

Origines légales et histoire: quelques remarques à partir de l'histoire des procédures de faillites

Pierre-Cyrille Hautcoeur

EHESS-Ecole d'économie de Paris

Les sciences juridiques et économiques partagent une longue vie commune, dont une large part consiste moins à comprendre le monde social qu'à aider à son contrôle. Au cours de cette vie remplie d'infidélités et de jeux de domination, juristes et législateurs ont longtemps traité l'économie en science auxiliaire justifiant aisément des choix politiques. Plus récemment, l'économie, ayant dans une large mesure unifié ses bases épistémologiques et méthodologiques, renforcé son aura scientifique via un « détour de production » par la modélisation, se propose désormais de relire (et réviser) non seulement des lois particulières mais les systèmes juridiques dans leur ensemble grâce à ses modèles théoriques et à ses instruments empiriques. Sur le plan théorique, cette opération passe par la lecture des droits à travers un petit nombre d'outils conceptuels fortement discriminants. Empiriquement, la comparaison internationale, une des méthodes les plus anciennes et les plus utilisées des sciences sociales est reprise en économie d'une manière systématiquement quantitative. Elle s'appuie le plus souvent sur des bases de données comportant pour chaque pays, et parfois pour chaque année pendant des périodes plus ou moins longues, un certain nombre de variables, le plus souvent quantifiées. Ces méthodes sont utilisées systématiquement par des chercheurs et des institutions internationales pour comparer l'efficacité de politiques économiques. De plus en plus, elles servent aussi à évaluer la qualité des institutions, en proposant comme modèles de référence (« *benchmarks* ») de « bonnes lois » ou de « bonne administration ». Dans une série de rapports de la Banque mondiale intitulés *Doing Business* et publiés à partir de 2004, des recommandations sont tirées de telles études, tendant à recommander aux pays en développement de s'inspirer des systèmes légaux des pays anglo-saxons, au nom de leur plus grande efficacité économique. Ces recommandations ont suscité l'irritation des pays dont les droits étaient jugés moins propices à la croissance, en particulier la France dont les codes ont eu historiquement une grande influence internationale. Rivalité diplomatique et fierté nationale n'étaient pas pour rien dans cette irritation. Le souci de la pertinence et du sérieux scientifique pouvaient cependant suffire à la susciter. En effet, la généralisation de quelques études statistiques à un supposé savoir établi sur les liens entre systèmes juridiques et croissance économique avait été

pour le moins rapide, et un protocole de recherche plus sérieux aurait conduit à plus de prudence, comme les recherches postérieures l'ont montré... mais un peu tard à certains égards¹.

Dans une large mesure en effet, les critiques ont surtout réaffirmé la complexité des systèmes juridiques et de leurs effets, et sont peu sortis d'un face à face entre économie et droit. Dans cet article, nous utilisons un détour par l'histoire pour revenir sur cet exemple qui met en évidence quelques difficultés de la généralisation en sciences sociales lorsque des objets suscitent des approches et des résultats contradictoires de différentes disciplines. Nous concentrons sur le cas particulier mais crucial du droit des faillites, nous tentons de mettre en évidence certains implicites des travaux évoqués précédemment et de proposer des solutions pour compléter leurs lacunes à partir d'une pluralité d'approches historiques dont la complémentarité est soulignée. On verra que cette approche permet d'envisager plus que des nuances par rapport aux résultats initiaux.

Economie du droit

Les rapports *Doing Business* se sont appuyés principalement sur un programme de recherche mené par un petit nombre d'universitaires américains désignés couramment par le sigle LLSV formé des initiales des principaux protagonistes². Les systèmes légaux d'un grand nombre de pays y sont classés dans une typologie à quatre cases : *common law* et droits civils français, allemand et scandinave, un classement qui s'appuie sur l'autorité de l'histoire du droit et du droit comparé. Une analyse statistique permet ensuite de montrer les corrélations existant entre ces « origines légales » et les niveaux de développement financier et économique à la fin du 20^e siècle. L'invocation des origines légales au sens historique est cruciale dans la démonstration, qui a besoin de l'exogénéité du système légal pour que la corrélation implique une causalité allant du droit vers l'économie : la claire antériorité des systèmes légaux, dont les origines sont renvoyées à la fin du Moyen-âge, vaut preuve que ce n'est pas le développement économique qui conduit à de meilleures lois mais l'inverse. Des critiques sont certes possibles : les relations ne sont pas statistiquement très solides, et on peut imaginer l'existence de « causes communes » déterminant à la fois systèmes juridiques et développement économique, et affaiblissant donc la causalité invoquée. Néanmoins, la charge de la preuve a été renvoyée – au moins du point de vue d'influents institutions – aux détracteurs. Reste ce *deus ex machina* historique, qui suscite peu l'inquiétude des économistes ou des hauts fonctionnaires – rarement soucieux d'histoire. Les historiens, il est vrai, n'ont guère été invités à

¹ Ainsi, en France, la formation du programme « Attractivité économique du droit » dirigé par B. du Marais à l'Université Paris-X a résulté de la conjonction de ces différentes irritations. Soutenu par un grand nombre d'administrations et de juridictions, il a conduit à des résultats scientifiques et politiques mais n'a pas permis une rupture qualitative sur le plan intellectuel. Voir http://www.u-paris10.fr/35071663/0/fiche_pagelibre/

² R. La Porta, F. Lopez-de-Silanes, A. Shleifer et R.W. Vishny, "Legal Determinants", et "Law and Finance". R. La Porta, F. Lopez-de-Silanes et A. Shleifer, "The economic consequences of legal origins".

donner leur avis. Pour parler franc, ces travaux invoquent l’histoire, mais ne cherchent pas à l’étudier, ni à l’intégrer dans la démonstration. C’est donc sur ce plan que nous voudrions les interroger.

Auparavant, il nous faut préciser une extension des travaux menés autour de LLSV, qui entre plus dans le détail et dans le concret des relations entre droit et économie, et nous donne l’occasion de choisir le terrain particulier de notre réflexion. Un complément vite reconnu comme nécessaire de l’approche par les systèmes légaux consiste à mettre en évidence *comment* les systèmes légaux affectent la finance et l’économie. Les « origines légales » doivent agir à travers des mécanismes particuliers qu’il est souhaitable d’identifier pour croire à la thèse générale. Mieux, il convient d’examiner non les seules lois, mais la manière dont les acteurs économiques et sociaux s’en emparent, ainsi que celle dont les tribunaux les appliquent. Ceci est particulièrement vrai pour le droit commercial, dont l’usage quotidien par des communautés professionnelles raisonnablement homogènes peut s’éloigner des intentions du législateur.

Cette analyse plus détaillée des législations et des pratiques a donné lieu à des travaux substantiels³. La méthodologie dominante repose sur une enquête auprès des collaborateurs ou des correspondants dans le monde entier de grands cabinets d’avocats d’affaires américains. Elle donne ainsi une part plus importante à la cohérence des cultures juridiques des répondants qu’à leur intimité avec les systèmes légaux dans lesquels ils travaillent, ce qui n’est sans doute pas sans biaiser les résultats. Ceux-ci renforcent en général la supériorité des droits anglo-saxons mais évidemment pas la dimension historique invoquée dans les travaux initiaux. Néanmoins, en spécifiant les domaines précis des législations commerciales que les auteurs jugent cruciales à une économie (moderne) dynamique, ils nous permettent de choisir où faire porter notre propre effort. Parmi les différents champs du droit commercial, celui qui traite des faillites apparaît ainsi comme crucial⁴. Si en effet le respect des contrats est essentiel au bon fonctionnement de l’économie, la manière de traiter les entreprises incapables d’effectuer leurs paiements doit être examinée avant tout. Les codes de commerce vont en ce sens, qui accordent couramment près de la moitié de leur volume aux procédures judiciaires de redressement et de liquidation des entreprises en difficultés.

Historiciser les « origines légales »

Si l’on envisage, donc, de prendre au sérieux l’argument historique invoqué par la démonstration, plusieurs étapes peuvent être envisagées, chacun pouvant donner lieu à un ensemble de recherches. Une première étape, relevant principalement de l’histoire comparée du droit, devrait reprendre à

³ Djankov, S., O. Hart, C. McLiesh et A. Shleifer « Debt enforcement » ; M. Nabayashi et T. Okasaki, “Role of Courts; Davydenko et Franks (2008).

⁴ R. Blazy et Nigam “Building legal indexes” ; S. Claessens et L. F. Klapper, “Bankruptcy around the World” ; S. Claessens, S. Djankov et A. Mody, *Resolution of Financial distress*; S.A. Davydenko et J.R. Franks “*Do Bankruptcy Codes Matter ?*”.

nouveaux frais la question des origines légales, et de leur poids plus ou moins déterminant sur les trajectoires des systèmes juridiques. Peut-on – et spécialement en matière de droit des affaires – considérer que les législations nationales peuvent être, dès l'époque moderne, classées en un petit nombre de types raisonnablement homogènes et différents les uns des autres ? Les transformations postérieures du droit sont-elles cohérentes avec ces origines ? Spécialement, le droit des affaires n'est-il pas fortement homogénéisé à l'échelle internationale par la puissante vague de mondialisation de la deuxième moitié du 19^e siècle ? L'affirmation de spécificités nationales n'est-elle pas alors une manière pour les nationalistes de l'époque – repris de manière peu critique par l'historiographie et les économistes des « origines légale » – de masquer une convergence réelle ? Dans ce cas, la divergence n'apparaît-elle pas au 20^e siècle du fait de l'accroissement du rôle de l'Etat et du repli sur les économies nationales qui résultent des guerres mondiales ? C'est par exemple ce que l'on observe pour les systèmes financiers nationaux qui se singularisent bien davantage au 20^e siècle qu'au 19^e, du fait d'interventions étatiques aux intentions et aux effets très variés⁵. Cette voie de recherche n'a été que partiellement explorée, mais quelques travaux suggèrent un certain scepticisme envers tant l'idée de familles juridiques stables qu'envers la typologie particulière de LLSV, tandis que d'autres soulignent la forte convergence des différents droits européens dès le 19^e siècle en ce qui concerne le droit commercial en général et celui des faillites en particulier⁶.

Un deuxième ensemble de questions relève de la corroboration historique des résultats empiriques établis sur les données contemporaines. Si origines légales il y a, et si elles affectent les performances financières et économiques des nations aujourd'hui, on peut supposer qu'elles les affectaient déjà autrefois, sauf à spécifier une histoire expliquant le contraire (ce qui n'a pas été fait). Reprenant la méthode employée par les initiateurs et les plus réputés des soutiens scientifiques de la thèse des origines légales, quelques études ont cherché à introduire des indicateurs de ces origines dans des études économétriques tentant d'expliquer les différences de niveaux de développement financier et économique au début du 20^e siècle. L'absence d'impact de ces indicateurs suggère que soit les résultats observés sur la fin du 20^e siècle sont accidentels et ne relèvent pas de la causalité entre système légal et performances économiques, soit les échantillons plus larges de pays examinés récemment expliquent la meilleure corrélation observée, ce qui suggère que la relation fonctionne mieux sur certains pays – des pays en développement peu étudiés – que sur d'autres⁷.

Enfin, un troisième ensemble de travaux suppose d'examiner plus en détail l'histoire des procédures

⁵ R. Rajan et L. Zingales, « Great Reversals »; P. Hall et D. Soskice, *Varieties of capitalism*.

⁶ A. Sayag & J. Hilaire, *Quel droit des affaires ?*; J. Sgard « Do Legal Origins Matter ? »

⁷ M. Bordo & Rousseau, « Legal political factors », A. Musacchio « Do Legal Origins », E. Berglöf, H. Rosenthal et E.L. von Thadden, « The Formation ».

de faillite, de comprendre leur position vis-à-vis des règlements privés s'abstenant du recours à la justice, et d'évaluer l'effet de la législation et de la pratique judiciaire en termes d'efficacité économique et de développement financier. C'est dans cette voie que nous nous sommes engagés parce qu'elle nous semblait fournir le complément le plus utile aux approches mentionnées précédemment. Nos recherches ont porté d'abord sur la France du 19^e siècle, puis été élargies dans un souci comparatif à plusieurs pays européens relevant des grandes familles de droits.

L'histoire des faillites en France

Pour passer de l'histoire des lois à celle des pratiques, la première question à résoudre est celle des sources. Les faillites sont des procédures judiciaires qui en France sont traitées par la juridiction spécialisée des tribunaux de commerce, les cours ordinaires ne reprenant leurs droits qu'en appel, et pour la partie pénale lorsqu'une banqueroute est déclarée à côté de la faillite. Les archives des tribunaux de commerce sont conservées aux archives départementales, qui gardent fréquemment les dossiers individuels correspondant à chaque procédure. Ces dossiers très nombreux (le nombre de faillites ouvertes croît approximativement de 3000 à 10.000 par an au 19^e siècle en France, et atteint 30.000 aujourd'hui) contiennent les pièces de la procédure, à commencer par le rapport du syndic nommé par le tribunal pour examiner la situation de chaque entreprise concernée et proposer une solution aux créanciers. Ce rapport parfois très détaillé fournit des éléments intéressants sur l'histoire de l'entreprise avant la faillite (souvent depuis sa fondation), sur le contexte dans lequel elle évolue et sur les causes de la faillite telles que le syndic les perçoit. Par ailleurs, plusieurs bilans sont fournis, en particulier celui que dépose le failli et celui (ou ceux) que réalise le syndic. Ces documents sont propices à une histoire très détaillée de quelques faillites, surtout si on les complète par d'autres sources comme l'enregistrement ou les archives notariales qui permettent de mieux comprendre l'évolution patrimoniale de l'entrepreneur et de l'entreprise en question et leurs rapports (spécialement contractuels) avec leur environnement. De telles études ont été menées par exemple par Philippe Jobert sur quelques faillis dijonnais⁸.

A un niveau un peu plus large, l'examen systématique des faillites d'une ville ou plutôt d'un tribunal durant quelques années permet, en les replongeant dans leur contexte économique et social, de comprendre comment les procédures judiciaires sont une voie de résolution des difficultés économiques et financières parmi d'autres, et sont utilisées à l'encontre de certains acteurs économiques relativement petits ou mal intégrés, tandis que ceux qui sont au cœur des communautés marchandes bénéficient souvent des solutions amiables moins coûteuses symboliquement et pécuniairement⁹. Jean-Pierre Hirsch montre comment durant le premier 19^e

⁸ Ph. Jobert « Naissance et faillite ».

⁹ Voir les travaux pionniers de J.-C. Martin *Commerce et commerçants*, « Les commerçants », et plus récemment

siècle les communautés marchandes du Nord établissent une relation ambiguë avec l'Etat, à la fois autorité rejetée et protecteur revendiqué. Les Chambres de commerce sont le lieu d'élaboration de cette relation, mais la forme néo-corporatiste du tribunal de commerce, où siègent les plus notables marchands (nommés ou élus selon les régimes) qui y exercent l'autorité publique sur leurs pairs, est l'instance qui a leur préférence¹⁰. En utilisant une approche plus quantitative de dossiers de faillites parisiennes de 1850, 1870 et 1900, nous avons montré que les petites entreprises semblaient durablement traitées moins bien que les plus importantes pour l'accès au concordat, même à niveau de dette équivalent, ce qui est sans doute une autre manière de mesurer l'inscription sociale des décisions judiciaires¹¹. Une telle méthode pourrait être affinée et permettrait d'effectuer des comparaisons entre tribunaux.

Généralisation, 1 : les statistiques judiciaires

Ces études locales ou régionales posent en effet naturellement la question de la représentativité des tribunaux examinés et des possibilités de généralisation des résultats les concernant. Une enquête nationale à partir des dossiers individuels de faillite et d'informations de contexte sur les réseaux d'entrepreneurs locaux et les patrimoines patronaux serait un projet considérable qui ne semble pas encore mûr même s'il n'est pas d'une ampleur supérieure à des projets en cours tels celui mené autour de G. Postel-Vinay sur le crédit et les patrimoines personnels au décès¹². En effet, la nécessité de prendre en compte sérieusement les petites entreprises et d'autres difficultés méthodologiques le rendent sans doute plus délicat.

Une solution mieux que provisoire est l'utilisation des statistiques judiciaires. Celles-ci sont collectées partiellement dès le 18e siècle pour observer l'activité judiciaire, mais réellement développées systématiquement dans la première moitié du 19e siècle¹³. Malheureusement, comme leur objectif est principalement administratif, elles ne sont guère adaptées à l'observation des conditions et des conséquences économiques et sociales de l'activité des tribunaux de commerce. Dans une logique d'activité, elles décomptent les procédures ouvertes et closes, ainsi que les conditions de ces ouvertures (à l'initiative du failli, des créanciers ou du tribunal) et clôtures (liquidation ou concordat principalement, avec les dividendes réalisés ou prévus). Elles indiquent également les montants concernés d'après les bilans. Ces informations sont réunies auprès des tribunaux de commerce selon un modèle standardisé très tôt et évoluant peu, et sont publiées au niveau du département, de la cour d'appel ou nationalement selon les cas et les moments. Grâce à

dans une perspective plus juridique T. Noël, *La pratique du droit de la faillite*.

¹⁰ J.-P. Hirsch, *Les deux rêves du commerce* ; sur les Chambres de commerce, C. Lemerrier, *Un si discret pouvoir*, et le collectif *Les tribunaux de commerce*.

¹¹ P.-C. Hautcoeur & N. Levratto, « Petites et grandes entreprises »

¹² Voir par exemple J. Bourdieu, G. Postel-Vinay, P.A. Rosental et A. SuwaEisenmann, « Migrations et transmissions ».

¹³ Deshusses, « Mesurer l'insolvabilité » ; P.-C. Hautcoeur, « Produire des statistiques ».

cette information spatialisée, on peut d'ailleurs affirmer la faible représentativité des études régionales : l'observation des différentes variables disponibles suggère nombre de géographies différentes, soit que les tissus économiques varient profondément, soit plutôt que les comportements des entrepreneurs, des créanciers et des tribunaux aboutissent à des pratiques localement stables mais géographiquement hétérogènes – ce qui à la fois renforce l'intérêt des monographies locales et rend difficile leur généralisation¹⁴.

Ces statistiques ont été utilisées par nombre d'historiens dans une perspective de démographie des entreprises, mais pas pour évaluer l'efficacité du droit¹⁵. Elles autorisent pourtant certains progrès en cette matière¹⁶. Leur utilisation permet de vérifier l'impact de la législation sur les faillites et de comprendre comment les entrepreneurs, leurs créanciers et les juges l'utilisent, dans le cadre plus large de l'ensemble de la législation commerciale. Ainsi, l'abolition de la contrainte par corps de 1867, une réforme motivée par des considérations politiques plus qu'économiques, conduit à des changements importants du côté des faillites, avec une réduction sensible des dépôts de bilan par les faillis et un accroissement des mises en faillite requises par les créanciers. Pourquoi ? Parce que les débiteurs, ne craignant plus que leurs créanciers requièrent leur emprisonnement au titre de la contrainte par corps (qui, on le rappelle, était de droit en cas de non-paiement avéré, comme mesure d'incitation à payer), ne déposent plus leur bilan (acte qui interdisait le recours à la contrainte par corps), ce qui conduit les créanciers à provoquer la faillite. Les statistiques de la justice permettent de vérifier cette transformation, qui est bien statistiquement significative et s'impose même à l'hétérogénéité spatiale des pratiques de faillites¹⁷.

Au-delà de la mesure de l'existence d'un impact significatif de changements législatifs, ce sont les réactions des acteurs que de tels tests permettent de mettre en évidence indirectement, comme l'exemple précédent l'indique. Les modèles théoriques de la faillite comme jeu stratégique entre un créancier imparfaitement informé et un débiteur tentant de réduire sa dette à moindre coût semblent ainsi pertinents parfois très tôt historiquement, au détriment du modèle de « connaissance commune » qui voit les faillites comme décidées collectivement au sein d'une communauté (ou d'un groupe social) maîtrisant l'information nécessaire, modèle peut-être plus adapté aux périodes les plus anciennes ou aux économies locales¹⁸.

Si le modèle stratégique est bien valide, il renforce la légitimité d'une décision confiée légalement avant tout aux créanciers, ce qui est, on l'a vu, le cas partout au 19^e siècle et s'affaiblit seulement au 20^e dans certains pays. Il ne règle pas pour autant le choix que ceux-ci doivent faire entre

¹⁴ P.-C. Hautcoeur et N. Levratto, « Legal versus economic explanations »

¹⁵ Ph. Jobert et J.-Cl. Chevaillet, « La démographie »; L. Marco, *La montée des faillites*.

¹⁶ P. Di Martino, « Approaching disaster ».

¹⁷ P.-C. Hautcoeur & N. Levratto, « Legal versus economic... »

¹⁸ Pour de tels modèles, voir par exemple O. Hart, *Firms, Contracts*; J. Stiglitz « Bankruptcy Laws », F. Cornelli et L. Felli, « Ex-ante efficiency ». Ph. Aghion, O. Hart et J. Moore, « The Economics ».

l'incitation à la prudence ex-ante et le règlement discrétionnaire ex-post. Précisons : une législation, des créanciers et des tribunaux très sévères (emprisonnant les faillis ou les stigmatisant durablement, liquidant systématiquement leur entreprise, poursuivant la récupération de leurs dettes toute leur vie) incitent les emprunteurs à la plus grande prudence et rendent donc probable la récupération de leurs créances par les prêteurs. Néanmoins, une fois la faillite enclenchée, la liquidation systématique n'est pas forcément la meilleure solution pour ces derniers, qui peuvent gagner à laisser l'entreprise poursuivre son existence et rembourser progressivement tout ou partie de ses dettes. La contradiction entre sévérité annoncée et éventuelle mansuétude intéressée a posteriori est inévitable et ne peut qu'être gérée en fonction des circonstances. Or les statistiques des faillites permettent d'observer des différences entre régions et dans le temps dans ce choix, comme dans d'autres. Si l'on suppose que dans des échantillons importants la distribution des entreprises entre des types de situations est similaire (ainsi de la proportion des emprunteurs totalement insolvable comparée à celle des victimes d'un manque passager de liquidités), on peut utiliser les catégories statistiques pour évaluer la « sévérité » relative des décisions et les comportements des différentes catégories d'acteurs.

A mesure que le 19^e siècle passe – et la tendance se poursuit au 20^e – la sévérité de la loi et des tribunaux tend à diminuer : l'emprisonnement initial du failli se raréfie, les réformes de 1838, 1856 et 1889 atténuent la stigmatisation. Les statistiques suggèrent que les créanciers réagissent par une intervention plus stricte, par la poursuite des débiteurs qui hésitent à déposer leur bilan et par l'octroi plus rare du concordat. Cette capacité d'adaptation des acteurs doit elle amener à juger la législation « efficace » ? Un indice externe en est la contestation relativement modérée dont fait l'objet la législation française des faillites après 1838, législation qui ne connaît que des réformes modestes par rapport à d'autres en Europe. Un deuxième élément dans le même sens est le recours croissant aux tribunaux, indice d'un moindre intérêt relatif des solutions amiables pour les parties en présence. Législateurs et juristes insistent sur cette explication de la montée du nombre de faillites¹⁹. La faiblesse du coût des procédures judiciaires devrait aller de pair avec un tel constat. Il n'est malheureusement pas possible d'évaluer l'évolution du coût monétaire du règlement des procédures – les tarifs sont très stables mais les coûts effectifs ne dépendent pas que d'eux (l'essentiel en bénéficie au syndic, souvent accusé de prolonger la procédure et de multiplier les actes, ce que sa formule de rémunération ne l'incite pourtant pas à faire inutilement). Le coût le plus important, du moins tel qu'il est considéré chez les contemporains, est la durée des procédures, ainsi sans doute que l'incertitude qui en résulte. L'efficacité mesurée de cette manière s'améliore, puisque la proportion des dossiers traités chaque année s'accroît sensiblement du milieu du 19^e siècle aux années 1880 avant de se stabiliser, et ce même si la nouvelle procédure de liquidation

¹⁹ Par exemple Ch. Lyon-Caen et L. Renault, *Traité*.

judiciaire (adoptée en 1889) ne remplit pas tous les espoirs mis en elle puisqu'elle ne contribue pas visiblement à réduire ces délais.

Il reste qu'avant d'attribuer les changements de l'efficacité des procédures de faillites à ceux de la législation, il convient d'envisager les autres transformations qui ont pu l'affecter, que ce soit directement ou en déterminant les modifications légales. Le travail, ici, est encore largement à faire. Il consiste, de nouveau, en un appariement géographique des transformations pertinentes de la structure économique et des modifications des indicateurs d'efficacité des procédures de faillites, en profitant de la diversité géographique et des changements dans le temps pour identifier les causalités à l'œuvre. Quelles transformations structurelles devraient-elles faire l'objet de ce rapprochement? Si nous nous cantonnons à la deuxième moitié du 19^e siècle, nous en identifions principalement deux : les modifications du financement de l'économie et celles des formes des entreprises. L'accroissement du rôle du crédit bancaire et le rôle croissant que prennent les banques de dépôt dans sa distribution sont un élément marquant de cette période. Or les banques ont une capacité de collecte d'information très supérieure à ce qui était disponible auparavant pour les créanciers commerciaux à travers des publications comme les dictionnaires des faillites²⁰. Les banques de dépôt sont en mesure de réunir l'information à l'échelle nationale, ce que les banquiers locaux ne pouvaient pas. Parce qu'elles sont spécialisées dans le crédit (à la différence des entreprises prêtant dans le cadre de leurs opérations commerciales), elles devraient jouer un rôle prépondérant dans le règlement des contentieux et réduire les coûts de collecte d'information et de coordination. Si elles devenaient les créanciers quasi-unique, ce qui n'est pas le cas en France en général à l'époque qui nous occupe, les conflits entre créanciers disparaîtraient et elles n'auraient qu'exceptionnellement besoin d'une procédure de faillite pour restructurer une dette, et n'utiliseraient les tribunaux que pour les liquidations. Si elles avaient une connaissance intime des capitalistes et entrepreneurs de leurs régions, elles pourraient l'utiliser pour trouver des repreneurs ou de nouveaux actionnaires pour les entreprises en difficultés, organisant le marché financier liquide qui rendrait les faillites à peu près inutiles. Mais seules les banques locales et régionales ont ce type de connaissance; leur recul au profit des banques de dépôts jusqu'à la fin du 19^e siècle (avant une brève reprise à la veille de 1914) suggère que les tribunaux gardent tout leur rôle, même si ces évolutions sont sans doute très différentes d'une région à l'autre²¹. L'accroissement de la concentration des entreprises et la montée des sociétés par actions jouent quant à eux clairement dans le sens d'une réduction du nombre de faillites, tant la stabilité s'accroît avec la taille – et quoi que fassent parfois les faillites spectaculaires de très grandes entreprises. Les solutions amiables ou les concordats y sont aussi plus fréquentes, car les entreprises complexes valent

²⁰ Par exemple, H.-F. Masclet. *Dictionnaire*.

²¹ G. Bazot, *Financement relationnel*.

habituellement plus que la somme de leurs actifs physiques vendus à l'encan, ce qui conduit à des restructurations plus qu'à des liquidations.

Généralisation, 2 : comparaison internationale

Cet examen rapide des manières d'évaluer la qualité d'une législation dans le cas de la France du 19^e siècle met en évidence l'importance du contexte et de l'adaptation à celui-ci tant de la législation que des pratiques judiciaires. On peut dès lors se demander si ce point est bien pris en compte par les travaux sur les « origines légales ». Ceux-ci, en effet, tentent de démontrer que le système légal d'origine détermine la qualité d'un système juridique, mesurée d'une manière univoque. Une comparaison internationale limitée aux pays cruciaux pour cette thèse et leur élargissant la méthode mise en œuvre ci-dessus s'avère éclairante²². Considérons de nouveau la Belle Epoque et cinq grandes économies européennes appartenant aux trois principales familles légales identifiées par LLSV : Belgique, France et Italie pour le code français, Angleterre et Allemagne. Comme on l'a mentionné, les différences de régime de faillites ne semblent pas ressortir de philosophies du droit radicalement opposées. Elles existent néanmoins. Presque tous ces pays créent de manière quasi-simultanée (à partir de l'exemple belge de 1882) une procédure allégée (la liquidation judiciaire en France) destinée à permettre l'octroi rapide d'un concordat aux meilleurs débiteurs. L'Allemagne cependant s'y refuse, qui a unifié et codifié ses droits régionaux en une procédure simple et robuste en 1877. L'Angleterre, qui différait fortement des autres pays par un rôle presque uniquement liquidateur de procédures de faillites, rapproche en 1883 sa législation des autres en créant une procédure de concordat homologué et un suivi administratif des faillites²³. Les faillis y bénéficient pourtant d'un régime leur permettant de solliciter la décharge de leurs dettes même en l'absence de concordat. L'analyse de ces spécificités (parmi d'autres) rend pourtant difficile la hiérarchisation au regard des critères mis en avant par LLSV. Les études historiques comparatives, rares, ont buté sur la diversité des pratiques judiciaires dans chaque pays²⁴.

Or, grâce à des efforts d'harmonisation qui témoignent des circulations entre systèmes juridiques et du mouvement d'homogénéisation alors en œuvre, des statistiques des faillites raisonnablement harmonisées entre elles existent pour tous ces pays à partir des années 1870 ou 1880²⁵. Reprenant les méthodes présentées précédemment pour la France, il est donc possible au prix d'hypothèses prudentes de comparer entre elles non plus les législations mais les pratiques judiciaires de ces

²² P. Di Martino et P.-C. Hautcoeur, « Bankruptcy law and practice »

²³ J. Sgard « The history of market discipline ».

²⁴ Ph. Jobert et M. Moss, *The Birth and Death*. L'enjeu reste reconnu important, voir P. Fridenson, « Business failures ».

²⁵ E. Yvernès, *L'administration*.

pays²⁶. Des difficultés matérielles se présentent: par exemple, comparer les nombres de faillites, et donc l'attractivité du droit pour les acteurs économiques, est difficile en l'absence de statistiques comparables du nombre d'entreprises et du fait des différences substantielles de structures économiques. De même, les faillites personnelles – déconfitures en France – sont parfois comptées avec les faillites commerciales, parfois séparément; il en est de même pour les sociétés anonymes. Ces difficultés n'empêchent néanmoins pas toute comparaison. Qu'il s'agisse de la durée des procédures, facile à comparer, ou de leur efficacité telle que mesurable par la capacité à allouer correctement les entreprises aux solutions les plus adaptées à leur situation, des résultats assez robustes apparaissent. Les procédures italiennes sont longues et peu efficaces. Les anglaises sont attractives tant par la carotte de la décharge (dont bénéficie un tiers des faillis) que par le bâton d'une prison pour dette imparfaitement abolie, mais pas davantage que les procédures belges ou françaises. Les faillites anglaises restent fortement biaisées en faveur de la liquidation, qui frappe sans doute des entreprises qui auraient pu rester en vie même sous le seul critère du revenu de leurs créanciers. Les françaises semblent allouer les entreprises aux solutions de manière plus équilibrée, par exemple au regard des dividendes obtenus; mais la création de la liquidation judiciaire n'enrichit guère l'offre, et complique plutôt la situation des acteurs. Les belges sont à ces égards similaires ou supérieures. Les procédures allemandes enfin sont rapides mais peu efficaces, et apparemment peu utilisées par les acteurs, ce qui reflète peut-être une offre trop restreinte.

Ce premier examen suggère que les procédures de faillites des pays représentatifs de divers « origines légales » sont difficilement hiérarchisables à partir des critères d'efficacité utilisables. En effet, d'une part ils gardent des orientations différentes: biais anglais pour la liquidation, biais italien pour un concordat généralement inutile à assurer la survie durable des bénéficiaires, équilibre allemand, belge et français entre concordat et liquidation; d'autre part leur efficacité relative dépend fortement des critères utilisés. En soi, ce résultat doit interroger la perspective des origines légales et sa tendance aux classements univoques. On doit pourtant aller au delà: si l'on veut de nouveau comparer les systèmes de faillites aux contextes économiques pour évaluer leur adéquation et donc, autrement, leur efficacité, on doit s'interroger sur les différences structurelles entre les pays en question et sur la manière dont les systèmes de faillites y sont adaptés.

La littérature classique sur les différences entre systèmes financiers suggère qu'une telle perspective est nécessaire. L'efficacité supérieure du marché financier anglais suggère apparemment que le biais « liquidationniste » évoqué précédemment ne pose guère de difficultés, car les entreprises en difficultés peuvent être mises sur le marché sans perte sérieuse. Pourtant, les très petites entreprises ne bénéficient pas de ce marché et souffrent sans doute de ce biais. Leur liquidation est souvent

²⁶ La méthode n'est pas éloignée de celle de T. Guinnane, R. Harris, N.R. Lamoreaux et J.L. Rosenthal, "Putting the Corporation".

imposée par les banques qui, dotées de garanties, exécutent sans états d'âme y compris au détriment des autres créanciers²⁷. L'association de joailliers de Birmingham est d'ailleurs créée pour tenter d'éviter la dépréciation exagérée des actifs qui en résulte lors des faillites, ce qui suggère que les acteurs percevaient le marché comme imparfait²⁸. La loi est en outre biaisée en faveur des grandes sociétés qui obtiennent la création des procédures distinctes d'*involency* beaucoup plus favorables²⁹. En France au contraire, le système est organisé en faveur des PME qui tentent de garder leur autonomie vis-à-vis du crédit bancaire en préservant le crédit commercial (dont les garanties sont en fait supérieures pour le créancier à celles du crédit bancaire), et d'empêcher la création de solutions spécifiques pour les grandes entreprises en soulignant leur proximité avec le vaste monde du commerce. La différence avec l'Angleterre peut aussi s'entendre en termes politiques, quand le suffrage universel français, repris pour l'élection des juges du commerce, implique des solidarités que le système censitaire anglais rend inutiles.

En Allemagne, on peut penser que la moindre centralisation du pays et la proximité entre les banques et les entreprises conduit à des restructurations amiables sous l'autorité des banques, ce qui expliquerait un recours moindre aux procédures judiciaires³⁰. C'est du moins ce que suggère la littérature récente sur le développement financier allemand, lorsqu'au delà de la perspective contestée de Liefman et Gershenkron qui se centrait sur les très grandes entreprises, elle montre la proximité entre entrepreneurs et banquiers au niveau local et régional³¹. Les tribunaux ne traitent dès lors – et efficacement – que d'un petit nombre de cas.

En Italie, le rôle des banques locales joue peut-être également avec la faiblesse du marché financier et le caractère très strict de la loi des faillites en termes d'accès au concordat pour expliquer la préférence donnée fréquemment par les acteurs aux arrangements privés par rapport au recours à des procédures officielles longues et incertaines et dans lesquelles les notables locaux sont moins puissamment présents³².

Considérer le contexte semble ainsi important pour comprendre les caractéristiques et les performances apparentes des différents systèmes légaux: contexte économique en premier lieu, contexte politique également; au risque d'inverser la causalité invoquée par les tenants des « origines légales » et de montrer que les lois commerciales sont produites ou subverties par des acteurs sociaux en fonction de leurs besoins, et ne sauraient constituer dès lors une cause

²⁷ M. Baker et M. Collins « English industrial distress ». Di Martino, « Legal institutions ».

²⁸ F. Carnevali, « Crooks, thieves and receivers ».

²⁹ V. Lester, *Victorian Insolvency*.

³⁰ D. Verdier, *Moving money*.

³¹ R. Liefman, *Beteiligungs* ; A. Gershenkron, *Economic Backwardness* ; pour sa critique, voir en particulier C. Fohlin « Universal Banking » et J. Edwards et S. Ogilvie « Universal Banks »; celle-ci fournit des éléments en faveur d'une thèse plus centrée sur les PME, proposée en particulier par T. Guinnane « Delegated monitors » et F. Carnevali, *Europe's advantage*.

³² S. Cerutti, « Paradigme de l'égalité »; Di Martino, « Approaching Disaster ». M. De Cecco « Piccole omprese ».

indépendante du développement financier et économique.

Conclusion

Cet article a tenté de montrer à partir de l'exemple des faillites comment l'articulation d'échelles et de méthodes différentes permet de discuter et de généraliser un résultat en sciences sociales. Parti d'une thèse radicale sur l'impact des « origines légales » sur les performances économiques, et donc sur le rôle de quelques caractéristiques juridiques particulières sur la qualité des contrats, nous avons pris au sérieux le détour historique invoqué formellement dans cette thèse initiale. Retournant à l'histoire des faillites au 19e siècle, nous avons montré que l'impact du droit ne pouvait être séparé de ses conditions d'application, dont le contexte local est inséparable. Remontant alors en généralité, nous avons employé les statistiques judiciaires pour fonder plus solidement des relations de causalité entre transformations historiques du droit et performances économiques en spécifiant la pratique judiciaire des faillites et en mesurant son efficacité. Elargissant encore la perspective, nous avons montré qu'une telle méthode appliquée à la comparaison internationale permet d'évaluer l'efficacité de systèmes juridiques autrement que par la simple appréciation a priori des caractéristiques formelles des législations. Enfin, nous avons suggéré que la prise en compte des systèmes financiers des différents pays envisagés modifie profondément les leçons à tirer de l'exercice, car les systèmes juridiques et financiers s'adaptent sans doute mutuellement l'un à l'autre, conduisant à l'existence d'une pluralité de solutions nettement différentes mais non hiérarchisables, conformément à la suggestion des théoriciens des « variétés des capitalismes ». Sans que la thèse initiale soit réellement réfutée, elle nous semble alors éclairée d'un autre jour, moins réductrice et ouverte désormais au débat interdisciplinaire³³. Cette articulation des échelles et des méthodes est, à notre sens, une clef de la généralisation en sciences sociales, car elle permet d'affiner les résultats, de vérifier les différentes étapes d'un raisonnement, d'éviter les raccourcis radicaux qui fragilisent les démonstrations et les rendent dépendantes d'outils parfois trop sophistiqués.

Références

Aghion, P., O. Hart, and J. Moore, "The Economics of Bankruptcy Reform." *Journal of Law, Economics and Organization* 8, no. 3 (1992): 523-46.

Baker M. and M. Collins, "English industrial distress before 1914 and the response of the banks." *European Review of Economic History* 3, no.1 (1999): 1-24.

³³ Certains de ses auteurs initiaux ont d'ailleurs reconnu la nécessité de cet élargissement : R. La Porta, F. Lopez-de-Silanes, and A. Shleifer, "The economic consequences".

Bazot, G., *Financement relationnel et développement local : l'expérience française de la Belle Époque (1880-1914)*, thèse de doctorat, Ehess, 2011.

Berglof, E., H. Rosenthal and E.L. Von Thadden, "The Formation of Legal Institutions for Bankruptcy: A Comparative Study of the Legislative History" , *Background paper for the World Development Report*, The World Bank, 2001.

Blazy R. et N. Nigam, "Building Legal Indexes to explain Recovery Rates: An Analysis of the French and UK Bankruptcy Codes," document de travail du LaRGE, Strasbourg, 2011

Bordo, M. D. et P. L. Rousseau, "Legal-political factors and the historical evolution of the finance-growth link." *European Review of Economic History* 10, no. 3 (2006): 421-44.

Bourdieu, J., G. Postel-Vinay, P.A. Rosental et A. SuwaEisenmann, « Migrations et transmissions inter-générationnelles dans la France du 19e et du début du 20d siècle», *Annales*, 55, n°4 juillet 2000: 749-89.

Carnevali, F., "“Crooks, thieves, and receivers’: transaction costs in nineteenth-century industrial Birmingham.” *Economic History Review* 57, no.3 (2004): 533-50.

Carnevali, F., *Europe's advantage: banks and small firms in Britain, France, Germany, and Italy since 1918*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

Cerutti, S., "Paradigme de l'égalité et institutions supra-locales (Piémont-France, première moitié du XVIIIe siècle)", *paper presented to Journées du CRH, Paris, December 4th, 2009*

S. Claessens, S. Djankov et A. Mody (dir.) *Resolution of Financial distress: an international perspective on the design of bankruptcy law*, World Bank Institute, 2001

Claessens, S. and L. F. Klapper, "Bankruptcy around the World: Explanations of Its Relative Use." *American Law and Economics Review* 7, no.1, printemps 2005: 253-283.

Collectif, *Les tribunaux de commerce. Genèses et enjeux d'une institution*, numéro spécial de la *Revue d'histoire de la justice*, 17, 2007.

Cornelli, F. and L. Felli, "Ex-ante efficiency of Bankruptcy Procedures." *European Economic Review* 41, no. 3-5 (1997): 475-485.

Davydenko, S.A. and J. R. Franks, "Do Bankruptcy Codes Matter? A Study of defaults in France, Germany and the UK." *The Journal of Finance* 63, no.2 (2008): 565-608.

Frédéric Deshusses, « Mesurer l'insolvabilité ? Usages statistiques des dossiers de faillite (1673-1807) », *Histoire et Mesure*, XXIII, 1, 2008, pp. 19-41

De Cecco, M. "Piccole imprese, banche, commercialisti. Note sui protagonisti della seconda industrializzazione italiana." In *Atti di intelligenza e sviluppo economico. Saggi per il bicentenario della nascita di Carlo Cattaneo*, edited by L. Cafagna and N. Crepax, 425–49. Bologna: Il Mulino, 2001

Di Martino, P., "Approaching Disaster: A Comparison between personal bankruptcy legislation

in Italy and England (c.1880-1939)”, *Business History* 47, no.1 (2005): 23-43

Di Martino, P., “Legal institutions, social norms, and entrepreneurship in Britain (c.1890-c.1939).” *Economic History Review*, forthcoming.

Djankov, S., O. Hart, C. McLiesh, and A. Shleifer, “Debt enforcement around the world.” NBER Working Paper No. 12807, Cambridge, MA, December 2006.

Edwards, J. et Sh. Ogilvie, “Universal Banks and German Industrialization: A Reappraisal”, *Economic History Review*, 49, n°3, Août 1996, pp. 427-46

Fohlin, C. « Universal Banking in Pre-World War One Germany : Model or Myth », *Explorations in Economic History*, 36, n°4, octobre 1999, 305–343

Fridenson, Patrick, “Business Failure and the Agenda of Business History”, *Enterprise & Society*, 5-4, 2004, p. 562-582.

Gerschenkron A., *Economic backwardness in historical perspective*. Cambridge (Ma.): Harvard University Press, 1962.

Guinnane, T. W., “Delegated Monitors, Large and Small: Germany’s Banking System, 1800-1914.” *Journal of Economic Literature* 40, no.1 (2002): 73-124.

Guinnane, T., R. Harris, N.R. Lamoreaux, and J. Rosenthal, “Putting the Corporation in its Place.” *Enterprise and Society* 8, no.3 (2007): 687 - 729.

Hall P.A. and D. Soskice (dir.) *Varieties of capitalism: the institutional foundations of comparative advantage*, Oxford: Oxford University Press, 2001.

Hart, O., *Firms, Contracts and Financial Structure*. Oxford: Oxford University Press, 1995.

Hautcoeur, P.-C., “Produire des statistiques: pour quoi faire. L’éche de la statistique des faillites en France au 19e siècle” *Histoire et Mesure* 23, no.1 (2008) : 85-136.

Hautcoeur, P.-C. et N. Levratto, “Legal versus economic explanations of the rise in bankruptcies in XIX century France.” Paris School of Economics Working Paper No. 47, Paris, 2007.

Hautcoeur, P.-C. et N. Levratto, "Petites et grandes entreprises face à la faillite en France au 19e siècle : du droit à la pratique" in A. Stanziani et N. Levratto (eds.), *Le capitalisme au futur antérieur: crédit et spéculation en France, fin 18e-début 20e siècle*, Bruxelles : Bruylant, 2011, pp. 199-265

Hirsch, J.-P., *Les deux rêves du commerce : entreprise et institution dans la région lilloise, 1780-1860*. Paris: Editions de l’Ehess, 1991.

Jobert, Ph. “Naissance et faillite d'une banque d'affaires: la maison Bouault, Dijon 1816-1843”, *Revue d'histoire économique et sociale*, 1957

Jobert, Ph. Et J.-C. Chevaller “La démographie des entreprises en France au 19e siècle: quelques pistes”, *Histoire, économie et société*, 5, n°2, 1986: 233-64

Jobert, Ph. et M. Moss, *The birth and death of companies. An historical perspective*, Parthenon publ., 1990.

La Porta, R., F. Lopez-de-Silanes, A. Shleifer et R.W. Vishny, "Legal Determinants of External Finance." *Journal of Finance* 52, no.3 (1997): 1131-1150.

La Porta R., F. Lopez-de-Silanes, A. Shleifer et R.W. Vishny, "Law and Finance." *Journal of Political Economy* 106, no.6 (1998): 1113-55.

La Porta, R., F. Lopez-de-Silanes, and A. Shleifer, "The economic consequences of legal origins." *Journal of Economic Literature* 46, no.2 (2008): 285-332.

Lemercier, C., *Un si discret pouvoir. Aux origines de la Chambre de commerce de Paris, 1803-1853*. Paris: La Découverte, 2003.

Lester, V. M., *Victorian Insolvency: Bankruptcy, Imprisonment for Debt, and Company Winding-Up in Nineteenth Century England*. Oxford: Oxford University Press, 1995.

Liefmann, R., *Beteiligungs- und Finanzierungsgesellschaften: eine Studie über den modernen Effekten-kapitalismus in Deutschland, den Vereinigten Staaten, der Schweiz, England, Frankreich und Belgien*. Jena: G. Fischer, 1921.

Lyon-Caen, Ch. et L. Renault, *Traité de droit commercial*, Paris, F. Pichon, 2e éd. 1897.

Marco, L. *La montée des faillites en France, 19e-20e siècles*, L'Harmattan, 1989.

Martin, J.-C., *Commerce et commerçants de Niort et des Deux-Sèvres aux xviii et xixe siècles d'après les dossiers de faillite*, thèse de doctorat, Ehess, 1978.

Martin, J.C., "Le commerçant, la faillite et l'historien." *Annales* 35, no. 6 (1980): 1251-68.

Mascret, H.-F., *Dictionnaire des faillites*, Paris, l'auteur, 1863-1872

Musacchio A., "Do Legal Origins Have Persistent Effects Over Time? A Look at Law and Finance around the World c. 1900", Mimeo, 2007.

Nabayashi, M., et T. Okasaki, "Role of Courts in Economic Development: A Case of Prewar Japan", CIRJE Working Paper No. F-517, Tokyo, September 2007.

Noël, Tangi, *La pratique du droit de la faillite dans le ressort de la Cour d'appel de Rennes au xixe siècle - Les prémices du droit économique*, thèse de doctorat, Université de Rennes i, 2003.

Rajan, R.G. et L. Zingales, "The great reversals: the politics of financial development in the twentieth century", *Journal of Financial Economics*, 69, n°1, juillet 2003, 5-50.

Sayag, A. et J. Hilaire, *Quel droit des affaires pour demain ?* Librairie Techniques, 1985

Sgard, J., "Do Legal Origins Matter? The Case of Bankruptcy Laws in Europe, 1808-1914." *European Review of Economic History* 10, no.3 (2006): 389-419.

Sgard, J., "The History of Market Discipline: Bankruptcy, Renegotiation and Debt Discharge in England and France (16th-19th century)", Mimeo, 2009.

Stiglitz, J., "Bankruptcy Laws: Some Basic Economic Principles." In *Resolution of Financial*

Distress, edited by S. Claessens and A. Mody, 1-23. Washington: World Bank Institute, 2001.

Verdier, D. *Moving Money: Banking and Finance in an Industrialized World*, Cambridge University Press, 2002

Yvernès, Émile, *L'administration de la justice civile et commerciale en Europe*, législation et statistique, Paris, Imprimerie nationale, 1876.