

LE CONTRÔLEUR

Marie-Anne FRISON-ROCHE

Professeur à l'Université Paris IX-Dauphine

Directeur de l'Institut de droit économique, fiscal et social

Le contrôleur ressemble à certains des personnages que l'on trouve dans ces feuilletons qui n'en finissent pas : une sorte de cousin éloigné et effacé de la famille, dont on connaissait vaguement l'existence, mentionnée il y a bien des épisodes, et qui resurgit d'une façon impromptue et spectaculaire, retient l'attention et prétend même avoir désormais un rôle de premier plan. C'est cette métamorphose à laquelle peut prétendre le contrôleur grâce à la volonté nouvelle du législateur. Cet élan a été complété et éclairé, voire amendé par le décret du 21 octobre 1994. C'est pourquoi il est intéressant de scruter ce personnage à cette dernière aune, vérifiant ainsi que le décret non seulement rend la loi effectivement applicable mais en formule rétrospectivement le sens.

2. Mais là aussi, il en est comme de certains adolescents un peu ingrats, et, dans le cas du contrôleur, un peu attardé si l'on songe au temps qu'il aura mis pour s'épanouir depuis le moment où la loi du 4 mars 1889 l'a évoqué : on ne sait trop ce que sera l'institution adulte. Avenir prometteur, sans doute ; assuré, certainement pas. Le contrôleur resurgit tout à coup et le mot redevient à la mode, à l'heure où le souvenir du contrôleur des lilas s'estompe.

Et les avis sont très partagés là dessus. Ainsi Michel Jeantin ne lui prête guère d'avenir (1) tandis que d'autres y voient la marque du nouveau cru de la législation de 1994. Il y a quelque chose d'exaltant d'étudier quelqu'un dont on sait si peu de chose, un personnage mystérieux qui se contente pour l'instant de promettre, et de promettre beaucoup, même si c'est parfois dans un climat de suspicion.

3. Ce qui est certain, c'est que la doctrine s'y intéresse désormais et il suffira de citer à ce titre des articles spécifique-

ment consacrés au contrôleur (2), celui de Jean-Baptiste Carpentier et Anne Charveriat (3), ou celui de Jean-Michel Calendini, ou celui de Michel Jockey (4). Le fait est nouveau. Le contrôleur va-t-il enfin sortir de sa « léthargie » (5), de sa « désuétude » (6) ? Le nouvel intérêt doctrinal le concernant est-il significatif et doit-on le prendre en considération ?

Certes, le droit des procédures collectives est avant tout affaire de pratiques consulaires et de comportements des entreprises, encadrés par un législateur vigilant et inquiet. Mais la doctrine — et l'on relèvera ici que les auteurs précités appartiennent au monde judiciaire et non au monde universitaire — n'est pas chose négligeable. Tout d'abord parce que la loi du 25 janvier 1985, sur laquelle les textes de 1994 ne font jamais que se greffer même si c'est pour y semer le désordre, est œuvre de doctrine. La doctrine est donc soucieuse de cette législation et curieuse des idées législatives nouvelles. En outre, la doctrine a pour fonction d'observer ; et celui qui observe un objet modifie l'objet par le regard qu'il porte, en raison de la perspective dans laquelle il le met ainsi. En cela, même si la doctrine voit dans une institution une potentialité que cette dernière ne possédait pas à l'origine, l'affirmation fait naître cette puissance. Les lendemains chantent mieux à travers les chœurs de la doctrine.

4. Enfin, si, d'une façon générale, lorsque la doctrine ne fait plus qu'un travail de répétition, d'affinement, d'approfondissement, elle n'a plus d'influence que sur elle-même, dans les cénacles spécifiques de l'université. Mais il faut alors, pour que le droit positif renvoie ainsi la doctrine à l'érudition, que la législation ait atteint un degré de maturité, de perfectionnement, d'autosuffisance pour n'avoir pas vraiment besoin d'éclairage doctrinaux qui sont autant de béquilles.

Quand la législation ne réussit pas dans sa fonction, c'est-à-dire « établir du raisonnable et établir du stable » (7), c'est l'effort doctrinal qui injectera la raison et la permanence qui font défaut. Dans le cas contraire, nul grand besoin de la doctrine. On dira pudiquement que ce n'est pas le cas du droit positif des défaillances d'entreprise. Ses lacunes et ses contradictions nouvelles rendent nécessaire l'apport doctrinal. Celui-ci sera d'autant plus précieux qu'il émane de praticiens, ceux-là même qui connaissent les pratiques et les enjeux concrets dont le droit des procédures collectives est en premier lieu constitué.

Il faut donc en conclure que la doctrine a un rôle important pour asseoir ou renvoyer dans l'ombre le contrôleur et, en l'état des textes et des insuffisances de ces derniers, on peut dire que la doctrine sera une source première du phénomène du contrôleur, de son existence, de son fonctionnement et de son ampleur éventuels.

5. En cela, elle se fait l'écho du souci que les travaux parlementaires ont eu du contrôleur, duquel on a beaucoup discuté et pour lequel des positions diverses se sont opposées. Certes, les travaux préparatoires n'ont pas de portée normative. Mais ils constituent là encore une doctrine « autorisée » et les ambiguïtés et contradictions de la nouvelle législation vont inciter à une consultation régulière des débats d'alors.

6. Il faut ainsi poursuivre l'effort de cette doctrine de diverses sortes et de tous côtés, essayer de regarder, avec le regard trop critique du doctrinal, du doctrinaire, qui écorche d'autant plus la loi et le jugement qu'il n'a pas en charge d'en façonner, et qui dans son excès même peut apporter une certaine lumière, même si cette lumière va dans les yeux du législateur. On peut donc concevoir un traitement propre-

(1) *Droit commercial. Instruments de paiement et de crédit. Entreprises en difficulté*, 4^e éd., Précis Dalloz, 1995, n° 999, p. 609.

(2) Pour une présentation très générale du contrôleur, telle qu'opérée dans les ouvrages généraux, v. not. A. Charveriat et S. Martin, *Défaillances d'entreprises. Régime juridique des procédures collectives*, éd. Francis Lefebvre, 1994, n° 238 s., p. 112 s. ; F. Derrida, P. Godé et J.-P. Sortais, *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises. Cinq années d'application de la loi du 25 janvier 1985*, 3^e éd., Dalloz, 1991, n° 122 s., p. 84 s. ; Y. Guyon, *Droit des affaires*, t. 2, *Entreprises en difficultés. Redressement judiciaire - faillite*, 4^e éd., Economica, 1993, n° 1166, p. 196 ; M. Jeantin, *préc.*, n° 999 s., p. 609 s. ; P. Le Cannu, J.-M. Lucheux, M. Pitron et J.-P. Sénéchal, *Entreprises en difficulté. Prévention, redressement et liquidation judiciaires*, coll. « Pratique des affaires », G.L.N. Joly, 1995, n° 393 s., p. 211 s. ; C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, coll. « Domat droit privé », Montchrestien, 1995, n° 439 s., p. 240 s.

(3) *Gaz. Pal.*, 3 mars 1995, p. 2 s.

ment doctrinal du thème du contrôleur, c'est-à-dire tenter de formuler des hypothèses en posant des questions incongrues et d'ouvrir des possibilités par le secours des argumentations, même si l'opinion qui en résulte est minoritaire. La question du contrôleur est tout à la fois suffisamment circonscrite et suffisamment importante quant aux principes pour que l'on songe à s'offrir ce plaisir. En outre, il n'est pas nécessaire d'avoir absolument raison dès l'instant que l'on n'a pas nécessairement tort.

Il convient de procéder le plus simplement possible, par les questions les plus naïves : qui est le contrôleur ? que fait le contrôleur ?

I. Qui est le contrôleur ?

7. On doit rechercher la définition du contrôleur. Mais cette définition peut être cernée par deux approches complémentaires, aboutissant à une définition cumulative du contrôleur, suivant que l'on recherche une définition substantielle du contrôleur, comme créancier particulier (A) ou qu'on s'oriente vers une définition processuelle du contrôleur, comme personne désignée par le juge-commissaire (B).

A. La définition substantielle du contrôleur comme créancier particulier

8. Aisée à première vue, la définition substantielle du contrôleur se heurte à des difficultés dès l'instant qu'on ne s'arrête précisément pas à la première impression. Dès lors, devient concevable l'affirmation selon laquelle c'est bien un intérêt collectif dont le contrôleur est représentatif (1.). Cela conduit ainsi à sa qualification comme tiers intéressé (2.).

1. Le contrôleur se distingue de l'organe par l'intérêt collectif qu'il défend

9. Le contrôleur est un créancier. Il n'est pas un organe. Il n'est qu'un créancier. Il est un créancier parmi d'autres. Il est un créancier ordinaire. Et l'on en conclut aussitôt qu'il ne représente que lui-même. Quel mérite particulier pourrait-on lui prêter pour qu'il en soit autrement ?

10. Il faut déjà nuancer cette affirmation et envisager l'analyse radicalement inverse : le contrôleur n'est-il pas un organe ? Certes, chacun le souligne, le législateur a intitulé la section dans laquelle son personnage est évoqué « Les organes de la procédure et les contrôleurs ». Mais quelle est la portée normative des titres des lois ? Les titres intérieurs des lois ne sont pas discutés ni amendés. En conséquence, leur normativité est beaucoup moins contraignante que si cela résultait du texte même des dispositions techniques (8). Il est vrai qu'en ce qui concerne le contrôleur, il est souvent mentionné distinctement des organes.

11. Mais l'on peut aller plus loin dans l'objection. En effet, un vieux débat existe sur la question de savoir si le législateur peut disposer de la nature juridique des mécanismes par rapport au régime juridique qu'il leur attache. En d'autres termes, un législateur peut-il lier le juge qui interprète le texte en identifiant une certaine nature juridique mais en lui attachant, effrontément en quelque sorte, un régime qui ne lui correspond pas ? On a eu tendance à répondre que le juge est lié davantage par le régime technique organisé et peut imposer la qualification de nature juridique qui lui correspond naturellement. Ainsi, concrètement, si le nouveau régime du contrôleur le fait correspondre à la définition de l'organe, alors la dénégation du législateur, mentionnée dans un titre à la normativité incertaine, ne pourra empêcher une telle reconnaissance par le juge de cette qualité.

D'ailleurs et enfin, l'ambiguïté de l'expression selon laquelle sans préjudice des droits des contrôleurs, le représentant des créanciers agit..., est susceptible de favoriser ce glissement (9).

12. Dans ces conditions, il est plus satisfaisant de confronter directement le régime juridique avéré attaché au contrôleur et une définition générale de ce qu'est un organe de la procédure. On trouve peu de trace d'une telle définition et sans doute faut-il s'inspirer de la définition très travaillée du service public — avec lequel l'exercice de la justice a toujours affaire — en retenant un

critère tenant à la forme, un critère tenant aux prérogatives concédées, un critère tenant à l'activité dont l'organe a la charge. On observera que ce dernier critère tend de plus en plus à prévaloir, les deux premiers n'étant que des indices de la qualification. On pourrait alors se hasarder à définir l'organe de la procédure comme une personne identifiée, désintéressée en ce qu'elle n'est pas personnellement partie au litige, en charge d'une mission concourant à l'exercice de la justice et dotée de ce titre de prérogatives adéquates. Dans ces conditions, on peut se demander si le contrôleur n'a pas substantiellement vocation à être qualifié d'organe de la procédure.

13. En tout état de cause, le contrôleur est-il un créancier si ordinaire ? On ne peut le dire dès l'instant que le texte prévoit, en cas de pluralité de contrôleurs, qu'au moins l'un appartient à la catégorie des créanciers chirographaires et l'autre à la catégorie des créanciers munis de sûretés. Mais il n'est plus alors ordinaire puisqu'il est qualifié ! Il est contrôleur en tant qu'il est exemplaire d'une catégorie de créanciers, créancier chirographaire ou créancier muni de sûreté et l'on arrive assez vite à dire qu'il en est représentatif... L'idée proposée au cours des travaux parlementaires d'un troisième contrôleur « identifié » pour être représentatif des créanciers publics est exemplaire de ce raisonnement.

14. Certes, il est représentatif et non représentant, puisqu'un organe, le représentant des créanciers, a le pouvoir juridique d'agir au nom des créanciers, ce que ne peut faire le contrôleur. Mais s'il faut un « représentatif des créanciers » à côté du « représentant des créanciers », on est conduit à conclure que le représentant des créanciers n'est peut-être pas suffisamment représentatif des créanciers.

15. Est-ce là suspicion du législateur à l'égard du représentatif des créanciers ? Non nécessairement. Il s'agit plutôt du phénomène de fragmentation continue de l'intérêt général et collectif. Souvenons-nous du syndic. On justifia sa chute en affirmant qu'il ne pouvait défendre et l'intérêt de l'entreprise et l'intérêt des

entreprises en difficulté le décret du 21 octobre 1994

mandataires de justice démissionnaires, selon une sorte de division collégiale, l'un pour défendre l'entreprise, l'autre pour défendre les créanciers.

En fait, on s'aperçoit que les créanciers eux-mêmes n'avaient pas un intérêt commun (10) : le créancier muni de sûreté ne cherche pas à être payé avant les autres, tandis que le créancier chirographaire ne vise pas à une catastrophe arrivant au privilège pour avoir perdus son droit de réclamation à son bénéfice. Alors on poursuivra la division institutionnelle et

il faut pour les mandataires de justice ? Un représentant des créanciers chirographaires et un représentant des créanciers munis de sûretés ?

On ne pouvait aller dans cette voie, ne serait-ce que pour des raisons financières, et l'on s'est sans doute dit, sentant au fond que les fonctions du contrôleur sont grandes, par exemple, il n'est pas à un représentant à un autre représentant, ce sera à ses

travaux. Cela explique aussi par ailleurs que la responsabilité ne puisse être engagée que pour l'ensemble (11).

17. Mais tout cela est le comble de leur qui constitue le dernier moment législatif, procédé que le législateur affectionne depuis lors : le législateur n'est pas allé jusqu'à créer encore un nouveau mandataire, mais a néanmoins consacré l'opposition d'intérêt entre les créanciers, le critère de distinction

leur qui constitue le dernier moment législatif, procédé que le législateur affectionne depuis lors : le législateur n'est pas allé jusqu'à créer encore un nouveau mandataire, mais a néanmoins consacré l'opposition d'intérêt entre les créanciers, le critère de distinction

(4) « Le personnage du contrôleur » in *Le nouveau droit des défaillances d'entreprises*, coll. « Thèmes et commentaires », Dalloz, 1995, p. 131 s.

(5) M. Jeantin, préc., n° 999, p. 609.

(6) Y. Guyon, préc., n° 1166, p. 196.

(7) Expression de P. Louis-Lucas, *Vérité matérielle et vérité juridique*, Mélanges R. Savatier, Dalloz, 1965, n° 24, p. 599.

(8) J.-Cl. Bécane et M. Couderc, *La loi*, coll. « Méthodes du droit », Dalloz, 1994, p. 203 s., spéc., p. 204 : « Il [le titre] peut donc présenter une utilité comparable à celle des travaux préparatoires et remplir aux yeux du juge une fonction interprétative complémentaire, tout au moins en ce qui concerne le sens général du texte, mais il est dépourvu de valeur normative ».

(9) M.-J. Campana, *La nouvelle protection des droits des créanciers*, Revue des procédures collectives, 1995, p. 495. Sur l'usage qu'on pourrait en faire concernant la distinction entre partie à l'instance et partie au litige, v. infra, n° 41.

créanciers : un même organe ne peut logiquement prétendre défendre deux intérêts opposés. Le législateur trancha : deux mandataires de justice distincts en naquirent, selon une sorte de division cellulaire, l'un pour défendre l'entreprise, l'autre pour défendre les créanciers.

16. Puis, on s'aperçut que les créanciers eux-mêmes n'avaient pas un intérêt commun (10) : le créancier muni de sûreté ne cherche qu'à être payé avant, peu important les suivants sur la liste, tandis que le créancier chirographaire ne rêve que d'une catastrophe arrivant au privilégié pour avoir quelque espoir d'une répartition à son bénéfice. Allait-on poursuivre la division institutionnelle et prévoir deux autres mandataires de justice ? Un représentant des créanciers chirographaires et un représentant des créanciers munis de sûretés ?

On ne pouvait aller dans cette voie, ne serait-ce que pour des raisons financières, et l'on aura sans doute été sensible au fait que les fonctions du contrôleur sont gratuites ; par exemple, s'il a recours à un représentant, à un avocat notamment, ce sera à ses frais. Cela explique aussi par ailleurs que la responsabilité ne puisse être engagée que pour faute lourde (11).

17. Dès lors, c'est le contrôleur qui constitue la demi-mesure législative, procédé que le législateur affectionne aujourd'hui ; le législateur n'est pas allé jusqu'à créer encore un nouveau mandataire, mais a néanmoins concrétisé l'opposition d'intérêts entre les créanciers, le critère de distinction étant désormais constitué par la chance ou non d'être payé, ce qui, certes, conditionne le comportement d'un créancier.

Il n'engage pas d'autres que lui-même mais à travers lui, créancier chirographaire ou créancier muni de sûreté — et en raison de la multiplication des sûretés, on ne saurait plus trop dire lequel serait le créancier « ordinaire » — c'est bien l'intérêt de la catégorie distincte, distinguée, qui s'exprime. C'est à ce titre que l'on doit pouvoir reconnaître au contrôleur un pouvoir « d'influence » (12) sur les décisions. Cette affirmation peut être déterminante lorsqu'il s'agira de déterminer quels sont les pouvoirs et les modalités d'exercice de la mission du contrôleur (13).

Dans ces conditions, le représentant des créanciers n'exprime l'intérêt des créanciers que dans la mesure où il est commun aux divers intérêts des diverses catégories des créanciers : le représentant des créanciers renvoie à l'intérêt commun dénominateur. Mais le contrôleur exprime aussi l'intérêt collectif de la catégorie des créanciers dont il est exemplaire. On peut ainsi dire qu'avec le renforcement du contrôleur, la masse a bien disparu, non plus seulement au sens technique du terme mais encore au sens sociologique du terme. Les créanciers désormais se distinguent.

18. Dans cette perspective, M^r Bernard Feugère (14) s'est élevé contre cette présentation hâtive selon laquelle le contrôleur n'exprime que son intérêt particulier. Il a ainsi soutenu qu'un contrôleur ne serait pas recevable à critiquer un projet de plan simplement parce que celui-ci serait contraire à son intérêt égoïste et particulier. Si l'on se réfère à la publicisation grandissante des procédures collectives et à la primauté reconnue à l'intérêt général, il paraît effectivement difficile qu'il en soit autrement.

Plus précisément, il ne pourra le faire que si le projet est contraire à l'intérêt de la catégorie dont il est sociologiquement, économiquement, financièrement, représentatif, laissant ainsi la représentation juridique au représentant des créanciers. La distinction de la représentation dépend ainsi du pouvoir juridique accordé et non pas tant de la différence d'intérêt représentés. D'ailleurs, dans ces procédures ou l'économie prime, quelle est la représentation la plus importante ? La représentation juridique ou la représentativité économique ? Le contrôleur atteste cette évolution et concrétise cette nécessité d'une représentation d'intérêt spécifique de certains types de créanciers, selon des critères économiques, dans des procédures économiques.

19. C'est dans cette perspective d'une distinction entre représentation juridique et représentativité économique que l'on peut poser la question de savoir si le créancier muni d'une garantie basée sur la propriété représente le type de créancier chirographaire ou le

type de créancier muni de sûretés. On a démontré brillamment que le mécanisme de réserve de propriété ne constitue pas la propriété comme sûreté mais comme garantie (15). Dès lors, dans une analyse juridique, un créancier muni d'une clause de réserve de propriété appartiendrait à la catégorie juridique des créanciers chirographaires. Mais, dans une perspective économique, qu'il faut sans doute privilégier au regard du critère retenu de représentativité, et en considération de l'évolution en leur faveur opérée par la loi du 10 juin 1994, il appartiendrait plutôt à la seconde catégorie. Et les créanciers privilégiés ?

20. C'est pourquoi le juge-commissaire doit faire très attention à la « sorte de créancier » qu'est le candidat au statut de contrôleur. On peut ainsi penser qu'au-delà de la distinction que le législateur opère entre créancier chirographaire et créancier muni de sûreté, les tribunaux de commerce adopteront des usages consulaires, si le nombre des contrôleurs dépasse la dualité, et choisiront par exemple un contrôleur-fournisseur de biens et de services et un contrôleur-banquier, même s'il est vrai que les deux classifications se recoupent souvent à travers le crédit-bail notamment. Peut-être encore un créancier titulaire d'une faible créance et un créancier titulaire d'une importante créance. Si la zone géographique concernée par la procédure est étendue, un créancier d'une région et un créancier d'une autre. Etc. Cette diversité et cette systématisation tout à la fois serait sans doute un bon usage et le fait que le législateur ne s'y réfère pas n'interdirait en rien des pratiques des tribunaux dans un tel sens.

21. Cela se justifie si l'on s'interroge sur la raison de la pluralité de contrôleurs. S'il ne s'agit que de représenter deux catégories légalement répertoriées, les chirographaires et les créanciers munis de sûretés, pourquoi n'avoir pas mentionné la possibilité d'un ou deux contrôleurs ? Si l'on monte jusqu'à cinq, c'est sans doute pour encourager la diversité, la « palette » de représentativité des contrôleurs. En effet, plus les perspectives exprimées par les contrôleurs seront différentes, et plus leur confrontation sera éclairante pour le juge.

C'est à cette occasion notamment que le juge-commissaire pourra concrètement distinguer l'hypothèse de la clause de réserve de propriété ou du privilège (16).

22. Dans ces conditions, on se demande quelle conséquence a l'obligation que le candidat à la désignation comme contrôleur a d'annexer à sa demande le montant de ses créances et le cas échéant la nature des sûretés dont il est titulaire, selon l'article 31 du décret. L'obligation paraît substantielle dans la mesure où la figure exacte du contrôleur doit ainsi apparaître. Si les renseignements ne sont pas exacts et exhaustifs, il y aura alors motif à la révocation du contrôleur. Cela se justifie parce que le contrôleur ne représente pas que lui-même mais exprime un certain « profil de créancier », dont il représente économiquement l'intérêt collectif.

23. Certes, une objection peut être opposée à une telle présentation des choses : la possibilité pour le contrôleur d'être représenté — cette fois-ci très juridiquement — par un conseil, et sans doute concrètement par un avocat. En effet, on sera alors tenté de dire que les différents profils s'effacent devant l'unicité de ses représentants professionnels, susceptibles, si l'idée a du succès, de constituer même une petite profession spécialisée. Mais il faut compter sur la transparence des intérêts vécus par un créancier représentatif et son mandataire qui exprime des perspectives semblables. Cela sera particulièrement vrai concernant les contrôleurs-banquiers.

Il convient alors de définir plus techniquement le contrôleur, en ne tenant plus compte de sa possible et transparente représentation par mandataire : le contrôleur se définit comme un tiers intéressé.

24. En cela s'opère un rapprochement entre les droits français et allemand de la faillite, pourtant si différents d'inspiration, dans la mesure où la réforme allemande récente accroît la possibilité pour les créanciers d'intégrer le comité des créanciers, ajoutant que cette opportunité est également ouverte au salarié. Cette contradiction apparente se comprend mieux à l'aune du critère de représentativité des intérêts, en

marge de la représentation des créanciers *stricto sensu*. Chacun éclaire le juge et confère indirectement à la décision de ce dernier une autorité renforcée.

2. Le contrôleur se définit comme un tiers intéressé

25. La procédure connaît classiquement la partie et le tiers. Mais, de la même façon que la distinction entre partie et tiers a fait long feu en droit des contrats, elle s'effrite singulièrement en matière de procédure. En effet, il est apparu que l'expression de certains intérêts particuliers pouvaient éclairer le juge. Dans ces conditions, il n'est pas besoin de la personne soit partie au litige, avec les droits procéduraires qui y sont attachés, notamment le droit de faire appel, mais le juge gagnera pourtant à l'entendre. Il en est ainsi du ministre de l'Economie dans les procédures de concurrence ; il en est ainsi de l'enfant dans les procédures de divorce de ses parents. Voilà le tiers intéressé.

26. Rapporté au statut du contrôleur, singulièrement au regard du représentant des créanciers, il ne s'agit ni de contester directement l'institution du représentant des créanciers ni de livrer la procédure aux mains des intérêts égoïstes, ni de se livrer à la construction d'un personnage aux droits processuels inachevés, mais au contraire de tirer toute conséquence du droit des défaillances d'entreprise.

Tout d'abord, de la même façon que l'enfant est représenté par les parents mais qu'il est néanmoins utile pour le juge de l'entendre en personne ou d'être averti par lui, de la même façon il peut être utile pour le juge d'être alerté et d'écouter directement le contrôleur pourtant représenté en outre, comme créancier indistinct des autres créanciers, par le représentant.

27. Ensuite, la complexité des procédures, liée notamment aux dimensions sociales, psychologiques, etc., de ce type d'affaires, justifie un contentieux où le juge entend de multiples versions et bénéficie de multiples sources d'information. Il ne peut être éclairé qu'à ce prix (17). Peut-être l'entrée dans les mœurs du contrôleur évitera-t-il d'inutiles recours à l'expertise, dont l'omniprésen-

ce grève aujourd'hui le contentieux économique (18) ? Il faut ainsi affirmer que, si l'intérêt représenté est celui des créanciers, l'intérêt servi est avant tout celui du juge, qui bénéficiera de la discussion supérieurement contradictoire qui pourra s'instaurer ainsi. C'est ainsi que peut s'interpréter la tâche d'assistance tant du représentant des créanciers que du juge-commissaire, que l'article 15, alinéa 3 de la loi confie au contrôleur (19). On peut en conclure que la tâche du contrôleur relève bien de l'accomplissement du service public (20).

28. On comprend dès lors que la responsabilité du contrôleur ne puisse être retenue que pour faute lourde. En effet, l'argument souvent avancé selon lequel sa responsabilité est liée à une faute qualifiée du seul fait que son activité est gratuite (21) peut être appuyé par la référence à la responsabilité des organes en charge d'une mission dépassant leur intérêt particulier, ce qui est le cas lorsque le service public de la justice est en cause (22). Et le droit administratif est familier de la règle selon laquelle les activités de contrôle — on sera sensible à la parenté du vocabulaire — ne donnent lieu à responsabilité que pour faute lourde (23).

29. Cette référence implicite mais nécessaire au service public justifie en outre que l'article 66, alinéa 3 du décret exige du représentant des créanciers, lorsqu'il s'adresse aux créanciers concernant la déclaration de leur créancier, qu'il les informe désormais de l'opportunité de solliciter du juge le statut de contrôleur. Il ne s'agit pas tant pour lui de susciter des concurrents que de nourrir la procédure de personnes actives et éclairant le juge.

Enfin, dans une matière où une grande vigilance est nécessaire et où il demeure que le droit objectif doit être respecté, il est bon que les éventuelles libertés qui pourraient être prises avec la loi, donc avec l'ordre public, soient efficacement dénoncées. Le tiers intéressé apparaît ainsi comme un agent de la légalité (24). Cela correspond exactement à la figure du contrôleur, qui est ainsi l'image exemplaire de l'évolution du contentieux éco-

nomique (25). Cela conduit à s'intéresser sur la définition processuelle du contrôleur.

B. La définition processuelle du contrôleur comme celui désigné par le juge-commissaire

30. La définition processuelle du contrôleur est tautologique : le contrôleur est celui qui est fait tel par le juge-commissaire. Mais cela implique alors que la désignation du contrôleur constitue une véritable procédure (1) et l'on doit affirmer par principe que le juge-commissaire contrôle le contrôleur (2).

1. La désignation du contrôleur est une véritable procédure

31. Le juge-commissaire nomme le contrôleur. C'est un grand mérite du décret d'avoir organisé cette désignation alors que la loi se taisait d'une façon inquiétante sur ce point. Le décret prend soin d'éclaircir certains points. Pas tous.

Tout d'abord, quel est le degré de liberté du juge-commissaire quant au principe de désignation du contrôleur ?

32. Il faut bien sûr qu'il y ait demande en ce sens, dès l'instant que le contrôle repose sur le volontariat. Cette méthode ne résulte pas seulement de la gratuité de la charge (26) car on peut par exemple se référer à la charge de la tutelle, charge non rémunérée et à laquelle la personne désignée par le juge ne peut se dérober. Mais, dans ce dernier exemple, la tutelle est définie par le Code civil comme une charge publique, devoir civique auquel on ne peut se dérober et que l'on doit assumer gratuitement en tant que citoyen, alors que la charge de contrôle dans une procédure collective n'est liée qu'à un intérêt collectif particulier. C'est alors le constat de la valeur inférieure de l'intérêt représenté par le contrôleur, quand bien même il s'agit d'un intérêt collectif (27), associée à l'absence de rémunération liée à cette charge, qui justifie que le juge-commissaire ne puisse contraindre personne à proprement se dévouer.

33. Ensuite, quelle est la marge de manœuvre du juge-commissaire dans la désignation, dès l'instant qu'il y a candidature ? Jean-Michel Calendini (28) a pu soutenir qu'il ne pouvait se dispenser d'en nommer au

- (10) F. Terré et M.-A. Frison-Roche, *Le statut et le rôle des professionnels dans les procédures de prévention des difficultés, de redressement et de liquidation des entreprises (lois du 1^{er} mars 1984 et du 25 janv. 1985), rapport général, laboratoire de sociologie juridique de l'Université Panthéon-Assas (Paris II), Chancellerie, 1991, n° 46, 67 et 79.*
- (11) Pour une autre justification d'une exigence de faute qualifiée, v. infra, n° 28.
- (12) Expression de F. Derrida, P. Godé et J.-P. Sortais, *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises. Cinq années d'application de la loi du 25 janvier 1985, préc., n° 124, p. 84.*
- (13) V. infra n° 49 et s., spéc. n° 53 et n° 55.
- (14) Débats in *Le nouveau droit des défaillances d'entreprises, préc., p. 245.*
- (15) P. Crocq, *Propriété et garantie, préf. M. Gobert, L.G.D.J., 1995.*
- (16) V. supra, n° 19.
- (17) M. Rouger, *Débats in Le nouveau droit des défaillances d'entreprises, préc., p. 92.*
- (18) M.-A. Frison-Roche et D. Mazeaud (dir.), *L'expertise, coll. « Thèmes et commentaires », Dalloz 1995, spéc., Cl. Lucas de Leyssac, « Observations générales sur l'expertise et l'entreprise », p. 63 et s.*
- (19) V. infra, n° 45 et s.
- (20) Sur le lien avec l'hypothèse d'une qualification du contrôleur comme organe de la procédure, v. supra, n° 12.
- (21) V. supra, n° 16.
- (22) Sur les difficultés de définition du contrôleur comme organe, v. supra, n° 10 et s. et sur les autres conséquences de cette possible qualification, v. infra, n° 54 et s.
- (23) R. Chapus, *Droit administratif général, t. I, coll. « Domat droit public », Montchrestien, n° 1267, p. 957 et s.*
- (24) M. Jockey, *préc., p. 137 et s.*
- (25) M.-A. Frison-Roche, *Vers le droit processuel économique*, in *Justices 1995, n° 1, p. 95 et s.*
- (26) V. supra, n° 16.
- (27) V. supra, n° 14 et s.
- (28) *Préc., p. 66, n° 7.*

moins un dès l'instant que la loi du 8 août 1994 a supprimé le groupe verbal « peut nommer » pour le remplacer par un indicatif qui ne peut alors avoir qu'un sens prescriptif « nomme ». Mais cet argument grammatical, en dehors de l'observation selon laquelle l'indicatif est un mode toujours ambigu en droit, ne saurait entraîner la conviction. Nous allons voir pourquoi.

34. En effet, et la problématique est la même, dès l'instant que plusieurs candidats postulent, le juge-commissaire devrait-il les accueillir ainsi à foison ? L'analyse grammaticale du texte ne permettrait pas une telle interprétation, qui serait par ailleurs si attentatoire à l'office du juge. Si le juge-commissaire « désigne un à cinq contrôleurs », selon les termes de l'article 15 de la loi, la législation ne fixe qu'un plafond et pas même un plancher.

35. En effet, reprenons le problème dans une autre perspective ; on s'accorde à penser que le juge-commissaire n'est pas contraint d'accueillir les cinq premiers qui se présentent. Cela est une affirmation qui découle de l'organisation par le décret du délai de vingt jours à compter du jugement d'ouverture, délai d'attente au cours duquel aucun contrôleur ne peut être désigné (art. D. 31-1, al. 2). Il s'agit bien d'un délai d'attente. Puis, c'est un autre délai, de dix jours celui-ci (art. D. 31-2), qui est mis à profit par le juge pour examiner les demandes et y répondre. Le premier délai d'attente vise donc à exclure tout choix avant que la totalité des candidatures n'ait été raisonnablement émise. Cela signifie nécessairement que le choix par le juge est possible. Dès l'instant qu'il est possible de choisir, il n'y a aucune raison d'interdire qu'aucun créancier ne soit retenu au titre de contrôleur.

36. Mais l'on doit aussi penser que, dès l'expiration du délai d'attente, le juge-commissaire peut nommer cinq contrôleurs, et ceux-ci peuvent n'appartenir qu'à une catégorie, si aucune candidature n'émane d'un contrôleur représentatif de l'autre catégorie ou si le juge-commissaire motive sérieusement le refus de nomination. Si l'on admet que le juge-commissaire pourrait n'en nommer aucun, dès l'instant qu'il le justifie précisément, l'on doit

admettre qu'il peut « récuser » tous les candidats d'une catégorie et sans méconnaître l'obligation de dualité, ne nommer que des créanciers de l'autre catégorie. Il faudrait, bien sûr, que le refus de nomination soit circonstancié et motivé car sinon ce serait porter atteinte à l'article 15, alinéa 1 de la loi.

37. Dans ces conditions, il paraît impossible de retenir une suggestion (29) selon laquelle il faudrait que le tribunal révoque un contrôleur déjà nommé et irréprochable si un candidat tardif se présente ultérieurement au délai de vingt jours et se trouve être représentatif de la catégorie non fournie. Faudrait-il « chauffer la place et déguerpir » ? C'est une chose d'admettre par principe des candidatures ultérieures et de concevoir une désignation si « le plein » n'est pas déjà fait ; ce serait tout autre chose d'affirmer qu'une personne dument et préalablement désignée doit laisser place au créancier moins diligent.

En dehors du fait que ce délai de vingt jours perdrait grandement de son intérêt, voire de son sens, on voit mal quel texte ou quel raisonnement légitimerait ce qui ressemblerait quasiment à un abus de pouvoir.

38. Mais, et tout le dispositif prend alors son sens, un refus de la part du juge-commissaire doit être motivé et circonstancié. La motivation peut être de nature éthique, si le contrôleur est un concurrent qui convoite l'entreprise en difficulté (30). Mais elle peut être moins dramatique — et donc plus courante — si, au regard de la définition substantielle du contrôleur (31), il estime et démontre que le créancier n'est pas suffisamment représentatif de la catégorie économique de créanciers dont ce dernier prétendait être exemplaire.

Ainsi, le juge-commissaire a nécessairement le pouvoir de contrôler *a priori* le candidat-trôleur dans l'accès de ce dernier à ce poste d'observation très privilégié.

2. Le juge a le pouvoir de contrôler le contrôleur

39. En dehors même du fait que, si la loi restait ambiguë, il résulte désormais clairement des dispositions du décret que le juge-commissaire a le choix

dans la désignation du contrôleur, dès l'instant qu'il motive ses refus, il ne saurait en être autrement. En effet, la procédure des procédures collectives est de type inquisitoire parce que l'intérêt général et les intérêts collectifs en cause justifient un office du juge d'une puissance inégalée (32), et d'ailleurs aisément et comme innocemment amplifiée par les juges consulaires eux-mêmes. Dès lors, il est nécessaire que le juge-commissaire garde la haute main sur le contrôleur, y compris dans sa désignation.

40. Mais se pose alors la question délicate de la nature juridique d'une telle désignation. S'agit-il d'une simple mesure d'administration judiciaire ? ou d'une décision de nature juridictionnelle ? On pourrait songer un instant à une hypothèse de juridiction gracieuse mais il convient plutôt d'incliner vers la qualification d'acte administratif judiciaire puisqu'il s'agit d'organiser le bon fonctionnement de l'instance. Pourtant, même si l'on quitte les rives du juridictionnel, on reste dans la mesure faisant grief. C'est d'ailleurs une raison de plus, en application des principes généraux du droit administratif, de motiver le refus de désignation, puisqu'il porte préjudice.

41. Mais se pose alors la question plus délicate encore des éventuels droits processuels des candidats au statut de contrôleur. En effet, au regard de la façon dont le décret organise les choses, les délais notamment, cela ressemble fort à une procédure et l'on peut penser que le droit européen y verrait les critères suffisants pour une telle qualification. Le projet un temps retenu d'organiser une procédure de concertation avec les organes avant la désignation va encore dans ce sens.

42. Mais alors il existe normalement, sans qu'il soit nécessaire que les textes l'expriment et dès l'instant qu'ils ne l'excluent pas, un droit au recours contre une décision, notamment une décision de refus faisant grief. On comprend ainsi pourquoi, malgré l'allergie des procédures collectives à l'idée même des voies de recours (33), l'ordonnance de désignation ou de refus de désignation du contrôleur peut faire l'objet d'une

opposition devant le tribunal, voire ce dernier se saisir de la question.

43. De la même façon, on pourra soutenir, en application directe des textes généraux relatifs aux actes administratifs, que la personne doit pouvoir s'exprimer et se justifier avant qu'une décision l'incriminant ne soit prise à son encontre. On peut penser, en application de cette formule allégée des droits de la défense, que le candidat doit pouvoir justifier auprès du juge-commissaire de sa représentativité au-delà de la fourniture formelle et précitée des documents exigés par les textes (34). Par exemple, si la motivation retenue pour le refus est constituée d'une référence à un fait sur lequel le candidat n'a pas été mis en mesure de s'exprimer, on peut douter sérieusement de la validité d'une telle décision.

Mais une fois nommé, que fait le contrôleur ?

II. Que fait le contrôleur ?

44. Comme lorsqu'il s'est agi de définir le contrôleur, il convient d'emprunter deux directions complémentaires pour cerner ce que fait le contrôleur. La première, positive, consiste à étudier les pouvoirs du contrôleur, ce qu'il peut ou doit faire (A) ; la seconde, négative, vise à déterminer les contraintes du contrôleur, ce qu'il ne peut ou ne doit pas faire (B).

A. Les pouvoirs du contrôleur

45. La loi et le décret ont uni leurs efforts pour organiser les pouvoirs du contrôleur. L'affirmation selon laquelle les contrôleurs « assistent le représentant des créanciers dans ses fonctions et le juge-commissaire dans sa mission de surveillance de l'administration de l'entreprise » (art. 15, al. 3 de la loi) est trop générale pour vraiment éclairer et n'avait pas antérieurement suffisamment caractérisé le contrôleur pour le faire concrètement exister.

46. Il convient plutôt de prêter attention aux différents pouvoirs respectivement visés par le législateur et par le pouvoir réglementaire. On remarquera d'une façon générale — qui peut supporter exception — que les manifestations du pouvoir d'être informé sont organisées par le décret tandis que les

manifestations du pouvoir de s'exprimer sont visées par la loi. Cela peut correspondre à une hiérarchie d'importance au profit du pouvoir d'expression. On peut alors le prendre comme un indice rétrospectif de l'intérêt que le contrôleur représente à travers la fonction qui lui est assignée.

En effet, si l'on affirmait que le contrôleur ne représente que son intérêt particulier, alors son premier intérêt est d'être informé, car c'est ce qui l'intéresse certainement le plus, sans même songer encore à ce qu'il en fasse un mauvais usage en se glissant dans la peau du repreneur (35). Mais sa principale fonction est bien d'exprimer, car à travers lui, s'exprime une catégorie particulière de créanciers, ce qui a pour heureux effet d'éclairer le juge en étoffant le contradictoire (36).

47. Cette considération générale permet alors de résoudre la question de savoir s'il faut prendre au pied de la lettre les termes des articles 36, alinéa 2 et 61, alinéa 1 de la loi qui ne visent que la communication ou la consultation d'un contrôleur. Faut-il, devant ce singulier et sur ce point encore, se résigner à ne donner qu'acte à une malfaçon législative, dénoncée à ce titre par la doctrine (37)? On peut essayer de suggérer l'interprétation raisonnable qui devra en être faite. Cette suffisance de l'unicité dans l'action malgré la pluralité de contrôleurs serait concevable si le contrôleur représentant l'intérêt de tous les créanciers, n'importe lequel l'exprimant, mais ce serait alors confondre contrôleur et représentant des créanciers. Cela pourrait encore l'être si le contrôleur ne représentait que son propre et égoïste intérêt, n'était représentatif que de lui-même — ce qui est contradictoire dans les termes — car en écouter un, ce n'est pas être éclairé sur tous les quelconques créanciers qui ne sont pas consultés. Il faudrait dans ce cas les écouter tous; puisque que tous ne sont pas contrôleurs, autant n'en écouter qu'un.

48. Mais si un contrôleur a pour raison d'être la représentativité d'un profil économique (38), alors il faut les écouter tous puisqu'ils ont été choisis en raison de la diversité des

profils économiques dont ils sont exemplaires. Il est ainsi certain qu'on ne pourrait reprocher à un juge de les avoir joints et consultés tous. Il serait cependant plus hasardeux d'affirmer qu'on pourrait efficacement lui reprocher de n'en avoir contacté qu'un dans la mesure où il a la lettre de la loi pour lui.

Quoi qu'il en soit, les pouvoirs du contrôleur sont de deux ordres: le contrôleur surveille (1.) et le contrôleur s'exprime (2.).

1. Le contrôleur surveille

49. Afin de pouvoir s'exprimer et du seul fait qu'un organe observé se conduit avec plus de diligence et de conformité à la loi, le contrôleur est informé. Certes, d'une façon générale, en vertu de l'article 14, alinéa 3 de la loi, le contrôleur, dans la mesure où il « assiste » le représentant des créanciers et le juge-commissaire (39), a le pouvoir de prendre connaissance de tous les documents transmis à l'administrateur et au représentant des créanciers.

Mais le décret a le mérite de préciser les hypothèses dans lesquelles il y a obligation d'informer le contrôleur, au-delà du pouvoir général que possède ce dernier de se renseigner. Ainsi, il est informé du résultat de la période d'observation. Il reçoit communication du rapport établi par l'administrateur au terme de cette dernière. Il est informé du contenu des offres définitives. Il reçoit communication des décisions de cessions.

50. Quel est le point commun de ces communications ou accès à l'information sous diverses formes? Il s'agit toujours de moments de la procédure où tout peut changer, où l'irréversible peut se produire: ce qui va arriver à la fin de la période d'observation, ce qui est proposé au titre de la reprise, ce qui est décidé comme cessions.

Il faut en effet, dans une procédure qui n'est pas linéaire mais qui, au contraire, évolue par phases, voire par à-coups, qu'il soit informé de la surveillance de ces moments stratégiques et délicats.

51. On peut alors lier ce critère sous-jacent avec les règles qui régissent la cessation des fonctions du contrôleur. En

effet, à observer les différentes hypothèses (40), ces dernières cessent lorsque les décisions en question sont prises. On peut en conclure que la mission du contrôleur est davantage une mission d'assistance à la décision que d'assistance à l'exécution de la décision, puisque, notamment, il ne sera plus en fonction lorsqu'il s'agit d'exécuter le plan sur le projet duquel il aura exprimé un avis. Cela confirme que la tâche du contrôleur ne relève pas de l'intendance mais d'une participation qui a pour justification d'éclairer contradictoirement le juge afin que ce dernier prenne sa décision en connaissance de cause (41). On comprend alors en retour les autres causes de cessation des fonctions, lorsque le contrôleur ne souhaite plus jouer ce rôle heuristique (42) ou lorsqu'il ne mérite plus de l'être, le juge lui retirant sa confiance par le jeu d'une révocation.

Ainsi informé, le contrôleur peut s'exprimer.

2. Le contrôleur s'exprime

52. Pour cela, il est non plus seulement informé mais consulté. Il le sera à l'audience qui se déroule à la fin des différentes phases de la procédure, mais encore lorsque la perspective est envisagée d'une cession d'activité. Le contrôleur pourra encore formuler une opinion autorisée (43) quant aux propositions de règlement de la dette, sur le projet de plan, sur les demandes de cession d'unité de production.

La consultation a pour fin l'expression d'une sensibilité, afférente à une catégorie de créanciers. C'est pour cela que tous les contrôleurs et non un seul doivent être consultés (44).

Pourrait-il s'exprimer plus hautement, par cette forme particulière de l'expression qu'est la protestation? On pense alors au droit d'action proprement dit et particulièrement à l'exercice des voies de recours. On sait qu'on lui a refusé ce dernier droit (45), dès l'instant que son intérêt juridique de créancier est représenté par le représentant des créanciers. Le droit d'expression ne va donc pas jusqu'au droit de protestation.

53. Mais l'arbre ne doit pas cacher la forêt. En effet, même si son droit d'agir n'existe qu'exceptionnellement, il n'en dispose pas moins dans diffé-

(29) J.-B. Carpentier et A. Charveriat, préc., n° 11.

(30) V. infra, n° 60 et s.

(31) V. infra, n° 13 et s.

(32) Y. Chaput, « L'office du juge dans le traitement précoce des difficultés », in *Le nouveau droit des défaillances d'entreprises*, préc., 93 et s.

(33) M.-A. Frison-Roche et J.-L. Guillot, « La réforme des voies de recours par la loi du 10 juin 1994 », in *La réforme du droit des entreprises en difficulté*, Les Petites Affiches du 14 septembre 1994, p. 113 et s., et *La question de l'effet suspensif des recours du ministère public dans la réforme des voies de recours par la loi du 10 juin 1994*, Les Petites Affiches du 30 septembre 1994.

(34) V. supra n° 22.

(35) V. infra n° 60 et s.

(36) V. supra n° 27.

(37) F. Derrida et J.-P. Sortais, D. 1994, chron., p. 267, n° 73; M. Jockey, préc., p. 140 et s.

(38) V. supra n° 13 et s.

(39) V. supra n° 45.

(40) Pour plus de détails, v., par ex., J.-B. Carpentier et A. Charveriat, préc., n° 12 et s.

(41) V. supra n° 27.

(42) M.-A. Frison-Roche, « La cohérence juridique de la loi du 10 juin 1994 », in *Le nouveau droit des défaillances d'entreprises*, préc., n° 15, p. 27.

(43) Opinion autorisée dans la mesure où il est représentatif d'un intérêt collectif, au-delà de son intérêt particulier, V. supra n° 13 et s.

(44) V. supra, n° 47.

(45) M.-A. Frison-Roche et J.-L. Guillot, préc.

rents cas : il peut saisir le juge-commissaire en remplacement de l'administrateur, de l'expert ou de représentant des créanciers (art. 12, al. 2 de la loi). Il peut faire opposition à l'encontre des ordonnances rendues par le juge-commissaire, ce qui ne le consolera sans doute pas de la perte d'une espérance d'un droit d'appel mais ce qui constitue un droit processuel non négligeable. Il peut demander le remplacement du liquidateur.

54. Il est dans ces conditions difficile de soutenir qu'il n'est en rien partie à l'instance, même si l'on ne veut pas aller jusqu'à admettre qu'il en constitue un organe. Le fait que son intérêt particulier soit par ailleurs pris en charge par le représentant des créanciers et fasse, qu'en tant que contrôleur, il n'est donc pas en prise directe avec le litige, ne saurait suffire à lui dénier le rôle de partie à l'instance. La doctrine processualiste a en effet soigneusement distingué la partie au litige et la partie à l'instance, cette dernière notion n'étant pas sans rapport avec la notion de tiers intéressé (46). L'intérêt juridique qui justifie la présence du contrôleur dans l'instance est l'application de la loi et la volonté de contribuer à sa plus adéquate utilisation — comme il en est ainsi du commissaire du gouvernement ou du représentant du ministère public.

55. Dès lors, même si l'on ne va pas jusqu'à la qualification d'organe de la procédure, ce qui ne serait pas totalement impossible, et en dehors des droits exclus tels que ceux concernant l'appel, cela implique néanmoins une application large des droits du contrôleur à une participation effective dans l'instance. Se dégage ainsi une précieuse directive d'interprétation des dispositions relatives au contrôleur. En effet, si l'on devait en rester à la considération selon laquelle le contrôleur est une sorte de mouche du coche, posée par le législateur, sans autre intérêt que son intérêt égoïste, sans statut défini, sans mission claire, il faudrait alors considérer que les dispositions le concernant doivent être prudemment interprétées, c'est-à-dire strictement. Mais si l'on peut soutenir que le contrôleur est une véritable partie à l'instance, sans avoir les pleins droits procéduraux

que possèdent les parties au litige, que sa présence dans l'instance se justifie parce qu'il est représentatif d'un certain type de créanciers et qu'enfin, il participe à la mission de service public de la justice puisqu'il éclaire le juge, alors les dispositions le concernant doivent nécessairement bénéficier d'une interprétation large, notamment par le recours approprié à l'analogie, conduisant ainsi à une extension possible de ses pouvoirs par la jurisprudence.

Si légitimes que soient les pouvoirs du contrôleur, celui-ci ne peut néanmoins agir sans contrainte.

B. Les contraintes du contrôleur

56. La contrainte la plus importante qui pèse sur le contrôleur est sa soumission par la loi au secret professionnel (1.). Mais l'on peut aussi soutenir d'une façon argumentée et en tout cas opportune qu'une autre contrainte majeure pèse sur lui, au-delà de la lettre des textes : l'interdiction de se porter reprenneur de l'entreprise à propos de laquelle il a exercé son pouvoir de contrôle (2.).

1. Le contrôleur est soumis au secret professionnel

57. L'affirmation nouvelle, par l'article 15, alinéa 3 *in fine* de la loi, de la soumission du contrôleur au secret professionnel, a choqué ou tout le moins étonné (47). En effet, il a été très concrètement soutenu qu'il y avait alors discrimination entre les créanciers, faveur injustifiée faite à cet égard au contrôleur. Plus encore, on a pu suggérer que, malgré la qualification pénale d'une violation du secret professionnel, le contrôleur ne serait pas en mesure de le respecter, par exemple s'il s'agit d'un contrôleur-banquier participant à un pool bancaire (48).

58. Pourtant, indépendamment de la distance qui, effectivement, existera probablement entre la justification de l'exigence légale et les comportements des intéressés, l'on peut justifier cette exigence.

Pour cela, on a fait référence à l'intérêt égoïste que défend le contrôleur, justifiant qu'il ne se soucie pas des autres. Mais l'on peut estimer que l'argument prouve trop : en effet, si l'existence du contrôleur n'avait

pour but que son intérêt propre, alors il serait précisément de son intérêt d'informer ses homologues, ses proches, ses compagnons d'armes.

59. Ne peut-on d'une façon plus cohérente retenir l'hypothèse selon laquelle l'institution du contrôleur se justifie en tant qu'il est représentatif d'un certain type de créanciers afin que sa présence dans la procédure et la parole qu'il peut y prendre éclairent le juge ? En effet, dans ces conditions, l'intérêt servi est fondamentalement celui du juge (49). Ainsi, l'institution ne bénéficie pas aux créanciers ni même au créancier contrôleur, et c'est pour cela que, si le mécanisme n'est pas dévoyé, il y a du dévouement dans la fonction du contrôleur (50). Ainsi, l'information qui est transmise au contrôleur ne l'est pas au bénéfice des créanciers. Il serait impropre d'affirmer qu'il y a communication à leur profit. On doit même poser que le contrôleur n'est pas le destinataire final de l'information communiquée ; celui-ci est un simple « destinataire par ricochet » dans la mesure où on ne prend soin de l'informer que pour lui permettre de s'exprimer (51), c'est-à-dire finalement d'éclairer le juge. Ainsi l'information est proprement indisponible au créancier, précisément parce qu'il intervient sur un autre fondement que son intérêt égoïste. Ce fondement dégage ne serait pas sans conséquence sur la question de savoir si le contrôleur peut ou non être reprenneur.

2. Le contrôleur devrait s'interdire d'être reprenneur

60. Tout d'abord, par une lecture attentive des textes, si l'on ne peut douter que le reprenneur peut être acquéreur des biens ou d'unités de protection de l'entreprise en liquidation, puisque les textes le précisent, il n'est pas encore acquis qu'il puisse former une offre de reprise de l'entreprise en redressement, puisque les textes ne le prévoient pas expressément. Certes, ils ne l'interdisent pas et à première vue, ce qui n'est pas interdit est permis. Mais il sera difficile de soutenir qu'il s'agit d'une autorisation légale par prétérition dès l'instant que l'on peut formuler des arguments contraires. Et, au-delà de l'opportunité de

la réponse négative, on le peut. Et puisque nul ne doute qu'une interdiction de la sorte soit opportune, notamment parce que cela limitera les effets pervers de l'obligation du contrôleur au secret professionnel comme entrave à la concurrence, il conviendrait d'y réfléchir.

61. En effet et tout d'abord, l'offre doit émaner d'un tiers. Or, si le contrôleur est tiers par rapport au litige, on peut considérer qu'il est partie à l'instance, selon la distinction précitée (52). Le tiers intéressé n'est plus un véritable tiers. Dès lors, et en application des textes, son offre devient irrecevable. Si l'on devait aller jusqu'à considérer que le contrôleur peut recevoir la qualification d'organe de la procédure, la réponse dans ce sens serait alors sans ambiguïté.

62. Dans une deuxième perspective, il convient de revenir sur le secret professionnel. D'une façon générale, on s'interroge sur la question de savoir si le secret professionnel est disponible ou indisponible à celui qui le possède et à celui que le secret protège. Si l'on veut bien considérer, comme on le fait de plus en plus, que le secret professionnel est indisponible pour celui qui est protégé et pour celui qui le détient, alors il faut tirer les conséquences de cette indisponibilité. Or, on a montré que la soumission du contrôleur au secret professionnel se justifiait précisément en ce que l'information qui lui est communiquée ne l'est pas à son profit mais au profit réflexe du juge (53). Dans ces conditions, utiliser, même pour soi, les informations, c'est déjà violer le secret professionnel. Le contrôleur qui se porte candidat à la reprise utilise les informations pour lui-même et non plus pour éclairer le juge, cette dernière finalité ayant seule justifié la communication des informations à son égard. Dès lors, il y a violation du secret professionnel et il ne serait pas inconcevable de prétendre en conséquence à l'application des sanctions pénales qui y sont attachées. L'offre pourrait être déclarée mal-fondée en invoquant en telle violation.

63. En outre et dans une troisième perspective, on peut prendre en considération un souci de la science économique, ce qui se conçoit

concernant cette matière essentiellement économique que sont les faillites des entreprises. Or, les économistes sont très vigilants quant aux situations d'asymétrie d'information, laquelle est propice à l'atteinte à la concurrence et à la dégradation du marché. La nocivité de l'asymétrie d'information a justifié des théories économiques de l'entreprise, construites afin d'en pallier l'usage pervers de l'information par celui qui la détient au détriment de celui qui ne la possède pas, à travers la théorie de l'agence. Ces prémices peuvent tout à fait être transposées en matière de procédure et le contradictoire qui est la règle des procès peut trouver à cette occasion un nouveau fondement théorique. Toujours est-il que, malgré l'origine légale de l'asymétrie d'information, comme dans le cas qui nous occupe, il faut nécessairement en limiter l'utilisation perverse, c'est-à-dire éviter que celui qui bénéficie de l'asymétrie d'information n'en fasse un usage personnel. Un économiste en déduirait, à partir de l'interdiction de tirer profit de l'asymétrie d'information par une exploitation personnelle, la nécessité pour le droit, textuel ou jurisprudentiel, d'interdire au contrôleur de prétendre d'être repreneur. Et en matière de procédures collectives, le recours que le juge pourrait faire au raisonnement de la science économique ne serait pas illégitime.

64. Enfin, dans une quatrième et dernière perspective, plus classique et plus fondamentale, il faut rappeler que toute l'organisation du procès repose sur le principe de loyauté (54). Il s'agit là d'un principe général de la procédure et l'on sera sensible au fait que la jurisprudence y a fait expressément recours en procédures collectives, lorsqu'il s'est agi de sanctionner les modifications tardives des offres, alors même qu'aucun délai pour leur dépôt n'était alors prévu par la loi. Revenant à notre hypothèse, il faut considérer que celui qui se glisse dans la peau du contrôleur pour mieux apparaître comme candidat à la reprise agit d'une façon déloyale. Ce seul constat justifie le rejet de cette prétention maligne.

Ainsi, par ce faisceau de perspectives, et bien que le législateur ne l'ait pas écrit en toutes lettres, ont doit considé-

rer en droit que le contrôleur ne saurait être repreneur. D'ailleurs, en fait, on peut compter sur la sagesse des juges consulaires pour qu'il en soit ainsi.

65. Mais le contrôleur n'est pas nécessairement un diable qui sort ainsi de sa boîte. On doit en effet affirmer que si le contrôleur joue le jeu — et l'analogie est très forte entre la procédure et la théorie des jeux — nul doute qu'il pourra alors être un personnage, et pourquoi pas un organe, prospère et bien-

(46) V. supra, n° 25 et s.
(47) V. par ex., C. Saint-Alary Houin, préc., n° 440, p. 241, note 202.
(48) J.-L. Rives-Lange, intervention au colloque La réforme des procédures collectives, 13 septembre 1994, Paris, non reproduite dans les actes des travaux (Revue des procédures collectives, 1995, p. 435 et s.).
(49) V. supra, n° 27 et n° 52.
(50) V. supra, n° 32.
(51) V. supra, n° 52.
(52) V. supra, n° 54.
(53) V. supra, n° 59.
(54) M.-A. Frison-Roche, « La philosophie du procès, propos introductifs », in Le procès, Archives de philosophie du droit, t. 39, Sirey, p. 19 et s.