

## L'ETAT ET LES ENTREPRISES EN DIFFICULTE

PAR

Marie-Jeanne CAMPANA

*Professeur à l'Université d'Amiens*

Un exemple de droit privé me paraît illustrer de manière très topique le rôle de plus en plus important de l'Etat dans des mécanismes qui jusqu'à une date relativement récente étaient considérés comme relevant d'intérêts strictement particuliers : les procédures collectives — domaine particulièrement sensible où se nouent et s'opposent de nombreux intérêts.

Pour mieux comprendre cette évolution, partons de la conception du Code de commerce de 1807, sans qu'il soit besoin de remonter plus haut dans le temps. Nous sommes au XIX<sup>e</sup> siècle ; le capitalisme a fait son apparition et se développe ; quelques scandales financiers ponctuent la naissance de ce siècle. Le droit — mais non l'Etat — réglemente la procédure ouverte contre le commerçant qui ne paie pas ses dettes avec une exemplaire sévérité : il faut punir, et même éliminer, celui qui ne joue pas les règles du jeu des affaires, et en même temps, il faut assurer le paiement des créanciers en les organisant, en les rassemblant, en évitant que ce paiement ne soit, comme en droit civil, le prix de la course. La procédure présente donc deux caractéristiques essentielles : elle est collective pour assurer le paiement des créanciers ; elle est sanctionnatrice pour punir le débiteur qui ne paie pas normalement ses dettes. Seuls sont protégés, on le voit, des intérêts d'ordre particulier et privé. Ce qui n'est pas sans rappeler la société civile d'Adam Smith, société marchande, société d'économie d'échange où les intérêts en présence s'harmonisent d'eux-mêmes sans que l'Etat ait à intervenir. Seul intervient le législateur pour assurer un minimum de réglementation et protéger le jeu de la concurrence en neutralisant ceux qui ne le respectent pas.

Toutefois cette conception des procédures collectives ne résista pas à l'évolution politique, économique et sociale du XX<sup>e</sup> siècle. On vit appa-

raître parmi les créanciers des organismes qui ne défendaient pas des intérêts d'ordre privé ou particulier : l'extraordinaire accroissement du rôle de l'Etat dans les mécanismes économiques s'est accompagné d'une corrélative augmentation de ses besoins. Le Trésor a vu ses privilèges s'étendre non seulement par la multiplication des impôts, mais également par l'élargissement de leur assiette. De sorte que la place de ce créancier dans les procédures collectives devint de plus en plus considérable ; au point d'ailleurs de fausser le mécanisme de ces procédures puisque muni d'un privilège de bon rang le Trésor se mit à primer les autres créanciers, les chirographaires, naturellement, mais aussi les créanciers munis de sûretés réelles. L'accroissement et les progrès de l'aide sociale engendrèrent le même phénomène, les dettes sociales venant en concurrence avec celles du Trésor au plus grand détriment encore des autres créanciers. Par ailleurs, les salariés qui jusqu'alors subissaient le sort commun, ont obtenu du législateur une bienveillance grandissante et donc une situation de plus en plus privilégiée. Certes ils défendaient un intérêt éminemment privé : une créance alimentaire, mais dont le non paiement peut engendrer des troubles sociaux et donc des perturbations de l'ordre public.

Progressivement donc, le droit des entreprises en difficulté est devenu le terrain où s'affrontent des intérêts particuliers et où l'intérêt général est de plus en plus concerné. Comment d'ailleurs l'Etat, dans le type d'économie qui est le nôtre, pourrait-il rester indifférent à la disparition d'entreprises ? L'intérêt général n'est-il pas touché par le trouble que cette disparition cause à l'économie ? L'ordre social n'est-il pas heurté par la disparition d'emplois ?

Il fallut cependant attendre la réforme opérée par la loi du 13 juillet 1967 pour que l'idée de protéger l'entreprise soit légalement consacrée. Malgré l'évolution économique dont les saccades furent parfois dramatiques, malgré les grandes conquêtes sociales de la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle, il paraît pour le moins surprenant qu'il ait fallu attendre 1967 pour qu'au moment de la défaillance du débiteur, heure de vérité, heure cruciale où se durcissent les conflits, on ait songé à régler d'autres problèmes que celui du paiement des créanciers. Jusqu'alors, et malgré un contexte économique et social en pleine mutation, le droit des faillites continuait de régler des conflits d'ordre strictement privé. La preuve la plus éclatante peut être fournie par le critère qui présidait au choix entre règlement judiciaire et faillite. Si le chef d'entreprise était honnête, victime de circonstances économiques, on lui octroyait la faveur du règlement judiciaire. Cette procédure pouvait se terminer par le concordat, c'est-à-dire le maintien du débiteur à la tête de son affaire et la survie de l'entreprise. En revanche, si le chef d'entreprise était malhonnête ou avait été particulièrement imprudent la faillite était prononcée. Cette procédure ne pouvait se terminer que par l'union, c'est-à-dire la vente, la dispersion des biens de l'entreprise, sa disparition. En d'autres termes, l'entreprise économiquement viable dirigée par un malhonnête homme devait disparaître ; tandis que celle qui n'avait aucune chance d'être redressée mais dirigée par un homme auquel rien ne pouvait être reproché,

se voyait octroyer tous les moyens pour assurer sa survie. Choix économiquement aberrant mais intéressant par la philosophie qu'il révèle : l'entreprise est bien la « chose » privée de son propriétaire et doit subir le même sort que lui, sans aucune considération d'ordre général ou social.

En 1967 enfin on se décide à considérer le sort de l'entreprise indépendamment de celui de son dirigeant. C'est l'idée essentielle de la réforme. Des préoccupations d'ordre économique apparaissent donc dans la loi : il faut sauver les entreprises viables. Pour cela le juge prononcera le règlement judiciaire qui se terminera nécessairement par un concordat. Cette procédure ne sera plus déterminée par l'attitude du dirigeant ; seules seront prises en considération les possibilités de redressement de l'entreprise. Si l'entreprise ne peut être sauvée, la liquidation des biens sera prononcée et elle se terminera par l'union, comme l'ancienne faillite. Le choix se veut donc neutre, amoral. Quant au dirigeant, selon qu'il a ou non commis des fautes, le juge prononcera ou non contre lui la faillite personnelle. Et même, il pourra être évincé car l'homologation du concordat consenti à une personne morale est subordonnée à l'éviction du dirigeant contre lequel a été prononcé la faillite personnelle ou une sanction voisine. On peut noter le changement de vocabulaire qui manifeste le changement de finalité de la loi. La sanction n'est plus le but premier. Le mot infamant de finalité de la loi. La sanction n'est plus le but premier. Le mot infamant personnel et non plus patrimonial.

Toutefois si l'on songe à sauver l'entreprise parce que l'on s'est décidé à prendre en compte l'intérêt général et social, on songe tout autant à assurer le paiement des créanciers. Le redressement de l'entreprise ne passe pas par le sacrifice de leurs droits. Mais pouvait-on maintenir un équilibre entre l'intérêt général — survie des entreprises viables — et les intérêts particuliers des créanciers ?

Le législateur de 1967 a pu en avoir l'illusion. Les années 60 ont été des années de belle prospérité économique et les défaillances touchaient souvent des petites et moyennes entreprises, plus rarement des grosses. On sait combien depuis 1973, à la suite du premier choc pétrolier, l'économie occidentale s'est trouvée ébranlée et fragilisée, combien notre économie française a mal résisté à la crise. Les défaillances ont atteint des entreprises importantes qui semblaient jusqu'ici à l'abri de toute difficultés. Des « empires » se sont effondrés — et la presse s'en est largement fait l'écho. Des secteurs entiers de l'économie ont été frappés, les chantiers navals, la sidérurgie, l'imprimerie, le textile, laissant des milliers de salariés sans emploi, soumettant notre économie à une concurrence internationale féroce. Chiffres significatifs : le nombre des procédures est passé de 9 000 en 1968 à plus de 25 000 en 1984 ! Comment imaginer que dans ce contexte le droit des procédures collectives reste un droit essentiellement protecteur d'intérêts privés et particuliers ? Comment imaginer que l'État, garant de la paix sociale et de l'intérêt économique général reste indifférent à ces désastres et à leur inévitable cortège de malheurs ?

La réforme de la loi de 1967, devenue désuète et inadaptée, s'imposait donc. Il fallait reconstruire, redéfinir les finalités de l'institution, ses fondements, le rôle de chacun des partenaires. Il fallait passer du droit des faillites au droit des entreprises en difficulté, selon l'heureuse expression de notre collègue Jean Paillusseau. Le droit des procédures collectives est alors devenu un véritable instrument de la politique économique et sociale du Gouvernement. Ceci est net dans la loi du 25 janvier 1985 relative au redressement judiciaire des entreprises en difficulté. Mais c'est encore plus net dans le rôle que joue l'Etat auprès d'entreprises en situation difficile qui ne relèvent pas encore des tribunaux.

Examinons rapidement ces deux stades.

## I

Lorsqu'une entreprise connaît des difficultés mais qu'elle n'est pas encore en état de cessation des paiements, elle peut trouver auprès de l'Etat des aides déterminantes pour son avenir.

Depuis 1982 les aides publiques peuvent être accordées par trois séries d'organismes qui se situent à trois échelons différents. A l'échelon départemental c'est le CODEFI, comité départemental d'examen des problèmes de financement des entreprises, qui est compétent. A l'échelon régional se trouve le CORRI, comité régional de restructuration industrielle. Quant au CIRI, comité interministériel de restructuration industrielle, il se situe sur le plan national. L'intervention de ces différents organismes est fonction de la taille de l'entreprise ou de la gravité des difficultés. Composés de fonctionnaires, parmi lesquels on trouve les représentants du Trésor et de la Sécurité sociale, ils envisagent et proposent des solutions de redressement qui peuvent être soit l'octroi de délais pour le paiement des dettes fiscales et sociales, soit — mais les solutions peuvent être cumulatives — l'octroi de certains prêts à des taux intéressants pour le chef d'entreprise. De plus, la loi du 2 mars 1982 autorise les communes, départements et régions à accorder des aides directes aux entreprises en difficulté « sous réserve du respect de la liberté du commerce et de l'industrie, de l'égalité des citoyens devant la loi, ainsi que des règles d'aménagement du territoire définies par le plan ». Il existe donc un véritable « droit administratif des faillites » en amont de la phase judiciaire, et une partie importante des relations entre la puissance publique et les entreprises en difficulté échappe au droit privé.

Cette aide de l'Etat, aujourd'hui de pratique courante, ne répond pourtant pas toujours à des critères de logique économique. Il est évident que toute entreprise n'est pas digne d'être sauvée. On pourrait donc penser que l'Etat va aider les plus dynamiques, celles qui ont le plus de chances d'affronter le jeu de la concurrence, laissant périr celles qui sont destinées à être éliminées par la dure loi du marché. Ce serait oublier que si l'Etat œuvre pour une économie saine, il se trouve également

confronté à des problèmes sociaux, à des problèmes de déséquilibres régionaux et de répartition équitable des richesses nationales. Une entreprise, même non concurrentielle qui disparaît, peut troubler et désorganiser un ordre social régional ou même national. Et l'État ne peut se résigner à la disparition d'entreprises dont la production est indispensable à la collectivité nationale ou régionale, ou qui créent de nombreux emplois dans des régions économiquement défavorisées. En intervenant auprès de certaines entreprises en difficulté, c'est donc une véritable mission de service public qu'accomplit l'État. C'est la raison pour laquelle je ne partage pas l'opinion de ma collègue Danièle Lochak quand elle affirme qu'en réalité l'État ne fait que s'appuyer sur des intérêts privés et arbitrer entre eux. Si l'État préserve des intérêts privés ce n'est qu'une conséquence de choix préalables dont les critères sont le plus souvent la considération de l'intérêt économique général et de la paix sociale. Cela étant, il faut avoir conscience que ces aides faussent le jeu de la concurrence et permettent à la puissance publique de choisir les entreprises qu'elle veut sauver et celles qu'elle abandonne à leur triste sort. À tel point que la question de la compatibilité de ces aides publiques avec les articles 92 et suivants du Traité de Rome reste posée. À tel point que se pose également la question de l'éventuelle mise en jeu de la responsabilité de l'État en raison de son attitude auprès de certaines entreprises en difficulté. Sans pouvoir entrer dans les détails d'un problème riche d'analyses et de controverses, il faut signaler la réaction des magistrats du Tribunal de commerce de Rouen dont la décision du 10 mars 1981 a causé une vive émotion en qualifiant l'État de dirigeant de fait et en engageant sa responsabilité par suite du comportement et des engagements pris par le Gouvernement dans la continuation d'exploitation de la société La Chapelle Darblay, alors en règlement judiciaire. On ne peut qu'approuver cette tentative de contrôle juridictionnel de l'intervention des autorités publiques, seul moyen pour éviter qu'elle ne sombre dans le plus total arbitraire.

Mais cette intervention étatique ne se cantonne pas à cette phase en quelque sorte préalable. Lorsque les difficultés de l'entreprise ont persisté malgré ces aides — ou en raison de leur absence — et qu'il faut passer à la phase judiciaire, l'État continue d'être présent.

## II

Les préoccupations actuelles du Gouvernement se manifestent nettement dans les choix opérés par la loi du 25 janvier 1985. L'article 1<sup>er</sup> énumère les finalités nouvelles de la procédure. Il s'agit désormais de :

- sauvegarder l'entreprise ;
- assurer le maintien de l'activité et de l'emploi ;
- apurer le passif.

Cette liste suscite deux remarques. Tout d'abord, l'ordre des priorités n'est pas indifférent. Mais les deux premiers objectifs sont si étroitement solidaires qu'ils peuvent être placés sur le même plan. En effet, le premier est destiné à assurer le second et celui-ci justifie le premier. En revanche c'est bien en dernier lieu que vient la préoccupation concernant le passif. Ensuite, le changement de vocabulaire se veut une fois de plus révélateur. On ne prétend plus payer le passif mais l'apurer. Or l'apurement ne passe pas nécessairement par le paiement. On est loin des priorités de 1967 : payer les créanciers autant que sauver l'entreprise économiquement viable. C'est donc une véritable mutation législative qui s'est produite dans la procédure nouvelle. D'autant que les finalités nouvelles ne restent pas des vœux pieux. Elles se traduisent effectivement dans les textes nouveaux. Nous n'en donnerons que deux exemples qui nous paraissent significatifs de la préoccupation actuelle de préserver l'intérêt général quitte à lui sacrifier des intérêts particuliers et privés : la détérioration des droits des créanciers, le rôle du Ministère public.

#### A) *La détérioration des droits des créanciers*

Parmi les critiques les plus vives adressées au régime antérieur figurait en bonne place le défaut de paiement des créanciers en pratique. Certaines catégories comme les chirographaires arrivaient à obtenir dans les hypothèses les plus favorables 5 % du montant de leurs créances ! Tout au long des travaux préparatoires le Garde des Sceaux et le rapporteur à l'Assemblée nationale avaient donné l'assurance qu'un remède énergique serait apporté à cette situation. Sans doute a-t-on fini par réaliser que la sauvegarde de l'entreprise et le maintien de l'activité impliquaient des sacrifices puisque la loi nouvelle a délibérément amoindri les droits des créanciers pour assurer le redressement. Il serait long de donner ici la liste exhaustive des atteintes portées à leurs droits et à leurs créances. Nous signalerons les plus significatives :

— Tous les créanciers ayant ou non des garanties doivent subir les délais que leur impose le tribunal dans le plan de continuation de l'entreprise. Auparavant seuls les créanciers pouvaient décider d'en accorder. Désormais leur avis n'est plus demandé. C'est le tribunal qui souverainement impose les délais — sans que le législateur ait fixé de terme — ce qui, la dépréciation monétaire aidant, réduira la valeur des créances.

— Les créanciers hypothécaires dont l'efficacité de la sûreté a déjà été amoindrie par ces délais imposés, peuvent perdre leur droit de suite en cas de cession de l'entreprise.

— Toujours dans la même hypothèse, et également en cas de liquidation judiciaire close pour insuffisance d'actif, les créanciers voient leur créance en principe éteinte sans paiement.

Cet ensemble de mesures porte de telles atteintes aux principes du droit des sûretés et des obligations qu'on peut affirmer qu'il est révolutionnaire. Le contrat qui tient lieu de loi aux parties se trouve modifié autoritairement

par le tribunal dans un de ses éléments importants, le terme, et indirectement dans son montant, sans que les contractants soient même consultés, à seule fin de permettre le redressement de l'entreprise, c'est-à-dire dans l'intérêt économique et social.

Certes, on pourrait objecter que le législateur, en sacrifiant les créanciers, n'a fait que consacrer une situation pratique préexistante. Nous ne le pensons pas. Si le paiement des créanciers avait été une préoccupation véritable, le législateur aurait trouvé des solutions pour parvenir à ce résultat. Dans la mesure où l'objectif premier et prioritaire était la sauvegarde de l'entreprise, c'est délibérément que l'on a fait passer sa réalisation par le sacrifice des créanciers. Un choix devait être opéré : les préoccupations économiques et sociales ont primé sur les intérêts privés et particuliers. La preuve de cette volonté se manifeste également dans le rôle désormais échu au Ministère public.

### *B) Le rôle du Ministère public*

Tant qu'il s'agissait de régler des conflits particuliers entre un débiteur et ses créanciers, le Ministère public n'intervenait pas dans les procédures collectives. Même la loi de 1967 pourtant empreinte de préoccupations économiques ne lui avait fait aucune place. Il fallut attendre la loi du 15 octobre 1981 pour que certaines initiatives lui soient dévolues. Aujourd'hui son rôle est déterminant. Bien que n'étant pas partie au procès, il se présente comme une véritable partie, ayant en plusieurs hypothèses un droit d'appel exclusif. Il est omniprésent dans la procédure, participe aux décisions les plus importantes pour l'avenir de l'entreprise, peut obtenir communication de tout document à tout moment de la procédure, bref, il est un des personnages clefs de la procédure de redressement judiciaire. Le Ministère public est devenu le représentant de l'intérêt économique général.

Cette subordination du droit des procédures collectives à des objectifs de politique économique et sociale semble être un bon exemple de la symbiose qui existe actuellement entre l'Etat et la société civile. Elle manifeste de manière éclatante combien la distinction droit public - droit privé est artificielle et de plus en plus difficilement défendable.