

DOCTRINE

LE CARACTÈRE COLLECTIF DES PROCÉDURES COLLECTIVES *

par

Marie-Anne FRISON-ROCHE

Professeur à l'Université Paris IX-Dauphine

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

1. Il est de bonne coutume que l'on justifie le sujet choisi. Cela devient un impératif lorsque le sujet constitue à première vue un contresens ou à tout le moins un pléonasme. Pourquoi se pencher sur le caractère collectif d'une procédure collective ? Autant étudier le caractère rougeoyant du rouge.

2. Certes, antérieurement à la nouvelle loi du 10 juin 1994, le thème avait été déjà étudié, et fort bien, par l'Institut français des praticiens des procédures collectives, dans son congrès de Metz du 11 juin 1993 portant sur *Le mandataire de justice : Entre l'intérêt collectif et les intérêts particuliers*. A été ainsi mis en valeur, notamment par M^e Philippe Froehlich¹ le lien essentiel entre intérêt collectif et procédure collective. L'on peut accorder encore aujourd'hui attention, même sous l'angle procédural strict, à la remise en cause éventuelle du caractère collectif des procédures collectives. En effet, on définit classiquement le droit du traitement des difficultés des entreprises comme « une procédure judiciaire réglementée, collective et égalitaire, regroupant tous les créanciers afin de les payer en proportion de leur créance. La spécificité des affaires impose une telle organisation »². Même sous l'empire des législations issues de la réforme de 1985, la perspective procédurale garde sa pertinence car on a pu souligner que le juridique de la matière trouve refuge et accroissement dans la judiciarisation de règles substantiellement économiques³. On observe d'ailleurs l'office grandissant du juge, même en matière de prévention, laquelle se trouve pareillement en voie de « procéduralisation »⁴.

L'organisation procédurale traduit la volonté politique ; c'est pourquoi le législateur de 1985 a traité le 25 janvier 1985, dans une première loi, n° 85-98, le fond, puis d'une façon formellement distincte mais corrélée, dans une seconde loi, n° 85-99, les conséquences procédurales, en en tirant toutes les conséquences quant aux règles d'existence et d'action des auxiliaires de jus-

* Cet article est tiré d'une conférence faite à l'initiative de la Banque Gallière, le 3 avril 1996.

1. *Actes des travaux*, 1994, p. 31.

2. C. Saint-Halary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, Précis Domat, Montchrestien, 1995, n° 2, p. 2, l'auteur précisant que cette présentation ne reflète que le droit positif antérieur à la loi de 1985.

3. F. Derrida, P. Godé, J.-P. Sortais, *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, 3^e éd., Dalloz, 1991, n° 8, p. 19.

4. Y. Chaput, *L'office du juge dans le traitement précoce des difficultés*, in *Le nouveau droit des défaillances d'entreprises*, Dalloz, 1995, p. 93 s.

tice. La chaîne de cohérence fut hélas brisée lorsqu'il s'est agi de réformer les tribunaux de commerce⁵, sans même soulever la question de la carte judiciaire.

En considération de ce lien, il faut pour cela mesurer si un éventuel affaiblissement du caractère collectif de la procédure constituerait une évolution négligeable, une péripétie, ou bien s'il s'agirait d'une remise en cause si cruciale, touchant la conception des différents intérêts en présence, qu'il faudrait, soit y mettre le holà si l'on devait la constater, soit admettre que nous avons aujourd'hui changé d'organisation juridique du traitement des difficultés des entreprises.

Mesurons donc les enjeux, afin de chercher à constater s'il y a effectivement remise en cause. Car il ne sert à rien d'ouvrir la question s'il s'avère que le caractère collectif des procédures de traitement des difficultés des entreprises est relativement indifférent et contingent. Il faut tout d'abord étudier la pertinence du caractère collectif des procédures collectives (I), avant de déployer les éléments observés d'une remise en cause (II, III).

I. LA PERTINENCE DU CARACTÈRE EFFECTIVEMENT COLLECTIF DES PROCÉDURES COLLECTIVES

3. Les enjeux sont méthodologiques. Tout d'abord, il y va du réalisme du droit de la faillite, car peut-on admettre que des procédures appelées collectives ne le soient pas (A) ? Plus fondamentalement, peut-on, au-delà de la concordance ou de la discordance des mots et des techniques, concevoir une procédure de faillite qui ne soit effectivement pas collective, et néanmoins assumée comme telle ? Il s'agit alors de mesurer le degré de consubstantialité entre le droit des faillites et le caractère collectif de la procédure (B).

A. Le réalisme du droit de la prévention et du traitement des difficultés des entreprises

4. On a certes beaucoup glosé sur le triptyque formé par l'intérêt individuel, l'intérêt général et cet intérêt collectif. Celui-ci, par nature, a du mal à se distinguer de l'un ou de l'autre, comme le montre en procédure pénale et en droit judiciaire privé le rejet des actions civiles des groupements. Au contraire, le droit des faillites, ne suivant donc pas la défiance générale, met en premier cet intérêt collectif, bien avant l'intérêt personnel, qu'il entrave par la règle de la suspension des poursuites, et malgré le souci grandissant de l'intérêt général, puisque l'appellation même du droit substantiel est celle de « procédure collective ». En effet, cela implique que la procédure est collective parce que l'intérêt substantiel en cause est de cette nature-là. On devine alors, par symétrie, qu'une procédure de règlement des difficultés des entreprises qui ne prendrait plus en charge un intérêt collectif perdrait corrélativement, de fait ou de droit, radicalement ou par petites touches, son caractère procéduralement collectif. Ainsi, si le seul intérêt effectivement servi s'avérait être, de fait, celui du créancier muni de sûreté, alors la procédure serait de fait individuelle et l'interface que constituent les mandataires de justice se justifierait moins.

5. Il apparaît alors que le thème du caractère collectif des procédures collectives est problématique parce que précisément il est pléonastique. Le

⁵ Y. Guyon, *Entreprises en difficultés. Redressement judiciaire - Faillite*, 5^e éd., Economica, 1995, n° 1 021, p. 30 s.

pléonasme se définit comme une faute de style consistant à désigner consécutivement par deux signifiants un même signifié. Même la redondance, péché véniel par rapport au pléonasme, peut être considérée comme une faute normative en droit car il trouble le sens. Plus gravement, le pléonasme n'a aucun sens et constitue une grave scorie.

6. Mais cette sévérité suppose que, par principe, les mots correspondent exactement aux choses, enjeu fondamental d'un droit réaliste. Et l'on sait que le droit économique se targue de l'être. Si la procédure que l'on dit collective s'avère effectivement collective, le sujet se ferme. Mais s'il apparaît que la procédure que l'on dit collective ne l'est concrètement pas, c'est-à-dire s'il s'avère que l'appellation « procédure collective » ne correspond pas à la réalité de la technique mise en place, nous passons du stade de pléonasme au stade de l'appellation faussée. Si l'on devait considérer la législation comme un produit, ce que l'évolution sociologique du droit économique tend à faire⁶, on dirait aisément qu'il y a tromperie sur la marchandise.

7. Plus techniquement, la disjonction entre l'appellation générale d'un ensemble de mécanismes et la qualification effective de ceux-ci entraîne du désordre et de l'incohérence. Ainsi, si le représentant des créanciers qui a pour fonction de traduire l'intérêt collectif des créanciers est confronté en réalité à des oppositions entre les intérêts de tel ou tel type de créanciers, les créanciers munis de sûretés et les créanciers chirographaires notamment, sa tâche devient fort difficile, voire impossible.

8. Cela constitue aussi une source d'injustices dans la mesure où l'on va astreindre une personne à subir des contraintes au nom du caractère collectif des procédures collectives alors que d'autres y échappent, car ce caractère est fallacieux pour ceux-ci. Il en est sans doute ainsi du créancier-propriétaire. Dès lors, s'il apparaissait que les procédures collectives ne présentent plus guère actuellement un caractère collectif, c'est le droit substantiel qui est alors en jeu à travers une querelle de mots.

9. Cela tient essentiellement au fait que la puissance du droit tient dans son pouvoir d'attribuer des effets juridiques aux mots eux-mêmes, qui constituent alors une réalité normative autonome de la réalité des choses ordinaires. Mais le pragmatisme, qui est une théorie comme une autre, implique que l'on cherche à établir une correspondance minimale entre la réalité ordinaire, de la vie économique et des procédures, et les choix normatifs de vocabulaire opérés par le droit.

10. Nul mieux que le législateur de la faillite n'a compris le pouvoir des mots sur la réalité, mais aussi la récalcitance de celle-ci, lorsqu'on a voulu la changer en glissant de terminologie en terminologie. On a ainsi prétendu infléchir une réalité qu'on estimait dépassée en supprimant l'infamie du mot de la faillite, en parlant de règlement, formule plus neutre, plus technocratique aussi, mais aussi peu optimiste ; espérant non plus seulement briser avec le passé mais encore forger un avenir plus plaisant, le législateur s'est fixé sur le terme de redressement, plein de lendemains prometteurs. Mais le terme de procédures collectives n'a guère fait l'objet d'une semblable réflexion sémantique et donc normative. Si l'on est passé du « droit de la faillite » au droit des « procédures collectives », c'est pour dédramatiser une organisation dont l'os-

6. M.-A. Frison-Roche, *L'amour intéressé des lois particulières (analyse sociologique du droit économique)*, in *L'amour des lois*, Presses universitaires de Laval, 1996, p. 341 s.

sature technique restait inchangée, à savoir la mise dans une collectivité informelle de l'ensemble des créanciers. Certes, la suppression de la masse avait de quoi mettre la puce à l'oreille car c'est essentiellement par la masse et la reconnaissance de sa personnalité morale que le caractère collectif des procédures collectives s'attestait.

11. Aujourd'hui, serait-ce le moment de changer les termes ? On peut le penser lorsqu'on observe que le caractère effectivement collectif des procédures que l'on dit collectives est sérieusement entamé. Mais la difficulté est d'importance et le constat ne suffit pas à la régler, car il s'agit d'aborder la question de savoir si l'on peut même concevoir une procédure de règlement des difficultés des entreprises qui ne soit pas collective.

B. Le degré de consubstantialité entre procédure de faillite et organisation procédurale collective

12. En effet, fondamentalement, on peut se demander si les procédures de règlement des difficultés des entreprises ne sont collectives que par accident, que par l'attribution d'une qualité qui ne touche pas à l'essence des procédures. Si les procédures de règlement des difficultés des entreprises sont collectives mais que ce n'est là que le résultat des traditions, de l'histoire si présente en la matière, ou le fruit d'une volonté renouvelée des législateurs successifs, alors, si lourde soit la conversion, on peut néanmoins concevoir que les procédures de règlement des difficultés des entreprises cessent de s'élaborer sous le mode collectif. Mais si les modes de traitement des difficultés des entreprises sont essentiellement collectifs, ce n'est plus en terme de défi mais en terme de situation contre nature, que la question prend alors son sens.

13. Cela revient à savoir si l'on peut concevoir une procédure de règlement des difficultés des entreprises qui ne sont pas collectives sans que cette déqualification constitue une dénaturation. La question est cruciale pour notre sujet : la procédure doit-elle être par nature collective ? On l'affirmera si la corrélation est établie entre prise en charge de l'intérêt collectif et procédure de traitement des difficultés des intérêts des entreprises. Comme il est coutume d'observer que l'intérêt collectif des créanciers ne se réduit pas à l'intérêt personnel de ceux-ci, même additionné, et qu'il ne peut accéder au rang supérieur de l'intérêt général, dont le juge, le ministère public, voire l'administration, ont la charge, on le croira volontiers.

Dans une telle perspective, l'existence de l'intérêt collectif interdit des actions individuelles mais également l'unicité de l'intérêt collectif justifie l'unicité des organes de représentation dans la procédure. La pluralité des intérêts individuels ne peut s'exprimer, elle est transcendée par un intérêt collectif, lequel est unique et donc s'exprimait dans un organe *ad hoc*, unique. L'organisation antérieure autour du syndic en était la meilleure illustration.

14. Approfondissant cette perspective, on pourra affirmer que les procédures collectives doivent être nécessairement le lieu d'expression de l'intérêt collectif des créanciers, parce qu'il n'existe pas d'autres intérêts collectifs que les leurs. Mais l'on constate une multiplicité d'intérêts collectifs et qu'on estime qu'ils doivent de droit trouver un écho procédural, la pluralité des intérêts collectifs justifiera la pluralité des organes de représentation dans la procédure. Ainsi, l'entreprise elle-même représente un intérêt collectif, celui de ses membres, voire celui de la région dans laquelle elle est implantée et à laquelle elle apporte la vie. Les difficultés économiques qui peuvent désormais

frapper des secteurs entiers attestent sinistrement le dépassement de l'intérêt individuel⁷. En outre, les salariés représentent un intérêt collectif et les associés un autre. Dès lors, et quels que soient les organes installés en corrélation, du seul fait que les procédures concernent l'entreprise et que celle-ci est par nature une collectivité, les procédures ne peuvent être que collectives. En décider autrement, ce serait nier la spécificité de l'entreprise, alors même que la distinction majeure entre l'homme et l'entreprise rend compte de ce souci et constitue un progrès (parfois en « trompe-l'œil »⁸), l'évolution du droit économique tendant vers la reconnaissance de cette existence et de cette complexité corrélatrice, à rebours de l'unicité de la personnalité morale⁹.

15. Plus encore, si les procédures collectives cessent d'être collectives, n'allons-nous pas assister à une régression formidable, dans la mesure où les procédures de faillite ne se distinguent des procédures ordinaires d'exécution qu'en ce qu'elles sont collectives et inaugurent cette qualité spécifique par la règle de la suspension des poursuites individuelles ? Dès lors, une procédure de faillite qui cesse d'être collective se dilue dans le droit ordinaire. A ce titre, elle n'existe plus. *A contrario*, voilà démontrée la consubstantialité.

16. Mais l'on remarquera aussi que les universaux sont très rares en droit car les enseignements de la sociologie et du droit comparé nous montrent la grande flexibilité des instruments et des organisations juridiques qui peuvent être sous une forme ou sous une autre, suivant le temps de leur élaboration et le lieu de leur application. Il demeure que, dans cette perspective, la remise en cause du caractère collectif de la procédure collective apparaît comme plus problématique encore.

17. La question de la consubstantialité de la procédure de traitement des difficultés des entreprises et de son caractère collectif doit rester ouverte. Car elle débouche sur un choix de système, à travers lequel l'on retrouve l'opposition entre les systèmes romanistes et les systèmes de *common law*. En effet, l'on peut, « à la française », maintenir la spécificité de l'organisation procédurale des mécanismes relatifs aux défaillances d'entreprises, par un procès collectif autonome, nécessitant des organes de procédure particuliers prenant en charge les intérêts collectifs en jeu. Mais l'on peut aussi, se rapprochant alors du droit anglo-saxon, opérer un simple croisement des droits communs, droit commun de la vente, droit commun de l'exécution forcée, droit commun des sociétés, sans mettre nécessairement en avant des règles spéciales ou des organes *ad hoc*.

Ainsi, à travers cette question du caractère collectif des procédures collectives, c'est l'enjeu d'une organisation extraordinaire ou d'une organisation ordinaire du traitement juridique des défaillances d'entreprises qui est posé. Il ne s'agit donc de l'ouvrir, c'est-à-dire d'observer la remise en cause actuelle du caractère collectif des procédures collectives. Comme pour toute institution menacée, la remise en cause vient tout à la fois de l'extérieur et de l'intérieur. L'ébranlement est donc d'une part exogène et d'autre part endogène.

7. Y. Guyon, préc., n° 1104 s., p. 10 s., l'auteur concluant que « la collectivité toute entière ne peut se désintéresser du sort d'une entreprise » (p. 12).

8. A. Brunet, *De la distinction de l'homme et de l'entreprise*, in *Aspects actuels du droit commercial français*, Études R. Roblot, LGDJ, 1984, p. 471 s, spéc., n° 5, p. 473.

9. A. Martin-Serf, *Faillite et personnes morales*, in *Aspects actuels du droit commercial français*, préc., p. 449 s.

II. LA REMISE EN CAUSE DU CARACTÈRE COLLECTIF DES PROCÉDURES COLLECTIVES PAR L'UTILISATION DE MÉCANISMES JURIDIQUES EXOGÈNES

18. Initialement, la procédure de faillite est une procédure collective par la mise en masse des créanciers. Encore aujourd'hui, l'affirmation peut être maintenue dans la mesure où, d'une part, la règle de la suspension des poursuites individuelles demeure de principe et où, d'autre part, les créanciers ne peuvent agir dans la procédure que par le pouvoir de leurs représentants. Certes, la césure du statut du syndic par la mise en place des administrateurs judiciaires, d'une part, et des représentants des créanciers, d'autre part, a crevé l'illusion selon laquelle l'intérêt du débiteur et l'intérêt des créanciers peut être commun. Mais le statut de représentant des créanciers traduit encore fidèlement l'intérêt collectif des créanciers qu'il s'agit de mettre procéduralement en œuvre.

19. Pourtant, le droit des procédures collectives ne pouvant prétendre se rendre imperméable aux autres branches du droit porteuses de techniques spécifiques, on sait que l'utilisation du droit des obligations, du droit des sociétés ou du droit des biens a permis à certains créanciers d'échapper à la règle (A). En cela, ces courses en solitaires de certains créanciers portent transitivement atteinte au principe fondamental d'égalité des créanciers (B).

A. La rupture du caractère collectif des procédures collectives par l'utilisation d'instruments juridiques extérieurs

20. C'est bien sûr le droit de propriété qui permet à un créancier de se soustraire au caractère collectif de la procédure. Certes, l'intérêt est substantiel puisque le créancierpropriétaire n'entre pas en concours avec les autres créanciers. Mais l'intérêt procédural ne l'est pas moins dans la mesure où l'on était tenté d'appliquer le délai de droit commun en matière de revendication.

21. Mais la jurisprudence avait précisément distingué l'aspect substantiel et l'aspect procédural de la question, même si celui-ci affecte concrètement celui-là puisqu'il constitue sa mise en œuvre. En effet, lorsque la Cour de cassation a enfermé les actions en revendication dans le délai de l'article 115 de trois mois, délai courant à partir du jugement d'ouverture, elle a entendu faire prévaloir le caractère procéduralement collectif de la procédure. Avant d'examiner plus avant la légitimité d'une jurisprudence par la suite neutralisée par la loi du 10 juin 1994, il convient de relever d'une façon plus générale la manière dont le droit des procédures collectives reçoit procéduralement les droits que l'on peut donc qualifier d'exogènes.

22. En effet, tout à la fois, la jurisprudence admet que la procédure tienne compte, sur le terrain substantiel, de l'exercice de prérogatives tirées du droit commun, mais elle les soumet procéduralement aux règles de la procédure collective car, sur ce terrain procédural, chacun doit se soumettre à la spécificité de l'organisation. C'est pourquoi la jurisprudence a admis que soit exercée sur le seul fondement du droit commun la voie de recours pour excès de pouvoir mais a néanmoins exigé qu'elle soit exercée dans le délai spécifique de dix jours. Ainsi, le droit commun, parce qu'il est commun et que le droit des procédures collectives n'est pas hors du système juridique, s'applique mais le caractère collectif de la procédure implique une acculturation dans la mise en œuvre de ses droits.

23. Revenant sur la question de l'action en revendication, la jurisprudence était néanmoins critiquable car le point de départ de la prescription était le jugement, ce qui rendait de fait très difficiles les revendications. Or, Marc Lévis a montré dans sa thèse que l'action en revendication a deux fins : une fin de restitution, mais aussi une fin de reconnaissance de propriété¹⁰, ce qui permet concrètement au créancierpropriétaire de faire valoir ses intérêts dans la procédure.

24. C'est pourquoi le législateur de 1994 a inséré dans la loi un article 115-1 aux termes duquel le propriétaire dont le droit est publié peut se prévaloir d'une propriété, indépendamment de sa demande de restitution. La difficulté subsistait concernant les contrats encore soumis à l'ancien système. Mais la Chambre commerciale, dans un arrêt du 6 décembre 1994¹¹, a posé que la continuation du contrat implique par elle-même la reconnaissance du droit de propriété, ce qui permet d'uniformiser l'application de la matière, puisque, dans de telles circonstances, la forclusion de l'article 115 dans son ancienne rédaction pourtant applicable, ne peut plus être opposée.

25. Mais, quelle que soit la légitimité de l'intérêt du créancier qui a saisi sa qualité de propriétaire pour échapper au caractère collectif de la procédure, usage très fructueux de la double casquette, Marie-Jeanne Campana a souligné que la nature de la procédure collective s'en trouve affectée et a critiqué la réforme en ce titre, en ce qu'elle était dénaturante¹².

26. Allons sur un terrain plus sociologique. Si le droit substantiel confère à un créancier des droits qui lui permettent de ne plus craindre le concours avec les autres créanciers ou, cas inverse, si sa situation dans le concours est telle qu'il n'a plus rien à en attendre, alors sa collaboration cessera. Dans le premier exemple, on peut évoquer l'inertie obstinée du créancier titulaire d'un droit de rétention ; dans le second, on songe bien sûr au créancier chirographaire qui ne s'intéresse plus à une procédure qui ne produira quasiment aucun effet bénéfique pour lui. Certes, le représentant des créanciers et le mandataire-liquidateur sont là pour prendre en charge un droit procédural délaissé mais cela engendre sociologiquement une procédure collective en réalité menée par quelques-uns, ceux qui ont suffisamment d'intérêt à l'égard de l'issue du litige pour faire l'effort d'être les interlocuteurs des organes de la procédure¹³. Cela contribue encore à faire des procédures collectives une technique ordinaire, accessoire du droit bancaire.

10. *L'opposabilité du droit réel : de la sanction judiciaire des droits*, préf. P. Raynaud, Economica, 1989, n° 137.

11. *Bull. civ. IV*, n° 377, p. 303.

12. *Les revendications après la réforme du 10 juin 1994*, in *Le nouveau droit des défaillances d'entreprises*, préc., p. 197 s.

13. Ainsi, Paul Didier, évoquant la procédure collective lorsqu'elle prend la forme d'une « vaste saisie collective du patrimoine du débiteur », remarque : « On peut aussi craindre, à la longue, que les représentants de créanciers qui, vraisemblablement, ont été choisis parmi les gros créanciers ou parmi ceux qui s'agitent le plus, ne pensent plus qu'à faire leurs affaires et à négocier au mieux avec le débiteur le paiement de leurs créances au lieu de s'occuper réellement des intérêts de ceux qui les ont portés au pouvoir » (*L'entreprise en difficulté*, coll. Thémis, 1995, PUF, p. 24).

B. La mise à mal du caractère collectif par l'atteinte exogène au principe d'égalité

27. Certes, le principe d'égalité des créanciers n'est plus au mieux de sa forme dans l'état actuel de la législation et sans doute ne s'agit-il plus que d'une incantation, voire d'une règle d'expédient¹⁴. On sait que les créanciers sont globalement sacrifiés, ce qui est une forme d'égalité dans la catastrophe, mais ne sont pas sacrifiés selon la même ampleur. Dès lors, le caractère collectif lui-même devient illusoire, car à quoi bon être représenté à la procédure si l'on ne peut rien en attendre ? La règle très classique qui, à travers l'article 31 du nouveau Code de procédure civile, lie l'action en justice et l'intérêt est mise en porte-à-faux.

28. Ainsi, le caractère exceptionnellement collectif de la procédure de redressement ou de liquidation était la traduction d'un principe le plus commun qui soit : celui d'égalité. L'exception a donc sa source dans le principe et ne constitue ainsi pas une véritable contradiction par rapport à lui mais bien plutôt une de ses conséquences. On observe alors le paradoxe suivant : l'affaiblissement du caractère collectif de la procédure, par l'utilisation de droits exogènes, ce dont on peut se réjouir au nom de la puissance légitime du droit commun, entraîne un affaiblissement du principe commun de l'égalité.

29. La tension ainsi engendrée est difficilement surmontable dans la mesure où l'on observe que, par ailleurs, dans toutes les autres matières, le principe d'égalité monte en puissance, certes le plus souvent sous sa forme dérivée du principe de proportionnalité. De plus, cette remise en cause tout à la fois légitime, contrariante, et paradoxale, croise la remise en cause du caractère collectif des procédures collectives par la diversité endogène des intérêts représentés.

III. LA REMISE EN CAUSE DU CARACTÈRE COLLECTIF DES PROCÉDURES COLLECTIVES PAR LA DIVERSITÉ ENDOGÈNE DES INTÉRÊTS REPRÉSENTÉS

30. On connaît la distinction usuelle de l'intérêt général et de l'intérêt collectif. Une nouvelle est plus problématique. En effet, l'intérêt collectif des créanciers n'est pas unitaire et dès lors comment une procédure peut-elle préserver son caractère collectif lorsqu'on va vouloir donner effet à la diversité des intérêts concrets des créanciers (A) ? Plus encore, la procédure peut-elle se prétendre collective du seul fait qu'elle a donné effet à l'intérêt collectif des créanciers, comme si seuls les créanciers pouvaient en la matière se prévaloir d'un intérêt collectif (B) ?

A. La fracture de l'intérêt collectif abstrait des créanciers et sa traduction procédurale par le personnage du contrôleur ou d'autorités concurrentes

31. Le mandataire de justice met en œuvre procéduralement l'intérêt collectif des créanciers. Mais le renforcement législatif du personnage du

14. M. Cabrillac, *Les ambiguïtés de l'égalité entre les créanciers*, mélanges A. Breton et F. Derrida, Dalloz, 1991, p. 31 s., l'auteur dissociant notamment ce principe, illusoire selon lui, d'égalité et la règle de suspension des poursuites (p. 39).

contrôleur ¹⁵ permettant une représentation procédurale d'un certain type de créanciers a fait voler en éclat cette unicité de l'intérêt collectif des créanciers.

Plus précisément, l'organisation minutieuse de la nomination des contrôleurs, et la nécessité, en cas de pluralité de contrôleurs, que l'un soit un créancier muni de sûretés et l'autre un créancier chirographaire, constitue la notion de créancier pouvant avoir accès à la procédure indépendamment de son représentant. Cela ne revient pas pour autant à ressusciter la possibilité procédurale d'exprimer un intérêt particulier, retour vertigineux au droit commun des voies d'exécution, car cela implique que le créancier soit représentatif, c'est-à-dire qu'il exprime un intérêt collectif particulier à la classe de créanciers à laquelle il appartient.

32. Nous voilà proches d'une hypothèse de *class action*. Cela est à tout le moins le signe d'une diversité des intérêts collectifs au sein de l'intérêt collectif des créanciers. C'est que nous sommes passés à une conception de l'intérêt collectif abstraite et unitaire (l'intérêt collectif est commun à tous les créanciers, puisqu'ils ont qualité abstraite de créancier), à une conception de l'intérêt collectif concrète et diverse (l'intérêt collectif n'est pas commun à tous les créanciers, car ils ne sont pas en position égale de recouvrer leurs créances). C'est là faire preuve de réalisme. Mais c'est nécessairement en conséquence diversifier les organes de la procédure et l'on peut penser que la pluralité des intérêts collectifs, pour s'en limiter pour l'instant à ceux des divers créanciers, va entraîner une multiplication corrélatrice des personnes qui les représentent dans le cours judiciaire des choses.

33. Il faut en outre prendre en considération le fait que la procédure va se diversifier institutionnellement si un intérêt collectif très particulier est concerné : celui de la place financière et de la sécurité du système bancaire. En effet, on sait que la loi bancaire a superposé ses exigences procédurales lorsqu'un établissement de crédit est l'objet d'une procédure collective. À côté de l'administrateur judiciaire nommé par le tribunal, et par une sorte d'infiltration, un administrateur choisi par la commission bancaire pénètre dans la procédure. Ce concours traduit certes la pluralité des intérêts collectifs en cause mais, au-delà des conflits potentiels entre autorités bancaires et institutions judiciaires, il risque d'entraîner des paralysies de procédure dès l'instant que les textes n'ont guère organisé de règles de prévalence entre ces deux organes. À multiplier les organes en charge d'intérêts collectifs divers, apparaît la nécessité d'établir soit des règles distributives de pouvoirs soit des règles de conflit de pouvoirs.

34. Doit-on tirer de ce constat que le caractère collectif de la procédure collective est ainsi compromis de l'intérieur parce que, passant d'une définition abstraite à une définition concrète, il en résulte une multiplication des intérêts collectifs, menaçant de faire imploser l'unicité organique néanmoins nécessaire de la procédure ? On peut au contraire soutenir que la procédure collective est encore insuffisamment collective car elle néglige des intérêts collectifs impérieux : ceux dont sont titulaires d'autres personnes que les créanciers.

15. M. Jockey, *Le nouveau personnage du contrôleur*, in *Le nouveau droit des défaillances d'entreprises*, Dalloz, 1995, p. 131 s.

B. L'insuffisance du caractère collectif de la procédure par l'absence de prise en charge des intérêts collectifs autre que ceux des créanciers

35. En effet, peut-on dire qu'une procédure est véritablement collective, lorsqu'elle réduit sa considération aux seuls intérêts collectifs des créanciers ?

Mais justement, ne faisons pas de mauvais procès au législateur car il a voulu rendre en 1985 les procédures de faillite davantage collectives, en prenant en compte l'intérêt collectif des salariés. L'innovation était sans doute facilitée par le fait que le droit du travail, depuis toujours, manie le collectif et l'individuel, le conflit individuel et les négociations collectives. On sait que le législateur de 1985 a précisément voulu s'arracher d'une appréhension du collectif par la seule perspective des créanciers et considérer l'intérêt collectif des salariés. Plus encore, il l'a fait par l'attribution de droits procéduraux, permettant au représentant des salariés d'être informé et de participer à la procédure¹⁶. Ainsi, sous cet angle, la procédure est devenue plus collective qu'avant.

36. Mais, et nous retournons alors l'implication selon laquelle la reconnaissance d'un intérêt collectif se traduit par une organisation collective de la procédure, il convient de se poser la question de savoir s'il suffit d'une organisation procédurale pour qu'un intérêt collectif prenne effectivement corps ? En d'autres termes, les droits procéduraux suffisent-ils à protéger les intérêts substantiels de leurs titulaires ?

La question est fondamentale et renvoie à la solidité ou non d'une rationalité de type procédural. En effet, les tenants d'une rationalité procédurale estiment que le seul fait de permettre à une catégorie de personnes d'accéder au débat et d'y faire entendre sa voix suffit pour que, par une sorte de sagesse discursive, ses arguments, dont ses intérêts, soient pris en compte. Une conception plus cynique du monde conduit à penser que les discours n'entament guère celui qui a le pouvoir de décider. Si l'on devait retenir ce courant pessimiste et estimer que les intérêts collectifs des salariés sont insuffisamment protégés par de simples droits procéduraux, faudrait-il aller plus loin et leur conférer des droits de contrôle, des droits de recours, des droits de veto ? L'organisation en amont des plans sociaux et le contrôle judiciaire qui porte sur eux traduisent davantage un souci des droits substantiels, ou à tout le moins des intérêts légitimes, des salariés.

37. Par ailleurs, quittant le droit du travail, quelle prise en compte le système fait-il de l'intérêt collectif des actionnaires ? On a pu souligner, dans le cadre d'autres querelles animant plus particulièrement le droit fondamental des sociétés et à partir d'une dynamique contenue dans les travaux du professeur Dominique Schmidt¹⁷, que l'intérêt commun des associés doit guider la société et que le moment de la faillite est précisément celui où l'intérêt social vole en éclat¹⁸. Cela fait-il pour autant apparaître l'intérêt commun des associés ? Fort peu, car, contrairement au droit anglais, les associés n'ont pas voix au chapitre. On pourrait songer à améliorer cela.

16. Ce qui ne semble effectif que lorsque l'entreprise concernée est suffisamment importante pour qu'il existe des représentants des personnels : C. Saint-Alary-Houin, préc., n° 71, p. 41.

17. Not., *De l'intérêt commun des associés*, JCP (E) 1994, I, 204.

18. B. Vatié, *Le partage entre droit économique et droit pénal : l'exemple des procédures collectives*, in *Les enjeux de la pénalisation de la vie économique*, Dalloz, 1996, sous presse.

38. On s'accordera en tout cas à penser que l'appréciation du caractère collectif des procédures collectives est un enjeu tout à la fois majeur mais néanmoins actuellement incertain. Pourtant, d'une façon générale, les droits subjectifs étant désormais relatifs et fonctionnels, ils dépendent, dans leur construction d'ensemble et dans leur mise en hiérarchie, d'une nomenclature des intérêts en cause et d'un jugement de valeur sur leur caractère plus ou moins prioritaire les uns par rapport aux autres. —

Cela est alors affaire d'analyses et de décisions de nature politique. Mais l'on sait que le politique n'a pas toujours la main heureuse ni sûre lorsqu'il entend prendre pied sur le terrain du droit des affaires, en général, et du droit des procédures qualifiées par provision de « procédures collectives », en particulier. La sagesse serait sans doute de ne plus l'y encourager.