

**TOULOUSE
CAPITOLE**
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

*RAPPORT DU CONSEIL D'ANALYSE ÉCONOMIQUE RELATIF AUX « ENJEUX
ÉCONOMIQUES DU DROIT DES FAILLITES »*

FRANCINE MACORIG-VENIER, MARIE-HÉLÈNE MONSÈRIÉ-BON, CORINNE SAINT-ALARY-
HOUIN

Référence de publication : Revue des procédures collectives n° 6, Novembre 2013, alerte 23

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

RAPPORT DU CONSEIL D'ANALYSE ÉCONOMIQUE RELATIF AUX « ENJEUX ÉCONOMIQUES DU DROIT DES FAILLITES »

L'IAST (*Institute for advanced study in Toulouse*), laboratoire d'excellence de l'université de Toulouse 1 Capitole et le Centre de droit des affaires de cette même université ont organisé, à Toulouse, le 23 octobre, une conférence-débat sur le rapport du Conseil d'analyse économique, élaboré à la demande du Premier ministre, par les professeurs Guillaume Plantin, David Thesmar et Jean Tirole sur les « enjeux économiques du droit des faillites ».

Cette rencontre présidée par Paul Seabright, directeur de l'IAST, a permis de croiser les regards des économistes et des juristes sur le traitement de la défaillance des entreprises.

Le professeur Tirole a, tout d'abord, présenté les principaux axes de réflexion des rapporteurs en insistant sur la nécessité, selon eux, de réformer le « droit des faillites » français qui constituerait une exception par rapport aux droits étrangers. Cette exception française tient, a-t-il expliqué, à la faible protection des créanciers dans les procédures par rapport à la préservation des autres parties prenantes et, notamment, des actionnaires. Par ailleurs, l'idée selon laquelle la préférence donnée aux actionnaires par rapport aux créanciers contribuerait à l'objectif de sauvegarde de l'emploi ne correspond à aucune évidence empirique (ou raison théorique). Pour les auteurs de cette note, « cette singularité nuit à la capacité de financement des entreprises, notamment petites et moyennes, et *in fine* à l'emploi » car le traitement des créanciers dans les procédures les dissuaderait d'accorder du crédit. Elle laisse trop de pouvoir aux associés qui, d'une part, ont une part de responsabilité dans la situation de l'entreprise et, d'autre part, ont des facultés d'appréciation altérées par cette même situation. Il conviendrait donc de « réformer le droit des faillites de manière à le rendre plus efficace au sens où il préserverait mieux la valeur de l'entreprise ».

Pour atteindre ces objectifs, les rapporteurs après avoir procédé à une analyse économique de la défaillance, très fine et approfondie, ont émis six propositions de réforme :

faire de la maximisation de la valeur totale de l'entreprise l'objectif privilégié des procédures collectives ;

dans le cadre des procédures de redressement judiciaire et de sauvegarde, classer les créanciers en fonction de leur rang et mettre la décision finale entre les mains de la classe pivot, constituée par les créanciers qui n'ont pas d'intérêt particulier à la continuation et à la prise de risque comme les actionnaires, ni à la liquidation comme les créanciers les mieux protégés ;

réduire le pouvoir de négociation des actionnaires dans les procédures en amont de la liquidation judiciaire ;

créer la possibilité d'opter au moment où le crédit est accordé pour un régime dérogatoire d'administration séquestre ;

préférer à une réforme de la justice consulaire un rôle accru des magistrats professionnels dans le droit des faillites ;

redéfinir les superprivilèges, infléchir le droit des groupes, poursuivre la suppression des stigmates des faillites et favoriser une convergence européenne pour limiter l'arbitrage réglementaire.

La richesse de ces propositions a suscité des réactions des intervenants de la table ronde (ont participé à cette table ronde des praticiens : M. J. Picard, président du tribunal de commerce de Toulouse, M. P. Rossi, magistrat à la Chancellerie, M. C. Leguevaques, avocat au barreau de Paris et des universitaires, les professeurs F. Cherbonnier, P.-M. Le Corre, F. Macorig-Venier, M.-H. Monsérié-Bon et C. Saint-Alary-Houin) et de l'assistance, réactions toujours intéressées, mais parfois réservées, sur l'opportunité d'introduire de telles modifications dans le droit français des entreprises en difficulté.

Dans la ligne du rapport, un accord est vite apparu sur la nécessité de réfléchir à un droit du travail adapté aux procédures collectives d'autant qu'il a été dit que nombre de salariés préfèrent une indemnisation financière qu'une reprise de l'entreprise dans laquelle ils travaillent. Un consensus s'est également dégagé pour assurer le maintien des sûretés dans les liquidations.

En revanche, il a été objecté que replacer les créanciers au centre d'un dispositif législatif irait à l'encontre de l'évolution historique du droit français qui, quels que soient les régimes politiques, tend à sauvegarder les entreprises en difficulté pour sauver les emplois qui y sont attachés et qui, sociologiquement, est le fruit d'une longue histoire où la défaillance économique, étant conçue comme un échec commercial, il convenait de dédramatiser la procédure et de passer d'« un droit des faillites » au droit des entreprises en difficulté.

En outre, il a été fait remarquer que le droit français n'est pas très éloigné du droit américain, cité en exemple, qui d'ailleurs l'a inspiré lorsque la procédure de sauvegarde a été créée. À certains égards, ce droit se révèle même plus sévère avec les créanciers que le droit français, en ce qu'il paralyse, par exemple, en principe, les revendications et l'exercice du droit de rétention. En revanche, les règles d'établissement du passif, qui ne reposent pas sur les créanciers, contrastent avec celles du droit français.

Plusieurs intervenants ont également relevé que les actionnaires ne sont pas épargnés par les procédures. Ils perdent, le plus souvent, leurs apports dans les liquidations et, s'ils sont dirigeants, sont exposés, sur leur propre patrimoine, par les actions en responsabilité pour insuffisance d'actif. Aggraver leur situation – en les menaçant d'être « rincés » – anéantirait les efforts du législateur et des praticiens pour les inciter à anticiper le dépôt de bilan et irait à l'encontre de la tendance législative consistant à leur permettre de limiter le risque encouru au travers du statut de l'EIRL, notamment. En revanche, un consensus est apparu sur la nécessité de réguler les comportements des groupes de sociétés, les sociétés mères ayant la possibilité de lâcher les filiales implantées en France en toute impunité, ou presque, et cela, au détriment des droits des créanciers. La réponse précipitée apportée par la loi *Petroplus* en mars 2012 n'apparaît pas satisfaisante.

De manière générale, l'idée de prévoir des classes de créanciers – et des créanciers pivots – est apparue intéressante mais d'application réservée aux plans de sauvegarde et de redressement bâtis pour les grandes entreprises. La tonalité globale du rapport a semblé concerner exclusivement des créanciers financiers, ayant prêté à des entreprises de grande taille, alors que les 65 000 procédures collectives concernent, à 95 %, des entreprises de moins de dix salariés.

Sur le plan économique, la volonté de favoriser l'endettement financier, et non la constitution des fonds propres ou le recours au crédit fournisseur, a suscité des réserves. Le postulat de base, selon lequel la protection des créanciers dans les « faillites » les conduirait à prêter plus aisément aux PME en amont, a semblé également illusoire à certains, la preuve de cette corrélation n'étant pas établie de manière incontestable. Un droit des sûretés efficace a cependant été souhaité dans les liquidations tout en proposant une neutralisation des garanties dans la sauvegarde, chemin déjà exploré par la loi de sauvegarde et l'ordonnance de 2008 qui pourrait être approfondi.

En définitive, dans le contexte de crise actuel, un renforcement de la protection des créanciers est apparu peu réaliste et il a été dit que les réformes envisagées sont moins tournées vers les États-Unis que vers les autres pays européens au travers, notamment, de la réforme du règlement insolvabilité n° 1346/2000 du 29 mai 2000.

Néanmoins, malgré les différences d'approche entre juristes et économistes, ces regards croisés ont été enrichissants pour les deux disciplines et ont conduit tous les participants à souhaiter un approfondissement de la réflexion dans l'avenir.