pas,il ne lui reste plus qu'à ouvrir une procédure judiciaire soit en attendant qu'il y ait cessation des paiements soit en incitant les gros créanciers à assigner le débiteur en paiement afin qu'il dépose son bilan.

Quant une procédure est engagée, quels sont les moyens de traitement dont dispose le tribunal ? Ces moyens sont fortement diminués par les contraintes matérielles qui pèsent sur le fonctionnement de la juridiction commerciale :

- les juges consulaires sont bénévoles donc ils doivent exercer un métier par ailleurs : leur disponibilité est fatalement limitée. Leur origine professionnelle n'est souvent pas l'atout que certains mettent en avant : ce sont certes des praticiens des affaires mais ils proviennent surtout d'entreprises très modestes et connaissent principalement leur propre secteur. Autrement dit, souvent, leur compétence industrielle est modeste et ils ne sont pas les pairs des chefs d'entreprise qui passent devant eux.

.../...

(1) à la suite d'une SPP due à des pertes exceptionnelles.

(2) c'est à dire protestent du non paiement de leur créance.

(3) celle-ci est confiée le plus souvent à un juge ou à un syndic.

- les moyens d'appréciation sont limités et indirects : comptabilité, point de vue de certains créanciers.
- les juges sont tributaires d'auxiliaires de justice dont la compétence est juridique ou comptable mais rarement industrielle. Ainsi la seule volonté d'entreprendre des dirigeants peut être amenée à servir lieu d'expertise.
- les procédures sont très longues : le délai moyen d'homologation d'un concordat est de deux ans et demi. Ceci provient des difficultés que rencontre le syndic pour vérifier les créances ou de la durée des expertises. Ces dernières peuvent en outre prêter à des polémiques par exemple pour l'évaluation des stocks. Pendant ces longs délais,la situation de l'entreprise est incertaine, son crédit est médiocre : sa situation ne peut que se dégrader.

En conclusion, les moyens dont disposent les juges consulaires pour la prévention et le traitement des affaires en difficulté sont relativement modestes. Ils sont probablement adaptés à la masse des dossiers, constituée de très petites entreprises individuelles, mais il y a lieu de se poser des questions en ce qui concerne les dossiers d'entreprises importantes, proportionnellement peu nombreux mais socialement et industriellement cruciaux.

I - 3 - E Dans quel esprit l'action des juges se situe-t-elle ?

Les juges consulaires appartiennent avant tout au milieu des affaires et se comportent, mutatis mutandis, comme un "conseil de l'ordre" chargé de faire respecter certaines règles de fonctionnement de la vie économique.

A l'égard des chefs d'entreprise qui comparaissent devant eux ils font preuve d'une certaine bonhomie, de la compréhension de celui qui revit intérieurement les difficultés du justiciable. Ceci se manifeste par un comportement affable et par la simplicité directe qui existe dans l'intimité d'une chambre du conseil (1).

Toutefois cette attitude est loin d'exclure la sévérité à l'égard des dirigeants d'entreprise : le juge consulaire se veut pleinement un magistrat et les attributs matériels de la justice ont pour lui une importance significative. En outre, l'ordre interne à un groupe n'est-il pas plus strict que l'ordre général ? Le tribunal est en quelque sorte une chambre de discipline à l'égard de ceux qui ont connu l'échec : elle neutralise les incompétents et punit les "déviants" (2). L'objectif est ici de moraliser le monde des affaires en procédant aux purges qui s'imposent. Il est alors normal de sanctionner les personnes dans leur patrimoine car cette méthode marque la dimension de la responsabilité personnelle et sensibilise les candidats à l'échec.

.../...

(1) Dans les actes de procédure où le tribunal doit entendre le débiteur il le fait à huis clos dans la formation de chambre du conseil comprenant un président de chambre, et quatre assesseurs juges commissaires.

(2) Appelés escrocs par le juge pénal.

Moraliser le monde des affaires est nécessaire pour maintenir la confiance indispensable aux relations commerciales. La défense des droits des créanciers dont les juges de Commerce se font assurément les chantres, va bien évidemment dans le même sens. On s'explique bien dans ces conditions que les juges déplorent la spoliation des créanciers chirographaires quand les créanciers publics privilégiés pompent tout l'actif réalisé. Dans la même logique, les dépôts de bilan en cascade qui peuvent résulter d'une telle ignorance des chirographaires, sont également dénoncés. Parce qu'ils doivent entretenir la confiance et le crédit les tribunaux de commerce s'alarment parce que la pratique actuelle du droit est défavorable aux créanciers.

Le monde des affaires vit avec une référence culturelle permanente : la rigueur économique (1). Aussi les magistrats chargés d'arbitrer au sein de ce milieu s'insurgent-ils quand ils sont l'objet de pressions politiques ou administratives. Ces pressions visent à les faire trancher dans un sens plus social qu'économique ou suivant des critères économiques différents des leurs.

I - 3 - F Quelle réponse aux problèmes de ce temps ?

On verra plus loin (II 4) que de nombreuses voix demandent que le pouvoir dans les tribunaux de Commerce soit confié à des magistrats professionnels. Les magistrats consulaires s'y opposent à cause de l'enjeu que représente le maintien de l'ordre dans la corporation des affaires tel qu'il a été exposé en E. Dans cette activité, les juges consulaires estiment que leur compétence est indispensable et que seul leur expérience permet de juger en équité, de tenir une balance juste entre le social et l'économique. Aussi veulent-ils fermement conserver l'institution en l'état tout en étant prêt à certaines concessions : disparition des plus petits tribunaux, amélioration de la formation des juges. Les tribunaux de Commerce cherchent aussi à améliorer leur image dans le public en améliorant leurs relations extérieures. D'où une information rapide des décisions prises et un souci de concertation entre chefs d'entreprises, salariés, créanciers ... .

Pourtant, les juges sentent bien que leur rôle est à la fois crucial et difficile à remplir : les décisions du tribunal de commerce sont les seules sanctions, les seuls butoirs dans l'évolution des difficultés d'une entreprise. Ils sont bien conscients d'appliquer des textes qui visent surtout à défendre les créanciers et punir les dirigeants alors que la pression de l'opinion publique pèse dans un sens bien différent : la défense de l'emploi.

En outre, ils disposent, on l'a vu, de peu de moyens d'investigation et d'action pour favoriser le montage de solutions industrielles, sociales et financières aux problèmes qui leur sont posés. Dans cette optique ils ne font guère de propositions et suggèrent simplement d'élargir le recrutement des syndics et de donner au parquet les moyens de jouer pleinement son rôle. Ce manque d'imagination traduit peut-être un certain désarroi qui est actuellement occulté par la querelle concernant l'échevinage (2) des tribunaux de commerce.

(1) Ce vocable recouvre toutefois des interprétations variées.

(2) Voir § I 3 A

Les Auxiliaires de justice

I - 4 - A Les Syndics

Le rôle des syndics est défini par la loi du 13 juillet 1967. Lors d'un règlement judiciaire ils sont à la fois représentant de la masse (1) et co-débiteur : ils doivent veiller à la sauvegarde des intérêts des créanciers et pour ce faire assistent obligatoirement le débiteur dans la gestion de ce patrimoine. Cette dernière disposition est extrêmement contraignante car elle signifie que le syndic et le dirigeant ont une signature conjointe pour engager l'entreprise. Lors d'une liquidation des biens, les pouvoirs du syndic sont plus étendus : le débiteur est totalement désaisi de tous ses droits au profit du syndic.

Ces attributions font surtout du syndic le défendeur des intérêts immédiats des créanciers, le mandataire de la victime dans un litige patrimonial. Toutefois, au delà de la vision de l'homme en noir qui vient se saisir des biens et des droits du débiteur failli, il faut voir que le syndic devrait normalement être un véritable homme d'industrie. D'abord, parce que l'intérêt des créanciers chirographaires - qui ne tirent généralement rien d'une liquidation - est souvent la poursuite de l'activité de l'entreprise - Ensuite, parce que la loi de 1967 impose de maintenir en vie les entreprises viables. Enfin parce que la position de co-dirigeant amène le syndic à intervenir dans des relations sociales, commerciales, industrielles et financières.

Or dans la situation actuelle, le syndic n'est pas cet homme d'industrie qu'il devrait être et l'on peut expliquer ceci par le poids des éléments suivants :

- il a une formation de juriste de sorte qu'il ne connait que peu et théoriquement l'économie de l'entreprise. Il est titulaire d'un diplôme professionnel à base de droit et effectue un stage de plusieurs années (actuellement environ 8 ans à Paris, délai d'attente pour s'installer à son compte) dans l'étude d'un syndic établi.

- il peut exercer à partir du moment où il est inscrit sur une liste établie par la Cour d'Appel, sur proposition du Tribunal de Commerce dans le ressort duquel il veut s'installer (2). Ce mode d'habilitation permet aux syndics en place d'exercer leur influence sur le Tribunal de Commerce afin d'obtenir une limitation de leur nombre. Ce numerus clausus de fait correspond à un partage du marché attribuant à chacun d'eux un chiffre d'affaires suffisant : selon eux un volume minimum est nécessaire pour payer le fonctionnement d'une étude. Ainsi donc les syndics sont peu nombreux (19 à Paris, 4 à Nantes par exemple) et en conséquence chacun d'eux a en charge un très grand nombre d'affaires (3) : le dégré d'engagement et le temps consacré aux dossiers les plus difficiles sont donc faibles.

---

(1) Celle-ci comprend les créanciers dont les droits sont nés avant le jugement ouvrant la procédure et qui ne peuvent faire valoir de poursuites individuelles : chirographaires, titulaires d'un privilège général, titulaires de sûretés spéciales avérées insuffisantes.

(2) Voir décret du 20 mai 1955

(3) Ainsi à Paris chaque syndic traite en permanence un stock d'environ 300 dossiers.

- son mode de rémunération est fixé par décret[1] : il perçoit un pourcentage forfaitaire du passif vérifié, des dividendes concordataires et de l'actif réalisé. En cas d'exploitation du fonds de commerce, il lui est alloué un pourcentage des recettes annuelles si l'exploitation est directe et un pourcentage de la redevance de location gérance le cas échéant. Ainsi, quelles que soit l'issue réservée à l'entreprise, le syndic est convenablement rémunéré. Mais à supposer que les sommes versées aux créanciers soient les mêmes il a objectivement intérêt à la liquidation par rapport au concordat : sa rémunération varie en effet au moins de 4 à 1.

- il est personnellement responsable de l'aggravation du passif (2) et les créanciers peuvent l'attaquer dans ce sens. En conséquence, l'attitude du syndic par rapport au risque financier que représente tout acte d'entreprise est fondamentalement biaisée. Par exemple, en règlement judiciaire, le fait de poursuivre ou non l'activité économique est un pari sur l'avenir : il faut le plus souvant accepter que se constitue un passif de masse (3) transitoire qui pourra être épongé après restructuration et redressement. Dans une telle situation le syndic, enclin à la prudence, est tenté de préférer un arrêt de l'entreprise à une poursuite d'exploitation.

Voilà donc quelques raisons pour lesquelles les syndics sont handicapés dans la tâche qui est aujourd'hui la leur. En période de forte croissance ceci apparaissait peu car le tissu économique se régénérait très vite alors qu'en période de stagnation les intérêts à la survie des entreprises en difficulté sont extrêmement forts. On ne s'étonnera donc pas que les syndics soient presque unanimement décriés. Conscients de ces reproches leur discours met en valeur le rôle, selon eux irremplaçable , qu'ils jouent dans la société :

- ils sont le "roc" sur lequel prennent pied les nombreux chefs d'entreprise en perdition, ils accueillent les toutes petites entreprises en difficulté qui n'intéressent personne au sein des pouvoirs publics. Cette activité serait pourtant peu rémunératrice.....

- ils contribuent à l'élimination de la délinquance financière en alertant le parquet.

- ils jouent le rôle difficile de carrefour de nombreux intérêts contradictoires. Notamment, il sont l'indispensable exécuteur des basses oeuvres quand une entreprise doit disparaître.

- bien que représentant de la masse, ils s'affirment soucieux de tenir compte des intérêts des salariés.

---

(1) n°59-702 de Mai 1959 - Voir en annexe

(2) Cette responsabilité est en outre garantie par le fonds de cautionnement constitué par l'association nationale des syndics et administrateurs judiciaires et l'association est elle-même couverte par une assurance.

(3) Les engagements pris par l'entreprise au cours de la procédure sont des dettes de la masse, en tant que personne morale qui gère le patrimoine du débiteur - Les créanciers de la masse sont payés sur l'actif du débiteur et jouissent d'un privilège général (droit supérieur à celui de la masse)tant qu'il y a règlement judiciaire - Par contre, quand la masse est dissoute, s'ils n'ont pas été payés, ils deviennent créanciers ordinaires.

I - 4 - B) Les administrateurs judiciaires

Cette profession n'existe, à proprement parler, qu'à Paris où il y a quelques cabinets d'administrateurs judiciaires. En province, cette activité est confondue avec celle de syndic.

Le rôle d'un administrateur judiciaire est d'être le chef d'entreprise intérimaire dans les situations suivantes :

- en cas de mésentente entre les actionnaires. Cette occurrence représente une proportion minime de ses interventions.
- en cas de difficultés graves de l'entreprise, après démission du dirigeant, à la demande du conseil d'administration.
- en cas de procédure judiciaire au Tribunal de Commerce, ce dernier ou le parquet peuvent prescrire le remplacement du dirigeant.

L'intervention de l'administrateur consiste d'abord à arrêter la catastrophique spirale de déliquescence dans laquelle se trouve généralement engagée l'entreprise - Il est le "deus ex machina" venant calmer les esprits et retablir la confiance - Prenant les rênes, il fait un diagnostic et prend les mesures de redressement qui s'imposent. Au dire de nombreux observateurs, cette action est très efficace et s'appuie sur plusieurs atouts :

- les plus gros cabinets comprennent, sous la houlette de l'administrateur judiciaire en titre, une batterie de directeurs généraux potentiels bien formés
  En outre, l'expérience acquise par ces personnes à la tête de nombreuses entreprises depuis plusieurs années est considérable.
- sans responsabilité pénale et financière ils ont les coudées très franches
- ils utilisent au mieux les procédures judiciaires utilisées comme de simples passages obligés pour un plan d'ensemble dans le meilleur des cas. Sinon, ils profitent de l'allongement considérable (1) des délais de procédure pour monter des solutions.
- ils jouissent d'un crédit considérable auprès des partenaires indispensables à leur action avec lesquels ils travaillent la main dans la main : banques, CIASI, tribunaux de commerce.

Le tableau à dresser n'est cependant pas tout rose : la grande charge de travail et les problèmes matériels que posent une intervention en province amènent parfois un engagement limité dans l'affaire à traiter. En somme leur action est jugée très efficace quand ils croient suffisamment à un dossier pour s'y consacrer à fond.

---

(1) voir § I 2 C

I-4-C) Les experts

Les experts judiciaires auprès des tribunaux sont agréés par listes annuelles, soit par une Cour d'Appel et dans son ressort, soit par la Cour de Cassation et sur tout le territoire français. Il s'agit d'une activité exercée en plus d'une profession qui peut être celle d'expert-comptable, ingénieur, conseil juridique etc.... Le juge a, par ailleurs, le libre choix de tout expert, même en dehors de cette liste. En matière économique et financière, l'expert quasi systématiquement consulté est l'expert en comptabilité.

L'expert n'a de rôle que pendant l'instance - Au Tribunal de Commerce, l'expert peut avoir une mission de constatation de l'état économique de l'entreprise à la demande du commissaire au plan en S P P, du syndic en règlement judiciaire - Il peut aussi, à la demande du Tribunal de commerce qui veut engager des poursuites individuelles (1), analyser le comportement des dirigeants. En prévision de l'argumentation de ces derniers l'expert met alors en lumière des faits opposables à leur défense. L'expert judiciaire est peu sollicité pour proposer des solutions de redressement en vue d'un concordat car le syndic ou le dirigeant font plutôt appel à des "conseillers en gestion". Le Tribunal, quant à lui, se contente de trancher mais ne suscite aucune étude concernant l'avenir de l'entreprise.

Au pénal, l'expert est saisi pour aider le juge d'instruction - Son rapport sera également utilisé par le juge du siège et le parquet . Il aide la police judiciaire à sélectionner les pièces à saisir, retrace la vie de la société pendant les blancs de la comptabilité et recherche les faits susceptibles d'une qualification pénale.

Il est essentiel de noter que les expertises sont tributaires de certaines distorsions qui en entachent la valeur :

- pour les expertises faites à la demande des syndics en vue de faire un constat de situation économique, les experts judiciaires se méprennent très souvent sur leur mission et en font une véritable instruction pénale sur le comportement des personnes.

  Il s'agit d'un procédé à la limite de la légalité, notamment parce qu'il ne respecte pas les droits de la défense.

- pour les expertises faites au cours d'une instruction pénale, l'article 164 du code de procédure pénale indique que seul le juge peut entendre le prévenu assisté de son avocat. Le travail de l'expert est alors considérablement alourdi et rallongé. Toutefois, les inculpés renoncent parfois au bénéfice de cette disposition et dialoguent directement avec l'expert.

- devant la masse considérable de pièces que comporte un dossier l'expert ne peut envisager une exploitation exhaustive avec profit. Il doit donc travailler par sondage et le risque d'aléatoire, voire d'arbitraire de cette méthode n'est pas négligeable.

---

(1) Voir I 2 C

- l'expert judiciaire auquel on a recours est généralement un expert comptable : il travaille alors essentiellement sur la comptabilité. Son activité essentielle consiste à vérifier la véracité des écritures grâce aux pièces saisies utilisées comme des justificatifs. Il s'agit donc, en définitive, d'une étude assez sommaire et peu constructive.

Les défauts que nous venons de mentionner n'empêchent pas que l'expertise ait un poids prédominant dans la procédure. D'abord à cause de son coût tout à fait considérable, en particulier au Tribunal de Commerce : dans la récente affaire Boussac - Saint Frères, les premières subventions de l'Etat auraient juste permis de couvrir le prix des expertises. Le poids est également celui de la durée longue nécessaire à la mission des experts : au moins plusieurs mois de sorte que cela rallonge considérablement les procédures. La conséquence de ce fait est très grave : les expertises sont pratiquement irréversibles car il est inconcevable de les recommencer - On a ainsi vu un procès pénal ou l'expertise était partie sur une vision erronnée des choses et où ce biais même a complétement faussé l'orientation du procès et l'opinion des juges (1). Car précisément le poids des expertises est aussi celui du respect considérable porté par les juges, fatalement non spécialistes, à ces hommes de l'Art. Il existe même de nombreux juges pénaux en matière économique et financière (en Province et à Paris ce sont les jeunes assesseurs débutants) qui n'ont aucune compétence particulière sur la question et doivent se contenter de lire passivement la conclusion de l'expert sans pouvoir vérifier son travail.

---

(1) Dans cette affaire où une polémique a longtemps opposé les experts à l'industriel quant à l'évaluation d'actifs incorporels estimés à zéro par les premiers. Après de longs mois, les experts sont revenus sur leur position, mais l'affaire était trop engagée pour envisager de faire une seconde expertise. Dans ces conditions, l'opinion des juges a surtout été influencée par les conclusions de culpabilité de la première expertise.

I - 4 - D) Les commissaires aux comptes

Les commissaires aux comptes sont choisis par l'assemblée des actionnaires et rémunérés par l'entreprise. Leur mission consiste à vérifier que les actes de la société respectent l'égalité des associés, que la comptabilité est tenue suivant les normes en usage, qu'aucune infraction n'est commise et dans le cas contraire à les révéler au Procureur de la République.

Traditionnellement, l'activité de révélation des Commissaires aux comptes a toujours été faible et c'est pourquoi la Chancellerie a jugé utile en 1976 de renforcer les poursuites de Commissaires n'ayant pas joué ce rôle. Derrière ces directives, se trouve l'idée largement répandue que les Commissaires ne font pas de révélation parce que leur statut les rend dépendants de l'entreprise. Ils répondent à cela que l'indépendance est une affaire d'hommes ayant bien compris leur tâche et que même le fait qu'ils soient souvent choisis par relation ne les empêche pas d'être sévères quand il le faut. Autrement dit, selon eux, ils sont placés dans de bonnes conditions d'exercice de leur activité à supposer qu'ils considèrent dès le départ le chef d'entreprise avec une certaine distance. Ils sentent toutefois une grande responsabilité peser sur leurs épaules et la gravité d'une dénonciation est accrue par le risque d'erreur judiciaire. En conséquence, ils sont très soucieux de s'assurer que l'infraction est constituée avant de la divulguer : ils se posent en particulier le problème difficile de la présence de l'intention ou de son absence. A l'inverse, le parquet voudrait que la révélation soit beaucoup plus systématique, lui laissant à lui seul le soin de juger de l'opportunité des poursuites.

Outre le rôle légal des Commissaires aux comptes en matière pénale, de nombreux observateurs des problèmes d'entreprise en difficulté, à la suite du rapport Sudreau, évoquent l'action qu'ils pourraient avoir pour la détection et la prévention de ces difficultés. Les Commissaires sont ouvertement très réticents à cette possibilité : comme la plupart des acteurs ils ne veulent pas "a priori assumer la charge du sauvetage des entreprises" (1). Les raisons de ce refus sont multiples mais on retrouve trois arguments principaux :

- les difficultés des entreprises sont difficiles à prévoir, tous les cas étant d'espèce. De plus, leurs possibilités d'analyse sont très limitées.

- ils se défendent d'intervenir dans la gestion des entreprises.

- ils veulent rendre compte exclusivement à leurs mandants. Le fait pour un dirigeant d'avoir des difficultés dans son entreprise n'est pas une infraction donc il n'est pas question de faire rentrer la détection et la prévention de celles-ci dans leur cadre d'activité actuel.

---

(1) Claude Roire dans le Nouvel Economiste du 2.2.1976.

LES BANQUES

Les banques, dispensatrices de crédit, sont des partenaires particulièrement intéressés à la bonne santé des entreprises, leurs clients. Les banquiers sont souvent dans les premiers avertis des difficultés des entreprises. Ils sont dans la plupart des cas les créanciers les plus importants après les créanciers publics et prennent de nombreuses garanties. Ils sont des partenaires indispensables à l'élaboration de plans de redressement. Sensées être bien informées de la conduite des affaires, possédant le pouvoir de mettre les entreprises en difficulté et celui de les maintenir en vie, respectées et enviées pour la puissance financière qu'elles possèdent et qu'elles représentent, les banques ont été mises en cause pour avoir maintenu en survie artificielle des entreprises afin de récupérer leurs fonds ou pour avoir provoqué leur chute en coupant les crédits.

I - 5-A Logique de l'action bancaire.

Fin 1969, la société C. fondée en 1936, employant 1 700 personnes dont MM. et sa famille détenaient plus de 90 % du capital connaît quelques difficultés financières. C. utilisait depuis longtemps un découvert supérieur à 10 millions F. En février 1970, C. emprunte à la banque L. 5 millions sur 15 ans au taux de 10,5 % plus avantageux que le découvert. Puis en août 1970, à l'instigation des banques, B. est désigné comme directeur général adjoint, le passé de B. atteste de ses qualités et de sa compétence. Au début de 71, le comptable révèle à M. B. que M. M. a truqué la comptabilité, dissimulant des pertes depuis 1963, le total des pertes s'élevant à 37 millions. Peu à peu le découvert de la société monta jusqu'à 20 millions. Appuyé par les banques, à l'initiative de M. B., en janvier 71, la société se transforme en société à directoire, M. B. étant le président du directoire et M. M., éloigné de la gestion étant président du conseil de surveillance. Entre la société et les banques est signé une convention prévoyant le renforcement de l'actif de la société C. par absoption de sociétés immobilières satellites représentant tout le patrimoine immobilier des M.. En contrepartie les banques auraient transformé le découvert en prêt à long terme à 10,5 %. Les banques exécutèrent leur engagement mais le "clan M." bloqua toute l'année 71 les efforts de réorganisation. M. B. démissionne, un administrateur provisoire est nommé. Le 10 novembre 1971, les banques saisissent le Tribunal de Commerce d'une demande d'ouverture de suspension provisoire des poursuites. L'administrateur provisoire donne l'affaire en location-gérance. Le 10 décembre 71, les échéances ne peuvent être payées. Le tribunal rejette la demande le 17 janvier 71 et prononce le réglement judiciaire. La société C. ne peut pas proposer de concordat sérieux. M. M. refuse toujours d'apporter son patrimoine à la société. La procédure collective a été étendue à M. M. pour confusion du patrimoine de la société et du sien. La date de cessation des paiements fut fixé, au 17 juillet 70. Les banques ont été attaquées en responsabilité mais la Cour de Paris puis la Cour de Cassation ne l'ont pas retenu (arrêt Cours de Cassation 9 mai 78).(1).

... / ...

(1) M. Vasseur, la responsabilité civile du banquier dispensateur de crédit.

Cet exemple montre l'intérêt que les banques peuvent porter à la continuation de l'activité de leurs clients. Il révèle les pouvoirs de fait qu'elles ont sur les entreprises de part la puissance du crédit : elles ont pu obtenir le départ du dirigeant de droit. Elles sont devenuent dirigeant de fait. Durant toute la procédure, elles ont cherché à engager le patrimoine du dirigeant dans l'affaire, stigmatisant l'intérêt porté par les banques aux biens des personnes physiques : La vie de l'entreprise leur importe seule mais elles n'accordent de crédit qu'en contrepartie d'un engagement des biens personnels. N'ayant malheureusement pas pu sauver l'entreprise, elles ont été mises en cause pour l'avoir soutenu abusivement puisque la cessation des paiements était antérieure à la première intervention des banques. Nous aborderons successivement une description de la logique bancaire puis les rapports entre la justice et les banques souvent attaquées lors des procédures collectives.

Il n'est pas place ici pour une description complète de l'activité du crédit bancaire, mais nous en pointerons quelques aspects et nous montrerons quelle est la responsabilité civile du banquier, ce qui nous permettra de comparer les relations entre justice et banque et celles entre justice et industrie.

En simplifiant l'activité de fournisseur de crédit, le banquier collecte des fonds, prête de l'argent à une entreprise en contrepartie de quoi il recevra des intérêts et il récupérera sa mise de fond plus tard. Il doit avoir confiance pour prendre le risque de prêter de l'argent. Il est donc amené à porter un jugement sur l'entreprise. A l'instar des juges pénaux et commerciaux, mais avec plus de légitimité peut-être puisqu'il est dans son domaine de pertinance, il appréciera la situation de l'entreprise tout d'abord sur les éléments financiers, en étudiant les données comptables. Il prendra en compte ensuite les capacités des dirigeants suivant leurs réussites passées, leur expérience ou simplement la confiance qu'il inspire. Cette activité incombe le plus souvent aux agences dont un membre apprend à connaître le dirigeant. Le banquier n'envisage donc l'activité industrielle que partiellement, à travers le cadre comptable dans le maniement duquel il est passé maître et qu'il est peut-être seul à maîtriser totalement. A travers le peu d'information que lui donne la comptabilité qui retrace plus le passé qu'elle ne décrit les futurs possibles, il minimise son risque financier. Les banques prennent des risques certains puisque chacune des 3 plus grosses banques française a du provisionner 3 milliards de F. en 81 au titre des créances douteuses des entreprises en difficulté.

Le signal d'alarme des difficultés de l'entreprise est la trésorerie qui est suivie au jour le jour par l'agence au travers du compte de l'entreprise. Si l'examen de la situation laisse prévoir une longue période de mauvais chiffre d'affaire, le banquier conseille le chef d'entreprise, peut lui demander d'augmenter les capitaux permanents afin d'améliorer le fond de roulement ; s'il perd confiance dans son client, il cherchera à se retirer ou il demandera à l'industriel de se faire épauler par un nouvel actionnaire, par de nouveaux collaborateurs, de faire appel à la SDR ou à un institut de participation. Pratiquement, le banquier ne peut se retirer que si d'autres banques engagées en même temps peuvent le remplacer. Il cherche à se prémunir contre les actions pour rupture abusive de crédit mais aussi pour soutien artificiel. Les banquiers ne se sentent pas fait pour financer des pertes mais des investissements ou des cycles d'exploitation. Pratiquement, les banquiers ne déposent pas de protêt car la procédure de 67 empêche les poursuites individuelles. Ils préfèrent prendre le plus vite possible des garanties et assigner en paiement. Ainsi, la dette apparaît comme litigieuse et non comme insolvable. Le procès est alors du domaine du contentieux et non de la faillite. Lorsque l'entreprise est en réglement judiciaire ou en liquidation des biens, le banquier fait alors jouer les cautions. Le juge commercial lui donne en général satisfaction. Les banques recherchent comme garanties, des hypothèques sur les biens matériels de l'entreprise comme les immeubles, puis les hypothèques sur

... / ...

les biens immobiliers de tiers, plutôt que sur ceux des dirigeants. Dans cette situtation, les banquiers tournent l'esprit de la loi sur les Société Anonymes pour rechercher les biens personnels des dirigeants puis de tiers, assimilant presque l'homme et son entreprise. Ainsi, la banque devient la vause de ce que l'industriel se comporte comme un agriculteur du début du siècle engageant ses biens personnels, sa famille dans son activité. Inversement, au moment des difficultés, les banquiers tirent partie de la séparation entre l'homme et l'entreprise dans la procédure de 67 pour faire jouer la caution individuelle alors que toute poursuite sur l'entreprise est impossible du fait de la procédure collective.

Le banquier est donc un créancier particulièrement puissant et habile. Son intérêt est facile à cerner. Il est financier. Le banquier est d'ailleurs presque le seul agent économique à ne pas afficher de motivation sociale. Lorsque le CIASI ou un CODEFI le sollicite pour un montage financier, il ne peut bien souvent que suivre mais il n'y croit pas tant les critères de jugement du fonctionnaire prenant en compte des impératifs sociaux ou politiques lui semblent étanger et parce que la banque sera liée au projet bien que la part demandée aux banques soit minoritaire. Pour le banquier, les industriels touchés par les procédures collectives sont incapables de payer les intérêts ; les fonds sont aventurés. Le failli est considéré somme toute comme incompétent. Aussi l'échec économique marque la fin du crédit ; il est pratiquement antinomique du droit à l'erreur. Plus justement pour un banquier, un dirigeant de qualité est systématiquement accompagné du succès et l'échec n'est pas susceptible d'appel, l'industriel est devenu un mauvais risque.

Les banquiers sont donc très pragmatiques. Ils considèrent que les procédures collectives fonctionnent convenablement. Ils apprécient généralement les juges consulaires dont une mission est de défendre les créanciers donc eux-mêmes. De même, les banquiers sont satisfaits de l'action d'assainissement si ce n'est de moralisation du milieu des affaires qu'effectuent les juridictions pénales.

I - 5 - 8 Rapports justice-système bancaire :

On a vu que les méthodes des banques ont peu été remises en cause lors de jugements. En effet, si le droit des affaires comporte de larges possibilités de sanction à l'égard des chefs d'entreprises, il n'en est pas de même envers les banquiers. Ceci traduit plus une différence d'appéciation des activités financières et industrielles, un certain embarras chez les juges qu'une totale immunité des banques.

Lors des difficultés d'une entreprise, les banques peuvent être mises en cause par les autres créanciers de l'entreprise ou par le syndic "qui trouve dans les pouvoirs qui lui sont conférés par la loi qualité pour exercer une action en paiement de dommages et intérêts contre toute personne, fut-elle créancière dans la masse, coupable d'avoir contribué par des agissements fautifs à la diminution de l'actif ou à l'aggravation du passif" (Cour de Cassation, 7 janvier 1976). Les motifs retenus sont d'avoir mis fin brutalement à l'ouverture du crédit consenti sur la présomption d'évolution défavorable des affaires du client, ou bien d'avoir accordé des crédits à une entreprise d'ores et déjà en état de cessation des paiements dans l'espoir d'être remboursé des premiers crédits consentis. Lors de procédures, les banquiers ont pu être prévenus, pour s'être immiscés dans la gestion de l'entreprise jusqu'à devenir le véritable commanditaire de celle-ci, d'être devenu dirigeant de fait ou de droit.

Ces recours sont naturels et anciens (arrêt (rejet) 1.08.1876, Cour de Cassation) pour les syndics dont le but est de faire rentrer le plus d'argent possible dans l'intérêt des créanciers et... dans le leur. Cependant, les procès en responsabilité sur fondement de l'article 1382 C civ. sont rares bien que leur nombre soit en augmentation. Les décisions de jurisprudence ne rejetant pas les actions au fond sont rares (arrêt 7 janv. 76). Il semble d'ailleurs que l'application de l'article 1382 à la place de l'article 31 de la loi de 67 qui prévoit les sanctions pour les remises reçues en connaissance de la cessation des paiements du client aille contre l'esprit de la loi puisque le législateur a prévu les sanctions au cas de dommage considéré.

Ces procès en responsabilité sont au coeur de la recherche des raisons des difficultés des entreprises. Les causes de l'augmentation du passif sont multiples : mauvaise gestion, crédit interentreprise, mais aussi crédit bancaire. Le banquier, tout comme l'industriel failli mis en cause dans ses biens personnels, sert de bouc émissaire pour les difficultés des créanciers à se faire rembourser. En effet, d'autres créanciers que les banquiers connaissent bien souvent l'état des affaires, manquent parfois aussi de vigilance. Mais ceux-ci sont peu poursuivis (1).

---

(1) quelques arrêts, peu nombreux font état d'actions exercées contre des fournisseurs. Paris, 10 juin 1963, Aix 8 juillet 1971 ; Cour de cassation 26 novembre 1968.

Le préjudice souvent reproché aux banques par les autres créanciers est lié à un retard au dépôt de bilan, à la procédure collective et donc à la liquidation des biens en raison du soutien financier accordé. Ainsi le banquier aurait fait un crédit postérieur à la cessation des paiements, ce qui est donné comme non conforme à une bonne pratique du métier de banquier.

L'interprétation de la notion de cessation des paiements est susceptible du plus et du moins. Cependant la jurisprudence est qu'une entreprise est en cessation de paiements lorsqu'elle est dans une situation irrémédiablement et définitivement compromise, sans issue, étant dans l'impossiblité de faire face au passif exigible avec son actif disponible, et ne parvient à continuer ses paiements que par l'emploi de moyens frauduleux, ruineux ou factices. Mais ni l'insuffisance de fonds propres, ni la lourdeur des frais financiers, ni l'absence de fond de rouelement, ni l'importance des sécurités ne sont à elles-seules révélatrices de la cessation de paiements.

Les banquiers ont beau jeu de démontrer alors que crédit et cessation des paiements sont antinomiques. S'il existe un espoir de redressement, l'entreprise peut recevoir des crédits et n'est pas en situation de cessation des paiements caractérisée par une situation irrémédiablement compromise, l'insuffisance de trésorerie ne caractérisant pas à elle seule une situation sans issue. La responsabilité du banquier ne peut être engagée si la liquidation des biens a lieu puisqu'il n'y a pas cessation des paiements grâce au crédit obtenu. Si la banque accorde des crédits dans l'espoir d'être remboursée de crédits antérieurs, la sanction normale existe, le prononcé de l'inopposabilité facultative. La banque devra reverser les sommes perçues à la masse des créanciers et produira au passif à due concurrence.

Il n'existe pas pour les banquiers de situation financière compromise s'il y a crédit consenti et foi dans le redressement possible de l'entreprise. Les arrêts jugent pourtant que l'ouverture de crédit n'empêche pas nécessairement la cessation des paiements si l'amélioration n'est que passagère. Les banques peuvent être pusillanimes n'accordant pas des crédits suffisants pour le redressement ou peuvent manquer de vigilance. Au delà de ce qui serait un risque de sanctionner l'échec, la jurisprudence suit assez bien le raisonnement des banquiers (1)

Il y a cependant un décalage avec la constatation que la jurisprudence de fixation des dates de cessation des paiements n'est faite en rien de décisions ayant statué sur la responsabilité éventuelle du banquier. Il apparaît que les magistrats ne jugent qu'en fonction de la comptabilité de l'entreprise, négligeant l'importance du crédit dans l'industrie et ne

---

(1) ce principe a été méconnu par le premier arrêt rendu par la Cour de Paris, le 5 mars 1975 dans l'affaire Geep.

.../...

l'abordant qu'à travers les comptes. Le phénomène du crédit bancaire apparaît alors comme de moindre importance dans la vision du juge.

Il existe une autre ambiguité qui découle des délais nécessaires pour rendre les jugements. Bien que les banquiers se défendent de "tout savoir", d'avoir le don de double vue, de ne pouvoir suivre en détail l'évolution financière de chaque entreprise, les juges les considèrent comme les spécialistes de tous les problèmes financiers et supposent qu'ils connaissent la situation mieux que les autres fournisseurs. Aussi les juges commerciaux supposent -peut-être inconsciemment- que les évidences d'après le jugement déclaratif étaient sans doute des évidences 18 mois plus tôt pour le banquier. Il semble que la jurisprudence fasse une obligation pour les banquiers de surveiller l'utilisation des crédits consentis à d'autres fins que le fonctionnement des comptes -et de ne pas s'ingérer dans le fonctionnement de ces comptes-, bien que le banquier n'ait pas de devoir général d'information, de nécessité d'investigations chez ses clients (Cour de Cassation 9 mai 1978). Cet aspect passe au premier plan, effaçant l'importance de la part du métier de banquier qui est de prendre des risques, de perdre en s'étant trompé. L'erreur d'appréciation, flagrante après l'échec, ne devrait pas entraîner l'application des articles 1382 - 1383 du Code civil. Ici réapparaît la sanction de l'échec s'ajoutant à la sanction par l'échec que nous avions soulignée pour les industriels. Les tribunaux de commerce se trompant parfois eux aussi dans leurs plans, les juridictions ne devraient-elles pas développer des préjugés favorables plutôt que des suspicions ?

La Cour de Cassation et après elle les autres juridictions, apprécie en terme de faute la responsabilité du banquier. La théorie du risque n'y est pas en honneur : la faute est la condition première de la responsabilité. Il faut au surplus que la faute soit "certaine" pour engager la responsabilité ; et la qualification des faits retenus ou non est contrôlée par la Cour de Cassation qui est l'autorité de contrôle de tous les professionnels. Cependant, la Cour de Cassation marque un souci récent de prendre en compte les problèmes économiques et financiers de l'entreprise, ainsi dans l'arrêt du 9 mai 1978 (1) favorable au banquier.

Il est possible d'aller plus loin. Le banquier devant contrôler l'utilisation des fonds engagés, il existe une tendance jurisprudentielle en vue d'une reconnaissance de la responsabilité bancaire plus large, appuyée sur l'idée doctrinale suivant laquelle la banque est "l'instrument d'un service public de la distribution du crédit". Les banques se défendent de devoir s'immiscer dans les affaires de leurs clients, de devoir être les directeurs de conscience économique de leurs débiteurs. Elles estiment qu'on applique faussement aux rapports clients-banques des considérations se rapportant aux rapports banque-Etat sur la création de la monnaie et

---

(1) voir exemple préalable I - 1.

.../...

son contrôle par l'Etat. Les banquiers se veulent marchands d'argent comme d'autres de métal. Ils n'auraient donc qu'à respecter des obligations comme tout professionnel : ne pas prêter à des entreprises en situation compromise, ne pas se prêter à des procédés frauduleux.

Il n'empêche que les interventions des administrations ou les jugements tendent parfois à vouloir obliger les banquiers à financer l'économiquement ou le socialement souhaitable. Cela ne va-t-il pas de pair avec une perte de responsabilité du banquier ? Ainsi parallèlement à la remise en cause de l'entrepreneur, assiste-t-on à une plus timide remise en cause du banquier, parce que tous deux remplissent un rôle d'utilité publique envers la collectivité.

Si la banque doit garder son rôle de preneur de risque financier, il faut prendre garde à ne pas considérer les banquiers, parce qu'ils sont aujourd'hui toujours solvables, comme la sécurité sociale des créanciers des entreprises ayant sombré. L'opinion des banquiers est illustrée par Michel Vasseur : "Le sauvetage des entreprises en difficulté susceptibles d'être redressées suppose l'intervention active des banques tant que l'Etat -dont ce ne serait point au demeurant le rôle- n'aura pas accepté d'en assumer la charge intégrale, et à défaut, les banques demeurent "la chance" des entreprises en difficulté".(1)

---

(1) Michel Vasseur, la responsabilité civile du banquier dispensateur de crédit.

I - 6

Les syndicats

Les entreprises en difficulté, définies suivant la conception patrimoniale du mot entreprise, ne constituent pas une préoccupation pour les syndicats. Pour eux, ce qui constitue essentiellement l'entreprise, c'est l'organisation d'un travail collectif. Aussi, l'objectif des syndicats ne pourra pas être de sauver l'entreprise traditionnelle mais de sauver des emplois en préservant éventuellement une branche de l'industrie. Pour atteindre cette priorité qu'est le maintien des emplois, les syndicats utilisent leurs deux méthodes habituelles, la participation et la contestation.

I - 6 - A La participation syndicale

Le chapitre sur la juridiction commerciale a montré que la participation demandée aux salariés dans les procédures commerciales est faible. Ni le Comité d'Entreprise ni le syndicat n'est consulté par le Tribunal de Commerce. Le syndicat est habilité à saisir le Tribunal ainsi que l'a montré un arrêt de la Cour de Cassation sur Lip. Les syndicats n'utilisent cette possibilité que rarement car ils estiment que les préoccupations des travailleurs sont étrangères au droit commercial.

Les salariés ne coopèreront pas non plus avec le syndic. Les syndicats adressent aux syndics des critiques semblables à celles développées par les autres intervenants : d'être des agents d'exécution remplissant la fonction de liquidateur plus que celle de concepteur de solutions industrielles. Il leur est reproché, de plus, de ne pas toujours respecter l'obligation légale d'information de l'inspection du travail lors des licenciements (1).

Aussi,paradoxalement, la participation syndicale à la recherche de solution passe-t-elle par des voies illégales : occupation des locaux de travail, production en dehors de l'autorité patronale, ventes sauvages ... Les syndicats estiment ainsi participer au redressement de la mauvaise gestion des dirigeants ou au moins à maintenir le patrimoine de l'entreprise. Les juges des référés sont généralement compréhensifs dans ces cas d'illégalité. De plus la repression se révèlerait difficile car le capital de sympathie des salariés est souvent important dans la population locale. Ces actions sont souvent le seul moyen pour les salariés de faire entendre leur opinion et leurs propositions lors d'un projet de concordat ou de reprise à forfait des actifs productifs.

.../...

(1) Les syndics n'ont pas à demander d'autorisation à l'Inspection du Travail.

Les syndicats souhaitent que la participation des salariés devienne plus grande dans la prévention des difficultés. Ils demandent que le Comité d'Entreprise puissent disposer d'information sur la gestion de l'entreprise, que réellement le C.E. "associe les travailleurs à la gestion des entreprises"(1) Les syndicats demandent que le C.E. puisse déclencher des procédures d'alerte lorsqu'il aura décelé des difficultés grâce à des "clignotants" type SUDREAU : report renouvelé d'échéances, notification de protêts, non-paiement de cotisations sociales, diminution sensible du crédit consenti à l'entreprise, évolution anormale du volume des stocks. Les lois AUROUX vont dans ce sens.

Bien sûr ces propositions de participation ont un pendant de contestation du rôle des employeurs dans la procédure collective mais aussi de cette procédure même.

I - 6 - B La contestation syndicale

- Contestation durant la procédure

Les syndicats ne veulent pas s'engager dans une décision pouvant comporter des sacrifices sociaux, peut-être simplement dans toute décision de la vie de l'entreprise. Ainsi, la C G T ne montre pas un grand enthousiasme pour les SCOP (2). Au niveau de la négociation pour la reprise partielle de l'activité d'une entreprise en difficulté, les syndicats demandent que soit maintenu le plus d'emplois possible , mettent la barre dans la négociation le plus haut possible. Un responsable de la C G T nous a affirmé : "On n'est pas responsable, on ne prend pas de décision"; si la reprise échoue, ce n'est pas de leur responsabilité. Le réalisme de cette attitude est contestable. Ainsi, une entreprise de l'Ouest de la France employant 240 personnes déposa son bilan après des pertes supérieures à 10 MF par an. Deux actionnaires nouveaux voulaient racheter les actifs et obtinrent l'appui du CIASI. Mais, l'usine étant occupée, le syndicat refusa des clauses concernant essentiellement la perte de certains avantages acquis (3 % du salaire).

La menace syndicale d'appuyait sur l'emploi de l'article L 122-12 (3) du Code du Travail. Les actionnaires potentiels se retirèrent. La société est maintenant en Liquidation des Biens.

Pour les licenciements, la contestation des syndicats ne peut s'appuyer sur aucune disposition légale. Pour la défense des droits acquis, elle dispose de l'article L 122-12, loi qui prîme les contrats que pourrait conclure un repreneur avec les syndicats.

C'est une épée de Damoclès pour les repreneurs puisque chaque salarié peut demander l'application de cet article. C'est une arme à double tranchant puisqu'elle défend les droits des travailleurs mais éloigne les repreneurs possibles.

.../...

(1) Exposé des motifs de l'ordonnance du 22 février 1945

(2) Société Coopérative Ouvrière de Production

(3) voir Chapitre II - 1

- Contestation de la procédure

Les syndicats critiquent évidement les procédures judiciaires car ils ont peu de possibilité d'action . Ils souhaitent tout d'abord une modification de l'esprit du droit de la faillite. Il s'agirait de dissocier les droits des travailleurs et ceux des créanciers, de séparer les dettes attachées à la responsabilité des dirigeants de la survie de l'outil économique. Plus globalement les syndicats voudraient voir prévaloir dans le droit une logique de l'intérêt général pour laquelle le maintien d'emplois serait la priorité : serait alors déclarée viable toute "unité économique capable, soit immédiatement, soit à terme d'équilibrer ses comptes et de dégager des ressources lui permettant de s'adapter"(1).

La mise en place de cette logique passe par la réforme de certaines procédures. Ainsi le Tribunal de Commerce est l'objet de vives critiques de la part des syndicats. Pour la C G T, il n'offre pas de garanties réelles car le plus souvent, il entérine des choix économiques faits ailleurs par les patrons, les banquiers... Pour la C F D T, il est aux mains des professions. Or la responsabilité de la profession peut être engagée dans les difficultés d'une entreprise par les grandes orientations qu'elle donne et par le financement interentreprise qu'elle fournit. Ainsi, les juges consulaires sont juge et partie.

Cette contestation vise à remettre en cause un rapport de force. Au Tribunal de Commerce, le dirigeant est en position dominante par rapport aux salariés qui ne sont pas représentés.

Les syndicats souhaitent remplacer ce rapport de force qui leur est défavorable en instituant un état de droit : l'échevinage des tribunaux consulaires mettrait à égalité salariés et entrepreneurs si la procédure institue la consultation du Comité d'Entreprise par le juge commercial. Les syndicats pensent sans doute qu'il sera plus aisé de faire accepter leurs demandes par un magistrait professionnel : celui-ci serait pour les syndicats plus préoccupé de juridisme que d'évaluer le bien fondé d'un raisonnement industriel.

Les syndicats souhaitent quelques autres réformes notamment l'extension de la possibilité d'ordonner la Suspension Provisoire des Poursuites à tous les Tribunaux de Commerce. Les salariés devraient être systématiquement entendus durant les procédures. Les syndicats souhaitent que la procédure institue une période après le dépôt de bilan pendant laquelle l'activité se poursuivrait et qui permettrait la recherche de solution sans se précipiter. (Il s'agit en particulier d'assurer un financement transitoire à l'exploitation). Ils demandent aussi une modification de la législation sur les salaires pour que les salariés soient assurés de leur rémunération après le jugement déclaratif. La C G T souhaite que tout licenciement soit conditionné par un reclassement préalable.

.../...

(1) positions C F D T sur les réformes à apporter à la législation sur les faillites.

Les syndicats disposent de peu d'armes actuellement pour faire valoir les revendications ouvrières. Ils cherchent à préserver l'état de conflit fait de contestation et de participation à l'intérieur de l'entreprise. Ils y sont à l'aise. Par contre, ils veulent remplacer le rapport de force établi en leur défaveur par le Tribunal de Commerce par un état de droit qu'ils pourraient exploiter plus facilement.

I - 7

Acteurs administratifs et para-administratifs

Il est devenu un lieu commun de dire que l'Etat est multiforme et omniprésent. Force est de constater que, dans le domaine des entreprises en difficulté, son caractère est bien tel : administrations centrales ou déconcentrées,comités interministériels, comités départementaux, etc... peuvent jouer un rôle dans les procédures.

Ces interventions peuvent être globalement classées en deux grandes catégories :

- juridiques,
- économiques.

I - 7 - A Actions juridiques : le triptyque "prévention/détection/traitement"

Il s'agit d'une activité classique des administrations centrales (surtout Ministère de la Justice et Ministère du Travail):l'élaboration de réformes législatives. Depuis 20 ans environ, les commissions interministérielles se succèdent sur les problèmes de réforme de la législation, tant commerciale que pénale, et de refonte de certaines professions ou juridictions (syndics et tribunaux de Commerce par exemple).Les propositions faites seront examinées plus loin.

On peut ici, cependant, s'interroger sur les raisons de la répétitivité des travaux, et celles qui les ont empêchés d'aboutir rapidement à des réformes.

Mécanique des travaux

Les travaux effectués partent tous du principe de l'inefficacité des procédures existantes : arguant par exemple que seules 10 % des affaires en règlement judiciaire arrivent à satisfaire un concordat, il est tentant d'en tirer la conséquence que les procédures sont inadaptées.

Les analyses s'articulent ensuite autour du triptyque "prévention/détection/traitement" pour déplorer l'absence de prévention, la défaillance des systèmes de détection des difficultés des entreprises, l'esprit trop commercial (défense des créanciers) des procédures de traitement.

Difficultés pour aboutir à des réformes

Passant au stade des propositions, les difficultés apparaissent puisque pour augmenter réellement la prévention et la détection, il faut forcer l'information à circuler et à se diffuser à des acteurs fort variés (juridictions, syndicats, comité d'entreprise ...), toutes choses qui supposent une réforme profonde des pouvoirs et obligations dans l'entreprise. Un système de prévention coercitif pose en effet immédiatement le problème du respect des principes de base de l'économie libérale : c'est une question de choix politique. La réforme des procédures de traitement et de certaines professions (syndics, commissaires aux comptes ...) et juridictions (Tribunaux de Commerce) peut paraître plus aisée, mais se heurte elle aussi à des résistances politiques fortes.

.../...

Le résultat est que quatre projets de loi entre 1977 et 1979 ont été rejetés par l'Assemblée Nationale ou le Sénat.

Il ne semble pas -malgré les ambitions affichées depuis quelques mois en ce domaine- que les nouvelles propositions de réforme puissent être concrètisées très vite. Par exemple : la suppression envisagée de certains tribunaux de commerce en même temps qu'est affichée une volonté d'extension des responsabilités au niveau local soulèvera certainement des réticences dans les communes, voire les régions, concernées.

Si de grandes réformes législatives paraissent difficiles à mettre en oeuvre, il est d'autres moyens qui, eux, ont déja abouti :

. réforme légère des tribunaux de commerce, par le renforcement des pouvoirs du Parquet (Octobre 81),

. circulaire du Garde des Sceaux rappelant les obligations des commissaires aux comptes en matière de révélation des faits délictueux constatés, et insistant pour que les magistrats du Ministère public "le cas échéant (mettent) en oeuvre les procédures disciplinaires ou pénales qui s'imposent". (1)

Il faut remarquer qu'elles concernent uniquement l'aspect pénal , donc la détection et le traitement des infractions des dirigeants, non celles des difficultés des entreprises.

Se pose alors le problème de la détection et du traitement économique actuels des difficultés des entreprises, qui sont examinés au paragraphe suivant.

Un curieux paradoxe

Pour conclure sur l'esprit des travaux successifs, nous voudrions souligner le caractère un peu paradoxal des critiques faites au Tribunal de Commerce et aux procédures qu'il applique ; on leur reproche, parfois explicitement, d'être, au moins pour partie, responsables de la disparition d'entreprises potentiellement viables. Mais, simultanément, chacun s'accorde à dire que les entreprises arrivent dans les procédures collectives trop tard, dans un état rendant leur redressement peu probable.

.../...

(1) Circulaire du 13.02.78

Et ce sont finalement les réformes sur le Tribunal de Commerce et les procédures collectives qui retiennent le plus l'attention, mobilisent énergie et passions.

Ceci souligne combien il est plus facile d'agir sur le système de traitement judiciaire des difficultés que de travailler à prévenir et détecter celles-ci...

I - 7 - B Actions économiques

L'Etat, par l'intermédiaire du Trésor, et certains organismes para-publics comme l'URSSAF sont des créanciers (privilégiés) communs à toutes les entreprises françaises, donc susceptible de pouvoir, par inscription de leurs privilèges puis protêt (1), de provoquer l'ouverture de procédures judiciaires à l'encontre des entreprises ayant des retards de paiement.

Mais, d'un autre côté, l'Etat est souvent amené à soutenir, pour des raisons de stratégie industrielle, sociales, régionales, etc... telle ou telle activité ou entreprise. Ces actions, et la nécessité de les coordonner avec celles des créanciers publics précités, sont devenues très importantes depuis les débuts de la crise économique.

C'est ainsi que sont nés le C I A S I (2) et les C O D E F I (3).

Le CIASI, présidé par le Ministre de l'Economie, est composé de représentants de différents ministères et administrations (Trésor, Comptabilité Publique, Crédit, Ministère de l'Industrie, Plan, DATAR, Ministère du Travail ...). Son exécutif est formé d'un secrétaire général, de son adjoint, et d'une douzaine de rapporteurs.

Les CODEFI, sont des instances départementales bâties selon le même principe, présidées par le Préfet et à compétence délimitées (en taille d'entreprise (250 p), et en montant de concours).

CIASI et CODEFI ont pour mission de favoriser le maintien et le redressement d'entreprises industrielles viables qui rencontrent des difficultés économiques momentanées.

.../...

(1) protêt : assignation en paiement d'une dette au Tribunal de Commerce

(2) Comité Interministériel d'aménagement des structures industrielles

(3) Comités départementaux de financement

Ils disposent de plusieurs moyens : octroi de délais de paiement des créances publiques (on retrouve ici le rôle de coordination évoqué plus haut), accélération du paiement des dettes publiques ou de celles des collectivités locales, enfin octroi de prêts (FDES et crédits de politique industrielle), et de subventions. Le CIASI, du fait de son influence propre, est aussi un efficace promoteur de solutions financières, auprès des banquiers notamment.

Ce système de traitement des difficultés des entreprises amène plusieurs remarques :

- peu de dossiers sont traités : en 1981, tel CODEFI d'un département de l'Ouest de la France aura traité 69 dossiers, dont 23 ont été rejetés et 2 seulement ont donné lieu à des prêts du FDES (contre 23 qui ont donné lieu à octroi de délais fiscaux et para-fiscaux). Le CIASI, quant à lui, traitait ces dernières années envirion 200 dossiers par an.
- une grande importance politique et sociale est attachée à certains dossiers du CIASI : presque tous les dossiers délicats dont fait parfois état la presse, dans l'imprimerie ou le textile par exemple, sont des"dossiers CIASI".
- CIASI et CODEFI sont composés de fonctionnaires essentiellement financiers et comptables (1) ; leur but est de maintenir, aux moindres frais pour l'Etat, l'outil de production et les emplois.

Toutes ces caractéristiques ont pour conséquence de les mettre souvent en contact, voire en concurrence avec le Tribunal de Commerce : travaillant sur les mêmes dossiers, ils cherchent qui une solution de reprise privilégiant les emplois et l'outil industriel, qui une solution sauvegardant l'intérêt des créanciers.

Un telle différence d'optique ne peut manque de soulever des problèmes, qui seront évoqués au Chapitre II.

Retenons que, tant de l'avis des magistrats professionnels que de celui des juges consulaires,l'intervention de tels organismes paraît de plus en plus gênante en même temps que fréquente : les montages financiers et industriels sont établis dans le secret, les moyens de pression de ces intervenants empêchent souvent l'action des juges, les autres solutions possibles sont découragées, etc... Et tout se fait selon des procédures peu ou pas codifiées, sur lesquelles les juges ont peu de prise, si ce n'est en fin de parcours pour entériner les décisions prises ailleurs.

.../...

(1) Les avis industriels sont toutefois représentés dans les CODEFI par un représentant de la D I I (Direction Interdépartementale de l'Industrie); le CIASI, quant à lui, demande souvent un avis technique au Ministère de l'Industrie.

Un effort de rationalisation, de clarification du système est en cours de la part des magistrats du Parquet : déjà présents au Tribunal de Commerce, ils voudraient être l'interlocuteur et le porte-parole de ces organismes. Quant à l'action pénale, dans une circulaire du 30 avril 1980 le Garde des Sceaux la souhaite assortie de concertation et de collaboration avec le CIASI.

Reste que le principe même de ces interventions de l'Etat pose un grave problème du point de vue juridique : ces organismes à l'activité plus ou moins confidentielle, dont le pouvoir sur l'entreprise apparaît grandissant, ne sont pas responsables aux yeux de la justice. Leurs actes ne sont pas officiels, aucun contrat global ne sanctionne les accords conclus, et pourtant ils interfèrent évidemment avec les procédures normales. Les magistrats peuvent d'autant moins l'admettre que les avis sont très partagés sur l'efficacité de ces interventions.

II

DE LA CONFRONTATION DES ACTEURS A UNE GRILLE D'ANALYSE DU SYSTEME

"Rien n'est simple"

SEMPE

"Tout se complique"

SEMPE

Après avoir analysé successivement les acteurs intervenant à la frontière de la justice et de l'industrie au sujet des entreprises en difficulté, nous avons constaté que foisonnaient les comportements et les intérêts dans une relative absence de théorie et de codification. Il était dès lors naturel d'étudier comment s'établit le contact entre ces différents courants : les diverses logiques correspondant à des mouvements vers des enjeux différents expliquent les décalages d'appréciation et les conflits qui peuvent naître autour des entreprises en difficulté. Cette perception de la confrontation des logiques nous a en outre permis de comprendre pourquoi la plupart des acteurs déclare que le système actuel fonctionne mal (II-1 et II-2). Ce niveau d'analyse nous a alors suggéré ce que pourraît être une approche formalisée des relations entre institutions en matière de traitement d'entreprises en difficulté : notre grille de lecture, croisant les problèmes à résoudre et le rôle des intervenants révèle des vides juridiques et des trop pleins d'acteurs ; elle fait ressortir le rôle de clé de voûte du Tribunal de Commerce (II-3). Enfin, l'existence de rapports frictionnels sur un problème aussi aigu a fatalement amené de nombreuses propositions de réformes. Nous les examinerons à la lueur de notre schéma d'analyse du II-3 : les questions qu'il soulève peuvent-elles être résolues par ces propositions ? (II-4).

II - 1
DECALAGES

Les distorsions mises en lumière peuvent ressortir d'une vision biaisée du monde des affaires, de lacunes de la Justice, ou des effets pervers de certaines règles juridiques.

II 1A) Une vision particulière du monde des affaires

Il s'agit ici de la vision que le monde pénal a du monde des affaire, biaisée par rapport à celle qu'en ont les praticiens de l'entreprise, notamment les dirigeants.

On a bien montré au chapitre I2 que la délinquance économique et financière est un enjeu pour la juridiction pénale. C'est un enjeu de taille depuis quelques années, correspondant à la période où les juges pénaux ont été taxés de laxisme vis-à-vis de la redoutable délinquance "en cols blancs". Ces juges se sont eux-mêmes convaincus de l'existence d'un "chiffre noir" de la délinquance d'affaire non détectée, non réprimée. Cette situation, intolérable pour celui dont la mission est de défendre la morale en cherchant les responsabilités, a entraîné une réaction volontariste : le monde pénal se veut plus éfficace et plus rigoureux à l'égard de la délinquance économique et financière. Mais en même temps le juge estime qu'il est peu armé pour arriver à ses fins et c'est pourquoi il dit que le système actuel n'est pas satisfaisant. Il se développe donc plusieurs mouvements de d'évolution dans le sens d'une efficacité accrue de la répression. On veut modifier les infractions pour attraper surtout les gros poissons et les frapper plus fort, former plus de spécialistes, capter mieux les délits grâce à la présence du parquet au Tribunal de Commerce. Ces améliorations sont toutefois longues à mettre en place, et en attendant, le juge est tributaire de contraintes fort gênantes : sa formation purement juridique, le temps limité consacré à chaque dossier, la vision de l'entreprise à travers l'unique cadre comptable. En conséquence, pour pouvoir agir, le juge est obligé de recourir à une vision raccourcie, typifiée, schématique de l'industrie.

.../...

Dès lors, il n'est guère étonnant que le juge et l'industriel aient des visions radicalement différentes de l'activité économique. Pour présenter celles-ci de manière générale on peut remarquer que le juge se meut dans un monde de permanence et de stabilité. Cet aspect est garanti par la durée et l'inertie des lois, mais de surcroît, les magistrats oeuvrent clairement dans le même sens : ils considèrent que leur action est un garde-fou aux errements de la société et qu'ils ne doivent pas se laisser infléchir inconsidérément par des forces d'évolution extérieures. En outre le juge fait respecter le droit, discipline qui donne des règles. Cet aspect tend à donner au magistrat une conception déterministe, mécaniste du monde. Il a pour espace culturel un univers certain et à l'épreuve du temps.

A l'inverse, l'industriel considère qu'il vit dans un monde incertain et en évolution constante. Il doit intégrer la dimension du hasard. Pour survivre à la concurrence, il développe une vigilance d'adaptation à tous les mouvements d'un monde changeant. Voyons sur quelques exemples comment se manifeste cette différence de conception entre le juge et l'industriel.

En ce qui concerne le niveau de risque acceptable, il y a entre l'industriel et le juge toute la différence d'appréciation venant de l'examen a priori avant la prise de risque pour l'un et à posteriori après avoir vu le résultat pour l'autre. Le dirigeant considère que le risque est inévitable, nécessaire même et il a à son égard un tempérament de joueur, prenant naturellement d'assez grands risques (voir IlA). Le juge est lui, plus sévère, estimant presque que le risque qui conduit à l'échec est toujours excessif. En exagérant un peu, pour le pénaliste, il n'y a pas de risque, il n'y a que des erreurs ! (voir I2). Ceci nous est apparu aussi bien dans les éléments constitutifs de certaines infractions (opérations de pur hasard, engagements trop importants, financement par un moyen ruineux...) ou dans le raisonnement des juges. Ainsi un juge pénal reprochait récemment en audience à un justiciable prévenu de banqueroute, d'avoir repris deux PME en difficulté qui s'étaient avérées être des boulets : en réalité sur le plan statégique cette opération était justifiable bien qu'audacieuse (voir aussi en IlA le témoignage de Monsieur Y).

Une méprise analogue existe quant aux moyens d'action véritables du chef d'entreprise : le mythe du grand timonnier est dans l'esprit de beaucoup de juges pénaux. Comme l'opinion publique, ces derniers s'imaginent que le dirigeant, tout puissant et omniscient, dirige son navire en toute liberté. La responsabilité que le juge lui associe en juste contrepartie, est d'autant plus grande : certaines infractions punissent le patron qui n'a pas réussi à faire tenir une comptabilité strictement dans les règles ou ne l'a pas obtenue lui-même dans ces règles. Or pour les praticiens de l'industrie, la réalité concrète est toute autre : le chef d'entreprise est en permanence contraint par des facteurs extérieurs à sa volonté. Certaines règles de droit, les contre-pouvoirs internes à l'entreprise, le jeu de l'Administration ou des banques sont autant de forces agissantes dont l'industriel est forcé de tenir compte dans son action.

Le grand chevalier d'industrie n'est pas nécessairement un érudit bien diplômé : la corrélation entre la formation supérieure et la réussite industrielle est peu claire car les qualités requises dans le monde flou et incertainde l'industrie ne s'acquièrent pas nécessairement dans un enseignement formalisé. L'expérience acquise, la formation "sur le tas" peuvent être aussi valables. Toute autre est la vision du juge, qui, peut-être à cause de ses propres références professionnelles, pense que sortir d'une grande école est une présomption de bonne gestion. Avec une vision déterministe et certaine du monde industriel le juge peut établir un parallèle entre la réussite scolaire sur des matières théoriques et formalisées et la réussite à la tête d'une entreprise. Nous avons trouvé significatif qu'un juge pénal demande en audience à un prévenu inculpé de banqueroute quelle était sa formation initiale pour faire remarquer qu'elle n'était pas très accadémique,

et peu en rapport avec son activité industrielle. Donc sur l'origine sociologique et professionnelle du patron qui réussit, les visions du juge et de l'industriel sont encore une fois divergentes.

Le chef d'entreprise n'attache que peu d'importance au formalisme que le droit lui impose : c'est plutôt un pragmatique (voir I 1A). Il ne considère en effet pas les règles formelles (de la loi de 1966 sur les sociétés par exemple) du droit comme un moyen de son principal objectif : la bonne santé de son entreprise. Ce modèle est en contraste frappant avec le parangon du bon gestionnaire pour le juge pénal, exposé en I2. Ainsi, l'attitude vis-à-vis d'une situation d'arrêt des paiements est significative : le chef d'entreprise cherche à s'en sortir lui-même par tous les moyens (cf. I 1A), le juge voudrait qu'il se présente très tôt au Tribunal, attendant sagement que ce dernier statue (cf. I2).

Le chef d'entreprise a une perception vivante et multiforme de l'industrie ; le juge ne dispose comme canal formalisé d'appréhension que de la seule comptabilité. Pour le patron, la valeur et la force d'une affaire sont essentiellement immatérielles : elles tiennent au savoir faire des hommes et au pari sur l'avenir que représentent un effort de recherche - développement ou une prospection commerciale. Le juge, lui, s'attache surtout aux actifs matériels dont la valeur au bilan est peu sujette à interprétation (machines, immeubles, etc...). Cette différence d'attitude quant à l'évaluation de l'entreprise peut avoir des conséquences quasi-conflictuelles quand il s'agit de juger la qualité de la gestion, la véracité des comptes, le bien fondé d'un rachat ... (voir en I 1A l'expérience de Monsieur X). Ces quelques exemples (le risque, le mythe du grand timonier, le rôle de la formation initiale, l'opposition pragmatisme - formalisme, le biais comptable) permettent de sentir à quoi tiennent les décalages d'appréciation de l'industrie du fait du juge pénal et du fait de l'industriel. Ce décalage explique le sentiment actuel de nombreux dirigeants d'entreprise : ils estiment que le système actuel est insatisfaisant voire dangereux car ils peuvent être jugés par quelqu'un dont ils pensent qu'il ne les comprend pas. L'inquiétude nait de la confrontation avec un monde qui raisonne si différemment qu'on peut à peine communiquer avec lui. En outre, la juridiction pénale voulant renforcer la répression à l'égard de la délinquance d'affaires, l'inquiétude n'est pas loin de se transformer en une véritable peur.

II - 1B) Les lacunes de la Justice.

Quand le droit ou le discours des juges ont des lacunes, certains acteurs ne sont pas pris en compte par la justice :

- Nous venons de décrire la présomption de libre action des chefs d'entreprise pour le juge pénal. Elle est cohérente avec la sévérité du droit pénal des affaires quant à responsabilité du dirigeant. Or le banquier, dans les rapports avec les clients, est également libre d'agir du moins dans l'esprit du juge. Mais curieusement, il ne subit pas le même traitement de sévérité, les sanctions légales sont peu utilisées (voir I5). Ceci vient d'abord de ce que le juge cerne mal l'activité bancaire dont une grande partie dépasse le contrat écrit : le juge est mal armé pour mettre en cause le banquier qui possède souvent un service juridique conséquent pour se défendre. Il existe une autre raison : le banquier ne fait pas faillite et nous avons montré que l'échec économique est le principe révélateur de l'infraction en droit des affaires. Enfin, le banquier, généralement bardé de diplômes est peu suspect de pêcher par incompétence.

... / ...

- Dans une période de moindre croissance, les affaires en difficulté représentent un enjeu social considérable. Cet enjeu a amené une foule d'acteurs nouveaux à intervenir : organismes administratifs et élus locaux pour les pouvoirs publics, conseillers en gestion et redresseurs professionnels d'entreprise pour les partenaires privés. Or, le droit est muet sur ces aspects et la non-prise en compte des droits, devoirs et responsabilités de ces intervenants est paradoxale, eu égard à leur intense activité. Le retard commence toutefois à être comblé : les lois de décentralisation précisent les droits d'intervention économique des communes, mais seulement les droits. Par ailleurs, un arrêt récent du Tribunal de Commerce de Rouen attaquait l'Etat comme dirigeant de fait dans l'affaire de la Chapelle-Darblay. Cet arrêt a cependant été cassé.

Ces lacunes de la justice sont une source de mécontentement pour certains acteurs : le chef d'entreprise comprend mal que d'autres intervenants précisément parce qu'ils limitent son pouvoir, ne soient pas recherchés en responsabilité ; les syndicalistes prompts à dénoncer les erreurs ou les responsabilités voudraient que le juge agisse de même.

II - 1C) Les effets pervers de certaines règles juridiques

Les règles de droit stabilisent les relations entre les personnes et les font rentrer dans un moule rigide. Les agents économiques, faisant preuve d'une grande souplesse d'adaptation s'efforcent de contourner les règles, évitent ce moule, pour agir dans le sens de leurs intérêts. De cette situation peuvent alors naître des perversions par rapport à l'esprit des règles :

- L'histoire a fait émerger le concept juridique de sociétés comme écran de risque pour les personnes physiques : la séparation des patrimoines de la société et de ses actionnaires ou dirigeants permet de rendre acceptable le risque financier personnel que suppose la mise de fonds dans des opérations industriels. A cette philosophie s'opposent les sanctions individuelles de l'échec telles que la poursuite en comblement de passif (article 99 de la loi de 1967) ou la liquidation des biens personnels (articles 100 et 101 de la loi de 1967) qui viennent atteindre le patrimoine des personnes. Ces procédures restent toutefois rares. De façon beaucoup plus courante le banquier créancier adopte un autre comportement pour rentrer dans ses fonds : quand l'entreprise ne peut plus offrir d'hypothèque ou de nantissement satisfaisants, le banquier ne consent souvent à prêter qu'avec la garantie sur les biens personnels des dirigeants. La faillite de l'entreprise signifie alors la perte de son patrimoine pour le dirigeant. Les banquiers font une utilisation très subtile du droit : après avoir percé la cuirasse que représente la société en prenant une caution personnelle comme si l'homme et l'entreprise n'étaient pas à distinguer, ils tirent parti de la séparation des deux dans la procédure de règlement judiciaire. En effet, celle-ci empêche toute poursuite individuelle d'un créancier contre l'entreprise mais n'empêche en aucune manière le banquier créancier de faire jouer parallèlement la caution personnelle prise sur le dirigeant et d'être ainsi désintéressé.

- Sur le plan social, il y a un écart considérable entre l'esprit des lois de protection des salariés et l'utilisation qui est faite de certains articles. Ainsi, dans un secteur en crise comme la sidérurgie, on n'a pas su profiter de la rémunération garantie aux personnes licenciées pour reconvertir l'outil industriel : crispé sur la nécessité d'une protection sociale on a confondu celle des personnes et celle des usines conservées en l'état.

... / ...

Si dans l'exemple précédent on n'a pas utilisé la loi dans un sens positif, il arrive qu'on la tourne dans un sens négatif. Par exemple, la posibilité pour un employeur de licencier, est si strictement réglementée, que ce dernier s'estime parfois contraint de déposer son bilan pour restructurer son entreprise : il obtient difficilement l'accord de l'inspection du travail (cf. I 1A).

- un autre exemple concret peut être pris avec l'article L 122-12 du Code du travail qui pose le principe du maintien du contrat de travail en cas de transformation du fonds de commerce. Cette garantie légitime d'un salarié a toutefois donné lieu à une jurisprudence de la cour de Cassation si strictement orientée vers la couverture sociale à court terme qu'elle empêche souvent l'activité industrielle. Par exemple les represseurs d'une entreprise ayant déposé son bilan qui souhaiteraient la reprendre en location-gérance sont très réticents, voire renoncent à le faire : ils savent qu'en cas d'échec ils auront à supporter des licenciements très coûteux car le calcul des indemnités tiendra compte d'une ancienneté élevée du personnel.

Si la reprise externe doit se faire après liquidation des biens, le represseur attend le licenciement des salariés. Il attend encore plusieurs mois après la durée de préavis pour être sûr que le tribunal des Prud'hommes admettra que les contrats de travail ont été rompus. C'est en effet à cette seule condition qu'il pourra embaucher le personnel suivant ses propres contrats et sans ancienneté. La conséquence de ce délai d'attente est toujours grave, parfois dramatique : pendant ce temps la position commerciale de l'entreprise périt car elle disparaît de son marché. Par une loi ayant un souci légitime de protection sociale, on aboutit alors à la perversion que la reprise d'activité se fait avec un effectif bien moindre que si elle avait eu lieu plus tôt.

Ces effets pervers sont aussi des éléments qui font dire à certains acteurs que le système actuel fonctionne mal : les chefs d'entreprises préféreraient pouvoir faire tourner leur affaire sans y risquer leur patrimoine personnel, les industriels repreneurs d'entreprises en difficulté ou certains intervenants administratifs déplorent les rigidités introduites par des lois de protection sociales utilisées loin de leur esprit.

Nous avons cité plusieurs exemples de décalages entre le droit et les pratiques de l'industrie. A chaque fois qu'une distorsion devient suffisamment criante pour engendrer un conflit, les forces d'évolution se manifestent par des propositions concrètes. Avant d'examiner les amendements du système qui sont proposés, analysons donc plus précisement les situations de conflit.

Deux exemples de conflits autour des entreprises en difficulté

Que de nombreux acteurs, aux rationalités différentes comme on l'a vu, se pressent autour des entreprises en difficulté ne peut manquer de provoquer entre eux des conflits.

Nous en examinerons ici deux, qui relèvent de deux divergences d'essence différente : l'un sur les objectifs à poursuivre dans le traitement des entreprises en difficulté ; l'autre sur l'origine des juges devant en connaître.

Ces deux exemples vont permettre de comprendre les raisons de l'insatisfaction -annonce dans l'introduction et présente dans tous les discours- que certains intervenants éprouvent. Ils montrent également comment se créent, dans la pratique, les conditions d'affrontements, dont la caractéristique commune est de se centrer sur le Tribunal de Commerce

II 2A) Qu'est ce qu'une "bonne" solution ?

Examinons la réponse à cette question que font le Tribunal de commerce d'une part, les organes spécialisés de l'Administration d'autre part. Partons de la genèse des polémiques autour d'une entreprise en difficulté : voici donc une entreprise devant le Tribunal de commerce : finalement qui, parmi les partenaires, s'inquiète toujours de son sort, a priori, en dehors des juges ? Les créanciers, les salariés (1) et les actionnaires. Ces derniers, généralement, n'ont alors aucun véritable espoir de recouvrer, même partiellement, leurs fonds.

Donc créanciers et salariés ont intérêt, mais intérêt non identique, à suivre le sort de l'entreprise : ceux-ci espèrent la conservation de leur emploi ; ceux-là le recouvrement de leurs créances.

Les créanciers ont un représentant (le syndic) et une procédure (celle de 1967 appliquée par les Tribunaux de Commerce) qui s'occupent explicitement de leurs intérêts.

Les salariés, quant à eux, se retrouvent brutalement sans interlocuteur dans l'entreprise : la procédure dessaissit plus ou moins le dirigeant, elle ne leur fait pas place. Ils doivent donc trouver d'autres interlocuteurs, d'autres tribunes pour exprimer leurs problèmes et leurs aspirations. Tels sont les fondements des occupations d'usine, des interventions auprès des élus locaux, des mobilisations de grandes centrales syndicales, des actions auprès de l'administration, voire du gouvernement.

Les pouvoirs publics peuvent également être intéressés au problème, même dès avant l'ouverture de la procédure, pour d'autres raisons : préservation d'une avance technologique qu'a l'entreprise, nécessité de maintenir celle-ci dans un secteur industriel, ou une région...

Deux solutions vont être ainsi élaborées : l'une, celle inspirée par la Tribunal de Commerce, visera soit au règlement judiciaire avec concordat le plus favorable possible aux créanciers, soit à la liquidation des biens, avec réalisation des actifs au meilleure prix ; l'autre, par exemple celle inspirée par le CIASI, sera souvent sensiblement orientée vers la préservation de l'entité industrielle de la capacité de production et des emplois.

.../...

(1) Les salariés sont souvent, également, des créanciers : salaires ou primes non versés sont choses communes dans le mois précédent la procédure. Mais, en tant que tels, ils n'ont pas d'enjeu réel : créanciers super-privilégiés, ils seront payés par le Fonds de Garantie des salaires, qui se substituera ensuite à eux dans la procédure.

Or, la doctrine du CIASI est de ne pas aider de solution concordataire (ce serait financer les créanciers...) ; de plus il considère que toute bonne solution passe par le remplacement des dirigeants et une reprise externe. Le CIASI monte donc des solutions passant par la liquidation des biens, facilitant la reprise par une prix attractif -voire symbolique- des actifs.

Ceci implique toujours un sacrifice de la part des créanciers, surtout les créanciers privilégiés, notamment lorsque des stocks importants ou des actifs immobiliers auraient pu permettre, vendus à prix normal, de les indemniser plus substantiellement.

Quelle est alors la solution ? D'un côté une juridiction, par définition soucieuse des créanciers, mais sans grand moyen d'action ; de l'autre un organisme, certes extérieur à la procédure, mais disposant de l'entregent suffisant pour trouver des repreneurs, forcer l'agrément des gros créanciers (souvent banquiers), même les amener à augmenter leurs concours, débloquer des fonds, voire des commandes publiques, le tout sans jamais apparaître officiellement : le jugement final sera, de toute façon, rendu par le Tribunal du Commerce.

Cette situation crée évidemment des tensions, dont on retrouve la trace dans des jugements récents. En voici un exemple :

Où les pouvoirs publics l'emportent...(Tribunal de Commerce de Paris 6 octobre 1980)

Deux propositions de solution pour l'entreprise V (1750 personnes ; en règlement judiciaire) sont en présence : l'une faite par l'entreprise M, comporte une location gérance, laisse la possibilité de réaliser des actifs immobiliers au profit de la masse et reprend 1 100 personnes, l'autre, faite par l'entreprise E, est un rachat à forfait "à des conditions extrêmement sévères par les créanciers" mais devant reprendre tous les employés. Le Tribunal constate qu'"une information incomplète, ou tendancieuse, appuyée sur le fait que les Pouvoirs publics, par l'octroi de prêts, paraissent soutenir la proposition faite par la société E" a amené l'ensemble des personnels à se déclarer en faveur de cette solution et à menacer d'une grève illimitée au cas où la proposition de M serait adoptée.

"Ainsi paralysé, le Tribunal se trouve dans l'impossibilité de choisir la solution la plus conforme à l'intérêt des créanciers, voire à l'intérêt bien compris de l'entreprise V" et "ne peut donc qu'accepter la proposition d'achat à forfait de la société E".

Le débat soulève plusieurs questions :

- le tort fait aux créanciers : le spectre des faillites en cascade des créanciers est présent à l'esprit de certains juges consulaires, commerçants eux-mêmes.

En fait, outre qu'il n'existe aucune statistique permettant de tester la réalité de ce phénomène, un administrateur judiciaire a modéré la portée de l'argument par des faits d'expérience : les délais de recouvrement sont toujours très longs, si bien qu'un créancier en position fragile au moment de l'ouverture de la procédure à tout le temps d'être lui-même en difficulté, même en cas de concordat favorable...

.../...

Mais l'argument, même s'il ne doit pas être pris "au premier degré", alimente un autre grief :

- Le biais introduit par l'action publique dans le jeu économique normal :

Il est très réel, et risque d'être d'autant plus important que les interventions seront plus nombreuses : d'une part la confiance nécessaire au commerce est mise à mal à chaque cas d'effacement des créances ; plus graves encore paraissent les conséquences sur le secteur industriel du redémarrage de l'entreprise aidée : hier canard boiteux, la voilà repartant allégée d'un passif important, financée par des fonds peu onéreux, éventuellement soutenue par des commandes publiques. De telles particularités renforcent évidemment sa compétitivité, au risque d'entraîner la chute de certains concurrents. Une telle analyse ne relève pas du cas d'école, puisque le secteur de la fonderie en a testé le réalisme avec le cas d'une entreprise de l'Ouest de la France.

Ce qui renvoie plus généralement à l'impact des interventions de l'Etat.

- L'efficacité économique des solutions du CIASI est l'objet d'une vive controverse, où deux camps existent : l'un -composé quasiment des seuls CIASI et CODEFI- considère que réussir en 10 mois à consolider 65 000 emplois en investissant 10 000 F. d'argent public en moyenne par emploi est un signe de réussite, que conforte le fait que, parmi les entreprises traitées depuis 1974, les 2/3 vivaient encore fin 1980.

Toute différente est la vue des intervenants dont la main est forcée dans ces interventions : les Tribunaux de Commerce, outre les griefs exposés plus haut, se plaignent de revoir trop souvent, quelques années plus tard, les entreprises traitées par le CIASI ou les CODEFI. Où est alors l'intérêt d'avoir spolié les créanciers ? Les banquiers, toujours mis à contribution, ont un avis assez semblable : Tel banquier de l'Ouest de la France ne peut nous citer aucun dossier dans lequel il ait eu a participer qui n'ait ensuite rechuté ... Tel autre, d'une grande banque nationalisée, voit dans le CIASI un organisme où se joue un jeu complexe et subtil entre l'administration et les banques : prend tel risque -que je sais être mauvais pour toi- et je serai moins exigeant sur tel autre dossier, ou plus favorable à telle ou telle de tes requêtes ... La solidité du dossier est alors reléguée au second plan.

Quoiqu'on en dise, les interventions publiques ne sont jamais vraiment faites en plein jour : contacts informels, échanges de bons procédés, pressions directes ou indirectes, accords plus ou moins secrets sont les formes normales de l'action publique en matière d'entreprises en difficultés. Cette obsession de l'occulte, du caché, l'absence de données précises et vérifiables explique certainement pour une bonne part la supiscion que suscitent les montages publics.

Mais la structure même du CIASI et des CODEFI les amènent à préconiser des solutions bien plus financières qu'industrielles : les rapporteurs du CIASI ne sont-ils par, pour l'essentiel, de formation financière, ainsi que le secrétaire général ? Ils pensent que se déplacer sur les lieux, visiter les locaux, voir les machines est inutile ; toutes leurs études se font donc sur documents financiers. L'urgence sociale de certains dossiers, l'état de délabrement commun aux affaires traitées poussent également à trouver -vite- des moyens d'arrêter l'hémorragie financière à court terme, peut-être au détriment du long terme. Puis d'autres dossiers arrivent (la cadence à doublé depuis deux ou trois ans) et il devient impossible d'assurer le suivi des affaires passées...

.../...

(1) La nouvelle structure est la suivante :

- un CORRI (Comité régional) dans chaque région (et non plus département), à compétence pour les entreprises jusqu'à 400 personnes (contre 250 pour le CODEFI)
- le CIRI à Paris pour les dossiers plus importants

Enfin, leur logique "économe" contribue à fragiliser les solutions trouvées : CIASI et CODEFI mettent un point d'honneur à dépenser le moins d'argent public possible sur les dossiers aidés, et parviennent globalement à limiter à 19 % l'apport de fonds publics. Mais chaque investisseur ayant, on l'a vu, également comme objectif de mettre le moins possible dans des risques réputés mauvais, quoi d'étonnant à ce que les montages soient, même seulement financièrement parlant, un peu fragiles ?

Que penser alors des réformes récentes des structures du CIASI et des CODEFI ? Il faudrait s'assurer qu'elles s'accompagneront d'un changement d'esprit et de techniques des interventions, sinon l'accroissement des compétences régionales et des moyens financiers n'aura pour effet que d'attirer de plus en plus de dossiers de moins en moins bons et d'engendrer de plus en plus de conflits avec les Tribunaux de Commerce (1).

A moins que le parti soit pris de tolérer le développement d'un secteur aidé chroniquement, avec les effets sur la vie économique déjà annoncés aujourd'hui. Mais encore faudrait-il le dire clairement, et adopter, lois, procédures, juridictions et système de responsabilité à la fonction d'utilité sociale qui primerait alors dans l'entreprise.

II 2 B) Le Tribunal de Commerce face à ses détracteurs :

Si le Tribunal de Commerce se heurte parfois à l'Administration économique et financière, il n'est pas directement remis en cause par celle-ci. D'autres acteurs ont une position bien plus radicale quant à l'origine des juges devant connaître des entreprises en difficulté.

Les syndicats ouvriers, les premiers, porteurs d'une logique d'entreprise pourvoyeuse d'emplois, considèrent que la procédure actuelle écarte les salariés -ce qui est vrai- et que la composition des tribunaux de Commerce empêche toute prise en compte de préoccupations sociales dans la recherche de solutions. Aussi veulent-ils la réforme de l'institution. La CGT et la CFDT estiment même que tout changement serait un progrès. Quant à savoir ce qu'il faudrait faire à la place, une piste leur semble être l'échevinage, qui assurerait une plus grande impartialité des juges ; ils ne sont, par contre, pas favorables à la présence de représentants syndicaux parmi les magistrats.

Les magistrats professionnels sont également favorables à cette réforme qui asurerait au moins la présidence de juges professionnels dans les Tribunaux de Commerce.

On peut distinguer trois grandes justifications de cette position :

- la philosophie de la justice qui crée chez les magistrats professionnels une certaine défiance envers les juridictions d'exception, notamment celles où des pairs se jugent entre eux.

- la volonté d'efficacité dans la mission de moralisation du milieu des affaires qui s'appuye à la fois sur la logique de l'action pénale (cf I-2) et les origines historiques du droit de la faillite.

- le corporatisme, qui pousse à l'extension des compétences et la création de nouveaux postes.

Pour le Syndicat de la Magistrature, ce dernier argument est doublé d'une option politique visant tout particulièrement une juridiction représentative d'une certaine classe sociale.

(1) Pour un cas moins conflictuel, où toute solution concordataire était impossible et où seule l'intervention publique pouvait sauver l'entreprise, on consultera le jugement du Tribunal de Commerce de Paris (le 24/02/82 ; affaire Armand Thiery et Sigrand).

Montré comme juridiction de classe, de notables, plus ou moins liée avec des gens peu fréquentables (les syndics), taxé de manque de sévérité voire d'impartialité, le Tribunal de Commerce concentre donc sur lui bien des critiques, provenant de tous horizons.

On pourrait cependant souligner à l'envi les traits qui rendent des critiques aussi radicales un peu curieuses : le Tribunal de Commerce n'est-il pas une institution (autogérée et décentralisée) dont les membres sont élus démocratiquement ? L'origine commerçante des juges ne leur assure-t-elle pas, tout de même, un minimum de compétences dans les problèmes à traiter ? Le faible taux de réforme des jugements rendus n'est-il pas garant de la bonne application des textes de leur compétence ?

Il est de fait que plusieurs situations gênantes ont porté atteinte au crédit de l'institution : ainsi le cas de tel président d'un petit Tribunal de Commerce, boucher indépendant de son état, amené à juger d'une entreprise de plusieurs centaines de personnes, et plus tard poursuivi au pénal pour collusion avec un syndic ... Ou encore ce cas évoqué en I, du Président d'un grand Tribunal de Commerce devant juger de la gestion de son principal rival politique local ...

Les présidents de grands Tribunaux de Commerce sont donc conscients que certaines évolutions doivent se faire ; notamment certains petits tribunaux pourraient être supprimés : surtout composés de très petits commerçants à la compétence industrielle douteuse, leur activité -très légère- ne permet pas d'acquérir une bonne pratique, et ils sont trop soumis à des pressions locales.

Mais l'insistance que mettent les syndicats ouvriers, les magistrats professionnels, voire la Chancellerie et certains milieux politiques à demander une réforme des Tribunaux de Commerce ne s'appuye pas seulement sur des raisons d'analyse socio-politique, corporatiste ou philosophique : il s'agit aussi de la principale institution dans le traitement des difficultés des entreprises, du point du passage obligé de la procédure. Aussi l'évalue-t-on non à l'aune de son action telle qu'elle est limitée et précisée par les textes, mais à celle de toutes les conséquences économiques, sociales, politiques de ses jugements.

Cette pluralité des échelles d'évaluation nous semble être la cause de nombreux décalages et de nombreuses incompréhensions dans le système de nous avons décrit.

Elle est la base de la grille d'analyse que nous proposons au chapitre suivant.

Retenons ici les raisons que tous les intervenants évoqués dans ce chapitre ont de dire que "le système est insatisfaisant" :

- pour une partie des pouvoirs publics, la juridiction commerciale fait obstacle, voire obstruction, aux opérations que l'intérêt public rend indispensables et qu'ils doivent donc mener à bien ; elle se formalise inutilement de manquements à des règles -désuètes- de protection d'intérêts privés (créanciers, associés...) et ne se plie pas toujours avec la souplesse désirée aux recommandations qui lui sont faites.

- pour les syndicats, tout le système est à revoir puisqu'il ne leur assure ni rapport de force favorable, ni état de droit satisfaisant ; en plus, il est fondé sur un droit -le droit comercial- qui doit, à leur avis, céder aujourd'hui le pas à des impératifs sociaux.

- pour les magistrats professionnels, il faut supprimer le caractère extra-ordinaire d'une procédure gérée par des juges consulaires et ramener tout l'ensemble dans un cadre juridique plus orthodoxe.

- pour les juges consulaires, les pressions actuelles rendent souvent leur travail impossible ; ils se sentent forcés à prendre des décisions dont l'intérêt leur paraît très contestable (eu égard à leurs références culturelles et aux textes qu'ils font appliquer) et dont la responsabilité leur incombe cependant. Quant à la contestation de leurs prérogatives, ils y sont évidemment fort sensibles...

II - 3

Une grille d'analyse des conflits

- les problèmes de l'entreprise

Pour expliquer les décalages et les points de friction que nous venons de développer nous proposons une grille de lecture pour les difficultés des entreprises et les traitements proposés. Les problèmes de l'entreprise en difficulté sont, au risque de trop simplifier, sociaux, industriels, financiers ou commerciaux que nous définirons ainsi :

. les problèmes sociaux évidemment présents, sont exacerbés par les contraintes du droit du travail. Pour une entreprise en difficulté se posent les problèmes de licenciement afin de diminuer la masse salariale et de restructurer les activités. Pour le repreneur de l'entreprise se posent ceux du maintien des acquis sociaux par l'application de l'article L 122-12.

. les problèmes industriels sont ceux de l'appareil productif lui-même, de son obsolescence, de sa modernisation éventuelle, de la structure des usines ... et ceux liés au commerce, compétitivité des produits, structure du marché, efficacité des circuits commerciaux, conjoncture de l'environnement concurrentiel...

. les problèmes financiers relèvent de la recherche des crédits nécessaires aux restructurations commerciales, industrielles et sociales en excluant le crédit interentreprise.

. Pour une entreprise en difficulté, le problème commercial du traitement à réserver aux créanciers prend une importance considérable. Si certaines créances n'ont pas la possibilité, la chance, voire le droit d'être recouvrées, le fondement du commerce qu'est la confiance envers le client est ébranlé. Ce problème inclut les banques considérées en tant que créancières.

- la grille d'analyse

Pour tous ces problèmes, certains organismes ou certaines personnes ont la mission de rechercher des solutions, d'autres l'ont de décider. Enfin, un contrôle doit être exercé par une juridiction. Nous proposons alors le tableau suivant :

.../...

Acteurs pouvant intervenir dans les difficultés des entreprises	Problèmes de l'entreprise en difficulté	élaboration d'une solution	décision	juridiction	Total des décisions
	Social	n'importe qui	personne	personne	
	Industriel	DATAR - D I I Minis. de l'industrie	DATAR - D I I Minis. de l'industrie (via T de C)	personne	
	Financier	CIRI (ex CIASI) CORRI, CODEFI BANQUES	CIRI (ex CIASI) CORRI, CODEFI	personne	
	Créancier (commercial)	Syndic (doit le faire) Tribunal de commerce	Tribunal de commerce	Tribunal de commerce →	Jugement

* Les problèmes sociaux

Tout le monde se dit préoccupé par les problèmes sociaux. Néanmoins, lors d'une procédure collective, les salariés se trouvent sans interlocuteur. Le syndic est leur représentant car les salariés sont aussi des créanciers privilégiés, mais les syndics ne sont véritablement en contact avec les salariés que lorsqu'ils se font séquestrer . Le patron est quasiment déssaisi au profit du syndic. Aussi les solutions sociales d'une sortie de procédure collective ne sont-elles que les conséquences de cette sortie, que ce soit un montage du CIASI dont les attendus peuvent comporter le maintien de l'emploi mais qui ressemble surtout à une solution financière -les salariés n'interviennent pas vraiment dans la procédure CIASI-, ou bien une solution trouvée par le syndic et le Tribunal de Commerce qui ne consultent pas les salariés. Lors d'une reprise d'entreprise, la contestation des avantages acquis (art. L 122-12) fait souvent reculerles repreneurs qui préfèrent laisser la situation se dégrader avant de se manifester. De fait, il existe peu de contestation sur l'article 1 122-12 au

.../...

Conseil des Prud'hommes, car cet article a force de loi supérieure aux contrats entre parties et dissuade les repreneurs. Les montages de reprise prennent en compte ce risque par une attente des repreneurs. Le Tribunal de Commerce tranche dans son domaine, celui du commerce. Mais sa solution est de fait plaquée sur le problème social.

* Les problèmes industriels et financiers

Il existe par contre divers organismes traitant les problèmes industriels et financiers des entreprises en difficulté, souvent émanations des ministères de l'industrie ou des finances. Ce sont la DATAR, les DII, le Ministère de l'Industrie, le CIASI ou le CIRI, les CODEFI ou les CORRI, voire la Banque de France par ses conseils, les Banques privées dans des montages financiers ... Tous ces organismes peuvent élaborer des solutions en se concertant entre eux et avec le chef d'entreprise. Les consultations se font de manière plus ou moins informelle. Lorsque la décision est prise, le montage financier prêt, il faut faire enregistrer cette décision par le Tribunal de Commerce. Celui-ci évalue cette solution d'après les conséquences sur les créanciers et non pas sur l'"Industrie". Il peut refuser cette solution et imposer sa solution propre qui privilégiera les créanciers au détriment parfois de la conservation de l'outil de travail.

* Le problème des créanciers

Pour régler le problème des relations de l'entreprise avec ses créanciers, nous avons vu que des procédures, des institutions sont en place et fonctionnent suivant une logique cohérente.

A travers cette grille, nous pouvons retrouver les principaux conflits que nous avons mis en évidence. Il conviendra de s'interroger ensuite sur les blocages qui permettent le maintien de cette situation.

- les conflits sont inévitables

* Le niveau de la recherche de solutions : la cohue

La séparation entre conflits sociaux, industriels, financiers et commerciaux existe si l'on se réfère aux missions que s'attribuent les syndicats, les organismes publics ou para-publics et les syndics. Elle est par contre difficile à établir précisément lors des difficultés d'une entreprise. Aussi chacune des personnes élaborant une solution dans son domaine se sent-il gêné par le travail que font tous les autres. Il semble que le rapport de force soit, à ce niveau, en faveur des organismes financiers type CIASI. Celà leur permet de dire que les syndics ne connaissent rien à l'industrie, font obstacle aux "superbes" montages financiers proposés. Ils convoquent le syndic lorsque sa présence est absolument nécessaire

.../...

pour des raisons de légalité. De même les financiers soupçonneront les syndicats, dont le seul pôle d'intérêt est d'obtenir le maximum d'emplois maintenus et la garantie des droits acquis, de vouloir faire échouer le montage financier qui lèse une partie du personnel de l'entreprise.

Les créanciers, tels les banquiers, qui se préoccupent de trouver une solution à leurproblème propre, ne peuvent que rechigner aux propositions des CIASI et CODEFI qui ne comportent pratiquement jamais de clauses sauvegardant leurs intérêts de créanciers mais en plus leur demanderont parfois de mettre de l'argent supplémentaire dans l'affaire.

Les syndicats, dont les buts sont clairs, considèrent simplement les organismes DATAR, DII, CIASI... comme technocratiques. Leur opposition au travail du syndic est plus fondamentale.Les salariés sont considérés simplement comme des créanciers privilégiés dans la procédure collective. Quant au syndic, il voudra agir sur les contrats de travail comme sur les contrats commerciaux. Inversement, les salariés ne considèrent pas leur problème comme commercial mais comme social. Ils accusent en somme le syndic de s'ingérer dans un domaine qui n'est pas de son ressort, où il n'existe pas d'institution officielle chargée de résoudre les problèmes.

* Le niveau de la prise de décision : une opposition de pouvoirs

Seuls le Tribunal de Commerce et les organismes financiers comme le CIASI prennent des décisions sur les solutions à appliquer. Leur pouvoir n'a pas la même origine. Le CIASI a une puissance de fait qu'il tire de l'argent qu'il peut distribuer. Le Tribunal de Commerce est la seule institution de droit : le CIASI est obligé de passer par lui pour faire adopter ses solutions . Ainsi est tracé le cadre du conflit CIASI Tribunal de Commerce qui a été décrit largement ci-dessus. Les organismes financiers sont dépendants légalement des décisions d'une instance commerciale. Cependant celle-ci peut difficilement contrer la puissance financière et politique qu'est le CIASI. Aussi chacun soupçonne-t-il l'autre de chercher à léser ses intérêts.

Il n'existe pas d'instance propre prenant une décision sur le problème social. Les syndicats, du moins la C G T et la C F D T, s'assignent comme mission la défense des salariés, de leurs emplois et de leurs avantages et comme moyen de placer les revendications le plus haut possible pour obtenir le maximum. Mais ils refusent de devoir prendre la décision finale ou de faire partie de l'instance la prenant. Naturellement donc, ils rejettent la responsabilité de la prise de décision sur les autres intervenants. Il y a donc, au niveau social pour la prise de décision, un vide d'institution qui entraine le même vide pour le contrôle de la décision. Le Tribunal de Commerce se trouve chargé de fait de toutes les décisions sociales et économiques.

* Le niveau de la juridiction : Le Tribunal de Commerce, goulot d'étranglement du système

Il n'existe finalement qu'une juridiction traitant des entreprises au moment des difficultés : le Tribunal de Commerce. Nous avons vu que le Conseil des Prud'hommes ne peut intervenir qu'a posteriori sur un conflit personnel.

.../...

Il n'y a pas de juridiction uniquement sociale, industrielle et financière. Pour les juridictions de contrôle de l'application des décisions, le même vide se retrouve. Il n'existe pas pour les salariés de recours spécifique contre la non-application du volet social d'un concordat. Ils doivent utiliser les procédures normales par l'Inspection du Travail et le Conseil des Prud'hommes.

Le contrôle des décisions industrielles et financières, type CIASI, est difficile. Dans la pratique, il n'y a pas de contrôle officiel.

Il reste le contrôle effectué par le Tribunal de Commerce. Il en a la mission mais bien souvent il n'en a pas les moyens.

Nous avons pu retrouver les différents conflits d'institution. Ils ne sont finalement dus qu'à un manque d'adéquation entre une mission précise et une réalité complexe où les problèmes sont liés. En cherchant à résoudre une partie des difficultés, on agit sur les autres parties sur lesquelles d'autres institutions travaillent. Ces conflits sont attisés par le fait qu'il n'existe qu'une seule juridiction, le Tribunal de Commerce prenant la décision.

Beaucoup de monde se presse autour des entreprises en difficulté, seuls quelques organismes peuvent élaborer des solutions. Un seul tribunal peut prendre la décision.

- Un seul jugement s'applique à tous les problèmes

L'analyse horizontale du Tableau montre toutes les ambiguités que peut comporter le jugement du Tribunal de Commerce.

* Une ambiguité sociale

Le jugement commercial "résout" le problème social. Nous rencontrons l'ambiguité du contrat salarial. Dans l'esprit du syndic et peut-être des juges, les contrats des travailleurs sont traités comme d'autres contrats, bien qu'avec une perspective différente : les licenciements, les pertes d'avantages acquis, sont les équivalents des sacrifices demandés aux créanciers.

* L'ambiguité industrielle du Tribunal de Commerce

Les décisions du Tribunal de Commerce s'appliquent au problème industriel. Une vente à forfait des actifs industriels est un exemple de moyen pour faire reprendre une activité. Tous les jugements commerciaux ont une incidence sur le tissu industriel : disparition d'une entreprise, redémarrage, restructuration. Ses jugements s'imposant aux entrepreneurs et ayant des conséquences industrielles, il était inévitable que la mission de trouver des solutions industrielles s'impose au Tribunal de Commerce. Ils se trouvent par là sur un terrain qui n'est pas le sien. Les juges consulaires sont pratiquement obligés de prendre en compte les problèmes industriels et financiers pour juger. Et les solutions à ces problèmes ne sont pas toujours compatibles avec la défense des créanciers. Le Tribunal de Commerce est alors investi de deux missions partiellement contradictoires, mais qu'il est difficile de séparer. Par ce phénomène, le Tribunal de Commerce est presque devenu un Tribunal de Commerce et d'Industrie.

.../...

Cette description a souligné un déséquilibre entre les domaines sociaux, industriels et financiers et celui des créanciers dans la recherche de solutions. Notamment, il y a une juridiction spécialisée pour le "Commerce" qui juge pour les autres parties. De plus, le Tribunal de Commerce au travers du Syndic est partie prenante dans la recherche de solution . N'étaient les ambiguités soulignées, les créanciers seraient très avantagés. Il en est plutôt le contraire. Le système a donc dévié de sa finalité.

Parce que ses jugements ont des implications sociales et industrielles, le Tribunal de Commerce est maintenant obligé de prendre en compte des données autres que les problèmes des créanciers.

Etant la seule juridiction, et ses décisions ainsi compliquées comportant des ambiguités, il se trouve au centre des critiques adressées au système.

Les propositions de réforme

II 4-A Un courant de pensée important

Au delà de la traversée d'une crise économique, les discours sur les difficultés des entreprises révèlent des critiques faites au nom d'aspirations nouvelles qui relativisent la primauté accordée à la rationalité économique et technique et visent à faire une place plus importante aux objectifs d'ordre humain et social : dénonciation du productivisme, remise en cause des principes d'organisation de l'entreprise, contestation du modèle juridique traditionnel, critique des excès de l'économie de profit. Ces diverses critiques sont citées du rapport SUDREAU qui sert encore de base à toutes les réformes portant sur l'entreprise.

Un courant de pensée tend à modifier quelque peu le fondement de la notion d'entreprise issu de deux notions du Code civil : propriété, celle des outils qui entraîne la propriété des produits fabriqués et conduit à reconnaître au propriétaire le pouvoir de direction, et le contrat, par le lequel le propriétaire se procure la main-d'oeuvre. L'Etat cherche à adapter la législation sur l'entreprise à une nouvelle réalité socio-économique. Cela se traduit par nombre de rapports, rapport Sudreau, Montarnal, Gomart, Arpayange, Charpentier ... dont la teneur constitue l'essentiel des réformes envisagées pour très bientôt. La difficulté de la tâche est attestée par la succession rapide des réformes des procédures collectives de 1955, 1967, 1983 (?) alors que le Code de Commerce issu de la loi de 1838 a été appliqué jusqu'en 1955.

Les réformes s'orientent vers trois buts : la prévention, la détection et le traitement des difficultés des entreprises visant à répondre à l'impression qu'il n'existe actuellement pas de "dispositif cohérent permettant de prendre conscience progressivement des difficultés de l'entreprise et de faire face à temps aux erreurs de gestion". (1).

Les futures réformes des procédures collectives se placent dans le cadre des travaux précédemment effectués par des commissions diverses et des projets de lois déjà déposés en 1977 et 1979. Elles veulent se placer dans le cadre de l'économie libérale actuelle dans laquelle il ne faut pas risquer de trop perturber les entreprises et fausser les mécanismes de la concurrence. Elles sont imposées par une volonté politique qui privilégie le problème, assez spectaculaire, des entreprises en difficulté par rapport aux autres licenciements économiques et par rapport à l'aide aux entreprises en bonne santé. Elles sont dictées par plusieurs idées : l'intuition que le maintien d'emplois dans les entreprises en difficulté permettrait de diminuer le chomage toujours présent, l'aspiration essentielle des salariés à la sécurité de l'emploi, la conviction que bon nombre d'entreprises peuvent être sauvées, restructurées et que l'aide de l'Etat est souhaitable et nécessaire pour que les redressements aillent dans le sens de l'intérêt général national ou régional.

Les projets que nous étudions, ont été débattus dans des commissions, font l'objet d'un consensus large au sein de l'administration mais ne constituent pas nécessairement la lettre des projets de loi dont le dépôt est prévu à la fin de l'année. Cependant, ils sont sans doute proche des réformes qui seront proposées.

... / ...

(1) Rapport Sudreau p. 136

II 4-B Présentation des réformes

Prévention et détection des difficultés

La réforme sur la prévention des difficultés des entreprises comprendrait tout d'abord la mise en place d'un dispositif de conseil aux P.M.E. basé sur le volontariat des entrepreneurs. Le pivot et le levier décisionnel serait une personnalité indépendante, hors administration, chargée d'étudier, de préparer et d'arbitrer des solutions proposées auprès des partenaires économiques et sociaux. Les entrepreneurs décideraient librement de la consulter, ou s'engageraient à lui fournir des informations de gestion qui seraient traitées par une cellule spécialisée et à accepter des modalités de conseil. Le diagnostic des difficultés pourrait donner lieu à l'intervention d'experts techniques ou financiers agrées d'un commun accord, à la mise en place d'un suivi, voire à l'intervention de dirigeants temporaires lorsque la mutation nécessaire de l'entreprise doit s'accompagner d'un changement d'équipe dirigeante. Le projet aborde donc très vite le domaine du traitement tout en reprenant un ancien projet. Le financement des interventions pourraît être à la charge des entreprises sans exclure des contributions des banques ou des collectivités locales. Deux expériences de dispositifs de ce type sont en cours sous l'égide des commissaires à l'industrialisation dans le Massif Central et le Nord - Pas-de-Calais.

Le dispositif légal de prévention et de détection dont la nécessité de mise en place n'est curieusement contestée par personne serait basé sur des obligations légales nouvelles de contrôle judiciaire car l'administration constate que le redressement est bien souvent une gageure à travers les procédures judiciaires. Les sociétés, du moins celles de taille moyenne devraient établir semestriellement de nouveaux documents comptables prévisionnels, sans doute un compte d'exploitation et un plan de financement prévisionnels. Le contrôle de la gestion serait renforcé et servirait de procédure d'alerte par l'intermédiaire des Commissaires aux Comptes et du Comité d'entreprises. L'intervention des Commissaires aux Comptes serait étendue à d'autres sociétés que les S.A.. Leur mission s'étendrait aux nouveaux documents. Les nouvelles modalités de leur désignation et des conditions d'exercice de leur profession leur assureraient une plus grande autonomie dans l'entreprise. Ils pourraient signaler par écrit aux dirigeants les faits révélant une dégradation : les fameux clignotants (1). Si rien n'est fait, ils informeraient les actionnaires ou les associés avec éventuellement un recours auprès du Tribunal de Commerce. L'information du comité d'entreprise sera élargie. Le C.E. disposera des mêmes moyens d'alerte que les commissaires aux comptes.

Il semble aussi utile d'obliger les entreprises déficitaires à reconstituer plus rapidement et plus complètement leurs fonds propres.

Traitement des difficultés

Le projet prévoit une refonte complète des procédures collectives avec notamment la fusion des diverses procédures en une seule permettant des modalités de solutions différentes.

Le moratoire amiable

Après le diagnostic permettant de découvrir les premiers symptomes de difficultés, des mesures de redressement seront mises en place. Sous l'égide du Tribunal de Commerce, un moratoire amiable pourra être réalisé avec les principaux créanciers, au vue d'un audit et des mesures de redressement envisagées. Ce n'est

... / ...

(1) Les clignotants sont tous les signes annonciateurs des difficultés.
Le rapport Sudreau cite : - Le report renouvelé d'échéances, - la notification d'un protêt, - le non-paiement de cotisations fiscales ou sociales, - l'ommission des publications légales dans les délais prévus, - le licenciement collectif d'un certain pourcentage des effectifs, - la perte des trois quarts du capital social, - trois exercices successifs déficitaires.

que la légalisation de pratiques clandestines actuelles. Ce moratoire remplacerait la suspension provisoire de poursuites. Le C.E. serait informé de cette procédure qui restera cependant secrète. Le rapport Sudreau prévoyait qu'une telle procédure pourrait être déclenchée sur des critères précis par tous les partenaires de l'entreprise, chef d'entreprise, créanciers, C.E., Président du Tribunal de Commerce.

La procédure judiciaire unique

En cas d'échec de cette procédure, ou lors d'une cessation des paiements, une procédure judiciaire désormais unique serait ouverte. Elle commencerait par une expertise si elle n'a pas encore été faite, et la consultation de toutes les parties intéressées aux difficultés. Durant cette période de "curatelle", l'expert élaborerait ensuite une solution économique et sociale pour sortir des difficultés. Les créanciers seraient regroupés en une masse ayant un mandataire ; L'industriel serait dessaisi ou assisté par un administrateur provisoire neutre par rapport aux intérêts conflictuels. Un mode de financement répondant à des critères bancaires particuliers dûs aux risques plus importants durant la période de "curatelle" serait mis en place, en parallèle avec la suspension des suretés des créanciers privilégiés.

La solution de la procédure se matérialiserait en un projet d'entreprise débouchant soit sur une liquidation de l'entreprise effectuée par le mandataire des créanciers sous contrôle judiciaire, soit sur une cession partielle ou totale de l'actif social, conduite par l'administrateur provisoire sous contrôle judiciaire, soit la continuation sous tutelle de l'exploitation sous la forme d'un concordat, les anciens dirigeants pouvant être écartés. Les contrats de travail pourraient être suspendus sans être rompus avec prise en charge des salaires par les Assedic.

Le comité d'entreprise serait informé et entendu par le juge avant le jugement.

Les auxiliaires de justice

Ces projets font intervenir différents auxiliaires de justice, les experts dont la compétence devra être garantie par une commission, les "syndics" mandataires des créanciers et les administrateurs provisoires dont les fonctions deviennent bien distinctes. Les statuts de ces deux dernières professions, objets de nombreuses critiques actuellement seront réformés. Notamment, leur recrutement sera revu ; ils seronts agréés par une commission nationale ce qui permettra d'éviter que leur nombre soit insuffisant comme actuellement. Leur rémunération, jugée trop libérale pour les conditions actuelles pourrait être prise en charge par l'entreprise ou par certains organismes publics, ou encore par un fond alimenté par les entreprises et les banques. Elle tiendrait compte de l'importance de l'affaire en jeu.

Les Tribunaux de Commerce

Ces réformes devraient être accompagnées d'une modification de la carte des Tribunaux de Commerce dont la composition pourraît être aménagée. Dans le but, pour les réformateurs, de renforcer ces juridictions et d'accroître leur efficacité, il pourraît être envisagé d'y introduire des magistrats professionnels, d'établir un échevinage qui existe déjà en Alsace et en Lorraine. Le président, juge professionnel, serait assisté de deux juges consulaires, les fonctions de juge commissaire pouvant être confiées à un juge d'instance. Le parquet garderait ses prérogatives actuelles.

... / ...

Le droit pénal

Enfin la réforme envisagée du droit pénal comporterait un volet sur le droit des affaires. Elle irait vers une dépénalisation ne conservant que les délits les plus importants, abus de biens sociaux, détournement d'actif, escroquerie, fraude fiscale, abandonnant les petits délits comme les retards dans le dépôt de bilan, ou dans la convocation des assemblées générales...

L'esprit de la réforme pénale

Mr. Cosson, Conseiller à la Cour de Cassation a déclaré dans un colloque que, sur les 140 délits de la loi sur les sociétés commerciales, on pourrait ne conserver que l'abus de biens sociaux. Sans être aussi radicales, les réformes prévoient une dépénalisation du droit des affaires. En effet l'inflation pénale qui peut sévir dans le domaine des entreprises en difficultés "émousse le glaive de la justice" en poursuivant des personnes qui ne "le méritent pas" nécessairement. Beaucoup de délits méritents l'indulgence : le non dépôt de bilan dans les 15 jours n'est que la conséquence de la volonté du chef d'entreprise cherchant à sauver son entreprise à tout prix. La comptabilité est mal tenue -intentionnellement- car le débiteur ne paye que les créanciers les plus dangereux pour retarder sa chute. Beaucoup de petits délits sont poursuivis mais ne présentent pas d'efficacité dissuasive. La réforme prévoirait de se limiter aux délits graves actuellement pousuivis. Certaines autres infractions pourraient être utilisées comme le dépôt de faux bilan pour bénéficier des procédures préventives (1)

La suppression des petits délits présente cependant un inconvénient pour les magistrats. Ils servaient de délits-obstacles. Ils étaient facilement utilisables pour poursuivre certains industriels dont les méthodes de gestion paraissaient repréhensibles mais contre lesquelles il n'existait encore aucune preuve. Les délits ne seront surement pas enlevés de la panoplie des infractions car ils sont considérés comme des indices de délits plus graves.

La dépénalisation est sans doute la solution adéquate pour désemcombrer les tribunaux de nombre de petites affaires qui les occupent en leur prenant. beaucoup de temps.

II 4-C L'esprit des réformes

Ces réformes s'inscrivent d'abord dans la réconnaissance que l'entreprise concourt à l'intérêt général. Le rapport SUDREAU donnent trois "fonctions d'intérêt général" : elle est créatrice d'emplois, elle est le moteur de la croissance et par là du progrès par l'investissement, elle assure la fonction de production et de distribution dans la société. Le but noble de cette réforme est de "faire converger l'intérêt de l'entreprise et les aspiration de la collectivité". Cette notion de fonctions d'intérêt général assurées par l'entreprise est très présente chez tous les intervenants autres que l'industriel.

L'enquête dans l'Ouest de la France -mentionnée au paragraphe sur les industriels- montre que la plupart des acteurs ont des aspirations proches dans l'esprit de la réforme ci-dessus. Mais les industriels qui souhaitent pourtant être aidés afin de déceler ou plus tôt les difficultés sont plus réservés. Ils exigent en particulier à tous les niveaux d'intervention une discrétion absolue nécessaire à la confiance des partenaires. Ils veulent être seuls à pouvoir tirer la sonnette d'alarme.

... / ...

(1) Une affaire de cet ordre est en cours. Un dirigeant est poursuivi pour avoir présenté des documents comptables faux afin de bénéficier d'une suspension provisoire des poursuites.

Le rôle des experts

Tout le monde demande la révision des fonctions d'expert-comptable et de Commissaire aux Comptes. Bien que chacun affiche une certaine condescendance vis-à-vis de la comptabilité, les experts en comptabilité sont réputés pouvoir tout savoir sur l'entreprise à travers les comptes. Ils tirent sans doute leur prestige presque mythique de l'absence de tout autre langage que la comptabilité pour décrire l'activité industrielle. Il n'existe guère d'autres éléments que financiers et comptables, si ce n'est ce que dit le dirigeant pour apprécier une activité. Une confiance presque absolue dans les travaux des experts existe chez les juges, comme il a été montré dans le chapitre précédent mais aussi dans l'administration qui propose que toute action industrielle ou judiciaire sur une entreprise en difficulté soit conditionnée par une expertise préalable. C'est peut-être sous-estimer les deux inconvénients de l'expertise : elle nécessite un temps très long. Son statut est ambigu : un bilan à un moment donné, et son moyen, l'instruction des dossiers, mène parfois au delà du bilan, à la suspicion des moyens employés, voire des personnes. Une tendance existe à confier à l'expert presque un rôle de "juge" de l'activité industrielle, privilégiant l'instruction sur le bilan. C'est pourquoi vient l'idée de cellules spécialisées examinant composantes industrielles et commerciales. Il existe des modèles de ces cellules comme les ingénieurs conseil des grandes banques qui ont fait les preuves de leur efficacité ; pourtant, les experts ne travaillant que sur dossiers ont une tendance générale à ne prendre en compte que les actifs strictement matériels (1). De plus, il arrive que les experts soient des personnes ayant échoué ou en fin de carrière, ils prennent trop d'affaires et sont débordés. Un commissaire aux comptes peut travailler pour 400 entreprises sans compter une autre activité. Leur rôle central dans le nouveau dispositif n'est acceptable que si leur formation leur donne une expérience réelle du monde industriel.

Conseil aux Industriels : secret et liberté d'action

L'autre pivot de la prévention et de la détection est la personnalité indépendante chargée de conseiller les industriels. Sa force résidera essentiellement dans son extériorité à tout système industriel ou administratif. Monsieur Y, qui a remonté de nombreux affaires comme personne extérieure, temoigne de la réalité de cette force, en particulier vis à vis des personnels. La création de ce "médiateur" se rapproche de l'idée d'un "comité de sages" souvent cité comme la solution adéquate. D'autres ont proposé d'élargir des "CODEFI" au patronat, au syndicat et aux collectivités locales pour en faire un point de rapprochement pour les partenaires intéressés à la négociation. Il aurait un rôle analogue à celui assigné au tribunal de commerce dans le rapport Sudreau.

Au niveau de la détection, la majorité des interlocuteurs estiment qu'aucune information ne devrait être transmise aux fournisseurs. Pour la prévention, interviennent les cellules spécialisées. Les chefs d'entreprises voudraient que le résultat des diagnostics ne soient communiqué aux diverses instances (Tribunal de Commerce, CODEFI, Direction du travail) qu'avec leur consentement et non pas automatiquement. Plus généralement, la mise en place de modalités d'aides aux entreprises pose un problème de morale industrielle. En simplifiant, on propose aux entrepreneurs "d'être volontaires pour quelque chose d'obligatoire", d'être volontaires pour des conseils directifs. Les industriels sont d'accord pour être aidés bien qu'ils soient peu au courant des procédures et aides pouvant actuellement être mises à leur disposition. La logique de l'entrepreneur impose que celui-ci se sente libre de tous les choix qu'il fait pour sauver son entreprise. Aussi la mise en place d'un suivi et la possibilité d'intervention de dirigeants temporaires seront ressenties comme des intrusions dans leur compétence par les entrepreneurs qui ne l'accepteront sans doute pas. La présence d'une haute autorité morale disposant

.../...

(1) Voir le paragraphe sur les industriels.

d'une cellule d'étude des problèmes économiques permettrait surtout de familiariser les industriels avec les cabinets de conseil en gestion qu'ils utilisent peu en France. La consultation par les industriels ne peut être que volontaire. Pourtant si cette institution fonctionnait correctement, elle permettrait peut être des reconversions d'activités utiles et peut être plus facile que la crispation actuelle sur de vieux outils.

La prévention et l'utilité sociale de la faillite.

Le mot "prévention" indique déjà le danger des interventions extérieures dans le monde des entreprises. Les économistes ne savent pas dresser la fonction d'utilité sociale de l'entreprise en tenant compte de son rôle micro-économique et de sa rentabilité potentielle. Aussi les dispositifs que l'on cherche à mettre en place visent à gêner les évolutions en essayant de maintenir en vie toutes les entreprises.

Les difficultés puis la mort des entreprises ne sont pas ressenties comme porteuse d'une utilité sociale suffisante de restructuration, d'épuration ou de renouvellement du tissu industriel. Les moyens de prévention révèlent une crainte devant toutes les incertitudes que représente la disparition d'une entreprise : qui reprendra l'activité ? Quel concurrent en profitera ? Que deviendront les ouvriers ?... Les dispositifs veulent empêcher que quelqu'un fasse prendre à la société le risque de voir disparaître une cellule économique dont on connaissait la valeur fut-elle négligeable.

x Exemple du CIASI

La même appréciation peut être portée sur les structure visant à aider financièrement les entreprises. Le CIASI formalisa à ses débuts des consultations qui cherchaient à restructurer des activités très atteintes. En prenant de l'ampleur les buts premiers dévièrent. Les entreprises dont les dossiers arrivent au CIASI ne sont plus seulement des "pestifèrés" ; le CIASI recherche des montages pour faire redémarrer au moins momentanément des entreprises. Malgré ses résultats le CIASI est réformé en CIRI dont le but est analogue dont les défauts seront probablement les mêmes. Le CIASI anesthésiait, parfois, au moindre coût des problèmes préssants.

x Les moyens de prévention déjà existants

Cette volonté des administrations de mettre en place un dispositif pour prévenir les difficultés est-elle justifiée ? Il existe, dès avant l'instauration de ces structures, des systèmes de détection. Déjà, l'entrepreneur voit le plus souvent arriver les difficultés. Toutes les actions qu'il entreprend alors et qui le conduisent parfois aux infractions à la loi, en sont témoins. Même s'il n'en réfère pas au tribunal de Commerce ou aux actionnaires, les commissaires aux comptes sont conscients en général des difficultés. Des cellules de conseil en gestion, en morketing, sur les nouvelles technologies existent déjà sous les formes de Chambres de Commerce, des associations professionnelles, de cabinets privés,... Les industriels les utilisent peu. Parallèlement, les banques et la banque de France suivent les dossiers de leurs clients, détectent les difficultés et conseillent souvent les industriels tout comme le préfet ou les sections de base CNPF des départements. Ainsi des structures de "prévention" existent déjà, fonctionnent bien si les entrepreneurs le veulent bien. Pour améliorer ce dispositif ne suffirait-il pas de chercher à éduquer à plus utiliser ces moyens ? Ce pourrait être la mission du "médiateur" fort de son prestige. Mais il faut toujours être conscient que la prévention ainsi conçue concerne surtout les PME.

Les problèmes de grandes entreprises -comme Boussac Saint Frères- relèvent plus de la stratégie industrielle. Les problèmes sociaux liés à leur disparition éventuelle seraient insuportables. Les petits commerçants ne sont peut être pas non plus concernés par des dispositifs lourds de prévention.

.../...

Le traitement des difficultés

Rappelons que la réforme des "traitements" prévoie quatre issues aux difficultés : un moratoire avec les principaux créanciers, un concordat avec tous les créanciers, une reprise extérieure de l'entreprise, la liquidation des biens. Cette nouvelle procédure reprend les solutions existantes mais clarifie leurs buts. La nouveauté réside dans la période de "curatelle". Les solutions actuelles, suspension provisoire des poursuites, réglement judiciaire ne sont critiqués que parce que leur taux de réussite est faible et parce que chacun a l'impression que les affaires à traiter viennent trop tard devant le tribunal de Commerce. Il n'est pas sûr que les procédures projetées ne tombent pas sous le coup des mêmes critiques.

* La curatelle

L'institution de la curatelle est cependant intéressante à analyser. Son instauration laisse supposer deux idées : les industriels ne peuvent assurer par eux seuls la mutation de leur entreprise ; il existe des personnes capables de juger rapidement la situation d'une entreprise et de monter une solution.

Les industriels devant déposer leur bilan sont déjà souvent soupçonnés d'incompétence. Les juges pénaux, les juges commerciaux, les banquiers, les organisations professionnelles que nous avons rencontrés ont reconnus que de nombreux failliis étaient imcompétents. Pourtant les causes de défaillance sont multi ples : les défaillances de clients, des stocks trop importants, la supression de concours bancaires, des frais de personnel trop élevés, succession du dirigeant, une mauvaise comptabilité, des manoeuvres malhonnêtes subies par l'entreprise, une conjoncture défavorable ... Il n'apparaît pas de corrélation claire avec l'incompétence des entrepreneurs, Alain Busnel (1) note que 20 % des défaillances -seulement- "surviennent en raison de l'absence de managers rompus aux exercices de la bonne gestion".

La généralisation de l'aide d'un administrateur provisoire pourra paraître lourde à bien des industriels, du moins si ces administrateurs ne sont pas trop surchargés. Les administrateurs judiciaires parisiens ont une bonne réputation de compétence et d'efficacité. Il est sans doute possible de créer un corps autononme compétent dont la séparation d'avec les syndics sera une clarification nécessaires. Les syndics ne seront plus pris entre les fonctions de défense des créanciers et de représentant du débiteur, fonctions largement antagonistes. Cette séparation et la réforme de leur nombre et de leur rémunération résoudraient beaucoup des critiques dont ils sont l'objet.

* La légitimité du dirigeant

la possibilité d'écarter les anciens dirigeants lors d'un concordat est demandée par les administrations et les banquiers et même le CNPF. Cette éventualité pose la question des droits que peut avoir un dirigeant même fautif sur l'entreprise qu'il dirige. Ce projet de réforme montre que les droits de direction conférés par la propriété des biens sont contestés. L'entreprise est devenue une entité sociale pour la direction de laquelle la possession de biens matériels ne suffit plus. Il faut une légitimité autre, qu'elle soit économique par la réussite dans la conduite des affaires, sociales par l'ascendant personnel du chef sur les salariés, voire politique. Il semble que l'échec personnel puisse suffire à faire perdre la légitimité de la direction d'une affaire et au delà celle de la propriété de cette affaire : le dirigeant pourra être écarté et alors le dirigeant devra perdre les droits conférés par ces parts dans l'affaire. L'administration et plus largement l'opinion publique considèrent de plus en plus que l'industriel est ancré par la possession dans son affaire mais est en même temps quasiment un mandataire de l'intérêt général, social et économique, pour la direction de l'affaire et peut à ce titre être révoqué s'il est incompétent.

... / ...

(1) Conseiller au Cabinet du Premier Ministre ; Les Echos 27 mai 1982, rapport des propositions de réforme du CIASI.

L'expert trouveur de solutions

Le rôle central de la procédure est de nouveau joué par un expert. Celui-ci ferait le bilan mais aussi élaborerait des solutions. Nous avons déjà vu les difficultés du premier rôle. Il existait déjà des spécialistes du deuxième rôle comme le CIASI ou les commissaires à l'industrialisation. Leur action est forcément assez informelle. Ils prennent des contacts divers, permettent aux différents partenaires de se rencontrer. C'est une charge de travail énorme. Ainsi le CIASI dans un domaine proche n'a pu agit que sur 180 dossiers en 1981. L'expérience montre que les solutions de reprise se concoctent entre financiers et entreprises du même secteur. Loin de devoir être extérieur au milieu, le coordinateur de la négociation de reprise ou de concordat aurait avantage à être du métier de l'entreprise -ou à disposer d'une cellule de conseil compétente-. Les deux charges de faire le bilan et de négocier une solution peuvent être contradictoires. L'institutionalisation de la fonction de recherche d'une solution présente un inconvénient. Cela équivaut à donner quasiment le pouvoir de juger à l'expert. Il choisira une solution et le Tribunal de Commerce n'aura qu'à entériner puisque la solution sera unique, presque toujours. Ce serait un manquement dans une procédure contradictoire.

Loin d'être institutionalisé, la recherche de solution doit être l'apanage de chacun, de l'entrepreneur, des pouvoirs publics, mais aussi des salariés. Un rôle d'animation des recherches que les juges commissaires ne remplissent pas toujours est par contre souhaitable. En créant ce rôle d'expert, l'administration cède à la tentation de jouer au démiurge qui, à partir d'une situation, est le seul capable d'en créer une autre meilleure. Tout comme le syndic actuellement, l'expert risque d'être très proche du Tribunal de Commerce et donc de prêter aux mêmes critiques de connivence. D'autre part, le projet ne prévoit pas d'autres juridictions que le Tribunal de Commerce pour juger des problèmes sociaux ou d'opportunité économiques qui sont pendants mais dont nous avons montré la séparation dans le paragraphe précédent.

Le changement de fonction de la faillite et des Tribunaux de Commerce

La nouvelle procédure proposée entérine le fait que la faillite change de fonction. Pour l'instant, la fonction première et traditionnelle du droit de la faillite est la protection des créanciers. Elle n'est pas remplie pour les créanciers chirographaires puisque ceux-ci n'obtiennent rien (dans 91 % des cas). Une fonction plus moderne, déjà entrée dans les faits est celle de réallouer des actifs productifs et des moyens de production, et de maintenir le plus d'emploi possible. En simplifiant, la première fonction se rapportait au "Commerce" ; la deuxième est utile à l'"Industrie". Cette distinction se rapporte à l'ambiguité industriel du rôle du Tribunal de Commerce développée dans le chapitre précédent. La faillite ne règle plus seulement des problèmes commerciaux mais dans la pratique restructure l'industrie. Les observateurs marxistes du phénomène précisent que ces restructuration s'accompagne d'une concentration.

Il est intéressant de donner une perspective historique à ce changement.

C'est par l'ordonnance de mars 1676 que Colbert lia la faillite au commerce en rassemblant sur le commerce de terre, les diverses dispositions applicables à la faillite. Colbert maintenait dans cette ordonnance la compétence des juges royaux. Alors très vite la faillite devint une procédure commerciale réservée aux commerçants. Les tribunaux consulaires en demandèrent donc la connaissance et l'obtinrent le 10 juin 1715. Le phénomène inverse se passe actuellement. La loi du 13 juillet 1967 fait perdre à la faillite sa nature commerciale en revenant à des conceptions plus industrielles et sociales. La contestation des tribunaux consulaires s'inscrit dans un retour à la prédominance des préoccupations de production et d'emploi sur les problèmes commerciaux dans le droit de la faillite. L'Etat a considéré souvent que l'action sur l'outil industriel était dans son domaine d'action.

... / ...

Les tribunaux de commerce, bien adaptés pour les procédures commerciales, les litiges entre créanciers le sont-ils pour résoudre des problèmes industriels ? Tout le courant de pensée administration, S.M., syndicat qui prône comme solution au problème l'échevinage des tribunaux consulaires répond négativement. Pour eux, les juges consulaires sont plus des commerçants que des industriels et sont donc plus sensibles à la défense des créanciers qu'à la recherche de solution permettant de conserver l'outil industriel. Mais la loi de 67 a placé en mauvaise posture les Tribunaux de Commerce en leur imposant de défendre les créanciers en utilisant un droit dont les buts sont quelques peu contradictoires : défense des intérêts commerciaux, maintien d'activités.

De plus dans beaucoup de cas, les juges consulaires ont pris en compte les nouveaux buts sociaux et économiques du législateur avec toute leur conscience. Et les Tribunaux de Commerce ont adoptés bien souvent les solutions proporées par le CIASI -parfois en rechignant-.

L'échevinage ne résout pas le problème. Le prestige des juges professionnels prendra la place du prestige déjà grand des juges consulaires. Mais devant les juges professionnels se poseront le même dilemme, l'extériorité au milieu des affaires pouvant en outre être gênante pour comprendre la pression des créanciers. Comme nous l'avons montré au paragraphe précédent, il manque une juridiction industrielle et une juridiction sociale. L'échevinage ne les crée pas. Il ne peut que rétablir un peu la balance entre les trois composantes que nous avions définis. Les juges consulaires sont par ailleurs d'accord avec une refonte de la carte des juridictions.

L'échevinage qui fait entrer au prétoire commercial un juge extérieur au milieu commercial représente aussi pour ses partisans l'entrée de l'opinion publique dans la personne d'un "non spécialiste". L'échevinage serait un moyen de démocratiser le tribunal de commerce. Ce raisonnement est partiellement faux car les juges professionnels deviendraient eux-mêmes très vite des "spcécialistes" des affaires commerciales comme leurs collègues du pénal.

Certaines personnes ont proposé d'établir une cour tripartite composée de représentants de l'administration, des organisations professionnelles et des salariés. Cette solution permettrait de mettre d'accord les principaux protagonistes qui seraient liés par le jugement, mais elle est refusée par les syndicats qui refusent de prendre la responsabilité d'une décision pouvant comporter des sacrifices sociaux. Elle aurait l'inconvénient de mélanger les différentes composantes évoquées ci-dessus et par là les différents problèmes qui se posent. Toutes ces propositions de réforme oublient que le tribunal de commerce actuel est tout à fait compétent et efficace pour les problèmes purement commerciaux et les dépôts de bilan de petits commerçants ou artisans.

La réforme des modalités de traitement des entreprises en difficultés clarifie la situation actuelle. Cependant elle confond, en leur réservant le même sort, les problèmes des petits commerçants, des P.M.E. et ceux des grosses sociétés. Les réformateurs veulent voir dans les difficultés actuelles des entreprises un problème industriel et social. Ils ne séparent pas ce problème des problèmes commerciaux classiques, ni dans les procédures ni dans les institutions.

L'application de la réforme se heurtera en outre à des difficultés de politique locale : les Tribunaux de Commerce sont des institutions auxquelles, tiennent, les municipalités qui les hébergent. De plus les juges consulaires et les syndics sont des personnalités ayant une influence certaine sur les élus locaux. A quelques mois des élections municipales, de telles réformes peuvent être retardées.

III

RELATION DE LA SOCIETE AU FAIT ECONOMIQUE

"En économie générale, par contre, la "compétence" est partout ; chacun donne son avis, sa solution, ses remèdes avec assurance"

A. SAUVY
La tragédie du pouvoir

"Appelez-moi... Docteur !"

J. ROMAINS
Knock

III - 1

Les entreprises en difficulté sont-elles un problème prioritaire ?

L'examen systématique des acteurs présents autour d'une entreprise, de leur jeu, nous a permis de constater qu'il existe, déjà aujourd'hui, une gamme assez large de moyens de prévention, de détection, de traitement des difficultés. Par exemple, il existe d'ores et déjà un observatoire local de détection des difficultés qui suit l'entreprise de façon très étroite : sa banque. Il est difficile d'imaginer un réseau de surveillance plus dense, disposant -s'il le souhaite- d'une information aussi fréquente et régulière, enfin aussi concerné par la vie de l'entreprise. Pour la prévention des difficultés, il y a souvent à l'échelon du département, plusieurs personnalités jouissant d'une compétence et d'une autorité morale suffisante pour dialoguer efficacement avec le dirigeant : suivant les cas il peut s'agir du Directeur de la Banque de France, du responsable de l'Union Patronale, du Président du Tribunal de Commerce, du représentant du Crédit National etc... Un contact informel, antérieur à toute procédure judiciaire, peut amener un chef d'entreprise à plus de réalisme et aux décisions qui s'imposent. En matière de traitement, les concurrents d'une entreprise en règlement judiciaire sont rapidement avertis de sa chute (par information de bouche à oreille ou par consultation systématique par les pouvoirs publics). Si une volonté de reprise se manifeste alors, les organismes administratifs (CIASI, CODEFI,...) sont là pour l'aider à passer aux actes en réunissant les concours financiers nécessaires. Si une période transitoire entre le dépôt de bilan et le redémarrage est inévitable, on dispose à Paris d'administrateurs judiciaires capables de diriger l'entreprise avec un minimun de préjudices pour elle.

Il existe donc plusieurs instruments disponibles et si on n'y fait pas appel ou si on les utilise inefficacement les raisons peuvent en être multiples : intérêts propres des acteurs, incompétence de certains hommes, manque de lucidité ou de courage du dirigeant, blocages sociaux... L'épais secret, attaché en France à la gestion d'une affaire, joue certainement un rôle néfaste pour le jeu des mécanismes de prévention et de détection dont l'emploi est souvent facultatif (1).

Sur le plan des outils existants, on doit donc modérer les critiques faites au système actuel. On est aussi amené à relativiser le problème économique et social que représentent les entreprises en difficulté en examinant leur poids. Tout d'abord, un tiers seulement des licenciements économiques (environ 30 000 par mois) sont le fait d'entreprises en règlement judiciaire ou liquidation des biens (10 000 par mois). Autrement dit, la majorité des disparitions des postes de travail industriels se fait par élagage dans des entreprises en situation juridique normale, par contraction interne. Il faut aussi remarquer que sur les quelques 17 000 liquidations survenues en 1981 il n'y a pas eu autant de disparitions

.../...

(1) Alfred SAUVY écrit dans "Le Coq, l'Autruche et le Bouc... émissaire" : "La peur de dire, la pudeur est restée étonnament vive... les grandes douleurs sont peut-être muettes mais la mutité peut engendrer de grandes douleurs" (P 98-99).

de l'activité économique car les statistiques annuelles existantes ne s'intéressent qu'à la vie ou la mort d'une entité juridique. On peut en particulier mettre en regard le nombre de défaillances d'entreprises industrielles en 1981 soit 3700 et le nombre de créations dans le même secteur primaire soit 6500. Certes la taille et la vigueur d'une jeune entreprise ne sont pas celles d'une adulte mais ces chiffres témoignent tout de même d'un renouvellement dynamique du tissu industriel. Par ailleurs un assez grand nombre d'emplois sont sauvegardés grâce à l'action des pouvoirs publics (environ 8 000 par mois pour le CIASI, évaluation fin 1981) et ce, à un coût relativement modeste. Le taux moyen d'aide est en effet de 10 000 F/emplois (de 6000 F si on enlève une dizaine de cas très difficiles) alors qu'en 1981 les aides à l'aménagement du territoire (primes de développement régional) étaient de 25000 F/emploi dans les zones les plus primées et 12000 F/emploi dans les régions les moins aidées. On constate en outre que les fonds distribués par le CIASI étaient de 2,5 milliards de francs en 1981 contre 63 milliards pour l'ensemble des aides publiques à l'industrie.

Ayant donc relativisé le poids économique et social des procédures judicaires ainsi que les lacunes du système existant, on peut se demander pourquoi le problème des entreprises en difficulté est perçu et décrit comme très important. Tout d'abord, il est assez humain de se pencher sur les éléments les plus apparents d'une question. Ainsi, en période de crise économique, le drame criant que représente le chômage a amené les partenaires à critiquer ce qui représente un point de passage obligé des entreprises en difficulté : les procédures de justice. Toutefois, nous pensons qu'il faut se garder ici d'un jugement trop radical : le passage en justice ne représente qu'une modalité et en période de moindre croissance, il est inévitable que des entreprises disparaissent. Il est donc peu probable que la modification les procédures ait un effet déterminant sur le problème de fond.

Mais il nous semble qu'il y a une autre grille de lecture des polémiques et des conflits autour des entreprises en difficulté. Ainsi l'entreprise est l'objet d'un conflit d'institutions, en concurrence pour conquérir une parcelle de pouvoir ou d'influence sur sa vie. Cette tendance, déjà ancienne, est certainement renforcée par des circonstances politiques favorables : aujourd'hui l'entreprise n'est plus considérée comme un objet d'intérêt privé à laisser aux seules mains des patrons mais comme objet d'intérêt collectif.

Comme on vient de le mentionner, la conjoncture politique ne vient que favoriser une démarche préexistante qui s'ordonne autour de la constatation que l'entreprise est un enjeu. C'est un enjeu tout d'abord parce qu'elle est en passe de devenir le principal espace de rencontre et d'échange de la société moderne. Elle prend ainsi la place jadis tenue par des institutions telles que la paroisse ou la commune. En particulier, elle est le point de passage obligé de tout les discours idéologiques, notamment politiques, qui touchent par ce biais une audience très large. Elle est aussi le germe naturel de la vie associative car le temps passé en son sein fait que le réseau de relations d'un individu se tisse surtout à l'occasion de son travail. En outre, l'entreprise est également un enjeu parce que c'est l'entité juridique à laquelle on assigne une véritable mission d'utilité publique : soutenir et développer l'emploi. Ainsi, toute une fraction importante de la société ne donne pas à l'entreprise le seul rôle de transformer les biens disponibles en biens consommables, celui de créer des surplus, mais bien plutôt de fournir du travail à la population active.

A ce titre il est important de pouvoir orienter les décisions patronales dans la direction de l'embauche systématique ou du non-licenciement.

.... / ....

Ainsi donc, la conjoncture politique, l'enjeu social que représente l'entreprise traditionnellement et plus encore en période de crise, amènent les divers intervenants à s'intéresser de très près aux entreprises en difficulté. Nous verrons, en outre, que cette attitude s'accompagne d'une fixation sur les instruments judiciaires.

III - 2

MORALITE, VIE ECONOMIQUE ET CONTROLE JUDICIAIRE.

III - 2A) La légitimité de la compétence juridique

A travers la nouvelle perception de l'entreprise comme lieu de rencontre et comme pourvoyeuse d'emploi, chacun dans l'opinion publique se sent intéressé au phénomène industriel. Nous avons observé une convergence étonnante à beaucoup d'acteurs fort divers, au sein de la justice, de l'Etat, des collectivités locales, des syndicats... Tous voudraient intervenir davantage dans l'économie et obtenir une limitation des droits et pouvoirs attachés à la propriété de l'entreprise. Ces attitudes peuvent, nous semble-t-il, être rattachées à l'habitude au moins verbale que le citoyen a maintenant de faits industriels et économiques. Soutenu par l'idée que l'entrepreneur est libre de ses décisions, chacun se fait une idée de ce qu'il ferait s'il était lui-même entrepreneur. De fait, l'action de l'industriel est banalisée : il est devenu un simple gestionnaire, pour l'opinion publique. Cela est cohérent avec la nouvelle mission d'utilité publique que remplit l'entreprise et dont le dirigeant porte la responsabilité. Les problèmes de l'entreprise sont devenus aussi proches du citoyen que les problèmes de la famille. Tout comme le droit de la famille est rendu par des juges professionnels, dont la légitimité vient simplement de leur fonction de juge et non d'une compétence particulière sur les problèmes familiaux, l'opinion générale devient que la légitimité des juges commerciaux ne devrait tenir qu'à leur fonction. En quelque sorte, le juge n'aurait plus besoin d'être "compétent" ; il n'a pas à faire partie du même monde que les problèmes dont il connaît.

Ce phénomène de "despécialisation" d'une juridiction est d'autant plus aisé à instaurer qu'il existe déjà des juges pénaux professionnels qui traitent de problèmes assez proches, touchant tous les citoyens, comme la fraude fiscale ou douanière, mais aussi de problèmes plus spécialisés, ayant trait à l'industrie à travers les procédures contre des dirigeants. La légimité de sévir contre les escrocs est évidente puisque tout un chacun peut en être victime. Mais il est tendant pour des milieux en contact avec les affaires de contester au juge la légitimité de qualifier certaines infractions. Comment peut-il définir des moyens ruineux ou des procédés dilatoires qui ne sont concevables que dans un monde d'incertain et de risque alors que l'univers du juge doit nécessairement être fait de certitude ? Le même raisonnement que précédemment légitime les arrêts du juge pénal car l'homme de la rue est toujours capable d'émettre un avis à posteriori sur des actions comme des opérations financières hasardeuses ou des moyens non orthodoxes de se financer. La légitimité du juge apparaît alors liée à la concordance de ces arrêts et de la normalité définie par l'opinion publique. Une telle constatation révèle un danger : l'institution judiciaire est-elle un véritable rempart pour protéger certains membres de la société -les entrepreneurs- contre la société elle-même ? La lenteur et la tradition judiciaires sont des garanties contre les amputations que pourraît se faire le corps social. Cependant nous allons voir que les condamnations pénales de dirigeants peuvent parfois être interprétées comme le symbole exutoire d'une crise.

... / ...

L'"Industrie", dans un sens très général, joue un rôle central dans notre civilisation. Aussi les industriels, comme les responsables sociaux ou financiers, sont ils des personnages imposants -presque des prêtres- pour l'homme de la rue. Or, les entreprises connaîssent des difficultés, meurent ; mais le citoyen -comme le spécialiste- ne voit pas d'utilité sociale à cette mort. Il perd son emploi "sans raison", il ne voit pas avec évidence un responsable. Pour lui cette mort est injuste et inutile. C'est pourquoi les administrations, les magistrats, les partenaires sociaux parlent, dans les discours sur la prévention, de cette mort avec crainte lorsqu'elle menace, avec incompréhension ou fatalisme dans les tentatives de traitement, parfois même tentent de la nier en faisant survivre certaines activités. Cette mort inexpliquée ne peut venir de la nature, ne peut être "normale". Il faut trouver un responsable. Le personnage le plus vulnérable, témoin de cette mort, est l'entrepreneur qui a failli à sa mission d'assurer des emplois. Il est alors sacrifié à cette mort (1). Le juge pénal est alors, dans cette image, le grand prêtre qui exécute suivant les volontés du Souverain.

Le danger est évident ; les entrepreneurs risquent d'être éliminés. Pour l'éviter et ne pas empêcher les vocations d'industriel de se manifester, il faut bien définir la morale industrielle qui doit être appliquée.

II - 2B) La moralité de la vie économique.

Nous n'aborderons pas la moralité interne au milieu des hommes d'affaires mais la moralité telle qu'elle est définie par la justice. La justice doit gérer les libertés fondamentales en particulier la liberté d'entreprendre. Il nous est apparu qu'en ce moment, l'influence du monde juridique sur le monde économique grandissait. Pour mieux contenir le monde incertain de l'industrie, les autres acteurs cherchent à augmenter les contraintes règlementaires. A cet égard, l'évocation récente par des juristes de l'institution d'un permis de conduire les entreprises nous paraît significative.

Chacun se sentant rapproché dans sa vie des problèmes de l'industrie, l'absence de codification de la morale industrielle, hors la moralisation du milieu des affaires par l'échec, qui était presque la seule norme du XIXè siècle, ne pouvait subsister. En conséquence de nombreuses propositions sur les procédures apparaissent. Tout particulièrement, ces propositions élargissent le nombre d'intervenants dans le monde de l'industrie. D'avantage de recours démocratiques sont demandés afin que chacun puisse exprimer ses positions, puisse intervenir dans les procédures. Les réformes Auroux sont sans doute un premier pas dans cette voie.

... / ...

(1) "Le Roi mort, la tribu désigne son successeur : "Mais je ne suis pas digne..." On le bat à mort. S'il survit, il est roi" (André Malraux, antimémoires) Dans l'épreuve continue qu'est d'être entrepreneur, le succès assure la "royauté" ou l'impunité, l'échec mène à la mise en cause personnelle à la "mort".

Ce renforcement des intervenants autres que les industriels souligne aussi les changements de mentalité et d'habitudes que les industriels devront accepter : soumis aux interventions renforcées des salariés, des administrations... ils devront prendre en compte les problèmes soulevés par ces interlocuteurs. Le changement dans les moeurs des affaires minimise l'importance que doit conserver dans l'entreprise la fonction de génération de richesses, pour l'entrepreneur mais aussi la société. Nous avons même perçu l'oubli de cette fonction chez certains de nos interlocuteurs. L'exacerbation des fonctions sociales voire culturelles de l'entreprise risque de biaiser le fonctionnement de l'industrie et pourrait à terme être incompatible avec les aspirations de prospérité de notre société.

D'autre part, la justice est amenée de plus en plus à juger et trancher au fond sur les questions économiques. Elle est mandatée pour contrôler tous les aspects de l'activité économique. Or, nous avons observé que les contraintes matérielles de l'activité judiciaire (temps limité, formation des juges, analyse à travers le cadre comptable) conduisent les juges à une vision partielle de l'industrie, qui ne permet pas de la comprendre dans toute sa complexité. Plus profondément, le juriste doit raisonner en terme de moralité. L'institution judiciaire vise à assurer et à contrôler un fonctionnement harmonieux et organisé du corps social, à l'image du travail effectué à l'intérieur même de l'institution. Dans quelle mesure cette morale de stabilité presque mécanique est-elle adaptée pour être appliquée aux agents économiques dont les références sont de négociation, de risque autant que de prospérité ou d'équilibre social ? Il ne viendrait plus à l'idée de quiconque de faire apprécier la qualité d'un artiste par une institution judiciaire. L'importance des problèmes sociaux dont l'industriel a partiellement la charge a occulté la part d'apport purement personnel, affectif, inssaisissable, de l'entrepreneur, que personne ne peut jauger, que personne n'a peut être le droit d'évaluer au nom de la société.

Pendant que la société élabore une morale à priori, que devront respecter les industriels, d'autres moeurs industrielles préexistent. Ce dédoublement de moralité est lié aux équivoques sociales et culturelles de l'industrie. Il est inévitable que la confrontation de ces deux morales pose problème. C'est pourquoi les textes et les formalités juridiques prennent de plus en plus de place soulignant l'importance du premier courant. Les textes, la jurisprudence enserrent de plus en plus l'action industrielle en la codifiant. Ainsi apparaît l'influence grandissante des règles, du droit, de la justice dans la vie économique.

Devant l'enjeu que représente l'apparition de cette nouvelle force, les pouvoirs publics, les juges, certains groupes sociaux cherchent à influer sur l'orientation des instruments juridiques.

III - 3

LE DETOUR PAR L'INSTRUMENT JURIDIQUE

Le problème des entreprises en difficulté soulève de nombreux conflits autour du contrôle et de la maîtrise des instruments juridiques qui en traitent. Nous avons expliqué que le but de ces manoeuvres est d'acquérir une légitimité à traiter du fait économique. Mais le détour par l'instrument juridique impose et traduit une certaine logique dans les actions de chacun des intervenants : nous allons examiner ici les multiples acceptions du mot "justice" et les statégies qu'elles entraînent ; puis, en B, comment les discussions s'instaurent autour du triptyque propriété-pouvoir-responsabilité.

Mais, avant d'entrer dans ces développements, il faut souligner le biais qu'introduit un tel détour : pour tous les acteurs économiques, l'enjeu principal devrait être l'amélioration de la santé du tissu industriel. Mais agir sur les tribunaux ou sur les procédures, n'est ce pas se préoccuper plus du médecin ou de sa seringue que de la santé du malade ?

III - 3A) Justice institution ou valeur, contrainte ou garantie :

Institution ou valeur :

Tout au long de nos investigations, une grande confusion nous aparu règnerdans les réformes proposées des instruments juridiques : procédures, tribunaux, juges sont tous à la fois remis en question. Pour les non-juristes que nous sommes, il y a en fait deux catégories de réflexions :

- l'une sur les valeurs que doit défendre et représenter la justice.
- l'autre sur les institutions qui doivent incarner ces valeurs et les faire respecter.

Les valeurs à défendre ne sont pas toujours, on l'a vu, aussi intangibles qu'il peut paraître : dans le cas des procédures collectives, on assiste très évidemment à un glissement de priorité des valeurs commerciales (confiance, paiement en temps et montant...) vers des valeurs sociales (préservation des emplois) ou industrielles (conservation des articles de production). Mais les évolutions sont cependant en général très lentes, surtout lorsqu'elles concernent des notions fondamentales, telle que la responsabilité individuelle : le dirigeant est encore, et pour l'opinion publique et pour le juge, le responsable quasi-unique de la gestion de l'entreprise. La timide remise en cause de ce principe que tentent certains tribunaux de commerce se heurte, on l'a dit plus haut (cf I-3), à la jurisprudence actuelle de la Cour de Cassation.

Cette vitesse variable des évolutions explique que les réflexions s'orientent, en matière de difficulté des entreprises et de recherche de "coupables", naturellement vers les responsables traditonnels (chefs d'entreprise) ; le flou reste ainsi sur la responsabilité de l'Etat, des banques, des salariés et de leurs représentants en la matière.

... / ...

Les institutions, on le sent mais on ne l'explique pas, sont liées aux valeurs mêmes qu'elles défendent. C'est tellement vrai que les magistrats professionnels tirent -disent-ils- leur légitimité non d'une compétence technique, mais de leur représentativité sociale. On comprend alors que l'origine des juges soit considérée comme déterminante pour qu'une "bonne" justice puisse être rendue : si les juges consulaires semblent être à la fois juges et parties dans le monde économique, il faut logiquement les remplacer par des magistrats plus extérieurs aux enjeux. L'incompétence technique serait même, dans ce raisonnement, presque garantie d'une certaine impartialité (cf III-2).

Contrainte et garantie : du rapport de force à l'état de droit.

L'ambiguïté du mot "Justice", déjà présente au paragraphe précédent, est renforcée par l'interprétation différente qu'on peut avoir d'une même action de justice, d'un même texte : que l'on soit salarié ou repreneur potentiel d'une entreprise en difficulté, l'article L 122-12 (1) sera interprété comme une garantie ou comme une contrainte. Plus fondamentalement encore, une plus grande vigilance pénale exercée vis-à-vis des gestionnaires permettrait certainement une "moralisation" du monde des affaires, mais aurait pour contrepartie certaine de décourager certains candidats entrepreneurs, effrayés par les conséquences possibles de l'exacerbation de leurs responsabilités.

En fait, chaque partie est bien consciente de cette dualité contrainte-garantie du droit. Les stratégies adoptées peuvent alors se comprendre comme suit : "Là où le rapport des forces m'est défavorable, je prône l'instauration d'un état de droit, qui sera, pour les autres, contrainte et, pour moi, garantie ; là où il m'est favorable, je demande le moins possible de règles de lois, car elles ne pourraient que limiter mon action".

Donnons deux exemples de cette logique :

- les syndicats ouvriers se trouvent, au moment des procédures collectives, sans grande marge de manoeuvre. Aussi demandent-ils que s'institue un état de droit qui leur soit plus favorable, en particulier en modifiant l'orientation générale des procédures, et en changeant l'origine des juges. A contrario, pour ce qui concerne les conventions salariales, ils sont très opposés à l'idée d'un concordat social, semblable au concordat des créanciers, où seraient définie contractuellement les échéances des abandons ou reprises d'avantages sociaux : ils considèrent en effet que leur position dans l'entreprise leur permet le plus souvent d'exercer une pression leur permettant de "faire monter les enchères" (sic.dit la CGT) en permanence.

- les organismes d'Etat, comme le CIASI, n'ont aucun intérêt objectif à ce que les procédures judiciaires soient trop contraignantes : ayant plus ou moins habitude de les contourner, ils jouent en fait de leur influence, du poids que leur confèrent leur mystère et leur étiquette "Pouvoirs publics".

On peut évidemment renverser tous ces arguments pour comprendre la position des juges actuels des Tribunaux de Commerce, ou celle des magistrats professionnels qui, finalement, tirent leur existance de celle de règles de droit.

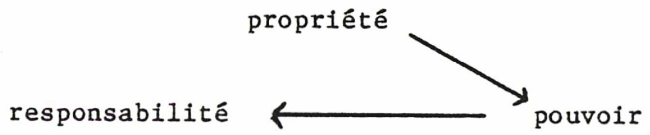
... / ...

(1) Qui pose le principe de la continuité des contrats de travail.

III - 3B) : Propriété, pouvoir et responsabilité :

La notion de responsabilité, on l'a vu, est au coeur même de la logique pénale, et de certaines actions civiles (ex. : action en comblement de passif).

Or, le droit établit un lien très puissant entre pouvoir et responsabilité ; il considère, d'autre part, que la propriété confère des pouvoirs, bâtissant aussi le triangle logique :



Quant à la première liaison (propriété-pouvoir), le droit pénal s'attache à la faire respecter, notamment par toutes les mesures visant à protéger les droits des actionnaires.

Quant à la seconde liaison (pouvoir-responsabilité), le droit en tire la conséquence en désignant le dirigeant comme origine de tous les actes de gestion, donc responsable de tout ce qui peut arriver à l'entreprise.

C'est dans cette construction logique qu'il est possible de replacer les stratégies des différents intervenants, pour remarquer où se situent les points clés des comportements.

Propriété et pouvoir :

Ce lien est de plus en plus contesté par l'opinion publique, et plus spécialement, évidemment, par ceux qui ne sont pas, par fonction, propriétaires d'entreprises. Quelques cas fameux (penser aux différentes affaires Willot par exemple) ont certainement accéléré cette contestation, mais elle est en tout cas cohérente avec la prise de conscience que l'entreprise est davantage et autre chose pour ses employés et l'opinion publique que le patrimoine de quelques-uns.

C'est dans cette ligne de remise en cause que semblent se rejoindre Pouvoirs publics, syndicats, partis politiques et législateur : celui-ci ne prévoit il pas de plus en plus de cas de déssaisissement des actionnaires de leur pouvoir de gestion ? Ceux-là ne poussent-ils pas à l'augmentation de leurs moyens d'intervention, moyens qui ne sont sûrement pas fondés sur la propriété ?

Les remises en cause des juges consulaires nous semblent alors relever de la même logique de diminution des pouvoirs liés à la propriété : être commerçant ne confère plus de légitimité suffisante pour juger d'entreprises en difficulté.

Pouvoir et responsabilité :

Si les intervenants sont nombreux à demander du pouvoir, les candidats à la responsabilité sont en moins grand nombre, d'autant que cette responsabilité peut avoir de graves conséquences judiciaires ou financières. De plus certains groupes sont peu soucieux d'endosser cette responsabilité devant l'opinion publique.

.... / ....

On peut donc dire que certains intervenants auront pour but de prendre le pouvoir sans endosser la responsabilité ; donc de couper le lien que nous évoquons. C'est d'autant plus facile, que la justice est assez désarmée devant les nouvelles formes d'intervention : comment peut-elle concevoir qu'un dirigeant ne dirige pas ? D'ailleurs, si on fait la preuve qu'il ne dirigeait pas l'entreprise, il lui en sera fait grief : il sera taxé de négligence ou d'incompétence.

Tout le jeu, pour ces nouveaux candidats au pouvoir sans responsabilité, sera donc de ne pas apparaitre comme dirigeant (1), ce qui leur sera facilité par leur absence de personnalité (au sens juridique du terme) : qu'est-ce-que l'"Etat" ? Ou "les salariés" ? Alors que "M. X, dirigeant" est beaucoup plus palpable, définissable.

Responsabilité et propriété :

C'est là un lien que le droit n'établit qu'indirectement. On peut s'interroger, cependant, s'il n'est pas dans la logique des évolutions constatées de le créer à priori : si l'on affaiblit le lien entre propriété et pouvoir, si par ailleurs on coupe le lien entre pouvoir et responsabilité, il faudra bien toujours trouver des "responsables" à tout ce qu'on appellera des erreurs. Reste donc la solution de créer, quasiment ex-nihilo, le lien propriété-responsabilité.

Ne retrouve-t-on pas là le but que certains sociologues assignent à l'institution judiciaire : désigner des bouc-émissaires ? Les propriétaires, gardant l'apparence de dirigeants, seraient socialement plausibles dans ce rôle.

Derrière la remise en cause des droits du chef d'entreprise, se profile donc la volonté qu'ont des intervenants divers de casser l'enchaînement logique propriété-pouvoir-responsabilité. Mais est-il vraiment possible et souhaitable d'extraire le pouvoir et de laisser les deux autres éléments ? Toute la question est de savoir si quelqu'un acceptera, un jour, des responsabilités sans pouvoirs...

(1) C'est peut-être un des arguments qui poussent les organisations ouvrières à ne pas être très favorables aux Coopératives Ouvrières de Production, ni à une participation directe des salariés dans les formations de jugement économiques.

CONCLUSION

Tout au long de ce travail, nous avons essayé de cerner, de définir l'activité et les enjeux de tous les groupes qui ont un discours sur les entreprises en difficulté. Nous avons ainsi mis en évidence l'émergence récente d'acteurs dont la légitimité d'intervention ne trouve sa source ni dans la propriété ni dans la responsabilité, ce qui les différencie totalement des agents traditionnels du monde économique.

Cette disparité de statuts s'accompagne aujourd'hui d'une absence de régulation des différentes actions engagées ici et là. Les groupes analysés dans ce mémoire en sont bien conscients, mais ne voient -et ne désirent peut-être- aucun moyen de gérer par eux-mêmes leurs interactions.

Ils se tournent donc vers une solution extérieure : celle de l'institution d'une juridiction "miracle" qui trancherait leurs conflits et leurs contradictions. Notre schéma d'analyse nous amène à nous interroger sur une telle démarche : chacun a-t-il bien conscience des différents problèmes (1) qui se posent dans une entreprisse en difficulté ? Certes notre grille montre des vides juridiques et il paraît tentant (2) de vouloir les remplir. Mais elle montre aussi quelle disparité de traitement se trouve entre les quatre domaines : interventions systématique et formalisée pour les créanciers, intervention aléatoire, informelle, dans les autres cas.

Aussi pensons-nous que les débats sur la forme à donner à telle ou telle juridiction seront prématurés, voire vains, tant qu'ils n'auront pas été précédés d'une réflexion approfondie sur les objectifs, les priorités, la hiérarchisation, la régulation des quatre niveaux d'analyse proposés. Cette réflexionrenvoie évidemment à une explicitation de ce que la société attend aujourd'hui des entreprises, et de l'activité économique en général. Elle force aussi à repenser des notions traditionnelles, telles que celles de responsabilité, de pouvoir et de propriété, et à envisager toutes les conséquences que pourrait avoir un contrôle judiciaire accru sur la vie économique.

(1) Nous avons distingué 4 types de problèmes : commercial, financier, industriel, social.

(2) Notamment pour des magistrats professionnels.

BIBLIOGRAPHIE

I Ouvrage de référence : "Histoire de la grandeur et de la décadence de César Birotteau" (H. de Balzac)

II Autour de la Juridiction Commerciale

1 - Les procédures mises en oeuvre par la juridiction commerciale :

- "La pratique du Règlement Judiciaire - Liquidation des biens - Faillite - Banqueroute" par J.F. MARTIN, collection "Ce qu'il faut savoir", J. DELMAS et Cie 1968.

Cet ouvrage contient les quatre textes de base (lois et décrets de 1967) et une explication systèmatique mais simplifiée de ceux-ci.

- "Règlement judiciaire et Liquidation des biens" par G. BORD, Manuel DALLOZ de droit usuel, 1969. Cet ouvrage contient quatre textes de base de 1967, les deux textes sur la publicité du privilége du Trésor. Ceux-ci sont expliqués plus en détail que dans le MARTIN avec notamment des arguments de jurisprudence.

- LOI n° 67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes ; JOURNAL OFFICIEL DU 14.07.1967.

- DECRET n° 67-1120 du 22 décembre 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens et la faillite personnelle ; JOURNAL OFFICIEL DU 24.12.1967

- ORDONNANCE n° 67-820 du 23 septembre 1967 tendant à faciliter le redressement économique et financier de certaines entreprises - JOURNAL OFFICIEL du 28.09.1967. Il s'agit du texte sur la SPP.

- DECRET du 31 décembre 1967 en application de cette ordonnance.

2 - Jurisprudence Commerciale :

- "La faillite dans la jurisprudence" par R. RODIERE et C. FOURNIER aux LIBRAIRIES TECHNIQUES, Paris 1974.

- Arrêt du Tribunal de Commerce de Rouen, 10 mars 1981, déclarant l'Etat dirigeant de fait dans l'affaire de LA CHAPELLE DARBLAY Recueil DALLOZ-SIREY.

3 - Analyse statistique des procédures collectives :

- "L'application du droit de la faillite - éléments pour un bilan" par le CREDA (Centre de recherche sur le droit des affaires de la Chambre de Commerce et d'industrie de Paris) aux Librairies Techniques, Paris 1982.

.../...

4 - Analyse monographique de l'action de la Justice (essentiellement la juridiction commerciale) sur l'industrie :

- "Justice et entreprises en difficulté -Echec de la gestion ou gestion de l'échec ?" Par Michel COUETOUX et Fortune DI RUZZA, publié pour l'Université des Sciences Sociales de Grenoble par LA DOCUMENTATION FRANCAISE, Paris 1980.

Cet ouvrage comporte une bonne analyse du comportement des différents acteurs et s'articule autour de sept études de cas d'entreprises en difficulté.

5 - Sur les syndics et administrateurs judiciaires :

- DECRET n° 55-603 du 20 mai 1955, JOURNAL OFFICIEL du 22.05.1955 indiquant les conditions d'exercice de ces professions.

- DECRET de Mai 1959 au JOURNAL OFFICIEL du 10.06.1959 sur les professions de Syndics et d'administrateurs judiciaires, notamment leur rémunération.

6 - Sur les pouvoirs récemment renforcés du parquet (et du Tribunal de Commerce) :

- LOI n° 81-927 du 15.10.1981 relative au droit d'action du ministère public dans les procédures collectives d'apurement du passif des entreprises, JOURNAL OFFICIEL du 16.10.1982.

- DECRET n° 83-327 du 9 avril 1982 modifiant diverses dispositions règlementaires relatives aux procédures collectives d'apurement du passif des entreprises et modifiant l'article 425 du nouveau code de procédure civile - JOURNAL OFFICIEL du 11.04.1982. Il s'agit du décret d'application de la précédente loi.

- "Le Prince" chez les "Marchands", par JF. BOIRON, LA GAZETTE DU PALAIS du 8.05.1982. Il s'agit d'un article de doctrine sur les aspects juridiques de l'action du parquet au Tribunal de Commerce.

III Action pénale :

- Recueil de doctrine et typologie en droit pénal des affaires :
  "Droit pénal des affaires" (tome 1 : les infractions)
  (M. DELMAS-MARTY PUF-THEMIS 1981)

- Textes sur la banqueroute :
  - Code de Commerce : loi du 13.07.1967
    Articles 126 à 142
  - Code Pénal : articles 402 à 404

- Procédure : Code de Procédure Pénale
  Articles 704 à 706-2 "De la poursuite, de l'instruction et du jugement des infractions en matière économique et financier".

- Etudes : "Contribution à l'Etude de la délinquance économique"
  (Le Ninivin et Chaumette ; Centre de droit des affaires de l'université de Nantes ; 1975)

  "Délinquance d'affaires et justice pénale"
  (Lascoumes ; Service d'Etudes pénales et Criminologiques ; Ministère de la Justice 1980)

.../...

- Circulaires du Ministère de la Justice :

  - 13.02.78 (contrôle des fonctions de commissaires aux comptes)

  - 30.04.80 (relations avec le CIASI)

  - 21.10.81 (orientations de politique criminelle)

- Conférences à l'E.N.M. :

  La Criminalité financière (M. GONDRE 1978 ; TGI)

  La Méthologie de l'instruction financière (M. GONDRE 1978 ; TGI)

  Détection et preuves des infractions financières (M. GONDRE ; TGI)

- Arrêt du 21.01.1970 (Cass.Com, Société Cassegrain C. Garnier) indiquant que la Cour ne saurait mettre en cause le bien fondé d'un acte de gestion -Jurisprudence de la Cour de Cassation 1970 n° 16541.

IV - Divers acteurs :

- Les experts-comptables : "La reprise des affaires en difficultés" (Revue française de comptabilité ; Juillet-Août 1981 ; n° 116)

- Le CIASI : "L'approche des affaires en difficulté par le CIASI" (Article de M. de FAUCON de revue Banque n° 413 , Janvier 1982)

- Sur les rapports entre le CIASI et les Tribunaux de Commerce, voir les arrêts :

  - du 6.10.1980 Tribunal de Commerce de PARIS dans la revue BANQUE de Décembre 1980.

  - du 24.02.1982 du Tribunal de Commerce de PARIS dans l'affaire ARMAND THIERY ET SIGRAND.

- Le Syndicat de la Magistrature : nos 87 et 88 de la revue "Justice" (Octobre 1981 à Janvier 1982)

- Les banques :

  - "La responsabilité civile du banquier dispensateur de crédits" par Michel VASSEUR aux Editions BANQUE

  - Arrêts de la Cour de Cassation (Chambre Commerciale) du 7.01.1976 et du 9.05.1978 retenant la responsabilité du banquier.

.../...

V - Rapports au gouvernement

Il s'agit des études visant à préparer des projets de loi sur la réforme de l'entreprise.

- Rapport SUDREAU -7.2.1975 - LA DOCUMENTATION FRANCAISE

- Rapport MONTARNAL -1975- pour la Chancellerie

- Rapport CHARPENTIER

- Projet de loi sur la prévention et le traitement des difficultés des entreprises -Novembre 1977- Chancellerie

- Rapport GOMART -Octobre 1979- Sur la reprise des entreprises en difficulté, pour le ministère de l'Industrie

- Rapport de la Commission du Bilan -1981- LA DOCUMENTATION FRANCAISE

Il existe également une enquête faite en 1981 auprès de praticiens dans l'Ouest de la France :

"Amélioration des procédures vis-à-vis des entreprises en difficulté", étude effectuée par l'Association pour le développement industriel de l'Ouest-Atlantique, Immeuble Neptune, 44000 NANTES.

Liste des personnes rencontrées

1 - Magistrats :

M. Borra	Ministère des transports
M. Bruneau	Substitut du Procureur de la République de Nantes
M. Chambeyron	Section financière du Parquet de Paris
M. Culié	Vice-Président au Tribunal de Grande Instance (Tribunal de Paris)
M. Delafaye	Secrétaire Général du Parquet de Paris puis détaché à la Commission de la Concurrence et de la Consommation
M. Laffon	Président de chambre au Tribunal de Commerce de Paris Nous avons aussi rencontré les magistrats de sa chambre.
M. Lagabrielle	Juge au Tribunal de Commerce de Paris
M. Le Gunehec	Procureur de la République de Paris puis Conseiller à la Cour de Cassation
M. Mallet	Président du Tribunal de Commerce de Nantes
M. Marcchi	Substitut du Procureur de la République de Paris, détaché au Tribunal de Commerce
M. Tacchella	Adjoint du Procureur de la République de Paris pour les affaires économiques et financières, puis Conseiller à la Cour de Cassation

2 - Auxiliaires de Justice

Me. Chassagnon	Administrateur Judiciaire du ressort de Paris
Me. Chevrier	Syndic à Paris
Me. Collet	Syndic à Nantes
Me. Poudenx	Avocat à Paris
M . Thorin	Président de la Compagnie Nationale des experts judiciaires -Expert en comptabilité- Commissaire aux comptes

.../...

3 - Dans des entreprises

M. Jeanson	Dirigeant de la société
M. Leroux	Directeur de l'engagement à la Banque Populaire de Bretagne-Atlantique
M. Régent	Président de la SOAF
M. Thiebault	Directeur du Contentieux de la Banque Populaire de Bretagne-Atlantique
M. ...	B.N.P.

4 - Syndicats et Organisations professionnelles

M. Aynard	Syndicat de la Magistrature
Melle Caffy	CNPF
M. Hauguel	CGPME
Mme Jacek	CGT
M. Murcier	CFDT
Mme Taganopaulos	CFDT

5 - Membres de l'Administration

Melle Aubert	Direction des affaires civiles et du Sceau à la Chancellerie
M. Audureau	Secrétaire du CODEFI de Loire-Atlantique
M. Biot	Cellule d'analyse industrielle Ministère de l'industrie
M. Chaigneau	Rapporteur du CIASI
M. Darbonneau	Trésorier Payeur Général de Loire-Atlantique
M. Deraison	Rapporteur du CIASI
M. Giraud	Commissaire adjoint à l'industrialisation de l'Ouest-Atlantique
M. Kron	Direction interdépartementale de l'industrie des Pays de la Loire
M. P. Lyon-Caen	Cabinet du Garde des Sceaux
M. de Montgolfier	Directeur des affaires criminelles et des grâces à la Chancellerie
M. de Rosen	Secrétaire Général du CIASI
M. Voisard	Commissaire à l'industrialisation de l'Ouest-Atlantique

.../...

5 - Divers

Mme. Bunaudière	Journaliste - Le Nouvel Economiste
M. Latapy	Association pour le Développement industriel de l'Ouest-Atlantique
M. A. Lyon-Caen	Professeur à l'Université de Nanterre. Centre de recherche des relations professionnelles.
M. Murat	APRODI
M. Prudhomme	SOFIREM (Organisme de reconversion industrielle créé par les Charbonnages de France)
M. Riveline	Professeur d'Economie à l'Ecole des Mines de Paris

S O M M A I R E

Introduction		p. 1
Chapitre I	"Une galerie de portraits"	
I-1	Les industriels	p. 5
I-2	La juridiction pénale	p. 13
I-3	La juridiction commerciale	p. 20
I-4	Les auxiliaires de justice	p. 34
I-5	Les banques	p. 40
I-6	Les syndicats	p. 47
I-7	Acteurs administratifs et para-administratifs	p. 51
Chapitre II	De la confrontation des acteurs à une grille d'analyse du système	
II-1	Décalages	p. 56
II-2	Deux exemples de conflit autour des entreprises en difficulté	p. 61
II-3	Une grille d'analyse des conflits	p. 67
II-4	Les propositions de réforme	p. 73
Chapitre III	Relation de la société au fait économique	
III-1	Les entreprises en difficulté sont-elles un un problème prioritaire ?	p. 83
III-2	Moralité, vie économique et contrôle judiciaire	p. 86
III-3	Le détour par l'instrument judiciaire	p. 89
Conclusion		p. 93
Bibliographie		p. 94
Liste des personnes rencontrées		p. 98
Sommaire		p. 101