

UNIVERSITE ROBERT SCHUMAN DE STRASBOURG

D.E.A. Droit des affaires

**Le droit des procédures collectives et la Convention européenne
des droits de l'Homme**

Răzvan Ion PROCA

Mémoire présenté sous la direction du Professeur Nicolas Rontchevsky

Septembre 2003

ABRÉVIATIONS

CEDH - Cour Européenne des droits de l'Homme

Comm. EDH - Commission Européenne des droits de l'Homme

Cass. com. - Chambre commerciale de la Cour de Cassation

BODACC - Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales

JCP - Juris-classeur périodique

D. Aff. - Dalloz Affaires

CJCE - Cour de justice des communautés européennes

C. com. - Code commercial

C. civ. - Code civil

Convention - Convention européenne des droits de l'Homme

CRISP - Centre de recherche et d'information sociopolitique

GIE - Groupement d'intérêt économique

C. Trav. - Code du travail

COB - Commission des opérations en bourse

CMF - Conseil des marchés financiers

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PARTIE I : Le droit des procédures collectives à l'épreuve du respect des garanties de la procédure

CHAPITRE I : L'impartialité du tribunal de commerce

CHAPITRE II : Les débats devant le tribunal de commerce

PARTIE II : Le droit des procédures collectives a l'épreuve du respect des droits substantiels

CHAPITRE I : Le respect du droit de propriété

CHAPITRE II : Le respect de la vie privée

CONCLUSION

INTRODUCTION

Il est assez habituel qu'une entreprise traverse des crises. Selon la gravité de celles-ci, diverses mesures doivent être envisagées. La loi doit tout d'abord mettre sur pied des mécanismes susceptibles de prévenir les difficultés, puis d'opérer le redressement des entreprises temporairement défailtantes, mais susceptibles de retrouver un fonctionnement bénéficiaire. Si ces mesures échouent, la loi doit prévoir les règles qui permettront de liquider le moins mal possible l'entreprise défailtante, notamment en assurant un paiement équitable des créanciers et en s'efforçant de limiter les conséquences des licenciements.

Le droit des entreprises en difficultés a comme objectifs principaux de prévenir les difficultés, de redresser les entreprises en situation compromise, de liquider les entreprises dont la situation est compromise et de frapper de sanctions les dirigeants coupables.

Des objectifs aussi ambitieux ne peuvent être que rarement atteints. Le droit des procédures collectives est *le droit de l'échec*¹, car tout le monde perd dans une faillite.

Il faudrait être bien naïf pour croire que le droit peut transformer un échec en réussite. Il n'y a en ce domaine de bonnes lois. Il y en a seulement de moins mauvaises que d'autres, ne serait-ce que parce qu'elles n'aggravent pas les difficultés de l'entreprise et ne compromettent pas le paiement des créanciers.

Le droit des procédures collectives est régi par la loi du 1^{er} mars 1984 sur la prévention des difficultés et par une loi du 25 janvier 1985 sur le paiement et la liquidation judiciaire des entreprises en cessation des paiements. Ces deux lois, ont été assez profondément modifiées par celle du 10 juin 1994 puis incorporées sans changement dans le livre VI du Code de commerce publié en septembre 2000 (art. L. 611-1 et suivants).

Pendant très longtemps, le droit des faillites a été dominé par deux traits : son caractère répressif et l'intérêt porté au créancier victime de la défaillance du débiteur qui manque à ses engagements.

¹ Y. Guyon, Droit des affaires, T 2, Entreprises en difficulté, Redressement judiciaire, Faillite, Economica, 7^e éd., 1999, p. 1.

Cette branche traditionnelle du droit commercial poursuit dans un domaine élargi et avec des moyens renouvelés, un objectif d'abord économique, s'efforçant de traiter et même de prévenir les difficultés des entreprises².

Les tribunaux de commerce sont les autorités sous lesquelles des travaux de prévention et de traitement des difficultés des entreprises se déroulent. Ainsi, le législateur a étendu la sphère des compétences du tribunal de commerce, afin de permettre la sauvegarde des intérêts et des buts de la procédure collective.

Mais, cet élargissement de compétences a été souvent critiqué par la doctrine et sanctionnée par la jurisprudence des tribunaux internes. En ce sens, les tribunaux internes ont souvent invoqué et motivé leurs décisions sur la jurisprudence européenne.

Dans le domaine du droit des entreprises en difficultés, lorsqu'on parle de la jurisprudence européenne, on est habitué de voir celle de la CJCE. Mais hors cette jurisprudence, une place de plus en plus importante dans la vie d'affaires est occupée par Convention européenne des droits de l'Homme.

La Convention européenne des droits de l'Homme et le droit des procédures collectives ? Quelle relation ?

La Convention européenne des droits de l'Homme a été signée à Rome, dans le cadre du Conseil de l'Europe, le 4 novembre 1950 ; elle est entrée en vigueur trois ans après. Cinquante ans après sa signature, elle reste, après plusieurs changements et quelques compléments, le modèle le plus élaboré de protection internationale des droits de l'Homme. Ce texte se distingue en effet de la plupart des autres instruments internationaux par la mise en place d'un mécanisme juridictionnel de contrôle des droits garantis.

Destinée à « l'entreprise en difficulté », la loi sur le redressement et la liquidation judiciaires s'applique avant tout à une personne et à son patrimoine. Sans doute, les sociétés commerciales représente-t-elles une part importante des procédures ouvertes par les tribunaux de commerce, mais nombreuses sont les procédures collectives ouvertes contre les personnes physiques, commerçants, artisans, agriculteurs³. L'application des dispositions légales à ces débiteurs affecte les droits dont ils sont titulaires, et les tribunaux, sous le contrôle de la Cour de cassation, veillent au respect de la loi, mais aussi au respect des principes généraux du droit et des règles, dont l'autorité est supérieure, et qui s'appliquent directement en France.⁴

² V.D. Meledo-Briand, Nature du droit des entreprises en difficulté et système de droit, th. Rennes I.

³ Ou des particuliers, ou de membres de professions libérales, en Alsace et en Moselle comme le permet le régime local dit de la faillite civile (L. 25 janv. 1985, art. 234).

⁴ Cass. civ.I, 15 nov. 1995, Clunet 1990, 611, note Julien Laferrière.

Parmi ces règles, figurent les droits et les libertés énoncées par la Convention européenne des droits de l'Homme, et il n'est plus rare, aujourd'hui de voir la Cour de cassation viser une disposition de cette convention pour censurer la décision d'un tribunal ou d'un juge-commissaire.

Analysée au regard de la Convention, la réglementation des procédures collectives et son application révèle à la fois le souci du législateur de respecter les principes généraux qu'elle consacre, et les risques de contradiction entre ces principes généraux et la mise en œuvre du droit de la faillite.

En apparence, le juriste d'affaires n'envisage le droit européen que sous l'angle du droit communautaire, dans sa dimension purement économique. Pourtant, le droit communautaire s'intéresse de plus en plus aux droits de l'homme de sorte que cette préoccupation le concerne aussi. Les droits fondamentaux pénètrent ainsi dans la vie économique.⁵ Cette évolution a certainement été facilitée par l'admission progressive de l'application des normes inscrites dans la Convention européenne des droits de l'homme aux relations entre les particuliers : cet effet horizontal de la Convention a fait l'objet de plusieurs controverses.⁶ Progressivement, la Convention européenne a pris une importance considérable dans le domaine économique et financier, devenant comme cela a été souligné, la « Convention européenne des droits ... de l'entreprise. »⁷ Le droit de la concurrence a été sans doute le premier à être touché par la Convention européenne⁸, puis cette influence s'est généralisée⁹ en passant notamment par le droit des obligations¹⁰, ce qui a mis aussi en lumière le double effet de la Convention : d'une part, un effet vertical, classique, envisageant les individus par rapport à l'Etat ; d'autre part un effet horizontal de sorte que la Convention s'applique également aux relations entre les particuliers. Le droit des contrats est symptomatique de cette évolution vers la prise en considération des droits de l'homme, y compris dans des domaines pourtant délaissés par la Convention européenne. Ainsi après quelques tentatives infructueuses¹¹, les plaideurs ont fini par convaincre la Cour de cassation

⁵ CEDH, arrêt *Irlande c. Royaume-Uni*, du 18 janv. 1978, § 160, A 25.

⁶ CEDH, arrêt *De Haes et Gijles c. Belgique*, 24 fév. 1997, 1997 I.

⁷ F. Soudre, L'arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme du 24 février 1992 : à propos du droit de l'entreprise, *Cah. Dr. entr.* 1992-4, p. 26.

⁸ X de Mello, *Droit de la concurrence et droits de l'homme*, *Rev. Trim. Dr. Eur.* 1991, p.335 s.

⁹ G. Wiederkehr, L'application de la convention internationale intéressant le droit privé, in « *Droits de l'Homme en France* », Dix ans de l'application de la Convention européenne, Engel, 1985, p. 159s.

¹⁰ J. Mestre, L'influence de la Convention européenne des droits de l'Homme sur le droit des obligations, *Rev. Eur. Dr. Privé*, 1994/2, p. 31 s.

¹¹ J. Mestre, Formation des contrats et Convention européenne des droits de l'Homme, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1992, p. 88, n° 9.

d'exercer son contrôle sur le contenu d'un contrat en s'appuyant sur la Convention¹². Il est certain que le recours à la Convention, dans les rapports horizontaux, que sont les rapports contractuels de droit privé est de nature à introduire, dans le droit des obligations en général et le droit des contrats en particuliers, des bouleversements considérables.¹³ Les droits fondamentaux pénètrent ainsi dans la vie économique.¹⁴

Certes la protection des droits économiques ne ressort pas expressément, à une exception près, d'une disposition de la Convention. Mais une appréhension économique des droits garantis ne peut être exclue et ce, pour au moins deux raisons. D'une part, bien que le principe selon lequel un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès fasse toujours école, les contentieux juridictionnels perdurent, avec parfois des enjeux économiques considérables, entre les partenaires économiques ou entre les entreprises, leur dirigeant et l'administration publique. En conséquence, la jurisprudence relative aux règles du procès s'applique tout aussi bien aux entreprises.

Les acteurs économiques auraient bien des raisons de s'y intéresser : n'ont-ils jamais eu le sentiment que leur cause n'avait pas été entendue équitablement ? Que le principe d'égalité des armes n'avait pas été respecté ? Que le tribunal n'était pas impartial, ni la durée du procès raisonnable ? Que le droit au respect des biens est méconnu ? Ou encore que leur vie privée est affectée ?¹⁵

Le respect des garanties du procès équitable¹⁶, du respect des biens¹⁷ et du respect de la vie privée¹⁸ sont, dans une société démocratique, les piliers de la civilisation. Afin d'assurer une protection au niveau européen, la CEDH assure le contrôle du respect par les Etats membres de ces garanties.

L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme est paradoxal à plusieurs titres. Par exemple, il exerce une influence considérable sur la procédure juridictionnelle des Etats partis à la Convention, et pourtant il est sibyllin quant à son contenu, il énonce le droit de toute personne à ce que sa cause soit entendue équitablement,

¹² Ch. Jamin, Un droit européen des contrats, in P. de Vareilles-Sommières, Le droit privé européen, Economica 1998, p. 40 s., spéc. P. 57s.

¹³ J. P. Marguenaud, L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit français des obligations, in Le renouvellement des sources du droit des obligations, Trav. Ass. H. Capitait, T 1, p.45 s, LGDJ, 1997.

¹⁴ Ibidem note 5, § 160.

¹⁵ P. Dourneau-Josette, Les acteurs économiques, le juriste d'affaires et la Convention européenne des droits de l'Homme, Dalloz Affaires n° 112, 9 avril 1998.

¹⁶ Article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

¹⁷ Article 1 du Protocole n° 1 à la Convention européenne des droits de l'Homme.

¹⁸ Article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi¹⁹.

Pour prétendre le bénéfice des garanties attachées à l'article 6 de la Convention, il faut s'assurer que l'objet du litige est soit préalablement qualifié. Rentre-t-il dans le cadre de cette disposition ? Autrement dit, s'agit-il, au sens autonome et plus large de la Convention, soit de « contestation sur des droits et obligations à caractère civil » soit du « bien fondé d'une accusation en matière pénale » (article 6 § 1 de la Convention) ?

La notion de droits et obligations à caractère civil commande simplement que l'issue de la procédure soit déterminante pour des droits et obligations de caractère privé. Elle peut notamment trouver à s'appliquer au refus d'octroi d'avantages fiscaux²⁰, aux actions en restitution d'avoirs fiscaux ainsi qu'à l'action connexe en contrôle juridictionnel et en demande en annulation des circulaires ministérielles établissant le régime d'un impôt²¹, au retard de l'administration dans l'exécution des arrêts rendus par une Cour suprême²², à l'octroi des sommes accordées par un tribunal arbitral²³, au droit de recouvrer des honoraires dus par une administration publique²⁴, à l'exercice d'un droit de préemption par l'administration fiscale²⁵, au droit d'exploiter sa propriété²⁶, au droit d'exploiter une licence de débit de boissons alcoolisées²⁷ ou une licence de transport²⁸, à une demande de brevet²⁹.

Une fois constatée l'applicabilité de l'article 6 aux faits de l'espèce, les organes de la Convention peuvent être amenés à examiner la conformité de la procédure aux dispositions de la Convention. Il n'apparaît pas nécessaire de s'étendre sur ce point, sachant que la jurisprudence est abondante.

¹⁹ J.-P. Costa, La contradiction sous l'influence de l'article 6 § 1 de la Convention, RFD. Adm., n° 17, janv.-fevr. 2001, p. 30.

²⁰ Comm. EDH, *Éditions Périscope c. France*, 26 mars 1992, série A, n° 234 B, p. 66, § 40.

²¹ Comm. EDH, *National et Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society et Yorkshire Building Society c. R.-U*, 23 octobre 1997, 1997-VIII.

²² Comm. EDH, *Hornsby c. Grèce*, 19 mars 1997, n° 33, p. 510-512, §§ 39-45, 1997-II.

²³ Comm. EDH, *Raffineries Grecques c. Grèce*, 9 décembre 1994, p. 78-79, § 40, série A, n° 310-B.

²⁴ Comm. EDH, *Philis c. Grèce*, 27 août 1991, série A, n° 209.

²⁵ Comm. EDH, *Hentrich c. France*, 22 septembre 1994, série A, n° 296-A.

²⁶ Comm. EDH, *Fredin c. Suède*, 18 avril 1991, série A n° 192, p. 20, § 63.

²⁷ Comm. EDH, *Tre Tractorer AB c. Suède*, 7 juillet 1989, série A n° 159, p. 19, § 43.

²⁸ Comm. EDH, *Pudas c. Suède*, 27 octobre 1987, série A, n° 125, p. 16, § 38.

²⁹ Comm. EDH, *B.A.T. c. Pays Bas*, 20 novembre 1995, p. 23, § 67.

Quels sont les exigences du droit à un procès équitable ?

« *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement ...* »

L'exigence de l'équité est consacrée, dès les premiers mots, de l'article 6 § 1 de la Convention ; son importance est considérable puisque, pour l'ensemble des garanties de cet article l'on retient désormais la notion de procès équitable. La notion d'équité a permis aux juges d'aller plus loin que le texte afin de mieux protéger les droits fondamentaux. La clause générale sur le procès équitable a permis à la jurisprudence de dégager d'importantes garanties, dont notamment la nécessité de motiver les décisions de justice et le principe d'égalité des armes.³⁰

« *... publiquement...* »

Ce principe est nettement affirmé par l'article 6 § 1 de la Convention : toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue publiquement. Cette publicité s'impose pour bien protéger le justiciable contre une justice secrète échappant au contrôle du public. Elle permet de préserver la confiance de justiciables dans l'institution judiciaire et cette transparence participe pleinement du droit à un procès équitable et de sa finalité.³¹ En effet, il ne suffit pas que la justice soit rendue, encore faut-il que chacun puisse voir qu'elle est rendue.³²

L'exigence de la publicité doit s'apprécier selon l'ensemble du procès en prenant en considération la spécificité des différentes phases de la procédure : la CEDH a rappelé qu'il convient de contrôler les réalités de la procédure, les modalités d'application de l'article 6 § 1, dépendant des particularités de l'instance dont il s'agit.

Ainsi le procès ne sera pas équitable si la publicité devant la juridiction supérieure ne permet pas de réparer la violation alléguée, mais il le sera s'il apparaît qu'antérieurement l'exigence de publicité a été respectée.³³ Les juges européens font preuve d'une grande

³⁰ Comm. EDH, Req. No 7906/77, Dr. 17 p. 59.

³¹ CEDH, *Axen c. RFA* du 8 déc. 1983 ; *Sutter c. Suisse* du 22 février 1984, et, *Helmerts c. Suède* du 29 octobre 1991.

³² La formule découle de l'adage anglais à propos de l'impartialité et l'indépendance du tribunal : *justice is not only be done, but to be seen to be done.*

³³ Dans l'affaire *Sutter c. Suisse* (arrêt du 22 février 1984, A 74) le débat n'était pas publics devant le tribunal militaire de cassation, mais ils l'avaient été antérieurement en première instance. Les juges ont donc estimé que, dans ces conditions, l'art. 6 § 1 n'avait pas été violé.

vigilance quant au respect de l'exigence de la publicité, car, d'après eux, la publicité des débats judiciaires est un principe fondamental du procès équitable.³⁴

« ...et dans un délai raisonnable ... »

L'article 6 précise que toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue dans un délai raisonnable : la plupart du temps cela répond à une exigence de célérité ; les lenteurs de la justice sont souvent dénoncées et valent aux Etats des condamnations sur le plan européen.

« ... par un tribunal indépendant et impartial... »

Le droit à un tribunal indépendant et impartial établi par la loi.

Au sens européen du terme, le tribunal est un organe judiciaire de pleine juridiction³⁵ : c'est à dire qu'un véritable contrôle de la légalité doit être exercé par l'organe en cause, organe qui doit être accessible et adéquat. L'exigence d'un tribunal établi par la loi doit s'entendre comme celle d'un tribunal conforme à la loi.

L'indépendance d'un tribunal s'apprécie à un double point de vue puisqu'elle doit exister tant à l'égard du pouvoir exécutif qu'à celui des parties. Pour savoir si un tribunal est indépendant, les juges européens prennent en considération le mode de désignation de ses membres, la durée de leur mandat et l'existence de garanties contre les pressions extérieures.

L'exigence d'impartialité donne lieu à une appréciation objective et subjective. L'impartialité subjective se traduit par le fait que le juge, dans son intérieur, n'a aucune raison de favoriser ou défavoriser un tel ou tel plaideur³⁶ cette impartialité, qui se présume jusqu'à la preuve du contraire signifie l'absence de parti pris ou de préjugé.

L'impartialité objective conduit à prendre en considération les apparences, puisqu'elle conduit à se demander si la conduite personnelle du juge, certains faits que l'on peut vérifier amènent à suspecter l'impartialité de ce dernier.³⁷ Il est certain qu'un juge ne méconnaît pas l'exigence de l'impartialité du seul fait qu'il intervient deux fois dans la même affaire : il faut encore que sa première intervention lui ait fait prendre une position ou émettre une appréciation qui apparaît objectivement qu'on pouvant avoir une influence sur sa seconde

³⁴ CEDH, arrêt *Gautrin et autres c. France*, du 20 mai 1998, 1998-III.

³⁵ CEDH, arrêt *Albert Le Compte c. Belgique*, 10 février 1983, § 29, A-58

³⁶ CEDH, arrêt *Remli c. France* du 23 avril 1996, 1996-II.

³⁷ CEDH, arrêt *Hauschildt c. Danemark* du 24 mai 1989, A 154.

intervention. Cette conception concrète permette d'éviter un absolutisme d'impartialité qui pourrait finir par bloquer une institution judiciaire.

L'article 1^{er} du Protocole n° 1 à la Convention consacre le droit au respect des biens et, plus généralement la propriété. Aux termes de l'article 1^{er} du Protocole n° 1, toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens³⁸.

Le droit au respect des biens ou plus généralement le droit de propriété, apparaît comme l'un des piliers de la société occidentale, même s'il n'a plus aujourd'hui le caractère « inviolable et sacré » que lui reconnaissaient les Révolutionnaires français ; sa valeur était incontestée également de l'autre côté de l'Atlantique lorsqu'en 1857, aux États-Unis, la Cour suprême (dans l'affaire *Deed Scott*), accordait au droit de propriété du maître sur son esclave une valeur supérieure au droit à la liberté de celui-ci. Ceci tient sans doute au fait que le droit de propriété (qui n'est d'ailleurs pas non plus garanti par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques) se situa à la frontière, toujours difficile à déterminer, des droits civils et des droits économiques³⁹.

Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur des lois qu'il juge nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes. Ces dispositions garantissent « en substance » le droit de propriété⁴⁰, les biens incorporels étant d'ailleurs dans le cadre de cette protection⁴¹.

La notion de « biens », qui a une portée autonome, est largement étendue et désigne tous biens de valeur patrimoniale⁴² : tout intérêt économique qui a une valeur patrimoniale doit être considéré comme un bien au sens de l'article 1^{er}⁴³.

En définitive, la notion de biens englobe tous les intérêts qui découlent des rapports économiques d'un individu : autant dire que l'on va même au-delà du droit de propriété en visant la notion de patrimoine.

En l'état actuel du droit positif, le principe du respect de la propriété est la première norme sur laquelle se fondent les juges européens pour contrôler toute ingérence affectant la substance même du droit ainsi protégé⁴⁴.

³⁸ Article 1 du Protocole n° 1 à la Convention européenne des droits de l'Homme.

³⁹ J.L. Charrier, Code de la Convention européenne des droits de l'Homme, Litec, 2000, p. 313.

⁴⁰ CEDH, arrêt *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979, recueil A 31, § 63.

⁴¹ CEDH, arrêt *Van Merle et autres c. Pays-Bas*, 26 juin 1986, recueil A 101.

⁴² Com. EDH, arrêt *Wiggins c. Royaume-Uni*, 8 février 1978, D. et R. 13, p. 40.

⁴³ Ibidem note 27, § 53.

⁴⁴ G. Cohen-Jonathan, Aspects européens des droits fondamentaux, Montchrestien, 2 éd. 1999, p. 114.

L'arrêt « *Sporrongh et Lonroth* »⁴⁵ considéré à juste titre comme l'un de grands arrêts de la CEDH⁴⁶, apporte une précision capitale : la Cour a jugé que même en absence d'une privation de propriété, des mesures comme le maintien d'une autorisation d'expropriation d'un immeuble et de l'interdiction de construire en résultant, sont une atteinte à la possibilité pratique d'exercer le droit de disposer et d'user d'un bien ; lesdites mesures causent donc une ingérence à la substance même du droit de propriété. Depuis cet arrêt la Cour a rendu d'autres décisions permettant de se rendre compte de l'importance de du droit de propriété sur le plan européen. Certes le droit de propriété ne fait pas l'objet d'une reconnaissance solennelle puisqu'il est simplement du respect du droit au respect des biens, mais sa consécration ne fait aucun doute⁴⁷.

Il est vrai que la propriété est fondamentale : c'est en effet une application concrète de la liberté qui protégé aussi l'égalité des hommes grâce au libre accès, et leur dignité par la responsabilité ; la propriété est assurément le fondement des relations sociales et des activités économiques, tout en étant une procédure de protection de nombreux droits fondamentaux⁴⁸.

En réalité si la propriété figure bien parmi les droits de l'Homme, c'est pour en protéger les valeurs essentielles ; c'est la propriété qui finalement permet d'organiser la liberté des relations économiques et sociales tout en respectant l'égalité, la dignité et la justice⁴⁹.

L'article 8 de la Convention protégé le droit au respect de la vie privée. Progressivement, les juges européens ont consacré une évolution des concepts du respect de la correspondance. Il y a correspondance au sens de l'article 8 de la Convention, toute fois que deux ou plusieurs personnes échangent, sur quelque support que ce soit un message ou une idée.

C'est, en fait, une liberté classique qui n'est d'ailleurs qu'un aspect de la protection de la vie privée. Il peut s'agir de correspondance écrite, mais aussi de correspondance par voie de télécommunications⁵⁰ ou radio-téléphoniques⁵¹, et il est probable que l'on peut également y inclure les correspondances effectuées grâce à des modes de communication nouveaux, tels que les messageries télématiques ou les e-mail informatiques. Mais, pour entrer dans le champ d'application de l'article 8 la correspondance ne doit avoir aucun caractère public : sont ainsi

⁴⁵ CEDH, arrêt *Sporrong et Lonroth c. Suède* du 23 septembre 1982, A 52.

⁴⁶ F. Sudre, Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme, PUF, Que sais-je 1998, p. 43

⁴⁷ F. Sudre, La protection du droit de propriété par la CEDH, D. 1998, Chron. p.71 s.

⁴⁸ F. Hayek, La constitution de la liberté, PUF, 1994, p. 35

⁴⁹ Ch. Mouly, La propriété, in R. Cabrillac, Droits et libertés fondamentaux, Dalloz, 5 ed. 1999, p 515.

⁵⁰ Comm. EDH, req. n° 14838/1989, déc. 5 mars 1991, D.R. 60/164

⁵¹ Comm. EDH, Req. n° 8962/1980, déc. 13 mai 1982, D.R. 29/112.

exclues les correspondances commerciales, administratives ou publicitaires, l'article 8 ne jouant qu'à l'égard de la correspondance privée, mais aussi professionnelles⁵².

Quant à la correspondance écrite, c'est au moins historiquement, le premier moyen de communication qu'il y a à protéger. Le droit à la protection de la correspondance est général et s'adresse à « toute personne ».

La protection du domicile - il s'agit là d'un droit relevant de la sécurité et du bien être personnel⁵³. Il est essentiel que l'intimité des lieux où s'exerce la vie privée soit protégée. L'intimité de la personne s'exerce le plus souvent au sein du domicile : c'est là que se développe la vie familiale, c'est souvent dès là que la personne exerce son droit à la correspondance, en un mot c'est là qu'elle est le plus un « individu » au sens de la Convention, c'est là que se manifeste, selon l'expression du Doyen Rivero, la sphère d'intimité dans laquelle on ne peut pénétrer sans y être convié ». Il est donc naturel que ce lieu à appellations multiples telles que foyer, domicile, maison, résidence, etc., fasse l'objet d'une particulière protection de la part de la Convention

Les juges européens n'ont pas hésité à étendre cette même protection aux locaux professionnels, ce qui est significatif de leur volonté de protéger efficacement et complètement les droits fondamentaux.

Le droit des procédures collectives doit être conforme aux garanties prévues dans la Convention européenne des droits de l'Homme. Il convient d'analyser si les droits et garanties prévues dans la Convention sont respectées, pendant le déroulement des procédures collectives.

Ce qui intéresse le plus les parties à la procédure collective c'est que les garanties de la procédure (article 6 de la Convention) et leurs droits substantiels (article 1 du Protocole n° 1 à la Convention et article 8 de la Convention) soient respectées.

La mise en œuvre du droit des entreprises en difficulté peut, parfois, méconnaître le respect des droits procéduraux (Partie I) ou des droits substantiels des parties (Partie II).

⁵² CEDH, arrêt *Niemietz c. Allemagne*, 16 décembre 1992, A-251B, An. Fr. Dr. Int. 1992.

PARTIE I :
LE DROIT DES PROCÉDURES COLLECTIVES À L'ÉPREUVE DU
RESPECT DES GARANTIES DE LA PROCEDURE

En vertu de l'article L 621-5 du C. com., le tribunal de commerce est la juridiction compétente chargée des procédures collectives. Au sein de celui-ci, en vertu de l'article L. 621-12 C. com., le juge-commissaire est chargé de veiller au déroulement rapide de la procédure et à la protection des intérêts en présence.

Le tribunal de commerce a la faculté de se saisir d'office dans les conditions de la loi, et de convoquer, de sa propre initiative, le dirigeant d'une entreprise qui paraît rencontrer des difficultés : il s'agit d'une convocation en vue d'un entretien destiné à examiner les difficultés de l'entreprise.

Le juge commissaire, rédige, entre autres, un rapport pendant la phase préalable, qu'il présente au tribunal de commerce. Il peut siéger au sein du tribunal qui statuera au vu de son rapport. Il convient de confronter les prérogatives du tribunal de commerce et du juge-commissaire au principe d'impartialité posé par l'article 6 § 1 de la Convention.

Le droit à une bonne justice implique le respect d'un certain nombre de garanties. A cet égard, la protection européenne paraît particulièrement performante, d'autant plus que les garanties de l'article 6 précité, déjà importantes, sont opportunément complétées par d'autres dispositions contenues dans la Convention et dans ses protocoles additionnels. Il sied d'analyser si les débats devant le tribunal de commerce respectent les garanties prévues par l'article 6 de la Convention.

CHAPITRE I L'impartialité du tribunal de commerce

La France conserve une trace de la fonction de police traditionnelle assurée par les tribunaux de commerce depuis trois siècles, qui s'exprime par une particularité procédurale :

⁵³ CEDH, arrêt *Gillow c. Royaume Uni*, 24 novembre 1986, § 55, A-109.

la saisine d'office du tribunal de commerce (art. L. 611-2 C.com.). Ce moyen d'attirer l'attention du dirigeant de l'entreprise est toujours d'actualité. La doctrine parle parfois d'une « judiciarisation de l'alerte »⁵⁴ qui est influencée par le renforcement du rôle du président du tribunal de commerce. Etant donné que le président du tribunal dispose de cette faculté, il reste à chercher si elle est compatible avec l'exigence d'impartialité, telle qu'exigée par l'article 6 § 1 de la Convention (Section I).

Le tribunal statue sur toutes les contestations nées de la procédure après le rapport du juge-commissaire. Celui-ci peut siéger dans la formation de jugement décidant sur lesdites contestations. Est-ce que sa présence dans la formation du jugement respecte-t-elle le principe d'impartialité ? (Section II).

SECTION I La saisine d'office du tribunal de commerce

L'extension des compétences du tribunal de commerce dans le cadre des procédures collectives trouve ses racines dans les idées, colloques et œuvres de la doctrine ancienne. Depuis longtemps, cette institution trouve facilement son application pratique. Elle est perçue comme une solution pour le dépistage des difficultés, puis une révélation de celles-ci au chef d'entreprise afin de lui permettre de réagir à temps. L'alerte consiste à découvrir les indices des difficultés, afin d'organiser rapidement et discrètement une résistance efficace.

Le place importante que le tribunal de commerce a acquis dans le cadre du déroulement des procédures collectives date depuis longtemps et cette place importante dans la prévention et répression des troubles est exprimée par la doctrine ancienne. Ainsi le tribunal de commerce a vu s'élargir ses compétences dans le domaine de la prévention des problèmes au sein de l'entreprise (§ 1). En même temps, le président du tribunal de commerce se voit attribuer un pouvoir discrétionnaire en ce sens ; il reste à analyser si cette prérogative respecte l'exigence d'impartialité (§ 2).

§ 1. L'extension des compétences du tribunal de commerce

Dès la doctrine ancienne, l'idée que le rôle préventif que le tribunal de commerce devait assurer dans le cadre des procédures commerciales, a été soulignée maintes fois (A). L'idée que les dirigeants de l'entreprise risquent de ne pas voir ou de refuser de voir la réalité

⁵⁴ Ibidem note 1.

a aboutit à la mise en œuvre d'une procédure spéciale d'alerte - celle à la disposition du tribunal (B).

A. Entre le déni de justice et l'abus de pouvoir

Il y a une vingtaine d'années, la mission des tribunaux de commerce était évoquée en des termes nouveaux. Sans doute dès 1936, M. Janssen, président de la Commission bancaire, puis gouverneur de la banque nationale, avait lancé l'idée d'une extension des compétences et d'une responsabilité accrue du pouvoir judiciaire dans le domaine économique⁵⁵, mais il fallut attendre les années soixante-dix pour que ses paroles reçoivent un écho significatif.

A l'époque mûrissait l'idée que les juges consulaires n'étaient pas seulement chargés d'arbitrer *a posteriori* des litiges relatifs à des intérêts commerciaux, mais qu'ils étaient investis d'une responsabilité d'ordre économique, impliquant prévision et répression des troubles.

Dans l'émulation de ces idées nouvelles, un important colloque se tenait à Gand en novembre 1975 sur le thème « La magistrature économique ». A l'Université de Liège, en 1982, la journée d'études de la Commission Droit et Vie des Affaires sur le sujet *Les créanciers et le droit de la faillite* était l'occasion de prendre la mesure d'un large consensus sur la nécessité pour les juges de relever le défi. En 1984, le CRISP publiait un dossier sous la direction d'Alexis Jacquemin et de Bernard Remiche – « Les magistratures économiques et la crise »⁵⁶ - qui s'inscrivait dans ce courant de pensée novateur.

C'est aussi le temps où la notion d'entreprise déployait toute sa complexité. Le Rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 8 octobre 1976 relatif aux comptes annuels des entreprises contient cette définition qui a fait fortune : « L'entreprise n'est pas seulement un patrimoine générateur de profits et de pertes. Elle est essentiellement un agencement dynamique et durable d'hommes, de moyens techniques et de capitaux, organisée en vue de l'exercice d'une activité économique débouchant sur la réalisation d'un produit brut, permettant d'attribuer des produits bruts ou nets à tous ceux qui ont concouru à sa réalisation ». C'est effectivement par le droit comptable que la notion d'entreprise a pris sa véritable dimension. Ainsi vient-on d'esquisser à grand traits un contexte qui explique que, dans un passé récent, la magistrature consulaire se soit sentie confrontée à un défi d'ordre économique.

⁵⁵ G. Janssen, Plaidoyer pour une magistrature économique, J.T., 1959, p. 125.

⁵⁶ A. Jacquemin et B. Remiche, Les magistratures économiques à la crise, C.R.I.S.P, 1984, p. 9.

De cet engouement doctrinal et judiciaire et de ce rappel à la sagesse, quel est l'héritage ? Comment s'exercent aujourd'hui ces nouvelles compétences des juges que l'on a si justement situés entre la légalité et l'opportunité économique, mais aussi entre le déni de justice et l'abus du pouvoir ?

De façon générale, le droit judiciaire organise la procédure selon un système accusatoire. Un procès au fond est le lieu de débats contradictoires où, devant un juge neutre, des parties viennent exposer des thèses antagonistes dans le respect des droits de la défense de chacun. La procédure est accusatoire, dans le sens où la partie qui prend l'initiative de la procédure est le président du tribunal.

Par dérogation au système de droit commun, le droit des procédures collectives connaît une procédure, dont l'initiative est prise par le tribunal lui-même, en dehors de toute prétention des créanciers et de tout aveu du failli. C'est parce que le tribunal dispose d'un pouvoir exorbitant : celui de la saisine d'office.

C'est précisément sur le terrain de l'impartialité du juge, garantie par les dispositions du droit interne et du droit international que les critiques les plus pertinentes ont été énoncées à l'encontre de la saisine d'office.

Depuis le 10 juin 1994, le président du tribunal de commerce joue un rôle essentiel en matière d'alerte. Il est, à bien des égards, le fer de lance de la procédure. Il n'agit pas en qualité d'organe juridictionnel mais en tant que professionnel réputé avisé, susceptible d'aider l'entreprise à un moment difficile où une décision rapide s'impose.

Marginale avant 1994, l'alerte par le président du tribunal a été propulsée au premier rang par l'article L. 611-2 C. com. (art. 34 de la loi du 1^{er} mars 1984, réd. 1994). La compétence du président est large puisqu'elle s'applique aux commerçants, personnes physiques, aux artisans, aux sociétés commerciales eu aux GIE.

La meilleure façon de résoudre les difficultés des entreprises est assurément de les tuer dans l'œuf. Or, pour déceler des problèmes encore mineurs, il faut être vigilant, l'idéal étant de disposer d'un système d'information fiable sur la santé de l'entreprise, qui révélera très tôt les anomalies.

Une telle prévention est possible par l'intermédiaire d'une telle procédure d'alerte, mise à la disposition des tribunaux de commerce.

B. Vers une judiciarisation de l'alerte

L'efficacité des procédures de redressement ou de liquidation judiciaire est largement conditionnée par une saisine du tribunal aussi proche que possible de la survenance de la cession des paiements de l'entreprise débitrice. La dégradation de la situation de l'ensemble de l'entreprise peut s'amplifier fortement après l'arrêt du service de caisse. La multiplication des modes de saisine du tribunal est censée favoriser une prise de décision rapide, le dépôt de bilan étant en pratique loin d'être systématique⁵⁷.

Parmi les moyens préventifs, on a envisagé l'alourdissement des obligations comptables pesant sur certains groupements et institué pour les plus importants l'obligation d'établir des documents prévisionnels (art. L 232-2 C. com. et art. 244 D. 23 mars 1967 ; art. L. 612-2 C. com. et art. 25, décr. 1^{er} mars 1985 ; art. L 251-13 C. com), le relèvement du capital minimal des sociétés pour augmenter leurs fonds propres, obligations d'information, de formation du chef d'entreprise.

Ces mesures ont finalement été écartées, sans doute moins par démagogie que par amélioration au principe de la liberté du commerce et de l'industrie et à l'entreprise individuelle, qui en est l'expression la plus pure : or, sauf à attenter à celle-ci⁵⁸, il ne servirait à rien de durcir la réglementation des petites sociétés.

C'est finalement un dispositif plus souple et peu coercitif, qui a été mis en place en 1984 pour favoriser une prise de conscience rapide des difficultés.

La loi du 1^{er} mars 1984 a donc créé plusieurs procédures, dites d'alerte, destinées à attirer l'attention au sein de l'entreprise sur certains dangers menaçant celle-ci.

Une recommandation sur la réforme de l'entreprise (le rapport Sudreau) a été la source des procédures d'alerte, instituées par la loi du 1^{er} mars 1984. Partant de l'idée que les dirigeants risquent de ne pas voir ou de refuser de voir la réalité, il suggérait, pour accroître les chances de détection précoce des problèmes, de reconnaître aux diverses parties constitutives de l'entreprise le droit « de mettre en œuvre une procédure spéciale lorsqu'elles ont des éléments d'information concordants et sérieux laissant présager l'existence des difficultés qui peuvent être lourdes de conséquences pour elles-mêmes »⁵⁹.

La difficulté majeure pour le législateur est de déterminer le critère de déclenchement de l'alerte qui correspond au moment optimal : si l'on agit trop tôt, sur la base de trop vagues

⁵⁷ A. Jacquemont, Procédures collectives, Ed. Litec, 2000, p. 45.

⁵⁸ Voir par ex. la loi du 5 juillet 1996 relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat qui interdit le libre exercice de la plupart des activités artisanales (V. Th. Revet, chron. D. aff. 1998. 51).

indices d'éventuelles difficultés, on risque d'agir à mauvais escient et de provoquer des réelles difficultés, en suscitant la méfiance des partenaires de l'entreprise ; en sens inverse, si l'on attend trop et qu'on laisse s'amonceler les petites difficultés, l'alerte ne permettra pas de réagir assez tôt et elle ne servira à rien.

On peut hésiter entre un critère général ou des critères constitués de faits objectifs précis, de clignotants bien identifiés, c'est-à-dire des « signes indéniables de difficultés réelles ou potentielles », de « critères objectifs reposant sur de faits certains »⁶⁰.

Dans le domaine médical, il n'est pas difficile de distinguer l'alerte de la prévention⁶¹. Théoriquement, la prévention a un domaine général et un caractère objectif. Elle s'applique indépendamment de la situation de l'entreprise, voire aux seules entreprises saines, car lorsque la difficulté apparaît c'est que la prévention a échoué. Au contraire, l'alerte consiste à découvrir les indices des difficultés, afin d'organiser rapidement et discrètement une résistance efficace.

L'alerte a donc un double aspect, d'abord un dépistage des difficultés, puis une révélation de celles-ci au chef d'entreprise afin de lui permettre de réagir à temps.

Selon l'interprétation de M. Mestre, « c'est dans la voie des médecines naturelles, des thérapies douces que le législateur veut entraîner les dirigeants et les partenaires de l'entreprise »⁶².

Malgré leur dénomination, les procédures d'alerte ne tendent pas seulement à avertir les dirigeants, car ceux-ci sont généralement conscients des difficultés traversées par leur entreprise. Elles ont aussi pour but de les mettre en face de leurs responsabilités, en les incitant à prendre des mesures de redressement⁶³.

On peut donc observer que cette institution est devenue, après la loi du 1^{er} mars 1984, un instrument à la discrétion des autorités, créé par la nécessité d'intervention de l'Etat dans l'ordre économique.

⁵⁹ Rapport du comité présidé par P. Sudreau, La réforme de l'entreprise, Ed. 10-18, 1975, p. 177 s.

⁶⁰ Comme le suggérait le *rapport Sudreau* préc., p. 179.

⁶¹ J.-M. Auby, Le droit de la santé, p. 217, Paris, 1981.

⁶² J. Mestre, in n° spéc. R.J.C. février 1986, p. 140.

⁶³ Ibidem note 1, p. 58.

§ 2. Le renforcement des pouvoirs du président du tribunal de commerce et son impartialité

Dans le but de prévenir les problèmes au sein d'une entreprise, le président du tribunal de commerce dispose, lors de la saisine d'office, d'un appareil assez complet, des pouvoirs élargis (A). En raison de ses compétences élargies, son comportement doit être conforme à l'exigence d'impartialité (B).

A. Les pouvoirs du président du tribunal de commerce

Aux termes de l'article L. 611-2 C. com., le président du tribunal de commerce intervient lorsque l'entreprise connaît des difficultés de nature à compromettre la continuité de son exploitation. Il est averti de cette situation soit par les dirigeants de l'entreprise, soit par les commissaires aux comptes qui ont vainement déclenché une procédure d'alerte, soit par la rumeur publique. Il peut également être tenu informé par le greffier du tribunal de commerce qui lui signale les inscriptions des sûretés, les protêts, les publicités effectués en cas de perte de l'actif social, le défaut de dépôt des comptes dans les délais et plus généralement tous les actes, documents ou procédures révélant une dégradation préoccupante de la situation de l'entreprise. En pratique c'est au président d'organiser lui-même son réseau d'information, de telle sorte que l'efficacité de l'alerte est très différente selon les juridictions⁶⁴.

Durant la première décennie de leur mise en œuvre, ces procédures se ressemblaient aussi par leur échec, mais la loi du 10 juin 1994 les a sensiblement modifiées, recherchant l'amélioration de leur efficacité dans trois directions : d'abord, elle renforce le rôle du président du tribunal de commerce, dont l'intervention, toujours facultative, est facilitée, qu'elle soit spontanée ou provoquée par des alertes déclenchées par d'autres, l'alerte externe pouvant ainsi, le cas échéant, se superposer à l'alerte interne à l'entreprise. Ensuite, la loi étend le domaine à l'entreprise individuelle commerciale ou artisanale qui en était jusqu'alors exclue, alors même que l'entreprise individuelle est peut-être la plus susceptible d'en tirer parti. Enfin, la loi du 1994 atténue les différences techniques, souvent injustifiées, entre les diverses alertes ; d'où une simplification de nature à favoriser une meilleure connaissance et donc utilisation de ces procédures.

Le 1^{er} alinéa de l'article L. 234-1 C. com. prévoit l'obligation pour les commissaires aux comptes de déclencher une alerte lorsqu'ils constatent des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation.

Contrairement à la réglementation sur l'information prévisionnelle, qui ne s'applique qu'aux entreprises importantes, la procédure d'alerte est liée à la seule présence d'un commissaire aux comptes.

Dès lors peu importe la forme de la personne morale et le fait que le commissaire aux comptes y exerce sa mission à titre obligatoire ou facultatif (art. L.234-1 et L. 612-3 C.com).

Le commissaire doit déclencher l'alerte lorsqu'il relève des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. Cette expression s'inspire manifestement de la terminologie anglaise « *going concern* ». Elle n'est pas très juridique et laisse place à une marge d'appréciation non négligeable car si le commissaire n'est pas un prophète, il ne doit non plus être un aveugle⁶⁵.

La loi du 1^{er} mars 1984 a donné aux représentants des salariés le droit de déclencher une procédure d'alerte, afin d'éviter si possible une disparition ou une re-organisation de l'entreprise qui entraînerait des licenciements. A la différence du commissaire, les salariés ont la faculté et non l'obligation de déclencher l'alerte (C. trav., art. L. 432-5)⁶⁶. En vertu de l'art. L 234-3 c. com., le comité peut agir lorsqu'il a connaissance des faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise.

Les associés sont les parents pauvres de la prévention des difficultés, ce qui est assez étonnant car ils ont un intérêt certain au bon marché de la société.

Une lecture superficielle du Code de commerce laisserait d'ailleurs croire qu'ils ne disposent d'aucun droit d'alerte. Il n'en est rien, au moins dans un SARL et les sociétés anonymes⁶⁷. Les associés peuvent deux fois par an, poser des questions écrites aux dirigeants sur les faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. Conformément aux articles L. 223-26 et 225-231 C. com., tout associé peut aussi poser des questions écrites à l'occasion des assemblées générales.

Comme toutes les activités humaines, celles des juges sont soumises à des mouvements cycliques d'effervescence et de lassitude. Parmi les activités des juges, celles que suscite la matière des entreprises en difficulté donnent lieu, non seulement à ces phases

⁶⁴ J.M. Lucheux, La prévention, Rev. Jurisp. Com. déc. 1998, p. 11.

⁶⁵ J. Paillusseau et G. Petiteau, Entreprises en difficulté - les réformes en cours, Rev. ANCIJ 1983, p. 11.

⁶⁶ M. Morand, Les représentants du personnel et le déroulement de la procédure d'alerte interne, J.C.P., 1988, éd. E, II, 15357.

d'engouement et de scepticisme, mais aussi à des approches pratiques ou même à des procédures d'une étonnante diversité.

Peu importe l'origine des informations du tribunal (procédures d'injonction de payer contre le débiteur ; protêts, demande de nomination d'un conciliateur ou même lettre anonyme ...) : dès lors qu'il estime que le débiteur est ou peut être en cessation de paiements, le tribunal peut se saisir d'office. Le président du tribunal doit convoquer le débiteur en lui indiquant par écrit les faits de nature à motiver la saisine d'office, copie étant adressée au Ministère public. Cette formalité est essentielle pour le respect des droits de la défense⁶⁸, mais soulève une difficulté au regard du devoir d'impartialité du juge⁶⁹.

B. Une fragile légitimité d'intervention

Selon M. Vallens, la saisine d'office représente une règle ancienne du droit français⁷⁰ qui se rattache à l'ordre public et au rôle dévolu du tribunal de commerce dans la mise en œuvre des procédures de faillite. Or, la saisine d'office, qui incombe en fait au président du tribunal de commerce, implique une appréciation des faits reprochés au débiteur, préalablement à toute audition : le débiteur est cité à comparaître par le greffier qui lui fait signifier une note du président, « exposant les faits de nature à motiver la saisine d'office »⁷¹.

Même lorsqu'on donne au débiteur l'occasion de se défendre, comment pourrait-il ne pas s'inquiéter de ce que son adversaire, son contradicteur, voire son juge semble bien être le tribunal devant lequel il comparait ? C'est contre l'apparente suspicion du tribunal – suspicion sans laquelle la procédure n'aurait pas de raison d'être - que le débiteur est invité à exercer ses droits de défense.

Peut-on éviter d'encourir un grief aussi préoccupant en organisant une stricte séparation entre l'instruction d'une situation et son jugement au fond, confiant l'une et l'autre à des magistrats différents ? Selon la composition du tribunal, cette solution peut être parfois malaisée à mettre en œuvre.

La chambre commerciale de la Cour de Cassation a éclairé dès 1992, le particularisme de la saisine d'office, au regard du devoir d'impartialité du juge et des risques qu'une telle

⁶⁷ A. Brunet et M. Germain, L'information des actionnaires et du comité d'entreprise dans les sociétés anonymes, n° 55, Rev. Soc., 1985, p. 35.

⁶⁸ Art. 16 nouv. C. proc. Civ. ; en l'absence d'écrit, toute la procédure est nulle : Com. 25 juin 1996, Quot. Jur. 16 juill. 1996.

⁶⁹ F. Pérochon, R. Bonhomme, Entreprises en difficulté Instruments de crédit et de paiement, L.G.D.J., p. 121.

⁷⁰ C. comm. ancien, art. 437 et 440.

⁷¹ J.-L. Vallens, Droit de la faillite et droits de l'homme, R.T.D. Com. 1997. 567 s., spéc. 580.

procédure fait courir au justiciable. Cette jurisprudence avait le mérite d'attirer l'attention des juridictions sur la « fragile légitimité de leur intervention » dans le cadre des « procédures où elles disposent de pouvoirs d'actions considérables sur le sort des entreprises et sur leur patrimoine et les droits de leurs dirigeants »⁷².

La saisine d'office joue certes un rôle limité dans l'ensemble des procédures ouvertes en France, mais elle a été étendue par le législateur contemporain à diverses hypothèses : le report de la date de cessation des paiements, le remplacement des mandataires de justice, le remplacement du débiteur lui-même à la tête de son entreprise lorsque la survie de celle-ci le requiert, la modification de la mission des administrateurs, la cessation de l'activité et la liquidation judiciaire, la clôture des opérations de liquidation, ainsi que les sanctions patrimoniales ou la faillite personnelle du débiteur.

A ces multiples hypothèses, il faut encore ajouter l'intervention judiciaire en amont de la cessation des paiements, le président du tribunal a désormais le pouvoir de convoquer le débiteur qui paraît rencontrer « des difficultés de nature à compromettre la continuité de l'exploitation ».

Comment savoir si le président du tribunal, qui cite le débiteur exposant les faits « de nature à motiver la saisine d'office » et statuant ensuite au sein du tribunal qui décide sur le sort de l'entreprise, respecte-t-il l'exigence d'impartialité, telle que prévue par l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme ?

Ce pouvoir conféré par la loi est assez dangereux car il dépend du juge que son comportement ne fasse pas naître des doutes quant au respect du principe d'impartialité consacré par l'article 6 § 1 de la Convention.

Si le recours à la saisine d'office reste limité en raison de la diligence des mandataires de justice et du ministère public notamment, ces mesures n'en marquent pas moins le rôle prépondérant du tribunal dans le déclenchement et le déroulement des procédures de « faillite », et peuvent conduire à mettre en doute l'impartialité du tribunal au regard d'un justiciable, cité à comparaître par « son » juge.⁷³

Dans le cas de la saisine d'office, le président du tribunal convoque le chef d'entreprise afin d'envisager avec lui des mesures propres à redresser la situation. Des précautions devraient être prises pour que cette convocation ait un caractère confidentiel et que l'entretien se déroule dans un climat serein. La mission du président est imprécise. Il n'a aucun pouvoir de contrainte mais seulement un rôle d'information et de mise en garde. Il doit

⁷² Cass. com., 3 novembre 1992 et 16 mars 1993.

⁷³ Ibidem note 71, p. 581.

aider son interlocuteur à faire le point et l'orienter vers les personnes ou les organismes qui pourront l'assister dans le redressement de l'entreprise. En somme le président, qui est lui aussi un commerçant, met son expérience et son objectivité au service d'un de ses pairs incapables de surmonter seuls leurs difficultés. Mais il ne formule pas directement des conseils. Il est comme le psychanalyste qui écoute en silence son patient⁷⁴.

Comment est-ce que le justiciable perçoit-il le fait d'être convoqué par le juge, qui éventuellement va statuer sur le sort de son entreprise ? Bien sur qu'aux yeux du justiciable, convoqué par son juge l'impartialité du tribunal est mise en doute.

Le « manque d'impartialité » reproché habituellement aux tribunaux de commerce masque une partialité structurelle qui est réelle dans le cas de la saisine d'office.

La réalité de ce manque de partialité trouve ses racines dans le pouvoir du président de tribunal de se saisir d'office, de convoquer le débiteur, de lui exposer les motifs de nature à motiver cette mesure. La loi n'est pas ambiguë. L'article L. 621-2 C. com. permet au président du tribunal de se « mêler », d'office, dans les problèmes d'une entreprise, invoquant son devoir de prévention. Quelle est la nature juridique d'une telle convocation, si elle ne représente pas une assignation en justice ?

La CEDH rappelle que « le but de la Convention consiste à protéger des droits non pas théoriques et illusoires, mais concrets et effectifs, cette remarque vaut spécialement pour ceux de la défense eu égard au rôle éminent que le droit à un procès équitable, dont ils dérivent, joue dans une société démocratique »⁷⁵.

Il est d'ailleurs difficile de contester que le prononcé d'une faillite personnelle ou d'une condamnation à combler tout ou partie du passif relève de la matière contentieuse. Un procès contentieux suppose l'existence d'au moins deux parties : un demandeur et un défendeur. En l'espèce, le défendeur est clairement le chef d'entreprise. Plusieurs questions se posent : qui donc est le demandeur, qui va communiquer les pièces sur lesquelles sera fondée une éventuelle condamnation et qui va formuler les demandes sur lesquelles et dans les limites desquelles, le tribunal va statuer ?

Il ne reste qu'un demandeur possible, celui que désignent d'ailleurs les textes : le tribunal lui-même. C'est donc l'autorité poursuivante qui va statuer sur l'opportunité de condamner ou non le défendeur, sur les termes d'un acte dont elle est l'auteur. Ainsi, le tribunal met en doute l'exigence d'impartialité tel qu'imposée par l'article 6 § 1 de la Convention.

⁷⁴ Ibidem note 1, p.68.

⁷⁵ Voir en ce sens CEDH, arrêt *Artico c. Italie* du 13 mai 1980, § 33, A-37.

Incidentement, se pose d'ailleurs un autre problème : comment un tribunal qui ne semble pas être doté de la personnalité morale pourrait-il valablement ester en justice ?

Même si l'on admet l'impérialisme du droit des procédures collectives par rapport aux autres branches du droit, celle-ci devrait s'effacer devant les normes supérieures : la constitution et les traités. D'ailleurs, il convient de préciser que la saisine d'office n'est pas un mécanisme propre aux procédures collectives.

Actuellement, les juges s'efforcent d'éviter le grief de partialité en restant prudents dans les termes de la note adressée aux personnes visées (dirigeants sociaux notamment). Mais le débiteur ou le dirigeant auront toujours le sentiment qu'ils arrivent au tribunal déjà jugés.

Du point de vue du respect des dispositions de l'article 6 § 1 de la Convention, comme on l'a déjà souligné dans le rappel de la jurisprudence relative à l'impartialité, le simple fait pour le juge de convoquer le chef d'entreprise et de lui exposer les faits de nature à justifier la saisine d'office, ne saurait pas, en principe, justifier en soi des appréhensions relativement à son impartialité. Une solution envisagée par une partie de la doctrine est celle relative au comportement du président du tribunal. Celui-ci doit être « vigilant dans le choix des termes pour que cette note soit à la fois assez précise pour éclairer le débiteur sur les faits reprochés, et assez vague et hypothétique, pour soustraire le président au grief de partialité »⁷⁶.

On peut observer à cet égard que la saisine d'office existe ailleurs en Europe, mais surtout dans les pays où l'aspect traditionnel répressif de la faillite reste prépondérant (en Espagne, en Grèce, en Italie et au Luxembourg). En revanche, la Belgique a renoncé à ce mode de saisine, après de vives controverses, mais en donnant au ministère public cette prérogative⁷⁷.

L'impartialité du juge est la condition *sine qua non* du système juridique entier. La Cour de Cassation, en y consacrant deux arrêts d'assemblée plénière le 6 nov. 1998 (Urssaf des Alpes Maritimes c. M/P et autres, n° 97-41931), sur le visa de l'art. 6 § 1 de la Convention, et en y interprétant la règle d'une façon extrêmement rigoureuse, y montre l'importance qu'on lui accorde. On trouve ici un exemple du phénomène normatif par lequel une disposition du droit européen déclenche un dynamisme tel dans la jurisprudence de droit interne que celle-ci en vient à dépasser les exigences du premier texte, utilisant les marges d'appréciation que ce dernier laisse pour en accroître la portée, et c'est d'autant plus qu'elle fut un temps réticente à le prendre en considération ou inexpérimentée à le faire.

⁷⁶ Ibidem note 71, p. 580.

⁷⁷ Ibidem note 71, p. 581.

L'impartialité est une garantie des parties à l'instance, corollaire indispensable de ce que l'on désigne désormais comme « le droit au juge »⁷⁸, lequel suppose un droit « à un tribunal impartial »⁷⁹ lequel est préalable à l'idée même d'un procès équitable⁸⁰.

On peut alors définir techniquement l'impartialité comme une règle de preuve fondamentale qui donne sens au procès. Non seulement le comportement des juges doit aller dans ce sens mais encore l'impartialité doit être manifeste : les parties ont droit à une impartialité qui se donne à voir⁸¹.

Cette règle ancienne du droit français pose vraiment problèmes quant au devoir d'impartialité du tribunal de commerce. Son application, même avec la prudence exigée par la doctrine peut être contraire au devoir d'impartialité. Même si le président du tribunal utilise des termes vagues et hypothétiques, le débiteur aura toujours l'impression de voir son innocence mise en doute, de se sentir accusé par son juge et déjà jugé.

SECTION II Le juge-commissaire

Aux termes de l'article L. 621-12, le juge-commissaire est chargé de veiller au déroulement rapide de la procédure et à la protection des intérêts en présence. En vertu de l'article L. 621-11 C. com. il a aussi le rôle de surveillance sur les autres intervenants qui doivent l'informer du déroulement de la procédure.

Les termes de contrôle, de vérification, et de surveillance n'appartiennent pas au vocabulaire juridique. Dans son ouvrage de linguistique juridique⁸², le doyen Cornu les classe parmi ceux qui relèvent d'une double appartenance, certains sont univoques, d'autres sont polysémiques, tant dans leur usage courant que dans leur langage juridique⁸³.

Le jugement d'ouverture contient la désignation par le tribunal d'un juge-commissaire, choisi par les membres du tribunal ayant au moins deux ans d'ancienneté (art. L. 621-8 et L. 622-2 C.com). Celui-ci est considéré par la doctrine « le personnage central du nouveau redressement judiciaire »⁸⁴.

⁷⁸ J. Rideau, Le droit au juge dans l'Union européenne, LGDJ, 1998.

⁷⁹ P. Crocq, Le droit à un tribunal impartial, 4^e éd., Dalloz, 1997.

⁸⁰ D. Karsenty, La garantie d'un procès équitable dans la jurisprudence récente de la Chambre criminelle, Rapport de la Cour de cassation, 1999, p.121.

⁸¹ M.-A. Frison Roche, L'impartialité du juge, D. 1999, p. 53.

⁸² G. Cornu, Linguistique juridique, Montchrestien, 1990.

⁸³ P. Rossi - Du contrôle exercé par les mandataires de justice dans les procédures collectives, Thèse, Lille, 1997, p. 3.

⁸⁴ M.-A. Prévost, Le juge-commissaire, in Le nouveau droit des défaillances d'entreprises, Dalloz, 1995, p. 117.

Il peut, en effet, siéger au sein du tribunal qui statuera au vu de son rapport (art. L. 621-27 C. com.) : sa présence a été jugée compatible avec l'exigence d'impartialité requise⁸⁵. La CEDH s'est déjà prononcée sur cette question (§ 1). Pour mieux comprendre la position de la CEDH sur cette question, il convient d'analyser quelques principes dégagés de sa jurisprudence (§ 2).

§ 1. La position de la Cour européenne dans les arrêts Morel et Delage Magistrello contre France

La CEDH a eu l'occasion d'exprimer son point de vue dans deux arrêts assez récents. Les solutions rendues par la CEDH ont été amplement critiquées par la doctrine, suscitant des controverses (A), mais n'ont fait que suivre sa jurisprudence relative au principe d'impartialité (B).

A. Une attitude compréhensive de la CEDH

L'arrêt Morel c. France⁸⁶ concernait le rôle du juge-commissaire dans le cadre d'une procédure de mise en redressement puis de mise en liquidation judiciaire des sociétés appartenant au requérant M. Le principal grief portait sur l'impartialité du juge-commissaire, ce dernier étant intervenu durant la phase d'observation avant de présider la formation du tribunal appelée à décider de la liquidation de la société.

Le requérant alléguait également un manque d'équité de la procédure du fait du non-communication aux parties du rapport du juge-commissaire soumis au tribunal lors de la procédure de liquidation. S'agissant de ce grief, faisant l'application de sa jurisprudence quant au droit à une procédure contradictoire⁸⁷, la CEDH releva qu'il s'agissait d'une erreur de plume dans le jugement tel qu'il fut dactylographié, tout en observant que la procédure suivie en l'espèce⁸⁸ ne prévoyait pas le dépôt d'un rapport écrit par le juge-commissaire.

Dans les faits, le juge-commissaire avait rendu un certain nombre d'ordonnances relatives à la gestion de la société, à des licenciements et des mesures conservatoires.

⁸⁵ Cass. com., 3 nov. 1992 et 16 mars 1993, D. 1993, J. 538. Voir obs. Dureuil in Rev. proc. col. 1993, p. 397.

⁸⁶ CEDH, arrêt *Morel c. France* du 6 juin 2000, 2000-VI.

⁸⁷ CEDH, arrêt *Lobo Machado c. Portugal* du 20 février 1996, Recueil 1996-I, § 31;

arrêt *Niederöst-Hubber c. Suisse*, 18 février 1997, R. 1997-I, § 23.

⁸⁸ Art. 61 de la loi du 25 janvier 1985.

Pour la CEDH qui n'était pas persuadée, en dépit de la thèse du requérant, de l'existence d'éléments établissant que le juge-commissaire avait réagi avec un préjugé personnel (démarche subjective), le cumul des fonctions pouvait néanmoins susciter des doutes chez le requérant quant à l'impartialité du tribunal de commerce (démarche objective). Restait à déterminer si tels doutes se relevaient objectivement justifiés.

Pour la CEDH, le simple fait pour un juge, d'avoir déjà pris des décisions avant le procès, sa connaissance approfondie du dossier et son appréciation préliminaire des données disponibles, ne pouvaient justifier, en soi, des appréhensions relativement à son impartialité.

Surtout, la CEDH nota que les questions traitées par le juge-commissaire durant la phase d'observation n'avaient pas été analogues à celles sur lesquelles il avait statué au sein du tribunal. Les ordonnances du juge-commissaire traitent des questions relatives à la gestion de la survie économique et financière des sociétés, ainsi qu'à la gestion du personnel des sociétés au cours de la phase d'observation. Saisi ensuite sur la base de l'article 61 de la loi du 25 janvier 1985, le tribunal qu'il présidait était chargé d'apprécier la viabilité à plus ou moins long terme du plan de continuation proposé par le requérant à la fin de la phase d'observation.

La CEDH constata que le tribunal devait examiner les garanties financières et autres éléments produits par le requérant à l'audience ainsi que l'état de ses sociétés à cette date (personnel, actif immobilier, secteur d'activité en difficulté). Une telle appréciation ne pouvant se fonder que sur des éléments produits et débattus à l'audience, le juge-commissaire ne pouvait avoir déjà arrêté sa décision.

Dans l'affaire *Didier c. France*⁸⁹, un requérant faisait grief que le CMF, statuant en formation disciplinaire, ne constituait pas un tribunal impartial au sens de l'article 6 § 1 de la Convention et ne respectait pas le principe d'égalité des armes, en raison notamment de la participation au délibéré du rapporteur chargé de l'instruction de l'affaire, alors que le C.M.F. statuerait sur le bien fondé d'accusations en matière pénale. La CEDH releva, à la suite d'une analyse similaire à celle faite dans l'affaire Morel précitée, que l'appréciation finale, résultant du délibéré, était intervenue avec le jugement et s'appuyait sur les éléments produits et débattus à l'audience : il y avait donc, en l'espèce, aucun motif objectif de croire que la nature et l'étendue des tâches du rapporteur durant la phase d'instruction devant le C.M.F. avait porté atteinte à son impartialité objective lors du délibéré.

⁸⁹ CEDH, déc. *Didier c. France* du 27 août 2002, non-publiée.

Selon une partie de la doctrine, l'attitude très « compréhensive »⁹⁰ adoptée par la CEDH dans l'affaire Morel à l'égard du droit français des procédures collectives surprendra tous ceux qui, en France, s'apprêtaient déjà - à la faveur de la réforme en gestation du droit des entreprises en difficulté et de l'organisation des tribunaux de commerce - à modifier le droit interne pour le rendre conforme à ce qu'ils croyaient devoir se déduire des principes d'équité⁹¹.

Même si l'arrêt Morel a été suivi par d'autres décisions de la CEDH qui ont paru faire une application plus rigide de l'impartialité fonctionnelle du juge, l'intérêt principal de cet arrêt tient, ainsi que l'a relevé le professeur M. Goyet dans un commentaire « non pas à l'espèce (concernant le juge commissaire) ou à sa solution, mais à la manière : débordant de toutes parts les limites de la question qui lui était posée, la Cour de Strasbourg s'est, en effet emparée de cette occasion pour fixer sa conception de l'impartialité objective ... en en fixant ses limites »⁹².

Selon une autre partie de la doctrine⁹³, on peut ainsi voir dans cet arrêt la prise de conscience chez les juges européens, de dangers que pouvait entraîner une conception trop maximaliste de l'impartialité, qui risquait de conduire, à terme, à un bouleversement dans l'organisation juridictionnelle et à une paralysie dans le fonctionnement des tribunaux, notamment les petits tribunaux, déjà très touchés par les exigences de la CEDH et celles de la loi du 15 juin 2000 (cf. : article 137-1 nouveau Code de procédure pénale, interdisant au juge des libertés et de la détention de participer au jugement des affaires pénales dont il a connu).

Selon M^{me} Niboyet⁹⁴ le juste équilibre entre les divers intérêts n'a pas été très judicieux, dans l'arbitrage rendu par la CEDH lors de cette affaire. Selon l'auteur de l'article⁹⁵ la motivation extrêmement circonstanciée de cet arrêt n'autorise pas à en déduire la délivrance par la CEDH d'un *blanc-seing* conféré à certaines pratiques de nos tribunaux de commerce.

Le juge-commissaire, détient de larges pouvoirs qui lui permettent de porter de multiples casquettes : un pouvoir général de surveillance du bon déroulement de la procédure et des organes de celle-ci (art. L. 621-11 C.com), dont il peut proposer le remplacement, prendre des mesures urgentes ou conservatoires (art. L. 621-21 C.com), une compétence de

⁹⁰ M. - L. Niboyet, Le champ d'application de l'article 6 CEDH en matière commerciale, Septième session d'information - www.credho.org/cedh/session07.

⁹¹ C. Saint-Alary Houin, Les intentions de réforme des lois du 1er mars 1984 et du 25 janvier 1985, P.A., 6 septembre 2000.

⁹² Ch. Goyet - D. n° 5, 2001, Chron. p. 328 et s.

⁹³ R. de Gouttes - Les ambivalences de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme en 2001, Cahiers CREDHO, n° 8, 2002.

⁹⁴ Ibidem note 90.

⁹⁵ Ibidem note 90.

juridiction gracieuse pour autoriser les actes graves tels que les licenciements ou les actes de disposition étrangers à la gestion courante(art. 621-37 C. com.), une compétence pleinement juridictionnelle pour statuer sur l'admission des créances au passif de l'entreprise (art. 621-104 C. com.).

Tous ces pouvoirs lui procurent indéniablement une connaissance approfondie du fonctionnement des sociétés en cause et du déroulement de la procédure.

Or, le principe d'impartialité n'impose-t-il pas une séparation des fonctions d'instruction et de jugement⁹⁶, comme celles de poursuite et de jugement⁹⁷, afin qu'à chaque étape distincte de la procédure un œil neuf intervienne et que soit ainsi préservées – selon la formule consacrée – les apparences et la confiance que les tribunaux doivent inspirer aux justiciables ?

A cet égard, la CEDH concède que la présidence du tribunal par le juge-commissaire pouvait susciter seulement des doutes chez le requérant mais l'analyse minutieuse des circonstances de l'affaire l'a conduit à conclure que ces doutes n'étaient pas en l'espèce objectivement justifiés.

Il faut souligner la motivation extrêmement circonstanciée de l'arrêt Morel qui suit une méthode déjà bien éprouvée par la CEDH, mais qui rend très délicate l'appréciation de la portée de cette décision, y compris dans le domaine très spécifique du rôle du juge-commissaire.

Suivant la logique de la CEDH, tout dépend, en définitive, d'un critère chronologique : à quel moment les éléments du litige ont-ils été appréciés, avant ou lors de l'appréciation finale, avant ou avec le jugement ? C'est à dire, il faut comparer très exactement l'objet des mesures prises par le juge-commissaire et celui du jugement rendu et définir le moment aux quels ces divers éléments sont intervenus.

C'est une analyse logique, l'impartialité objective impose une vérification *in concreto* des circonstances de l'affaire. On ne peut pas qualifier le juge-commissaire d'impartial, tant qu'il ne l'est pas, malgré ses compétences étendues et une connaissance approfondie du dossier.

Pour la CEDH chacun des éléments de la comparaison avait un objet distinct et se produisait dans un temps différent. Durant la phase d'observation le juge-commissaire n'avait pris que des mesures relatives à la gestion de l'entreprise. Le tribunal, devait apprécier la

⁹⁶ CEDH, arrêt *De Cubber c. Belgique* du 26 octobre 1984, A-86.

⁹⁷ CEDH, arrêt *Piersack c. Belgique* du 1 octobre 1982, A-53.

viabilité à plus ou moins long terme du plan de continuation proposé par le requérant, en se plaçant à la fin de phase d'observation.

C'est donc au vu de ces circonstances de la cause, qu'elle conclut à l'absence de violation de l'article 6 § 1 de la Convention.

La plupart des décisions prises par le juge-commissaire relevaient de la catégorie des mesures conservatoires. Elles ne soulevaient pas de difficulté. Mais il y avait eu aussi des autorisations de ventes et surtout des autorisations de licenciement pour disparition de postes. Ces dernières mesures sont déjà plus lourdes car elles impliquent une appréciation portée sur la situation économique et financière des sociétés. Il en serait de même si l'autorisation du juge-commissaire était sollicitée pour la poursuite de contrats en cours. De plus ce sont des mesures susceptibles d'engager l'avenir de l'entreprise. C'est pourquoi l'on parle de « véritable magistrature économique »⁹⁸ du juge-commissaire.

Mais, ces mesures sont prises et appréciées pendant la période d'observation au vu de la situation actuelle de l'entreprise. Elles n'impliquent aucune projection dans l'avenir, aucun regard prospectif sur la viabilité de son redressement, même s'il peut y avoir des points de contact. Enfin, l'idée qu'on ne peut, à la fois, donner un avis sur une affaire et la juger ensuite est transposable à tous les domaines dans lesquels le juge-commissaire doit être préalablement consulté et même, peut être, au-delà, compte tenu de l'étroitesse de la collaboration qui s'instaure entre l'administrateur et le juge-commissaire qui travaillent le plus souvent la main dans la main.

Certes, on pourrait faire valoir les nécessités de rapidité et d'efficacité qui impriment à la procédure en cette matière des spécificités auxquelles la CEDH peut être sensible. Il est certes utile que le juge-commissaire, qui a la meilleure connaissance du dossier et qui a fait *vivre* la procédure depuis son origine, puisse donner son avis. Mais il emporte aussi d'éviter tout risque de confusion des rôles, d'éviter surtout que ce personnage ne puisse être sensible à des influences extérieures pour accepter des offres de reprise de l'entreprise en difficulté, ou du moins puisse être suspecté de l'être.

C'est pourquoi il faut être prudent dans l'interprétation de l'arrêt Morel qui ne remet nullement en cause la jurisprudence française récente qui a fait une application stricte du principe d'impartialité pour interdire, dans une matière assimilée au droit pénal, la présence du rapporteur devant la COB et le Conseil de la concurrence lors du délibéré. Certes, les Etats

⁹⁸ C. Saint-Alary-Houin, Droit des entreprises en difficulté, Montchrestien, coll. Domat, 2001, p. 683.

disposent toujours d'une marge d'appréciation, spécialement en matière économique ou dans des contentieux spécialisés, qui pourrait expliquer la solution rendue dans l'affaire Morel.

Quoi qu'il en soit, même si une latitude est laissée aux États, on peut former le vœu que la France en fasse un bon usage et qu'on ne revienne pas sur des intentions de réforme salubre, ne serait-ce que pour restaurer la confiance - aujourd'hui bien écornée - dans le déroulement des procédures collectives devant les tribunaux de commerce⁹⁹.

La Cour ne manqua pas la possibilité de fixer les principes de sa jurisprudence lors d'un deuxième arrêt, rendu presque dans une situation presque similaire.

B. La position ultérieure de la CEDH

Dans, l'affaire *Delage et Magistrello c. France*¹⁰⁰, les requérants se plaignaient de ce qu'un même magistrat avait été à la fois juge-commissaire et président du tribunal de commerce qui avait prononcé, en se fondant sur son rapport établi en qualité de juge-commissaire, le redressement, puis la liquidation de leur société et, enfin, leur faillite personnelle.

On ne s'attardera que sur le grief tiré du cumul, par le juge K, des fonctions de juge-commissaire et de président du tribunal ayant prononcé la faillite personnelle des requérants par un jugement du 13 janvier 1994¹⁰¹.

Après avoir rappelé sa jurisprudence et relevé que les questions traitées par le juge-commissaire n'avaient pas été analogues à celles sur lesquels il avait statué au sein du tribunal, la CEDH releva que le juge K. avait été désigné juge-commissaire « titulaire » le 8 octobre 1992, soit après la liquidation de la société des requérants, mais aussi après la saisine d'office du tribunal pour ordonner une expertise comptable par jugement du 13 février 1992 (selon les requérants cette expertise témoignait de son parti-pris).

Durant la procédure relative à la société, il n'avait rendu, en cette qualité, qu'une seule ordonnance sur un total de sept actes (les autres ayant pour auteur le premier juge commissaire titulaire). Cette ordonnance unique était d'ailleurs étrangère à la question du comportement des dirigeants et aux faits jugés le 13 février 1994. Quant à la décision

⁹⁹ Ibidem note 90, p. 3.

¹⁰⁰ CEDH, déc. *Delage Magistrello c. France* du 24 janvier 2002, non publiée.

¹⁰¹ Quant aux autres faits dénoncés dans la requête, la Cour jugea que si le juge K avait présidé la formation de jugement lors de l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire en juillet 1991, il ne s'agissait que d'une phase initiale de la procédure. En outre, le juge K qui n'était que juge-commissaire suppléant n'était pas intervenu lors du jugement de liquidation judiciaire rendu en août 1991 et n'avait effectivement succédé au juge-commissaire « titulaire » qu'en octobre 1992.

d'ordonner une expertise comptable, l'initiative en revenait au liquidateur et au juge commissaire titulaire, et n'emportait aucun pre-jugement s'agissant d'une mesure d'avant dire-droit précisément destiné à établir les faits. Or, un acte d'instruction sommaire ne saurait suffire à faire naître un doute objectivement justifié. Enfin, le tribunal ne s'était pas d'avantage saisi d'office des fautes reprochées aux requérants, comme il en avait pourtant le pouvoir.

Se penchant sur la motivation du jugement, la CEDH nota que pour établir la réalité des faits et prononcer la faillite personnelle des requérants, le tribunal s'était fondé sur le rapport d'expertise comptable et des pièces versées au débat, sans référence au rapport du juge-commissaire. Réinscrivant le grief dans le cadre plus général de l'équité, la CEDH vérifia d'ailleurs que ces pièces avaient fait l'objet d'un débat contradictoire.

Au vu d'un examen *in concreto*, dans le cadre d'une démarche objective, la nature et l'étendue des tâches du juge-commissaire durant la procédure antérieure n'apparaissaient pas comme impliquant un préjugé sur la question - distincte - à trancher par le tribunal¹⁰².

Le juge-commissaire est un organe essentiel du droit de la faillite. Délégué par le tribunal de commerce pour « surveiller et accélérer sous l'autorité du tribunal, les opérations et la gestion du règlement judiciaire et de la liquidation des biens » le juge commissaire est devenu un élément moteur des procédures collectives¹⁰³.

L'attitude compréhensive de la CEDH est conforme aux règles légales et aux nécessités pratiques des petites juridictions, mais paraît néanmoins contestable, dans la mesure où le rapport du juge-commissaire contient inévitablement l'avis de celui-ci, et reflète parfois les éléments, d'appréciation recueillis par le juge-commissaire dans la phase préalable¹⁰⁴.

Le respect du principe du droit à un procès équitable n'est pas en contradiction avec la présence des juges élus, dès lors que le système juridictionnel est suffisamment encadré. Il convient de remarquer que le régime des tribunaux de commerce actuels constitue, selon les termes de l'ancien droit, un privilège de juridiction, permettant à des justiciables déterminés, en l'espèce des commerçants, de se faire juger par leurs pairs. La mixité ou l'échevinage n'est

¹⁰² Pour la CEDH la solution s'imposait au vu des circonstances de l'espèce et ne fait aucun doute : c'est pourquoi elle ne juge pas nécessaire de statuer sur le respect ou non de la règle de l'épuisement des voies de recours internes, respect qui lui inspire des doutes.

¹⁰³ J.-L. Vallens, Le juge commissaire dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaires, J.C.P. E., 1985, II, p. 14550.

¹⁰⁴ Ce grief ne serait pas réparé si le juge-commissaire était tenu de rédiger un rapport écrit, comme le préconise la Cour d'appel de Dijon (Dijon, 2 avr. 1996, Bull. inf. CC 1996, n° 1295), mais cela assurerait du moins le caractère équitable de la procédure.

donc seulement une modification à la marge du système, mais constitue un changement d'orientation majeur.

Ainsi la réforme proposée par le Gouvernement tend à remplacer une justice privée par un régime judiciaire de droit commun, tout en introduisant des adaptations pour tenir compte des particularités de la vie des affaires et des procédures collectives. S'agissant de l'exigence de l'impartialité requise par l'article 6 § 1 de la Convention, comme par les principes généraux du procès civil, elle vise aussi bien l'absence de liens économiques entre les justiciables et leurs juges que l'impartialité subjective de ceux-ci.

L'impartialité objective prohibe tout lien entre les parties à un procès et leurs juges, mais également entre ces derniers et les avocats, les créanciers, etc. De même, les liens d'influence, d'amitié ou inimitié, les rapports de concurrence, de dépendance, les relations syndicales ou autres, doivent être évitées : il ne suffit pas, selon l'expression connue, que la justice soit rendue, encore faut-il qu'elle donne l'apparence qu'elle a été rendue.

L'impartialité subjective concerne, par ailleurs, l'attitude des juges dans les affaires dont ils sont saisis, à tous les stades d'une procédure. Elle tend à prévenir tout risque de doute raisonnable dans l'esprit du justiciable ainsi que toute apparence laissant croire à un préjugement de la part du juge saisi. Cette exigence s'applique bien évidemment à tout magistrat, dans les affaires civiles, pénales ou autres.

Pour résumer, le simple fait pour un juge, d'avoir déjà pris des décisions avant le procès ne peut passer pour justifier en soi des appréhensions relativement à son impartialité. Ce qui compte est l'étendue et la nature des mesures adoptées par le juge avant le procès. La plupart de la doctrine a critiqué cette attitude compréhensive de la CEDH.

En fait, la CEDH n'a fait qu'appliquer l'analyse classique : chercher si l'impartialité objective a été ou non présente au moment de la prise de la décision. Il s'agit d'une analyse *in concreto* de chaque espèce. On peut considérer le résultat de cette analyse comme une attitude compréhensive ? Si on pense à la marge d'appréciation dont les Etats disposent, dans l'application de leur droit interne, la réponse serait la négative. Le simple fait qu'une disposition pareille peut être contraire aux dispositions de la Convention n'entraîne pas nécessairement la violation de l'article 6 précité. Il faut chercher si, en l'espèce, l'application de ladite disposition entraîne la méconnaissance du devoir d'impartialité.

La protection de l'impartialité du tribunal, telle que prévue par l'article 6 § 1 de la Convention, est assurée par le respect de règles strictes, édictée par la jurisprudence de la CEDH. Il convient d'analyser la notion de tribunal impartial, telle que dégagée par la jurisprudence de la CEDH.

§ 2. *L' impartialité au sens de l'article 6 § 1 de la Convention*

On essayera de suivre les principes de base que la jurisprudence de la CEDH applique chaque fois lorsqu'elle procède à l'analyse d'une situation concrète, pouvant soulever des problèmes quant à l'impartialité d'un tribunal. Il convient d'analyser d'abord la notion de tribunal (A) et ensuite la notion d'impartialité (B).

A. La notion de tribunal

La CEDH applique une définition autonome aux dispositions de la Convention, afin d'échapper aux restrictions que les autorités internes seraient tentées d'instaurer pour limiter l'application de la Convention et la subordonner à leur autorité souveraine¹⁰⁵. Partant, il ne fait aucune doute que le contentieux commercial revêt d'un caractère civil. De la même façon les pénalités fiscales infligées à des entreprises pourront, par leur ampleur, rentrer dans le champ d'application de l'article 6 précité sous le volet pénal¹⁰⁶.

Mais avant de s'interroger sur le respect ou non des dispositions de l'article 6 § 1 de la Convention, encore faut-il s'assurer qu'il s'agit d'un tribunal.

Aux fins de l'article 6 § 1 de la Convention, un tribunal ne doit pas nécessairement être une juridiction de type classique, intégrée aux structures judiciaires ordinaires : ce qui importe pour assurer l'observation de l'article 6 § 1 sont les garanties, tant matérielles que procédurales, mises en place¹⁰⁷.

Un tribunal se caractérise au sens matériel par son rôle juridictionnel : trancher, sur la base des normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence. Il doit aussi remplir une série d'autres conditions – indépendance, notamment à l'égard de l'exécutif, impartialité, durée des mandats des membres, garanties offertes par la procédure – dont plusieurs figurent dans le texte même de l'article 6 § 1 de la Convention¹⁰⁸.

Seule une autorité jouissant de la plénitude de juridiction et répondant à une série d'exigences telle que l'indépendance à l'égard de l'exécutif comme des parties en cause¹⁰⁹.

¹⁰⁵ CEDH, arrêt *Ozturk c. Allemagne* du 21 février 1984, série A, n° 73, § 49.

¹⁰⁶ CEDH, arrêt *Bénédoun c. France* du 24 avril 1994, série A, n° 284, § 47.

¹⁰⁷ CEDH, arrêt *Rolf Gustafson c. Suède* du 1^{er} juillet 1997, Recueil 1997-IV, § 45 ; arrêt *Lithgow et autres c. Royaume-Uni* du 8 juillet 1986, série A, n° 102, § 201.

¹⁰⁸ CEDH, arrêt *Demicoli c. Malte*, 27 août 1991, série A, n° 210, § 39 ; arrêt *Belilos c. Suisse* du 29 avril 1988, série A, n° 132, § 64.

¹⁰⁹ CEDH, arrêt *Vasilescu c. Roumanie*, 22 mai 1998, Recueil 1998-III, § 41.

Partant, une autorité qui n'est pas qualifiée de tribunal dans le droit interne, peut selon les critères de la jurisprudence de la CEDH et la notion autonome qu'elle utilise, constituer un tribunal au sens de l'article 6 précité¹¹⁰. Tel peut être le cas d'une autorité administrative indépendante, à l'instar du CMF¹¹¹.

La question est généralement éludée par la CEDH lorsque l'intervention préalable d'organes administratifs ne satisfaisant pas, sous tous les aspects, aux prescriptions de la Convention est suivie de recours disponibles permettant de combler les lacunes constatées en première instance. Pour respecter les exigences de l'article 6 § 1 de la Convention, les membres du tribunal doivent assurer l'impartialité de cette autorité.

B. La notion d'impartialité

L'indépendance d'un tribunal donne lieu à une appréciation objective et subjective. L'impartialité subjective se traduit par le fait que le juge, dans son for intérieur, n'a aucune raison de favoriser tel ou tel plaideur¹¹² : cette impartialité, qui se présume jusqu'à preuve du contraire, signifie l'absence de parti pris ou de préjugé. L'impartialité objective conduit à prendre en considération les apparences,¹¹³ puisqu'elle conduit à se demander si, dans la conduite personnelle du juge, certains faits qu'on peut vérifier amènent à suspecter l'impartialité de ce dernier¹¹⁴. L'impartialité objective a d'ailleurs évolué, d'une conception abstraite¹¹⁵ vers une conception concrète¹¹⁶ : désormais, le rôle effectif du juge est pris en considération. L'impartialité abstraite n'est plus retenue que de façon marginale, quand les règles de droit interne sont violées, lorsque le système est organiquement suspect de partialité en raison notamment de l'absence de séparation des fonctions de justice ou encore si le juge connaît du recours contre une décision qu'il a lui-même rendue.

C'est donc l'impartialité objective concrète qui a la primauté : parce que l'action effective du juge est devenue le critère de référence, il ne saurait y avoir de manquement à l'impartialité en raison du simple fait qu'un juge a accompli certains actes avant de juger au fond. En définitive, la CEDH recherche si les appréhensions de la personne en cause sont objectivement justifiées. Cette conception concrète permet d'éviter un absolutisme de

¹¹⁰ CEDH, arrêt *Sramek c. Autriche* du 22 octobre 1984, série A n° 84, § 36.

¹¹¹ CEDH, déc. *Didier c. France* du 27 août 2002, non publiée.

¹¹² Il peut s'agir aussi d'un jury : CEDH, arrêt *Remly c. France*, 23 avril 1996, R. 1996 -II, p. 529, § 48.

¹¹³ CEDH, arrêt *Findlay c. Royaume-Uni*, du 24 sept. 1997, R. 1997-I.

¹¹⁴ CEDH, arrêt *Hauschildt c. Danemark* du 24 mai 1989, A-154, § 48.

¹¹⁵ CEDH, arrêt *Piersack c. Belgique* du 1^{er} oct. 1982, A-53, § 30.

¹¹⁶ CEDH, arrêt *Hauschildt* précité, Ann. FR. Dr. Int. 1991, p. 585 obs. V. Coussirat-Coustère.

l'impartialité qui pourrait finir par bloquer l'institution judiciaire : elle doit donc être approuvée même si la mise en œuvre de tels principes n'est pas toujours chose facile. Il reste que ces qualificatifs d' « objective » et de « subjective » caractérisant l'impartialité ne sont peut être pas pleinement satisfaisants car quelque peu ambigus : leur remplacement par les expressions « impartialité fonctionnelle » et « impartialité personnelle » a été proposé par la doctrine, ce qui paraît fort opportun¹¹⁷.

CHAPITRE II Les débats devant le tribunal de commerce

L'importance de la protection européenne est une réalité, d'autant que la conception européenne du procès est prédominante, les juges européens prennent en considération l'ensemble du procès qui s'est déroulé dans l'ordre interne¹¹⁸. Afin de respecter l'égalité entre les parties, (le principe d'égalité des armes), la loyauté des preuves, la possibilité pour les justiciables d'exercer un recours, la procédure collective peut être regardée sous l'angle du respect des conditions de fond d'un procès équitable (I). Afin de protéger le justiciable contre une justice secrète échappant au contrôle du public et d'assurer la célérité du procès, on va analyser ensuite les conditions de forme d'un procès équitable (II).

SECTION I Conditions de fond

L'égalité entre les parties à un procès est un élément de base, qui doit être respecté par chaque tribunal, pour ne pas être susceptible d'avantager l'une d'entre elles et donc d'être en contradiction avec les dispositions prévues par l'article 6 § 1 de la Convention. Le principe du contradictoire (§ 1) et celui du double degré de juridiction (§ 2) peuvent être considérées comme les conditions de fond d'un procès équitable.

§ 1. *Le débat contradictoire*

Traduit en termes procéduraux, ce principe s'exprime par le caractère contradictoire des débats, considéré également par la loi française comme « un principe directeur du

¹¹⁷ R. Koering-Joulin, *Le juge impartial*, Justices 1998, n° 10, p.1 s.

¹¹⁸ CEDH, arrêt *Monnel et Morris c. Royaume-Uni* du 2 mars 1978, A-115.

procès »¹¹⁹. Ce caractère de la procédure s'applique, de droit, aux instances soumises aux tribunaux de commerce, avec la particularité que la procédure y est orale¹²⁰.

Selon M. Vallens¹²¹, en matière de redressement et de liquidation judiciaires, la mise en œuvre de ce principe est parfois délicate à respecter, en raison des spécificités de la procédure (A). La CEDH a prévu un ensemble de normes qui protègent le droit du justiciable à un débat contradictoire (B).

A. Les spécificités de la procédure collective

Il est difficile, voir même parfois impossible, de solliciter une première décision du juge prévoyant une date d'audition notifiée par les services du greffe aux différentes personnes intéressées puis, après débat contradictoire, une seconde décision exprimant la décision prise. Pour éviter ces interventions répétitives et multiples particulièrement lourdes pour tous et à commencer par le juge-commissaire lui-même, il est très fréquemment en pratique solliciter l'obtention pour le mandataire de justice d'un avis ou d'un accord par écrit de la part notamment du débiteur, le cas échéant des autres personnes intéressées. Pour les mandataires, la demande d'avis ou d'accord pour chaque requête présentée, est ici également particulièrement répétitive. Un accord général est parfois sollicité par certains mandataires de la part du débiteur. Celui-ci précise, en ce cas, qu'il s'en remet à l'appréciation souveraine du juge-commissaire pour déterminer les conditions la réalisation de ses biens, en situation de liquidation, pourrait intervenir. Il est parfois également sollicité des différentes personnes intéressées, la présentation de leurs arguments par écrit. Il est fort douteux que ces diverses pratiques soient conformes aux exigences légales.

Selon la jurisprudence interne, l'absence de convocation ou d'audition de certaines personnes par le juge-commissaire, avant de décider sur leurs droits, entraîne la nullité de l'ordonnance rendue¹²².

Dans l'arrêts de la Cour de cassation rendu le 14 février 1995¹²³, le juge-commissaire avait imposé à la SNCF de reprendre sous astreinte, les relations contractuelles qui la liaient avec le débiteur. La juridiction commerciale avait rejeté le recours formé par la SNCF contre l'ordonnance au motif que le juge-commissaire avait été saisi sur requête par l'administrateur

¹¹⁹ NCPC, art. 7, 14, 15, 16.

¹²⁰ NCPC, art. 871.

¹²¹ Ibidem note 71, p. 582.

¹²² Cass. com. 17 janvier 1989 : Rev. proc. coll. 1989-4, p. 566.

¹²³ Cass. com. (arrêt n° 1153 D) aff. SNCF/agence M. Voyages.

et qu'il n'y avait pas lieu à débat contradictoire. L'arrêt statuant sur l'appel avait déclaré cette voie de recours comme irrecevable au motif que le fait que le tribunal ait confirmé l'ordonnance du juge-commissaire ne constituait pas un vice grave affectant la validité du jugement. L'arrêt a été cassé au motif que le jugement confirmatif de l'ordonnance avait consacré la violation du principe de la contradiction.

L'espèce ayant abouti à l'arrêt de la Cour de cassation du 6 juin 1995¹²⁴ était la même et le motif de cassation, sous réserve d'une précision, est repris.

L'arrêt du 19 décembre 1995¹²⁵ statuant dans une espèce quasiment identique, reprend la solution qui peut des lors être considérée comme définitivement établie¹²⁶.

Un problème relatif au respect du principe du contradictoire mérite d'être relevé : le tribunal statue sur les contestations relevant de sa compétence, après avoir entendu le débiteur et les mandataires de justice, à chaque phase de la procédure, mais certains intéressés restent en dehors du débat judiciaire.

De plus, les créanciers sont consultés sur les propositions d'apurement du passif présentées par le débiteur, mais ne le sont pas si le tribunal envisage un plan de cession¹²⁷ ou prononce la liquidation judiciaire. La jurisprudence interne est allée plus loin dans ce sens jugeant inutile la consultation des créanciers lorsque le débiteur propose un plan d'apurement, mais que ce plan est jugé irréalisable¹²⁸.

La situation du repreneur qui n'est pas considéré comme une « partie » soulève également problèmes eu égard le respect de la règle instituée par l'article 6 § 1 de la Convention. Les candidats à la reprise présentent leurs offres à l'administrateur judiciaire, mais ne sont pas cités devant le tribunal¹²⁹, l'administrateur judiciaire étant présent pour donner son avis sur les offres reçus, et le cas échéant sur les modifications ultérieures des offres des candidats¹³⁰. Cette situation est valable également pour le cas où le tribunal ordonne la cession au profit du débiteur d'un contrat qu'il n'avait pas souhaité reprendre¹³¹.

La clôture des opérations de liquidation judiciaire est prononcée par le tribunal « le débiteur entendu ou dûment appelé », mais hors la présence des créanciers, et ce malgré les effets de la clôture sur leurs droits¹³².

¹²⁴ Cass. com. (arrêt n° 1153 D) aff. IATA/Menahem.

¹²⁵ Cass. com. (arrêt n° 2226 D) aff. Air France/Menahem.

¹²⁶ B. Soinne, La règle du contradictoire devant le juge-commissaire, P.A. 27 mars 1996, n° 38, p. 12.

¹²⁷ C. A. Lyon, 4 novembre 1998, D 1989. Somm. 12, obs. Derrida.

¹²⁸ Cass. com. 25 mars 1997.

¹²⁹ L. 25 janvier 1985, art. 61.

¹³⁰ D. 27 décembre 1985, art. 103-2.

¹³¹ Paris, 26 janvier 1996, D. 1997, Somm. 7, obs. Derrida

¹³² Ibidem note 71, pp. 582-583.

Est-ce que l'absence des intéressés aux débats est-elle négligeable ? Il ne faut pas citer toutes les personnes ayant un intérêt à la suite de chaque mesure ? La Convention européenne tolère-t-elle de telles situations ?

B. Au sens de la Convention

On peut facilement observer que dans le texte de l'article 6 § 1 de la Convention aucun mot ne fait référence à un droit à une procédure contradictoire.

Alors, l'article 6 § 1 de la Convention et la contradiction, aucune relation ?

En réalité, la cause, nous dit l'article 6 § 1 de la Convention, doit être entendue équitablement, et, là, on ne peut imaginer un procès équitable sans contradiction entre les parties. La contradiction place ou remet les parties sur un pied d'égalité ; c'est elle qui assure l'équité entre les plaideurs, qui assure que leur juge tranchera leur différend, bien ou mal, mais en tout cas de façon équitable.

En matière civile ou commerciale, l'équité implique que chaque partie « doit avoir une possibilité raisonnable d'exposer sa cause au tribunal dans des conditions qui ne la désavantagent pas d'une manière appréciable par rapport à la partie adverse »¹³³.

Selon la jurisprudence de la CEDH, le principe de l'égalité des armes – l'un des éléments de la notion plus large de procès équitable – requiert que chaque partie se voie offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire¹³⁴.

Le droit à une procédure contradictoire, quant à lui, implique, pour une partie, la faculté de prendre connaissance des observations ou pièces produites par l'autre, ainsi que de les discuter¹³⁵. Pour apprécier l'étendue de ce droit, il faut tenir compte des particularités de la procédure en cause¹³⁶.

La procédure contradictoire implique en principe la faculté pour les parties à un procès pénal ou civil, de prendre connaissance de toute pièce ou observation présentée au juge, même par un magistrat indépendant, en vue d'influencer sa décision, et de la discuter.

Le principe d'égalité des armes - « l'un des éléments de la notion plus large de procès équitable - requiert que chaque partie se voie offrir une possibilité raisonnable de présenter sa

¹³³ Comm. E.D.H., arrêt *Vermeulen c. Belgique* du 20 février 1996, JCP 1997, éd. G. Doc. I. 4000, N° 19, note Sudre

¹³⁴ Voir, parmi d'autres, arrêt *Kress c. France* [GC], n° 39594/98, § 72, CEDH 2001-VI.

¹³⁵ Voir, parmi d'autres, arrêt *Ruiz-Mateos c. Espagne* du 23 juin 1993, série A n° 262, p. 25, § 63.

¹³⁶ Voir arrêt *Meftah et autres c. France* [GC], §§ 42-43, CEDH 2002-VII.

cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire »¹³⁷.

Vu ces problèmes, on peut affirmer que le respect de ce principe n'est cependant assuré par le tribunal de commerce, dans l'exercice de son pouvoir de contrôle des décisions des juges-commissaires : dans la mesure où ces décisions doivent être portées à la connaissance des tiers qu'elles concernent, la question du contrôle du caractère contradictoire des débats interfère avec celle du double degré de juridiction, ces différents éléments concourant au caractère équitable de la procédure¹³⁸.

Bref, les spécificités des procédures collectives ne peuvent pas justifier le manquement aux droits des parties. Le droit à un débat contradictoire est ainsi méconnu,

Après avoir analysé les exigences de la Convention en cette matière, on peut facilement se douter que de telles situations puissent être justifiées par les spécificités des procédures collectives.

Une autre condition de forme d'un procès équitable est celle du respect du double degré de juridiction.

§ 2. *Le double degré de juridiction*

L'article 2 § 1 du Protocole n° 7¹³⁹ à la Convention¹⁴⁰ précise que toute personne déclarée coupable d'une infraction pénale par un tribunal a le droit de faire examiner par une juridiction supérieure la déclaration de culpabilité ou la condamnation ; l'exercice de ce droit y compris les motifs pour lesquels il peut être exercé, est régi par la loi. On observera que le texte ne garantit pas expressément le droit à un double degré de juridiction : en revanche lorsque cette faculté est prévue dans la législation nationale, elle doit bénéficier à tous les individus sans discrimination.

Cette garantie doit être effective : c'est pourquoi le double degré de juridiction doit satisfaire à l'exigence d'impartialité qui est un élément essentiel de tout procès équitable¹⁴¹. Mais le double degré de juridiction contribue au caractère équitable du procès, et la CEDH a

¹³⁷ Ibidem note 86, § 27.

¹³⁸ V. Dureuil, Rev. proc. coll. 1996, p. 324.

¹³⁹ Entré en vigueur le 1^{er} novembre 1988.

¹⁴⁰ L'article 2 § 1 du Protocole n° 7 à la Convention « 1. Toute personne déclarée coupable d'une infraction pénale par un tribunal a le droit de faire examiner par une juridiction supérieure la déclaration de culpabilité ou la condamnation. L'exercice de ce droit, y compris les motifs pour lesquels il peut être exercé, sont régis par la loi ».

¹⁴¹ R. Koering-Joulin, Article 2 Protocole n° 7, in L. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert, la Convention européenne des droits de l'Homme, Economica, 2eme éd. 1999, p. 1087 s.

jugé que lorsque la loi interne prévoit cette règle, elle doit bénéficier à tous les individus sans discrimination¹⁴².

Il convient d'analyser s'il y a des situations dans lesquelles le droit d'exercer un recours est limité (A) et quelle est la nature juridique des décisions du juge-commissaire (B).

A. En droit interne

La loi française répond à ce souhait, qui est conforme aux principes directeurs du procès civil, avec la réserve, exprimée par la France lors de la ratification du Protocole n° 7, selon laquelle l'examen par la juridiction supérieure peut être limité à un contrôle de l'application de la loi, tel que le pourvoi en cassation le prévoit¹⁴³.

Mais, en matière de faillites, le législateur a été plus préoccupé du déroulement rapide des opérations de redressement ou de liquidation judiciaires, que de l'exercice du droit de recours, aussi a-t-il institué un régime restrictif, dérogeant au régime applicable aux décisions contentieuses de droit commun. Le droit d'exercer un recours est ainsi limité en ce qui concerne les personnes habilitées à faire appel, les délais dans lesquels les recours sont enfermés et les décisions elles-mêmes, dont la loi a donné une énumération limitative¹⁴⁴.

Les personnes qui n'ont pas été citées, mais qui ont un intérêt dans ladite cause, se voient incapables d'exercer un recours, d'une part parce que la décision ne leur est pas notifiée et d'autre part, parce que les délais sont assez courts. Ce problème trouve ses racines dans l'absence d'un débat contradictoire, problème analysée précédemment.

On considère parfois que certaines décisions du juge-commissaire sont de pure administration judiciaire¹⁴⁵. Le code de procédure civile ne comporte aucune définition des actes d'administration judiciaire mais il précise dans son article 567 que les « mesures d'administration judiciaire ne sont sujettes à aucun recours ». Ces mesures, actes particuliers du juge relatif au fonctionnement du tribunal et à la désignation des certains auxiliaires, sont soumises à un régime juridique spécifique. Il convient de chercher si les décisions du juge-commissaire ont un caractère contentieux, donc si elles peuvent faire l'objet d'un recours.

¹⁴² CEDH, arrêt *Delcourt c. Belgique* du 17 janvier 1970, § 25, A 11.

¹⁴³ Cass. Crim. 19 décembre 1990, Bull. crim., n° 443.

¹⁴⁴ Ibidem note 71, p. 584.

¹⁴⁵ Cf. Derrida, Godé, Sortais, Redressement et liquidation judiciaires des entreprises, Dalloz, n° sp. 3^e éd. 1991, n° 85.

B. Le recours contre les décisions du juge-commissaire

La principale caractéristique de l'acte juridictionnel c'est de posséder une autorité qui n'est point accordée aux actes émanant d'un administrateur ordinaire.

La distinction du gracieux et du contentieux est une opération en tout cas à hauts risques et vraisemblablement parfaitement vaine.

Sous l'empire du texte originaire, la Cour de cassation veillait au strict respect des règles légales en exigeant que l'ordonnance soit notifiée et que le juge commissaire indique les personnes auxquelles elle devrait être notifiée. A défaut leur recours était irrecevable¹⁴⁶.

Cette solution a été abandonnée par la Cour de cassation, dans un arrêt du 17 mai 1994¹⁴⁷. La Cour a considéré, statuant sous l'empire de la loi du 13 juillet 1997, qu'à défaut de notification au débiteur de l'ordonnance déposée au greffe, le délai d'opposition ne court pas à son égard et que statuer différemment constitue une violation de l'article 6 § 1 de la Convention. Bien que la chambre commerciale ait statué sous l'empire d'une législation périmée, l'arrêt qu'elle a rendu le 17 mai 1994 mérite d'être signalé tant en raison du texte sur la base duquel la cassation a été prononcée, qu'en raison du changement législatif dont il est en quelque sorte le prélude et sur l'interprétation duquel il pourrait avoir une influence¹⁴⁸. En l'espèce, par l'ordonnance régulièrement déposée au greffe, le juge-commissaire d'un règlement judiciaire a autorisé le syndic à passer seul l'acte de cession amiable d'un immeuble dépendant de l'actif du débiteur à une personne extérieure à la procédure. Le débiteur, à qui il n'a pas jugé bon de notifier l'ordonnance, a formé opposition à son encontre, plus huit jours après son dépôt au greffe, opposition déclarée irrecevable par la Cour d'appel de Caen. Immédiatement il se pourvoit en cassation en invoquant l'article 6 § 1 de la Convention, ainsi que l'article 17 du décret du 22 décembre 1967. La Cour suprême lui donne raison, cassant l'arrêt de la Cour d'appel de Caen.

La solution est la même actuellement et elle est clarifiée par le décret du 21 octobre 1994 : désormais toutes les ordonnances doivent être notifiées et le délai de huit jours court toujours à compter de la notification¹⁴⁹. De plus la notification doit indiquer le délai de la voie de recours à peine de nullité¹⁵⁰.

¹⁴⁶ Cass. com. 2 novembre 1993, Rev. proc. Coll. 1994.45.

¹⁴⁷ Rev. proc. coll. 1995, obs. B. Dureuil ; D.1994.510, note F. Derrida.

¹⁴⁸ M. Cabrillac et Ph. Petel, Redressement et liquidation judiciaires des entreprises, JCP, E, 1995, I, p. 417

¹⁴⁹ Voir aussi C.A. Paris, 3 ch. B, 19 mai 1995, D. 1996, som. com. 87.

¹⁵⁰ Com. 13 octobre 1998, R.J.D.A. 1998, n° 1392, p. 1046.

Si l'on se tient à l'ancienne jurisprudence de la Cour de cassation¹⁵¹, nous constatons le pouvoir discrétionnaire dont dispose le juge-commissaire et les abus qui sont susceptibles de se produire.

En effet, en ne signifiant pas son ordonnance à l'un des principaux intéressés, il lui interdit pratiquement tout recours.

Ainsi, si la position rigoureuse de la Cour de cassation est logique à l'égard des textes, et s'avère malheureuse en opportunité et en équité puisqu'elle conduit à interdire, discrétionnairement, à une personne déterminée, tout droit de contester une décision qui léserait ses intérêts. C'est donc méconnaître à la fois le respect des droits de la défense et la règle du contradictoire, principes qui doivent régir la procédure¹⁵².

C'est donc fort justement et heureusement que, dans l'espèce, le débiteur s'est souvenu des dispositions de l'article 6 § 1 de la Convention.

Cette solution condamne une injustice trop criante pour qu'il soit nécessaire et de le souligner et d'en manifester satisfaction.

Ainsi faut-il souhaiter que les juges-commissaires aient la sagesse de les éliminer en prescrivant la notification à toute personne susceptible d'être affectées par sa décision.

La jurisprudence a cependant élargi les limites légales apportées à l'exercice des voies de recours de plusieurs manières. Deux domaines particuliers, méritent à cet égard, d'être soulignés. La limitation du droit à l'appel a été écartée en présence des décisions entachées d'irrégularités flagrantes, de violations d'un principe fondamental ou d'excès de pouvoir : dans ces hypothèses, relativement rares heureusement, la Cour d'appel et la Cour de cassation ont admis l'exercice d'un appel tendant à l'annulation des décisions contestées (et non à leur réformation), même dans le cas où ces décisions n'étaient pas mentionnées comme étant susceptibles d'appel¹⁵³.

On peut affirmer que cet arrêt a constitué un véritable progrès de la jurisprudence en cette matière, grâce aux dispositions de l'article 6 § 1 de la Convention européenne.

Ajoutons, enfin, que l'absence de recours contre un titre exécutoire n'est pas nécessairement contraire aux principes du procès équitable¹⁵⁴ ; lorsqu'un créancier admis au passif obtient après la clôture de la liquidation judiciaire un titre exécutoire du président du tribunal, ce titre n'est susceptible d'aucun recours. Mais, on ne peut y trouver à redire, dans la

¹⁵¹ Voir en ce sens Cass. com., 30 mars 1993, Bull. civ. IV, n° 129, p. 87 ; Cass. com., 16 mars 1993, Bull. civ. IV, n° 104, p. 71 et Cass. com., 2 novembre 1993, Bull. civ. IV, n° 374, p. 272.

¹⁵² J.-L. Courtier, Point de départ du recours contre les ordonnances rendues par le juge-commissaire, P. A., 3 février 1995, n° 15-21.

¹⁵³ Ibidem note 69, n° 310.

mesure ou l'admission de la créance avait fait l'objet d'une procédure de vérification préalable, et d'une décision du juge-commissaire qui pouvait être déférée à un deuxième degré de juridiction¹⁵⁵.

Comme l'on peut observer dans notre analyse, le régime du recours contre les ordonnances du juge commissaire est attentatoire aux devoirs institués par l'article 6 § 1 de la Convention. La jurisprudence interne, changée dans ce dernier temps, reconnaît la primauté de l'article 6 § 1 de la Convention et condamne l'impossibilité d'exercer un recours contre ces décisions. Il n'est pas tolérable, du point de vue du respect des exigences de l'article 6 précité, de manquer les parties du droit à un recours. C'est aussi le cas des personnes qui ne sont pas parties à la procédure mais dont les droits se trouvent ainsi méconnus. Dans ce dernier cas, le droit à un débat contradictoire est également méconnu, et donc l'atteinte aux valeurs protégées par la Convention est plus importante. Le droit à un double degré de juridiction est, pour les parties à la procédure collective, la garantie d'équité de la procédure, le fait de voir sa cause analysée par une juridiction supérieure, augmente la confiance des parties dans l'acte de justice.

Mais les exigences précitées n'ont aucune valeur si elles ne sont pas accompagnées par deux autres garanties, de forme : celle de la publicité des débats (§ 1) et du délai raisonnable de la procédure (§ 2).

¹⁵⁴ Cass. com. 2 mai 1985, Bull. civ. 1985, IV, n° 137.

¹⁵⁵ Voir sur ce point J.-L. Vallens, L'effacement des dettes du débiteur, P. A. 1997, n° 113, p. 4 et not. p. 11.

SECTION II Conditions de forme

Que serait-il si le justiciable est privé du droit à une justice publique et dans un délai raisonnable ? Les autres exigences n'auraient aucune valeur si le tribunal ne tranchait-il les affaires publiquement et dans un délai raisonnable.

On envisage comme conditions de forme des débats devant le tribunal de commerce le respect de la publicité (§ 1) et la célérité de ceux-ci (§ 2).

§ 1. *Le droit à un débat public*

La publicité de la procédure judiciaire, tant en matière pénale qu'en matière civile, est l'une des garanties essentielles du respect de l'équité de la procédure. Elle protège les justiciables contre une justice secrète échappant au contrôle du public et constitue l'un des moyens de préserver la confiance dans les cours et tribunaux. Il convient d'abord d'analyser la notion de débat public, notion créée par jurisprudence de la CEDH (A) et ensuite les problèmes que les procédures collectives posent à cet égard (B).

A. *La notion de débat public*

La règle de la publicité des audiences peut aussi céder parfois devant les exigences destinées à protéger l'ordre public et l'intérêt des parties en cause, afin de protéger leur droit à la vie privée. C'est au tribunal, en définitif, qu'il appartient de décider souverainement, et au vu de tous les éléments dont il dispose, s'il est opportun de déroger à la règle de la publicité en tenant compte, le cas échéant, du point de vue de l'accusé ainsi que des intérêts de la justice¹⁵⁶.

Le principe est nettement affirmé par l'article 6 § 1 de la Convention : « *toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue publiquement* ».

Cette publicité s'impose pour bien protéger le justiciable contre une justice secrète échappant au contrôle du public : elle permet de préserver la confiance des justiciables dans l'institution judiciaire et cette transparence participe pleinement du droit à un procès équitable et de sa finalité¹⁵⁷.

¹⁵⁶ Michele de Salvia, *Compendium de la CEDH*, vol. 1 (1960-2002), ed. 2003, N.P. Engel, p. 324.

¹⁵⁷ CEDH, arrêt *Axen c. RFA*, 8 décembre 1983, A 72, § 25 ; arrêt *Helmers c. Suède*, 29 octobre 1991, A-212 A §§ 33, 36.

La publicité des débats et du prononcé du jugement est bien un principe fondamental¹⁵⁸.

L'exigence de publicité doit s'apprécier selon l'ensemble du procès en prenant en considération la spécificité des différentes phases de la procédure¹⁵⁹ : la CEDH a rappelé qu'il convient de contrôler les réalités de la procédure, les modalités d'application de l'article 6 § 1 dépendant des particularités de l'instance dont il s'agit¹⁶⁰. C'est à dire que cette modulation intervient à un double point de vue. D'une part elle vaut pour la publicité des audiences puisque le défaut des débats publics sera apprécié différemment selon les circonstances : le procès ne sera pas équitable si la publicité devant la juridiction supérieure ne permet pas de réparer la violation alléguée¹⁶¹, mais il le sera s'il apparaît qu'antérieurement l'exigence de publicité a été respectée¹⁶².

D'autre part la publicité vaut aussi pour le jugement : mais la CEDH refuse toute interprétation littérale quant aux moyens mis en œuvre par les autorités nationales pour rendre publiques les décisions de justice ; peu important les moyens, dès lors que l'on atteint objectif qui est d'assurer le contrôle du pouvoir judiciaire par la sauvegarde du droit à un procès équitable¹⁶³. Ces nuances s'imposaient compte tenu de la diversité des législations nationales en Europe.

Toutefois, on observera que les juges européens font preuve d'une grande vigilance quant au respect de l'exigence de publicité. Le fait que le plaideur puisse y renoncer ne lui enlève pas sa force : dès lors que cette renonciation est faite de son plein gré et de manière non équivoque, il n'y a aucun raison de ne pas admettre sa validité¹⁶⁴.

En toute hypothèse deux situations doivent être distinguées. D'une part la législation nationale prévoit expressément, à certaines conditions, la possibilité des débats publiques : dans ce cas la renonciation tacite peut être opposée au requérant qui n'a pas sollicité

¹⁵⁸ CEDH, arrêt *Werner c. Autriche*, 29 novembre 1997, JCP 1998-I-107, n° 27 obs. F. Sudre, Rev. Sc. Crim. 1998 p. 393 obs. R. Koering-Joulin.

¹⁵⁹ J.-Cl. Soyer et M. de Salvia, Article 6, in L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert, La Convention européenne des droits de l'Homme, op. cit. p. 266 *in fine*.

¹⁶⁰ Ibidem note 33, §§ 27, 28.

¹⁶¹ Dans l'affaire *Le Compte* précitée, le défaut de débats publics devant le Conseil de l'Ordre des médecins n'était pas compensé par la publicité de la procédure devant la Cour de cassation : l'article 6 § 1 a été violé.

¹⁶² Dans l'affaire *Sutter* précitée, les débats n'étaient pas publics devant le tribunal militaire de cassation, mais il l'avaient été devant été antérieurement en première instance. Les juges ont donc estimé que, dans ces conditions, l'article 6 § 1 n'avait pas été violé.

¹⁶³ La question a pu se poser, notamment pour les Cours de cassation se contentant d'un simple dépôt au greffe accessible au public : la Cour a décidé que l'exigence de publicité était remplie et que le défaut de prononcé public de l'arrêt n'enfreint pas la Convention (aff. *Pretto c. Italie*, 8 déc. 1983, A 71, §§ 21-27)

¹⁶⁴ CEDH *X c. Belgique*, 30 novembre 1987, A-127B.

l'organisation des débats publics¹⁶⁵. D'autre part, si le procès particulier ne donne pas en général lieu à des débats publics, l'Etat défendeur ne peut opposer au requérant l'argument de la renonciation implicite¹⁶⁶, l'option de l'absence de publicité résultant alors clairement de du droit positif.

Est-ce que les tribunaux de commerce respectent-elles cette exigence ?

B. Le droit des procédures collectives et le débat public

Au regard de ces principes, la procédure collective paraît répondre aux exigences de la Convention : le tribunal entend le débiteur en chambre du conseil, mais rend ses jugements en audience publique, (art. L. 621-4 C. com.) et leur donne en outre une large publicité dans la presse locale, au BODACC et au registre du commerce et des sociétés¹⁶⁷. L'audition en chambre du conseil étant une exception au principe de publicité, la règle ne s'applique pas devant la cour d'appel, faute de texte¹⁶⁸.

Par ailleurs, la décision du juge-commissaire contenant l'admission des créances déclarées au passif (art. L.621-104 C. com.), fait l'objet d'un dépôt au greffe accessible à toute personne et d'une publication légale au BODACC¹⁶⁹.

Les décisions concernant l'entreprise en redressement ou en liquidation sont rendues ainsi conformément aux principes conventionnels : les débats en chambre du conseil assurent, avant tout, la discrétion nécessaire au débiteur lui-même, en lui permettant de conserver la confiance de ses fournisseurs et de sa banque tout en procurant un débat, plus technique et comptable que judiciaire. En revanche la publicité la plus large se justifie, une fois la procédure ouverte, afin de permettre aux partenaires de l'entreprise de sauvegarder leurs droits et de connaître la situation nouvelle du débiteur.

En outre, le législateur a prévu la tenue de certains documents à la disposition des tiers, tel que la liste des créances (art. L 621-45 C. com.), les offres reçues par l'administrateur judiciaire ou le liquidateur (art. L 621-140 C. Com.)¹⁷⁰.

Mais, si on regarde le contentieux, on peut affirmer que les dispositions de l'article 6 § 1 de la Convention, relatives à la publicité des débats, sont méconnues. C'est bien le cas des

¹⁶⁵ Voir en ce sens, J.-F. Flauss, De la renonciation à la publicité des débats judiciaires, Rev. Trim. Dr. Homme, 1991, p. 529 s.

¹⁶⁶ CEDH, arrêt *Hakanson et Stureson c. Suède*, 21 février 1990, A-171

¹⁶⁷ L. 25 janv. 1985, art. 6, 36, D. 27 décembre 1985, art. 14 et 21.

¹⁶⁸ Cass. com. 9 mai 1996, D. 1996, J. 52.

¹⁶⁹ J.-L. Vallens, L'information des créanciers, Petites affiches, 1995, n° 71, p.16.

¹⁷⁰ Ibidem note 169, p.16.

suivantes mesures : vérification des créances (art. L 621-125 C. com.), mesures conservatoires (art. L. 621-21 C. com), revendications (art. L 621-115 – 621-124 C. com.), contestation des mesures prises, résiliation des contrats en cours (art. L 621-28 C. com.), autorisation de vendre les biens, licenciements, etc.

Revenant aux décisions du juge-commissaire, si la loi prévoit un débat contradictoire ou du moins la notification des décisions rendues par celui-ci, les règles de publicité ne sont pas respectées en ces cas. Aucune disposition relative aux procédures collectives n'impose au juge-commissaire de tenir audience avant de statuer.

S'il doit prononcer ses décisions après avoir recueilli les avis du débiteur, des mandataires de justice concernés et des contrôleurs, le cas échéant, il lui est loisible de trancher seul, au vu des avis reçus, et hors la présence des parties¹⁷¹.

Lors d'une affaire récente¹⁷² la CEDH a conclu que le but de la Convention consiste à protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs¹⁷³. Dans ce sens, elle considéra qu'un procès ne peut remplir la condition de publicité que si le public est en mesure d'obtenir des informations au sujet de la date et du lieu auxquels il est censé se tenir et que si le lieu en question est aisément accessible au public. Dans bon nombre de cas, ces conditions se trouvent remplies par le simple fait que le procès a lieu dans une salle d'audience du tribunal suffisamment vaste pour accueillir des spectateurs. La tenue d'un procès en dehors d'un prétoire ordinaire, et en particulier en un lieu tel une prison, auquel en principe le public en général n'a pas accès, constitue un obstacle sérieux à la publicité des débats. En pareil cas, l'Etat a l'obligation de prendre des mesures compensatoires afin de garantir que le public et les médias soient dûment informés du lieu du procès et puissent effectivement avoir accès à celui-ci.

Les conditions matérielles dans lesquelles ces divers incidents sont réglés résultent de plusieurs facteurs : les mandataires de justice saisissent le juge-commissaire de requêtes ou l'informent de difficultés qui appelle une réponse urgente, sans que le caractère contentieux soit toujours manifeste : le juge-commissaire, qui est un des juges du tribunal de commerce, exerce une activité professionnelle à titre principal, et ne peut consacrer qu'un temps limité aux incidents relevant de sa juridiction ; enfin la nécessité d'un débat public n'est pas présente dans tous les litiges et contestations dont il est saisi¹⁷⁴.

¹⁷¹ Ibidem note 71, p. 588.

¹⁷² CEDH, arrêt *Riepan c. Autriche*, 14 novembre 2000, § 29, Recueil 2000 -XII.

¹⁷³ Ibidem note 75, § 33.

¹⁷⁴ Ibidem note 71, p. 588.

Est-ce que l'urgence des décisions du juge-commissaire justifie-t-elle le fait d'ignorer la publicité des débats ? La réponse sera négative, parce qu'il appartient aux autorités d'organiser leur système de droit de manière qu'il respecte les exigences du droit à un procès équitable. Le fait que le juge commissaire dispose d'un temps limité pour les incidents relevant de sa juridiction, ne fait que souligner l'imperfection de la législation en ce cas. On ne saura priver les justiciables du droit à une justice publique, au motif que le système n'est bien conçu.

La CEDH ne s'est pas encore prononcée sur une question pareille, mais il faudra analyser les spécificités chaque cas et suivant les démarches de la CEDH, le contrôle de proportionnalité entre cette ingérence et le but poursuivi.

Exceptant la protection de la vie privée, si le droit à un débat public est un droit fondamental, peut-on y déroger compte tenu des spécificités d'une telle ou telle réglementation ?

Le droit à un débat public n'aurait aucune valeur si les débats durent plus que ce que la CEDH appelle un délai raisonnable.

§ 2. *Le délai raisonnable*

L'exigence de célérité dans l'obtention d'un jugement est également l'un des éléments essentiels du droit au juge : celui-ci serait vidé d'une bonne part de sa substance s'il était possible à un tribunal de ne rendre un jugement qu'après une période trop longue. Cela entraîne une instabilité de la situation des parties, incompatible avec la notion de sécurité juridique exigée dans toute société démocratique¹⁷⁵. Selon M. Vallens le respect du délai raisonnable est une exigence particulièrement importante puisqu'il y va de la crédibilité de la justice et de son efficacité¹⁷⁶.

¹⁷⁵ Ibidem note 39, p. 111.

¹⁷⁶ J.-F. Flauss, Le délai raisonnable au sens des articles 5 § 3 et 6 § 1 de la Convention, Rev. Trim. Dr. Homme, 1991, p.49 et s.

A. Le délai raisonnable et les procédures collectives

Selon M. Bernat de Celis, il faudrait prendre garde, dans un avenir proche, à ne pas tomber dans l'excès inverse car, pour répondre aux critiques, notamment européennes, les États prennent de plus en plus des mesures tendant à accélérer les procédures¹⁷⁷ : mais il est certain qu'une procédure trop rapide peut aussi être contraire à l'article 6 § 1 de la Convention, le délai pour être jugé pouvant être déraisonnable dans les deux cas. Il s'agit donc de trouver ici encore un point d'équilibre, une solution juste et mesurée, de façon à ce que la justice soit rendue de façon pleinement satisfaisante¹⁷⁸.

Il est vrai cependant que, jusqu'à présent, la plupart des États ne tirent pas complètement les conséquences des condamnations européennes. C'est ainsi que la Cour de cassation française estime que la durée déraisonnable d'une procédure ne saurait entraîner sa nullité ou celle de l'acte de poursuite¹⁷⁹.

S'agissant d'une procédure contentieuse de droit commun, l'appréciation de sa durée est aisée, entre la date de la saisine de la juridiction et celle où une décision est rendue sur le fond, mettant fin au litige.

Les procédures collectives ne peuvent donner lieu à ce type d'examen, dans la mesure où elles organisent, dans la durée, les droits et les obligations des débiteurs et de leurs créanciers. Bien plus, la loi définit un cadre temporel contraignant pour certaines opérations de la procédure collective, ce que les règles de procédure de droit commun ne prévoient pas, et donne ainsi, elle-même, la mesure des délais acceptables : c'est le cas, en particulier pour la durée de la période d'observation, limitée à 6 mois dans le régime général et 4 mois dans le régime simplifié (art. L 621-6 C. com.), pour les délais impartis au représentant des créanciers pour vérifier le passif (art. 621-43 C. com.), qui sont fixés par le tribunal¹⁸⁰.

Le législateur a été « sensible », par ailleurs, au besoin - consacré par la Convention - de maintenir les procédures collectives dans des délais raisonnables, et y parvenu par plusieurs dispositions. Citons à ce titre les restrictions apportées à l'exercice des voies de recours (art. 623-4 C. com.), la faculté donnée au tribunal d'interrompre l'activité de l'entreprise et de clôturer les opérations de liquidation à tout moment (art. L 622-30 C. com.), le droit accordé aux créanciers d'obtenir une provision sur leur créance, la fixation d'une

¹⁷⁷ J. Bernat de Celis, Procédures accélérées : trois approches, *Arh. Po. crim.* 1982, n°5, p. 93 s.

¹⁷⁸ J.-F. Renucci, *Droit européen des droits de l'Homme*, 2^e édition, 2001, p. 218.

¹⁷⁹ *Crim.* 30 juin 1998, *Rev. Sc. Crim.* 1999, p. 784, obs. J.-P. Dintilhac.

¹⁸⁰ Sur cette question, Vallens, *Les délais in Le nouveau droit des défaillances d'entreprises*, éd. Dalloz 1995, p.171.

durée minimum des plans de redressement, enfin l'obligation faite au juge commissaire de statuer sur les requêtes dont il est saisi « dans un délai raisonnable », faute de quoi le tribunal peut être saisi ou se saisir d'office¹⁸¹.

B. La position de la CEDH

Lors d'une affaire récente¹⁸², la CEDH a constaté la violation de l'article 6 § 1 de la Convention en raison d'une procédure (règlement judiciaire du requérant par défaut) qui s'est déroulée pendant dix-huit ans et environ quatre mois. La procédure ayant commencé par un jugement du 8 septembre 1980 du tribunal de commerce de Périgueux, s'est achevée en août 1998.

Quant au caractère raisonnable de la procédure, la CEDH a rappelé, lors de cette affaire, que celui-ci s'apprécie suivant les circonstances de la cause et eu égard aux critères consacrés par sa jurisprudence, en particulier la complexité de l'affaire, le comportement du requérant et celui des autorités compétentes¹⁸³.

La CEDH jugea qu'un délai de temps de plus de dix-huit années pour deux degrés de juridiction ne peut être infirmé ni par la complexité de l'affaire, ni par le comportement du requérant, la lenteur de la procédure résultant fondamentalement du comportement des juridictions civiles.

Dans une autre affaire¹⁸⁴, il s'agissait d'une procédure qui a duré plus de six ans, faisant l'objet de plus de douze audiences de procédure avant d'être plaidée (3 juin 1991-27 février 1997). La CEDH prit acte du règlement amiable intervenu entre le requérant et le Gouvernement français et décida de rayer l'affaire du rôle.

La durée excessive de la procédure a été constatée dans une affaire¹⁸⁵ qui a duré six ans et plus de six mois, débutant le 4 janvier 1995 (avec l'opposition à l'ordonnance d'injonction de payer) et étant toujours pendante devant les tribunaux internes, à la date du prononcé de l'arrêt, soit le 31 juillet 2001. La Cour a considéré que l'affaire ne présentait pas de difficulté particulière, que le comportement de la requérante n'a pas contribué à rallonger la durée de la procédure et qu'en première instance l'affaire a duré plus de cinq ans et quatre mois. Enfin, la CEDH a rappelé le principe selon lequel il incombe aux États contractants

¹⁸¹ Ibidem note 71, p. 586.

¹⁸² CEDH, arrêt *Gerber c. France*, 28 mars 2000, non publié.

¹⁸³ Voir parmi beaucoup d'autres, les arrêts *Richard c. France* du 22 avril 1998, 1998 – II, p. 824, § 57, *Doustaly c. France* du 23 avril 1998, Recueil 1998 – II, p. 857, § 39.

¹⁸⁴ CEDH, déc. *Donati c. France*, 26 septembre 2000, non publiée.

d'organiser leur système judiciaire de telle sorte que leurs juridictions puissent garantir à chacun le droit d'obtenir une décision définitive dans un délai raisonnable¹⁸⁶.

Dans une autre affaire¹⁸⁷, en septembre 1980, une assignation en liquidation de biens fut délivrée à l'encontre du requérant, qui exploitait en son nom propre une entreprise de transports et seulement par jugement du 12 novembre 1997 le tribunal de commerce de Belfort déclara la clôture pour extinction de passif des opérations de liquidation de biens du requérant. La Cour a apprécié que le délai de seize ans et neuf mois soit excessif, qu'aucun acte de procédure n'a été accompli par les autorités entre 17 novembre 1981 et le 17 mars 1992 et par conséquent, il y avait violation de l'article 6 § 1 de la Convention.

Dans son analyse, fidèle à sa jurisprudence¹⁸⁸, la CEDH apprécie à la fois « les circonstances de la cause la complexité de l'affaire, le comportement du requérant et celui des autorités compétentes ».

Le principe commun de sa jurisprudence en matière du respect du délai de procédure, est « qu'il incombe aux Etats contractants d'organiser leur système judiciaire de telle sorte que leurs juridictions puissent garantir à chacun le droit d'obtenir une décision définitive dans un délai raisonnable »¹⁸⁹.

On peut facilement observer, que la CEDH fait de plus en plus usage d'une analyse des circonstances de chaque cause, même si une période de temps assez importante s'est écoulée. Un critère décisif est celui de la « faute » de l'existence de ce délai exagéré.

La CEDH peut être considérée comme compréhensive vis à vis de la complexité des procédures collectives, mais les autorités doivent organiser leur système afin de garantir l'obtention d'une décision définitive dans un délai raisonnable.

Si dans le cadre de son analyse concernant les autres exigences du droit à un procès équitable la CEDH a eu une attitude compréhensive et timide, dans le cadre du respect du délai raisonnable la CEDH a pris une position ferme en condamnant la passivité des autorités. Bien sur que la procédure collective se caractérise par une durée de procédure assez longue, imposée par ses spécificités, mais il appartient aux autorités de veiller à ce que les droits de parties à la procédure collective ne soient pas méconnus par leur attitude passive.

¹⁸⁵ CEDH, déc. *Malve c. France*, 31 juillet 2001, non publiée.

¹⁸⁶ CEDH, déc. *Caillot c. France*, 4 juin 1999, § 27, non publiée.

¹⁸⁷ CEDH, déc. *Laine c. France*, 17 janvier 2002, non publiée.

¹⁸⁸ CEDH, arrêt *Frydlender c. France*, GC, § 43, CEDH-200-VII.

¹⁸⁹ Ibidem note 186, § 27.

PARTIE II
**LE DROIT DES PROCEDURES COLLECTIVES A L'EPREUVE DU
RESPECT DES DROITS SUBSTANTIELS**

Les procédures collectives ont des conséquences directes ou indirectes sur le droit de propriété des personnes concernées.

L'article 1^{er} du Protocole n° 1 à la Convention consacre le droit au respect des biens et, plus généralement la propriété. Aux termes de l'article 1^{er} précité, toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Le droit au respect des biens peut être méconnu aussi bien à l'égard du débiteur que des créanciers ou des tiers (Chapitre I)¹⁹⁰.

Le déroulement des procédures collectives peut également avoir des conséquences sur la vie privée, qu'il s'agisse du domicile ou de la correspondance du débiteur et de sa famille. L'article 8 § 1 de la CEDH consacre le respect de la sphère privée des personnes, en instituant l'obligation pour les États signataires de respecter la vie privée et familiale, le domicile et la correspondance des ressortissants (Chapitre II).

CHAPITRE I Le respect du droit de propriété

L'ouverture d'une procédure collective peut avoir des conséquences, dans certains limites, sur le droit de propriété, le redressement judiciaire entraînant une saisine collective du patrimoine - actif et passif - du débiteur (art. L. 621-137 C. com.). La liquidation judiciaire entraîne d'une manière immédiate le dessaisissement du débiteur (art. 622-9, al. 1^{er} C. com.) (Section 1).

La réglementation des procédures collectives affecte non seulement les biens du débiteur, mais également ceux de ses créanciers et des tiers (Section 2).

¹⁹⁰ Ibidem note 71, p.568.

SECTION I Le respect du droit de propriété du débiteur

L'ouverture de la procédure collective a pour objet de prévenir des détournements, dissimulations d'actifs et autres manœuvres de même nature, par le débiteur, dans le but de protéger les droits des créanciers. Cette procédure a des conséquences sur les biens, propriété du débiteur (§ 1). La liquidation judiciaire, qui est une mesure de défiance à l'encontre du débiteur et de protection des intérêts des créanciers, a également des conséquences sur les biens, propriété du débiteur (§ 2).

§ 1. Le droit de propriété du débiteur à la suite du jugement d'ouverture

Dans le cas d'un redressement judiciaire, le jugement d'ouverture place les biens du débiteur sous le contrôle du tribunal et de l'administrateur, et ce contrôle peut aller jusqu'au dessaisissement du débiteur, selon la mission qui est confiée à l'administrateur : surveillance, assistance ou gestion directe de l'entreprise (art. L. 621-37 C. com.).

Mais hormis le cas où l'administrateur judiciaire doit assurer seul l'administration de l'entreprise, le débiteur conserve sur ses biens son droit de propriété intact.

Tout au plus, ici, peut-on parler de la réglementation de l'usage de ces biens, dans la mesure nécessaire aux objectifs de la procédure de redressement judiciaire. Le jugement d'ouverture a beaucoup de conséquences sur les biens du débiteur (A), il faut encore que ces conséquences soient conformes avec les exigences de l'article 1 du Protocole n° 1 à la Convention (B).

A. Le dessaisissement du débiteur

Jusqu'à la loi du 13 juillet 1967, la position du droit français sur ce point était simple : seules les commerçants pouvaient faire l'objet du règlement judiciaire ou de la faillite. Le règle s'appliquait aussi bien aux personnes physiques qu'aux personnes morales. Elle était peu satisfaisante notamment pour ces dernières. En cas de cessation de paiements, la situation des créanciers était catastrophique compte tenu de l'inorganisation de la déconfiture.

Une réforme s'imposait. Bouleversant les principes admis jusque là, l'article 1 de la loi du 13 juillet 1967 a soumis aux procédures collectives non pas seulement les commerçants, mais toutes les personnes morales de droit privé, même non commerçantes.

La loi du 25 janvier 1985 conserve les mêmes principes. Elle opère toutefois une nouvelle extension, au demeurant assez limitée, en soumettant les artisans à la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire.

La décision d'ouvrir la liquidation judiciaire, qui constate la disparition économique de l'entreprise est une décision grave. Celle d'ouvrir le redressement judiciaire également, quoi qu'elle ne préjuge pas du sort final de l'entreprise.

Si les conditions posées par la loi sont remplies, le tribunal prononce, en audience publique, l'ouverture d'une procédure collective à l'égard du débiteur. En application du décret du 27 décembre 1985, le jugement d'ouverture prend effet à compter de sa date, et non de son prononcé : il prend donc effet à 0 heure du jour où il est rendu et rétroagit ainsi de quelques heures. Il est exécutoire de plein droit à titre provisoire, comme la plupart des décisions de la procédure¹⁹¹.

Ce jugement dont l'autorité est absolue¹⁹², est un jugement constitutif, qui donne naissance à une situation juridique nouvelle, marqué par une altération profonde des droits du débiteur et des tiers, par opposition à un jugement déclaratif qui ne ferait que constater l'existence d'une situation préexistante (mais, par habitude, on le désigne encore parfois sous le nom de jugement déclaratif)¹⁹³.

Durant la phase d'observation, l'activité se poursuit : telle est la règle fondamentale qu'implique l'espoir de la sauvegarde de l'entreprise (art. L. 621-26 et L. 621-137). L'activité se poursuit, mais pas exactement comme si le débiteur était encore *in bonis*¹⁹⁴.

En règle générale, le débiteur conserve la charge de la gestion de l'entreprise pendant la période d'observation et, donc, les pouvoirs correspondants : *on ne charge pas une équipe qui perd tant qu'on ne sait pas pourquoi elle perd*¹⁹⁵.

Outre le fait qu'il n'est pas dans l'esprit du texte de présumer la faute du débiteur, il s'agit de façon plus pragmatique d'éviter tout changement apparent dans la gestion de l'entreprise qui pourrait alarmer les partenaires du débiteur, clients ou fournisseurs, et compromettre le redressement.

Le principe de gestion par le débiteur s'applique également dans le régime général, par combinaison des articles L. 621-22 et L. 621-23 ; comme les droits et actions comprises dans

¹⁹¹ Art. 155 D.

¹⁹² Ibidem note 145, n° 77.

¹⁹³ Ibidem note 69, p. 128.

¹⁹⁴ « Dans ses biens », maître de ses biens ; le débiteur *in bonis* « se trouve en mesure de faire face à ses paiements », « en état de solvabilité » (Roland et Boyer, Expressions latines du droit français), par opposition au débiteur soumis à une procédure collective.

¹⁹⁵ Ibidem note 69, p.156.

la mission de l'administrateur sont définies de façon stricte par la loi ou par le tribunal, c'est en principe le débiteur qui gère son patrimoine.

Pour assurer l'efficacité du principe, l'article L. 621-23, alinéa 2 répute valables à l'égard des tiers de bonne foi les actes de gestion courante qu'accompli seul le débiteur¹⁹⁶, sauf s'il s'agit d'actes interdits (parmi lesquels figurent précisément les actes de disposition étrangers à la gestion courante de l'entreprise ou d'actes réservés à l'administrateur).

La jurisprudence, qui n'est certes pas parfaitement homogène, retient surtout dans ces conditions celles relatives aux caractères de l'opération : l'acte de gestion courante de l'entreprise est une opération banale, de portée limitée, n'intéressant que le court terme, une opération de type courant, habituellement pratiquée et d'un montant peu élevé ou bien une opération qui se rattache à l'exploitation et est conforme aux usages de la profession »¹⁹⁷, telle une commande normale de marchandises.

On peut affirmer que la loi du 25 janvier 1985 a changé la situation antérieure, selon laquelle l'ouverture du redressement judiciaire entraînait *ipso facto* le dessaisissement du chef d'entreprise (voir sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967). La procédure a largement perdu son caractère infamant et le dépôt de bilan et de plus en plus fréquemment appréhendé comme un acte de gestion. Cette évolution a comme aspect positif qu'elle invite à déclarer plus vite la cessation de paiements, bien qu'en pratique, l'entrepreneur individuel hésite souvent à le faire. Mais elle engendre aussi des effets pervers : le débiteur non assisté est isolé et n'a souvent pas de véritable interlocuteur dans la procédure.

Aux termes de l'article L. 621-24 C. com., il est interdit de plein droit, à peine de nullité absolue le paiement par le débiteur de toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture : l'interdiction concerne en principe, toutes les créances antérieures, échues ou non échues, privilégiées ou chirographaires, relatives ou non à l'entreprise ... peu important leur montant ou la bonne foi de l'*accipiens* : le paiement est nul même s'il constitue *à priori* un acte de gestion courante et si le tiers ignore la procédure collective.

L'interdiction des paiements supporte quatre exceptions. D'une part, le juge-commissaire peut autoriser le paiement du créancier gagiste ou rétenteur, lorsque la chose qu'il détient est nécessaire à la poursuite de l'activité (art. L. 621-24 c.com.).

On peut observer qu'à la suite du jugement de l'ouverture de la procédure, les biens du débiteur sont placés sous le contrôle du tribunal et de l'administrateur, et ce contrôle peut aller jusqu'au dessaisissement du débiteur, selon la mission qui est confiée à l'administrateur :

¹⁹⁶ Com. 5 octobre 1993, R.J.C.1994. 27, n. L. Lévi.

¹⁹⁷ Com. 8 mars 1983, Bull. civ. IV, n° 97.

surveillance, assistance ou gestion directe de l'entreprise. Les actes de gestion courante accomplis par le débiteur seul sont valables (art. 621-23 al.2 C.com). En effet les tiers peuvent parfois ignorer que l'entreprise fait l'objet d'un redressement judiciaire. Mais le débiteur peut aussi accomplir seul les actes de toute nature qui ne son pas compris dans la mission de l'administrateur.

Selon M. Vallens le débiteur conserve sur ses biens le droit de propriété intact¹⁹⁸.

Est-ce que ce dessaisissement des biens est-il en accord avec les dispositions prévues par l'article 1 du Protocole n° 1 à la Convention ?

B. Une privation de propriété ?

Analysant les conséquences du jugement d'ouverture de la procédure, il convient de se poser la question s'il ne s'agit pas d'une privation des biens au sens de l'article 1 du Protocole n° 1 précité.

La doctrine considère que l'atteinte à la propriété comporte trois niveaux que la jurisprudence distingue de manière stricte. Elle connaîtra un traitement différent selon qu'il y a ou non-transfert du droit de propriété. Il y a alors véritable privation de propriété et, dans ce cas, c'est le droit d propriété lui-même qui disparaît. Cette situation explique que l'existence du droit de propriété peut être établie. L'atteinte peut ensuite être constituée par une simple altération ; dans ce cas le droit de propriété sur la chose demeure dans sa substance, mais le propriétaire n'en a plus libre disposition. Enfin l'atteinte peut se traduire par une réglementation de l'usage du bien, le propriétaire conservant la totalité de son droit mais devant utiliser son « bien » dans des conditions réglementées conformément à l'intérêt général¹⁹⁹.

Pour être conforme à la Convention, la réglementation des biens doit poursuivre un but d'intérêt général. Le pouvoir ainsi réservé aux États paraît plus large que dans l'hypothèse de l'expropriation. Ces derniers peuvent en effet adopter les lois qu'ils jugent nécessaires, ce qui semble les ériger en seuls juges de la nécessité de pareilles législations. Bien entendu, une mesure d'ingérence de cette nature doit ménager un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux

¹⁹⁸ Ibidem note 71, p.569.

¹⁹⁹ Ibidem note 39, p.320.

de l'individu. Il doit exister, ici aussi, un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé²⁰⁰.

Quant à la notion de la nécessité de l'ingérence, la CEDH a statué dans sa jurisprudence le principe selon lequel l'article 1 « érige les États contractants en seuls juges de la nécessité d'une ingérence »²⁰¹.

Il faut ensuite que cette ingérence soit proportionnelle et que les États « ménagent le juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu »²⁰².

La privation du droit de propriété doit se réaliser pour une cause d'utilité publique. Cette notion est assez peu précise et la CEDH a d'ailleurs souligné qu'elle était susceptible de varier dans le temps et dans l'espace²⁰³. Il s'agit en effet de l'une de rares notions de la Convention dont la CEDH n'ait pas admis le caractère autonome : elle renvoie systématiquement à la libre appréciation des autorités nationales le soin de définir l'utilité publique : « grâce à une connaissance directe de leur société et de ses besoins, les autorités nationales se trouvent en principe mieux placées pour le juge international pour déterminer ce qui est d'utilité publique. Dans le système de protection créé par la Convention, il leur échoit par conséquent de se prononcer les premières tant sur l'existence d'un problème d'intérêt public justifiant des privations de propriété que sur les mesures à prendre pour le résoudre »²⁰⁴.

Faute d'avoir adopté de tels critères, la CEDH est souvent amenée à considérer comme fondée sur l'utilité publique toute mesure qui n'est en fait que présentée comme ayant été prise pour cause d'utilité publique ; elle réduit ainsi son contrôle pour à la portion congrue²⁰⁵.

Elle a néanmoins compensé cette carence en élaborant la théorie dite du « juste équilibre » (*fair balance*) qui doit être respectée entre l'atteinte au droit individuel et la nécessité de l'utilité publique.

Est-ce que le dessaisissement du débiteur à la suite du jugement d'ouverture correspond à l'utilité publique, à l'intérêt général de la société ?

²⁰⁰ Ibidem note 156, p. 722.

²⁰¹ CEDH, arrêt *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 déc. 1976, § 62, A-24.

²⁰² CEDH, arrêt *Air Canada, c. Royaume-Uni*, du 5 mai 1995, § 36, A-316 A.

²⁰³ Ibidem note 201.

²⁰⁴ CEDH, *James et al. c. Royaume Uni*, 21 février 1986, § 46, A 98.

²⁰⁵ L. Condorelli, « Article 1er » in L.-E. Pettiti, *La Convention européenne des droits de l'Homme*, op cit., p.987.

La Commission EDH s'est prononcée dès 1980, dans une première affaire²⁰⁶, sur la compatibilité de la saisie avec les exigences de l'article 1 précité. Le requérant se plaignait d'avoir été privé du droit de jouir de ses biens.

La réponse de la Commission EDH a été assez prompte : « le failli est effectivement dessaisi de l'administration de ses biens. Il s'agit d'une mesure de sauvegarde pour la durée de la gestion de la faillite, afin de prévenir de détournements, dissimulations d'actifs et autres manœuvres de même nature. Le failli est consulté par le curateur ; il n'est pas privé de ses biens mais seulement, à titre temporaire, du droit de les administrer en personne. Cette procédure, ancienne et commune à des nombreux États membres, constitue une réglementation particulière de l'usage des biens dans l'intérêt général, prévue par la loi, au sens du paragraphe deux de l'article 1 précité »²⁰⁷.

Dans une affaire²⁰⁸ la CEDH a de nouveau pose les principes qui s'appliquent à une telle situation : la saisie (...) s'analyse manifestement en une mesure provisoire répondant au besoin d'assurer la confiscation éventuelle de biens qui semblent le fruit d'activités illégales au préjudice de la collectivité. L'intérêt général justifiait donc l'ingérence litigieuse - que l'on ne pouvait, à l'époque, compte tenu du très dangereux pouvoir économique d'une « organisation » comme la mafia - considérer comme disproportionnée au but poursuivi.

Bref, la CEDH a constaté que la saisie ne cherchait pas à priver les requérants de leurs biens, mais seulement de les empêcher d'en disposer, afin de répondre à un intérêt général de la communauté, celui de prévenir des détournements et dissimulations d'actifs.

On peut donc affirmer que le dessaisissement découlant de l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire est considérée comme réglementation de l'usage des biens et par conséquent, conforme aux exigences de l'article 1 du Protocole n° 1 précité.

Il ne faut pas oublier qu'il reste aux autorités de veiller à ce que ce dessaisissement soit proportionnel au but poursuivi, sinon le juste équilibre être méconnu, ce qui peut entraîner la violation du droit au respect des biens.

Dès lors qu'il s'estime en mesure de le faire, le tribunal doit se prononcer sur le sort de l'entreprise, et le plus tôt est le mieux, surtout s'il s'agit finalement de liquider ou s'il apparaît que la poursuite du tout ou partie de l'activité devient onéreuse. Très vite, ou à l'issue de la période d'observation, la conclusion du tribunal est souvent la même : en l'absence d'espoir

²⁰⁶ Ibidem note 164.

²⁰⁷ Ibidem note 71, p.201.

²⁰⁸ CEDH, arrêt *Raimondo c. Italie*, 22 février 1994, A 281A.

sérieux de redressement, il faut prononcer la liquidation judiciaire. A la suite du prononcé de la liquidation judiciaire, le droit de propriété du débiteur sur ses biens sera-t-il respecté ?

§ 2. Le droit de propriété du débiteur pendant la liquidation judiciaire

Le terme liquidation suggère l'élimination brutale, totale sinon du débiteur, du moins de l'entreprise. Procédure d'exécution patrimoniale universelle, la liquidation judiciaire consiste schématiquement en la vente des biens du débiteur pour payer ses créanciers. Économiquement elle apparaît comme un mal nécessaire : il faut bien débarrasser le milieu des affaires de ses cellules mortes ou angoissantes ... et, vu les risques de contamination, mieux vaut le faire vite²⁰⁹.

De façon générale, le tribunal peut et doit prononcer la liquidation judiciaire de l'entreprise dès qu'il acquiert la certitude qu'elle n'a pas d'espoir sérieux de se redresser. Si les conditions de la saisine du tribunal et celle de la préparation de la décision varient quelque peu selon les hypothèses, les suites en sont pratiquement identiques : le jugement qui prononce la liquidation au cours de la période d'observation fait l'objet de la même publicité que le jugement d'ouverture et, comme celui-ci, produit effet dès le jour de son prononcé. (art. 622-9 C. com.)

A la suite du prononcé d'un tel jugement, le débiteur va supporter des conséquences, quant au droit de propriété sur ses biens (A). Il reste à savoir si ces conséquences sont conformes aux exigences de l'article 1 précité (B).

A Le dessaisissement du débiteur (Art. L. 622-9 al. 1^{er} C. com)

Le dessaisissement complet du débiteur en liquidation est une règle traditionnelle du droit des faillites, qui n'a pas la nature d'une sanction, mais constitue une mesure de défiance à l'encontre du débiteur et protégé les intérêts des créanciers. En effet, l'apurement du passif, dernier des objectifs de la loi, passe au premier rang dans la liquidation judiciaire, l'objectif du redressement étant pour l'essentiel abandonné. Il faut donc veiller à préserver la gage des créanciers, et le dessaisissement est une technique très efficace pour ce faire, dès lors que l'on ne se soucie plus de discréditer le débiteur aux yeux des tiers. Le dessaisissement est aussi la marque de la saisie collective des biens du débiteur qui résulte de la procédure collective, et

²⁰⁹ Ibidem note 69, p.416.

commande en particulier, l'interdiction des poursuites individuelles et celle des paiements, ou le maintien de ces interdictions si la liquidation a été précédée d'un redressement.

A la différence de l'article L. 621-22 C. com. qui opérait un subtil dosage dans le dessaisissement au cours de la période d'observation, l'article L. 622-9 C. com. vise quasiment tous les biens du débiteur et tous les actes du débiteur.

Le texte vise la quasi-totalité des biens du débiteur²¹⁰, affectés ou non à l'entreprise, présents ou futurs (c'est à dire ceux qu'il pourrait acquérir jusqu'à la clôture de la liquidation), quelle qu'en soit l'origine, ce qui est conforme au principe de l'unité du patrimoine et aux solutions classiques.

Selon l'article précité, le débiteur est aussitôt dessaisi de l'administration et de la disposition de ses biens. Pour la quasi-totalité des actes concernant son patrimoine, il doit en conséquence être représenté par le liquidateur²¹¹.

La loi est muette sur la sanction du dessaisissement et on a pu hésiter entre la nullité et l'inopposabilité : les termes du débat ont été exposés à propos de la répartition des pouvoirs au cours de la période d'observation, à ceci près qu'il n'y a pas ici à distinguer selon que les tiers sont ou non de bonne foi²¹².

Mais le principe de dessaisissement est assorti toutefois de quelques limites. La première est l'exclusion des droits extrapatrimoniaux du débiteur²¹³ : le dessaisissement serait infondé, s'agissant des droits qui n'entrent pas dans le gage des créanciers ... et il ne saurait priver le débiteur de droits et libertés reconnus à la personne humaine²¹⁴. Le débiteur peut se livrer à une activité professionnelle, tout au moins salariée et exercer des droits exclusivement attachés à la personne de l'article 1166 du Code civil, même lorsqu'ils affectent son patrimoine.

Même en ce qui concerne les droits patrimoniaux du débiteur, le dessaisissement n'est pas total : s'agissant des biens appréhendés, il faut réserver en effet ceux que d'autres textes déclarent insaisissables, au nom de la dignité, voir de la survie du débiteur personne physique, comme : fraction du salaire, pensions alimentaires, biens mobiliers nécessitant à la vie du débiteur et sa famille, etc.²¹⁵.

Le débiteur n'est pas écarté de la procédure et peut y participer de diverses façons : en interjetant appel du jugement qui prononce la liquidation (art. 623-1 C. com.) ou en

²¹⁰ Y compris les biens communs au débiteur marié et à son conjoint.

²¹¹ Com. 26 mai 1999, Bull. civ. IV, n° 109.

²¹² Com. 2 avril 1996, Bull. civ., IV, n° 103.

²¹³ C.A. Paris, 16 octobre 2000, J.C.P.E. 2000. 1789.

²¹⁴ Ibidem note 69, p.420.

demandant au juge-commissaire de saisir le tribunal en vue du remplacement du liquidateur (art. 622-2 et 621-10 C. com.), il doit également être entendu ou appelé préalablement à diverses décisions des organes de la procédure.

Sans doute que le débiteur n'est-il pas privé de son droit de propriété, qu'il conserve jusqu'à la réalisation de ses biens par le liquidateur : ce dessaisissement consacre un simple transfert²¹⁶ des pouvoirs de disposition et d'administration du débiteur entre les mains du syndic, aussi les actes qu'il passerait sur ses biens sont-ils jugés inopposables à ses créanciers et non pas nuls²¹⁷.

Mais ce dessaisissement opère une privation de fait et de droit du débiteur sur ses biens, celui-ci n'ayant plus le pouvoir de les administrer ni d'en disposer et cela à titre définitif, puisque la liquidation judiciaire about à la réalisation de son actif²¹⁸.

Il sied donc d'analyser si une telle privation est-elle compatible avec les exigences prévues par l'article 1 du Protocole n° 1 à la Convention.

B. Une privation de propriété ?

Dès lors il est permis de s'interroger sur la compatibilité de cette privation de la propriété avec les principes consacrés par la Convention, et plus précisément sur le lien de proportionnalité entre l'atteinte portée au droit de propriété du débiteur et le but poursuivi, c'est à dire les objectifs de la procédure collective²¹⁹.

Si on lit le texte de l'article 1 précité, on peut facilement observer que le débiteur peut être privé de sa propriété « pour cause d'utilité publique »²²⁰.

La privation du droit de propriété est possible, mais elle est soumise aux conditions lesquelles doivent être envisagées à un double point de vue. En effet si certaines sont expressément prévues par le texte, d'autres ont été ajoutées par la jurisprudence. L'article 1^{er} du Protocole n° 1 à la Convention vise trois conditions qui sont : le respect des conditions prévue par la loi nationale, puis des principes généraux du droit international et enfin la cause d'utilité publique.

Le respect des conditions prévues par la loi nationale est exigé avec force. Cela implique l'existence d'une loi au sens européen du terme. Cette notion de loi est largement

²¹⁵ Art. 14 L. n° 91-650 du 9 juillet 1991.

²¹⁶ Ibidem note 69, p.416.

²¹⁷ V. Revillard, note sous TGI Paris, 23 nov. 1989, RCDIP 1990, p.741.

²¹⁸ Ibidem note 71, p.570.

²¹⁹ Ibidem note 71, p.570.

étendue, de sorte qu'elle est identifiée au droit positif interne. Le respect des conditions prévues par les principes généraux du droit international est une précision dont l'utilité est en cause et qui traduit un certain embarras : n'arrivant pas à s'entendre, les rédacteurs du texte « bottent en touche »²²¹ en renvoyant à d'autres instruments internationaux la recherche d'une solution acceptable ; cela ne règle guerre la difficulté mais permet cependant de satisfaire le plus grand nombre ... tout en suscitant par la suite des vives controverses dès qu'il s'agit à passer à l'application pratique du texte.

La cause d'utilité publique est une condition importante : ainsi l'appréciation étatique des atteintes aux intérêts économiques des particuliers est soumise au contrôle international.

Selon M. Condorelli, ce contrôle est décevant dans la mesure où les juges européens ne semblent pas exercer pleinement leurs pouvoirs : en effet, ceux-ci devraient d'abord se demander si la cause d'utilité publique est bien réelle pour ensuite, dans l'hypothèse d'une réponse affirmative à cette interrogation, vérifier si l'équilibre entre l'intérêt général sauvegardé et celui particulier qui est sacrifié n'est pas rompu. Or, il faut bien reconnaître que les instances européennes n'inclinent la plupart du temps face à l'appréciation de l'Etat²²².

Certes, la CEDH recherche s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens utilisés et le but visé, mais, d'après certains auteurs, le contrôle ne semble pas à la hauteur de ce qu'il devrait être, d'autant plus que l'expropriation pour cause d'utilité publique est la mesure la plus forte contre le droit de propriété²²³.

Est-ce que le fait que cette mesure soit prise dans le cadre d'une politique générale jugée légitime, même si la collectivité en son ensemble n'en profite pas, suffit pour être en accord avec les exigences de l'article 1 précité ? C'est bien le cas en l'espèce, où la liquidation judiciaire concerne les créanciers du débiteur, dont l'intérêt collectif est représenté par le liquidateur et non pas un ensemble plus vaste auquel correspondrait le critère de l'utilité publique²²⁴.

Dans deux séries de cas toutefois, il semble que les organes de Strasbourg se refusent à admettre qu'un transfert de propriété génère forcément une privation de propriété constituant une atteinte à l'art. 1 précité : il s'agit des cas dans lesquels existent un intérêt supérieur à celui de la conservation du bien.

²²⁰ Art. 1 du Protocole n° 1 à la Convention.

²²¹ L. E. Pettiti, E. Decaux, P.-H. Imbert, *La Convention européenne des droits de l'Homme*, Paris, Economica, 1995, p.987.

²²² L. Condorelli, « Article 1er » in L.-E. Pettiti, *La Convention européenne des droits de l'Homme*, op cit., p.987.

²²³ CEDH, arrêt *Papachelas c. Grèce*, 25 mars 1999, JCP 2000-I-2003, n° 31 obs. F Sudre ; arrêt *Brumarescu c. Roumanie*, 28 octobre 1999, D. 2000, Som. Com. p. 187, obs. N. Fricero.

Dans la première série de cas, la puissance publique, en raison même de la mission qui lui est confiée, est obligée d'intervenir dans le règlement des litiges entre particuliers : c'est par exemple le cas de la faillite, qui n'est pas une privation des biens mais une réglementation de leur usage conforme à l'intérêt général²²⁵.

Dans le deuxième série de cas, c'est l'intérêt général qui va l'emporter sur l'intérêt particulier : c'est par exemple le cas en matière de confiscation de publications jugées immorales, qui relève de la deuxième phrase du paragraphe et doit être considérée comme étant d'utilité publique lorsqu'il est par ailleurs « nécessaire » à l'un des buts énoncés à l'article 10 § 2 de la Convention.

Il convient donc de se demander si le dessaisissement du débiteur est une mesure d'utilité publique.

Selon M. Vallens, le dessaisissement est fondé sur l'idée de la protection de l'intérêt collectif des créanciers. D'après le même auteur il y existe aussi un autre raisonnement, celui de l'ordre public économique - notion constitue également la base et la légitimité contemporaine de la procédure collective : l'ordre public économique est à la fois une cause de l'ouverture de la procédure collective, un critère d'appréciation dans le choix opéré par le tribunal et un fondement des règles procédurales elles-mêmes. Cet ordre public inspire de nombreuses dispositions légales, tel que le rôle prééminent du tribunal et du ministère public, la saisine d'office, l'effet *erga omnes* du plan, la priorité donnée au maintien de l'activité et des emplois sur l'apurement du passif, les cas où la poursuite d'activité est permise en liquidation judiciaire, la reprise des poursuites individuelles, au seul profit du Trésor en cas de fraude fiscale du débiteur, etc²²⁶.

Selon M. Duffar, il n'est pas difficile de déceler que l'ordre public économique justifie le dessaisissement du débiteur, au moins autant que le principe d'égalité des créanciers. En ce sens l'utilité publique existe bien, et ce d'autant plus qu'il s'agit d'une notion imprécise laissée, pour une large part à l'appréciation des États²²⁷.

Suivant l'analyse de la CEDH dans les affaires concernant la privation de propriété, il faut établir s'il y a ou non une ingérence dans le droit de propriété d'une personne. Après avoir constaté l'existence de l'ingérence, il faut chercher s'il y a une proportionnalité entre l'ingérence constatée et l'objectif visé.

²²⁴ Ibidem note 71, p.570.

²²⁵ Ibidem note 164, § 27.

²²⁶ Ibidem note 71, p.570.

²²⁷ V. Duffar, La protection des droits économiques par la CEDH, Gaz. Pal. 27-28 sept. 1995, p. 7, n° 20.

Dans ce sens, la CEDH a posé les principes selon lesquels l'article 1 précité exige aussi un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et l'objectif visé, condition non remplie si la personne concernée a eu à subir «une charge spéciale et exorbitante»²²⁸ ou d'observer si un juste équilibre a été maintenu entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu. Inhérent à l'ensemble de la Convention, le souci d'assurer un tel équilibre se reflète aussi dans la structure de l'article 1²²⁹.

Donc, il appartient à la CEDH de chercher dans chaque espèce si un tel équilibre a été respecté.

Dans deux arrêts récents²³⁰ la CEDH a été confrontée à chercher si une telle privation de propriété, prolongée dans le temps, en dehors des limites raisonnables, peut constituer une atteinte au droit au respect des biens.

Les requérants se plaignaient que la déclaration de la faillite les a privés de tous leurs biens, en violation de l'article 1 précité. La plaidoirie du Gouvernement était, on peut dire, inspirée de la jurisprudence générale en matière de faillite : la procédure de faillite est prévue par la loi et poursuit un but légitime, à savoir garantir aux créanciers le recouvrement au moins partiel de leurs créances. Par conséquent, selon le Gouvernement défendeur, la privation des biens n'enfreignait pas l'article 1 précité.

La CEDH a suivi son analyse «classique» dans les cas de privation de biens : ingérence - privation de propriété - but légitime - juste équilibre. Elle a constaté que l'existence d'ingérences dans le droit de propriété des requérants n'était pas contestée entre les parties. A la suite des jugements déclarant leur faillite, les requérants ont été privés non pas de la propriété, mais de l'administration et de la disponibilité de leurs biens dont l'administration a été confiée au syndic. Cette ingérence visait à assurer le paiement des créanciers de la faillite, et avait donc pour but légitime la protection des droits d'autrui.

Enfin, la CEDH a jugé que la limitation du droit des requérants au respect de leurs biens n'est pas critiquable en soi, eu égard au but légitime poursuivi et à la marge de manœuvre dont disposent les États. Toutefois, un tel système risquait d'imposer aux requérants une charge excessive quant à la possibilité de disposer de leurs biens, notamment au regard de la durée d'une procédure qui, comme dans l'affaire *Luordo* s'est étalée sur 14 ans et 8 mois, et sur plus de 12 ans et 6 mois dans l'affaire *Bottaro*. A cet égard, la CEDH ne

²²⁸ CEDH, *Hakansson et Sturesson c. Suède*, 21 février 1990, A-171-A, § 51.

²²⁹ Comm. EDH, arrêt *Sporrong et Lonroth*, 23 septembre 1982, A 52, § 69.

²³⁰ CEDH, arrêt *Luordo c. Italie*, 17 juillet 2003, non publié, et arrêt *Bottaro c. Italie*, 17 juillet 2003, non publié.

souscrit pas aux arguments du Gouvernement dans l'affaire *Luordo*, selon lesquels la durée de cette procédure serait imputable aux tentatives de ventes aux enchères de la maison du requérant ainsi qu'à son comportement.

La limitation du droit des requérants au respect de leurs biens n'était pas justifiée tout au long de la procédure, car si en principe la privation de l'administration et de la disponibilité des biens est une mesure nécessaire afin d'atteindre le but poursuivi, la nécessité de cette mesure s'amenuise avec le temps. De l'avis de la CEDH, la durée de ces procédures a donc entraîné la rupture de l'équilibre à ménager entre l'intérêt général au paiement des créanciers de la faillite et l'intérêt individuel du requérant au respect de ses biens. L'ingérence dans le droit des requérants s'était révélée dès lors disproportionnée à l'objectif poursuivi. Par conséquent, la CEDH conclut, dans ces deux affaires, à la violation de la Convention sur ce point.

Compte tenu de la finalité de l'atteinte portée au droit du débiteur sur ses biens, la faillite apparaît conforme, au principe affirmé par la Convention, dans le cadre de l'article 1 précité.

Le contrôle de proportionnalité institué par la Convention, entre l'ingérence et les objectifs des procédures collectives limite l'atteinte au droit de propriété à ce qui est nécessaire : la saisie collective des biens du débiteur appréhende la totalité de son patrimoine, mais pas les biens déclarés insaisissables par la loi. Un équilibre doit être ainsi gardé entre l'étendue du dessaisissement du débiteur et ses droits sur les biens qui lui sont personnels, la liquidation qui peut porter sur tous les biens du débiteur ne doit toucher ni les biens indivis que le débiteur possède avec d'autres, ni les biens qui ne sont pas affectés à l'activité de l'entreprise, car la cession a pour but le maintien de l'activité de l'entreprise elle-même. Il convient d'ajouter à tout cela, la privation de propriété due au délai non raisonnable du dessaisissement du débiteur.

L'ouverture de la procédure collective a des conséquences sur tous les biens qui se trouvent entre les mains du débiteur, à ce moment-là. Il se peut que ces biens ne soient pas seulement la propriété du débiteur, mais que des créanciers ou des tiers en aient des droits sur ceux-ci. Là alors, comme est-ce que la loi sur le redressement judiciaire respecte-t-elle les droits de ceux-ci ?

SECTION II Le respect du droit de propriété des créanciers et des tiers

La réglementation des procédures collectives peut affecter non seulement les biens du failli, mais également ceux de ses créanciers. Ceux-ci peuvent se voir atteints leurs droits, soit en tant que propriétaires d'une créance, soit comme propriétaires de biens mobiliers corporels (Section I). Les biens des tiers peuvent également être affectés par les procédures collectives. Ceux-ci, sans être les créanciers du débiteur, peuvent prétendre à un droit exclusif sur des biens détenus par le débiteur et appréhendés par la saisie collective (Section II).

§ 1. Le droit de propriété du créancier pendant les procédures collectives

Les relations de droit privé existant entre particuliers font qu'une créance constitue un bien, mais celle-ci n'entrera dans le champ d'application de l'article 1^{er} du Protocole n° 1 à la Convention que dans la mesure où tous les éléments nécessaires à sa réalisation sont réunis²³¹.

La CEDH établit la règle selon laquelle la notion de biens a une portée autonome qui ne se limite certainement pas à la propriété de biens corporels, certains autres droits et intérêts constituant des actifs peuvent aussi passer pour des droits de propriété et donc pour des « biens » aux fins de cette disposition²³².

Récemment, sa jurisprudence s'est beaucoup développée dans le sens de la reconnaissance de la créance comme un bien au sens de l'article 1^{er} précité : la notion de « biens » peut recouvrir tant des « biens actuels » que des valeurs patrimoniales, y compris des créances, en vertu desquelles un requérant peut prétendre au moins une « espérance légitime » d'obtenir la jouissance effective d'un droit de propriété²³³. Les créances, qui confèrent à leurs titulaires, un usage exclusif représentant une valeur patrimoniale, constituent des biens, au sens de l'article 1 précité, aucune limitation n'étant faite à cet égard par le Protocole.

La réglementation relative aux procédures collectives contient des dispositions qui posent problèmes quant aux droits individuels des créanciers (A). L'application de ces dispositions doit être conforme aux exigences du respect du droit de propriété (B).

²³¹ Comm. EDH, *De Napoles Pacheco c. Belgique*, 5 octobre 1978, D.R 15/43.

²³² CEDH, *Gasus Dosier und Fordertechnik GmbH c. Pays Bas*, 23 février 1995, A-306B, § 53.

²³³ CEDH, arrêt *Prince Hans Adam II de Liechtenstein c. Allemagne*, du 12 juillet 2001, § 83, non publié.

A. Le principe d'égalité entre créanciers et le respect du droit de propriété

M. Soinne relève, dans un article paru en 1997²³⁴, que le principe d'égalité entre créanciers a toujours existé. Cet auteur le fait remonter à la tradition romaine et affirme en retrouver la trace dans les « Coutumes de Beauvaisis » de Beaumanoir.

La règle de l'égalité entre créanciers n'est cependant nulle part exprimée dans les textes relatifs aux procédures collectives, qu'il s'agisse de la loi du 25 janvier 1985 ou celle du 10 juin 1994. L'égalité est néanmoins visée par certains arrêts de la cour de Cassation²³⁵. Il est en outre admis que la règle trouve son fondement dans l'article 2093 c.civ. Au-delà de ce fondement civiliste, le principe d'égalité apparaît comme le corollaire indispensable des procédures collectives.

La loi du 25 janvier 1985 a cependant considérablement affaibli le principe d'égalité des créanciers, en faisant du redressement de l'entreprise en difficulté son principal objectif. A côté de ces dispositions législatives, le comportement même des créanciers, désireux d'être payés le plus rapidement possible, est aussi apparu de nature à compromettre la règle de l'égalité.

Aux termes de l'art. 621-24 c. com. il est interdit au débiteur le paiement de toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture. L'interdiction qui s'adresse au chef d'entreprise comme à l'administrateur, concerne en principe toutes les créances antérieures, échues ou non échues, privilégiées ou chirographaires, relatives ou non à l'entreprise, peu important leur montant ou la bonne foi de l'*accipiens* : le paiement est nul, même s'il constitue a priori un acte de gestion courante et si le tiers ignore la procédure collective²³⁶.

La créance postérieure doit, à certains conditions, être payée par le débiteur et elle bénéficie d'un traitement de faveur²³⁷.

L'article 621-32 pose en principe que les créances postérieures nées régulièrement sont payés à l'échéance, ce qui est théoriquement idéal pour les créanciers concernés, c'est la meilleure promesse qui puisse être faite à un créancier et elle a, a priori, d'autant plus de chances d'être tenue que le paiement des créanciers antérieurs est au contraire interdit.

Ces créanciers, non-soumis à l'arrêt des poursuites, peuvent selon les règles de droit commun exercer leur droit de poursuite en vue de paiement et exercer toutes voies

²³⁴ B. Soinne, Le bateau ivre (à propos de l'évolution récente du droit des procédures collectives) » Rev. Proc. Coll., 1997, p. 105. et s.

²³⁵ Com. 17/11/1992, JCP 1992, éd. E, 22140; Com. 17/06/1997, D. Aff. 1997, p. 902.

²³⁶ L'art. 621-23, al. 2 réserve formellement le jeu de l'art. L. 621-24, qui ne distingue pas.

²³⁷ Même une liste des créanciers postérieurs doit être établie.

d'exécution. Ils ont le même intérêt à le faire sans tarder, éventuellement sans attendre l'échéance, puisque le paiement est le « prix de la course »²³⁸ résultat paradoxal dans une procédure encore dite collective²³⁹ et d'autant plus frustrant pour les créanciers ordinaires qu'ils voient démarrer avant eux dans cette course le Trésor public et les organismes sociaux, dotés au surplus d'importants privilèges.

L'article 621-32, dans sa rédaction issue de la loi du 10 juin 1994, institue en faveur des créances postérieures nées régulièrement une priorité de paiement sur les créances antérieures, qui n'est pas la même pour toutes les créances postérieures.

M^{me} Pérochon affirme que, dans ce cas, certains privilégiés sont plus privilégiés que d'autres : l'art. L 621-32, III, institue entre les créances postérieures une hiérarchie qui comporte cinq rangs : les créances salariales, les frais de justice, les prêts des établissements de crédit, d'autres créances salariales et d'autres créances selon leur rang. Le même auteur affirme que dans ce système de « *prix de la course* », la portée du classement interne est dissuasive pour les créanciers postérieurs, ce qui va directement à l'encontre du but recherché : favoriser le financement dans la période d'observation. Le fait que la priorité de paiement résultant de l'article 621-32 soit à géométrie variable n'est pas non plus de nature à les rassurer.

Une autre partie de la doctrine²⁴⁰ affirme que l'interdiction des paiements est un principe dont l'automatisme le dispute à la généralité. L'automatisme se définit par l'attachement de la règle au prononcé du jugement d'ouverture du redressement ou de liquidation judiciaire. Ainsi, le respect du principe d'égalité impose-t-il un paiement selon les dispositions du plan ou conformément à la procédure d'ordre prévue dans la liquidation.

Est-ce que cette priorité accordée aux titulaires des créances postérieures ne porte pas atteinte au droit au respect des biens ? Les créanciers titulaires des créances antérieures n'ont pas le même droit de propriété sur leur créance que ceux des créances postérieures ? La primauté du droit de propriété permet un tel traitement discriminatoire entre les créanciers d'une procédure collective ?

Un autre problème relatif à la situation des créanciers dans les procédures collectives est celle de l'extinction des créances non déclarées.

L'utilisation de la propriété comme sûreté aurait logiquement du aboutir à l'obligation pour le propriétaire-créancier de déclarer son droit en même temps que sa créance. Or, la Cour

²³⁸ F. Derrida, n. D. 1990.469

²³⁹ Par « abus de langage » estiment MM. Derrida, Godé et Sortais, n° 632.

de Cassation a exclu une telle solution de manière très claire relativement à la vente avec réserve de propriété, une telle décision pouvant être étendue au-delà de cette seule vente.

La Cour de cassation a en effet affirmé de manière très nette, dans un arrêt du 9/01/1996²⁴¹, relatif à une clause de réserve de propriété contenue dans une vente immobilière, que si l'absence de déclaration de créance libérait l'acquéreur de l'obligation de payer la partie du prix restant due, l'extinction de la créance ne constituait pas « le terme contractuellement fixé pour le transfert de propriété ».

Une telle solution, affirmée relativement à une clause de réserve de propriété, doit-elle cependant être étendue aux propriétaires-créanciers ? La réponse est assurément positive, et s'explique par les fondements de la solution qui sont à rechercher, non dans les règles relatives à la déclaration de créance, mais plutôt dans la primauté et la protection du droit de propriété.

Aurait-il en effet été possible de considérer que le propriétaire devait déclarer son droit réel en même temps que sa créance ? Une telle solution aurait pu être justifiée par le fait que la revendication est généralement engagée par le propriétaire à des fins de paiement²⁴².

Mais obliger le propriétaire à déclarer son droit réel en même temps que la créance qu'il peut éventuellement avoir sur le débiteur aurait abouti à lui faire perdre, en cas de non-déclaration, la sûreté ainsi constituée, et, partant, à éteindre son droit de propriété. Une telle solution, beaucoup trop radicale, puisque la jurisprudence n'ose pas aller jusqu'à une telle extrémité pour sanctionner le défaut de revendication, méconnaîtrait en outre la distinction opérée par le droit des procédures collectives entre la procédure de revendication et la déclaration de créance.

Les conséquences d'une telle jurisprudence, même si elle est justifiée dans son fondement, a des doubles conséquences : en n'obligeant pas le propriétaire à déclarer la créance qu'il aurait éventuellement sur le débiteur, ou à tout le moins à déclarer le droit de propriété garantissant cette créance, la jurisprudence fait de la propriété une « sûreté » occulte. Le fait de dissocier la déclaration de créance de l'action en revendication peut en effet s'avérer dangereux à regard des objectifs posés par la loi, mais aussi pour le propriétaire lui-même.

²⁴⁰ M.-N. Segara, La situation des créanciers dans les procédures collectives : Aspects de droit comparé (Allemagne, Espagne, France, Italie), Thèse, Lille, 2000, p. 700.

²⁴¹ Com. 9/01/1996, Defrenois 1196, § 32276, p. 385, note Derrida ; solution préfigurée par deux arrêts rendus par la même formation, les 29/01/1991 et 20/10/1992, non publiés au Bulletin, D. 1993, Somm. 288, obs. Pérochon.

²⁴² Ch. Laroumet, Le vendeur bénéficiaire d'une clause de réserve de propriété peut-il revendiquer sans avoir déclaré sa créance à la procédure collective ?, D. Aff. 1996, p. 603 et s. Spéc. n° 6, p.604.

Le propriétaire-créancier peut également utiliser la voie de la revendication. Si l'action en revendication aboutit, le bien sera nécessairement restitué à son véritable propriétaire.

La loi dote toutefois l'administrateur d'une faculté d'empêcher la restitution du bien en bloquant la procédure de revendication. L'art. 621-122 al. 4 c. com. permet à l'administrateur de bloquer l'action en revendication en payant de manière immédiate le propriétaire. Le juge-commissaire peut cependant accorder un délai de paiement, mais alors que, sous l'empire de la loi de 1985, un tel délai pouvait être imposé au propriétaire, il ne peut plus être octroyé aujourd'hui qu'avec l'accord de ce dernier, la créance née de ce fait étant assimilée à une créance née régulièrement après le jugement d'ouverture.

Peut-on admettre la perte du droit de propriété par le défaut de déclaration ? Bien sur, les États disposent d'une marge d'appréciation, mais la primauté du droit de propriété peut admettre la perte du droit par défaut de déclaration ?

Quant aux biens mobiliers des créanciers, selon M. Vallens, ceux-ci peuvent aussi être affectés par la faillite, chaque fois que leur propriétaire sera empêché d'en reprendre possession. D'après le même auteur, si l'on ajoute à ces atteintes, les limitations apportées à l'exercice des sûretés qui sont l'accessoire des créances (arrêt des poursuites individuelles, substitution des garanties, continuation et cession judiciaire forcées des contrats en cours ...) on ne peut manquer de voir dans l'ouverture de la procédure collective une atteinte légale aux biens des créanciers au sens du principe conventionnel.

B. Expropriation pour cause d'utilité publique ?

Si on analysait la première situation (l'interdiction du paiement pour les créances nées antérieurement), la jurisprudence de la CEDH n'a pas encore donné une réponse à une question assez spécifique, mais les principes dégagés de la jurisprudence nous donnent une image assez claire sur l'éventuelle compatibilité avec l'article 1 précité.

Une partie de la doctrine²⁴³ considère qu'imposant aux créanciers une discipline contraignante, le droit des procédures collectives est un facteur d'ordre social. En affirmant les valeurs économiques, le droit de l'entreprise en difficulté est un facteur de régulation sociale. Il est doublement l'expression de l'intérêt général.

Une autre partie de la doctrine²⁴⁴ estime que la prohibition des paiements bénéficie d'une application large dont certains titulaires de sûretés se trouvent à nouveau exclus. Le

²⁴³ Ibidem note 99, p.24.

²⁴⁴ Ibidem note 240, p.730

droit français n'échappe non plus à cette dérogation, malgré la mise en exergue du caractère collectif et égalitaire de la procédure comme fondement de l'interdiction. Ainsi le sacrifice des créanciers, comme la restauration de leurs droits se mesurent-ils à l'aune des perspectives de sauvetage de l'entreprise.

Prenons par exemple la première situation, celle de l'interdiction du paiement des créanciers dont créances sont nées antérieurement à l'ouverture de la procédure : là ces créanciers, sont nettement désavantagés par rapport aux autres créanciers. Comment interpréter une telle situation réelle, par rapport à la jurisprudence de la Convention ?

Selon M^{me} Pérochon, l'interdiction du paiement de telles créances est traditionnellement commandée par le principe d'égalité entre créanciers chirographaires. D'après elle, le débiteur en cessation de paiements ne peut faire face normalement à ses engagements, d'où sa soumission à une procédure collective qui tend, serait-ce à titre secondaire, au paiement des créanciers. En attendant ce règlement collectif et partiel, il serait logique de lui interdire tout paiement qui favoriserait un créancier antérieur au détriment des autres. Seuls sont donc visés les paiements faits par le débiteur, aucune raison ne commandant de lui interdire de recevoir un paiement ; la notion de créance antérieure n'intéresse donc que les créances sur le débiteur (et non ses propres créances sur les tiers). Selon le même auteur, une autre raison serait que dans le redressement judiciaire, le fait que l'interdiction des paiements facilite le financement de la période d'observation et donc, indirectement, l'éventuelle sauvegarde de l'entreprise, but premier de la loi du 25 janvier 1985.

Est-ce qu'on peut accepter une telle logique ? Est-ce ce normal de favoriser une catégorie de propriétaires et de défavoriser une autre ?

Si on regarde le principe établi par la Convention, la réponse immédiate serait négative. Pourquoi ? Parce que l'article 1^{er} précité pose : « Toute personne physique ... a droit au respect des biens ... ». L'article 1 précité ne distingue entre de catégories de propriétaires, entre les priorités de tels ou tels débiteurs, il garantit en substance la propriété.

Mais, comme la CEDH l'a fait dans son analyse dans de telle situation, plus intéressant est d'analyser si une telle situation s'encadre dans la notion d'utilité publique, pour justifier une telle exception. Comme on l'a déjà vu dans la première affaire de ce genre²⁴⁵, la CEDH pourrait analyser l'intérêt de la procédure collective en une situation d'utilité publique.

Admettons que la CEDH suivra une telle logique, est-ce que cette situation serait-elle proportionnelle avec but suivi ? Il reste à la CEDH à chercher, dans chaque espèce, si les

²⁴⁵ Ibidem note 164.

éléments de fait posent, en ensemble, problèmes quant au respect du droit de propriété. (par exemple si le délai d'une telle interdiction pourrait poser problème quant à l'usage du droit de propriété).

L'encadrement strict de l'action en revendication, est une situation qui mérite d'être discutée. L'absolutisme du droit de propriété en droit commun permet au propriétaire de pouvoir se désintéresser de son bien, sans pour autant perdre le droit. Le droit de propriété n'est en principe éteint par le non-usage, et le seul risque encouru par le propriétaire est situé ainsi dans l'appropriation du bien par un autre, et au jeu de la prescription acquisitive en faveur de ce dernier.

L'action en revendication de droit commun est imprescriptible, qu'elle porte sur des immeubles²⁴⁶ ou sur des biens meubles²⁴⁷. Il n'en va pas de même dans le cadre des procédures collectives ou elle va se voir soumise à un bref délai, constituant la contrepartie des facilités d'action accordées au propriétaire, ainsi que le moyen indispensable à la connaissance rapide de l'actif du débiteur. Si ce délai n'a eu de cesse de diminuer au fil des réformes, la loi du 10 avril 1994 fait cependant figure d'exception à cet égard, en prévoyant qu'il commence à courir, non à compter du jugement d'ouverture lui-même, comme c'était le cas sous l'empire de la loi du 1985 dans sa rédaction initiale, mais à compter de la publication dudit jugement au BODACC, ce qui selon les praticiens, conduit à allonger le délai d'environ deux à trois mois (art. L 621-115 C. com.).

Si le législateur a détaillé très précisément les modalités d'exercice de l'action en revendication, il n'en a pas moins omis de préciser quelles étaient les sanctions attachées à leur inobservation.

Face à l'imprécision de la loi, c'est donc à la jurisprudence qu'est revenue la tâche de préciser quelles étaient les conséquences du défaut de revendication, et ce n'est que récemment, dans un arrêt du 4 janvier 2000²⁴⁸, que la Cour de cassation a affirmé de manière très claire que le propriétaire n'ayant pas revendiqué dans le délai, voit son droit rendu inopposable face à la procédure collective.

La Cour de Cassation a eu l'occasion d'affirmer le respect des dispositions de l'article 1 du Protocole n° 1 à la Convention, dans le cadre des procédures collectives, dans trois arrêts²⁴⁹, qui concernaient tous des sociétés de crédit-bail alors assujetties à l'obligation de

²⁴⁶ Req. 12/07/1905, D. 1907, I, 141.

²⁴⁷ Civ. 12/06/1993, Bull. civ. I, n° 197.

²⁴⁸ Cass. Com. 4/01/2000, D. 2000, p.533, note Le Corre-Broly.

²⁴⁹ Cass. Com. 8/03/1994, Bull. civ. IV, n° 101.

revendiquer dans les délais²⁵⁰. Ces dernières firent essentiellement valoir que l'article L. 115 ancien (L. 621-115 nouveau) opérait une expropriation de fait sans indemnité ou une ingérence dans l'usage des biens ou encore que l'application de cette disposition aboutissait à une « privation de propriété qui n'était pas imposée par l'utilité publique.

Si la réglementation de l'usage des biens peut aller jusqu'à permettre aux États d'obliger les propriétaires à avoir un certain usage des biens qui leur appartiennent, est-ce à dire pour autant qu'un propriétaire puisse, par le biais d'une telle réglementation, voir disparaître l'exclusivité inhérente à son droit ?

La Commission EDH semble ne pas l'admettre, reconnaissant que la destruction de l'exclusivité du droit de propriété porte atteinte au bien²⁵¹. Il n'en reste pas moins que pour être véritablement attentatoire au droit de propriété, une telle restriction doit n'être pas motivée par un but d'intérêt général. Or, la notion d'intérêt général est assez largement entendue par la CEDH, qui laisse aux États une grande marge d'appréciation en ce domaine.

Celle-ci a notamment admis dans l'arrêt *James*²⁵², que l'utilité publique, notion dont le contenu est identique à celui de l'intérêt général, pouvait servir l'intérêt d'une personne privée, allant jusqu'à affirmer qu'un transfert de propriété opéré dans le cadre d'une politique légitime d'ordre social, économique ou autre, peut répondre à l'utilité publique même si la collectivité dans son ensemble ne se sert ou ne profite du bien dont il s'agit.

La CEDH interprète en effet de manière extensive la notion de privation de propriété contenue à l'art. 1 al. 1 2^{ème} phrase du 1^{er} Protocole Additionnel. Une telle précision est importante, car, formellement, la sanction de l'absence de revendication dans les procédures collectives ne consiste qu'en une simple inopposabilité, qui, en tant que telle, ne parait pas pouvoir être qualifiée d'expropriation. Or, la CEDH ne s'arrête pas à l'intitulé formel de la sanction et recherche, si, eu égard à la situation concrète dans laquelle se trouve placé le propriétaire, il n'y a pas « expropriation de fait »²⁵³.

En dépit d'une telle interprétation, l'expropriation, pour être sanctionnée, ne doit pas moins contrevenir à certaines conditions en matière de légalité et de légitimité.

Ainsi la question de la légalité de l'atteinte au droit de propriété dans le cadre des procédures collectives peut donc être tout à fait posée, dans la mesure où aucune disposition législative ne prévoit la sanction attachée au défaut de revendication. Il n'y a donc aucun problème à ce que ce soit la jurisprudence et non la loi, qui précise la sanction attachée au

²⁵⁰ Cass. Com. 15/10/1991, J.C.P. 1992, éd. E, II, 250, note Bey.

²⁵¹ Comm. EDH, *Baner c. Suède*, Déc. 9/03/1989, Déc. et Rapp. 60 p.128.

²⁵² Ibidem note 204, § 45.

défaut de revendication. A défaut d'être illégale, l'inopposabilité pourrait-elle alors être considérée comme légitime ?

La privation de propriété, pour être régulière, doit en effet intervenir pour une cause d'utilité publique. Or, certains propriétaires non-revendiquants avaient fait valoir auprès de la Cour de Cassation l'absence d'une telle utilité publique motivant l'expropriation consécutive à leur inaction. Le bien non revendiqué serait de fait susceptible de devenir le gage des créanciers, et pourra être réalisé à leur profit ; or, peut-on véritablement parler d'utilité publique quand seul un petit groupe d'individus bénéficie de la mesure attentatoire au droit de propriété ? C'est ce qu'admet la Cour européenne, laquelle, comme nous l'avons remarqué précédemment, a une conception large de la notion d'utilité publique, et laisse une grande marge d'appréciation aux États en cette matière²⁵⁴.

Le seul problème qui puisse véritablement se poser relativement à l'inopposabilité réside donc dans l'absence d'indemnisation du propriétaire, question corrélée à celle de la proportionnalité de l'atteinte. L'atteinte au droit de propriété sera ainsi considérée comme régulière si une indemnité est accordée au propriétaire dépossédé, la CEDH ayant à cet égard précisé qu'une telle indemnité devait consister en une « somme raisonnablement en rapport avec la valeur du bien »²⁵⁵, sans nécessairement aller jusqu'à l'indemnisation intégrale du propriétaire.

Or, si le propriétaire ayant agi en temps utile aura la possibilité, s'il ne récupère pas son bien, d'obtenir néanmoins un paiement en rapport avec la valeur de celui-ci, tel ne sera pas le cas du propriétaire dont le droit aura été déclaré inopposable, lequel pourra voir son bien réalisé au profit des créanciers, sans contrepartie.

Mais l'indemnité n'existe pas en tant que tel dans cette situation, ne peut-on pas cependant arguer de ce que l'organisation même de la revendication dans les procédures collectives, permet, si elle est respectée, d'assurer au propriétaire un désintéressement prioritaire par rapport aux autres créanciers ?

Les règles relatives à la revendication n'ont pas en effet pour objet de priver le propriétaire de son droit, bien au contraire. La réforme du 1994 a ainsi largement favorisé le revendiquant, en instituant notamment de nombreuses dérogations aux règles contraignantes des procédures collectives à son profit, et ce, au détriment même des objectifs du législateur qui justifiaient pourtant certaines restrictions au droit de propriété.

²⁵³ CEDH, arrêt *Sporrong et Lonroth*, précité, § 71.

²⁵⁴ Ibidem note 204, § 21.

²⁵⁵ CEDH, arrêt *Lithgow et autres c. Royaume-Uni*, 8 juillet 1986, Série A, n° 108, § 121.

Selon M. Vallens, les ingérences qui demeurent sont celles qui découlent des objectifs même d'une procédure collective, et la réglementation applicable aux revendications offre un bon exemple de l'équilibre entre ces atteintes et le but poursuivi : un bref délai demeure pour exercer les actions en revendication afin de déterminer, aussitôt que possible, les contours du patrimoine saisi, mais dès lors que le propriétaire du bien vendu exerce son droit, la loi lui facilite les conditions de son action, en allégeant les conditions de forme et de fond de celle-ci : les atteintes aux biens des créanciers sont ainsi limitées aux besoins légitimes de la procédure.

L'absolutisme du droit de propriété imposé par l'article 1 précité et le principe d'égalité entre créanciers sont des règles primordiales qui ne tolèrent pas des telles dérogations du respect du droit de propriété. L'interdiction de paiement des créances antérieures, l'inopposabilité du droit de propriété à la suite de son défaut de déclaration ne sont pas en accord avec l'article 1 du Protocole n° 1 à la Convention. Il ne reste pour la CEDH, qu'analyser les situations spécifiques exposées par ceux qui se voient méconnaître ce droit.

§ 2. Le droit de propriété des tiers

La réglementation des procédures collectives peut avoir des conséquences sur le patrimoine d'autres personnes que le débiteur et ses créanciers. Ainsi des tiers, sans être créanciers du débiteur, peuvent prétendre à un droit exclusif sur des biens détenus par le débiteur et appréhendés en conséquence par la saisie collective qui résulte du jugement d'ouverture. On va analyser la situation du conjoint du débiteur (A) et celle des tiers, acquéreurs d'un bien, dont ils ne sont pas encore mis en possession (B).

A. Le droit de propriété du conjoint du débiteur

L'actif du débiteur - personne morale - est parfaitement connu à partir de l'inventaire, du résultat des actions en revendication et des actions en nullité de la période suspecte, le cas échéant. En revanche pour déterminer l'actif d'une personne physique ayant un conjoint, il faut tenir compte, aussi de son régime matrimonial. En régime de communauté, l'actif du débiteur comprend tous les biens communs, puisque, en application de l'article 1413 du Code civil issu de la loi du 23 déc. 1985, ses créanciers ont un droit de poursuite sur ses biens (dont l'exercice est suspendu bien sur par l'ouverture de la procédure). Le conjoint « in bonis » du

débiteur failli peut facilement établir la consistance de ses biens personnels, en fonction du régime matrimonial adopté et les revendiquer, mais lorsque les époux sont mariés sous le régime légal de communauté, les biens communs sont saisis collectivement²⁵⁶.

Aux termes de l'article L. 621-111 C. com., les biens personnels ainsi déterminés pourront être repris par le conjoint, ce qui est conforme au principe du respect de la propriété d'autrui. En régime de communauté, une preuve preconstituée est normalement requise pour renverser la présomption de communauté et établir que tel bien est propre au conjoint du débiteur²⁵⁷.

Dans la séparation des biens, régime fréquemment adopté par les chefs d'entreprise individuelle, la preuve peut se faire par tous moyens, en tenant compte, s'il y a lieu des présomptions de propriété énoncés au contrat de mariage²⁵⁸ et étant rappelé que, en application de l'article 815-17 du Code civil, les biens indivis ne font généralement pas partie du gage des créanciers du débiteur.

L'article L. 621-114 C. com. reconduit la règle traditionnelle de la perte des avantages matrimoniaux consentis par le débiteur à son conjoint lors du mariage ou au cours du mariage : le conjoint se voit donc interdire de se prévaloir des profits particuliers qui lui ont été accordés, qui sont donc, semble-t-il inopposables à la procédure²⁵⁹. Le texte ne vise pas, en revanche, le simple jeu du régime matrimonial, serait-il plus avantageux pour le conjoint.

Cette règle a pour but d'éviter que le futur débiteur potentiel n'utilise les possibilités qu'offrent les conventions matrimoniales pour mettre tout ou partie de ses biens au nom de son conjoint et à l'abri de ses créanciers. Elle ne s'applique toutefois que dans l'hypothèse où le débiteur était déjà commerçant, artisan ou agriculteur lors de son mariage ou lorsqu'il l'est devenu dans l'année du mariage : le conjoint connaissait, en effet, selon toute vraisemblance le risque représenté par le jeu éventuel de l'article L. 621-114.

Mais le problème qui nous intéresse n'est comment partager ou non les biens communs, mais les effets d'une telle situation de copropriété sur le respect du droit de propriété du conjoint.

Lorsque les époux sont mariés sous le régime légal de communauté les biens communs aux deux époux sont saisis collectivement²⁶⁰ et si la liquidation judiciaire est prononcée, l'indisponibilité s'étend aux biens communs.

²⁵⁶ C. civ. art. 1413.

²⁵⁷ Art. 1402 C. civ.

²⁵⁸ Art. 1538 C. civ.

²⁵⁹ Outre que le texte n'en prévoit pas plus, cette sanction assure suffisamment la protection des créanciers.

²⁶⁰ Art. 1413, C.civ.

Si cela a une incidence sur le droit de poursuite des créanciers du conjoint in bonis, cela a également un effet sur le droits du conjoint, lui-même, protégé dans une certaine mesure contre les poursuites de ses créanciers, mais empêché de disposer de ses biens.

Est-ce que cette conséquence est-elle conforme ou non aux exigences du respect du droit de propriété ?

M. Martin affirme qu'en l'absence de règles légales très détaillées, la jurisprudence a cherché à établir un équilibre entre les nécessités de la procédure collective et les droits du conjoint du débiteur²⁶¹.

Bien sur, comme l'article 34 de la Convention le prévoit²⁶², le conjoint peut saisir la CEDH alléguant une éventuelle privation de son droit de propriété, à la suite de l'indisponibilité étendue également sur ses biens. Le conjoint peut se prétendre victime indirecte de la situation dans laquelle se trouvent ses biens, à la suite du prononcé de la liquidation judiciaire.

Mais il ne faut pas que le conjoint arrive à saisir la juridiction européenne, alors que les tribunaux internes ont la tâche de régler de tels situations.

La CEDH n'a pas été saisie d'une requête similaire, mais on va essayer d'analyser le dispositif protecteur du droit de propriété : l'atteinte à la substance de la propriété, l'existence d'une privation de propriété et la réglementation de l'usage des biens.

Si la réglementation de l'usage des biens peut aller jusqu'à permettre aux Etats d'obliger les propriétaires à avoir un certain usage des biens qui leur appartiennent, est-ce à dire pour autant qu'un (co)propriétaire puisse, par le biais de telle réglementation se voir dessaisi de ses biens ?

Comme on l'a vu précédemment, il n'est pas difficile de déceler que l'ordre public économique justifie le dessaisissement du débiteur, au moins autant que le principe d'égalité des créanciers. En ce sens « *l'utilité publique* » existe bien, et ce d'autant plus qu'il s'agit d'une notion imprécise laissée, pour une large part à l'appréciation des États.

Est-ce qu'une telle mesure, qui a des conséquences sur le patrimoine d'un tiers - (le conjoint – copropriétaire), tiers qui n'a aucune liaison avec la procédure de redressement – peut-elle être considérée comme proportionnelle avec le but suivi ?

L'atteinte étant légale et légitime, est-elle proportionnelle avec le but suivi ?

²⁶¹ M. Martin, Redressement et liquidation judiciaires, Lamy, dr. com., n° 2928.

²⁶² Article 34 de la Convention : « La Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique, ... qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses Protocoles ».

Bien sur, la CEDH doit effectuer un contrôle de cas par cas, tenant compte de chaque situation spécifique et adaptant son contrôle à chaque espèce. Est-ce qu'elle va tenir compte du fait qu'un tiers, comme est le cas dans notre analyse, soit privé de ses biens, pour le simple fait qu'il est copropriétaire du débiteur ?

Le contrôle de proportionnalité institué par la Convention, entre l'ingérence et les objectifs des procédures collectives, limite l'atteinte au droit de propriété à ce qui est nécessaire : la saisie collective des biens du débiteur appréhende la totalité de son patrimoine, mais pas les biens déclarés insaisissables par la loi. Un équilibre doit être ainsi gardé entre l'étendue du dessaisissement du débiteur et ses droits sur les biens qui lui sont personnels. La liquidation, qui peut porter sur tous les biens du débiteur ne doit toucher ni les biens indivis que le débiteur possède avec d'autres, ne les biens qui ne sont pas affectés à l'activité de l'entreprise, car la cession a pour but le maintien de l'activité de l'entreprise elle-même. Il convient d'ajouter à tout cela, la privation de propriété due au délai non raisonnable du dessaisissement du débiteur.

Dans le cas du conjoint, on peut affirmer que ses biens ne sont protégés autant que ceux du débiteur, alors qu'il devrait être protégé le plus possible, n'ayant aucun rapport avec cette procédure.

B. Le droit de propriété des tiers

Jusqu'à la réforme du 10 juin 1994, les tiers pouvaient être affectés par l'ouverture de la procédure, dans la mesure où celle-ci lui interdisait d'inscrire un acte translatif de propriété, même si cet acte fut-il régulièrement conclu avant l'ouverture de la procédure²⁶³. Du fait de l'absence de publication avant l'ouverture la mutation de propriété antérieure était inopposable à la procédure²⁶⁴.

Cette interdiction a pris fin avec la réforme du 1994, sous réserve que le tiers acquéreur n'ait pas eu la tentation d'antidater l'acte, ce qui l'exposerait à une action en nullité²⁶⁵. Le tiers acquéreur peut aujourd'hui inscrire cet acte au bureau des hypothèques après l'ouverture de la procédure.

Le tiers qui bénéficie d'un acte de son débiteur lui transférant un exclusif droit de propriété se trouve exposé à une action en nullité de cet acte, soit qu'il ait été passé pendant la

²⁶³ L. 25/01/1985, art. 57.

²⁶⁴ V. Simler et Delebecq, Les sûretés, la publicité foncière, éd. Dalloz, 1995, Chr. 257.

période suspecte, soit après l'ouverture de la procédure collective(art. 621-42 C. com.). Les biens appartenant à un tiers, peuvent être inclus dans le plan de cession.

Là alors, comment cette situation est-elle conforme au respect du droit de propriété ?

La vente du bien par le débiteur au cours de la période d'observation est également une situation qui pose problèmes quant au respect du droit de propriété.

L'article 1599 c. civ. prohibe la vente de la chose d'autrui. L'art. 621-124 c. com. semble cependant admettre implicitement une telle vente, en organisant la revendication du prix, lorsque le bien a été réalisé antérieurement à l'ouverture de la procédure collective. Mais le législateur n'envisage pas de manière aussi nette la possibilité de vendre le bien pendant la période d'observation. Seul l'art. D. 85-4 prévoit ainsi une procédure particulière, très protectrice du propriétaire, de vente du bien objet d'un contrat publié. Mais en dehors de cette habilitation réglementaire, une telle vente rentre-t-elle dans le cadre des attributions de l'administrateur ou du débiteur ?

La loi délimite les pouvoirs de l'administrateur, quand il est nommé un, ainsi que ceux du débiteur en redressement judiciaire, afin que ce dernier, en particulier, ne dépouille pas son entreprise des biens nécessaires à la poursuite de l'activité.

Si la mission de l'administrateur est en outre fixée par le tribunal, elle ne pourra cependant jamais excéder les actes de gestion courante visés par les art. L. 621-22 à L. 621-24 c. com. Les actes de disposition étrangers à la gestion courante nécessiteront ainsi l'autorisation du juge-commissaire, permettant par conséquent l'exercice d'un contrôle sur l'origine du bien.

Mais l'indisponibilité du bien, si elle existe à l'égard du propriétaire, est-elle aussi applicable au débiteur ou à l'administrateur ? Si l'art. L. 621-124 c. com. pose en effet une règle favorable au propriétaire en cas de vente du bien antérieurement à l'ouverture de la procédure, en sera-t-il de même pendant la durée de la période d'observation ?

CHAPITRE II Le respect de la vie privée

L'ouverture d'une procédure collective peut avoir des conséquences sur l'environnement de l'entreprise et en particulier sur le cadre de vie familiale et privée du

²⁶⁵ L. 25 janvier 1985, art. 108, si l'acte était considéré comme antérieur au jugement d'ouverture, ou art. 33 s'il peut être établi que l'acte est bien postérieur à ce jugement.

débiteur, surtout lorsque celui-ci est un exploitant individuel, qui exerce son activité professionnelle au même lieu ou à proximité immédiate de son domicile.

Pour ce qui est de la vie privée des parties à la procédure collective on peut affirmer que les autorités ont essayé d'écarter les ingérences et dans la plupart des cas ont réussi.

Ce qui peut poser problèmes eu égard au respect des dispositions de la Convention, c'est le respect domicile et de la correspondance. Il sied d'analyser si, à travers la réglementation des procédures collectives, le respect du domicile du débiteur (Section I) et de la correspondance adressée à celui-ci (Section II) sont respectées.

SECTION I Le droit au respect du domicile

Il y a des situations, prévues par la réglementation sur le redressement judiciaire, dans lesquelles il convient de s'interroger si le droit au respect du domicile du débiteur est méconnu ou non par les autorités (§ 1). Il reste à analyser si ces situations sont conformes aux exigences prévues deuxième alinéa de l'article 8 (§ 2).

§ 1. Le domicile du débiteur face à la procédure collective

L'ouverture des procédures collectives a une incidence directe sur le droit au respect du domicile du débiteur, chaque fois que les mandataires de justice procèdent à l'inventaire des biens détenus par le débiteur (A). Hors cette situation, les juges peuvent prescrire des mesures qui peuvent porter une atteinte à l'usage normal de son domicile (B).

A. L'inventaire des biens pendant l'ouverture de la procédure

En application de l'article L. 621-16 C. com., l'administrateur doit, dès son entrée en fonction faire ou faire faire par le chef d'entreprise les actes nécessaires à la conservation des droits de l'entreprise contre les débiteurs de celle-ci, c'est à dire les actes conservatoires, destinés à éviter la perte d'un droit.

Le texte étend cette obligation aux actes nécessaires à la préservation des capacités de production, ce qui amène à considérer la finalité économique, et non plus juridique, des opérations. Il prolonge aussi les interdictions de licencier (art. L. 621-37 C. com) et de disposer des immobilisations de l'entreprise (art. 621-24 al . 2 C. com) : il ne faut pas au

cours de la période d'observation que puisse être disloqué l'outil de production ; le nécessaire doit être fait pour le conserver, en renouvelant par exemple les contrats d'entretien.

Par ailleurs, la loi du 10 juin 1994, suite aux critiques très vives suscitées par l'ancien texte, a rétabli le caractère obligatoire de l'inventaire, qui doit être effectué, dès l'ouverture de la procédure par l'administrateur ou, s'il n'en a pas été nommé, par le représentant des créanciers (art. 621-18 C.com.).

Pour connaître la situation patrimoniale du débiteur, il faut déterminer son actif, c'est à dire l'ensemble des biens et droits dont il est propriétaire ou titulaire au jour du jugement de l'ouverture, ce qui implique fréquemment un tri, au sein de son actif apparent, tel qu'il ressort en particulier de l'inventaire établi dès l'ouverture de la procédure, entre les biens qui lui appartiennent effectivement et ceux dont il n'est que détenteur précaire.

Ainsi, selon M. Vallens, les mandataires de justice, reçoivent du tribunal de commerce une mission qui les conduit à s'immiscer dans ce qui constitue le domaine privé du débiteur.

Cela conduit les mandataires de justice à se faire présenter les éléments d'actif que le débiteur détient, dans les locaux professionnels comme à son domicile, sauf pour les mandataires de justice à requérir l'appui de la force publique pour accéder à ces lieux. Le débiteur se voit obligé à permettre l'accès dans son domicile des administrateurs ou mandataires de justice en dépit de sa volonté, pour que ceux-ci puissent accomplir leurs tâches, dans le but de connaître la situation patrimoniale du débiteur.

Est-ce que ces situations sont-elles des interventions légitimes des autorités ? Et si elles sont légitimes, sont-elles proportionnelles au but suivi ?

Mais avant de répondre à cette question, il convient de chercher s'il y en a aussi d'autres mesures qui pourraient également affecter le droits au respect du domicile.

B. L'apposition des scellés, la situation des biens situés au domicile du débiteur et la famille du débiteur

En vertu de l'article L. 621-18 C. com., dès l'ouverture de la procédure, le juge doit procéder à l'inventaire des biens de l'entreprise. Il peut prescrire l'apposition de scellés sur tout ou partie des biens du débiteur, ce qui dans le cas d'un exploitant individuel, va concerner autant ses ateliers et ses bureaux que son domicile ; la fixation de bandes de toiles sur les meubles ou les portes constitue indiscutablement une atteinte à l'usage normal des locaux destinés à l'habitation, comme à l'activité professionnelle, en particulier si le greffier commis doit faire ouvrir les portes pour apposer les scelles sur les meubles.

Au moment de la cession de l'entreprise ou de la réalisation séparée d'actifs dans le cadre de la liquidation judiciaire, l'administrateur judiciaire ou le liquidateur doivent pouvoir disposer des éléments d'actifs cédés, qu'ils se trouvent dans les locaux industriels ou commerciaux du débiteur ou à son domicile.

Quel que soit le régime matrimonial et les droits propres des personnes vivant sous le même toit que le débiteur, les ingérences à la vie privée du débiteur concernent également la vie privée du conjoint et des membres de sa famille.

L'apposition des scellés est une mesure assez importante, mais elle vise les biens, objet de la liquidation judiciaire, non le domicile du débiteur. Dans ce cas, c'est le domicile du débiteur qui supporte l'apposition des bandes de toiles sur les meubles ou sur les portes.

Est-ce que cette mesure justifiée sur le plan interne est-elle conforme également aux exigences de l'article 8, quant à l'inviolabilité du domicile ? Quant à la cession de l'entreprise ou à la réalisation séparée d'actifs, l'administrateur ou le liquidateur doit pouvoir disposer des biens cédés, mais ceux-ci se trouvent parfois dans le domicile du débiteur.

Cette entrave dans la vie privée du débiteur est-elle justifiée et proportionnelle ?

La famille du débiteur qui habite avec celui-ci a également le droit à se voir respecter le domicile. Comment interpréter toutes ces ingérences qui sont également supportées par sa famille ?

Toutes ces ingérences, doivent être analysées du point de vue des normes instituées par la CEDH, notamment des principes dégagés de sa jurisprudence.

§ 2. Restrictions à l'usage du droit ou ingérence injustifiée ?

La jurisprudence de la CEDH a étendu la notion de domicile en essayant d'adapter son mécanisme protecteur pour toutes les situations dans lesquelles un requérant peut subir des ingérences dans son droit (A). Est-ce que les situations énoncées peuvent-elles être contraires au droit au respect du domicile ? (B).

A. Le domicile au sens de l'article 8 de la Convention

Il est naturel que ce lieu à appellations multiples telle que foyer, domicile, maison résidence, etc., fasse l'objet d'une protection particulière de la part de la Convention, comme d'ailleurs d'autres instruments internationaux qui ne connaissent pas toujours la restriction prévue à l'alinéa 2 de l'article 8.

La notion de domicile ne doit pas être assimilée de façon systématique à celle qui existe en droit interne. Ceci résulte d'abord de l'utilisation, dans la version anglaise de la Convention du mot « *home* », terme qui n'est pas une traduction littérale du mot « domicile » français au sens juridique du terme tout au moins.

La CJCE avait été tentée de distinguer entre le domicile familial et le lieu où s'exerce l'activité professionnelle du débiteur, pour limiter l'inviolabilité du domicile familial²⁶⁶.

La CEDH, dans son arrêt *Niemietz c. Allemagne*²⁶⁷ a conclu que le principe conventionnel s'applique aussi au domicile professionnel.

Selon M. Velu, dans l'acceptation classique un domicile est tout lieu ou un individu a pour habitude de vivre à titre exclusif²⁶⁸. Cette définition n'est pas satisfaisante au regard des notions recouvertes par le mot « *home* » utilisé dans la version anglaise qui recouvre aussi bien la résidence de la famille que les entrepôts d'une société commerciale, les locaux d'une usine, etc. Cela a donc comme conséquence l'extension de la notion de domicile au cabinet professionnel d'un avocat qui bénéficie de la même protection que le domicile²⁶⁹.

Dans cette dernière affaire alors que le Gouvernement allemand opposait d'une part la vie privée et le domicile et d'autre part les locaux professionnels, la CEDH constata que, dans les occupations d'une seule ou même personne, il n'était pas toujours aisé de séparer ce qui

²⁶⁶ CJCE, 21 septembre 1989, arrêt *Hoechst*, 46/87 et 227/88, Rec. p. 2859.

²⁶⁷ CEDH, arrêt *Niemietz c. Allemagne*, 16 décembre 1992, A-251 B.

²⁶⁸ Cf. J. Velu et R. Ergec, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, n° 678.

relève du domaine professionnel et ce qui en sort. Après avoir retenu que les tâches d'un membre d'une profession libérale peuvent constituer un élément de sa vie à un si haut degré que l'on ne saurait dire en quelle qualité il agit à un moment donné, la CEDH se pencha sur le but essentiel de l'article 8 qui était de prémunir l'individu contre toute ingérence arbitraire des pouvoirs publics ; elle en conclut que les mots « vie privée » et « domicile » incluaient les activités et locaux professionnels ou commerciaux.

La Convention s'écarte également de la notion française de siège du principal établissement dans la mesure où le mot « domicile » peut parfois ne désigner que l'habitation.

Comme on l'a déjà vu le cas du débiteur, dont le domicile fait l'objet des ingérences des administrateurs, mandataires de justice ou des mesures du juge, entre dans le champ d'application de l'article 8 de la Convention.

Il convient d'analyser si de telles situations peuvent constituer des entraves dans le droit au respect du domicile, prévu par l'article 8 précité.

B. Contrôle de proportionnalité

Il faut d'abord rappeler que la Convention permet aux États membres une large marge d'appréciation pour permettre une ingérence²⁷⁰ aux autorités publiques dans la sphère privée. L'article 8 de la Convention a essentiellement pour but de protéger l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics²⁷¹. Il ne se contente pourtant pas d'astreindre l'État à s'abstenir de pareilles ingérences. Comme l'a précisé la CEDH, à cet engagement plutôt négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un respect effectif des droits garantis par cette disposition²⁷². Cette notion de respect manque pourtant de netteté. La jurisprudence a précisé que pour déterminer s'il existe une obligation positive dans un domaine donné, il faut prendre en compte le juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu, en tenant compte de la marge d'appréciation qui échoit aux États²⁷³.

²⁶⁹ Ibidem note 267.

²⁷⁰ L'article 8, deuxième alinéa, de la Convention : « ... 2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. ».

²⁷¹ CEDH, arrêt *Aff. Linguistique belge c. Belgique*, 9 février 1967, A-5, p.33, § 7.

²⁷² CEDH, déc. *Mc. Ginley et Egan c. Royaume-Uni*, 28 novembre 1985, § 98.

²⁷³ CEDH, arrêt *Ciliz c. Pays-Bas*, 11 juillet 2000, 2000 VIII, § 61.

Comme les articles 9, 10 et 11 de la Convention, l'article 8 comprend un alinéa contenant une clause générale d'ordre public permettant à l'Etat d'apporter des restrictions à l'usage du droit garanti.

Ces restrictions, pour être conformes à la Convention, doivent répondre à quatre critères : tout d'abord, la restriction doit atteindre un droit garanti ; ensuite la mesure constitutive de la restriction doit être prévue par la loi ; en troisième lieu, la mesure restrictive doit poursuivre un but légitime et enfin elle doit être nécessaire dans une société démocratique.

Quant à un droit garanti, la jurisprudence de la Commission EDH et de la CEDH ont déjà statué lors de l'affaire *Niemietz* précitée, que les locaux professionnels ou commerciaux sont également protégés par l'article 8 : « Interpréter les mots vie privée et domicile comme incluant certains locaux, activités professionnelles ou commerciales répondrait à l'objet et au but essentiels de l'article 8 : prémunir l'individu contre les ingérences arbitraires des pouvoirs publics »²⁷⁴.

Donc, l'atteinte, dans notre cas concerne un droit garanti par l'article 8 de la Convention.

En second lieu, l'atteinte doit être imputable à l'Etat, à ses démembrements ou à ses organes ou agents agissant en qualité officielle²⁷⁵ et non à des simples particuliers, même si la CEDH que l'intervention du juge dans les rapports de ces derniers devient une ingérence lorsqu'elle porte atteinte à un droit garanti par la Convention²⁷⁶.

Dans notre cas il s'agit des mandataires de justice, de l'administrateur judiciaire et des juges, dont les actions sont susceptibles de porter atteinte au droit au respect du domicile, donc l'atteinte est imputable à l'Etat, qui agit par ses agents, en qualité officielle.

L'ingérence doit être prévue par la loi, c'est à dire avoir une base légale, ce qui est le cas dans le cadre desdites atteintes.

Quant à la nécessité de l'ingérence pour la poursuite d'un but légitime, il faut rappeler que pour se révéler nécessaire dans une société démocratique, une atteinte à un droit protégé par la Convention doit notamment être proportionnée au but poursuivi. La CEDH exige une justification sociale suffisante résidant notamment dans la capacité de nuire à autrui ou dans l'existence de répercussions importantes sur la collectivité.

²⁷⁴ Ibidem note 267, § 31.

²⁷⁵ CEDH, arrêt *A. c. France*, 23 novembre 1993, Série A - 277 B.

²⁷⁶ CEDH, arrêt *Hoffmann c. Autriche*, 23 juin 1993, Série A - 255 C.

Sans doute, l'objectif des procédures collectives est rattaché au bien être économique de la collectivité nationale, donc de telles ingérences peuvent passer comme nécessaires pour la réalisation d'un but légitime.

Mais ce qui est le plus important dans notre analyse est le contrôle de proportionnalité : quelles sont les limites apportées à ces immixtions de l'autorité judiciaire ?

La CEDH, mais aussi de plus en plus souvent les juridictions françaises se montrent très attachées à ce principe de proportionnalité.

La loi impose au débiteur de faciliter aux mandataires de justice l'accès aux établissements de l'entreprise, mais subordonne l'établissement de l'inventaire des biens du débiteur à la présence ou à la convocation de ce dernier aux opérations d'inventaire. L'apposition des scellés est ordonnée par le juge-commissaire, suivant les formalités prescrites après décès, la garde des scellés étant confié à une personne présente dans les lieux. Certains biens peuvent être dispensés des scellés, leur levée est effectuée, à la requête d'un des mandataires de justice, aux fins d'inventaire.

Selon M. Vallens, toutes ces limites imposées par les lois internes, ont le but de protéger le domicile du débiteur d'ingérences excessives, c'est à dire disproportionnées par rapport à l'objectif des procédures collectives. Selon le même auteur, l'inventaire, comme l'apposition de scellés, constituent des mesures conservatoires, qui ont pour vocation d'être provisoires et limitées dans le temps. Quant à l'ingérence d'un mandataire de justice au domicile du débiteur en vue d'appréhender et de réaliser, ultérieurement des éléments d'actif de son patrimoine, elle reste limitée aux besoins de son mandat, limité dans le temps.

Comme on l'a déjà vu, l'immixtion des autorités dans le domicile du débiteur et sa famille est faite par des agents d'Etat, en qualité officielle, dans le but d'assurer la réalisation d'un objectif rattaché au bien être de l'économie nationale, par l'intermédiaire de mesures conservatoires, limitées dans le temps et provisoires.

Mais, il appartient aux autorités de l'Etat de veiller à ce que les mesures prises par ses agents respectent et gardent certaines limites, en l'absence desquelles une éventuelle ingérence peut être considérée comme méconnaissant le rapport de proportionnalité et entraînant une éventuelle violation des droits prévus à l'article 8 de la Convention.

Une autre exigence protégée par l'article 8 de la Convention est celle du respect de la correspondance.

SECTION II Le droit au respect de la correspondance

La correspondance qu'elle soit écrite ou téléphonique est, comme M. Cohen-Jonathan l'a affirmé²⁷⁷, « intimement liée au respect de la vie privée ». Parfois, la législation relative aux procédures collectives permet certains immixtions des autorités dans le droit au respect de la correspondance (§ 1). Est-ce que cette immixtion est-elle conforme aux exigences prévues par le deuxième alinéa de l'article 8 ? (§ 2).

§ 1. La correspondance du débiteur face à la procédure collective

Certaines dispositions de la loi sur le redressement judiciaire permettent au administrateur de saisir le courrier du débiteur pendant le redressement judiciaire. Cette situation est possible au cours de la période d'observation (A) et également au cours de la liquidation judiciaire (B).

A. Pendant la période d'observation

Au cours de la période d'observation, l'administrateur commence par établir un rapport sur la situation de l'entreprise (art. L 621-61 C. com.). Puis il propose au tribunal soit un plan de redressement, soit la liquidation. Le tribunal statue sur ses propositions par un jugement qui met fin à la période d'observation (art. 621-28 C. com.).

Le juge-commissaire dispose, pendant la période d'observation, d'un large pouvoir d'investigation. Il peut donner à l'administrateur des renseignements confidentiels que celui-ci n'aurait pas pu obtenir directement. Ce mécanisme est lourd et peut s'expliquer. L'administrateur est un simple auxiliaire de justice. Au contraire le juge-commissaire, en sa qualité de magistrat, est mieux placé pour exercer cette prérogative de puissance publique.

Parmi les plusieurs mesures conservatoires que l'administrateur peut prendre, au cours de la période d'observation, la saisie du courrier adressé au débiteur est possible, si cette mesure est ordonnée par le juge-commissaire (art. 621-20 C. com.). Cette règle est valable pour la période de redressement judiciaire et est considérée comme une mesure conservatoire.

²⁷⁷ Cohen-Jonathan, J- Cl. Europe, fasc. 6521, n° 21.

Selon les paragraphes 2 et 3 de l'article L. 621-20 C. com. le débiteur est informé de cette mesure et peut assister à l'ouverture de son courrier. Toutes les lettres à caractère personnel, doivent être remises immédiatement au débiteur.

Si l'on accepte une mesure à caractère « quasi-humanitaire » (art. 621-21 C. com.) selon laquelle le juge commissaire fixe la rémunération du chef d'entreprise ou des dirigeants à raison de leurs fonctions, les mesures conservatoires ont pour but de sauvegarder les intérêts de l'entreprise, coïncidant à certains égards tout au moins avec ceux des créanciers.

L'intérêt d'une telle mesure est, bien sur, de permettre aux autorités de connaître les créanciers ou les biens du débiteur, d'éviter que la situation du débiteur ne se dégrade durant les quelques semaines ou mois consacrés à la recherche d'une solution pour redresser l'entreprise.

Cette mesure est valable pour la période d'observation judiciaire. Que se passe-t-il avec le courrier du débiteur pendant la liquidation judiciaire ?

B. Pendant la liquidation judiciaire

A la suite de la période d'observation, très souvent, la conclusion du tribunal est la même : en l'absence d'espoir de redressement, il faut prononcer la liquidation judiciaire.

Le dessaisissement complet du débiteur en liquidation judiciaire est une règle traditionnelle du droit des faillites, qui n'a pas la nature d'une sanction, mais constitue une mesure de défiance à l'encontre du débiteur et protège les inserts des créanciers. En effet, l'apurement du passif, dernier des objectifs de la loi, passe au premier rang dans la liquidation judiciaire, l'objectif du redressement étant pour l'essentiel abandonné.

Parmi les mesures nécessaires pour protéger les intérêts des créanciers, la saisie du courrier du débiteur par le liquidateur est souvent utilisée dans le cadre des procédures collectives.

L'article 622-15 c. com.²⁷⁸ prévoit que pendant la liquidation judiciaire, le destinataire du courrier adressé au débiteur est le liquidateur et non le débiteur.

La loi du 25 janvier 1985 prévoyait que sur initiative du juge-commissaire, les lettres adressées à un débiteur en redressement judiciaire pouvaient être remises à l'administrateur.

²⁷⁸ Décr. n° 85-1388 du 27 déc. 1985, art. 119-3. Avant la codification opérée par l'ord. N° 2000-912 du 18 septembre 2000 relative à la partie législative du code de commerce, les dispositions de l'art. 119-3 du décret de 1985, désormais codifié à l'art. L-622-15, n'avaient que valeur réglementaire, alors que son pendant, en cas de redressement judiciaire figurait à l'art. 29 de la loi du 25 janvier 1985 (dorénavant art. L. 621-20).

Pour la période où le débiteur était en liquidation judiciaire, la loi prévoyait aussi pour le débiteur en liquidation judiciaire, la remise du courrier adressé au débiteur, au liquidateur.

Le renvoi à l'article 621-20 C. com. essaye d'atténuer les effets que cette règle produit sur le droit au respect du domicile du débiteur, dans le sens où celui-ci a la possibilité d'assister à l'ouverture de son propre courrier, par une autre personne, qui, après les avoir lues, doit les restituer au débiteur.

Selon M. Vallens, la remise du courrier pose problèmes, entre autres, quant à l'exercice des voies de recours : les lettres destinées au débiteur et émanant du greffe du tribunal de commerce contiennent des ordonnances, susceptibles de recours ; or, le délai de recours part de la remise de la décision, et les plis, détournés sur l'administrateur judiciaire sont signés par lui ou un de ses préposés, avant d'être remis au débiteur lui-même. Il appartient alors à ce dernier de constater la date figurant sur l'avis de réception signé par le mandataire de justice, s'il entend exercer un recours contre la décision.

On peut constater que la remise du courrier du débiteur, est une pratique utilisée souvent dans le but de la sauvegarde de l'entreprise en redressement judiciaire ou pour protéger les intérêts des créanciers.

Mais, outre les intérêts des procédures collectives, les dispositions européennes relatives au respect du secret de la correspondance sont respectées ?

§ 2. Restrictions à l'usage du droit ou ingérence injustifiée ?

Ne se prêtant pas à une définition exhaustive, la notion de vie privée recouvre l'intégrité physique et morale de la personne.

La jurisprudence de la CEDH en matière du respect de la correspondance est assez abondante (A) pour nous permettre d'analyser ensuite si les situations énoncées précédemment peuvent constituer une atteinte dans les droits du débiteur (B).

A. La correspondance au sens de l'article 8 de la Convention

Le respect de la vie privée englobe, dans une certaine mesure, la faculté pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables et le monde extérieur, y compris dans le domaine de la vie sexuelle²⁷⁹.

Il y a lieu de rappeler que si l'article 8 précité a essentiellement pour objet de prémunir l'individu contre les ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il ne se contente pas de commander à l'Etat de s'abstenir de pareilles ingérences : à cet engagement plutôt négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie privée ou familiale. Elles peuvent impliquer d'adopter des mesures visant au respect de la vie privée jusque dans les relations des individus entre eux²⁸⁰.

Les conversations téléphoniques entre les membres d'une même famille se trouvent englobées dans les notions de vie familiale et de correspondance, au sens de l'article 8²⁸¹.

Quant au contrôle de la correspondance des détenus,²⁸² la CEDH a conclu qu'il n'y a aucune raison de distinguer entre les différentes catégories de correspondance avec des avocats : quelle qu'en soit la finalité, elles portent sur des sujets de nature confidentielle et privée. En principe de telles missives jouissent d'un statut privilégié en vertu de l'article 8 précité.

Pour ce qui est d'une très grande latitude lésée aux autorités dans le contrôle de légalité, la CEDH a conclu que si une loi conférant un pouvoir d'appréciation doit en principe en fixer la portée, il est impossible d'arriver à une certitude absolue dans sa rédaction, une rigidité excessive du texte étant le probable résultat d'un tel souci de certitude. En l'occurrence, toutefois, la loi laisse aux autorités une très grande latitude : elle se borne notamment à identifier la catégorie des personnes dont la correspondance ne peut être soumise à contrôle et la juridiction compétente, sans s'intéresser à la durée de la mesure ni aux raisons pouvant la justifier²⁸³.

Il faut aussi que le droit interne permette à l'individu en cause d'exercer un contrôle efficace pour limiter l'ingérence litigieuse à ce qui est nécessaire dans une société démocratique. C'est parce que la France n'offrait pas une telle garantie qu'elle a été à

²⁷⁹ CEDH, arrêt *X c. Pays-Bas* du 26 mars 1985, § 22, A 91.

²⁸⁰ CEDH, arrêt *Stubbings et al. c. Royaume-Uni* du 22 octobre 1996, 1996-IV, § 62.

²⁸¹ CEDH, arrêt *M. et R. Andresson c. Suède* du 25 février 1992, A-226 A, § 72.

²⁸² CEDH, arrêt *Campbell c. Royaume-Uni* du 25 mars 1992, A-233, § 48.

²⁸³ CEDH, déc. *Domenichini c. Italie* du 15 novembre 1996, R. 1996-V, § 32.

nouveau condamné : la Cour de cassation avait estimé que le requérant était sans qualité pour critiquer les conditions dans lesquelles a été ordonnée la prolongation d'écoutes téléphoniques sur une ligne attribuée à un tiers ; or, dans ces conditions, la personne en cause ne disposait pas d'un contrôle efficace tel que voulu par la prééminence du droit²⁸⁴.

En conclusion, la jurisprudence des organes de la Convention, montre qu'il existe un certain chevauchement entre le respect de la correspondance et le droit à la vie privée, voir même le droit à la vie familiale, le droit à la vie privée notamment englobant les aspects essentiels du droit au respect de la correspondance, de sorte qu'il s'avère souvent malaisé de les dissocier. La correspondance, en effet, est considérée comme une des manifestations de la sphère privée de l'individu. A travers la protection de la correspondance, la Convention affirme une sorte de droit à l'intimité qui peut se refléter aussi dans les communications postales et téléphoniques.

B. Contrôle de proportionnalité

Est-ce que le fait pour l'administrateur ou du liquidateur, d'ouvrir le courrier du débiteur, pendant le redressement ou liquidation judiciaire, est susceptible de constituer une atteinte dans le droit du débiteur prévu par l'article 8 de la Convention ?

Pour tenter de concilier les nécessités de la procédure collective et le secret de la correspondance, la loi prévoit la convocation du débiteur en vue de l'ouverture des lettres qui lui sont destinées et la restitution immédiate de celles qui ont un caractère personnel (art. L 622-20 C. com).

Selon M. Vallens, la pratique suivie est moins respectueuse de ces principes que le débiteur pourrait attendre, car une lettre peut contenir des informations privées et des informations professionnelles. D'autre part, la loi ne définit pas le caractère personnel des lettres saisies, donc le mandataire seul juge ce problème.

Pour connaître le caractère d'une lettre il faut premièrement l'ouvrir et lire son contenu, et une fois l'examen de la correspondance fait, le mandataire juge s'il s'agit d'une lettre personnelle (après avoir lu celle-ci). Est-ce qu'il n'y a pas déjà une ingérence dans la correspondance du débiteur ? La réponse serait la positive, sans hésitations.

Les mandataires de justice agissent en qualité officielle, en vertu des articles L. 622-20 et L. 622-15 C. com., donc il s'agit d'une ingérence prévue par la loi.

²⁸⁴ CEDH, arrêt *Lambert c. France*, 24 août 1998, JCP 1999-I-105 n° 45 obs. F. Sudre.

Il convient de s'interroger si cette ingérence est conforme au paragraphe 2 précité ?

Au sens de l'article 8 § 2 de la Convention seulement les ingérences d'une autorité publique, nécessaires à la protection des droits et libertés d'autrui sont permises.

« La protection des droits et libertés d'autrui » - critère prévu par le deuxième paragraphe de l'article 8 - c'est le seul applicable dans notre cas, parmi ceux qu'énumère la Convention. Lorsqu'on parle des droits et libertés d'autrui, on pense aux droits des créanciers et à l'intérêt public mis en cause par la faillite. Le but du détournement de la correspondance du débiteur trouve ses racines dans les objectifs de la procédure collective – dans la défiance de la loi envers le débiteur failli et dans la recherche des biens qu'il est présumé avoir cédés, et reste aujourd'hui encore un « excellent instrument de découverte d'actifs dissimulés »²⁸⁵.

Si on analyse les dispositions des procédures anciennes de faillite²⁸⁶, on peut affirmer que le détournement du courrier du débiteur était une mesure justifiée, mais en cas de redressement judiciaire elle ne trouve plus sa place.

Comment expliquer une telle mesure pendant la période de redressement judiciaire si le débiteur n'est pas encore dessaisi de son patrimoine et reste en tête de son patrimoine et des ses affaires ? De plus, pendant la liquidation judiciaire, comment expliquer la saisie du courrier, s'il ne représente pas un élément du patrimoine²⁸⁷ ?

Si le but de la période d'observation est la sauvegarde de l'entreprise, comment encore expliquer des telles mesures qui empêchent et gênent le débiteur, resté à la tête de l'entreprise, à gérer ses affaires ?

Selon une partie de la doctrine²⁸⁸ la seule hypothèse incontestable est celle où le débiteur est seul à la tête de l'entreprise ou celle où le tribunal et le juge-commissaire disposeraient déjà de présomptions de détournement d'actifs à l'encontre du débiteur.

Mais, du point de vue de la jurisprudence de la CEDH, il faut encore que les autorités gardent un juste équilibre entre l'ingérence et les droits du requérant.

D'ailleurs, la Commission EDH s'est déjà prononcée sur la compatibilité d'une telle mesure : « le contrôle de la correspondance d'un failli par le curateur de la faillite constitue une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la correspondance et doit à ce titre respecter les prescriptions de l'alinéa 2 »²⁸⁹.

²⁸⁵F. Derrida, P. Godé, J.-P. Sortais, avec la collaboration de A. Honorat, Redressement et liquidation judiciaires des entreprises, Dalloz, n° sp. 3^e éd. 1991, n° 337.

²⁸⁶C. comm. ancien art. 471.

²⁸⁷Ibidem note 285.

²⁸⁸Ibidem note 71, p.579.

²⁸⁹Comm. EDH, déc. *Santili c. Italie*, 10 mars 1989, D.R. 59/81.

En l'espèce, le requérant, représenté par le curateur de la faillite se plaignait de ce dernier recevait sa correspondance, en violation de l'article 8 de la Convention.

Après avoir considéré que cette mesure constituait une ingérence dans les droits du requérant, la Commission EDH a procédé au contrôle « classique » de proportionnalité. Ainsi elle jugea que la mesure visée était une mesure de contrôle, prévue par la loi, mesure qui avait pour but la protection de la masse des créanciers contre d'éventuels agissements du failli pouvant mettre en péril le recouvrement des créances et est dictée par la protection d'intérêts d'autrui.

Continuant l'analyse, la Commission EDH conclut qu'un tel contrôle n'était pas disproportionné au but poursuivi, compte tenu également des sauvegardes prévues en droit italien pour faire corriger un éventuel comportement abusif du curateur.

Un arrêt assez récent prononcé en 2003 par la CEDH²⁹⁰, nous attire l'attention : il nous montre comment la jurisprudence de la CEDH évolue et s'adapte aux situations spécifiques que le droit des procédures collectives ne cesse pas de poser.

Dans cette affaire, les requérante alléguaient, entre autres, qu'après la déclaration de la faillite, toute leur correspondance avait été remise au syndic, en violation de l'article 8 de la Convention. La CEDH releva qu'il y a eu ingérence dans le droit au respect de la correspondance des requérants et que cette ingérence était prévue par la loi sur la faillite. Celle-ci avait pour objectif de recueillir des informations sur la situation patrimoniale du failli afin qu'il ne détourne son patrimoine au détriment des créanciers ; elle poursuivait donc un but légitime, à savoir la protection des droits d'autrui. Elle jugea que la mise en place d'un système de contrôle de la correspondance des requérants n'est pas en soi critiquable. Toutefois, elle risque de leur imposer une charge excessive notamment au regard de la durée d'une procédure qui, comme dans les présentes affaires, s'est étalée sur plus de 14 et 12 ans.

La limitation du droit des requérants au respect de leur correspondance n'était pas justifiée tout au long de la procédure, car si en principe ce contrôle est une mesure nécessaire afin d'atteindre le but poursuivi, la nécessité de cette mesure s'amenuise avec le temps.

De l'avis de la Cour, la durée de ces procédures a donc entraîné la rupture de l'équilibre à ménager entre l'intérêt général au paiement des créanciers de la faillite et l'intérêt individuel des requérants au respect de leur correspondance. L'ingérence dans le droit des requérants se révèle dès lors disproportionnée à l'objectif poursuivi. Par conséquent, la Cour conclut, dans ces deux affaires, à la violation de la Convention de ce chef.

²⁹⁰ CEDH, déc. *Bottaro c. Italie* du 17 juillet 2003, non publiée.

CONCLUSION

L'article L. 620-1 C. com. énonce la triple finalité des procédures collectives : la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'emploi et le paiement des créanciers.

Les tribunaux de commerce jouent le rôle principal dans le cadre de la prévention et du traitement des entreprises en difficulté. Dans le but de satisfaire aux finalités des procédures collectives, le législateur a étendu les compétences des tribunaux de commerce.

Si sur le plan interne l'objectif visé est parfois atteint, il ne faut pas négliger ses rapports avec les normes européennes, notamment avec le respect des droits de l'homme. De plus en plus souvent les droits de l'Homme se montrent préoccupés par le droit des affaires.

En ce sens, la CEDH, a commencé d'une manière assez timide, à trancher les problèmes que la l'application de la loi sur le redressement judiciaire pose, eu égard le respect des droits prévus par la Convention européenne. Analysant la réglementation relative aux entreprises en difficultés, du point de vue de sa compatibilité avec la Convention, on peut déceler une multitude problèmes. D'abord, les garanties de procédure peuvent être méconnues par les tribunaux de commerce - il s'agit de la plupart des garanties procédurales : l'impartialité, le débat contradictoire, le double degré de juridiction et le délai raisonnable de la procédure, toutes protégées par l'article 6 § 1 de la Convention. Les droits substantiels peuvent être également atteintes, chaque fois lorsque les droits de propriété des parties à la procédure collective et la vie privée de ceux-ci se trouvent méconnues par les autorités.

Malheureusement, comme on l'a déjà vu, il y a beaucoup de situations contraires aux droits garantis par la Convention. Elles sont le résultat des spécificités des procédures collectives, mais aussi de l'application défectueuse de certaines dispositions prévues par la loi sur le redressement judiciaire.

Même avec une attitude compréhensive parfois (voir l'arrêt Morel c. France), ou plus ferme autre fois (voir les décisions condamnant la longueur de la procédure), la CEDH s'est affirmé, ce dernier temps, dans la lutte pour le respect des droits des parties à la procédure collective. Il appartient, dès lors, aux autorités de veiller à ce que l'application des

dispositions contraires aux droits de l'Homme soit évitée ou si elles sont mises en pratique, leur application soit faite avec une très grande prudence.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages généraux

J.L. Charrier, Code de la Convention européenne des droits de l'Homme, Litec, 2000.

F. Derrida, P. Godé, J.-P. Sortais, avec la collaboration de **A. Honorat**, Redressement et liquidation judiciaires des entreprises, Dalloz, n° sp. 3^e éd. 1991.

Y. Guyon, Droit des affaires, T 2, Entreprises en difficulté, Redressement judiciaire, Faillite, Economica, 7^e éd., 1999.

A. Jacquemont, Manuel de droit de procédures collectives, Procédures d'alerte, Litec, 8^e ed., 2000.

F. Pérochon, R. Bonhomme, Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement, LGDJ, 5^e éd., 2001.

L.E. Pettiti, E. Decaux, P.-H. Imbert, Convention européenne des droits de l'Homme, Economica, 2^e éd., 1999. **J. Rideau**, Le droit au juge dans l'Union européenne, LGDJ, 1998.

P. Pétel, Procédures collectives, Dalloz, 2001.

J.-F. Renucci, Droit européen des droits de l'Homme, 2^e éd., LGDJ, 2001.

C. Saint-Alary-Houin, Droit des entreprises en difficulté, Montchrestien, Domat, 3^e éd., 1999.

M. de Salvia, Compendium de la CEDH, vol. 1 (1960-2002), N.P. Engel, 2003.

V. Simler et Delebecque, Les sûretés, la publicité foncière, Dalloz, 2^e éd., 1995.

J. Velu et R. Ergéc, La Convention européenne des droits de l'homme, Bruxelles, Bruylant, 1990.

J. Vincent et S. Guichard, Traité de procédures civiles, 2^e éd., Dalloz, 1987.

Ouvrages spéciaux

- V.D. Meledo-Briand**, Nature du droit des entreprises en difficulté et système de droit, Thèse, Rennes I.
- P. Rossi**, Du contrôle exercé par les mandataires de justice dans les procédures collectives, Thèse, Lille, 1997.
- M.-N. Segara**, La situation des créanciers dans les procédures collectives : Aspects de droit comparé (Allemagne, Espagne, France, Italie), Thèse, Lille, 2000.

Articles

- J.-M. Auby**, Le droit de la santé, p. 217, Paris, 1981.
- J. Bernat de Celis**, Procédures accélérées : trois approches, Arh. Po. crim. 1982, n°5, p. 93 et s.
- A. Brunet et M. Germain**, L'information des actionnaires et du comité d'entreprise dans les sociétés anonymes, n° 55, Rev. Soc., 1985, p. 35.
- R. Cabrillac et Ph. Petel**, Redressement et liquidation judiciaires des entreprises, JCP, E. 1995, I, p. 417.
- R. Cabrillac**, Droits et libertés fondamentales, Dalloz, 5 éd. 1999, p. 515.
- J.L. Charrier**, Convention européenne des droits de l'Homme, 2000, Ed. Litec, p. 111.
- J. Cohen-Jonathan**, Aspects européens des droits fondamentaux, Montchrestien, 2 éd. 1999, p. 114.
- J.-P. Costa**, La contradiction sous l'influence de l'article 6 § 1 de la Convention, RFD. Adm., n° 17, janv.-fevr. 2001, p. 30
- J.-L. Courtier**, Point de départ du recours contre les ordonnances rendues par le juge-commissaire, P. A., 3 fév. 1995, n° 15-21.
- P. Crocq**, Le droit à un tribunal impartial, in Droits et libertés fondamentaux, 4^e éd., Dalloz, 1997.
- P. Dourneau-Josette**, Les acteurs économiques, le juriste d'affaires et la Convention européenne des droits de l'Homme, Dalloz Affaires n° 112, 9 avril 1998.

V. Duffar, La protection des droits économiques par la CEDH, Gaz. Pal. 27-28 sept. 1995, p. 7, n° 20.

J.-F. Flauss, De la renonciation à la publicité des débats judiciaires, Rev. Trim. Dr. Homme, 1991, p. 529.

J.-F. Flauss, Le délai raisonnable au sens des articles 5 § 3 et 6 § 1 de la Convention, Rev. Trim. Dr. Homme, 1991, p. 49.

M.-A. Frison Roche, L'impartialité du juge, D. 1999, p. 53.

Ch. Goyet, D. n° 5, 2001, doctrine p. 328.

R. de Gouttes, Les ambivalences de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme en 2001, in Cahiers CREDHO, n° 8, 2002.

C. Saint-Alary Houin, Les intentions de réforme des lois du 1^{er} mars 1984 et du 25 janvier 1985, P.A., 6 septembre 2000.

F. Hayek, La constitution de la liberté, PUF, 1994, p. 35

R. Houin, RTD com. 1947. 383.

A. Jacquemin et B. Remiche, Les magistratures économiques à la crise, C.R.I.S.P., 1984, p. 9.

G. Janssen, Plaidoyer pour une magistrature économique, J.T., 1959, p. 120.

D. Karsenty, La garantie d'un procès équitable dans la jurisprudence récente de la Chambre criminelle, Rapport de la Cour de cassation, 1999, p. 121.

R. Koering-Joulin, Le juge impartial, Justices 1998, n° 10, p.1.

Ch. Laroumet, Le vendeur bénéficiaire d'une clause de réserve de propriété peut-il revendiquer sans avoir déclaré sa créance à la procédure collective ?, D. Aff. 1996, p. 603.

J.M. Lucheux, La prévention, Rev. Jurisp. Com. déc. 1998, p. 11.

M. Martin, Redressement et liquidation judiciaires, Lamy dr. com., n° 2928.

J. P. Marguenaud, L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit français des obligations, in Le renouvellement des sources du droit des obligations, Trav. Ass. H. Capitant, T 1, LGDJ, 1997, p. 45.

X. de Mello, Droit de la concurrence et droits de l'homme, Rev. Trim. Dr. Eur. 1991.

J. Mestre, L'influence de la Convention européenne des droits de l'Homme sur le droit des obligations, Rev. Eur. Dr. Privé, 1994/2, p. 31.

J. Mestre, Formation des contrats et Convention européenne des droits de l'Homme, Rev. Trim. Dr. Civ. 1992, p. 88, n° 9.

M. Morand, Les représentants du personnel et le déroulement de la procédure d'alerte interne, J.C.P., 1988, éd. E, II, 15357.

- Ch. Mouly**, La propriété, in R. Cabrillac, Droits et libertés fondamentaux, Dalloz, 5 ed. 1999, p. 515.
- L. Niboyet**, Le champ d'application de l'article 6 CEDH en matière commerciale, septième session d'information, www.credho.org/cedh/session07.
- J. Paillusseau et G. Petiteau**, Entreprises en difficulté - les réformes en cours, Rev. ANCIJ 1983, p. 11.
- L. E. Pettiti, E. Decaux, P.-H. Imbert**, La Convention européenne des droits de l'Homme, Paris, Economica, 1995, p. 987.
- B. Soinne**, La règle du contradictoire devant le juge-commissaire, P.A. 27 mars 1996, n° 38, p. 12.
- B. Soinne**, Le bateau ivre (à propos de l'évolution récente du droit des procédures collectives), Rev. Proc. Coll., 1997, p. 105. et s.
- F. Sudre**, Les grand arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme, PUF, Que sais-je 1998, p. 43.
- F. Sudre**, La protection du droit de propriété par la CEDH, D. 1998, Chron. p. 71.
- J.-L. Vallens**, Le juge commissaire dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaires, J.C.P. E., 1985, II, p. 14550.
- J.-L. Vallens**, Droit de la faillite et droits de l'homme, R.T.D. Com. 1997. 567.
- J.-L. Vallens**, L'effacement des dettes du débiteur, P.A. 1997, n° 113, p. 4.
- J.-L. Vallens**, L'information des créanciers, P. A. 1995, n° 71, p. 16.
- J.-L. Vallens**, Les délais in « Le nouveau droit des défaillances d'entreprises », éd. Dalloz 1995, p. 171.

Table chronologique des décisions citées

Arrêts et décisions des tribunaux internes

- Cass. com., (arrêt n° 1153 D) aff. SNCF/agence M. Voyages.
- Cass. com., (arrêt n° 1153 D) aff. IATA/Menahem.
- Cass. com., (arrêt n° 2226 D) aff. Air France/Menahem.
- Cass. com., 8 mars 1983, Bull. civ. IV, n° 97.
- Cass. com., 2 mai 1985, Bull. civ. 1985, IV, n° 137.
- Cass. com., 17 janvier 1989 : Rev. proc. coll. 1989-4,.
- Cass. crim., 19 décembre 1990, Bull. crim., n° 443.
- Cass. com., 15 octobre 1991, J.C.P. 1992, éd. E, II, 250.
- Cass. com., 3 novembre 1992, Bull. civ. III n° 345.
- Cass. com., 3 novembre 1992 et 16 mars 1993, D. 1993, J. 538.
- Cass. com., 16 mars 1993, Bull. civ. IV, n° 104, p. 71.
- Cass. com., 30 mars 1993, Bull. civ. IV, n° 129, p. 87 .
- Cass. civ., 12 juin 1993, Bull. civ. I, n° 197.
- Cass. com., 5 octobre 1993, R.J.C. 1994. 27, n. L. Lévi.
- Cass. com., 2 novembre 1993, Bull. civ. IV, n° 374, p. 272.
- Cass. com., 8 mars 1994, Bull. civ. IV, n° 101.
- Cass. com., 17 mai 1994, D. 1994, J. 510, note Derrida, Rev. Huissiers 1994,.
- Cass. com. 9 janvier 1996, Defrenois 1196, § 32276, p. 385, note Derrida.
- Cass. com. 23 janvier 1996, p. 53, note Dureuil et Besançon, 19 mai 1995.
- Cass. com., 20 février 1996, D. 1996 IR 112.
- C.A. Dijon, 2 avril 1996, Bull. inf. CC 1996, n° 1295.
- Cass. com., 2 avril 1996, Bull. civ., IV, n° 103.
- Cass. com., 9 mai 1996, D. 1996, J. 52, note Bernard, in J.-L. Vallens, Droit de la faillite et droits de l'Homme op. cit.
- Cass. com., 17 novembre 1992, JCP 1992, éd. E, 22140; Com. 17/06/1997, D. Aff. 1997.
- Cass. civ., I, 15 novembre 1995, Clunet 1990, 611, note Julien Laferrière.

C.A. Grenoble, 11 septembre 1997, D. 1998, 128, note Renucci.
C.A. Metz, 9 sept. 1997, PA, 15 déc. 1997, p. 21, note Vallens.
Crim., 30 juin 1998, Rev. Sc. Crim. 1999, p. 784, obs. J.-P. Dintilhac.
C.A. Lyon, 4 novembre 1998, D 1989. Somm. 12, obs. Derrida.
Cass. com., 26 mai 1999, Bull. civ. IV, n° 109.
Cass. com., 4 janvier 2000, D. 2000, p. 533, note Le Corre-Broly.
C.A. Paris, 16 octobre 2000, J.C.P.E. 2000. 1789.
Cass. civ. 2^e, 17 mai 2001, J.C.P. E. 2001. 1168.

Arrêts et décisions de la Commission européennes des droits de l'Homme et de la Cour européenne des droits de l'Homme

CEDH, arrêt Aff. Linguistique belge c. Belgique du 9 février 1967, A-5.
CEDH, arrêt Delcourt c. Belgique du 17 janvier 1970, A 11.
CEDH, arrêt Handyside c. Royaume-Uni du 7 décembre 1976, A-24.
Comm., EDH, De Napoles Pacheco c. Belgique du 5 octobre 1978, D.R 15/43.
CEDH, arrêt Artico c. Italie du 13 mai 1980, série A, n° 37.
Comm. EDH, X c. Belgique 10 mars 1981, DR n° 24.
CEDH, arrêt Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique du 23 juin 1981, série A n° 43.
Comm. EDH, arrêt Sporrang et Lonroth c. Suède du 23 septembre 1982, A 52.
CEDH, arrêt Piersack c. Belgique du 1^{er} octobre 1982, A-53.
CEDH, arrêt Albert Le Compte c. Belgique du 10 février 1983, A-58.
CEDH, arrêt Axen c. RFA du 8 décembre 1983, A 72.
CEDH, arrêt Pretto c. Italie du 8 décembre 1983, A 71.
CEDH, arrêt Ozturk c. Allemagne du 21 février 1984, série A, n° 73.
CEDH, arrêt Sutter c. Suisse du 22 février 1984, A - 74.
CEDH, arrêt Sramek c. Autriche du 22 octobre 1984, série A n° 84.
CEDH, arrêt De Cubber c. Belgique du 26 octobre 1984, A-86.
CEDH, déc. Mc. Ginley et Egan du 28 novembre 1985, 1998-III.

CEDH, James et al. c. Royaume Uni du 21 février 1986, A 98.

CEDH, arrêt Lithgow et autres c. Royaume-Uni du 8 juillet 1986, série A, n° 102.

CEDH, arrêt Gillow c. Royaume Uni du 24 novembre 1986, A-10.

CEDH, arrêt Monnel et Morris c. Royaume-Uni du 2 mars 1987, A-115.

Comm. EDH, Pudas c. Suède du 27 octobre 1987, série A, n° 125.

CEDH Hakansson et Stuesson c. Suède du 21 février 1990, A-171-A.

CEDH, arrêt Gasus Dossier- und Fordertechnik GmbH c. Pays Bas du 23 février 1995, A-306B.

CEDH, arrêt Air Canada c. Royaume-Uni du 5 mai 1995, A-316 A.

CEDH, arrêt Stubbings et al. c. Royaume-Uni du 22 octobre 1996, 1996-IV.

Comm. EDH, déc. Baner c. Suède du 9 mars 1989, D.R. 60.

Comm. EDH, déc. Santili c. Italie du 10 mars 1989, D.R. 59/81.

CEDH, arrêt Hauschildt c. Danemark du 24 mai 1989, A-154.

Comm. EDH, Tre Tractorer AB c. Suède du 7 juillet 1989, série A n° 159.

CJCE, arrêt Höchst du 21 septembre 1989, 46/87 et 227/88, Rec. p. 2859.

Comm. EDH, Fredin c. Suède du 18 avril 1991, série A n° 192.

Comm. EDH, Philis c. Grèce du 27 août 1991, série A , n° 209.

CEDH, arrêt Demicoli c. Malte du 27 août 1991, série A, n° 210.

CEDH, arrêt Helmers c. Suède du 29 octobre 1991, A-212 A.

CEDH, arrêt M. et R. Andresson c. Suède du 25 février 1992, A-226 A.

CEDH, arrêt Campbell c. Royaume-Uni du 25 mars 1992, A-233.

Comm. EDH, Éditions Périscope c. France 26 mars 1992, série A, n° 234 B.

CEDH, arrêt Niemietz c. Allemagne du 16 décembre 1992, A-251 B.

CEDH, arrêt Ruiz-Mateos c. Espagne du 23 juin 1993, série A n° 262.

CEDH, arrêt Hoffmann c. Autriche du 23 juin 1993, Série A - 255 C.

CEDH, arrêt A c. France du 23 novembre 1993, Série A - 277 B.

CEDH, arrêt Raimondo c. Italie du 22 février 1994, A 281A.

CEDH, arrêt Bénédoun c. France du 24 avril 1994, série A, n° 284.

Comm. EDH, Hentrich c. France du 22 septembre 1994, série A, n° 296-A.

Comm. EDH, Raffineries Grecques c. Grèce du 9 décembre 1994, série A, n° 310-B.

CEDH, arrêt Lobo Machado c. Portugal du 20 février 1996, 1996-I.

CEDH, arrêt, Vermeulen c. Belgique du 20 février 1996, 1996- I.

CEDH, arrêt Bulut c. Autriche du 22 février 1996, 1996 –II.

CEDH, arrêt Remly c. France du 23 avril 1996, 1996-II.

CEDH, déc. Domenichini c. Italie du 15 novembre 1996, R. 1996-V.
CEDH, arrêt Niederöst-Hubber c. Suisse du 18 février 1997, 1997-I.
Comm. EDH, Hornsby c. Grèce du 19 mars 1997, n° 33, 1997-II.
CEDH, arrêt Rolf Gustafson c. Suède du 1^{er} juillet 1997, 1997-IV.
CEDH, arrêt Findlay c. Royaume-Uni du 24 septembre 1997, 1997-I.
Comm. EDH, National et Provincial Building Society, Leeds Permanent Buiding Society et Yorkshire Buiding Society c Royaume-Uni du 23 octobre 1997, 1997-VIII.
CEDH, arrêt Werner c. Autriche du 29 novembre 1997, JCP 1998-I-107, n° 27 obs. F. Sudre.
CEDH, arrêt Richard c. France du 22 avril 1998, 1998 – II.
CEDH, arrêt Doustaly c. France du 23 avril 1998, 1998 – II.
CEDH, arrêt Gautrin et autres c. France du 20 mai 1998, 1998-III.
CEDH, arrêt Vasilescu c. Roumanie du 22 mai 1998, 1998-III.
CEDH, arrêt Lambert c. France du 24 août 1998, JCP 1999-I-105 n° 45 obs. F. Sudre.
CEDH, arrêt Papachelas c. Grèce du 25 mars 1999, JCP 2000-I-2003, n° 31 obs. F. Sudre.
CEDH, arrêt Caillot c. France du 4 juin 1999, non publié.
CEDH, arrêt Brumarescu c. Roumanie du 28 octobre 1999, D. 2000, Som. Com, obs. N. Fricero.
CEDH, arrêt Gerber c. France du 28 mars 2000, non publié.
CEDH, arrêt Morel c. France du 6 juin 2000, 2000-VI.
CEDH, arrêt Frydlender c. France, [GC] du 27 juin 2000, 2000-VII.
CEDH, arrêt Ciliz c. Pays-Bas du 11 juillet 2000, 2000-VIII.
CEDH, déc. Donati c. France du 26 septembre 2000, non publiée.
CEDH, arrêt Riepan c. Autriche du 14 novembre 2000, 2000 -XII.
CEDH, arrêt Meftah et autres c. France [GC] du 26 avril 2001.
CEDH 2002-VII.CEDH, arrêt Kress c. France du 7 juin 2001, 2001-VI.
CEDH, arrêt Prince Hans Adam II de Liechtenstein c. Allemagne du 12 juillet 2001, non publié.
CEDH, déc. Malve c. France du 31 juillet 2001, non publiée.
CEDH, déc. Laine c. France du 17 janvier 2002, non publiée.
CEDH, déc. Delage Magistrello c. France du 24 janvier 2002, non publiée.
CEDH, déc. Didier c. France du 27 août 2002, non publiée.
CEDH, arrêt Luordo c. Italie du 17 juillet 2003, non publié
CEDH, arrêt Bottaro c. Italie du 17 juillet 2003, non publié.

TABLE DES MATIERES

Abréviations	1
Sommaire	2
INTRODUCTION	3
PARTIE I : Le droit des procédures collectives à l'épreuve du respect des garanties de la procédure	13
CHAPITRE I : L'impartialité du tribunal de commerce	13
Section I : La saisine d'office du tribunal de commerce	14
§ 1. <i>L'extension des compétences du tribunal de commerce</i>	14
A. <i>Entre le déni de justice et l'abus de pouvoir</i>	15
B. <i>Vers une judiciarisation de l'alerte</i>	17
§ 2. <i>Le renforcement des pouvoirs du président du tribunal de commerce et son impartialité</i>	19
A. <i>Les pouvoirs du président du tribunal de commerce</i>	19
B. <i>Une fragile légitimité d'intervention</i>	21
Section II : Le juge-commissaire	25
§ 1. <i>La position de la Cour européenne dans les arrêts Morel et Delage Magistrello contre France</i>	26

A. <u>Une attitude compréhensive de la CEDH</u>	26
B. <u>La position ultérieure de la CEDH</u>	31
§ 2. L'« impartialité » au sens de l'article 6 § 1 de la Convention.....	34
A. <u>La notion de tribunal</u>	34
B. <u>La notion d'impartialité</u>	35
CHAPITRE II : Les débats devant le tribunal de commerce	36
Section I : Conditions de fond	36
§ 1. <i>Le débat contradictoire</i>	36
A. <u>Les spécificités de la procédure collective</u>	37
B. <u>Au sens de la Convention</u>	39
§ 2. <i>Le double degré de juridiction</i>	40
A. <u>En droit interne</u>	41
B. <u>Le recours contre les décisions du juge-commissaire</u>	42
Section II : Conditions de forme	45
§ 1. <i>Le droit à un débat public</i>	45
A. <u>La notion de débat public</u>	45
B. <u>Le droit des procédures collectives et le débat public</u>	47
§ 2. <i>Le délai raisonnable</i>	49
A. <u>Le délai raisonnable et les procédures collectives</u>	50
B. <u>La position de la CEDH</u>	51
PARTIE II : Le droit des procédures collectives a l'épreuve du respect des droits substantiels	53
CHAPITRE I Le respect du droit de propriété	53
Section I Le respect du droit de propriété du débiteur	54
§ 1. <i>Le droit de propriété du débiteur à la suite du jugement d'ouverture</i>	54

A. <u>Le dessaisissement du débiteur</u>	54
B. <u>Une privation de propriété ?</u>	57
§ 2. <i>Le droit de propriété du débiteur pendant la liquidation</i>	
<i>judiciaire</i>	60
A <u>Le dessaisissement du débiteur</u>	60
B. <u>Une privation de propriété ?</u>	62
Section II Le respect du droit de propriété des créanciers et des tiers.....	67
§ 1. <i>Le droit de propriété du créancier pendant les procédures</i>	
<i>collectives</i>	67
A. <u>Le principe d'égalité entre créanciers et le respect du droit</u>	
<u>de propriété</u>	68
B. <u>Expropriation pour cause d'utilité publique ?</u>	71
§ 2. <i>Le droit de propriété des tiers</i>	76
A. <u>Le droit de propriété du conjoint du débiteur</u>	76
B. <u>Le droit de propriété des tiers</u>	79
CHAPITRE II Le respect de la vie privée	80
Section I Le droit au respect du domicile.....	81
§ 1. <i>Le domicile du débiteur face à la procédure collective</i>	81
A. <u>L'inventaire des biens pendant l'ouverture de la</u>	
<u>procédure</u>	83
B. <u>L'apposition des scellés, la situation des biens situés au</u>	
<u>domicile du débiteur et la famille du débiteur</u>	83
§ 2. <i>Restrictions à l'usage du droit ou ingérence injustifiée ?</i>	84
A. <u>Le domicile au sens de l'article 8 de la Convention</u>	84
B. <u>Contrôle de proportionnalité</u>	85
Section II : Le droit au respect de la correspondance.....	88
§ 1. <i>La correspondance du débiteur face à la procédure collective</i>	88
A. <u>Pendant la période d'observation</u>	88
B. <u>Pendant la liquidation judiciaire</u>	89

§ 2. <i>Restrictions à l'usage du droit ou ingérence injustifiée ?</i>	90
A. <i>La correspondance au sens de l'article 8 de la</i> <u><i>Convention</i></u>	91
B. <i>Contrôle de proportionnalité</i>	92
CONCLUSION	95
Bibliographie	97
Table des matières	106