



AUTORITÉ DE CHOSE JUGÉE ET VOIES DE RECOURS DANS LES PROCÉDURES COLLECTIVES

MARIE-ANNE FRISON-ROCHE

Professeur à l'Université Paris IX-Dauphine
Directeur de l'Institut de droit économique, fiscal et social

1. Le croisement de l'autorité de la chose jugée et des voies de recours s'opère lorsque la décision acquiert la force de chose jugée, voire devient irrévocable lorsque les voies de recours extraordinaires deviennent elles-mêmes indisponibles. Mais il s'agit essentiellement de techniques distinctes car l'autorité de la chose jugée concerne l'accès, interdit, au juge de même niveau (1), alors que la voie de recours concerne l'accès, organisé, à un juge de niveau supérieur. De la même façon, il faut distinguer l'autorité de chose jugée, qui affecte le droit d'accéder au juge de premier degré, et l'opposabilité des décisions, qui impose de tenir compte de ce qui a été jugé (2). Ce qui peut contrarier éventuellement la perspective d'une voie de recours, c'est le fait de passer en force de chose jugée, ce qui doit être distingué de l'autorité de chose jugée. On pourrait donc aller jusqu'à affirmer qu'autorité de chose jugée et voies de recours sont d'une nature opposée ; à tout le moins faut-il ne jamais les confondre.

2. La nécessité de cette distinction tient au fait qu'il est très difficile de dégager des lignes claires dans un droit passablement casuistique, compliqué, parfois aléatoire. Les procédures de redressement, dont on a souligné le moteur économique, s'abîment dans les disputes procédurales dont l'objectif est souvent le forçage de l'appel ou de l'accès à la Cour de cassation.

Or, les voies de recours, c'est la plaie des procédures collectives ! Pour une raison assez simple : la célérité est une qualité requise, plus, une condition *sine qua non* pour la réussite de la procédure

(3). Les chances de celle-ci sont déjà si faibles... Des voies de recours qui se multiplient, c'est l'aiguillon procédural qui se retourne contre la procédure même.

3. Dans le même temps et au fur et à mesure que les textes ferment l'accès, les parties et les organes de la procédure s'ingénient à organiser des dérivations. Et les tribunaux s'y prêtent plus ou moins, émus et balancés souvent par le vent de l'équité. Ils répondent aussi en cela à la volonté plus légitime de sauvegarder la légalité, ou de veiller à l'effectivité des droits fondamentaux. Il n'empêche qu'il en résulte un système très complexe de voies de recours, parce que tiraillé entre la fermeture d'un système légal affirmé comme dérogatoire et sa réouverture. Pour reprendre l'expression retenue par Georges Bolard, l'organisation des voies de recours au sein des procédures collectives ne pouvait rencontrer que des « malheurs » (4)...

4. L'autorité de chose jugée est pareillement un mécanisme pris dans un étau de contradictions. L'autorité de chose jugée a le même effet que la fermeture ou l'expiration des voies de recours : en interdisant que l'on revienne devant le juge de première instance pour lui demander de nouveau de trancher une question qu'il a déjà réglée, elle permet de clore au plus vite les disputes et facilite l'adoption de solutions définitives.

Mais les procédures collectives doivent conserver une certaine souplesse, pour s'adapter, dans leur déroulement même : l'autorité de chose jugée, en ce qu'elle interdit que l'on remette en quelque sorte la procédure « sur le métier », nuit à son

adaptation, qui devrait être continue. En conséquence, la jurisprudence, nettement plus rare en ce qui concerne le thème de l'autorité de la chose jugée qu'à propos des voies de recours, est, elle aussi, assez chaotique.

5. Examinons donc ces mécanismes procéduraux si ordinaires en droit commun et si contre-nature en procédures collectives qu'il en résulte des ambiguïtés dont la jurisprudence ne semble guère venir à bout, maniant deux corps de règles qui ne sont parfois qu'homonymes tant les principes directeurs peuvent être différents. La chronologie incite à aborder tout d'abord l'autorité de la chose jugée, qui intervient du seul fait du jugement, puis l'exercice des voies de recours, suscité ultérieurement par celui-ci.

I. Le sort de l'autorité de chose jugée dans un système privilégiant la flexibilité

6. L'autorité de la chose jugée est un mécanisme aussi simple que brutal, en ce qu'elle atteint le droit d'action auprès des premiers juges. En cela, lui est associé un certain automatisme procédural (A). Mais les procédures collectives doivent être aussi flexibles que possible et une telle radicalité technique ne leur sied guère. C'est pourquoi semble se mettre en place un mécanisme d'autorité de chose jugée par palier (B).

A. L'autorité de chose jugée et l'automatisme procédural

7. Simple déclinaison du droit commun, l'autorité de chose jugée qui intervient dans les procédures collectives

(1) J. Foyer, *De l'autorité de la chose jugée en matière civile. Essai d'une définition*, Thèse Paris, 1954. V. aussi H. Motulsky, *Pour une délimitation plus précise de l'autorité de chose jugée en matière civile*, D. 1958, chron., p. 1 et s.

(2) V. *supra* nos 9 et 14 et s.

(3) G. Bolard, *Les voies de recours*, in *Les innovations de la loi sur le redressement judiciaire*, R.T.D. com. 1987, n° spéc.

(4) *Heur et malheurs des voies de recours en droit des faillites*, Rev. proc. coll. 1991, p. 1.

ves a le mérite d'éteindre le contentieux, la difficulté provenant parfois du fait que bien des décisions du tribunal ou du juge-commissaire sont adoptées au terme d'une procédure gracieuse (1.). Par ailleurs, c'est d'une façon cette fois-ci propre aux procédures collectives que l'autorité de chose jugée impose sa puissance lorsqu'il s'agit d'étendre une procédure déjà ouverte à un tiers. En effet, lorsque le juge du fond a arrêté une solution au fond, réglant le sort de l'entreprise, l'autorité de chose jugée s'attache à la décision. Rouvrir le dossier serait porter atteinte à cette autorité car cela reviendrait à remettre en cause ce qui est acquis. Et cela va de soi pour la personne ayant fait l'objet de la procédure. Mais la difficulté paraît lorsqu'il s'agit d'ouvrir par extension la procédure dont la première société est l'objet à une autre personne ou, hypothèse symétrique, d'embrasser cette première société dans une procédure dont l'autre personne est l'objet (2.).

1. L'autorité de chose jugée comme mode d'extinction du contentieux

8. La jurisprudence a dégagé une solution nette et radicale. Selon l'arrêt de principe de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 12 novembre 1991 (5), même s'il ne s'agit que d'une solution non encore passée en force de chose jugée, en l'espèce un plan de cession, une extension de procédure sera impossible lorsqu'elle est sollicitée devant le juge de première instance. Cependant, si la solution retenue était anéantie par la juridiction d'appel, les choses étant alors remises en l'état, le tribunal

pourrait prononcer l'extension.

9. C'est là une application très orthodoxe de la théorie de l'autorité de chose jugée, qui fonctionne indépendamment de la question de savoir si le jugement est de droit exécutoire ou non (6). En effet, le caractère acquis d'une décision peut interférer sur son opposabilité et non sur son autorité, l'opposabilité ayant trait aux effets du jugement alors que l'autorité concerne le droit d'action de la partie (7). Lorsqu'on affirme que les jugements rendus en matière de procédure collective bénéficient d'une « autorité absolue » (8), il s'agit d'exprimer une opposabilité absolue de ces jugements, en tant qu'ils sont constitutifs d'une situation (9). Cela n'interfère pas avec le mécanisme proprement dit d'autorité. Il est d'ailleurs symptomatique que les auteurs attachent cette autorité au fait que les décisions sont passées en force de chose jugée, ce qui est un fait déterminant pour le déclenchement de l'opposabilité et non pas pour celui de l'autorité.

Dans ces conditions, la question de savoir si le jugement prononçant le plan de cession est exécutoire est indifférente, la portée particulière du plan de cession à l'égard des tiers l'est également et, sur le seul fondement de l'autorité de chose jugée, il est concevable d'étendre la solution d'une impossibilité d'extension de l'hypothèse d'un règlement des difficultés de l'entreprise par un plan de cession à celle de la solution par plan de continuation. Ce qui fut naturellement fait par l'arrêt de la chambre commerciale du 22 octobre 1996 (10).

10. Par ailleurs, on a pu s'interroger sur la possibilité d'une autorité de chose jugée lorsque l'activité du tribunal

ou du juge-commissaire est de nature gracieuse. On connaît l'importance des processus d'autorisation, voire d'homologation, dans les procédures collectives. Sur ce dernier point, on s'accorde à poser que le jugement arrêtant le plan va au-delà de cette dimension gracieuse (11), mais sans doute celle-ci est conservée par exemple par la décision du tribunal d'homologuer un règlement amiable.

11. Toujours est-il qu'il faut alors mesurer cette autorité de la « chose accordée ». L'avocat général Henri Donnenwille avait pu affirmer, pour réclamer une cassation effectivement prononcée par l'arrêt d'assemblée plénière du 11 mai 1990, que les juges d'appel, en affirmant que l'ordonnance d'un juge-commissaire accordant l'autorisation d'une vente immobilière devant notaire bénéficiant de l'autorité de chose jugée, alors que l'autorisation était « donnée à titre gracieux », avaient commis une « hérésie flagrante » (12).

12. A tout le moins, l'hérésie s'il y a, n'est pas flagrante tant la dispute est vive en doctrine de savoir si les décisions gracieuses bénéficient ou non de l'autorité de chose jugée (13). D'ailleurs, les auteurs, qui récusent l'idée d'une autorité de chose jugée parce qu'ils lient celle-ci à l'existence d'un litige, admettent volontiers l'existence d'une autorité de chose décidée, aux mêmes effets procéduraux.

2. L'autorité de chose jugée comme préfiguration du devenir procédural et les mécanismes d'extension

13. Souvent analysée sur le terrain du droit substantiel, il s'agit de reprendre ici la question des mécanismes

(5) Cass. com., 12 novembre 1991, Petites Affiches du 2 mars 1994, obs. F. Derrida.

(6) Contra, F. Derrida, préc.

(7) V. supra n° 1.

(8) V., par ex., F. Derrida, P. Godé, J.-P. Sortais, Redressement et liquidation judiciaires des entreprises, 3^e éd., Dalloz, 1991, n° 77, p. 65.

(9) L'arrêt de la chambre commerciale du 6 décembre 1994 (Bull. civ. IV, n° 366) ne semble d'ailleurs pas vouloir reprendre cette terminologie.

(10) Cass. com., 22 octobre 1996, D. 1997, I.R., p. 8.

(11) V., par ex., M. Jeantin, Droit commercial, instruments de paiement et de crédit. Entreprise en difficulté, 4^e éd., Précis Dalloz, 1995, n° 707, p. 431.

(12) D. 1990, p. 533.

(13) V. D. d'Ambra, L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges, coll. Bibliothèque de droit privé, préf. G. Wiederkehr, L.G.D.J., 1994, p. 286 et s., et les références citées.

d'extension de la procédure sous un angle strictement procédural. Plus précisément, quelle autorité vont alors avoir les décisions prises dans la procédure initiale ou dans le début de la procédure ? Il faut distinguer : s'il s'agit d'une véritable extension, l'autorité va produire ses effets, alors que s'il s'agit d'une procédure autonome, d'ailleurs abusivement qualifiée d'« extension », alors l'autorité de chose jugée sera forcément réduite.

14. Prenons le cas de l'article 178. Sa rédaction est ambiguë puisqu'il y est dit que le jugement qui ouvre le redressement ou la liquidation d'une société de personne « produit ses effets » à l'égard des associés (14). Est-ce à dire qu'il a autorité à leur égard ? Dès lors, il faudrait que la procédure soit de même nature que celle concernant la société. Mais la jurisprudence est en sens contraire, puisque le tribunal peut prononcer la liquidation de l'associé alors qu'il a mis la société en redressement (15) et l'on peut penser que l'inverse est vrai.

On comprend bien l'opportunité de la solution mais comment la justifier en droit ? Il faut alors recourir à la distinction entre l'opposabilité et l'autorité : le tribunal est contraint par le fait de l'ouverture de la procédure et l'obligation qui en découle d'ouvrir des procédures subséquentes, mais ce sont des procédures distinctes qui sont alors ouvertes.

15. Ainsi, le texte de l'article 178 confère au jugement ouvrant la procédure à l'encontre de la société un pouvoir d'opposabilité sans autorité de chose jugée. L'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 1^{er} février 1994 (16) l'explique parfaitement en affirmant que l'ouverture de la procédure collective de l'associé est une « consé-

quence inéluctable » de celle de la société, mais que les deux procédures sont autonomes.

La maladresse de rédaction de l'ajout opéré en 1994 (« selon le cas ») ne remet pas en cause cette solution car on peut certes l'interpréter comme une référence à la nature de la première procédure, qui lierait alors la seconde (« selon le cas » visant alors la première alternative du début du texte « le jugement qui ouvre le redressement ou la liquidation judiciaires »). Mais l'on peut aussi interpréter littéralement l'expression « selon le cas » comme une référence à la situation particulière de tel ou tel associé.

Dès l'instant que cette interprétation est disponible, il convient de la retenir car elle est seule conforme au principe de la relativité de l'autorité de la chose jugée. En effet, il n'est pas contesté que la personnalité morale de la société et celle de ses associés sont distinctes : dès lors, la nature de la procédure de l'une ne peut s'imposer aux autres.

16. Cet argument de la personnalité morale se retrouve à propos des autres procédures d'extension. En effet, la procédure est étendue d'une personne à une autre en cas de fictivité de la seconde société par rapport à la première et en cas de confusion de patrimoine. Dans le cas de la fictivité, il ne s'agit pas d'un recours à une autorité de chose jugée mais bien plutôt d'un retour à la nature des faits lorsque le juge « globalise ». Mais pour l'hypothèse de la confusion de patrimoine, les personnalités persistent. Dès lors, la rigidité consistant à imposer à la seconde société la nature et l'état de la procédure menée contre la première est plus problématique.

17. Or, dans les deux cas, la jurisprudence impose l'unicité de la procédure, c'est-à-dire que ce qui a été prononcé par la première vaut tel quel pour la seconde. C'est donc véritablement un phénomène d'autorité de chose jugée, comme l'affirme expressément la Cour de cassation dans son arrêt du 17 novembre 1992 (17) : « s'appuyant *exactement* (18) sur l'autorité de la chose jugée » par le tribunal qui avait décidé sur le fondement de la confusion de patrimoine que ces deux sociétés formaient une entreprise unique avec un seul patrimoine, « c'est à bon droit (19) que la Cour d'appel a prononcé leur liquidation judiciaire en retenant que l'unité de la procédure collective imposait qu'elles fussent mises dans une situation juridique identique ».

18. Mais le principe d'unité de la procédure collective justifie-t-il l'atteinte à la relativité de la chose jugée ? On sait que ce dernier principe, de nature supérieure, est à rattacher aux droits de la défense puisqu'on ne peut pas engendrer d'obligation à la charge de quelqu'un qui n'a pas été mis en mesure de faire valoir leurs arguments. Or, la seconde société n'a pas été mise en mesure de contester le sort décidé pour la première société et auquel on la soumet pourtant dans un second temps. Cela est-il bien conforme aux principes directeurs du procès ?

19. Cette jurisprudence est certes bien assise mais la continuité d'une solution ne vaut pas fondement. Car la confusion de patrimoine est distincte de la fictivité et l'on trouve des arrêts de la Cour de cassation pour le rappeler heureusement (20). Cela tient au fait que la confusion de patrimoine ne justifie pas à première vue la disparition

(14) Le jugement qui ouvre le redressement ou la liquidation judiciaires de la personne morale produit ses effets à l'égard de toutes les personnes membres ou associées de la personne morale et indéfiniment et solidairement responsables du passif social. Le tribunal ouvre à l'égard de chacune d'elles une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire selon le cas.

(15) Paris, 27 janvier 1995, Gaz. Pal. 1995, I, somm. 70.

(16) Dr. sociétés 1994, n° 91, obs. Y. Chaput.

(17) Bull. civ., IV, n° 357, p. 254.

(18) Souligné par nous.

(19) Souligné par nous.

(20) Cass. com., 8 novembre 1988, Rev. soc. 1990, p. 71, note Honorat ; 8 février 1994, Rev. sociétés 1995, p. 100, note Honorat et Romain ; 21 novembre 1995, J.C.P. éd. E, 1996, II, 852, note J.-J. Daigre.

de la personne morale de la seconde société, et les tribunaux ont tort de se référer aux deux situations comme si elles étaient identiques. La doctrine a certes systématisé la jurisprudence en affirmant donc que « la confusion de patrimoine démontre simplement le caractère fictif de la société » (21).

20. Mais il faudrait alors que les critères de la confusion de patrimoines soient aussi restrictifs que ceux de la fictivité, ce qui n'est pas le cas. Ainsi, si les deux personnalités existent mais que leurs situations sont inextricablement imbriquées, il y aura confusion de patrimoine, sans constat de fictivité (22). La preuve devient patente lorsqu'on observe qu'une confusion de patrimoine peut être constatée, et sanctionnée, entre deux personnes physiques, sans que référence soit faite à une société créée de fait (23), alors que nul ne conteste que, par nature, chacune concerne sa personnalité.

21. Dès lors, même s'il est vrai que le justiciable du droit des procédures collectives est l'entreprise et non la personne — ce qui affaiblit l'argument personneliste de la relativité de la chose jugée — la jurisprudence est critiquable car elle distingue les deux notions pour accroître les situations justifiant l'extension, la confusion de patrimoine étant plus facilement réalisée que celle de la société fictive, pour ensuite resserrer le nœud coulant, en appliquant aux deux le même effet. Cela est critiquable au regard de la logique juridique — à situation distincte, solution distincte — et sans doute au regard des droits de la défense.

Par cette solution, la jurisprudence accroît la portée de l'autorité de chose jugée comme elle le fait par ailleurs

en reconnaissant l'existence d'une autorité de chose jugée progressivement acquise.

B. La solution d'une autorité de chose jugée par paliers

22. La jurisprudence semble admettre des autorités de chose jugée partielles et successives (1.), ce qu'il convient d'apprécier (2.).

1. La solution d'autorités de chose jugée partielles et successives

23. Dans un arrêt du 12 février 1991 (24), la chambre commerciale avait à apprécier l'autorité d'un jugement qui avait arrêté le principe de la cession mais en réservant pour plus tard, par le moyen technique d'un sursis à statuer, la question de la cession des contrats nécessaires au maintien de l'activité et celle de l'évaluation des biens grevés de sûreté. La Cour de cassation estime que le plan bénéficie donc de l'autorité de chose jugée, ce qui interdit au repreneur, non satisfait de la façon dont se profile la résolution des autres points non tranchés, d'en remettre en cause le principe devant le tribunal. En outre, l'expiration du délai pour interjeter appel s'étant opérée, le jugement bénéficie de la force de chose jugée.

2. Appréciation de cette solution

24. Cette solution paraît procéduralement étonnante dans la mesure où, d'une façon générale, les jugements rendus « en l'état » n'ont pas d'autorité de chose jugée (25). Il faut en effet que le jugement s'exprime sans condition ni réserve pour interdire toute nouvelle discussion devant le premier juge. L'observation judiciaire selon laquelle « rien n'empêche le tribunal de procéder par étapes pour arrêter

le plan » (26) ne justifie pas en soi l'attribution progressive de l'autorité de la chose jugée : en effet, dans un tel cas, la puissance de l'autorité de chose jugée ne devrait intervenir qu'à la fin.

25. Certes, par ailleurs, on peut se prévaloir d'une analogie avec les avant-contrats, dont le caractère obligatoire pour les contractants n'est pas discuté. Mais cela reporte alors la difficulté sur le point de savoir dans quelle mesure le plan de redressement conserve une nature contractuelle sous la nature judiciaire de la décision du tribunal qui le prononce. D'ailleurs, même en restant sur le terrain du droit des obligations, on observera que la solution est très rigoureuse pour le repreneur puisque des questions essentielles, telle que celle la valorisation des biens, sont laissées en suspens. L'exigence en droit des contrats d'une rencontre de l'offre et de l'acceptation sur les éléments essentiels n'est-elle pas transposable ici ?

26. Mais l'on observera qu'en espèce, l'offre de reprise elle-même avait proposé cette façon de faire. Il faut alors sans doute faire interférer la notion de contrat aléatoire avec celle de plan judiciaire, l'aléa étant entré dans le champ du jugement. Cela relativise nettement la portée de l'arrêt de 1991. Ainsi, la théorie classique de l'autorité de la chose jugée ne sort pas trop dénaturée de son immersion dans les procédures collectives. Il en est tout autrement des voies de recours.

II. Le sort des voies de recours dans un système privilégiant la célérité

27. Seul le droit des procédures collectives a suscité une telle superposition des voies

(21) B. Soinne, *Identité ou diversité des notions de fictivité et de confusion des patrimoines*, Petites Affiches du 6 décembre 1995.

(22) Cass. com., 24 octobre 1995, Bull. Joly 1996, § 158, note Scholer.

(23) Cass. com., 28 mai 1996, Bull. civ. IV, n° 147.

(24) Petites Affiches du 11 mai 1994, note F. Derrida.

(25) Cass. com., 5 mars 1991, R.J.D.A. 1991, p. 563. V., d'une façon plus générale, G. Bolard, *Les jugements « en l'état »*, J.C.P. 1997, I, 4003.

(26) F. Derrida, sous Cass. com., 12 février 1991, préc.

de recours (A). L'état général qui en résulte a été diversement apprécié, non seulement sur le principe de l'ouverture de recours de droit commun malgré l'existence de recours prévus par les textes, mais encore en raison de l'attraction plus ou moins maîtrisée que les règles du droit spécial exerce sur celles du droit commun. Il convient d'apprécier alors les effets plus ou moins heureux et les fondements plus ou moins solides d'une telle évolution (B).

A. La superposition des voies de recours

28. La jurisprudence a admis, elle-même organisée, la superposition du droit spécial et du droit commun (1.). Mais cela oblige alors à ordonner les attractions de l'un sur l'autre (2.).

1. Appel-nullité, recours en révision, recours pour excès de pouvoir

29. La superposition entre recours spécialement organisés par la loi du 25 janvier 1985 et ceux qui se prévalent du droit commun, applicable par interstices, est générale. En effet, le phénomène est acquis en premier lieu pour l'appel, avec le très fameux appel-nullité (27), celui qui entretient l'espoir de tout plaideur... Cette « anomalie juridique » (28), même si elle a vocation à se cristalliser dans toute procédure de droit privé, n'a vraiment rencontré fortune que dans les procédures collectives (29).

30. Mais cela est également avéré concernant le recours en révision (30), ou encore le recours pour excès de pouvoir qui permet d'accéder à la juridiction supérieure (31). Il n'est pas même la tierce opposition qui n'échappe à l'efficacité d'une éventuelle tierce opposition-nullité (32).

2. L'attraction opérée entre les voies de recours

31. Les solutions prétorien-nes vont, suivant les cas de l'autonomie des conditions respectives des voies de recours spéciales et des voies de recours de droit commun, à la convergence. Il faut distinguer les solutions selon l'appréciation que l'on fait de la capacité de la personne à intenter un recours ou celle que l'on fait des conditions d'exercice de l'action.

32. En ce qui concerne l'appréciation de la capacité de la personne à intenter le recours, la jurisprudence a opté pour l'autonomie des conditions du recours-nullité par rapport aux exigences de la loi du 25 janvier 1985. Ce fut d'ailleurs la principale raison de l'engouement des plaideurs pour l'appel-nullité, en ce que l'attribution par la loi du droit de former appel au seul bénéfice de quelques personnes expressément visées ne suffit plus à leur fermer l'accès à la cour d'appel. Ainsi, la personne évincée du droit spécial d'agir peut prendre appui sur le droit commun. Pour reprendre une terminologie dégagée par Gérard Cornu et Jean Foyer, la jurisprudence a ainsi admis des actions « banales », là où la loi n'avait voulu que des actions « attirées » (33).

33. Mais conformément au droit commun, pour faire appel, il faut être partie (ce qui justifie l'absence de droit d'action du reprenneur non choisi), mais il faut aussi avoir un intérêt à agir. Cependant, cela n'exclut pas la recevabilité du recours du tiers dans une hypothèse. En effet, s'il s'agit d'un tiers dont les droits et obligations sont menacés, c'est la Convention européenne des droits de l'homme qui exige qu'un droit d'agir lui soit conféré (34). En effet, si le droit au double degré de juridiction

peut être supprimé par le législateur, car il ne s'agit encore que d'une sorte de luxe procédural, le droit au recours contre une décision intervenue au terme d'une procédure au cours de laquelle on n'a pu s'exprimer constitue un droit constitutionnel (35), par ailleurs garanti par la Convention européenne des droits de l'homme. Aucun texte ne peut l'anéantir.

34. A l'inverse, le droit commun perd son autonomie en ce qui concerne les conditions d'exercice de l'action. Cela est notamment posé en ce qui concerne le délai pour former appel (36). Ainsi, les conditions de recevabilité pour agir, excédant celles de la voie de recours spéciale, permettent de se glisser dans les conditions d'exercice de celle-ci. La solution est classique et se retrouve par exemple à propos des recours en matière financière (37).

35. La question de l'attraction opérée par le droit spécial sur le droit général quant à l'office de la juridiction d'appel a été plus âprement discutée. En effet, lorsqu'il s'agit d'un appel formé à l'appui de la loi du 25 janvier 1985 à fin de réformation, l'effet dévolutif s'opère (38). Mais la jurisprudence a davantage peiné pour affirmer que, dans l'hypothèse de l'appel-nullité, cet effet s'opère également (39).

36. Certes, il s'agit là d'appliquer la règle générale contenue dans l'article 562, alinéa 2, qui dispose que « la dévolution s'opère pour le tout lorsque l'appel... tend à l'annulation du jugement... ». Un temps, des jurisprudences des juges du fond avaient estimé qu'en raison de l'hétérogénéité des griefs justifiant l'appel-nullité (violation des droits de la défense, excès de pouvoir, etc.), des débats au fond

(27) V., par ex., G. Bolard, *L'appel-nullité*, D. 1988, Chron., p. 177 et s.

(28) G. Bolard, *Les recours-nullité en procédure civile*, in *Justice et double degré de juridiction*, Justices, 1996, n° 10, p. 123.

(29) G. Bolard, *Les recours-nullité en procédure civile*, préc., n° 4, p. 119 et s.

(30) Cass. com., 2 avril 1996, J.C.P. 1996, I, 584, n° 1, obs. M. Cabrillac et Ph. Pétel.

(31) Cass. com., 12 mai 1992, D. 1992, p. 345, note G. Bolard.

(32) Cass. com., 25 janvier 1994, D. 1994, p. 325, rapp. M. Pasturel, p. 379, note F. Derrida.

(33) *Procédure civile*, coll. *Thémis*, P.U.F., 1996, n° 77 et s., p. 334 et s.

(34) Cass. com., 17 mai 1994, R.J.D.A. 1994, n° 1218.

(35) Cons. const., 9 avril 1996, A.J.D.A. 1996, p. 371 et s., obs. O. Schrameck.

(36) Cass. com., 15 janvier 1991, D. 1992, somm. p. 91, obs. F. Derrida ; 26 avril 1994, D. 1994, p. 542, note F. Derrida.

(37) Paris, 13 janvier 1994, R.D.B.B. 1994, p. 37.

(38) Cass. com., 3 juin 1997, D. 1997, p. 538, note G. Bolard.

(39) Cass. com., 28 mai 1996, D. 1996, I.R., p. 162, R.T.D. civ. 1996, p. 985, obs. R. Perrot ; D. 1997, p. 538 et s., note G. Bolard ; 1^{er} octobre 1997, J.C.P. 1997, II, 22941, rapport Rémy.

devaient se dérouler de nouveau devant les premiers juges, pour sauvegarder le double degré de juridiction et, précisément, son lien avec les droits de la défense. La Cour de cassation a préféré l'interprétation favorisant la célérité, marque des procédures collectives et, à ce titre, elle doit en être approuvée.

37. La limite à cette solution tient dans les droits de la défense, ce dont toute la spécificité des procédures collectives ne pourrait justifier la limitation. Cela signifie tout d'abord que la Cour d'appel devra alors ménager les droits de la défense avant de trancher d'autres questions que celles à propos desquelles l'appel-nullité a été formé (40). En outre, la Cour d'appel de Paris a estimé devoir renvoyer la cause devant les premiers juges lorsque des candidats à la reprise de l'entreprise n'avaient pas été conviés à participer à la procédure d'appel (41).

38. Cette solution a été justement critiquée du fait que les candidats repreneurs ne sont pas parties à l'instance et n'avaient donc pas à être intimés (42). Mais l'on pourra aussi estimer qu'en statuant ainsi, les juges remettent indirectement en cause la solution selon laquelle le repreneur n'est pas partie à l'instance, règle qui fût elle-même critiquée (43). Dès lors, l'inobservation d'un principe critiquable bénéficie de quelque circonstance atténuante, voire préfigure une remise en cause de ce principe. D'une façon plus générale, les juges finissent par se perdre eux-mêmes dans la subtilité de leur jurisprudence. Dans ces conditions, celle-ci serait-elle déplacée ?

B. Appréciation du florilège des voies de recours

39. L'ouverture des voies de recours de droit commun se prévaut à titre essentiel de l'exigence de respect de la légalité (1), mais cela suffit-il à rendre supportable les multiples effets pervers engendrés par la superposition des recours (2) ?

1. L'exigence du respect de la légalité

40. Sur le principe, les voies de recours sont dépendantes en procédures collectives de l'idée que doivent être exclus de l'accès au juge supérieur de simples intérêts particuliers. Seuls des intérêts particuliers particulièrement légitimes et dignes de protection peuvent justifier, selon le législateur, que le principe de célérité pâlisce devant eux.

41. C'est la légalité, mise en cause, qui justifie vraiment l'accès au juge supérieur. L'avocat général Henri Donnenwille, pour entraîner la conviction de l'assemblée plénière de la Cour de cassation d'ouvrir l'action à un adjudicataire (44), a souligné que les procédures collectives étant imprégnées d'ordre public, cet impératif de légalité prend un relief particulier et justifie, plus que dans les procédures ordinaires, l'ouverture des voies de recours permettant l'effectivité de cet ordre public.

42. C'est ce qui explique le fait que le ministère public, même non partie principale, dispose du droit de recours plus large que tous les autres, phénomène accentué par la réforme du 10 juin 1994 (45). C'est ce qui explique la solution générale, et rappelée pour les procédures collectives, selon laquelle la suppression législative des voies de recours laisse disponible le pourvoi en cassation, s'il n'est pas expres-

sément exclu, car c'est la voie extraordinaire par laquelle la légalité est sauvegardée.

43. Dès lors, c'est lorsque la légalité est mise en cause que l'appel-nullité ou les autres voies de recours précitées (46) sont justifiées. Ce sont essentiellement les droits de la défense, voire l'excès de pouvoir, mais la jurisprudence a élargi progressivement ces hypothèses pour admettre l'exercice des actions de droit commun en cas de vices graves (47).

Mais on observera que, de fait, les recours de droit commun recouvrent peu à peu le domaine des recours spécialement organisés (48). C'est sans doute un mouvement naturel, ce que l'on peut par ailleurs observer à propos des recours en nullité formés contre les sentences arbitrales lorsque celles-ci ne peuvent être normalement frappées d'appel. Or, en matière d'arbitrage, les recours-nullité ont petit à petit étouffé le principe d'absence d'appel. Le même risque est encouru dans le droit des procédures collectives.

2. Les effets pervers de la superposition des recours

44. En effet, le souci de la légalité est partagé par tous mais n'est-ce pas de bons sentiments pavant le dédale infernal des voies de recours ! En effet, cette superposition est tout d'abord une grave source d'imprécisions et d'incertitudes. Le fait qu'elle complique le droit applicable n'est pas dirimant en ce que la complexité semble la marque des droits économiques dont les règles sont directement issues de l'objet sur lequel ils portent. Mais la jurisprudence fait tantôt prévaloir le droit commun, tantôt le droit spécial, tantôt la volonté d'ouvrir les voies de recours, tantôt de les fermer.

(40) Pour une application plus générale de cette règle, v. Cass. civ. 2^e, 1^{er} juin 1994, Dr. et patrim. 1995, n° 905, p. 85, obs. Lissarague.

(41) Paris, 4 février 1997, Petites Affiches du 4 mai 1998, p. 7 et s., note F. Derrida.

(42) F. Derrida, préc.

(43) Cass. com., 22 mars 1988, D. 1988, p. 375 et s., note F. Derrida et P. Julien. Ces auteurs font notamment griefs à la solution d'avoir un « caractère artificiel » (p. 378), la distinction entre partie à l'instance et partie au jugement étant bien trop fragile pour la justifier.

(44) Sous Cass. ass. plén., 11 mai 1990, D. 1990, p. 533, préc.

(45) 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, Petites Affiches du 30 septembre 1994.

(46) V. supra n° 30.

(47) Pour une description récente, v., par ex., G. Bolard, D. 1997, p. 538.

(48) Pour une appréciation de cette évolution, v. infra n° 39 et s.

Dès lors, ce qui fait véritablement défaut, c'est l'existence d'une véritable politique jurisprudentielle en la matière. Ces hésitations et cet excès de casuistique en matière de procédure ne contribuent pas peu à l'impression de « bateau ivre » qu'un auteur a sévèrement décrit (49).

45. Prenons le cas le plus illustratif qu'est celui de l'appel-nullité. On ne peut qu'approuver le principe de celui-ci : qui serait contre le principe de légalité ? Quel est le premier office du droit, si ce n'est de se défendre lui-même ! Mais s'opère un recouvrement progressif des domaines : dans l'instant que l'appel-nullité n'est plus cantonné, il recouvre de sa masse l'appel-réformation ; autant dire qu'il l'anéantit.

46. La raison profonde a été depuis longtemps dégagée par Henri Motulsky à propos des règles de droit pour lesquelles pouvait jouer le pouvoir du juge de les relever d'office : l'unicité de la légalité joue malgré les différences d'intensité. Ainsi, on commence par défendre la légalité la plus impérieuse (excès de pouvoir, ordre public, etc.) pour finir par dire que la violation de la loi est intolérable, quelle que soit la nature de celle-ci, dès l'instant qu'elle n'est pas supplétive. L'extension du domaine de la voie de recours liée à l'impératif de légalité est alors inévitable.

47. Faut-il aller jusqu'à évoquer l'opportunité de la suppression des voies de recours de droit commun, dès l'instant que les domaines du droit commun et du droit spécial tendent à se rejoindre, et ce d'autant plus que l'appel-nullité s'accompagne de l'effet dévolutif ? En sens contraire, il faut considérer que ce sont des dysfonctionnements dans la menée des

procédures par des tribunaux de première instance qui ont justifié l'admission prétorienne de l'appel-nullité.

48. Sans doute faut-il alors prendre le mal à la racine, et plutôt que de réduire les effets de ces dysfonctionnements en ouvrant des voies de recours artificielles, faut-il revoir certains éléments d'organisation. Ainsi, faut-il regrouper le contentieux des procédures collectives au profit d'un nombre limité de juridiction ou espérer les effets positifs de la réforme de la carte judiciaire dont on entrevoit aujourd'hui la possibilité.

49. En conclusion, l'examen particulier des difficultés liées aux questions de l'autorité de chose jugée et de l'exercice des voies de recours dans les procédures collectives ouvre sur la difficulté plus générale d'apprécier dans quelle mesure la spécificité de celles-ci autorise une démarcation par rapport au droit judiciaire privé. Certes, une harmonie doit être recherchée mais le conflit est toujours latent car la procédure repose sur l'idée d'un temps juridique qui laisse développer les effets procéduraux bénéfiques (50), notamment les droits de la défense et le temps nécessaire qui leur est attaché (51), et celle d'un temps économique qui ne peut s'offrir un tel luxe (52).

50. On peut certes soutenir qu'à défaut de dérogation légale expresse, le droit commun de la procédure doit exercer son empire (53). Mais l'on peut insister aussi sur le fait que la procédure est un instrument qui n'a de sens et de vertu qu'au regard de sa propre efficacité, laquelle se mesure à son aptitude à aboutir à un jugement. Celui-ci peut lui-même recevoir une définition

téléologique, c'est-à-dire qu'on doit l'apprécier à l'aune de son utilité. En matière de procédures collectives, cette utilité est indissociable de la rapidité et le droit commun doit sans doute s'infléchir devant cela, même sans texte particulier, par un simple appel à la nature des choses, et dès lors que les droits de la défense, autre manifestation du droit naturel (54), n'en sont pas heurtés.

(49) B. Soinne, *Le bateau ivre*, *Rev. proc. coll.* 1997, p. 105 et s.

(50) *Le temps dans la procédure*, coll. *Thèmes et commentaires*, Dalloz, 1996.

(51) *L'article 15 du nouveau Code de procédure civile renvoyant à la notion plus large de « temps utile »*.

(52) *V. supra* n° 2.

(53) F. Derrida et P. Julien, *sous Cass. com.*, 22 mars 1988, *préc.*

(54) H. Motulsky, *Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile*, *Mél. P. Roubier*, t. II, Dalloz, 1961, p. 175 et s.