

# PAYER CE QUE L'ON DOIT... OU S'ÉMANCIPER DE SON DÛ \*

**Pepita OULD AHMED**

« Faire défaut » – expression consacrée (et hautement morale) pour qualifier le non-paiement des engagements financiers par le débiteur – est analysé par la littérature économique dominante comme le résultat d'une mauvaise anticipation des risques et de la conjoncture qui doit alors être sanctionné par la loi de l'économie de marché (c'est-à-dire la faillite). Le défaut de paiement est traité avec la plus grande méfiance : il peut correspondre à un calcul rationnel délibéré de la part de certains acteurs (État, grandes entreprises, banques) qui prennent des risques inconsidérés se sachant protégés de toute sanction économique. C'est le fameux problème de l'aléa de moralité formalisé par la théorie économique (par la théorie de l'assurance) qui trouve un écho très concret dans les politiques d'intervention des institutions économiques internationales, comme le donnent à voir par exemple, au niveau européen, la gestion des aides d'État accordées aux entreprises en difficulté (Lordon, Ould Ahmed, 2006) ou encore la gestion actuelle du défaut de paiement des États européens. La problématique du secours des États en défaut place l'institution européenne face au dilemme suivant : soit elle décide d'un plan de sauvetage au nom de la sauvegarde du bien public (l'euro) menacé par les externalités (risque de crise bancaire systémique et contagion des défauts souverains dans la zone euro), mais soustrait alors l'agent secouru à sa responsabilité économique puisqu'une aide exceptionnelle lui évite le choc de la faillite à laquelle il aurait normalement été conduit ; soit la règle implicite de la responsabilité

---

\* Ce travail publie certains résultats d'un travail de recherche mené avec Frédéric Lordon (Lordon, Ould Ahmed, 2005). Il a été réalisé avec le concours financier de l'Institut Caisse des Dépôts et Consignations pour la Recherche, dont je remercie la responsable scientifique, Isabelle Laudier.

est appliquée et l'agent en défaut est contraint de supporter toutes les conséquences de ses manquements, mais au prix éventuel de la destruction du bien public atteint par les effets externes. On peut voir dans les importantes contreparties (plans d'ajustements structurels) imposées aux pays secourus non seulement l'expression de considérations économiques mais aussi symboliques, sacrificielles et punitives visant à sortir les institutions internationales créancières de ce dilemme et à rappeler aux secourus que l'allègement de responsabilité dont leur fait bénéficier le plan de sauvetage a un coût. Le cas de la Grèce offre un exemple bien malheureux de la dimension économique (bien discutable de l'aveu même du FMI) mais aussi sacrificielle et symbolique de ces contreparties, laquelle se trouve illustrée notamment par la décision du gouvernement de fermer brusquement l'organisme de radiotélévision publique en juin 2013 et de supprimer 2 600 emplois, répondant par là aux injonctions de la part des experts de la Commission européenne, de la Banque centrale européenne et du FMI exigeant des coupes budgétaires et la suppression immédiate de 2 000 emplois comme gage de bonne conduite.

Ces situations de défaut, et les façons diverses dont elles sont accommodées, sont en fait le révélateur d'une question plus fondamentale à laquelle on est conduit, pourvu que l'on accepte de prendre au sérieux l'expression « aléa de moralité ». S'il y a des « aléas de moralité », n'est-ce pas en effet qu'il y a un problème... de moralité en économie. Mais en quoi peut-il consister ? La réponse ici suggérée est que ce problème de moralité renvoie à une morale du paiement, et plus précisément une morale de l'obligation et de la responsabilité. La dette engage et soumet le débiteur à une contrainte de paiement vis-à-vis de son créancier. Si la contrainte de paiement, c'est-à-dire l'obligation de payer ce que l'on doit semble être une règle essentielle de l'économie de marché, ce travail vise à montrer que cette obligation n'a en réalité rien de naturel ni ne s'apparente à une loi du marché.

La morale de l'obligation et du paiement n'est pas présente de toute éternité, elle se constitue historiquement, et d'ailleurs se métamorphose, s'inscrivant progressivement dans des dispositifs juridiques où elle reçoit une codification par le droit. Les principes d'autonomie de la volonté et d'assignation de la responsabilité en sont les éléments centraux. Le premier volet de ce chapitre a pour but de reconstituer la façon dont ces idées d'obligation et de responsabilité se sont progressivement élaborées, et comment, plus précisément, elles ont pris corps dans l'ordre des pratiques économiques. La contrainte de paiement se transforme au gré des sollicitations sociales, des forces et des logiques économiques et extra-économiques qui la façonnent et la déterminent. Prenant pour cas d'étude spécifique le groupe social des entrepreneurs, on verra dans une deuxième

partie comment ceux-ci sont parvenus à assouplir leur contrainte de paiement, à travers un travail d'aménagement de leur responsabilité économique. Ce mouvement d'assouplissement de leur responsabilité est notamment visible à travers les discours économiques et les dispositifs juridiques, comme le droit des faillites et les constructions juridiques des catégories sociales des entreprises, qui définissent les points d'application de la responsabilité et celui de la sanction (en cas de défaut de paiement). La validation juridique de la revendication des entrepreneurs est le résultat d'un travail de longue période de modification des représentations dont ils font l'objet conduisant à une requalification positive de l'image de l'entrepreneur.

### **Qu'est ce qui oblige à honorer ses engagements ?**

Pourquoi le plus souvent les agents honorent-ils leurs engagements et comment tiennent-ils leurs promesses ? La réponse proposée ici suggère qu'au fondement de l'obligation se tient la force du groupe. Au cours du temps, cette force se répartit entre diverses instances et connaît de nouvelles mises en forme. Autrement dit, le mouvement de l'histoire va en faire émerger certaines, dépérir d'autres. Mais se conserve cette puissance morale collective qui ne fait que migrer, c'est-à-dire changer de forme et de lieu. On peut immédiatement nommer les trois grandes instances de la puissance morale collective : le sacré, l'État, la morale publique (autrement dit l'opinion). Dans la première, l'obligation est soutenue par la force du sacré ; dans la seconde, elle s'appuie sur une combinaison du droit et d'une morale qualifiée de diffuse ; la troisième relève d'une combinaison du droit et d'une morale qu'on dira infuse.

#### *Le respect des engagements tenu par le sacré*

Dans la première configuration, c'est le sacré qui donne sa force exécutoire aux obligations. La particularité de cette configuration tient au fait que les pratiques économiques s'inscrivent dans une matrice symbolique et religieuse. Pour s'en faire une idée, il suffit de rappeler l'immense difficulté qui pèse sur la cession des choses. L'anthropologie, notamment les travaux de Mauss (1950), a de longue date déjà mis en évidence la confusion de la chose et de son propriétaire, l'esprit du second (*hau*) accompagnant sans cesse la première. C'est cette force magique qui met le récipiendaire dans une position d'obligation.

On retrouve la trace de cette forme primitive de l'obligation dans la haute antiquité romaine où le récipiendaire est dit *reus*, terme de même racine que *res* – la chose – et qui dit assez son état d'aliénation (Gaudemet, 2000). La chose n'est pas plus simple du côté du donateur qui ne peut se séparer de la

chose qu'en appliquant les rites très lourds et formels de la *mancipatio*. Les formes antejuridiques de la cession et de l'obligation sont marquées par un formalisme très lourd qui a pour fonction de mettre le transfert des choses en règle avec les forces sacrées. Benveniste (1969) rappelle que le *ius*, qui est à la racine du mot « droit », signifie à l'origine le serment, et renvoie à un dit performatif comme métonymie du droit tout entier, comme si le dit par excellence était ce dit magico-juridique de l'engagement. Le *ius iurandum*, ce sont les mots solennellement prononcés par le propriétaire pour détacher la chose de lui et s'en défaire. Le prêt d'argent porte l'état d'aliénation du récipiendaire à son comble : sous le régime du *nexum*, le débiteur met en gage sa liberté et sa personne physique.

L'histoire du droit grec ancien donne également des indications intéressantes sur ces premières formes juridiques de l'obligation et du contrat. Celles-ci sont placées sous l'ordre de justice de la *thémis*, justice du sacré mais également justice du proche, par opposition à justice du lointain. La *thémis* est en effet une justice d'avant l'État, justice de la société des clans ou des familles (*géné*), c'est-à-dire justice intrafamiliale, par opposition à la *diké*, justice interfamiliale. Pour Tricaud (2001) et Gernet (2001), cette dichotomie du proche et du lointain est fondamentale : *thémis* et *diké* structurent deux ordres de justice tout à fait hétérogènes. Pourtant, on peut mentionner de nombreux contrats où il est fait effort pour ramener le régime de l'obligation des lointains au régime des proches et du sacré. Ainsi, par exemple, Durkheim (1950) souligne la façon dont les *Blood-Covenants*, contrats solennels affirmés par le sang (des paroles et des formules consacrées), visent à créer un lien de parenté symbolique là où un lien de parenté biologique fait défaut, et à donner un caractère sacré à l'engagement entre les deux parties contractantes. On peut mentionner également le régime du *nexum* qui emprunte à la férocité de la *thémis*.

### *Le respect des engagements tenu par le droit et l'objectivation morale*

Ces tensions sont le propre d'un moment intermédiaire dans une grande transition. Gernet (2001) décrit les effets de cette évolution fondamentale qu'est le passage de l'ordre du *génos* (le groupe, le clan) à l'ordre de la *polis* (la cité). La dissolution des *géné* et le passage à une société intégrée ont pour corrélat l'émergence d'un pouvoir centralisé. Pour affirmer son monopole politique, l'État dissout les groupes et, ce faisant, détache les individus de leurs anciennes appartenances pour les intégrer à l'ordre plus étendu de la *polis*. Le droit qui se constitue dans ce mouvement en exprime toutes les caractéristiques. En premier lieu, la *diké* se généralise comme justice de la loi. La distinction du proche et du lointain s'est estompée, la circulation des biens s'intensifie, les actes du commerce et de l'échange perdent de leur solennité originelle. On assiste dans l'aire romaine à l'assouplissement du

régime du *nexum*, au développement de prêts plus ordinaires, comme le *fenus* ou le *mutuum* (Gaudemet, 2000 ; Gazzaniga, 1992). Mais qu'est ce qui oblige dans cette nouvelle configuration ? La réponse est un mélange de droit et de morale mais qui entrent dans une combinaison très particulière où l'on trouve à la fois des pratiques contractuelles hors droit et à forte charge morale, et un droit sans morale. Prenons le cas par exemple du *mutuum* (pratique contractuelle hors droit) : s'il relève d'un régime plus souple que le *nexum*, il n'en est pas pour autant un prêt complètement ordinaire. En effet il s'inscrit plutôt dans le registre des « prêts d'amitié » (Clavero, 1996) et trouve de ce fait sa place dans un paradigme de la grâce et de l'amitié : on ne prête pas pour faire un profit d'intérêt mais pour témoigner de la force d'une relation d'amitié et sans espoir de retour. Si un supplément est offert en plus du remboursement du principal par celui qu'on peut à peine appeler le débiteur, il ne doit en aucun cas être considéré comme un intérêt mais comme un bienfait acquitté par un obligé, ou pour mieux dire comme une libéralité. La force qui oblige le débiteur est alors moins celle du droit que celle du code d'honneur instauré par une morale de l'amitié et de la réciprocité.

À côté de ce hors-droit hautement moral, se constitue aussi un droit sans morale. Les droits grec et surtout romain construisent les catégories juridiques fondamentalement individualisantes qui vont forger la matrice de la responsabilité (Gernet, 2001). Mais l'individualisme juridique antique n'a rien à voir avec le nôtre. Il lui manque cet élément décisif qu'est la subjectivation. Ce manque est très visible dans la conception que se fait le droit romain de la responsabilité. C'est une responsabilité purement objective, sans aucun des corrélats de la subjectivité morale moderne. En effet, le droit romain a pour principe non pas la *faute* mais le *déséquilibre* à réparer. C'est cette perturbation qui doit être régularisée. Cet objectivisme juridique (Villey, 1977) préoccupé du rééquilibrage dans l'ordre des choses, entraîne plusieurs conséquences. En premier lieu, ce n'est pas la faute qui oblige mais le déséquilibre à réparer. D'ailleurs, la faute ne suffit pas à rendre responsable (Terré, 1977 ; Henriot, 1977). Certes, le problème du rattachement du délit à son auteur est posé, mais en aucun cas celui de l'intentionnalité des actes ou de la volonté du sujet. Pour que cette responsabilité-là émerge, il va falloir un véritable saut métaphysique. Et l'entrée dans une nouvelle configuration de l'obligation.

#### *Le respect des engagements tenu par le droit et la subjectivation morale*

Le droit romain individualisait mais il ne subjectivait pas. La décomposition de l'empire romain ; la perte de vue puis la redécouverte médiévale du droit romain ; l'élaboration d'une philosophie de la conscience ; la phase européenne de constitution des États, avec leurs effets

individualisants... auxquels il faudrait ajouter ceux de l'Église : tous ces éléments impulsent une nouvelle poussée du droit, mais sur des principes philosophiques originaux et dans un rapport avec la morale plus complexe (Dijon, 1998). La morale subit un changement de forme. On passe d'une morale diffuse, agissant comme contrainte externe jugeant des comportements, à une morale infuse, opérant comme contrainte interne et exposant au jugement une intériorité. C'est là le produit d'une évolution culturelle dont les principaux référents philosophiques sont la doctrine cartésienne des facultés et la métaphysique kantienne de la conscience. La doctrine juridico-morale kantienne porte à son comble la responsabilité de soi (Goyard-Fabre, 1977). Droit libéral, métaphysique de la conscience et philosophie morale de la responsabilité sont les opérateurs du processus historique de la subjectivation et même de la subjectivation *morale*. Il y aurait même lieu de parler d'hyper-subjectivité. Car le sujet ainsi construit ne connaît plus aucune intermittence : il est sujet toujours et en tout, jamais objet. Certes, on peut reconnaître qu'il est exposé à des forces supérieures, lois de la nature ou de la société qui le dépassent. Mais en rien ceci ne peut l'exonérer de la responsabilité de son sort : il lui incombe de se montrer avisé, prudent et d'avoir fait l'effort de connaître ces lois. Dans ce système, toute erreur, toute déconvenue est à mettre au compte du sujet, constitue sa faute. Cette immense exigence de la doctrine kantienne est aussi sa faiblesse principale : en prônant un droit libéral minimal, elle fait de l'hypersubjectivisme moral de la responsabilité de soi un fardeau mental insupportable pour les agents. De ce point de vue, Habermas voit bien le problème de cette surcharge mentale liée à la philosophie de la conscience et en appelle justement à une sorte de « délestage » (Cusset, 2001). De fait celui-ci s'est produit mais ce n'est pas par l'éthique communicationnelle et ses procédures discursives que les agents ont été soulagés, c'est en travaillant pragmatiquement le droit. Ce passage par le droit a été rendu possible par un travail préalable sur les représentations accréditant – contre la vision libérale-kantienne – l'idée qu'il existe des forces sociales qui dominent les agents et qu'il n'est pas au pouvoir de ceux-ci d'échapper à leurs effets. Ainsi, par exemple, c'est une fois constitué le corpus de la sociologie et dégagée l'idée de causalités macrosociales que la situation des pauvres et des travailleurs peut cesser d'être imputée à leur responsabilité, échapper à la charité et entrer dans le droit – en l'espèce dans un droit inédit : le droit social (Ewald, 1986). Le groupe social des entrepreneurs a réussi bien avant la même manœuvre pour son propre compte : il a œuvré à faire émerger un droit des faillites et un droit général des entreprises qui circonscrit le plus étroitement possible la responsabilité du patron.

## **Les entrepreneurs face à leur dette**

Une partie du droit des entreprises peut être relue comme un travail de longue période d'aménagement de la contrainte de paiement des entrepreneurs, autrement dit d'aménagement de leur responsabilité économique. Ce mouvement d'assouplissement de la responsabilité de l'entreprise est notamment visible dans le droit des faillites et dans les constructions juridiques de ses formes sociales qui définissent les points d'application de sa responsabilité. En effet toutes ces évolutions juridiques ont pour propriété d'une part, de séparer l'entreprise de l'entrepreneur – et de protéger le second des engagements qui pèsent sur la première – et d'autre part d'adoucir le régime de la sanction économique (la faillite) qui devient un événement de moins en moins stigmatisant et de plus en plus socialement admis. Le droit ne s'élabore pas pour autant par génération spontanée, mais sous l'effet de sollicitations sociales, en particulier celles des intérêts particuliers du groupe social des entrepreneurs. Il ne suffit pas que ces intérêts s'expriment pour être satisfaits. La validation juridique de la revendication des entrepreneurs suppose en effet une modification préalable des représentations dont ils font l'objet. C'est une dynamique historique longue de co-évolution qui va simultanément : produire la requalification symbolique de l'image sociale de l'entrepreneur ; permettre aux entrepreneurs de revendiquer un droit propre aux entreprises ; constituer un droit des faillites qui réalise le passage du rituel à la procédure de faillite ; élaborer des constructions juridiques qui ont pour effet de constituer l'entreprise en entité fictive, séparée de la personne de l'entrepreneur.

### *Requalifier l'image sociale de l'entrepreneur*

Le travail juridique d'allègement de la responsabilité dans l'ordre des pratiques économiques ne peut être entrepris sans lui avoir préalablement donné ses conditions de possibilités, notamment symboliques. Il faut s'intéresser au travail des représentations sociales autour de la figure de l'entrepreneur. Si le régime de la faillite, c'est-à-dire de la sanction économique, évolue, c'est bien surdéterminé par cette transformation générale des représentations de l'entrepreneur et notamment par le lent travail des idées qui aboutira à requalifier le marchand (Le Goff, 1956), toujours suspect et vaguement illégitime, en entrepreneur, personnage socialement positif, enclin à prendre des risques que ne veulent pas assumer les autres acteurs économiques. Cette disposition devient appréciée et jugée suffisamment rare pour mériter d'être préservée indépendamment d'éventuels revers de fortune.

Il faut attendre le XIII<sup>e</sup> siècle pour que l'échange marchand soit progressivement plus reconnu socialement comme le corrélat nécessaire de

l'approfondissement de la division du travail. Celle-ci est en effet l'expression du caractère social de la reproduction de la vie matérielle. C'est un argument qu'on trouvait déjà chez Aristote, et qu'on retrouve maintenant chez Marsile de Padoue. Dans ces conditions, l'activité des marchands commence à être reconnue comme d'utilité sociale (Jorda, 2002). Un pas supplémentaire est franchi à partir du milieu du XV<sup>e</sup> siècle, dans le sens de l'affranchissement de l'activité marchande. Tout le travail symbolique de cette époque reprend le thème de l'utilité sociale, en y ajoutant cette fois que l'intérêt collectif n'est plus contradictoire mais congruent à la recherche égoïste de l'intérêt privé – argument dont on sait qu'il trouvera sa formulation la plus accomplie chez Mandeville et Smith.

Cette séparation avec la morale altruiste de l'Église n'est pas pour autant une dé-moralisation de l'activité d'entreprise qui reconstitue une morale spécifique, en ajoutant à la morale du bien commun matériel, une morale du progrès et une morale du risque (Le Goff, 1956). À partir du XVIII<sup>e</sup> siècle, et plus encore du XIX<sup>e</sup>, on commence à parler de « bon entrepreneur » ou de « capitaine d'industrie ». Les mouvements d'idées tels que le saint-simonisme, les travaux de Weber, Sombart, Knight, Schumpeter entre autres, contribuent à fixer cette image de l'entrepreneur personnage positif (Verley, 1994 ; Boutillier et Uzunidis, 1999). Or l'entrepreneur est l'homme qui prend des risques, et dans la nouvelle idéologie économique en train de se constituer, cette disposition est particulièrement mise en valeur, et surtout jugée suffisamment rare et précieuse pour ne pas être sacrifiée aux mésaventures de la faillite. Que l'entrepreneur ne puisse honorer ses engagements financiers et fasse faillite, après tout c'est dans l'ordre des choses du risque économique, et sûrement pas un motif d'infamie comme par le passé. Aussi l'inclination aux paris économiques ne doit pas être découragée par d'éventuels revers, mais au contraire être préservée en vue de nouvelles prises de risques ; le destin de l'entrepreneur doit donc être radicalement séparé de celui de l'entreprise.

L'entreprise comme institution et comme abstraction apparaît comme le prolongement – détachable et éventuellement périssable – des personnes physiques – qui, elles, doivent survivre quel que soit le destin de leurs œuvres. L'évolution du processus de la faillite, avec la création de l'entreprise comme personne morale, entité séparée de l'entrepreneur, conduisant au dégageant de la responsabilité des entrepreneurs, trouve son couronnement à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, époque à laquelle les discours et les représentations de la figure de l'entrepreneur sont de plus en plus élogieux. Ce processus d'évolution peut apparaître rétrospectivement comme l'aboutissement d'une revendication historique de leur groupe social, revendication de protection et d'immunisation. La diffusion de cette image sociale de l'entrepreneur est facilitée par le fait que ce sont les mêmes

individus qu'on retrouve économistes produisant des idées, à la tête de revues pour les diffuser (comme par exemple la *Revue des deux mondes*, le *Journal des économistes*, la *Semaine financière*, le *Journal des débats*), impliqués dans les milieux politiques, et enfin présents dans les affaires (Gille, 1959). Pour ne citer que quelques noms, on pense à Michel Chevalier, Jean-Baptiste Say, Léon Say, Frédéric Bastiat.

Mais, la légitimation de l'activité des entrepreneurs et le processus d'assouplissement de responsabilité vont être également le résultat des revendications de ce groupe social dans le champ juridique.

### *La revendication par les entrepreneurs d'un droit propre*

Armés de ce surplus de légitimité sociale, les entrepreneurs poursuivent un mouvement engagé en fait depuis plus longtemps et qui les a vus constamment s'efforcer de se constituer une exception juridique et juridictionnelle. L'analyse de la genèse et de l'évolution du droit commercial (Hilaire, 1986) révèle comment le travail de légitimation des pratiques marchandes et de réduction de la responsabilité économique s'est opéré sous l'influence des entrepreneurs, revendiquant un droit « bien à eux ».

Dès le XIV<sup>e</sup> siècle, les marchands bénéficient de juridictions marchandes spécifiques qui sont les juridictions des corporations et des foires. Mais même si elles sont favorables à l'intérêt du commerce par la rapidité de leurs procédures, elles ne concernent que les corporations et excluent les marchands immatriculés et les marchands étrangers. Les marchands vont par la suite gagner du terrain. Ils vont exercer une influence directe dans l'élaboration de leur propre droit par deux voies : celle de la jurisprudence, et celle des interventions directes auprès du pouvoir royal (Szramkiewicz, 1989). Ils obtiennent des juridictions spécialisées, les juridictions consulaires (XVI<sup>e</sup> siècle), dans lesquelles les juges consuls et les notables sont eux-mêmes des marchands. C'est parce que la justice ordinaire est jugée trop lente, pas assez rompue à la technicité des affaires et très coûteuse, que les marchands vont légitimer la revendication d'une juridiction propre. Cette exception juridique et juridictionnelle recevra bien évidemment un mauvais accueil auprès des « vrais juristes » que l'on retrouve dans les juridictions ordinaires. Car non seulement, ils y voient une attaque de leur monopole dans le champ du droit, mais en plus ils y perdent toutes les affaires commerciales... et donc une part essentielle de leur rémunération. Malgré cette opposition, les commerçants vont rester associés de près à l'élaboration de la législation royale. Ils vont jouer par exemple un rôle clé dans le projet d'unification du droit du commerce avec l'ordonnance de Colbert de 1673. Et l'autorité royale, qui recherche toujours l'avis des marchands au moment de légiférer, va multiplier les créations de cours consulaires, les tenues d'États généraux et d'assemblées de notables. Leur influence prend une

forme encore plus institutionnelle avec la création d'un Conseil de commerce (1601) qui deviendra le Bureau de commerce (1701) et la création des Chambres de commerce (1701). Les négociants et les anciens juges consuls vont donc par l'intermédiaire de ces instances participer au premier plan à la proposition de lois concernant le commerce.

Le coup d'arrêt à leur influence directe est marqué par le Code du commerce de Napoléon (1807). Certes les marchands sont très présents dans les premières étapes de l'élaboration du Code en 1801, notamment par la personne de Vital Roux (négociant lyonnais et banquier, futur régent de la Banque de France). Celui-ci défend l'autonomisation formelle de ce que l'on va appeler un droit commercial (le terme est utilisé pour la première fois), et l'indépendance de fait des tribunaux de commerce par rapport aux tribunaux civils. Mais compte tenu des crises économiques et financières de la fin du Directoire et à nouveau en 1805, à cause notamment des comportements de faillites frauduleuses, Napoléon utilisera le Code pour faire retrouver au commerce les voies de la « moralité et de l'honnêteté ». Les juristes, eux, en profiteront pour exclure les marchands du champ du droit. Les juristes, et principalement les civilistes, tiendront à marquer dans le Code la dépendance du droit commercial à l'égard du droit civil.

#### *Le droit de la faillite : du rituel à la procédure de faillite*

Tout ce travail d'influence et de construction juridique culmine dans l'élaboration du droit des faillites. Son évolution de longue période semble bien répondre à la revendication des entrepreneurs d'assouplir le régime de la sanction économique.

Le fait est que, jusqu'au XVI<sup>e</sup> siècle, la faillite est sanctionnée avec une brutalité proportionnelle à l'illégitimité des pratiques économiques. La défaillance est étroitement associée à l'idée de fraude. Elle est identifiée à la fuite du débiteur dans l'intention d'échapper à ses obligations et de réaliser un enrichissement illicite. Les sanctions qui lui sont réservées sont très sévères : incarcération immédiate, peines infamantes, dépossesion de ses biens... On trouve dans l'histoire du droit commercial (Hilaire, 1986) l'exemple du sort réservé aux débiteurs faillis dans les villes de Lyon et Grenoble au Moyen Âge : le débiteur faisant cession des biens est tenu de « donner et taper du cul par trois fois sur le tronc ou pierron pour cela exprès dressé et apposé, et dire de vive voix par trois fois qu'il quittait ses biens... » Cet exemple folklorique ne doit pas faire oublier que le sort des faillis est souvent beaucoup plus rude. Il arrive à la compensation de la dette non payée, de se faire par le sang. Dans tous les cas, la faillite est une infamie, le rituel vise à la stigmatiser.

C'est à partir du XVI<sup>e</sup> siècle et au fur et à mesure que l'activité économique gagne en légitimité, qu'émerge progressivement la question

suivante : dans quelles conditions peut-on considérer que la défaillance n'est pas l'expression d'une faute de l'entrepreneur ? À partir de ce moment, le regard sur les faillites commence à changer. À un niveau très pratique, les premiers assouplissements apparaissent : lettres de répit accordées par le souverain, attermoiements, esquisse des premières procédures concordataires. Sera ensuite introduite la distinction du failli malheureux en affaires et du failli fraudeur banqueroutier. Le traitement du premier est relativement plus indulgent, le second risque la mort.

Si la tendance de longue période est favorable, on constate que le régime de l'indulgence connaît des fluctuations de moyenne période, avec des alternances de laxisme et de rigueur au fil des conjonctures politiques et économiques. Il faudrait mentionner l'ordonnance de Colbert (1673) et son projet de moralisation des affaires, puis le laxisme de la période révolutionnaire, puis le retour à un durcissement avec la reprise en mains par le Code du commerce de Napoléon. On peut néanmoins considérer que le régime des faillites prend une tendance régulière d'assouplissement croissant à partir de la loi de 1838. Cette loi prend acte de ce que la rigueur du Code Napoléon était inapplicable intégralement, et l'édulcore sensiblement. Mais les deux grandes avancées dans le sens de la déstigmatisation de la faillite, sont opérées d'abord avec la loi de 1867 qui abolit la contrainte par corps, et surtout avec la loi de 1889 qui institue la première procédure de règlement judiciaire. En lieu et place de la stigmatisation du failli, la remise à flot et la reprise de l'activité deviennent la préoccupation centrale du droit des faillites. C'est le virage majeur : on a quitté le rituel et la problématique punitive pour réorganiser la faillite autour d'un projet de sauvetage. Le non-règlement des dettes, la non tenue des engagements financiers sont maintenant considérés comme pouvant être le produit de forces économiques – celles de la conjoncture par exemple – qui dépassent l'entrepreneur, qui exonèrent sa responsabilité immédiate, et qui, finalement, justifient des aménagements en vue d'assurer la pérennité de l'affaire.

*L'élaboration des catégories juridiques de l'entreprise :  
l'entreprise comme personne morale*

Ce mouvement d'assouplissement de la responsabilité des entrepreneurs, lisible dans le droit des faillites, l'est peut-être plus encore, dans le droit des sociétés qui définit les formes juridiques des sociétés de commerce (Chaput, 1993). La construction des de ces catégories juridiques, va réaliser par étapes, la séparation de la personne de l'entrepreneur et de l'entreprise, constituée en entité fictive et abstraite et dotée d'une personne morale (Michoud, 1924).

Il faut attendre l'Ordonnance de 1673 pour disposer d'une première classification et régularisation législative des catégories des sociétés de

commerce (l'ordonnance de Blois de 1579 obligeait seulement les marchands étrangers et les banquiers à enregistrer leur société). Celle-ci vise à définir très explicitement la responsabilité des différents associés auprès de qui les créanciers peuvent se retourner en cas de défaut. Ces premières catégories connaîtront néanmoins de nombreuses prescriptions dans la pratique si l'on en juge par l'analyse des actes de sociétés enregistrés par les associés auprès des notaires, par le droit coutumier, les arrêts et les jugements de tribunaux (Lévy-Bruhl, 1938).

Dans les sociétés générales ou les sociétés dites en nom collectif (les plus généralement employées au début du XVII<sup>e</sup> siècle), tous les associés sont solidaires et tenus *in infinitum* (responsabilité solidaire et infinie) quant au remboursement des dettes auprès des créanciers de la société. Même si la responsabilité des associés et leur patrimoine personnel sont pleinement engagés, une première séparation consiste à ce que la société ne porte pas le nom de l'entrepreneur.

Avec les sociétés en commandite (qui correspondent aux premières sociétés de capitaux), c'est le patrimoine personnel des associés que l'on cherche à dissocier de celui de l'entreprise. Mais cette dissociation ne profite qu'à une partie des associés, les commanditaires, qui ne sont plus responsables qu'à hauteur de leurs apports (article 16 du projet Gorneau, 1803-1806 qui aboutira au Code de Commerce de 1807). Les gestionnaires de l'entreprise, les commandités, demeurent eux solidairement et indéfiniment responsables sur leurs biens propres. Cette catégorie juridique avait le bon goût de permettre aux nobles de faire fructifier leurs capitaux sans lever l'interdit social de faire du commerce en leur nom (rang social et privilège obligent, seul le commerce de gros leur était autorisé par un édit de 1701).

Il faut attendre la création des sociétés anonymes par actions (loi de 1867 qui autorise leur création sans autorisation gouvernementale) et des sociétés à responsabilité limitée (en 1925 mais ayant fait au préalable l'objet de nombreux projets de loi et de contre-projets législatifs très discutés depuis 1867) pour que mandataires sociaux et apporteurs de fonds voient identiquement leur responsabilité limitée (Dougui, 1981). L'entreprise et l'entrepreneur sont deux entités différentes, et seul le patrimoine social de l'entreprise est gagé. La séparation nominale et surtout patrimoniale de l'entreprise et de l'entrepreneur connaît donc sa forme la plus achevée avec la constitution de l'entreprise en personne morale. Cette substitution ne fait que transposer sur le terrain juridique la transformation opérée sur le terrain économique par le développement du capitalisme. L'idée de personne morale ne renvoie pas en réalité à une nécessité juridique mais traduit un changement idéologique de l'idée de société. Si la société est devenue personne morale dédagée dans une large mesure de la personne de ses

membres, c'est qu'elle vit désormais par elle-même au moyen de ses capitaux, et que les considérations d'ordre financier et technique ont remplacé progressivement celles tenant à la moralité et au crédit des associés.

Cet ensemble de constructions institutionnelles assure le pilotage du processus de dévalorisation du capital, tout en laissant progressivement indemnes les entrepreneurs eux-mêmes. Ce mélange historique d'élaborations idéologiques et juridiques conduit donc à l'invention juridique de l'entreprise comme personne morale porteuse de la responsabilité économique.

### **Conclusion : prolongement et détour par l'Est**

On connaît toutes les vertus du *détour* en sciences sociales. L'anthropologie dans son principe même – et particulièrement avec Lévi-Strauss –, la philosophie parfois également – on pense à François Jullien et à ses travaux sur la pensée chinoise – ont montré combien il pouvait être fructueux pour se comprendre soi de faire le détour par l'autre. La comparaison des économies de marché capitalistes avec les anciennes économies socialistes (notamment l'URSS) se montre, sous le rapport du règlement des dettes, d'un parfait exotisme et permet de donner un prolongement à la réflexion précédente. Elle permet en particulier d'appuyer la thèse qui consiste à dénaturiser la contrainte de paiement (Ould Ahmed, 2003).

Comme dans le cas du capitalisme, l'analyse du système soviétique montre, mais à front renversé, qu'il existe une relation intime entre les modalités des constructions institutionnelles (relatives à l'entreprise) et les catégories fondamentales du droit. En cette matière, le trait le plus décisif du droit soviétique réside dans son ignorance du principe d'autonomie de la volonté de l'entreprise (Tchkhikvadzé, 1971), reflétant le fait sociopolitique massif qu'il n'existe en URSS qu'une Institution unique : l'État-Parti. Aucun collectif ne peut parvenir à l'existence séparée en tant qu'institution, car tous les collectifs constitués ne sont que des institutions de second rang, des émanations de la mono- ou de la méga-institution : clubs sportifs, sociétés savantes, syndicats, entreprises, banques... Toutes ces structures sont confondues dans une seule et même entité juridique avec l'État. Faute d'avoir été dégagée comme une entité abstraite séparée, l'entreprise est exonérée de toute responsabilité économique et n'est pas engagée par ses dettes. Plus qu'une contrainte budgétaire lâche (Kornaï, 1984), c'est une contrainte de paiement lâche qui s'applique à elle. De fait ses dettes ne sont pas véritablement les siennes car toute situation d'illiquidité conduit à leur report en l'État, qui éventuellement décidera discrétionnairement de leur annulation.

Cependant, on ne peut pas dire qu'il n'y ait pas à répondre dans le système de l'économie soviétique. Il y a des engagements à satisfaire : les engagements productifs de réalisation des objectifs du Plan. Or d'une part, ces engagements échoient aux individus cadres responsables devant l'État-Parti (Egnell et Peissik, 1974) ; et d'autre part ces engagements définissent moins une responsabilité économique qu'une responsabilité politique de réalisation d'objectifs productifs.

Si le cas de l'URSS est particulièrement intéressant, ce n'est pas seulement parce qu'il se présente comme le dual inversé de la configuration capitaliste, c'est également parce qu'il est travaillé en son sein même par les deux logiques antagonistes de la responsabilité. En effet le primat des rapports verticaux (entreprises-État) ne vaut pas exclusivité. Dans les interstices de la planification, les entreprises nouent entre elles des relations horizontales – notamment d'échanges de fournitures avec à la clé du crédit interentreprises – dont le statut est tout à fait ambigu : formellement illégales, ces relations sont néanmoins tolérées par les administrations de tutelle qui perçoivent à quel point ces activités interstitielles réalisent des micro-ajustements vitaux pour le maintien du système. C'est alors dans le registre de ces relations horizontales que les entreprises soviétiques doivent honorer la contrainte de paiement : le remboursement des dettes interentreprises est impératif, il conditionne la reconduction des relations d'échange. L'obligation de remboursement ne réside pas dans des dispositifs juridiques formels, comme c'est le cas dans les économies de marché, mais dans les constructions informelles de la réputation et de la confiance, sous menace d'interruption des transactions en cas de défection.

## RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

- BENVENISTE E., 1969 : *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, Les Éditions de Minuit, Paris.
- BOUTILLIER S., UZUNIDIS D., 1999 : *La légende de l'entrepreneur. Le capital social ou comment vient l'esprit d'entreprise*, Syros.
- CHAPUT Y., 1993 : *Droit des sociétés*, PUF, coll. « Droit Fondamental ».
- CLAVERO B., 1996 : *La grâce du don. Anthropologie catholique de l'économie moderne*, coll. « L'évolution de l'humanité », Albin Michel.
- CLIFF T., 1988 : *Le capitalisme d'État en URSS de Staline à Gorbatchev*, Études et documentation internationales.

- CUSSET Y., 2001 : *Habermas. L'espoir de la discussion*, Paris, Michalon, coll. « Le bien commun ».
- DIJON X., 1998 : *Droit naturel. Les questions du droit*, PUF.
- DOUGUI N., 1981 : « Les origines de la libération des sociétés de capitaux à responsabilité limitée. 1856-1863 », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, tome XXVIII, p. 268-292
- DURKHEIM E., 1950: *Leçons de sociologie*, PUF, coll. « Quadrige ».
- EGNELL E., PEISSIK M., 1974 : *URSS. L'entreprise face à l'État*, Seuil.
- EWALD F., 1986 : *L'État Providence*, Grasset.
- GAUDEMET J., 2000 : *Droit privé romain*, 2<sup>e</sup> édition, Montchrestien.
- GAUDEMET J., 2001 : *Les naissances du droit. Le temps, le pouvoir et la science au service du droit*, 3<sup>e</sup> édition, Montchrestien.
- GAZZANIGA J.-L., 1992 : *Introduction historique au droit des obligations*, PUF.
- GERNET L., 2001 : *Recherches sur le développement de la pensée juridique et morale en Grèce. Étude sémantique*, Albin Michel, coll. « L'Évolution de l'Humanité ».
- GILLE B., 1959 : *Recherches sur la formation de la grande entreprise capitaliste (1815-1848). Affaires et gens d'affaires*, Paris, École pratique des hautes études, centre de recherches historiques.
- GOYARD-FABRE S., 1977 : « Responsabilité morale et responsabilité juridique selon Kant », *Archives de Philosophie du Droit*, tome XXII, Dalloz.
- HENRIOT J., 1977 : « Note sur la date et le sens du mot 'responsabilité' », *Archives de Philosophie du Droit*, tome XXII, Dalloz.
- HILAIRE J., 1986 : *Introduction historique au droit commercial*, PUF.
- JORDA H., 2002 : *Le Moyen Âge des marchands. L'utile et le nécessaire*, L'Harmattan, coll. « Économie et innovation », Série Krisis.
- KORNAÏ J., 1984 : *Socialisme et Économie de la pénurie*, Paris, Economica. Traduction française de l'ouvrage de Kornaï de 1980, *Economics of Shortage*.
- LE GOFF J., 1956 : *Marchands et banquiers du Moyen Âge*, PUF.
- LÉVY-BRUHL H., 1938 : *Histoire juridique des sociétés de commerce*, Domat-Montchrestien.
- LORDON F., OULD AHMED P., 2005 : *Généalogie du sujet économique : la morale du marché entre contrainte de paiement, responsabilité et sanction*, Rapport de recherche, Caisse des Dépôts et Consignations, Paris.

- LORDON F., OULD AHMED P., 2006 : « “Qui perd paye”... Le droit européen des aides d'État comme morale punitive », *Critique internationale*, Presses de Science-Po, n° 33, p. 55-78.
- MAUSS M., 1950 : *Sociologie et anthropologie*, PUF, 1<sup>e</sup> édition, 11<sup>e</sup> édition, 2004.
- MICHOUD L., 1924 : *La théorie de la personnalité morale. Son application au droit français*, L.G.D.J.
- OULD AHMED P., 2003 : « Les transitions monétaires en URSS et en Russie. Une continuité par-delà les ruptures », *Annales HSS*, vol. 58, n° 5.
- RIPERT G., 1949 : *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, LGDJ.
- SZRAMKIEWICZ R., 1989 : *Histoire du droit des affaires*, Montchrestien.
- TERRÉ F., 1977 : « Propos sur la responsabilité civile », *Archives de Philosophie du Droit*, tome XXII, Dalloz.
- THOMAS Y.-P., 1977 : « Acte, agent, société : sur l'homme coupable dans la pensée juridique romaine », *Archives de Philosophie du Droit*, tome XXII, Dalloz.
- TRICAUD F., 2001 : *L'accusation. Recherche sur les figures de l'agression éthique*, Dalloz.
- TCHKHIKVADZÉ V., 1971 : *L'État soviétique et le droit*, Éditions du Progrès.
- VERLEY P., 1994 : *Entreprises et entrepreneurs du XVIII<sup>e</sup> au début du XX<sup>e</sup> siècle*, Hachette.
- VILLEY M., 1977 : « Esquisse historique sur le mot ‘responsable’ », *Archives de Philosophie du Droit*, tome XXII, Dalloz.

Ould Ahmed Pepita.

Payer ce que l'on doit... ou s'émanciper de son dû.

In : Hours Bernard (dir.), Ould Ahmed Pepita (dir.).

Dette de qui, dette de quoi ? Une économie anthropologique de la dette. Paris : L'Harmattan, 2013, p. 13-28.

(Question Contemporaines : Série Globalisation et Sciences Sociales). ISBN 978-2-343-02074-7