



PROCEDURES COLLECTIVES QUASI-PENALES

La conjonction du Livre VI du Code de commerce
et de l'article 6 de la CEDH

Introduction

- **Le Livre VI, titre II, chapitre VI** du code de commerce sur le redressement et la liquidation judiciaire concerne les faillites personnelles et autres mesures d'interdiction.

Il s'agit de mesures dites sanctionnatrices qui se déclinent en deux catégories : le délit pénal (banqueroute) et les quasi-délits (faillite personnelle, interdiction de gérer, extension des procédures aux dirigeants).

La Convention Européenne des droits de l'Homme leur est donc naturellement applicable.

- **L'article 6** de la Convention Européenne des droits de l'Homme présente principalement trois catégories de garanties : Tribunal indépendant et impartial. Présomption d'innocence. Egalité des armes.

Ce périmètre du *procès équitable* s'impose en droit interne sous la sanction de la Cour Européenne de Strasbourg et aussi des juridictions nationales.

- **Le Livre VI du Code de Commerce et l'article 6 de la Convention Européenne** ont déjà généré de la jurisprudence. En particulier, l'arrêt Morel de la Cour de Strasbourg (6/6/2000), mais aussi de nombreuses décisions rendues par les Cours d'appel et la Cour de Cassation...

Il convient d'analyser le fil directeur de ces jurisprudences (I), puis d'envisager une nouvelle problématique du redressement et de la liquidation judiciaire (II).

I – Le fil directeur : Article 6 de la Convention Européenne des Droits de l’Homme et Livre VI du code de commerce

A – Application de l’article 6 en Droit Interne

a) La loi

La Convention Européenne des droits de l’Homme a été ratifiée par la France le 3 mai 1974.

Et le 2 octobre 1981, une nouvelle ratification permettait que la France puisse être soumise à des sanctions pécuniaires par la Cour de Strasbourg. L’intégration définitive a été opérée par le protocole additionnel du 11 mai 1994.

Puis une série de jurisprudences, à la fois européenne, mais aussi du Conseil d’Etat et de la Cour de Cassation, a sérieusement infléchi la procédure tant civile que pénale ou disciplinaire en droit interne.

b) La jurisprudence

La notion de procès équitable selon l’article 6 de la Convention Européenne des Droits de l’Homme s’est imposée :

- **au juge civil** des référés (qui peut¹ ou ne peut² après avoir rendu une ordonnance, siéger dans la juridiction de fond en première instance ou en appel dans la même affaire) ;
- **au juge pénal** (c’est la notion de délai raisonnable tant pour la procédure d’instruction que pour la durée de la détention provisoire et de façon symbolique c’est la rédaction d’un article préliminaire du Code de procédure pénale)³ ;
- **aux juridictions disciplinaires** (en imposant une séparation des organes entre les autorités de poursuites, d’instruction et de jugement, tant devant la COB que les Conseils de l’Ordre d’avocats ou médecins et enfin le Conseil de la concurrence)⁴.

¹ Pour une simple mesure conservatoire : Cass. Ass plén, 6 nov 1998.

² Pour une provision : Cass. Ass plén, 6 nov 1998.

³ Depuis la loi du 15 juin 2000, le droit au délai raisonnable figure dans un article préliminaire du Code de Procédure Pénale ainsi qu’aux articles 175-2 et suivants et 144-1 du même code pour la durée de la phase d’instruction et de la détention provisoire.

⁴ COB : Cass. Ass plén, 5 févr 1999 ; Conseil de l’ordre des avocats : Civ, 1^{ère}, 10 janv 1984 ; Conseil de l’ordre des médecins : CE, 30 nov 1996, L’hermite ; Conseil de la concurrence : Cass.com, 5 octo 1999.

B – Application de l'article 6 au Livre VI (titre II) du Code de commerce

a) La Jurisprudence de la Cour Européenne

Il y a un arrêt (et un seul) de la Cour de Strasbourg : l'arrêt Morel / France, du 6 juin 2000⁵.

Il s'agissait du problème de l'impartialité posé par la présence du juge commissaire dans la juridiction ayant prononcé la liquidation.

La doctrine distingue l'impartialité objective (conceptuelle à la procédure) de l'impartialité subjective (relative à la personne du juge).

La Cour Européenne a considéré d'une façon générale que l'impartialité objective n'était pas méconnue par la loi de 1985 concernant la double fonction du juge commissaire⁶ et elle a examiné en l'espèce la procédure qui lui était présentée pour en conclure qu'il n'y avait pas non plus d'atteinte à l'impartialité subjective concernant le magistrat qui avait statué.

Cette décision de la Cour Européenne a été plutôt mal accueillie par la doctrine⁷.

b) La Jurisprudence des juridictions internes

Les juridictions françaises, après avoir refusé d'appliquer les dispositions de l'article 6 Convention Européenne des Droits de l'Homme au motif que (sauf le cas du délit de banqueroute) le livre VI du code de commerce ne comportait pas de mesures strictement pénales, a fini par revenir sur cette position initiale, étant donné qu'il s'agit plus largement de mesures *sanctionnatrices*, même si elles n'étaient que quasi-pénales.

La jurisprudence a principalement examiné deux axes :

- La présence du juge commissaire au sein de la juridiction de jugement : le raisonnement de la Cour Européenne a été préfiguré puis suivi par les juridictions internes en ce sens que l'impartialité objective ne pose pas de problème, mais qu'il faut juger *in concreto*⁸ ;
- Le rapport préalable du juge commissaire : la jurisprudence, sur le principe de l'impartialité, a sanctionné l'effet de cumul entre les fonctions d'instruction et de jugement⁹.

⁵ CEDH, 6 juin 2000, affaire Morel RTD com. 2000 p 1021.

⁶ Rappelons que le juge commissaire est à la fois organe de la procédure collective (il statue seul sur les demandes contentieuses formées après l'ouverture du redressement judiciaire, il donne seul les autorisations nécessaires à la réalisation d'opérations importantes) et juge rapporteur à la procédure (il établit un rapport préalable obligatoire sur toutes les contestations portées devant lui et qui naissent de la procédure collective).

⁷ Thierry Montéran, L'impartialité du juge et les procédures collectives, Revue des procédures collectives n°4 Décembre 2002 p 243 ; Marie-Laure Niboyet Dalloz 2001 somm p 1610 ; Alain Lienhardt, Dalloz 2001, actualité p 3 273.

⁸ Cass Com 3 mars 1992 et 16 mars 1993 ; Cass Com 16 octobre 2001

⁹ CA Grenoble, 11 septembre 1997, D 1998 jurisp p 128 note Renucci

II – La problématique et les perspectives : Modification du Livre VI du Code de commerce, via l'article 6 de la Convention Européenne des droits de l'Homme.

A – La problématique

a) Sanctions des dirigeants et article 6

La faillite personnelle : La sanction conduit à priver le dirigeant failli de tout pouvoir dans l'entreprise en redressement judiciaire et emporte à son égard des interdictions et déchéances (l'interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler, directement ou même indirectement, toute entreprise commerciale ou artisanale) pendant cinq ans. Le failli est également privé d'un certain nombre de droits civiques et de tout pouvoir dans l'entreprise en redressement judiciaire. Cette sanction n'emporte aucun effet patrimonial.

L'interdiction de gérer : A la place de la faillite personnelle, le tribunal peut prononcer une sanction aux effets moins rigoureux qui consiste en une interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler directement ou indirectement soit toute entreprise commerciale ou artisanale, soit une ou plusieurs de celles-ci. A cette interdiction peut s'ajouter la déchéance du droit d'exercer une fonction élective et la perte de ses droits d'associé dans les mêmes conditions que le failli. A la différence de la faillite personnelle, l'interdiction de gérer peut être limitée à une ou plusieurs entreprises et elle n'emporte pas de privation des droits civiques.

L'extension aux dirigeants : Sous ce terme générique sont visées deux procédures, la condamnation au comblement de l'insuffisance de l'actif social s'il y a faute de gestion et la mise en redressement judiciaire personnel du dirigeant s'il y a fraude à la loi.

Au regard de l'article 6 de la Convention Européenne des droits de l'homme, ces trois procédures sanctionnatrices ne sont pas satisfaisantes dans leur mise en œuvre. D'abord, parce qu'elles sont à la fois pénales et civiles (l'interdiction de gérer est une peine pénale accessoire devant le tribunal correctionnel et une peine sanctionnatrice civile principale devant le tribunal de commerce – la violation des contraintes de la faillite personnelle telle que prononcée par le tribunal de commerce entraîne des sanctions pénales devant le tribunal correctionnel).

Mais surtout, parce que *sanctionnatrices*, elles relèvent d'une procédure qui devrait être nécessairement respectueuse du procès équitable.

- Le Tribunal est-il indépendant et impartial lorsque la séparation de l'organe de poursuites et de la juridiction de jugement n'est pas garantie ? On sait que le Tribunal peut se saisir d'office.
- La présomption d'innocence est-elle garantie ? C'est la question des juridictions consulaires où l'on se juge entre commerçants, c'est à dire entre concurrents...

- L'égalité des armes est-elle garantie ? Toute une partie de la procédure ne bénéficie pas de la publicité – c'est à dire de la transparence - qu'exige le procès équitable, tandis que les rapports des juges commissaires et des administrateurs judiciaires du fait de leurs *multi-casquettes* ne bénéficient pas du label technique de l'expertise sur laquelle les uns et les autres (en demande et en défense) pourraient opposer leurs arguments, afin que le Tribunal puisse établir un syllogisme judiciaire.

b) Article 6, hors sanctions des dirigeants

b-1- Le caractère contradictoire de la procédure et la publicité des débats

Les organes de la procédure ne font pas la quadrature du cercle.

Quid des créanciers qui ne sont consultés qu'en cas d'apurement du passif, mais ni lors d'un plan de cession ni d'une liquidation judiciaire ? Quid des candidats à la reprise que ne rencontrent que l'administrateur et pas le tribunal ?

Mais quid aussi, du rôle tout à fait marginal du parquet et bien évidemment... des **experts en évaluation**, toujours oubliés¹⁰ ?

Restent tous les autres auxquels les débats échappent lorsqu'ils sont en Chambre du Conseil : Vérification de créance, mesure conservatoire, revendication, contestation des mesures prises, résiliation des contrats en cours, autorisation de vendre les biens, licenciements, qui relèvent du juge commissaire.

b-2 La saisine du tribunal et le double degré de juridiction

Théoriquement le principe jurisprudentiel est simple : celui qui est à l'initiative de la saisine du tribunal ne peut juger. Or tel n'est pas le cas dans les procédures collectives.

C'est à nouveau la fonction de juge commissaire qui est remise en cause !

Il y a aussi le problème de la saisine d'office qui incombe au président du tribunal de commerce avant qu'il statue et juge.

Le droit de recours est limité à certaines personnes et à certains actes. Pourquoi ?

B – Les perspectives

a) Le rapport Montebourg

Le mode de désignation des juges est plus proche de la cooptation que d'une élection et leur caractère « désintéressé » est remis en cause par l'exercice de leur profession. Il en résulte une absence d'indépendance et d'impartialité. Par ailleurs, le manque de contrôle de la Chancellerie et du Parquet aggrave les risques de dérives.

¹⁰ A défaut d'experts en évaluation la Cour de Cassation a validé l'intervention d'un simple expert comptable n'ayant pas à respecter les règles du décret du 27 décembre 1985 régissant les expertises judiciaires (Cass.Com. 11/06/2003).

b) La Commission Guigou¹¹ et le projet de loi du gouvernement Jospin¹²

Une disposition concerne le principe d'impartialité :

« Nul ne peut siéger dans la formation appelée à statuer en application de la loi du 25 janvier 1985, dans une affaire dont il a eu à connaître en qualité de juge commissaire.

Nul ne peut siéger dans cette formation de jugement ni être désigné pour exercer les fonctions de juge commissaire s'il a eu à connaître de la situation de l'entreprise en application des dispositions de la loi du 1/03/1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises ».

Le projet prévoyait également le renforcement du rôle du Parquet.

c) Loi du 3 janvier 2003

Cette loi a pour objet de réformer le statut des mandataires et administrateurs judiciaires.

d) Le rapport public de la Cour de Cassation du 24 avril 2003

Le rapport aborde les points essentiels suivants :

- La notion de cessation des paiements,
- Le rôle du ministère public et des organes de la procédure collective,
- La situation du débiteur et des créanciers,
- L'issue de la procédure de redressement judiciaire.

e) Le projet « Perben »

- Amélioration de la formation des juges sous l'égide de l'ENM ;
- Renforcement des règles de déontologie des juges consulaires,
- Révision de la carte judiciaire pour supprimer les « petits » tribunaux dont la proximité avec les justiciables est trop importante,
- Renforcement des contrôles et obligations imposés aux administrateurs et mandataires judiciaires.

Et la création « d'un Chapter 11 à la française ». La procédure de redressement serait ouverte à tout entrepreneur justifiant de difficultés avérées ou prévisibles, susceptibles d'entraîner à bref délai la cessation des paiements. Les échéances de remboursement des dettes seraient alors gelées et un plan de redressement interviendrait dans un délai maximal d'un an.

Cependant ce projet, considéré comme inadapté aux PME, suscite déjà certaines critiques ou ajustements¹³.

¹¹ Constituée en 1998, c'est en octobre 2000 qu'elle a rendu ses travaux.

¹² Projet adopté en première lecture par l'Assemblée Nationale le 28 mars 2001 mais rejeté par le Sénat.

¹³ Projet de loi sur les faillites : Perben ajuste ses propositions. Les échos 23 octobre 2003. Valérie de Senneville.

Conclusion

Le constat est clair : il faut améliorer le régime juridique des faillites.

Le Parlement s'y attache (Montebourg – Perben), l'Europe s'y emploie (l'article 6 évidemment) et les Etats-Unis ont leur façon de voir les choses (le Chapter 11).

Très simplement et très largement, ne faut-il pas envisager de confier d'abord ce qui est technique aux techniciens, c'est à dire aux experts en évaluation qui ont été créés par la loi (mais qui sont totalement oubliés par la pratique), puis de confier tout ce qui est sanctionnateur aux magistrats sanctionneurs, c'est à dire à une juridiction pénale en présence du parquet (pratiquement absent du tribunal de commerce et pour cause)... tandis qu'il ne resterait au tribunal de commerce que la fonction régulatrice intermédiaire – fonction pour laquelle il a été légitimement instituée.

Pour cela, il faudrait réinventer le droit pénal et le décliner en deux catégories :

- le droit pénal des braqueurs et du crime de sang, avec un juge d'instruction disposant des moyens coercitifs du Code de 1810... pour une réponse procédurale violente à la violence de l'infraction, car le pénal est une réaction sociale qui doit être proportionnée ;
- le droit pénal des cols blancs et des faux bilans, avec un juge professionnel de l'instruction disposant de moyens d'investigations inquisitoires et accusatoires, mais jamais coercitifs (les menottes, la torture psychologique de la garde à vue et la honte de la détention provisoire malgré la présomption d'innocence)... pour n'envisager qu'après le procès au fond la sanction maximale d'emprisonnement.

Alors, il y aurait à côté du pénal originel un droit sanctionnateur qui comprendrait le droit des affaires, mais aussi le droit disciplinaire financier ou professionnel. Ce droit sanctionnateur – quasi-pénal, mais plus large que le pénal – qui s'inscrirait dans la philosophie des fonctions de la sanction (expiation, exemplarité, isolement) devrait être confié à un juge sanctionnateur spécialiste de telle sorte que d'un point de vue mécanique, le juge civil retrouverait mieux sa place pour décliner ce qui est sa spécialité. Par exemple, le Chapter 11 du nouveau droit de la faillite.

Pierre-Olivier Sur
Avocat à la Cour