



# Revue de Jurisprudence Commerciale

*Ancien journal des agrégés*

Direction scientifique Bâtonnier Jean-Marie Leloup



ASSOCIATION DROIT ET COMMERCE

TABLE RONDE

## SECRET ET TRANSPARENCE DANS LE TRAITEMENT DES DIFFICULTÉS DES ENTREPRISES

TRIBUNAL DE COMMERCE DE PARIS - 19 MARS 2001

## SOMMAIRE

Editorial . . . . .	3
par Michel ARMAND-PREVOST	
Introduction . . . . .	5
par Michel ARMAND-PREVOST, <i>Président de l'Association Droit et Commerce</i>	
Ouverture des travaux . . . . .	9
par Gilbert COSTES, <i>Président du Tribunal de commerce de Paris</i>	
Le Commissaire aux comptes et la prévention . . . . .	10
par Didier KLING, <i>Président d'honneur de la Compagnie nationale des Commissaires aux comptes</i>	
Secret et transparence dans la prévention des difficultés des entreprises	17
par Georges TEBOUL, <i>Avocat au Barreau de Paris</i>	
Exigence de transparence pour l'information financière dans le domaine boursier et caractère secret du règlement amiable . . . . .	30
Secret et transparence dans le redressement judiciaire . . . . .	35
par Bruno SAPIN, <i>Administrateur judiciaire</i>	
Secret et transparence dans la liquidation judiciaire . . . . .	39
par Brigitte PENET-WEILLER, <i>Mandataire judiciaire à la liquidation des entreprises</i>	
Les exigences des droits de la défense . . . . .	44
par Bernard LYONNET, <i>Avocat au Barreau de Paris, Ancien Agrégé, AMCO</i>	
Intervention . . . . .	53
de Fabien BONAN, <i>Premier Substitut du procureur de la République près le Tribunal de grande instance de Paris</i>	
par Maurice NUSSENBAUM, <i>Professeur à l'Université Paris-Dauphine, Président de la Compagnie des Experts judiciaires financiers</i>	

## EDITORIAL

*L*a présentation de la Revue de Jurisprudence commerciale change avec ce numéro.

*La nouvelle couverture répond à un double souci de modernisation, nécessaire après tant d'années, et de mieux marquer les liens entre la Revue et l'Association Droit et Commerce.*

*La nouvelle police de caractère vise à rendre plus attrayante la lecture de la Revue et à améliorer la lisibilité de certaines rubriques.*

*L'enquête menée auprès de nos lecteurs a montré un attachement certain au contenu actuel de la Revue et notamment à la répartition entre les articles de doctrine, commentaires de jurisprudence et sommaires de jurisprudence annotée.*

*Il sera tenu compte des demandes de numéros spéciaux, de temps à autre, dès lors que ceux-ci traitent d'un thème d'intérêt général dans le domaine du droit des affaires. Les actes du colloque annuel co-organisé à La Baule par l'Association Droit et Commerce et la Revue de Jurisprudence commerciale continueront, bien entendu, à être publiés dans la Revue.*

*Le présent numéro illustre le propos précédent, puisqu'il est intégralement consacré aux travaux de la table ronde organisée le 19 mars dernier par l'Association Droit et Commerce sur le thème d'actualité récurrente : « Secret et transparence dans le traitement des difficultés des entreprises ».*

*Les travaux du colloque de La Baule de juin dernier sur le sujet : « La dépenalisation dans la vie des affaires : où en sommes-nous ? » seront publiés dans le numéro daté de novembre 2001 de la Revue.*

*Il est essentiel que tous ceux qui ont fait, font et feront le succès de la Revue : auteurs venant d'horizons professionnels divers et lecteurs fidèles continuent à nous aider en nous communiquant des textes pour les uns, en nous faisant part de leurs souhaits et en faisant connaître la Revue autour d'eux pour les autres.*

**Michel ARMAND-PREVOST**

## ■ INTRODUCTION

par Michel ARMAND-PREVOST

Président de l'Association Droit et Commerce

En 1993 le colloque annuel de l'Association Droit et Commerce avait été consacré au thème de la transparence. Dix sujets avaient été successivement évoqués : transparence de la vie publique, transparence administrative, transparence et marchés publics, transparence et droit des contrats, transparence et concurrence, transparence et relations sociales, transparence et publicité, transparence et banques, transparence et marchés financiers et boursiers.

Nous n'avions pourtant pas tout traité. Il nous appartient ce soir d'ajouter un ultime chapitre avec le thème « Secret et transparence dans le traitement des difficultés des entreprises ».

En effet traiter de la transparence c'est aborder le dilemme secret et transparence. C'est ce qu'avec son élégance exceptionnelle d'expression au service d'une pensée très dense, M<sup>e</sup> Bredin, membre de l'Académie Française, avait indiqué, en conclusion du colloque que j'évoquais à l'instant. Je ne peux que vous inciter à relire le texte de ces travaux dans le numéro de novembre 1993 de la revue de jurisprudence commerciale et le Directeur de la Revue que je suis par ailleurs vous dit qu'il est encore disponible pour ceux qui n'arriveraient pas à le retrouver.

En introduction de nos débats de ce jour, permettez-moi de vous citer quelques mots de la conclusion de M<sup>e</sup> Jean-Denis Bredin :

*« Tout ce qui est secret risque d'apparaître, peu à peu gênant, démodé, suspect où, ce qui revient au même, impossible à respecter. Il faudrait réfléchir sur l'incessant recul des secrets, du secret professionnel, du secret d'instruction dont les violations multipliées ne peuvent plus être sanctionnées, sur ce qui reste du devoir de réserve, de l'obligation de discrétion.*

*Il faudrait réfléchir sur la réduction progressive de la sphère dite intime de la vie privée. Il faudrait regarder toutes les mesures de police que réclame cette nécessaire transparence et encore dresser le bilan des dénonciations légales, celles que nos lois exigent, et celles qu'elles encouragent.*

*S'en va peu à peu, chassé par les vérités terribles, comme disait Robespierre, le secret évidemment contraire au devoir de vérité mais qui pouvait porter avec lui d'autres vertus, le respect des autres, la confiance légitime et aussi le courage.*

*S'en va aussi le mystère chargé de marques et d'ombres, d'ambiguïtés mais compagnon de l'intelligence, de la réflexion, de l'imagination. Et avec eux pourrait bien s'effacer le rêve, le rêve suspect à la transparence, le rêve ami de la poésie, de l'art, de l'aventure, de l'audace et aussi de l'héroïsme et pourquoi pas de la sainteté.*

*Une vie sans secret, sans mystère, transparente comme le cristal mais il faut, bien sûr, des professionnels de la transparence pour la vérifier; des juges de la transparence pour l'interpréter et des fonctionnaires sans secret ni mystère pour la sanctionner.*

*Voici que se profile au bout du chemin la dictature glacée de la vérité ultime et terrible, vertu d'un temps qui aurait altéré tous les autres ».*

Tout récemment un journaliste a publié dans la *Revue des Deux Mondes* un article intitulé « la dictature de la transparence ». Cet article commence ainsi : je vous rassure cette citation sera brève, elle n'est pas du même niveau :

*« La transparence est devenue, en l'espace de quelques années, l'obsession de nos sociétés développées. Il n'est plus un problème qui ne puisse y trouver sa solution. Il n'est pas une collectivité qui, face à une difficulté, ne parvienne pas à se ressouder en appelant à une plus grande transparence ».*

Il est donc normal que, face à cette vague, la Justice et plus particulièrement celle qui traite des difficultés des entreprises soit confrontée à cette exigence. N'a-t-on pas dit que la transparence est la mort du huis clos ? Or le huis clos n'est pas un paravent derrière lequel, à l'abri des regards et des oreilles indiscrets, on se livre à ne je sais quelle combine ou autre chose inavouable ? Le huis clos a été initialement conçu et mis en œuvre pour protéger ce qui peut être profond et intime chez l'homme et la femme qui va passer en jugement, - c'est André Malraux qui disait que le huis clos est un misérable petit tas de secrets - chez l'homme ou la femme, en l'occurrence l'entrepreneur que le juge commercial va rencontrer lorsque le premier va venir confier au second les difficultés que rencontre son entreprise dans le cadre de la prévention des difficultés des entreprises.

Le secret ou la confidentialité sont souvent nécessaires pour se confier. Viendrait-on encore se confesser si l'on n'était pas assuré du secret de la confession ?

Dans un second registre, l'entreprise malade va relever des procédures collectives. Si la maladie est diagnostiquée et prise à temps, on pourra espérer le rétablissement c'est-à-dire le redressement judiciaire. Or ici encore on va se trouver confrontés au dilemme, transparence confidentialité. Dans le cadre du redressement judiciaire certaines informations ne doivent-elles pas être protégées par une relative confidentialité même si une transparence est aussi nécessaire pour répondre aux exigences de la loi et à la loyauté des affaires.

Ce n'est qu'au stade de la liquidation judiciaire que la transparence l'emportera sur la confidentialité. La mort de l'entreprise rend désormais sans objet la préservation de certains secrets. L'éternel conflit entre secret et transparence, secret légitime et secret suspect car le secret entraîne la suspicion et peut aussi causer préjudice à des tiers s'il est trop longtemps caché. Transparence, idéal généreux mais aussi parfois dangereux.

*Secret et transparence dans le traitement des difficultés des entreprises*

Je tiens à remercier Monsieur le Président Gilbert Costes non seulement de nous accueillir, une fois de plus, dans son tribunal mais aussi d'avoir accepté de présider cette table ronde consacrée au secret et à la transparence dans le traitement des difficultés des entreprises.

Autour de cette table ronde nous avons réuni des compétences diverses mais certaines. Je propose d'aborder le thème de cette soirée en allant de la plus grande confidentialité à la plus grande transparence c'est-à-dire de commencer par la prévention et le Président Didier Kling va amorcer notre sujet avec l'alerte puis mon confrère Georges Teboul nous livrera son analyse sur secret et transparence dans la prévention des difficultés des entreprises.

Il appartiendra ensuite au Professeur Maurice Nussembaum d'assurer la transition avec le deuxième sujet de la table ronde, le redressement judiciaire, en évoquant les particularismes des sociétés cotées face aux difficultés des entreprises.

Toujours dans le sujet du redressement judiciaire, M<sup>e</sup> Bruno Sapin, administrateur judiciaire, nous livrera ses réflexions sur les possibilités et la réalité de la transparence dans la procédure de redressement judiciaire.

C'est à M<sup>e</sup> Brigitte Penet-Weiller, mandataire judiciaire, que nous demanderons de nous présenter la transparence dans la liquidation judiciaire. Elle nous dira quels sont les traitements qui nécessitent quand même encore un peu de secret.

Le Président d'honneur de notre Association, mon confrère Bernard Lyonnet, regroupera dans son intervention sur les droits de la défense les exigences que le respect de ceux-ci impose à tous les stades des procédures collectives et notamment dans l'application des sanctions patrimoniales et personnelles.

Avant de lancer la discussion avec la salle, nous profiterons de la présence parmi nous des magistrats du Parquet présents auprès de ce tribunal pour solliciter leur avis précieux et entendre leurs réactions à ce qui va être dit maintenant.

Alors secret ou transparence dans le traitement des difficultés des entreprises, à vous de nous le dire, Mesdames, Messieurs. Monsieur Le Président je vous prie maintenant d'ouvrir cette table ronde.

## ■ OUVERTURE DES TRAVAUX

*par Gilbert COSTES*

*Président du tribunal de commerce de Paris*

Avant d'ouvrir cette table ronde, je souhaiterais vous dire que je suis très heureux de présider cette table ronde en étant si bien entouré. Vous avez bien posé les thèmes de réflexion que développeront l'ensemble des participants à la table ronde sur cette transparence nécessaire, sur l'effet du secret en matière de justice et de difficultés.

La table ronde est donc ouverte. Je donne la parole à M. Kling, Commissaire aux comptes, qui va nous développer toute sa réflexion sur le devoir du Commissaire aux comptes.

## ■ LE COMMISSAIRE AUX COMPTES ET LA PRÉVENTION

*par Didier KLING*

*Président d'honneur de la Compagnie nationale des Commissaires aux comptes*

Merci Monsieur le Président. Le thème de ce colloque est ainsi libellé « transparence et secret ». On peut légitimement se demander qui, aujourd'hui, se permettrait d'être contre la transparence. Cela est vrai d'une manière générale, c'est particulièrement exact, je crois, pour le corps professionnel auquel j'appartiens, les Commissaires aux comptes, dont la mission, me semble-t-il, est de veiller tout particulièrement à la rigueur, la pertinence et la sincérité des informations financières qui sont transmises aux actionnaires et aux parties prenantes des entreprises.

Une fois qu'on a fixé cette pétition de principe, reste à savoir si le problème est aussi simple que cela à résoudre.

Je participais récemment à une conférence au cours de laquelle un philosophe, M. Etchegoyen évoquait le thème de la transparence et avait observé - humour ou provocation - que la transparence était, selon lui, soit illusoire, soit dangereuse.

Illusoire parce qu'est-ce que la transparence s'il s'agit simplement de faits bruts, objectifs ? Ils ont peu d'intérêt s'ils ne sont pas replacés dans une perspective, s'il n'y a pas une interprétation, un tri ? On nous enseigne l'histoire en nous faisant observer que les guerres, les batailles ne sont pas nécessairement les faits les plus importants pour appréhender la réalité sociale des époques au cours desquelles ces batailles se sont déroulées.

Il en va sans doute de même pour la vie des entreprises à un moment où la communication est le maître mot. Si chacun et chacune d'entre nous avaient connaissance de tous les faits économiques et juridiques, intéressant une entreprise, nous ne saurions sans doute pas distinguer l'essentiel de l'accessoire, replacer les faits dans une perspective, les analyser, les interpréter de sorte que cela ne serait sans doute pas très efficace.

De la même manière on peut se demander si la transparence n'est pas dangereuse, n'y voyez aucune connotation provocante de ma part. Je crois me souvenir d'un homme politique, un Président de la République qui a dit : « je vais, instruit que je suis par l'expérience de l'un de mes prédécesseurs, être transparent sur mon état de santé ». Je m'arrête là dans cette allusion, simplement pour indiquer à quel point la transparence est un mot facile.

C'est en même temps un mot qui est extraordinairement difficile à mettre en œuvre si on veut respecter l'intérêt de l'entreprise qui est en cause. Encore ce matin en lisant la presse, je voyais, pour une entreprise publique importante, - ce n'est pas confidentiel, il s'agit d'EDF - les propos du responsable de la communication qui indiquait : « je dois faire en sorte que l'entreprise soit la plus transparente possible » Qui n'adhérerait pas à cette pétition de principe... Qu'elle ne livre pas ses informations les plus stratégiques, concurrence oblige !

On peut se demander à partir du moment où elle ne livre pas ses informations, ce que je peux comprendre, sur quoi va-t-on communiquer ? Sur ce qui est marginal, secondaire, accessoire ?

On se trouve donc, les uns et les autres, confrontés à ce dilemme : si on ne communique que ce qui n'est pas important, faut-il véritablement communiquer ?

La question que je serais tenté de me poser en introduction c'est de savoir si le contraire de transparence c'est le secret comme suggéré dans le thème ou si c'est l'opacité, ce qui n'est pas la même chose ? A défaut de pouvoir définir cette transparence, peut-on définir cette transparence par rapport à son opposition ?

Pour ce qui est des Commissaires aux comptes qui sont le centre de la transparence, il me semble que nous avons deux problèmes à évoquer : celui de nos relations avec les différents acteurs de la prévention. Le second, plus important, le problème de la procédure d'alerte.

En ce qui concerne nos relations avec les différents acteurs de la profession, il y a trois degrés que je ne vous rappellerai pas : avant le règlement amiable, pendant la phase de règlement amiable et puis ensuite.

A cette occasion nous avons des relations différentes avec les interlocuteurs avec lesquels nous pouvons être en contact. Si je prends la phase ultime, parce qu'elle est plus commode ici de contacts avec les acteurs mis en œuvre dans la procédure de redressement judiciaire, nous avons deux types de contacts susceptibles d'intervenir. Pour l'administrateur judiciaire, pas de difficultés en principe, nous sommes dans les mêmes relations qu'avec le chef d'entreprise. A priori nous n'avons pas de secret professionnel à lui opposer pas plus qu'au dirigeant d'entreprise.

Ce principe étant posé, il faut sans doute être d'une plus grande délicatesse. Je n'ai pas, comme commissaire aux comptes, à tout dire au chef d'entreprise dans l'entreprise que je contrôle. Supposons que j'ai procédé - cas extrême - à une révélation de faits délictueux. La loi ne prévoit pas que j'informe le chef d'entreprise d'une démarche à laquelle j'aurais procédé auprès du Parquet. Donc je ne le ferai pas, sauf si un certain nombre de circonstances pratiques m'y conduisent. A priori je ne suis pas tenu d'informer ni le dirigeant d'entreprise ni l'administrateur judiciaire de la démarche à laquelle j'aurais procédé puisque c'est une démarche qui rentre dans le cadre d'une relation intime entre le Commissaire aux comptes et le magistrat du Parquet.

De même en ce qui concerne le juge commercial. Il y a un texte spécifique qui prévoit qu'il peut être conduit à solliciter de ma part un certain nombre de renseignements de nature - je cite - « à lui donner une exacte information sur la situation économique et financière de l'entreprise ». Cela veut dire que je lui

fournirai très volontiers ces renseignements, uniquement ces renseignements, je n'irai pas au-delà.

Il y aura donc dans les éléments que je détiens dans mon dossier un tri qui sera opéré. Ce qui a trait directement à la mission dont il a la charge fera l'objet d'une communication, le reste je le garderai pour moi. Plus encore mon dossier de travail n'est pas susceptible d'être mis à sa disposition.

En ce qui concerne la procédure préalable de règlement amiable, on va se trouver dans une situation pas très éloignée. Je n'ai pas de secret professionnel à opposer au Président du tribunal de commerce et je communique très volontiers au Président les informations de nature à l'intéresser sur la situation économique et financière de l'entreprise depuis que la loi de 1994 a levé mon secret à cet égard, j'en suis très heureux.

Par contre si intervient, sur désignation du Président, un mandataire ad hoc, je n'ai pas de texte spécifique qui lève le secret et à regret, peut-être au titre de l'efficacité qu'on peut attendre de cette fonction, je ne pourrai pas lui communiquer l'information.

Je n'ai pas de secret à opposer au Président du tribunal de commerce, mais je reste soumis à une obligation de secret envers le conciliateur. Et la question peut se poser en des termes différents si un expert judiciaire est nommé dans le cadre de l'article 35 de la loi de mars 1984. Cet expert judiciaire s'il intervient sur désignation du Président du tribunal de commerce se trouve dans la même définition en ce qui concerne les relations qui existent avec moi que celles qui peuvent exister avec le Président du tribunal, dans la mesure où la loi m'autorise à lui communiquer je lui communiquerai uniquement les informations qui sont de nature à l'intéresser sur la situation exacte de l'entreprise.

Voilà donc un cadre un peu complexe, un peu difficile. Je suis soumis au respect de la loi. Les Commissaires aux comptes savent ce qu'est le secret professionnel. Si une évolution de la loi, sur ce point, se révèle opportune dans un souci légitime d'efficacité, nous y serons très volontiers ouverts. En l'état des textes, nous sommes évidemment soumis à cette obligation.

Venons-en maintenant au cas de la procédure d'alerte, procédure qui a fait l'objet d'une évolution puisque, dans le cadre de la procédure d'alerte, on est tenté d'offrir davantage une information aux différents acteurs qui ont à connaître de cette procédure de manière à porter remède aux difficultés que rencontre l'entreprise.

Là je vais me heurter rapidement à un certain nombre de difficultés. D'abord examinons l'incidence pour cette procédure de situations particulières auxquelles vous pouvez être confrontés.

Supposons que le Commissaire aux comptes exerce son activité auprès d'une de ces entreprises de nouvelle technologie, les *start-up*, encore que ce terme serait à redéfinir. Indépendamment de ces entreprises qui nous posent des problèmes, s'il y a poursuite d'une activité déficitaire, nous avons un devoir particulier à accomplir et dans ce cas il y a des procédures qui peuvent se mettre en œuvre.

Les *start-up* ont la particularité qu'elles ne poursuivent pas une activité déficitaire. Elles sont, dès leur création, en activité déficitaire. Nous avons quelques

difficultés d'appréciation. Peut-être faudrait-il en prendre davantage conscience de manière à ce que des adaptations utiles puissent être mises en œuvre.

Si je mets de côté ce cas particulier qui n'est pas sans incidence, que votre tribunal, Monsieur le Président, aura sans doute à connaître dans la période qui s'ouvre, je sais qu'il s'en est déjà préoccupé, voyons la réalité de la procédure d'alerte.

J'ai entendu des chiffres alarmants, indiquant que cette procédure aurait été rarement mise en œuvre par les Commissaires aux comptes, qui n'auraient pas accompli avec rigueur et spontanéité les obligations de leur charge dans ce domaine. Il faut être prudent quand on évoque les statistiques de cette manière. Dans les entreprises qui déposent le bilan, environ 10 % d'entre elles sont des S.A. dotées d'un Commissaire aux comptes. Sur ces 10 % d'entre elles, environ la moitié, ont pu faire l'objet d'une procédure d'alerte dont le Président du tribunal n'aura pas été informé puisque nous nous serons arrêtés à l'issue de la phase 1. Selon les résultats des enquêtes effectuées auprès de nos confrères, 73 % de nos confrères disent avoir mis en œuvre la phase zéro de la procédure d'alerte : cette phase qui n'existe pas dans la loi, qui est la plus importante pour nous, celle qui consiste à dire à un chef d'entreprise, nous constatons une évolution inquiétante, alarmante. Si vous ne prenez pas les mesures utiles, adéquates, nous allons être conduits à mettre en œuvre la procédure d'alerte.

Dans 73 % des cas cette procédure existe concrètement, on peut imaginer qu'elle n'est pas totalement dépourvue d'efficacité.

En ce qui concerne le passage de la phase 1 à la phase 2, selon le résultat de nos enquêtes effectuées auprès des 13 000 Commissaires aux comptes de France, 65 % des procédures d'alerte s'arrêtent à l'issue de la phase 1 ce qui explique qu'un nombre résiduel de ces procédures soit porté à la connaissance du Président du tribunal de commerce.

Je ne vois pas d'inconvénient, à titre personnel, à ce que le Président, dans le cadre d'une réforme législative, soit informé dès le niveau préalable de la phase 1. Je n'y verrai que des avantages au titre de l'efficacité dès lors que le Président du tribunal est lui-même un chef d'entreprise, à même de comprendre les problèmes rencontrés par son homologue et d'y apporter une réponse satisfaisante sur le plan économique et financier car cette procédure doit avoir une connotation plus économique et financière que juridique et judiciaire.

Il reste, une fois que cette procédure est engagée, un certain nombre de difficultés qui peuvent se poser à nous au titre du secret. Si on regarde quels sont nos différents interlocuteurs, on va voir les différents cas d'application pratique auxquels nous sommes confrontés.

À l'égard des dirigeants, pas de secret professionnel. Nous n'avons pas pour autant à ouvrir notre dossier car nous pouvons avoir, dans nos constatations techniques, un certain nombre d'informations que nous estimons n'avoir pas à délivrer à ce chef d'entreprise. Comme le chef d'entreprise lui-même peut avoir à notre égard une légitime pudeur, quelquefois même une fierté parce que les difficultés qu'il rencontre sont des difficultés qu'il peut ressentir de manière humiliante et en sa qualité de chef d'entreprise, il a su traverser bien des diffi-

cultés, bien des attaques. Il est sans doute à bon droit convaincu qu'il saura traverser également avec bonheur les difficultés qu'il rencontre aujourd'hui.

Deuxième interlocuteur, le comité d'entreprise. Théoriquement nous n'avons pas de secret à l'égard du comité d'entreprise dans la mesure où il a droit aux mêmes informations que l'assemblée des actionnaires. Il se trouve que nous avons un secret à l'égard de l'assemblée des actionnaires. Nous disons à l'assemblée des actionnaires que nous certifions les comptes. Pour le reste nous sommes d'une extraordinaire pudeur, voulue par les textes. Nous n'informons l'assemblée des actionnaires qu'au titre de la phase ultime de la procédure d'alerte, la phase 3. Encore l'informe-t-on dans le cadre du rapport spécial communiqué à la prochaine assemblée qui peut être assez éloignée dans le temps.

Une des questions qui va se poser à nous sera : quid si nous sommes entendus par le Comité d'entreprise alors qu'il n'y a pas eu encore réunion de l'assemblée générale des actionnaires ? Si nous communiquons au Comité d'entreprise des informations, avec les actionnaires sommes-nous certains que cette non simultanéité réponde parfaitement, dans l'objectif poursuivi, à une égalité de traitement ?

A l'égard du tribunal de commerce, la question est résolue : notre secret professionnel est levé non pas à l'égard du tribunal, à l'égard du Président, à l'égard du seul Président et la procédure mise en œuvre est d'une extrême précaution de manière à ce que ce soit le Président et lui seul qui soit en charge, ou un magistrat délégué par ses soins, de ce problème qui justifie une certaine confidentialité.

A l'égard des actionnaires nous ne portons à leur connaissance que la phase 3 de la procédure. Et encore nous le faisons avec une assez grande précaution. Nous ne disons pas tout. Nous avons un rapport spécial sur lequel nous estimons que nous n'avons pas à dévoiler la stratégie de l'entreprise.

Les mesures de redressement c'est au dirigeant de les exposer, pas à nous. Nous n'avons pas qualité, pas compétence ni autorité technique pour nous immiscer dans la gestion, nous substituer au dirigeant pour dire si telle ou telle mesure, telle ou telle stratégie est opportune ou ne l'est pas. Nous pouvons en apprécier la cohérence et la vraisemblance, vérifier si la traduction dans la prévention est opportune. Nous n'avons pas à aller au-delà. Nous serons nécessairement assez réservés.

Si un contrat a été passé par l'entreprise avec un partenaire, même si on peut conclure que ce contrat est de nature à assurer la continuité de l'exploitation, il ne nous appartient pas de révéler les clauses de ce contrat. Je comprends tout à fait qu'elles puissent être confidentielles, que cette révélation serait de nature à porter préjudice à l'entreprise.

Il appartient au chef d'entreprise d'apprécier la nature, la profondeur des informations qu'il estime devoir communiquer à l'assemblée des actionnaires. Donc nous serons assez mesurés dans notre communication mais pour autant nous sommes soucieux de la continuité de l'exploitation puisque notre certification sur les comptes est nécessairement empreinte de cette dimension. L'entreprise devra se prononcer sur la question de savoir si le libellé qu'elle arrête retient son stock ou retient la valeur pour laquelle ses usines sont portées

à son actif pour une valeur de continuité ou une valeur de liquidation. Ce ne sont pas les mêmes chiffres qui devront figurer.

Cela ne veut pas dire pour autant qu'on informera les actionnaires de la procédure d'alerte si on ne se trouve pas encore au stade de la phase 3.

Il reste l'interrogation à l'égard des tiers. Je vous ferai simplement observer que le rapport spécial que nous remettons à l'assemblée générale des actionnaires, si nous avons atteint le stade de la phase 3, n'est pas au nombre des documents qui sont déposés au greffe ce qui veut dire que les tiers n'ont pas à être informés de la mise en œuvre de la procédure d'alerte.

J'entends parfois une interrogation : comment se fait-il que telle entreprise a rencontré des difficultés, le commissaire aux comptes a-t-il mis en œuvre la procédure d'alerte ? Nous n'avons pas à informer les tiers, ce n'est pas de notre compétence, pas de notre ressort.

A l'égard du Parquet nous n'avons pas d'informations particulières à communiquer, notamment depuis que la loi de janvier 1995 a supprimé la mention spécifique au regard du non dépôt de bilan dans les 15 jours qui ont suivi la cessation de paiements. Il y a des éléments d'information que nous pouvons révéler dans le cadre des relations privilégiées que nous entendons entretenir avec les magistrats du Parquet.

Dernier point : les relations avec la COB. La loi ne prévoit pas l'information de la COB au titre de la mise en œuvre de la procédure d'alerte de sorte que lorsque nous mettons en œuvre cette procédure nous n'informons pas la COB.

Une fois que ce principe est posé, l'application peut s'en révéler plus délicate. Supposons qu'une entreprise en difficultés procède à une opération financière. Il y aura une notice d'information.

Quelle est la nature des mentions qui seront portées à cette occasion ? Nous devons veiller à ce qu'aucune mention ne soit portée au titre de la mise en œuvre de la procédure d'alerte. Par contre, nécessairement, de manière à ce que les tiers sachent les difficultés auxquelles l'entreprise est confrontée, des paragraphes particuliers, une information particulière, un éclairage devront être donnés sur les difficultés auxquelles l'entreprise se heurte de manière à ce que les tiers ne puissent pas se targuer ensuite d'une insincérité de l'information qui aurait été portée à leur connaissance. Nous serons très prudents sur ce point d'autant plus qu'une discussion un peu difficile s'est engagée avec nos amis de la COB sur la validation par les Commissaires aux comptes des notices d'information financière et que la norme professionnelle qui a été adoptée par le Conseil des Commissaires aux comptes au mois de décembre dernier fait l'objet d'un certain nombre de critiques, d'un débat ouvert dans lequel nous sommes engagés dans des conditions telles qu'il n'est pas impossible qu'une évolution se produise sur ce point pour la validation de ces notices d'information. On peut s'interroger sur la validité de cette validation qui n'est pas reconnue dans les pays étrangers, de la même manière qu'on peut s'interroger sur le bien fondé des informations prévisionnelles qui sont fournies aujourd'hui en France par les entreprises à l'occasion de ces opérations financières alors qu'un examen attentif nous a montré qu'aux États-Unis, pays de la transparence financière, nous a-t-on dit, il y avait sur ce point une plus grande prudence, justifiée par le dan-

ger des mises en cause qui peuvent intervenir si, par malheur, la réalité démontrait que cette prévision s'était révélée quelque peu optimiste.

Dans un colloque assez récent auquel assistait un très haut magistrat du Parquet que j'ai plaisir à saluer ici, il était indiqué, non sans raison, qu'il fallait distinguer transparence et indiscretion, ne pas confondre ces notions qui méritent un grand discernement.

Je pose honnêtement la question de savoir si, de la même manière qu'il existe pour les personnes physiques un droit au respect de la vie privée, si une personne physique est atteinte de maladie, que devra-t-on dire au regard d'un employeur éventuel ou d'un bailleur éventuel ? Je me pose la question de savoir si on ne pourrait pas imaginer également, un respect de la vie privée pour les personnes morales.

Voilà, Monsieur Le Président, quel est le fruit de mes réflexions personnelles sur ce très beau sujet « Secret et transparence ». Je vous remercie.

**M. LE PRÉSIDENT COSTES.** — Votre réflexion est très bien exposée. Votre exposé est très complet, très réfléchi, très inspiré par une expérience évidente des mesures d'alerte.

Sur le secret professionnel, vous avez vraiment bien défini ses domaines et ses limites. Néanmoins je constate que, dans quelques cas, le Commissaire aux comptes nous semble bien partagé, voire écartelé entre le secret professionnel à l'égard du client et à l'égard du magistrat.

Sur le devoir d'alerte, on s'aperçoit très souvent qu'il serait dans l'intérêt du chef d'entreprise que sa situation sorte de son isolement, qu'elle soit peut-être mieux regardée par les magistrats et éventuellement aussi par l'expert comptable.

J'ai constaté aussi que vous étiez un peu partagé entre la volonté de ne pas vous immiscer dans l'exploitation, dans les décisions du chef d'entreprise et puis dans l'activité de transparence qui fait partie de vos obligations.

Je donne maintenant la parole à M<sup>e</sup> Teboul.

## ■ SECRET ET TRANSPARENCE DANS LA PRÉVENTION DES DIFFICULTÉS DES ENTREPRISES

*par Georges TEBOUL*  
*Avocat au Barreau de Paris*

La confiance nécessaire aux relations d'affaires cède devant la difficulté. Ainsi, une entreprise malade n'incitera guère le banquier à maintenir son crédit ; le client se défera de l'entreprise dont le sort provoquera des inquiétudes sur sa pérennité, son aptitude à respecter ses engagements, à surveiller ses prestations ; le fournisseur, bien entendu, ne sera guère incité à commercer avec une entreprise qui présenterait des risques de non paiement.

C'est la raison pour laquelle la difficulté économique, financière, sociale, juridique, seront cachées aux partenaires de l'entreprise, afin qu'ils ne se détournent pas d'elle.

Parfois, ce secret dégènera en aberration : le dirigeant s'enfermera dans le mutisme, la solitude, qui font plus de mal encore. Pire, il mentira, et il perdra la confiance de ses partenaires. Ces mensonges peuvent résulter d'une abstention : fréquemment, il tardera à communiquer ou déposer ses comptes au greffe ; il sera tenté par l'établissement d'un bilan optimiste<sup>1</sup>. Pour prendre des commandes, il sera tenté de prendre des engagements inconsidérés ; il promettra des cessions d'actifs rapides à ses banquiers... Ce secret mal défini, mal utilisé, parfois malhonnête, risque de faire perdre définitivement toute chance de succès à la prévention, en rebutant par avance ses interlocuteurs. Il sera donc essentiel que le dirigeant n'ait pas totalement ni définitivement perdu la confiance de ses partenaires.

Le secret ne doit en effet pas couvrir la mauvaise foi, ou permettre à des manœuvres déloyales de s'exercer. Car le secret de mauvais aloi, le fait de communiquer des informations tronquées sur la véritable situation de l'entreprise, renforceront chez ses partenaires une exigence de communication validée, de transparence. C'est le premier intérêt de la prévention<sup>2</sup>.

Nous examinerons en premier lieu la période de la prévention et l'équilibre qu'il convient de maintenir entre deux exigences, bien présentes et totalement contradictoires : le secret, et la transparence. Puis, nous examinerons le sort de

---

1. Sur la valorisation des stocks, les provisions pour risques, l'activation de certaines charges, les méthodes comptables de consolidation, etc.

2. Sur le secret qui sert à masquer une situation et à tromper, voir article de M. Jean-Marie de Bermond de Vaulx, JCP, éd. E. 1995, n° 493, p. 385.

ce secret après la fin de la prévention, à l'heure de l'échec, et à l'aune de ses conséquences.

## **I Le secret pendant la période de prévention**

La prévention est un équilibre délicat entre une exigence de transparence, et le secret indispensable au règlement amiable.

### **A. La définition et la motivation du secret**

Il convient de s'interroger sur la définition de ce secret, qui pose problème : a priori, l'ancien article 38 de la loi du 1<sup>er</sup> mars 1984<sup>3</sup> prévoit que toute personne qui est appelée au règlement amiable ou qui, par ses fonctions, en a connaissance, est tenue au secret professionnel, dans les conditions et sous les peines prévues au code pénal.

Il ne faut pas confondre le secret des affaires et le secret professionnel<sup>4</sup>. La notion de secret professionnel est bien définie par le code pénal<sup>5</sup>. La doctrine estime que les présidents ou administrateurs de sociétés anonymes ne sont pas soumis au secret professionnel, mais à une obligation de discrétion. Le secret des affaires s'estompe devant l'entreprise en état de cessation des paiements.

Une réflexion sur le secret professionnel permet de constater qu'il a pour vocation de renforcer la confiance qui s'impose dans l'exercice de certaines professions<sup>6</sup>. La sanction concerne la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire, soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, et la sanction prévue est d'un an d'emprisonnement et de 100 000 F d'amende<sup>7</sup>.

Il est normal que le conciliateur, par sa mission, soit tenu de respecter et de surveiller ce secret, qui garantira l'efficacité de sa mission, et renforcera sa crédibilité : l'esprit de la confession reste présent, avec l'idée implicite que l'aveu des fautes du débiteur est un nécessaire préalable au pardon, et au rétablissement du dialogue. Il y a quelque chose de religieux dans la prévention.

Quel est l'objectif recherché, par la protection du secret du règlement amiable ? Le paradoxe est flagrant : le secret est institué dans l'intérêt général, pour assurer la confiance qui doit s'imposer dans l'exercice de certaines professions, mais aussi pour préserver des intérêts particuliers, pour garantir la sécurité des confidences que ceux-ci doivent faire à certaines personnes du fait de leur état ou de leur profession<sup>8</sup>. Ce paradoxe consiste donc à protéger un secret, en organisant cependant une diffusion large et loyale de l'information aux

3. Nouvel article L 611-6 du code de commerce.

4. « Le secret des affaires à l'épreuve des mesures de prévention des difficultés des entreprises », article de M. de Bermond de Vaulx, précité.

5. M. Véron, *Droit Pénal spécial*, Masson, 4<sup>e</sup> édition, 1994, p. 133 et s.

6. *Crim.* 15 déc. 1885 : DP 1886.1.347 ; 9 nov.1901 : *ibid* 1902.1.235, 9 mai 1913 : S. 1914. 1. 169, note Roux ; DP 1914.1.206.

7. Article 226-13 du code pénal ; l'article 226-14 dispose qu'il n'est pas applicable dans les cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret.

8. TGI Paris, 5 juil. 1996 : D. 1998, Somm 86, obs Massis.

acteurs de la prévention, pour restaurer ou renforcer leur confiance, afin de déboucher sur un accord... Ce secret concerne donc les tiers à la prévention.

### **B. La confidentialité du mandat *ad hoc***

Il est regrettable, bien que sans incidence réelle, que ce secret n'ait pas été étendu au mandataire *ad hoc*, dont la mission participe de la même idée de sauvetage de l'entreprise. Il est vrai que les débats parlementaires sont clairs, mais ils n'ont pas l'effet de la loi : le député Houillon déclarait sur le mandat *ad hoc* qu'il s'agissait d'un système « confidentiel, informel »<sup>9</sup>, suivi par la doctrine<sup>10</sup> et par la jurisprudence<sup>11</sup>, qui a rappelé que l'obligation de confidentialité attachée au mandat *ad hoc* est justifiée par « la discrétion nécessaire qui doit être gardée sur la situation de l'entreprise concernée, et qui doit entourer également les éventuelles négociations entre dirigeants, actionnaires, créanciers et garants de celle-ci ». La pratique a ainsi consacré la confidentialité du mandat *ad hoc*, qu'il convient de distinguer du secret prévu par la loi pour le règlement amiable<sup>12</sup>.

### **C. Le choix des acteurs de la prévention**

Le secret va influencer sur le choix de ces acteurs. Il est prévu, le plus souvent, de convier à cette prévention peu de créanciers ; un secret trop partagé disparaît ; de même, l'usage proscrit le plus souvent de convier à la prévention les fournisseurs, les clients, qui n'ont pas la culture du secret, vont ébruiter les difficultés, fuir, en refusant tout délai, et pire, redoubler d'ardeur à poursuivre le recouvrement de leur créance ou à rompre les relations commerciales. La prévention sera donc limitée, le plus souvent, aux créanciers bancaires, piliers de la solvabilité de l'entreprise, gardiens du crédit qui permet à l'entreprise de poursuivre son activité.

Ces banquiers ont la culture du secret ; ils le connaissent, ils y sont tenus par leur profession, et c'est un gage important de succès de la prévention. A la différence de certains autres secrets professionnels, qui relèvent du droit de la personnalité (celui des avocats notamment), les banquiers participent du secret des affaires (ce qui est le cas pour les Commissaires aux comptes, et les experts comptables).

Ce secret des affaires est institué dans l'intérêt du maître du secret ; il a été jugé qu'il devient sans objet quand la divulgation ne peut plus causer un préjudice quelconque à celui-ci<sup>13</sup>. Le secret du banquier est en effet instauré pour la "simple" protection de son client, et celui-ci peut y renoncer<sup>14</sup>.

9 AN 23 nov. 1993, JO débats, 24 nov. 1993, p. 6229.

10 F Pérochon et R. Bonhomme-Juan, *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement*, LGDJ, 4<sup>e</sup> éd, n° 49.

11 Arrêt de la Cour de Paris, 2 avril 1999, 1<sup>er</sup> ch, sect. B, Bull. Joly 1999.1084, note A. Couret et F. Macorig-Venier, RTD com Chron. 53 (3), juil.-sept. 2000, p. 714 et 715.

12 Voir aussi, Anne Charvériat, « Quelles sont les règles de confidentialité applicables au mandat *ad hoc* », avec un commentaire de l'arrêt du 2 avril 1999 ; Revue Option Finance, n° 569 du 2 novembre 1999, p. 25.

13. Limoges, 30 mai 1985 ; D. 1985.IR.501.

14. Voir Com.11 avr. 1995 ; Bull. civ. IV, n° 121, sur un administrateur judiciaire qui avait reçu les pleins pouvoirs de gestion demandai au banquier une communication des pièces, ce qui fut admis.

Les autres partenaires de l'entreprise, et notamment les fournisseurs, auront du mal à respecter le secret, ou la confidentialité : ce n'est pas leur culture. Ils demanderont une large transparence, mais ils auront du mal à respecter la discipline du secret. C'est l'une des raisons pour lesquelles ils ne sont pas habituellement conviés à la prévention (alors que le crédit interentreprise représente 60 % du crédit total). De surcroît, ils ne courent pas le plus souvent de risque (hormis quelques tentatives jurisprudentielles) de se voir imputer un soutien ou une rupture abusive des relations.

#### **D. La transparence doit-elle prévaloir, pendant la prévention ?**

Le Professeur Yves Guyon a écrit que « la confidentialité paraît plus souhaitable que la transparence »<sup>15</sup>. Il insiste sur la nécessité de la confidentialité, lorsque le débiteur « est en situation difficile ou compromise, sans être en cessation des paiements ».

En ce qui concerne les procédures d'alerte déclenchées par le comité d'entreprise, il constate que cette confidentialité est assurée à l'égard des tiers, dans la première phase, seuls l'employeur et le commissaire aux comptes étant informés. Cette confidentialité est également assurée lors de la « phase zéro » créée par la pratique des commissaires aux comptes, qui consiste à s'entretenir avec le dirigeant, sans trace écrite. Cette confidentialité est malmenée par la suite, lorsque l'information sera portée à la connaissance d'un nombre croissant de personnes : le conseil d'administration ou le conseil de surveillance, puis l'assemblée des actionnaires. A ce niveau, le Professeur Guyon estime souhaitable d'envisager une procédure de contre-alerte qui permettrait de « faire savoir publiquement et sans délai que la continuité de l'exploitation n'est pas compromise », ou qu'il n'existe pas de faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation de l'entreprise<sup>16</sup>.

Cette suggestion présente cependant des difficultés : en effet, il est bien difficile de faire la preuve d'un fait négatif ; en outre, cette annonce risque fort d'ébruiter davantage les difficultés de l'entreprise, en renforçant chez les cocontractants un sentiment d'insécurité ; enfin et surtout, ce type d'annonce est dangereux pour la responsabilité du dirigeant, qui risquerait fort d'être accusé par la suite d'avoir créé une illusion de solvabilité par des propos qui pourraient être ultérieurement qualifiés de mensongers...

Le Professeur Guyon estime que l'alerte déclenchée par les associés ou par le président du tribunal ne cause pas les mêmes difficultés, car dans cette hypothèse, « les difficultés de la société restent ignorées du public ». La convocation du tribunal devant le Juge de la prévention (le président du tribunal, ou son délégué) est perçue comme discrète, et il est vrai que les présidents font des efforts pour préserver cette confidentialité. Cependant, la difficulté réside davantage dans la crainte qu'inspire le tribunal au dirigeant en difficulté, tenté

---

15. *Petites Affiches*, n° 79, du 21 avril 1999, « La transparence dans les procédures collectives ».

16. Paris, 9 mai 1989, *Rev. Proc. Coll.* 1989, 485, note Chaput.

de ne pas communiquer complètement toutes les informations sur sa situation, de peur que le tribunal ne se saisisse d'office. A ce niveau, le risque est plutôt celui d'un manque de transparence.

### E. Le rôle du Parquet

En principe, le Parquet est absent du mandat *ad hoc*. Il est informé dans le cadre du règlement amiable, par le président du tribunal, et par les soins du greffier (article 37 du décret du 1<sup>er</sup> mars 1985) de la demande présentée par le dirigeant de la personne morale ou de l'entreprise concernée. Lorsque le conciliateur demande la suspension provisoire des poursuites, dans les conditions prévues à l'article L 611-4 du code de commerce, le président du tribunal sollicite l'avis du procureur de la République. L'ordonnance est communiquée par le greffier au procureur. Puis (article 38 du décret) l'ordonnance du président statuant sur l'homologation de l'accord est communiquée au procureur. En cas de résolution de l'accord amiable (article 39-2 du décret), le jugement rendu est communiqué au procureur.

Les présidents des tribunaux de commerce dialoguent assez fréquemment avec le Parquet, spontanément, sans obligation légale, et dans le cadre de la prévention. La présence du Parquet ne doit pas être imposée, dans le cadre du mandat *ad hoc*, et la Chancellerie ne l'envisage pas, en l'état actuel du projet en préparation. En effet, cette présence obligée, officielle, risquerait fort d'effrayer davantage encore le dirigeant, et de gêner le caractère spontané de sa démarche. La pratique montre qu'un dialogue spontané peut exister, notamment à Paris, entre le tribunal et le Parquet, ce qui renforce la sécurité de la prévention.

### F. L'entretien avec le président dans le cadre de la « prévention informelle »

A ce niveau, la prévention efficace dépend de la transparence des comptes<sup>17</sup>. Elle peut aussi dépendre de l'alerte déclenchée par le commissaire aux comptes<sup>18</sup>. L'entretien avec le président du tribunal est important, car il va lui permettre de déclencher l'ouverture de son pouvoir de consultation auprès de certains sachants. Si le commissaire aux comptes décide de recourir à l'alerte, c'est parce qu'il estime que le secret des affaires doit cesser<sup>19</sup>.

— la prévention subie (convocation par le président) :

Si le président use de son pouvoir de convocation des dirigeants, il n'a pas à respecter ce secret des affaires, ni à informer le commissaire aux comptes<sup>20</sup>. Le président ne peut simplement se fonder sur une rumeur malveillante, et il se défiera de renseignements impalpables, non étayés par des éléments vérifiables. Concrètement, le président sera alerté par le Parquet (lui-même avisé par le commissaire aux comptes, par le personnel, des sources fiscales ou pénales,

17. Voir de Bermond de Vaulx, JCP E 1995, n° 493.

18. Articles 230-1 et 230-2 de la loi du 24 juillet 1966, article 29 de la loi du 1<sup>er</sup> mars 1984, devenu article L 612-13.

19. Le tribunal de commerce de Paris enregistre une centaine d'alertes par an, ce qui peut paraître faible.

20. Ce que l'on pourrait déplorer, mais ce type d'initiative risquerait de déclencher des réactions brutales

éventuellement par des concurrents), et le plus souvent par des données fournies par le greffe<sup>21</sup>. Ces signaux de détresse, visibles ou moins visibles, permettront d'écarter le secret des affaires pour questionner le dirigeant, et lui demander des précisions sur la situation de l'entreprise.

L'article 34 alinéa 2 de la loi de 1984<sup>22</sup> instaure un subtil équilibre entre le secret et la transparence : après l'entretien, le président pourra parfaire son information auprès de tiers, mais il ne pourra consulter directement les établissements de crédit, ce qui les inquiéterait, peut-être à tort<sup>23</sup>. Les données collectées ne seront accessibles qu'aux magistrats<sup>24</sup>. Il est prévu qu'après l'entretien, le pouvoir de consultation du président est limité à un mois<sup>25</sup>.

Lors de l'entretien avec le président, le chef d'entreprise devra parler : sa réticence ne ferait que provoquer la défiance du juge, et le tenter de recourir à d'autres voies, plus coercitives<sup>26</sup>. Il sera bon que la présence d'un professionnel du droit, ou du chiffre, vienne aider le dirigeant à répondre plus précisément et complètement, en l'aidant à parler. Souvent, cette convocation déclenchera l'information ou le choix d'un conseil, et un processus de réflexion chez le dirigeant.

La confidentialité reste bien présente : le juge des référés ne peut s'attribuer les pouvoirs de prévention du président et convoquer le dirigeant à une audience publique pour procéder à l'entretien prévu à l'article 34 de la loi de 1984<sup>27</sup> celui-ci, « relativement confidentiel, étant du reste incompatible avec une comparution en audience publique »<sup>28</sup>.

On aurait pu craindre que la possibilité laissée au président de consulter les représentants du personnel, l'information du comité d'entreprise dans le cadre de la procédure d'alerte ne déclenchent des réactions dangereuses, en exacerbant l'inquiétude, et en provoquant des mouvements sociaux. Rappelons que les informations communiquées au comité d'entreprise ont un caractère confidentiel<sup>29</sup>. Les présidents sont conscients des risques que fait courir à l'entreprise une demande d'informations mal maîtrisée.

## G. La requête du dirigeant

Si le dirigeant demande l'ouverture d'un règlement amiable, le président aura la faculté de s'informer auprès des établissements bancaires ou financiers, en plus des personnes qu'il pouvait interroger de sa seule initiative. Pour

---

21. État des privilèges, bilans non déposés au greffe, demandes de prorogation de délai de tenue de l'assemblée générale annuelle devant statuer sur la présentation des comptes, perte des capitaux propres, persistance de résultats déficitaires.

22. A présent L. 611-2 du code de commerce.

23. Précisons qu'à Paris, usuellement, le tribunal ne procède pas à cette consultation.

24. M<sup>e</sup> Bellec, 3<sup>e</sup> congrès du Conseil national des greffiers des tribunaux de commerce, 3 juin 1994, Grenoble ; P.A. 11 juillet 1994, p. 3 et s.

25. Article 35-4 du décret du 1<sup>er</sup> mars 1985.

26. Usuellement, l'enquête d'office ne sera déclenchée que si le dirigeant ne répond pas aux convocations, et si les informations en possession du président montrent une situation d'urgence.

27. Actuel article L. 611-2.

28. Cour d'appel de Versailles, 16 janv. 1995 ; JCP 1995 éd E, pan. 328 ; Juris Data n° 040444.

29. Selon l'article L. 432-5-V du Code du travail.

répondre, les banques ne pourront communiquer les informations qu'elles détiennent à raison des relations entretenues avec leurs clientes qu'à la condition que les indications dont il sera fait état soient limitées à la réputation dont jouissent les entreprises sur la place<sup>30</sup>. L'article 35 alinéa 3 (L 611-3) permet au président d'obtenir, sans condition de délai, « tout renseignement de nature à donner une exacte information sur la situation économique et financière de l'entreprise ».

Le requérant doit-il informer et consulter le comité d'entreprise, ou à défaut, les délégués du personnel ? La réponse n'est pas claire. Certains pensent<sup>31</sup> que la consultation est nécessaire, dès lors que l'article 432-1 du Code du travail dispose que le comité est obligatoirement informé et consulté sur les questions intéressant la marche générale de l'entreprise, ce qui sanctionnerait ce défaut de consultation par un délit d'entrave. De son côté, le Professeur Y. Chaput considérerait que cette question de la consultation obligatoire du comité n'était pas légalement tranchée<sup>32</sup>. Nous avons tendance à partager cette dernière analyse, sauf si la requête vise expressément des mesures de restructuration sociale, ce qui implique qu'elles sont arrêtées, et dès lors, que l'information des organes représentatifs est nécessaire. Si le dirigeant souhaite éviter des rumeurs négatives, des pressions, il sera bien avisé de ne pas arrêter sa réflexion sur ces mesures à cette époque de la procédure.

Le président dispose de la faculté de désigner un expert pour établir un rapport sur la situation économique, financière et sociale de l'entreprise : celle-ci devra être en principe préalable à la désignation du conciliateur. En pratique, elle se conjugue parfois avec la désignation d'un mandataire *ad hoc*. Si la prévention est plus imposée que voulue par le dirigeant, cette expertise ordonnée par le président aura plus de poids que l'audit habituellement mis en place par le mandataire *ad hoc* ou par le conciliateur. Ce rapport d'expertise ne pourra être communiqué qu'à l'autorité judiciaire et au débiteur<sup>33</sup>. On peut noter à cet égard qu'à Paris, le mandat *ad hoc* est quasi-exclusivement pratiqué, alors qu'en province, l'expertise est fréquemment utilisée, au lieu et place du mandat *ad hoc*.

## H. L'égalité devant l'information

Il paraît artificiel d'opposer transparence et secret. Les deux doivent coexister, et le gardien du secret, ou de la transparence, est le mandataire *ad hoc* ou le conciliateur, garant et ordonnateur de la divulgation, et du respect de l'égalité entre les créanciers.

En effet, c'est l'égalité entre les créanciers qui va poser problème : dans le traitement de l'information qui leur est dispensée ; dans le traitement de leur créance.

---

30. P. Ballenberger, *Le secret professionnel en droit des affaires*, Mémoire, Nice, 1994, p. 25

31. M. Jeantin, *Précis Dalloz*, 4<sup>e</sup> éd. 1995, n° 481, p. 301

32. *La réforme de la prévention et du traitement des difficultés des entreprises*, JCP 1994, éd E, I, 381, n°20.

33. Décret du 1<sup>er</sup> mars 1985, art. 39.

L'information : les participants à la prévention bénéficient d'une information identique, sous réserve cependant du fait que le mandataire *ad hoc* ou le conciliateur ne sont pas tenus de respecter la règle du respect du contradictoire : ils peuvent recevoir séparément les personnes concernées, ce qui paraît indispensable pour négocier, renouer le dialogue, utiliser des arguments pour les convaincre : ce contradictoire allégé nécessite donc une confiance forte, et une reconnaissance préalable des qualités de cet « entremetteur », au sens noble du terme. Les acteurs de la prévention ne doivent pas un instant douter de la bonne foi, de l'impartialité du mandataire *ad hoc* ou du conciliateur. Une méfiance telle que les tous acteurs de la prévention seraient toujours présents est antinomique de l'esprit de la prévention <sup>34</sup>.

Un banquier convié au règlement amiable peut-il en révéler l'existence à une autre banque, extérieure à la procédure, en trouvant sa justification dans le fait que cette autre banque est tenue à un secret partagé ? Le Garde des Sceaux a répondu par la négative <sup>35</sup>. Cette solution doit être approuvée.

Lorsqu'il s'agit d'une société cotée, la COB admet que l'intérêt légitime de la société concernée permet de ne pas divulguer l'existence du règlement amiable. Mais si la société ne peut prendre les mesures nécessaires à la préservation du secret, elle doit diffuser un communiqué en accord avec les autorités boursières <sup>36</sup>.

Dans le cadre du règlement amiable, si une suspension provisoire des poursuites est prononcée, l'ordonnance <sup>37</sup> est notifiée au débiteur, « portée à la connaissance des créanciers par les soins du greffier dans les formes qu'elle détermine ». Elle est mentionnée au registre du commerce et des sociétés, ou sur un registre spécial pour ceux qui n'y sont pas inscrits, au greffe du tribunal de grande instance. A l'expiration de la suspension provisoire, la mention est immédiatement radiée par le greffier. Dans ce cas, bien entendu, il est convenu de répéter que le secret cesse. Cependant, les documents du règlement amiable vont rester couverts par le secret à l'égard des tiers.

— Le traitement de leur créance : l'un des effets essentiels de la transparence est l'égalité de traitement. Usuellement, lorsque le mandataire *ad hoc* ou le conciliateur sont nommés, ils réunissent les créanciers bancaires. Pendant qu'un audit est diligenté sur la situation de l'entreprise, le mandataire demande aux créanciers de lui confirmer qu'ils n'exigeront pas le règlement de leur créance, ce qui caractériserait une situation de cessation des paiements incompatible avec la prévention. Habituellement, les banquiers acceptent sous réserve que leur situation soit figée, qu'aucun créancier n'en profite pour se faire rembourser pendant cette période une partie de sa créance, ou pour prendre des garanties qui amélioreraient sa situation au détriment des autres créanciers. Les banquiers exigeront donc immédiatement un tableau sur la situation d'endettement bancaire de la société, avec les concours accordés et utilisés. A cette condi-

---

34. Voir les propos du président Vergnes devant la Conférence générale des tribunaux de commerce à Bordeaux, le 15 septembre 1999.

35 Réponse à Monsieur Chamant, JO Deb Sénat, 9 mai 1985, p 865

36 Rapport COB pour 1990, p 108.

37. Article 37-1 du décret du 1<sup>er</sup> mars 1985.

tion, ils accepteront d'attendre des informations comptables validées, et des éléments prévisionnels vérifiés. Il y a donc un temps pour le secret - car la divulgation prématurée d'une information non validée qui se révélera erronée peut ruiner la confiance nécessaire à la prévention -, et un autre pour la transparence. La prévention rythmera l'un et l'autre, par de subtils équilibres : c'est tout le talent du conciliateur, ou du mandataire *ad hoc*.

## **II Le sort du secret ou de la confidentialité après la fin de la prévention**

Après la fin de la période de la prévention, après son échec, et pour la recherche des responsabilités, ou pour obtenir l'exonération d'obligations contractées pendant la période de prévention, une course va s'engager pour refuser ou rechercher la production de documents couverts par le secret (pour un règlement amiable) ou par la confidentialité (pour un mandat *ad hoc*).

Écartons pour commencer la perversion du système par le débiteur de mauvaise foi, ou ignorant de ses obligations : un dirigeant de société avait prétendu, à l'occasion d'une poursuite en faillite personnelle, qu'il avait vu le président du tribunal, et que ce dernier l'avait dissuadé de déposer le bilan, en lui démontrant que son entreprise pouvait être redressée. Il prétendait que pour ce motif, il n'avait pas respecté le délai légal de déclaration de l'état de cessation des paiements. Cette argumentation ne fut pas admise. En premier lieu, il n'en rapportait pas la preuve, aucune trace n'étant conservée de cet entretien qui se situait dans le cadre d'une visite, et cet entretien, s'il avait lieu, ne pouvait évidemment décharger le dirigeant de son obligation légale<sup>38</sup>. La confidentialité ne doit donc pas permettre une attaque contre un juge, qui ne peut donner de conseils, car cela n'est pas son rôle.

### **A. Après le règlement amiable**

Un créancier qui n'était pas partie au règlement amiable peut-il accéder au rapport que le conciliateur avait établi, et déposé au greffe ? Le greffier peut-il en refuser la communication ? La réponse est acquise depuis un important arrêt du 2 novembre 1993<sup>39</sup>.

Il a en effet été jugé que le greffier est tenu au secret prévu par les articles 38 de la loi de 1984 (à présent art. L. 611-6 du nouveau code) et 38 et 39 du décret de 1985. Ce créancier ne peut donc avoir connaissance du rapport<sup>40</sup>.

Une banque souhaitait en effet rechercher la responsabilité du conciliateur. Le règlement amiable avait été homologué, puis le redressement judiciaire avait été prononcé, trois ans plus tard. Un an avant l'ouverture de cette dernière pro-

38. Cass. com., 30 nov. 1993, Bull. Joly 1994, p. 410, note Pétel, Quot. Jur. 19 mai 1994, p. 2.

39. Cass. com. Bull. civ. IV, n° 372, arrêt n° 1650 ; Droit des Sociétés, 1994, n° 5, obs. Y. Chaput ; Rev. Huissiers 1995, p. 59, note D. Vidal, Gaz. Pal. 1<sup>er</sup> et 2 juin 1994, n° 152, panor. p. 111, JCP éd. G 1994, n° 1, IV, p. 3, n° 22 ; Dalloz 1993, n° 42, IR, p. 252 ; et aussi (1) Juris Data, n° 2363 ; JCP E 1993 n° 49, Panor. p. 440, n° 1380 ; Quot. Jur. 1994, n° 43, p. 4, note PM.

40. Voir « Procédures collectives de paiement », De Juglart, Ippolito, Kerckove, éd. 1998, p. 115, sous n° 198.

cédure, une banque avait accordé des concours, et elle reprochait au conciliateur d'avoir permis la poursuite de l'activité de cette entreprise dont la situation aurait été, selon elle, irrémédiablement compromise.

Le refus du greffier de communiquer le rapport avait provoqué une assignation de la banque contre ce greffier. La cour cita les articles 38 et 39 du décret et rappela qu'en dehors de l'autorité judiciaire l'accord ne peut être communiqué qu'aux parties, et le rapport d'expertise qu'au débiteur. La cour en tira la conséquence que « l'obligation au secret qui pèse ainsi sur le greffier s'étend à toutes les informations et à tous les documents relatifs au règlement amiable dont il a connaissance par ses fonctions, et lui interdit de délivrer des copies de ces documents si ce n'est dans les conditions prévues aux articles 38 et 39 du décret du 1<sup>er</sup> mars 1985 ».

La cour précisa que cette obligation du secret ne prend pas fin du fait du prononcé de la liquidation judiciaire du débiteur, au motif que la loi du 1<sup>er</sup> mars et son décret n'en ont pas disposé autrement.

Cet arrêt important donna lieu aux commentaires du Professeur Vidal<sup>41</sup>, qui remarqua que la Cour de cassation avait « cadencé » le rapport du conciliateur et le plan de règlement déposés au greffe, même au-delà de la période d'exécution du plan. Il observa que la modification de l'article 38 du décret de 1985 par le décret du 21 octobre 1994<sup>42</sup> n'avait pas remis en cause le régime de la non-communication de ces documents.

En effet, cet article 38 modifié du décret a maintenu la communication de l'accord au Parquet (dans le cadre du règlement amiable), mais ne mentionne plus l'avis de cet accord qui était donné au Commissaire de la République. L'article 39 du décret n'a pas été modifié.

Une difficulté demeure cependant : le demandeur, dans le cadre d'une action en responsabilité, pourra-t-il faire en sorte que la juridiction saisie obtienne la communication des éléments dont dispose l'autorité judiciaire ? L'expert judiciaire pourra-t-il le faire ? Nous répondons négativement, car de telles demandes iraient à l'encontre de la lettre et de l'esprit de la loi. Si un tiers peut utiliser l'autorité judiciaire, à son profit, pour contourner ce secret, celui-ci n'aura plus de portée ni de contenu.

Le problème du chef de file d'un pool bancaire : nous savons qu'en pratique, les pools bancaires ne sont plus guère utilisés. Mais il n'est pas inutile de rappeler un litige qui opposait un chef de file aux autres membres du pool.

Dans le cadre d'un règlement amiable, un accord avait été conclu entre le chef de file d'un pool bancaire et l'emprunteur, pour le financement d'une opération immobilière. L'accord confidentiel mentionnait une renonciation par le pool à tout recours contre l'emprunteur, en échange de l'abandon des soldes créanciers détenus par le chef de file. Il fut jugé que le chef de file ne pouvait se prévaloir contre les autres membres du pool d'un accord signé avec l'acquéreur portant règlement amiable confidentiel, dès lors que l'acquéreur n'avait pas

---

41. *Précité*, p. 61 et 62.

42. N° 94-910, article 10.

donné son agrément à la communication de cet accord confidentiel aux autres membres du pool. Le tribunal décida donc de surseoir à statuer, dans l'attente de sa mise en cause<sup>43</sup>.

### **B. Après le mandat *ad hoc***

L'entreprise concernée peut demander la levée de la confidentialité : une compagnie d'assurances avait déclaré se porter garante de la défaillance des entreprises du groupe de la société débitrice, pour le cas où les négociations n'aboutiraient pas aux abandons des créances déclarées. Il était précisé que cette lettre de garantie, qui était adressée au président du tribunal de commerce pendant le mandat *ad hoc*, devait rester confidentielle, afin de ne pas compromettre les négociations. Puis, l'entreprise avait été soumise au redressement judiciaire, et la compagnie d'assurances refusait que ce document lui soit communiqué, en se prévalant de l'article 38 de la loi du 1<sup>er</sup> mars 1984. Nous avons vu précédemment qu'il ne s'agit pas ici du secret de l'article 38, applicable au seul règlement amiable, mais d'une confidentialité. Après avoir posé ce principe, la Cour<sup>44</sup> estima que cette obligation de confidentialité a un caractère relatif.

L'entreprise bénéficiaire de la règle pouvait donc demander la levée de cette confidentialité. Elle était soutenue par son administrateur judiciaire et son représentant des créanciers. Cet engagement du garant pouvait en effet fonder une action en responsabilité ou en comblement du passif.

La confidentialité ne peut en effet recevoir l'application qu'à l'égard des tiers, et ne doit pas jouer à l'encontre de l'entreprise concernée. L'intérêt collectif des créanciers l'exige aussi<sup>45</sup>.

### **C. Conséquences communes au mandat *ad hoc* et au règlement amiable**

Le dirigeant de l'entreprise qui a fait l'objet du règlement amiable ou du mandat *ad hoc* peut-il lui aussi bénéficier de ce secret, ou de cette confidentialité ? En effet, il n'a pas participé, à titre personnel, à la prévention, mais il sait tout ce qui s'est passé. Il ne peut en informer les tiers. Il doit pouvoir utiliser les éléments produits pendant la prévention pour se défendre, si des sanctions sont demandées contre lui.

Il doit pouvoir justifier, par exemple, qu'il n'est pas resté inerte pendant les difficultés de l'entreprise. Cela peut lui permettre d'être exonéré de sa responsabilité, et de se justifier, si on lui reproche un dépôt de bilan tardif. Cela lui permettra aussi de justifier que l'entreprise n'était pas en état de cessation des paiements, dès lors que le paiement des dettes sociales n'était pas exigé ; il pourra aussi répliquer que des moratoires ont été consentis, ou envisagés, pendant cette période. Le dirigeant de bonne foi doit pouvoir en effet se disculper ou obtenir l'atténuation de sa responsabilité, en revenant sur la période de préven-

---

43 Trib. com. 2<sup>e</sup> ch., jugement du 5 octobre 1999, *Lyonnaise de Banque*, *Juris data* n° 104183.

44 Arrêt précité du 2 avril 1999, *aff. Cible*.

45 Selon Mme F. Macorig-Venier, voir ci-avant son commentaire sur cet arrêt.

tion, en expliquant les mesures de restructuration prises, les plans proposés, les accords pris. Il n'est pas rare qu'une période de prévention soit utile, même en cas d'échec, et permette de préparer une procédure collective, en informant les partenaires de la situation de l'entreprise, et des mesures de restructuration qu'elle propose. Dans ce contexte, cette solution semble logique.

Les parties à l'accord ne pourront se soustraire à un débat ultérieur devant le juge, malgré la confidentialité ou le secret attachés à l'accord. En effet, le droit français n'admet pas l'existence de conventions secrètes, qui empêcherait toute divulgation, y compris au juge.

Les parties à l'accord ne pourront donc arguer du caractère confidentiel de leur convention pour refuser un contrôle judiciaire sur cet acte. L'une des parties peut donc l'invoquer devant le juge pour en obtenir l'application <sup>46</sup>.

L'avocat devra prendre garde à ne pas sortir de ses attributions traditionnelles, s'il souhaite préserver son secret professionnel, qui a tendance à se restreindre. La présence du conciliateur ou du mandataire *ad hoc* paraissent exclure le risque que l'avocat soit considéré comme un négociateur (qui, de ce fait, sortirait de l'exercice des droits de la défense et d'une mission d'intérêt général, pour laquelle il bénéficie d'un droit au secret professionnel) <sup>47</sup>.

Ne peut-on soutenir que la prévention renforce la connaissance qu'a le créancier (spécialement le banquier) de la situation de l'entreprise, et, dès lors, qu'elle aggrave sa responsabilité en cas d'échec ? L'accord ne crée-t-il pas une apparence de solvabilité qui peut duper les tiers sur la véritable situation de l'entreprise ? <sup>48</sup>. Il faut répondre que non.

Globalement, la loi du 1<sup>er</sup> mars 1984 a en effet permis d'améliorer le système d'information financière des sociétés (notamment sur les éléments prévisionnels), et d'assainir les relations entre les banques et les entreprises. En améliorant les conditions du dialogue, en favorisant une surveillance plus efficace, la prévention a été facilitée. Bien souvent, celle-ci est déclenchée par le banquier qui use de l'article 60 de la loi du 24 janvier 1984, et fait courir un délai de préavis pour le retrait de ses concours. Cette prévention doit concerner obligatoirement les principaux créanciers. Exclure un important créancier risque de poser un problème ultérieur. Le respect de l'égalité, l'identité de traitement des créanciers renforceront l'efficacité et la sécurité des accords qui seront conclus.

## En guise de conclusion

La prévention est-elle le royaume du secret et de la confidentialité, en comparaison avec la transparence, de plus en plus nécessaire et souhaitée, après le jugement déclaratif ? Nous le pensons. La difficulté de l'entreprise, en s'aggra-

---

<sup>46</sup> Voir Stéphane Carré, « La confidentialité dans le règlement amiable des litiges », *Petites Affiches*, n° 94 du 8 août 1994, 2<sup>e</sup> partie.

<sup>47</sup> J. Brethe de la Gressaye, « Secret professionnel », *Encycl. Dalloz, Dr Pénal 1977-2* ; J. Hamelin, A. Damien, « Les règles de la profession d'avocat », *Dalloz*, Paris, 7<sup>e</sup> éd. 1992, p. 404.

<sup>48</sup> Voir article de Ph. Peyramaure sur l'information et les partenaires de l'entreprise, *Rev. Jurisp. Com.* 1986, p. 18, n° spécial février

vant, va corroder ce secret, et l'exigence de transparence se fera plus forte. La suspension des poursuites aura pour corollaire une forte atténuation du secret, qui sera réduit à sa plus simple expression.

Le prononcé de la procédure dite collective va en effet modifier la règle du jeu. En effet, le secret professionnel allégué par la banque disparaît après l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire <sup>49</sup>, ou de surendettement <sup>50</sup>, alors que le secret de la prévention demeure, sous certaines conditions.

Nous évoquerons ultérieurement certaines initiatives prises depuis quelques mois par des mandataires *ad hoc*, qui proposent, dans la transparence la plus radicale (sur internet), des entreprises à vendre, dans des délais ultra-rapides, afin d'éviter la disparition totale ou partielle des fonds de commerce. En raison de leur nouveauté, nous attendons de suivre leur évolution avant d'évoquer ces pistes intéressantes.

**M. LE PRÉSIDENT COSTES.** — Merci, M<sup>e</sup> Teboul. Votre exposé était exhaustif, méthodique, très didactique et à cette dimension scientifique vous y avez ajouté une dimension humaine. Vous avez pris en compte la souffrance du chef d'entreprise, c'est très important. Vous avez évoqué sa pudeur, ses doutes, sa confiance. Un chef d'entreprise - moi-même j'ai connu cette situation - quand il est en difficultés, n'aime pas exposer ces difficultés. En matière de prévention, cette dimension humaine est essentielle. Elle est essentielle pour redonner confiance à ce chef d'entreprise. Elle est essentielle pour lui faire accepter, pour lui permettre d'adhérer aux solutions qui sont examinées avec un de ses pairs, avec les juges consulaires. C'est très important que cela soit un juge consulaire qui se mette à la place de ce débiteur, de ce chef d'entreprise qui est en difficulté, et envisage ensemble d'étudier des solutions qui sont certainement nécessaires pour aboutir à un bon redressement.

M<sup>e</sup> Teboul je vous remercie d'avoir pris en considération cette dimension humaine dans le cadre de la prévention.

Nous allons donner la parole à M. le Professeur Nussenbaum qui va nous parler de la prévention dans le cadre des sociétés cotées.

---

49. Bordeaux, 9 oct. 1992 ; D. 1994. Somm. 327, obs. Vasseur, rejet du pourvoi par l'arrêt précité du 11 avril 1995.

50. Toulouse, 8 févr. 1993 ; *ibid.* 1994. Somm. 328, obs. Vasseur.

## ■ EXIGENCE DE TRANSPARENCE POUR L'INFORMATION FINANCIÈRE DANS LE DOMAINE BOURSIER ET CARACTÈRE SECRET DU RÈGLEMENT AMIABLE

*par M. le Professeur Maurice NUSSENBAUM*  
*Professeur à l'Université Paris-Dauphine*  
*Président de la Compagnie des Experts judiciaires financiers*

Au risque de décevoir notre Président, je ne vais pas parler des procédures collectives dans le cas des sociétés cotées. Ce sujet a été abordé fort brillamment par le Procureur lors de l'audience solennelle de rentrée de ce tribunal le 12 janvier dernier. Il a également été abordé par Mme Penichon, responsable juridique à la COB, qui donne des conseils très utiles.

Je vais parler d'une contradiction ou d'une compatibilité difficile entre l'exigence de transparence pour l'information financière dans le domaine boursier et le caractère secret dans la procédure de règlement amiable. C'est ajouter une autre religion à celle qu'évoquait Georges Teboul puisque c'est la religion de la théorie financière.

Pour celle-ci une place financière n'est saine et réputée que si les investisseurs bénéficient tous au même moment des mêmes informations et que personne n'est en position d'utiliser une information confidentielle pour intervenir sur le marché.

Le Conseil de l'Europe dans une directive du 13 novembre 1989 a précisé que la confiance repose, en outre, sur la garantie donnée aux investisseurs qu'ils seront placés sur un pied d'égalité et cette conception repose sur le caractère de bien public de l'information c'est-à-dire savoir que l'information peut être utilisée en même temps par son auteur et ses récepteurs sans que cela soit au détriment de l'un ou de l'autre.

À l'inverse l'initié s'approprie une information uniquement pour son besoin propre et cette information ne peut être utilisée en raison de son caractère confidentiel.

Pour la théorie financière la personne qui dispose d'une information la transforme en un prix et, selon la théorie de l'efficience, ce prix est censé être donné en fonction de l'offre et de la demande.

On voit bien que l'exigence de transparence c'est la même chose que l'exigence d'égalité entre actionnaires qui débouche sur la notion de juste prix ou de prix équitable.

Par rapport à ce principe, la COB a organisé la communication des informations au public, notamment à travers l'article 98-07 relatif à l'obligation d'informations publiques qui précise que l'information donnée au public doit être exacte, précise et sincère. Cet article précise également :

« Toutefois, il peut prendre la responsabilité de décider de différer la publicité d'une information de nature à porter atteinte à ses intérêts légitimes s'il est en mesure d'en assurer la confidentialité. »

Cette exception, on le voit, est conditionnée par le fait qu'il n'y ait pas de rupture d'égalité entre les investisseurs. Il faut que l'entreprise puisse assurer la confidentialité pour que personne ne puisse profiter indûment de cette information. Il faut donc qu'il n'y ait pas de rumeur.

Quel est le lien avec la procédure collective ? On peut à cet égard évoquer que le Conseil National des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires à la liquidation des entreprises a élaboré, en février de l'année dernière, une notice d'information sur l'incidence des procédures de prévention, de redressement, de liquidation judiciaire qui note la difficulté de mise en œuvre simultanée du droit boursier, du droit des procédures collectives, préconise d'informer la COB des procédures en cours en s'appuyant sur l'exception prévue par l'article 98-07.

Cette note rappelle la distinction entre la phase de prévention pour laquelle la loi de 1984 préconisait la confidentialité, la discrétion et la loi de 1985 qui ne la prévoit pas. Elle rappelle aux mandataires qu'il leur revient, dès lors que l'ouverture et toute autre étape intervenue est susceptible d'avoir une incidence significative sur le cours du titre de procéder à l'information du public.

La COB a salué cette initiative en souhaitant que les délais d'information soient les plus rapprochés possibles.

On voit bien que la contradiction se situe dans le déroulement de la procédure d'alerte, qu'elle soit déclenchée par les commissaires aux comptes, le comité d'entreprise ou le tribunal de commerce. C'est dans ce cadre là que l'article 38 de la loi de 1984 précise que toute personne appelée au règlement amiable ou qui, par ses fonctions, en a connaissance, est tenue au secret professionnel et s'expose, en cas de révélations, à des sanctions pénales.

Que se passerait-il si des rumeurs conduisaient certaines personnes à révéler que la procédure en cours conduit au règlement amiable ? On pourrait envisager des actions en responsabilité civile. En pratique, à ce jour, il ne semble pas que la COB ait sanctionné la circulation de rumeurs dans le cadre d'une procédure d'alerte, associées à une présentation difficile ; elle sanctionne la non communication lors de la phase de procédure collective.

Par ailleurs un autre point mérite d'être mentionné c'est qu'il n'existe pas de lien automatique entre la procédure collective et la radiation de la COB ce qui constitue un inconvénient majeur. Il a fallu attendre la loi de finances 2000 pour que l'on permette à l'actionnaire détenteur de titres non radiés de déclarer la

perte subie, alors que le tribunal de commerce avait pris une décision de radier ces actifs.

Je me permets de signaler qu'il faudrait une loi pour résoudre cette contradiction puisque la COB ne peut pas aller à l'encontre d'une décision de nature pénale.

Quels sont les intérêts respectifs des entreprises et des individus par rapport au secret, à l'opacité ? L'information insuffisante, l'opacité constitue-t-elle un inconvénient pour les investisseurs ?

La COB a précisé dans un rapport récent du 5 avril 2000 qu'il convient d'informer le marché lorsque l'entreprise est amenée à constater que ses résultats attendus seront significativement inférieurs à la fourchette de détermination donnée par un consensus, que, dans ce cas-là, l'entreprise doit intervenir le plus rapidement possible pour établir un niveau suffisant d'information concernant ces éléments. La recommandation ne prévoit qu'un seul cas de silence, une période qui précède la publication des résultats. Pour le reste l'entreprise doit, en plus de l'information légale, informer régulièrement, de manière ponctuelle, sur tous les faits nouveaux, susceptibles de contredire les anticipations que se font les investisseurs à partir des prévisions communiquées soit par l'entreprise soit par le consensus.

Le règlement amiable est certainement de nature à modifier l'anticipation mais en même temps le secret est garanti par la loi. Il y a donc une contradiction. En dehors de cela l'entreprise n'est pas tenue de communiquer.

Le credo affirmé par la COB est clair : la publication d'une information régulière et fréquente réduira la période d'incertitude pour le marché et contribue à limiter les mauvaises surprises. Elle permet de réduire la volatilité des cours, de donner confiance aux investisseurs.

Y a-t-il une contradiction entre ce rapport qui n'a pas donné lieu à un règlement et l'article 4 du règlement 98-07 qui autorise à conserver la confidentialité d'une information dans les cours et la maîtrise ? On sait que cette possibilité s'applique à des ruptures de contrats qui peuvent avoir des effets significatifs pour l'entreprise, sur lesquelles on pourrait choisir de garder le secret dans l'espoir de remplacer ces contrats assez vite. On voit bien qu'il s'agit là de quelque chose qui peut se comparer à un échec.

La théorie économique a formulé cette exigence de transparence, c'est la notion de sélection inverse. Moins l'information est fidèle, moins l'investisseur pourra distinguer entre les bons et les mauvais investissements. Il se méfiera et dévalorisera l'ensemble des titres. Cela rendra les marchés moins efficaces et éloignera les investisseurs de la Bourse.

Les lois concernant l'information régulière et sincère ont été promulguées aux États-Unis en 1933/1934 après la grande dépression qui avait été précédée par de nombreux comportements frauduleux concernant l'information transmise au second marché. On peut en déduire que le secret prévu par l'article 38 de la loi de 1984 est bien contraire à l'esprit de la réglementation de la COB et contraire aux intérêts des investisseurs. Pourquoi ? Parce que la non-information sur les difficultés de l'entreprise va laisser de nouveaux investisseurs acheter des titres à des prix qui peuvent être surévalués, elle va fausser les anticipa-

tions des investisseurs qui auraient choisi de céder leurs titres plus rapidement dans d'autres conditions. Il est important qu'en période de difficultés dans une entreprise, les investisseurs puissent prendre leur position en toute connaissance de cause, décident de sortir de cette crise en connaissant l'ampleur du risque.

On constate en plus que la défaillance s'accompagne souvent d'un déchet informationnel aux différentes étapes de la procédure. Pendant la phase d'alerte cette non-information est légale du fait de l'article 38, ensuite pendant la phase de procédure collective, on ne peut pas dire que l'information soit trop riche.

Les raisons sont différentes. On ne communique pas suffisamment parce que le chef d'entreprise n'a plus assez de moyens pour supporter les coûts importants de l'information financière. L'administrateur judiciaire préfère garder ses ressources pour payer les créanciers. D'où l'intérêt de développer une information en utilisant les possibilités offertes par Internet. Ces déchets informationnels risquent de favoriser les rumeurs et les fausses informations de la part des dirigeants.

C'est le cas de Marie Brizard. Les dirigeants avaient été sanctionnés du fait d'informations optimistes transmises au marché.

Par ailleurs pendant la recherche d'un plan de reprise, les repreneurs vont demander des informations détaillées, confidentielles. L'administrateur devra les fournir mais cela risque de rompre l'égalité des actionnaires. Il échappera au délit d'initié puisqu'il s'agit non pas dans son intérêt propre mais dans celui de l'entreprise.

En définitive, on constate surtout que toutes ces situations paraissent contraires au maintien de la cotation de la société qui rentre dans la procédure collective. La radiation, si elle apparaît comme la solution ultime, devra être prononcée sans trop tarder par les autorités boursières compétentes alors que l'on constate parfois des délais très importants, un an et demi, entre le début déclaré des difficultés et la radiation.

Qu'en est-il maintenant du deuxième volet de la question ? Si l'opacité nuit à l'investisseur permet-elle de préserver les intérêts de l'entreprise ? C'est tout le credo de la procédure d'alerte. Il faut rechercher une solution sans affoler les clients, sans risquer de ruiner le fonds de commerce. On est là dans une opposition entre l'intérêt des actionnaires et l'intérêt des autres parties prenantes de l'entreprise, salariés, créanciers.

On part de l'hypothèse que seul le secret permettra de résoudre les problèmes, c'est peut-être vrai dans certains cas à condition que le secret ne favorise pas les rumeurs et les délits d'initiés.

C'est pourquoi la contrepartie de ce secret a entraîné certains mandataires à suggérer d'assurer aux actionnaires minoritaires non seulement un droit de sortie mais aussi d'être considérés comme des créanciers privilégiés dans la procédure collective.

Pour l'entreprise non cotée les actionnaires ne sont pas dans la même situation. Les actionnaires sont, a priori, informés par le conseil d'administration. Le texte prévoit que le commissaire aux comptes informe également le comité d'entreprise. De ce fait, la confidentialité instaurée par l'article 38 ne vient pas en

contradiction avec l'exigence d'information des actionnaires ce qui n'est pas le cas pour les sociétés cotées.

Puisque, pour les sociétés cotées il n'en est pas de même, faut-il maintenir le secret ? C'est aux praticiens de le dire. Peut-être que les débats tout à l'heure permettront d'aller dans ce sens. On s'aperçoit que le secret de polichinelle du règlement amiable est révélé par des concurrents qui, n'étant pas partie à la procédure de règlement amiable, ne sont pas tenus au secret professionnel et qui, pour continuer avec les évocations religieuses, par charité chrétienne se font un plaisir de révéler l'existence de cette procédure, de même que l'existence de litiges peut avoir une influence notable sur la société, peut être rendue publique par des adversaires, sans qu'il y ait violation du secret ni dénigrement.

En conclusion, l'entreprise cotée doit-elle dire qu'un conciliateur est nommé dans le cadre du règlement amiable ? C'est bien entendu antinomique puisque le règlement amiable est une procédure judiciaire définie comme confidentielle.

La question est plutôt de savoir et est-il réaliste de l'envisager dans le cadre des sociétés cotées, s'il ne faut pas modifier par voie législative cette obligation de secret qui est susceptible de déboucher sur des difficultés nombreuses notamment pour les sociétés de la nouvelle économie pour lesquelles les actifs sont essentiellement immatériels.

**M. LE PRÉSIDENT COSTES.** — Merci, Monsieur le Professeur, de votre exposé, un exposé très spécialisé, on voit qu'on a à faire à un expert dans ce domaine. Vous avez fait un très large panorama des avantages et des inconvénients du secret des informations.

Le problème, bien évidemment, ce sont les investisseurs. Il semble quand même nécessaire que ces investisseurs soient informés et non traités par omission. Je crois que vous étiez assez favorable à ce que l'information soit donnée même dans le cadre des difficultés des entreprises et je crois qu'effectivement il y a une concurrence entre le droit des sociétés et le droit boursier. Il est bien évident qu'à partir du moment où on fait appel public à l'épargne, l'information semble nécessaire.

Nous allons donner la parole à M<sup>e</sup> Sapin, administrateur judiciaire, qui va nous parler du redressement judiciaire.

## ■ SECRET ET TRANSPARENCE DANS LE REDRESSEMENT JUDICIAIRE

*par M<sup>e</sup> Bruno SAPIN*  
*Administrateur judiciaire*

Secret, transparence dans le redressement judiciaire. Pour prendre l'image de M<sup>e</sup> Teboul, nous n'avons plus un pêcheur, un confesseur, plus un débiteur et un président de tribunal, nous avons une procédure avec des parties à la procédure qui peuvent exiger, c'est tout à fait normal, la transparence sur l'évolution de l'entreprise en difficulté, des parties à la procédure, bien sûr, en dehors du tribunal et du juge-commissaire qui sont tout naturellement les organes destinataires de tous les documents que peuvent établir les administrateurs de la période d'observation.

Les parties à la procédure, c'est le Parquet, le débiteur, le justiciable, le représentant des créanciers qui représente collectivement les créanciers, assisté, le cas échéant, d'un contrôleur ou de plusieurs contrôleurs, c'est le représentant des salariés à défaut d'un comité d'entreprise ou de délégués du personnel.

Pour toutes ces parties à la procédure, je crois pouvoir dire et affirmer qu'il existe une transparence la plus totale de la part de l'administrateur judiciaire pour les informer soit par des rapports soit par des requêtes de toute nature puisqu'ils sont destinataires prévus par le texte de tous les documents.

Simplement une petite curiosité dans la loi de 1985 entre autres à savoir que le Parquet n'est destinataire du rapport de l'administrateur sur l'issue de la procédure que s'il en fait la demande. Je crois que les projets de lois en gestation mettront fin à cette curiosité. Ce n'est qu'une curiosité puisqu'en pratique ils sont tout naturellement destinataires de tous ces documents.

On peut affirmer que la transparence est totale à l'égard des parties à la procédure de redressement judiciaire.

Le problème se pose à l'égard des tiers et parmi les tiers il y en a un qui a une spécificité tout à fait particulière c'est le repreneur. Le repreneur qui est choisi par le tribunal ne se plaindra jamais d'une insuffisance éventuelle de transparence puisqu'il est arrivé à ses fins.

Le problème se pose, bien sûr, pour le repreneur évincé. Toute la difficulté provient de la loi de 1985 et d'une des innovations essentielles qu'elle a instaurées à savoir de mettre sur un pied d'égalité le plan de redressement par cession et le plan de redressement par continuation.

Pour les plus anciens il s'agit là d'un contrepied de la loi de 1967 qui, par le biais du concordat, permettait au chef d'entreprise d'abord de proposer le remboursement de ses dettes et si cela était accepté par les créanciers et homologué par le tribunal, en quelque sorte il pouvait mettre en œuvre ce que j'appellerai le droit à l'échec qui lui était reconnu par les textes puisque ce n'est que de façon subsidiaire et dans la seule hypothèse où l'on ne pouvait pas présenter de concordat ou bien si le concordat était résolu que la liquidation et donc la vente de l'entreprise était décidée dans ce qu'il était convenu d'appeler la cession à forfait.

Donc ce droit à l'échec était la pierre angulaire de la loi de 1967 en ce qui concerne le redressement de l'entreprise. Il n'existe pas dans la loi de 1985. Il est laissé à la libre appréciation du tribunal de commerce.

Différents problèmes découlent de ce droit à l'échec qui n'est pas reconnu dans la loi de 1985. Se pose le problème des informations qui sont demandées par les candidats repreneurs dans le cadre de la préparation de leur offre.

Se pose le problème de la communication des offres à l'égard de tout intéressé et se pose le problème de la suppression du huis clos de la Chambre du Conseil qui statuera sur ces différentes propositions.

Rapidement donc je vous donnerai quelques appréciations personnelles sur ces trois sujets

Les informations demandées par les repreneurs potentiels dans le cours de la période d'observation. Il est clair que si le chef d'entreprise souhaite présenter un plan de continuation, il établira un écran de fumée à tous les candidats repreneurs qui s'intéressent à son affaire. Et, bien entendu, il voudra privilégier le secret de ses brevets, de ses procédés de fabrication, de sa clientèle, bien sûr de ses marchés, le secret des rémunérations de ses salariés, des qualifications de ses salariés. Tout cela pourquoi ? Parce qu'il voudra préserver son bébé, son entreprise.

Pour faire une proposition, il est pourtant bien nécessaire d'avoir connaissance des informations essentielles qui constituent le cœur de l'entreprise. La réponse est bien difficile à trouver pour concilier ces deux exigences de la loi de 1985, la préservation de l'entreprise et du plan par continuation qu'un chef d'entreprise peut légitimement présenter et l'application de l'article 21 de la loi qui prévoit que tout tiers est amené à faire des offres dès le début de la période d'observation. C'est une suggestion personnelle.

Pour résoudre ce dilemme, je crois qu'il serait sage de revenir à l'articulation de la loi de 1967 et de réinstaurer le droit à l'échec de tout chef d'entreprise qui n'a pas démerité, la communication des offres à tout tiers intéressé.

Aujourd'hui, cette communication n'est faite qu'aux parties c'est-à-dire ceux que je citais tout à l'heure, bien entendu, en dehors du tribunal et du juge-commissaire qui sont les destinataires tout naturels de tous ces documents : le Parquet, le débiteur, le représentant des créanciers, le contrôleur, les représentants des salariés, le comité d'entreprise, toutes les parties sont informées des offres existantes, puisque ces offres doivent être annexées au rapport de l'administrateur.

Faut-il aller plus loin ? Faut-il communiquer ces offres à tous les repreneurs ou à ceux qui représentent les repreneurs intéressés ? J'avoue que mon sentiment est assez partagé sur cette question. Un aspect positif pourrait apparaître d'une communication des offres à tous les repreneurs. C'est tout simplement qu'il pourrait s'établir une sorte d'enchère à la fois sur le plan social, financier, des propositions faites. Connaissant les propositions du compétiteur, un repreneur pourrait être tenté d'améliorer ses propositions pour le plus grand bien des salariés et des créanciers.

L'aspect négatif de cette communication des offres à tout repreneur, je le trouve dans l'existence même de ces surenchères qui pourraient être simplement fondées sur une volonté d'emporter à tout prix une affaire et non pas sur la réalité économique et les contraintes économiques de l'entreprise en difficulté. J'avoue que sur ce deuxième point : faut-il communiquer les offres à tous les repreneurs, j'avoue être perplexe.

J'aurais quand même tendance à céder à la mode et à dire : pourquoi ne pas faire un peu plus de transparence ? Pourquoi ne pas sacrifier à cette histoire contemporaine et donc pourquoi ne pas communiquer ces offres aux repreneurs qui le souhaitent ?

Troisième point, rapidement : le huis clos pour les audiences qui statuent sur les projets du plan. Ces audiences doivent-elles être publiques ? Là encore je crois que vis-à-vis des parties à la procédure, le fait que ces audiences soient publiques n'apportera strictement rien. Le débiteur est informé de tout ce qu'il doit connaître et tout ce qu'il connaît à savoir les propositions puisqu'il a eu connaissance du rapport de l'administrateur. Il a pu rencontrer les repreneurs. Le Parquet a eu communication du rapport fait par l'administrateur. Le représentant des créanciers, même chose, le comité d'entreprise même chose et le comité d'entreprise a, en outre, été informé par l'administrateur puisque l'administrateur est dans l'obligation de consulter le comité d'entreprise non seulement par un rapport écrit mais par un comité d'entreprise effectivement tenu et au terme duquel les salariés, par l'intermédiaire du comité d'entreprise ou des délégués du personnel, s'il n'y a pas de comité d'entreprise, feront part de leurs observations au tribunal.

Je crois que les parties à la procédure ne me semblent pas avoir intérêt à ce que les audiences soient publiques, cela n'apportera rien. Les seuls qui peuvent y avoir intérêt, ce sont les curieux, il y en a, mais aussi les repreneurs car il est vrai que les pratiques divergent selon les tribunaux.

Certains tribunaux sont très attachés à entendre les repreneurs en leurs explications mais cela n'est pas le cas général et là dessus le fait que les repreneurs puissent assister à l'audience peut permettre d'éclairer le tribunal sur tel ou tel point, sur tel ou tel aspect de leurs projets économiques.

Donc sur ce dernier point l'aspect public de l'audience statuant sur la procédure, sur l'issue de la procédure, je serais plus enthousiaste, une publicité à l'égard des repreneurs et donc à l'égard des tiers permettra de faire disparaître toute suspicion que pourrait craindre tout candidat repreneur, surtout s'il est évincé après. Il aura au cours de l'audience vraisemblablement compris les raisons qui feront que le tribunal choisira telle solution plutôt que telle autre.

Voilà les trois sujets que je voulais évoquer rapidement et je m'en tiendrai donc, là aussi, à l'introduction que M. Armand-Prevost nous a faite tout à l'heure, à savoir que la procédure collective est incontestablement une procédure qui exige plus de transparence que la prévention, vraisemblablement un peu moins de transparence que la liquidation et tout cela pourquoi ? Parce qu'il ne faut pas oublier qu'une entreprise est un corps fragile surtout lorsqu'elle est en difficultés en période d'observation, qu'il ne faut rien faire pour l'amoindrir par des initiatives intempestives ou un désir forcené de transparence mal venue

**M. LE PRÉSIDENT COSTES.** — Merci, Maître, pour vos propos mesurés, réfléchis, très éclairés. Au titre de l'information et plus particulièrement du plan de continuation et de cession, vous avez souvent indiqué que vous étiez perplexe. Vous avez évoqué le sentiment partagé, que la réponse était très difficile.

Je crois, comme vous l'avez dit, que le chef d'entreprise qui n'a pas mérité a droit à l'échec. Il faut tenir compte de la capacité du chef d'entreprise à redresser son entreprise, de sa volonté de sortir de ses difficultés.

Je voudrais dire aussi que, la plupart du temps, dans le cadre de la continuité de l'entreprise, c'est le chef d'entreprise qui fait la meilleure offre.

En ce qui concerne l'audience publique, je vois beaucoup de juges dans cette salle, nous sommes très perplexes. Aider l'entreprise à adopter un plan de continuation, cela relève du secret professionnel et il semble très malsain que des curieux, pourquoi pas des personnes malveillantes, des personnes qui sont susceptibles de jalouser, d'en vouloir au chef d'entreprise viennent perturber l'audience. Il me semble qu'après avoir réfléchi très longuement, je suis opposé à l'audience publique dans ce cadre-là.

## ■ SECRET ET TRANSPARENCE DANS LA LIQUIDATION JUDICIAIRE

*par Brigitte PENET-WEILLER*

*Mandataire judiciaire à la liquidation des entreprises*

Au fil des exposés de mes prédécesseurs, nous sommes sortis du nécessaire secret de la conciliation pour traverser le demi-jour du redressement judiciaire. Nous voici maintenant dans la pleine lumière qui entoure et doit entourer les opérations de liquidation judiciaire.

Il m'incombe de parler de lumière. Je dois vous avouer qu'il est très difficile pour le mandataire judiciaire que je suis de parler aujourd'hui de clarté et de transparence alors que, depuis maintenant 4 semaines, nous sommes dans l'obscurité totale : obscurité pour les entreprises et les personnes qui attendent une décision judiciaire, obscurité pour nombre de salariés qui attendent la signature du juge pour que leurs salaires soient pris en charge par les AGS, obscurité aussi pour les études de mandataires judiciaires qui sont totalement asphyxiées c'est-à-dire privées d'air et de lumière puisqu'en l'absence de signatures des ordonnances permettant de percevoir les émoluments correspondant à un travail déjà effectué, elles ne peuvent, d'ores et déjà, plus faire face aux échéances normales d'une entreprise mais qu'en plus par l'absence totale ou quasi totale d'enregistrement de chiffre d'affaires depuis 4 semaines, elles seront inévitablement conduites à des difficultés financières d'une autre nature.

Mais revenons à la transparence qui nous réunit ce soir. La transparence c'est la qualité de ce qui peut être vu et connu de tous. Nous pouvons parler de lumière c'est à dire de ce qui éclaire les objets et les rend visibles. Dans une liquidation judiciaire, la règle doit donc être la transparence et la lumière.

Pour comprendre comment elle pourrait s'appliquer, il faut nous arrêter sur ce qu'est une liquidation judiciaire.

Une liquidation judiciaire c'est un constat d'échec pour l'entrepreneur qui a construit le plus souvent seul. C'est la rencontre des intérêts contradictoires entre ceux qui ont des droits et ceux qui les perdent. Une liquidation judiciaire c'est donc bien plus que la vente des actifs pour payer le passif, c'est avant tout la fermeture d'une entreprise dans le respect des droits de chacun et celui qui est chargé de faire respecter ces droits c'est le liquidateur dans le cadre du service public de la Justice auquel il participe.

Pour ce mandataire de justice, agir dans la transparence est avant tout un gage de sécurité pour lui-même. Nous avons vu qu'il est au carrefour d'intérêts

qui peuvent être lourds sur le plan humain et qui sont, le plus souvent, contradictoires. Il recueille conflits, tensions et rancœurs inévitablement liés à la fermeture de l'entreprise. Il ne pourra satisfaire tout le monde et les déçus auront beau jeu de reprocher, de dénigrer et de critiquer.

Aussi un mandataire de justice qui n'agit pas dans la transparence est-il un mandataire de justice en danger. Expliquer et réexpliquer pourquoi, comment et dans quel but il agit, va donc faire également partie de sa mission.

C'est pourquoi ont été mis en place, il y a maintenant presque une dizaine d'années, par les mandataires judiciaires exerçant habituellement près le tribunal de commerce de Paris des règles communes de fonctionnement et des méthodes de traitement des dossiers.

Ces règles sont regroupées dans ce que nous appelons la convention technique. Cette convention technique a été élaborée par les professionnels en concertation avec le tribunal et notamment le Président Armand-Prevost mais également en concertation avec le procureur de la République.

Cette convention technique est un véritable protocole de transparence puisqu'elle ajoute des règles déontologiques aux textes légaux, qu'elle a établi les règles de fonctionnement des procédures collectives depuis l'enquête préalable jusqu'à la clôture de la procédure, à la reddition des comptes en passant par la réalisation des actifs - mais j'y reviendrai - la vérification du passif et l'éventuelle mise en œuvre de sanctions.

Il s'agit là d'une première tentative de normalisation des méthodes, d'une première approche d'une norme Iso sur laquelle plusieurs d'entre nous travaillons actuellement qui devrait aboutir dans les mois qui viennent.

La transparence passe d'abord par l'information. Pour que cette information ne reste pas confidentielle, le mandataire de justice devra organiser la communication des informations au plus grand nombre. Organiser l'information cela passe par l'information du personnel de nos études et la mise en place des moyens nécessaires, communication au juge-commissaire, au tribunal et au procureur de la République par l'intermédiaire de rapports et aussi de requêtes qui seront également accessibles aux tiers intéressés puisque déposés au greffe et notifiés par ses soins.

Le mandataire judiciaire est là pour faire rapport. Il doit rechercher tous les éléments d'information et les communiquer dans leur intégralité de telle manière que le juge soit parfaitement informé et puisse prendre sa décision dans la clarté et en toute connaissance.

Communication des informations au dirigeant qui a le droit de savoir ce que devient son entreprise et a le devoir de faire valoir son avis. Cette communication avec le dirigeant passe, avant tout, par des contacts directs et réguliers, notamment au cours de rendez-vous.

Communication aux salariés par l'intermédiaire de leurs représentants, instituée par la loi de 1985 dont l'utilité n'est plus à démontrer notamment dans le redressement judiciaire. Après la liquidation judiciaire, la communication est, le plus souvent directe entre le mandataire et chacun des salariés de l'entreprise. N'oublions pas que si les salariés sont les premières victimes d'une liquidation judiciaire, ils sont parfois aussi les plus heureux de l'ouverture de la procédure.

Dans la période qui a précédé le jugement ils sont parfois hors du droit, hors de leurs propres droits. Je m'explique. Ils sont salariés mais ne perçoivent plus de salaires. Ils sont soumis à lien de subordination avec leur employeur mais celui-ci n'est plus en mesure de remplir cette fonction quand il n'a pas purement et simplement disparu. Ils ne peuvent bénéficier des indemnités de chômage puisque le contrat de travail n'est pas rompu.

Lorsque, j'allais dire enfin, la liquidation judiciaire est prononcée, ils vont retrouver un interlocuteur, le liquidateur qui va leur permettre d'être remplis de leurs droits. C'est la raison pour laquelle la communication avec les salariés est, le plus souvent, individuelle.

Communication des informations également à chacun des cocontractants de l'entreprise défaillante. Il serait long et fastidieux de les énumérer ici. Chacun a droit à cette information même si, et c'est là une vraie difficulté, ces tiers ne sont pas toujours connus. C'est certainement vis-à-vis de ces tiers-là que l'information est la plus complexe à organiser.

Je ne crois pas beaucoup à la communication par le moyen des journaux d'annonces légales, sauf peut-être vis-à-vis des administrations. Je ne crois pas non plus beaucoup à la communication par le renvoi sur le greffe pour y consulter les documents et états que nous avons l'obligation d'y déposer.

La communication des informations aux tiers, en particulier aux créanciers, passe, bien sûr, par les réponses apportées aux demandes directes qui sont faites au liquidateur. Elle passe aussi par l'utilisation des moyens actuels de communication et notamment Internet. Je reconnais que, là, nous avons des progrès à faire, ils sont en cours.

La difficulté réside notamment dans le fait que communiquer des informations et notamment les informations juridiques sur les étapes de la procédure suppose que ces informations soient quotidiennement tenues à jour. Une telle actualisation permanente et fiable suppose des investissements techniques et financiers lourds.

Cet effort a été initié par plusieurs professionnels. Il sera poursuivi si nous avons une visibilité à moyen terme sur notre avenir. Je veux y croire. J'espère que bientôt verront le jour des sites WEB sur lesquels figureront des informations relatives à chacune des procédures depuis la nature de l'activité, le nombre de salariés, le montant du passif jusqu'à chacun des jugements et ordonnances intervenus dans chacune des procédures.

Transparence et lumière doivent également être présentes dans la phase délicate de la réalisation des actifs. Comment organiser cette transparence ?

En ce qui concerne les biens immobiliers ou les immeubles, les choses sont relativement simples à régler, notamment celles indiquées par la convention technique dont je vous ai parlé. Si la vente aux enchères publiques passe par le ministère d'un officier ministériel, commissaire-priseur, avocat s'il s'agit de vente à la barre du tribunal de grande instance, les publicités préalables ont été faites dans des journaux périodiques qui restent les meilleurs supports mais aussi, et depuis longtemps, sur Minitel et Internet.

En revanche lorsque pour différentes raisons qui ne sont pas mon sujet d'aujourd'hui la vente ne peut se faire que de gré à gré, c'est là que nous devons

veiller à ce que la vente se déroule en toute transparence. Il y va de la sécurité même de chacune des parties, du vendeur es-qualités qu'est le mandataire de justice mais également de l'acquéreur. C'est ainsi et ainsi seulement que pourront être écartés les soupçons de collusion.

C'est pour mettre en place cette transparence dans les ventes amiables qu'est née ce qu'on appelle aujourd'hui la procédure de remise des offres sous pli cacheté. Il s'agit d'une création prétorienne notamment du tribunal de commerce de Paris pour la cession amiable des fonds de commerce en particulier, qui regroupe à la fois transparence et sécurité juridique nécessaires à toute transaction.

C'est en fait l'adaptation de l'article 622-18 du Code de commerce, l'ancien article 156 de la loi du 25 janvier 1985.

La procédure est organisée, les règles en sont connues et sont communiquées à toute personne désirant faire une offre. Le juge-commissaire fixe une date à laquelle il recevra les offres. Cette date doit être suffisamment éloignée pour que puissent être organisées les visites des fonds de commerce et qu'il y ait une publicité aussi large que possible par tous les supports qui s'avèrent nécessaires.

Le jour de l'audience le juge-commissaire reçoit les offres en présence d'un huissier qui dresse procès-verbal et, chaque fois que cela s'avère nécessaire, le Procureur de la République est présent. L'ordonnance de cession ne sera rendue qu'après, chacun ayant pu ainsi faire valoir ses observations et ses propositions.

En guise de conclusion, je rappellerai que parce que nous gérons des conflits, nous intervenons toujours dans l'urgence. Pour nos interlocuteurs, chacune des questions qu'ils nous soumettent est prioritaire. Dans cette urgence notre seule sécurité c'est la transparence.

Finalement la transparence n'est pas autre chose que le respect strict des règles de procédure qui sont garantes de la sécurité juridique.

La transparence c'est également le respect du contradictoire parce qu'ayant eu les informations nécessaires, chacune des parties intéressées aura pu librement faire valoir ses observations.

Je vous remercie.

**M. LE PRÉSIDENT COSTES.** — Merci Madame. Ce n'est pas le lieu des doléances mais je voudrais vous dire que le tribunal de commerce déplore cette obscurité totale que vous dénoncez. C'est pour un bon fonctionnement de la justice que la justice commerciale est en panne aujourd'hui.

Depuis de très nombreuses années, nous demandons qu'une réforme ait lieu, que la réforme des tribunaux de commerce ait lieu mais de manière utile, simple et bien ciblée, ciblée sur les domaines où les reproches sont les plus souvent formulés et non pas sur les hommes et les acteurs de la Justice.

Je vous rejoins totalement quand vous dites que les dirigeants, les partenaires de l'entreprise, les salariés ont besoin de communication, ont besoin de transparence, c'est évident. Je vous dirai même que le juge aussi a besoin de communication et de transparence.

Je crois qu'aujourd'hui la juridiction commerciale traverse une crise, que cette crise est nécessaire parce qu'elle couve depuis 20 ans et même plus. Et je crois qu'il est nécessaire qu'enfin il y ait une vraie réforme sur la procédure collective, que les débiteurs ne reprochent plus au juge-commissaire, à tous les acteurs de la justice commerciale un défaut de communication, de transparence, qui leur donne l'impression d'être dépouillés devant leurs difficultés.

Cette réforme est vraiment nécessaire. Il est vraiment nécessaire qu'un jour il y ait un système de liquidation judiciaire qui permette à tous les acteurs de bien traiter les difficultés dans le cadre des entreprises, que, dans le cadre de la liquidation judiciaire, le juge-commissaire, ainsi que le mandataire de justice, n'ait pas des centaines d'entreprises à surveiller, à contrôler, à gérer puisque, dans le cadre d'une liquidation judiciaire, le chef d'entreprise est dessaisi au profit du juge et du mandataire qui est l'auxiliaire du juge.

C'est aussi un problème de ne pas savoir valoriser, commercialiser les actifs. Donc vous comprenez, Madame, qu'aujourd'hui la crise doit aboutir vers une vraie réforme qui soit nécessaire, utile, qui étouffe définitivement les reproches qui sont faits à la justice commerciale, pas seulement aux juges bien sûr, mais à tous les intervenants dans ce cadre-là.

**M. LE PRÉSIDENT ARMAND-PREVOST.** — Monsieur le Président vous voyez que le sujet qui avait été choisi à une période où il nous paraissait d'actualité s'est révélé encore plus d'actualité.

La dernière intervention est consacrée au problème du respect des droits de la défense particulièrement à l'occasion des sanctions patrimoniales et personnelles, mais d'une manière générale dans la procédure collective et qui mieux que notre confrère Bernard Lyonnet pouvait traiter ce sujet avec sa grande expérience et sa connaissance du souci qu'ont les juridictions, y compris la Cour de cassation car, quelquefois, on reproche à la Cour de cassation d'exercer un contrôle mais si ce contrôle est exercé notamment dans ce domaine-là c'est justement parce que c'est un domaine qui est particulièrement sensible parce qu'il touche l'homme ou la femme au plus profond et au plus respectable de ce qu'il y a en chacun d'entre nous.

## ■ LES EXIGENCES DES DROITS DE LA DÉFENSE

*par Bernard LYONNET*

*Avocat au Barreau de Paris, Ancien Agrégé, AMCO*

Dans la procédure collective, que faut-il penser de la publicité des informations et des débats ?

### I Confluent de principes contradictoires

Nous quittons les couloirs feutrés de la prévention où les acteurs s'avancent, masqués.

Nous entrons dans la lumière de la procédure, sous les phares de la juridiction consulaire.

C'est, en effet dans le cadre des salles d'audience que la procédure collective, tout au moins dans ses phases essentielles, va se dérouler.

Est-ce à dire que tout se passe, pour autant, de manière parfaitement ouverte ?

C'est ainsi poser la question de la publicité des informations et des débats.

Ici s'affrontent des forces contraires

- Faut-il privilégier une concurrence libre en face de la protection prodiguée par le législateur aux entreprises en difficultés ?
- Faut-il préserver le crédit du commerçant en difficulté, et la confiance de ses créanciers, au regard des nécessités d'un marché ouvert ?
- Faut-il consolider le secret des affaires, face aux espions et aux prédateurs de tous poils ?
- Faut-il, à la faveur d'un système législatif, tel celui de la loi de 1985, maintenir, grâce à la confiance de la procédure, des entreprises moribondes, au détriment des entreprises saines ?
- Faut-il atteindre l'honorabilité de commerçants ou de dirigeants qui ont souffert d'une conjoncture difficile, au regard des préceptes divins, de la dignité des hommes et du pardon de la Société ?
- Faut-il privilégier à tout prix l'information et jeter entreprises malades et dirigeants malheureux en pâture aux tentacules avides de médias déformants ?
- Faut-il, à la faveur de la distinction classique de l'homme et de l'entreprise, tout faire pour sauver la seconde, et enfoncer le premier ?
- Faut-il afficher les sanctions dans un but moralisateur ? Mais qu'est-ce que la morale ?

Voici quelques pierres de touche des questions qu'appelle un tel débat dont les enjeux apparents dépassent largement la sécheresse des textes.

## **II Les deux ordres de publicité**

En allant du thème apparemment le plus simple, au sujet incontestablement le plus mobilisateur, il faut voir successivement

- la publicité de l'information, tout d'abord,
- puis la publicité des débats.

Mais, en fait, le premier point est aussi lourd de conséquences que le second.

### **A. Publicité de l'information**

En définitive, et en dépit des apparences, la publicité des informations concernant le déroulement d'une procédure collective est la plus cruelle puisqu'elle délivre une nouvelle à l'état brut :

- telle entreprise est en cessation des paiements,
- tel dirigeant est frappé de faillite personnelle,

et ceci à titre d'exemples.

On peut donc se demander si cette publicité de l'information n'est pas largement suffisante pour éclairer le public et contenter les journalistes.

N'est-elle pas la publicité idéale, rappelant celle qui, à Venise, frappait le commerçant déclaré en faillite : on brisait son ban, c'est-à-dire son étal. d'où la racine du terme banqueroute.

Ainsi, tout le monde était informé.

Cette publicité de l'information dans notre société policée, ou qui pense l'être, est très efficace en matière de procédure collective puisqu'elle va livrer la nouvelle des principales étapes du déroulement de la procédure,

- pour autant que le public lise les journaux rébarbatifs qui constituent le support de cette publicité
- pour autant également que le public ne manque pas de rendre visite, quotidiennement, aux services du greffe.

Il est cependant à observer que le greffe peut être aujourd'hui interrogé par minitel.

Ainsi, non seulement les décisions marquant les moments essentiels de la procédure collective font-elles l'objet de publication dans la presse spécialisée,

Mais encore, la consultation du greffe permet-elle de renseigner sur des éléments aussi importants que :

- les caractéristiques essentielles des éléments d'actif pouvant faire l'objet d'un plan de redressement, cette information étant à disposition du public <sup>1</sup> ;
- le rapport de l'administrateur comportant en annexe les offres des candidats repreneurs, communiqué à tout créancier <sup>2</sup>.

---

1. Article 32 du décret du 27 décembre 1985.

2. Articles 18 et 21 de la loi du 25 janvier 1985 [aujourd'hui articles L.621-54 et L.621-57 du nouveau Code de commerce] - article 44 du décret du 27 décembre 1985.

Dans le document de travail établi par la Chancellerie pour présenter le projet de réforme des procédures collectives, il peut donc être précisé, à juste titre, que les décisions essentielles concernant la procédure collective sont publiées.

Il est également rappelé que le décret du 21 octobre 1994 permet à tout créancier de demander à être tenu informé des étapes essentielles de la procédure<sup>3</sup>.

La Chancellerie conclut sur ce point dans son document de travail que « les procédures collectives, si elles échappent à la publicité de droit commun, présentent déjà une certaine transparence, à l'égard des interlocuteurs habituels de l'entreprise ».

Ce qui conduit à s'interroger : tout ceci n'est-il pas largement suffisant pour assurer la publicité du déroulement des procédures collectives ?

D'où surgit la deuxième question : la publicité des débats.

## B. Publicité des débats

Cette question, éminente, est à situer dans la lumière de plusieurs textes qui n'apparaissent pas nécessairement compatibles :

### 1. Les textes

Tout d'abord, et puisqu'il faut commencer par le commencement, s'imposent à tous la Convention Européenne des Droits de l'Homme (article 6-1) et la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme (article 10).

Ces textes, d'application souveraine, veulent que la « cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial ».

Il faut ajouter, cependant, que l'article 6-1 de la Convention prévoit des assouplissements à ce principe, notamment en ce qui concerne « la protection de la vie privée des parties » ou encore « lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice ».

Ces règles correspondent :

- d'une part, à la nécessité d'assurer la nécessaire confiance que l'on doit avoir en la Justice, grâce au caractère équitable du procès,
- d'autre part, à la recherche d'un équilibre entre cette publicité et certains impératifs qui constituent autant d'exceptions au principe.

Ainsi est consacrée cette notion de transparence qui mobilise tant les esprits à l'heure présente.

A vrai dire, en France nous n'avions pas attendu de tels textes de nature continentale ou planétaire, pour imaginer que le procès, au travers de ses débats, devait être public.

C'est l'objet même de plusieurs textes impérieux de notre procédure civile :

- Article 22 du NCPC : « Les débats sont publics, sauf les cas où la loi exige ou permet qu'ils aient lieu en Chambre du Conseil ».

Déjà cette formation spéciale du tribunal en Chambre du Conseil prend droit de cité

---

3. Article 27 alinea 2 du décret du 27 décembre 1985.

Cette nécessité du huis clos s'impose d'autant plus que l'on doit imaginer les hypothèses, qui ne sont pas rarissimes, en lesquelles

- le demandeur à l'ouverture d'une procédure collective est débouté,
- le débiteur qui procède au dépôt de son bilan, décide de rétracter celui-ci.

*b) Le plan de redressement*

Ici, c'est de manière peut être contestable le décret d'application de la loi qui, comme en matière de sanction d'ailleurs, veut que le débat ait lieu en Chambre du Conseil.

En effet, on peut considérer qu'il faut un texte législatif pour restreindre le domaine d'un principe général du Droit.

A ce second stade de la procédure collective, il semble qu'en fait et afin de permettre la meilleure diffusion de la présentation d'un plan de continuation ou de l'offre de cession de l'entreprise, il convient de faire confiance à l'information, bien plus qu'à la publicité du débat lui-même.

C'est ici que toutes modifications des textes, permettant d'ouvrir le marché au plus large, ne peuvent être que les bienvenues.

Toutefois, faut-il pour autant que les débats eux-mêmes, une fois les différentes propositions clairement enregistrées, se déroulent en public ?

Ne convient-il pas de maintenir à ce stade le huis clos :

— afin d'éviter le trouble qui pourrait être apporté par la tentation de surenchères,

— afin d'interdire la présence de tiers venus s'informer dans un esprit qui n'est peut être pas nécessairement pur ?

Par conséquent, ici encore, le maintien du principe de la Chambre du Conseil, dès lors qu'une information complète aura été diffusée afin de susciter les meilleures offres, s'explique-t-il parfaitement, tel qu'il est disposé par l'article 86 du décret du 27 décembre 1985.

En revanche, la présence aux débats des repreneurs pourrait être admise afin qu'ils justifient des qualités de leurs offres respectives devant le tribunal.

Il faut observer, en outre, que le tribunal peut décider d'entendre qui il veut afin de s'éclairer.

*c) Les sanctions*

Par ce vocable, généralement retenu, il faut entendre aussi bien les instances en comblement de passif, que les sanctions personnelles.

La question ici est encore plus épineuse car il s'agit, le plus souvent, de la réputation, voire de l'honneur, du dirigeant qui est cité en Chambre du Conseil.

Faut-il alors décider que le défendeur puisse faire librement choix

- soit de la clarté, parfois justificatrice, du débat public,
- soit de la discrétion, parfois complice du huis clos,

Faut-il, au contraire, dire que c'est la loi qui imposera la formule adéquate pour une procédure aussi grave.

Sur ce sujet, un remarquable arrêt de la cour d'appel de Paris en sa 3<sup>e</sup> Chambre, sous la présidence de Monsieur Feuillard, a le mérite d'avoir parfaitement posé les éléments de réponse.

Au cas particulier, et dans une affaire pour le moins tapageuse, et dont certains entendaient faire une tribune, il se trouvait que l'une des parties sollicitait la publicité du débat, alors que la situation apparaît claire, à la lecture des dispositions de l'article 169 du Décret du 27 décembre 1985, renvoyant lui-même à l'article 164 : l'audition du ou des dirigeants se déroule « en Chambre du Conseil ».

Cette règle valant aussi bien pour les sanctions personnelles que pour le comblement de passif.

C'est en cet état que la cour de Paris, dans son arrêt du 26 janvier 1996, après avoir rappelé que « la publicité des débats judiciaires tend essentiellement à protéger les justiciables contre une justice secrète » dégage les raisons, majeures, pour lesquelles le huis clos se justifie cependant en ces matières

— tout d'abord, « la décision est rendue, dans tous les cas, publiquement » ;

— puis, en se référant aux particularités de la procédure ainsi mise en œuvre, la Cour ajoute que : « l'audition en Chambre du Conseil des dirigeants au stade de la première instance tend notamment à préserver la confidentialité des faits susceptibles d'être imputés à ces derniers alors que, même établis, les griefs ou fautes de gestion définis par la loi peuvent être écartés par le Juge, la décision sur l'opportunité d'appliquer une sanction personnelle ou patrimoniale, même légalement encourue par un dirigeant, étant laissée à sa conscience ».

Ainsi, ajoute la cour : « La procédure, telle qu'organisée par le droit interne français, protège à la fois l'intérêt personnel du dirigeant et l'intérêt public d'une bonne administration de la Justice ».

De la sorte, la cour répond à la question fondamentale de savoir si la procédure en Chambre du Conseil est compatible avec la Convention Européenne, dont on sait qu'elle énonce, en même temps que le principe, un certain nombre d'assouplissements dont relèvent précisément les considérants de la cour.

Puis, la cour, avec finesse, remarque que : « en cas d'appel, outre le fait que la décision est prononcée en audience publique, les débats devant la cour sont eux-mêmes publics dès lors que le dirigeant mis en cause comparait en qualité d'appelant ou d'intimé ».

De sorte, ajoute la cour, que la juridiction d'appel est ainsi appelée à connaître de l'affaire dans tous ses éléments.

Enfin, la Cour conclut, dans le rigoureux équilibre de son raisonnement : « Aucun dirigeant ne peut, dès lors, être admis à réclamer, pour lui-même, la publicité des débats devant le Tribunal, puisque cette publicité serait contraire aux intérêts mentionnés plus haut, spécialement ceux des co-dirigeants mis en cause » (dont rien ne dit qu'ils auraient particulièrement apprécié la publicité des débats).

Il faut aussi considérer, en pratique, que par l'effet d'un certain endormissement de l'affaire, il s'avère que, d'une manière générale, la tension attachée au dossier, telle qu'elle se manifeste en première instance, a perdu une grande partie de son intensité lorsque l'affaire est évoquée devant la juridiction d'appel.

\*  
\* \*

Ainsi la cour de Paris a parfaitement exprimé tous les éléments de l'équilibre qu'il convient de rechercher et de justifier :

— entre la nécessité d'exclure les procédures secrètes, qui échappent au contrôle du public <sup>4</sup> ;

— et, par ailleurs, le droit à la discrétion et à la protection des intérêts personnels du dirigeant qui légitiment l'impératif du silence.

\*  
\* \*

En définitive, c'est donc par un faisceau de considérations diverses que se dégage la justification des débats en Chambre du Conseil au niveau de la première instance, en appliquant à ce point le principe d'une appréciation globale du procès.

C'est donc l'ensemble de la procédure qui doit répondre au but recherché d'un procès équitable.

C'est ainsi qu'en définitive, cet impératif, posé par la Convention Européenne, trouve sa meilleure application dans la conjonction :

— d'une part, de débats de première instance à l'abri du huis clos,

— d'autre part, de la publicité de l'audience devant la cour d'appel.

Ainsi le souci de protection du justiciable apparaît clairement assuré, dans un parfait équilibre.

On peut utilement conclure sur ces divers points, en retenant l'excellente formule du Professeur Alain Bernard, dans son commentaire sur l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 26 janvier 1996 : « *En conclusion, tenir toujours les débats en Chambre du Conseil permet un juste équilibre puisqu'une discrétion provisoire balance une indiscretion grave* ».

\*  
\* \*

Reste un point qui doit être soulevé par l'avocat qui s'exprime devant vous, dans le souci d'assurer au mieux les droits de la défense.

Il se trouve, en effet, que l'usage s'est installé que le Ministère Public, dans les causes de sanctions personnelles et de comblement de passif, s'exprime au terme des débats, sauf, bien entendu, dans le cas où il est lui-même demandeur.

Ne conviendrait-il pas que la parole soit laissée en dernier au dirigeant qui comparait devant ses Juges, en position d'accusé ?

### **III Les projets**

Deux « systèmes » sont en présence en dehors de la solution qui consisterait à maintenir purement et simplement les règles actuelles de procédure

— la Chancellerie, dans l'avant-projet de loi accompagnant son document de travail préparatoire, propose un nouvel article L.627-6 :

---

4. Armand-Prevost, « La transparence dans les procédures collectives », *Gaz. Pal.*, 8/9 octobre 1997, p. 10.

- qui maintient le principe des débats en Chambre du conseil, pour l'ouverture de la procédure, et ceci de manière absolue,
  - qui, en revanche, retient le principe de la publicité des débats après cette ouverture, dès lors qu'en font la demande
    - le mandataire judiciaire,
    - l'administrateur judiciaire,
    - le liquidateur,
    - le représentant des salariés,
    - ou le procureur de la République.
  - Enfin, et en écho au principe de l'imperium, il serait posé que le président du tribunal peut, de toute manière, décider la tenue des débats en Chambre du Conseil « *s'il survient des désordres de nature à troubler la sérénité de la Justice* ».
- De son côté, la Commission des Lois, qui veut invariablement en faire plus, a adopté un amendement, lequel propose, dans un souci de transparence, « *la publicité des débats menés au sein du tribunal concernant les procédures collectives* » et ceci « *dans un souci de transparence* ».
- Il apparaît que le vœu ainsi exprimé par la Commission des Lois vient en contradiction directe de l'ensemble des impératifs qui viennent d'être exposés, et qui justifient, dans certains cas, le maintien de l'audience à huis clos.

## **Conclusion**

Même si l'on n'approuve pas les diableries de la Commission d'Enquête Parlementaire, on peut s'interroger sur le point de savoir si la question de la conduite des débats en Chambre du Conseil, sauf au niveau de l'ouverture de la procédure collective, constitue un point essentiel.

On peut, en effet, s'interroger sur l'utilité et l'efficacité du secret couvrant le déroulement des instances en matière de sanctions personnelles et de comblement de passif.

Peut être, à ce sujet, peut-on aller jusqu'à conclure avec Congreve : « *Je savais que c'est un secret : tout le monde le sait* ».

Ce propos désabusé faisant écho lui-même à Marivaux : « *Je sais garder un secret, pourvu qu'il ne m'échappe* ».

**M. LE PRÉSIDENT COSTES.** — Merci, Maître. C'est toujours un grand plaisir de vous écouter et de se laisser porter par votre science historique et contemporaine du sujet que vous commentez.

Vous avez dit : est-ce que la société doit afficher la défaillance du chef d'entreprise ? J'ai dit qu'il fallait être prudent car, à mon avis, c'est quand même une sanction supplémentaire. Il ne faut pas oublier que le chef d'entreprise, dans le cadre des sanctions, a généralement perdu son entreprise, son honneur, sa confiance, cela aussi ce sont des sanctions.

Vous avez évoqué la publicité de l'information. Tout dépend si on parle du caractère économique ou répressif. Sur le caractère économique, la publicité de

l'information peut provoquer une certaine défiance à l'égard du débiteur malheureux, de l'entreprise.

Sur la publicité des débats, pour le bon déroulement de la procédure collective, sauf exception évoquée tout à l'heure, je crois que la publicité des débats est nécessaire à ce bon déroulement. Il ne faut pas oublier qu'il faut prendre en considération le débiteur malheureux, il y a des intérêts en jeu dans l'entreprise, et éviter aussi, comme cela a été dit tout à l'heure, un certain désordre.

En conclusion je dirai que les sanctions assurent l'intérêt public et laisser la parole en dernier au dirigeant, comme vous le proposez, Maître, c'est peut-être déjà un premier moyen, un début d'assurer l'intérêt personnel du débiteur.

**M. LE PRÉSIDENT ARMAND-PREVOST.** — Merci beaucoup, Monsieur Le Président. Je pense que mon ami Bernard Lyonnet ne m'en voudra pas car je partage son idée sur l'ordre de parole en Chambre du Conseil mais avant de clore temporairement notre table ronde, je voudrais néanmoins donner la parole à un représentant du Parquet et je vois que M. Fabien Bonan est présent. Je vous promets d'organiser mieux les débats à l'avenir et de demander au représentant du Parquet de parler avant M<sup>e</sup> Lyonnet !

## ■ Intervention

*de Fabien BONAN*

*Premier Substitut du procureur de la République  
près le Tribunal de grande instance de Paris*

Effectivement le parquet a été interpellé, on a beaucoup parlé de lui. Malheureusement aucun de ses représentants n'était à la table.

Je souhaiterais faire quelques observations, d'abord répondre à M<sup>e</sup> Lyonnet sur le fait qu'en matière de procédure de sanctions le parquet a la parole en dernier. Comme vous l'avez rappelé, le parquet en chambre de sanctions, sauf cas exceptionnel où il est demandeur, où c'est lui qui a cité le dirigeant, est partie jointe. Le parquet n'est pas du tout, sauf devant le tribunal correctionnel, le demandeur au procès. Le parquet, en chambre de sanctions devant le tribunal de commerce est un peu à l'image d'un commissaire du Gouvernement devant la juridiction administrative, voire un avocat général à la Cour de cassation.

Après le commissaire du Gouvernement, après l'avocat général, on ne parle pas, car il est l'avocat de la loi, il a entendu tout le monde, son but est d'essayer de faire une synthèse, de donner un sentiment pour faire réagir la juridiction qui sera amenée, elle, souverainement, à prendre la décision.

C'est la raison de pure procédure qui fait qu'évidemment le parquet a la parole en dernier en Chambre du Conseil. Je ne vois aucun inconvénient à ce que le débiteur et son conseil prennent la parole après mes conclusions, je dis bien conclusions et non pas réquisitions car nous ne sommes pas en matière pénale.

En règle générale, lorsqu'un avocat ou le dirigeant souhaite parler après les conclusions du parquet, pour ce qui me concerne, et mes collègues auront le même sentiment, nous n'y voyons aucun inconvénient. C'est un problème qui rejoint davantage la procédure car c'est le Code de procédure civile qui s'applique en chambre de sanctions et non pas le Code de procédure pénale.

Je souhaiterais également donner un point de vue général sur tout ce qui a été dit. Je voudrais dire que je comprends tout à fait l'émotion que je sentais dans la voix de M<sup>e</sup> Brigitte Penet-Weiller sur les difficultés que ressentent aujourd'hui les mandataires liquidateurs qui doivent faire face à des difficultés pour eux-mêmes, pour leur personnel, pour les dirigeants, pour les salariés, pour les créanciers, pour les biens, les actifs, c'est excessivement difficile en ce moment de faire face à cette tâche.

Que M<sup>e</sup> Penet-Weiller et ses confrères sachent que le parquet les soutient avec les moyens dont il dispose.

On a parlé de transparence et je crois qu'il y a une conclusion générale que l'on peut faire : la transparence ne doit pas constituer une idéologie, la transparence ne doit pas devenir une religion.

On a opposé la transparence au secret professionnel, au secret des affaires, j'ai même entendu secret de polichinelle, c'est la même chose. En réalité la véritable transparence c'est purement et simplement la loi, c'est la loi de fond et c'est aussi et surtout la loi de procédure.

Je crois qu'effectivement lorsqu'on respecte la loi dans son esprit, pas seulement dans sa lettre, lorsqu'on fait preuve d'humanité, qu'on fait l'effort de communiquer avec les personnes qui sont intéressées directement et indirectement, je crois qu'on ne faillit pas à cette mission de transparence.

Et je voudrais dire qu'en règle générale, lorsqu'il y a des difficultés qui tiennent à la transparence, un défaut de transparence ou un ensemble de défauts de transparence, tout remonte au parquet. Dès que quelque chose ne va pas on écrit au procureur de la République. Je reçois tous les jours des lettres de gens qui se plaignent, en règle générale, du fonctionnement, telles étude d'administrateur ou de liquidateur, du comportement de tel personnage.

Nous essayons évidemment de faire en sorte de parvenir à donner l'information. Je crois que la véritable transparence c'est de communiquer avec des gens, de communiquer en dehors peut-être du langage ésotérique qui échappe le plus souvent aux personnes qui sont intéressées. Les dirigeants qui sont soumis à des procédures collectives sont des gens qui sont en situation d'échec. Je ne sais plus quel avocat me disait que c'était les trois D : dépôt de bilan, divorce, dépression.

Ce sont des situations excessivement difficiles sur un plan humain, psychologique. Nous devons faire encore davantage montre d'humanité et d'information par rapport à ces personnes qui sont des dirigeants, qui n'ont pas forcément failli, qui sont très loin d'être tous des gens malfaisants ou des gens qui ont violé la loi. Statistiquement c'est à peine 2 % des procédures collectives qui vont ensuite devant les juridictions pénales.

Voilà ce que j'avais à dire pour conclure par rapport au rôle du parquet dans ces procédures.

**M. LE PRÉSIDENT ARMAND-PREVOST.** — Merci beaucoup. Je crois qu'en raison de l'heure tardive nous allons arrêter notre table ronde étant entendu que les membres de l'Association savent qu'ils pourront continuer le dialogue.

Je crois que ce qui a été dit m'a paru être une matière à réflexions et si véritablement vous voulez retrouver un peu de clarté, un peu de bon sens, un peu de sens pratique et beaucoup d'intelligence, relisez les propos d'introduction du Doyen Carbonnier dans ce colloque de 1993 sur la transparence.

*« La transparence apparaît pour ce qu'elle est réellement : la fille de l'interventionnisme, du dirigisme. Si ce n'est pas la loi, ce sera le juge. Il fera sortir une obligation de transparence de la notion de réticence ou de la théorie de la garantie, c'est-à-dire qu'il lui faudra un procès.*

*On est dans la transparence cristal et à l'arrivée c'est la transparence chicane. »*  
Essayons de ne pas en arriver là. Je vous remercie.