

DEMANDE D'AVIS N°U 16-70.001

(Art. L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire)

(Art. 1031-1 à 1031-7 du code de procédure civile)

(Art. 706-64 et suiv. du code de procédure pénale)

TRIBUNAL DE COMMERCE DE PARIS

SEANCE du 4 AVRIL 2016 à 09h30

Conclusions de Monsieur le premier avocat général
Laurent LE MESLE

1/ - Contexte de la demande d'avis.

La demande d'avis (en deux questions) posée à la Cour de cassation par le tribunal de commerce de Paris intervient dans le cadre de la procédure collective d'une SARL dont le gérant et associé unique est visé par une requête du ministère public aux fins de voir prononcer à son encontre l'une des mesures prévues aux articles L. 653-1 à L. 653-11 du code de commerce (interdiction de gérer et faillite personnelle).

Le gérant a été convoqué, à la demande du président du tribunal, par les soins du greffier - par lettre recommandée avec demande d'avis de réception - conformément aux dispositions de l'article R. 631-4 du code de commerce (version issue du décret du 30 juin 2014¹) auxquelles renvoient celles de l'article R. 653-2 du même code applicables à chaque fois que c'est le parquet qui saisit le tribunal d'une requête aux fins de sanction personnelle sur le fondement de l'article L. 653-7.

A l'audience, le gérant n'était ni présent ni représenté, et le tribunal a constaté que la lettre-recommandée était revenue avec la mention NPAI, *n'habite pas à l'adresse indiquée*.

2/ - Contenu de la demande d'avis.

C'est dans ces conditions que le tribunal s'est posé la question de savoir si la modification résultant du décret du 30 juin 2014 (lettre recommandée avec demande d'avis de réception au lieu de convocation par acte d'huissier) "affecte également les modalités de la notification des re-convocations" dont il est ajouté dans la décision de transmission de la demande d'avis "qu'elles peuvent être jugées nécessaires par le tribunal lorsque le défendeur ne comparait pas".

¹ Avant l'entrée en vigueur du décret du 30 juin 2014, l'article R. 631-4 prévoyait qu'en cas de saisine du tribunal par requête du ministère public, le président du tribunal faisait convoquer, par les soins du greffier, le débiteur "par acte d'huissier de justice".

Très exactement, le tribunal demande à la Cour de cassation si l'article R. 631-4 constitue l'une des exceptions prévues par l'article R. 662-1 du code de commerce ("A moins qu'il n'en soit disposé autrement par le présent livre, les règles du code de procédure civile sont applicables..") - il formule cette demande tant en considération de l'article 670-1 CPC (1^{ère} demande d'avis): "en cas de retour au secrétariat de la juridiction d'une lettre de notification dont l'avis de réception n'a pas été signé dans les conditions prévues à l'article 670 (par son destinataire ou par une personne munie d'un pouvoir à cette effet), le secrétaire invite la partie à procéder par voie de signification", qu'au regard des dispositions de l'article 471 CPC (2^{ème} demande d'avis): "le défendeur qui ne comparait pas peut, à l'initiative du demandeur ou sur décision prise d'office par le juge, être à nouveau invité à comparaître si la citation n'a pas été délivrée à sa personne. La citation est, sauf application des règles particulières à certaines juridictions, réitérée selon les formes de la première citation. Le juge peut cependant ordonner qu'elle sera faite par acte d'huissier de justice lorsque la première citation a été faite par le secrétaire de la juridiction."

La question que soumet le tribunal de commerce de Paris à la Cour de cassation me paraît donc pouvoir se résumer ainsi : lorsque la convocation n'a pas été délivrée à la personne faisant l'objet de la requête du parquet, est-ce que les règles qui président à sa re-convocation sont celles du code de procédure civile? Ce qui, en cas de réponse affirmative, reviendrait à dire que, selon le texte appliqué, soit le juge **pourrait** décider de re-convoquer par voie de signification, soit le greffier **devrait** inviter la partie poursuivante à procéder par voie de signification.

3/ - Sur le principe de la re-convocation.

On observera tout d'abord que les questions portent sur les modalités de la re-convocation non sur le principe même de celle-ci. De sorte qu'il paraît acquis pour le tribunal que, s'il le juge nécessaire, la partie défaillante doit être re-convoquée.

Il doit, bien sûr, en être approuvé. Outre que l'on ne voit pas bien ce qui pourrait venir limiter la liberté du juge alors qu'aucune disposition n'interdit de telles re-convocations dans le droit des procédures collectives, on ajoutera que, de toutes façons, elles apparaissent incontournables tant au regard du respect du principe de la contradiction (et sans doute, plus largement, des règles qui gouvernent le droit à un procès équitable) que de la jurisprudence de la Cour EDH et de celle de notre Cour.

On sait, tout d'abord, que c'est au visa de l'article 6§1 de la Convention que la Cour EDH a posé le principe que "les tribunaux doivent faire tout ce que l'on peut raisonnablement attendre d'eux pour citer les requérants et s'assurer que ces derniers sont au courant des procédures auxquelles ils sont parties"². On rappellera surtout, en droit interne, qu'il ressort de la jurisprudence du Conseil constitutionnel que l'obligation de s'assurer de la réalité de la convocation participe du droit à l'accès au juge fondé sur "la garantie des droits" de l'article 16 de la Déclaration.³

² CEDH - S.C. Raisa M. Shipping S. R. L. C/ Roumanie, 8 janvier 2013, n° 37576/05.

³ Paul Martens, "les principes constitutionnels du procès dans la jurisprudence récente des juridictions constitutionnelles européennes", Cahiers du Conseil constitutionnel n°14, mai 2013.

C'est, au demeurant, tant au visa de l'article 6§1 de la Convention EDH que de l'article 670-1 CPC que, dans une affaire portant sur un partage judiciaire soumis au droit local d'Alsace-Moselle, la première chambre de notre Cour a posé le principe que "le notaire désigné par le tribunal d'instance pour procéder au partage, doit convoquer les parties par lettre recommandée avec avis de réception et que les débats ne sont réguliers, en l'absence de l'une des parties, que si la lettre de notification a été remise au destinataire ou si celui-ci a, de nouveau, été convoqué par voie d'assignation"⁴. Ce qui vaut pour le partage judiciaire vaut *a fortiori* pour le débat judiciaire.

Ainsi que le souligne un auteur, "pour qu'un débat contradictoire puisse s'instaurer, il faut reconnaître aux plaideurs un droit de comparaître aux audiences, et de plaider leur cause sur le fond devant le juge"⁵ Et c'est de cette volonté de favoriser autant qu'il est possible le caractère contradictoire du débat judiciaire que témoignent les dispositions de l'article 471 CPC précité qui autorisent le juge à faire re-convoquer la partie qui n'a pas été citée à personne, ainsi que celles de l'article 670-1 du même code, relatives à la notification des actes (ici la requête du parquet) qui, dans les mêmes conditions, obligent le greffier à inviter la partie poursuivante à procéder par voie de signification.

On ajoutera que la nécessité de ce débat contradictoire est d'autant plus marquée dans notre dossier que l'on est en présence d'une procédure de sanction. Comme le rappelle Madame Pérochon, "ces sanctions, toujours facultatives pour le tribunal, sont des mesures d'assainissement et d'élimination, à la fois protectrices pour le milieu considéré et punitives pour l'intéressé".⁶ Sanctions ayant le caractère d'une punition, elles impliquent donc un niveau de précaution voisin de celui que requiert le prononcé d'une peine.

4/ - Sur les modalités de la re-convocation.

Deux observations liminaires

- La première pour remarquer que n'est pas en cause ici la régularité de la convocation par acte d'huissier. On sait, en effet, qu'il résulte de l'article 651 du code de procédure civile que "la notification peut toujours être faite par voie de signification alors même que la loi l'aurait prévue sous une autre forme". Notre dossier ne concerne que la possibilité pour le juge, ou l'obligation pour le greffier, de l'imposer à la partie requérante.

- Et la seconde pour souligner une évidence, à savoir que le droit des procédures collectives qui n'envisage pas, on l'a dit, la re-convocation des parties défaillantes, ne prévoit *a fortiori* pas les modalités de ladite re-convocation.

⁴ Cass civ 1, 12 décembre 2006, n° 04-17.822.

⁵ Droit et pratique de la procédure civile, sous la direction de Serge Guinchard, Dalloz Action, 2012/2013, n° 212-34.

⁶ Françoise Pérochon, Entreprises en difficulté, LGDJ 10^{ème} édition, n° 1725.

De telle sorte que la logique paraît devoir conduire à répondre à la juridiction qui a posé la question que ce sont les dispositions du code de procédure civile qui doivent s'appliquer en vertu du principe posé par l'article R. 662-1 du code de commerce: "A moins qu'il n'en soit disposé autrement par le présent livre, les règles du code de procédure civile sont applicables dans les matières régies par le livre VI du présent code".

Au demeurant, on ne comprend pas très bien comment les modalités de la première convocation pourraient *ipso jure* conduire à considérer que celles de la re-convocation doivent leur être identiques⁷. C'est en effet la solution exactement inverse qu'impliquent les termes de l'article 670-1 CPC, puisque c'est précisément lorsque la première notification a été faite par lettre-recommandée que le greffier doit inviter la partie à procéder par voie de signification. Autrement dit, loin de justifier qu'il soit fait exception à ce texte, le changement de rédaction de l'article R. 631-4 du code de commerce a, bien au contraire, créé les conditions de son application en matière de procédures collectives, à l'occasion des convocations qui résultent d'une requête du parquet.

Et, en ce qui concerne l'article 471 CPC, on observera, dans le même ordre d'idée, que s'il pose le principe selon lequel "la citation est, sauf application des règles particulières à certaines juridictions, réitérée selon les formes de la première citation" il érige précisément en exception le cas où la première citation avait (comme dans notre hypothèse) été faite par le secrétaire de la juridiction - ce qui revient à dire que la rédaction de R. 631-4, issue du décret du 30 juin 2014, correspond très exactement au cas où le juge est autorisé à ordonner que la nouvelle citation soit faite par ministère d'huissier. Comment considérer, dans ces conditions, que R. 631-4 "constitue l'une des exceptions visées par l'article R. 662-1" comme le suggère le texte de la question?

On ne détaillera pas les nombreuses matières dans lesquelles la Cour de cassation a fait application des textes qui régissent, de façon générale, citations et significations dans le code de procédure civile puisque le rapport expose très complètement la jurisprudence des différentes chambres à cet égard, et on ne s'attardera que sur ce qui pourrait conduire à considérer qu'est spécifique, de ce point de vue, le droit des entreprises en difficulté.

Il y a, en effet, entre la procédure collective et, par exemple, l'instance prud'homale ou bien le contentieux de l'opposition à injonction de payer (pour prendre deux exemples de procédures spécifiques pour lesquelles la Cour de cassation considère que l'article 670-1 du code de procédure civile s'applique) toute la distance qu'il peut y avoir entre une procédure au long cours et dont le déroulement échappe, par principe, à la partie qui l'a initiée, et des demandes en justice qui déterminent le champ de la saisine de la juridiction devant laquelle elles sont portées, et qui demeurent, pour l'essentiel, et tout au long du procès, la chose des parties.

⁷ Ce qui est la position du parquet de première instance.

Sur la question qui nous intéresse, cette inscription dans la durée de la procédure collective, et son caractère protéiforme, ont notamment inspiré l'obligation, faite tant au débiteur personne physique qu'au représentant légal de la personne morale débitrice, de déclarer lors de l'ouverture de la procédure une adresse au greffe, adresse à laquelle seront faites ensuite les notifications et communications que nécessite la procédure.⁸

Cette circonstance est peut-être de nature à influencer aussi bien sur la nécessité que, le cas échéant, sur les modalités d'une re-convocation⁹. Mais, outre que ces dispositions ne sont sans doute pas applicables, au cas particulier, à la procédure collective sur laquelle se greffe notre action en sanctions (on ne sait pas la date de son ouverture, mais il y a tout lieu de penser que celle-ci est antérieure au 2 juillet 2014, date d'entrée en vigueur des nouvelles dispositions), elles ne le sont certainement pas à l'action en sanctions elle-même puisque celle-ci ne concerne pas le débiteur, sur lequel repose cette obligation de déclaration d'adresse, mais, **à titre personnel**, le dirigeant de la personne morale débitrice. Au demeurant, même dans l'hypothèse où l'action en sanctions concernerait un débiteur personne physique, il me paraît acquis que, compte tenu des enjeux, il faudrait, quand même, prévoir une re-convocation par citation d'huissier¹⁰.

Quoiqu'il en soit, rien ne vient donc, au cas particulier, justifier qu'il soit fait exception aux dispositions d'ordre général du code de procédure civile.

5/ - Qui doit re-convoyer?

Dans le corps de sa première question, le tribunal de commerce indique: "doit-on considérer qu'en application des dispositions des articles 670 et 670-1CPC, le greffe, d'office, *ne pouvant inviter le parquet à le faire*, convoque à nouveau le dirigeant par acte d'huissier de justice"? Il est vraisemblable que la qualité de la partie poursuivante n'est pas étrangère à l'incertitude qui a saisie la juridiction auteure de la question; peut-on imposer au ministère public tout à la fois le principe et les modalités de la re-convocation, comme on le ferait pour une partie privée?

Ici, deux attitudes sont possibles.

Il n'est d'abord pas interdit de considérer que, puisque la première convocation a été envoyée par le greffier, c'est encore à lui de faire délivrer l'assignation¹¹, aux mêmes conditions (c'est à dire en joignant la requête par laquelle le parquet a saisi le tribunal). En effet, si l'article 670-1 du code de procédure civile prévoit que le secrétaire "invite **la partie** à procéder par

⁸ Article R. 662-1 du code de commerce, dans sa version résultant du décret du 30 juin 2014.

⁹ A l'instar de ce qui prévaut en matière de surendettement, tant devant la commission de surendettement que devant le juge- même si une chose est de considérer que la procédure n'implique pas l'application des articles 471 et 670-1 du CPC, une autre serait d'interdire à la commission ou au juge d'appliquer ces dispositions. La procédure est régulière "sans", gageons qu'elle le serait tout autant "avec".

¹⁰ Si l'on retient la nécessité d'une re-convocation pour le prononcé de la faillite personnelle ou de l'interdiction de gérer, quel sens y aurait-il à y procéder par voie de LRAR, c'est à dire selon les mêmes modalités que la précédente convocation qui est, par hypothèse, est revenue NPAI? Il y a ici un principe d'utilité, ou d'efficacité.

¹¹ Comme c'était le cas pour la première convocation, avant le décret du 30 juin 2014.

voie de signification”, il n’est pas certain qu’il faille prendre ce terme de “partie” au pied de la lettre -notamment dans l’hypothèse où, comme ici, ce n’est pas à la partie en question que les textes ont confié la charge de la première convocation. On ne voit pas bien, au demeurant, ce qui pourrait s’opposer à cette solution. On observera d’ailleurs que l’article 471 CPC est encore moins précis et permet donc *a fortiori* cette lecture.

Mais il faut ajouter, pour tenter de dissiper l’apparent embarras de la juridiction, que la décision par laquelle le tribunal demanderait au parquet de procéder par voie de signification ne paraît pas, pour autant, contrevenir au principe d’indépendance du ministère public à l’égard des juridictions auprès desquelles il est placé. On dira en effet que rien, ni personne, ne lui impose de poursuivre le débiteur ou le dirigeant social, mais qu’en revanche, s’il estime devoir le faire, c’est au tribunal de fixer les conditions du débat judiciaire. Pourquoi d’ailleurs ne pourrait-il pas être procédé comme en procédure pénale dans cette matière qui est très voisine de la matière pénale?¹²

De telle sorte que s’il faut répondre aux questions posées par le tribunal de commerce de Paris, je suis d’avis que vous disiez que s’appliquent ici les dispositions du 1° de l’article R. 662-1 du code de commerce et donc, par voie de conséquence, celles des articles 471 et 670-1 du code de procédure civile.

Mais faut-il y répondre?

6/ - Recevabilité de la demande d’avis.

Trois observations de ce point de vue:

- Au plan formel, la demande d’avis n’est sans doute pas recevable au regard des dispositions de l’article 1031-1 du code de procédure civile qui imposent au juge qui envisage de solliciter l’avis de la Cour de cassation “d’en aviser les parties et le ministère public à peine d’irrecevabilité” et de “recueillir leurs observations éventuelles dans le délai qu’il fixe”. Au cas particulier, si le tribunal a bien recueilli, on l’a dit, l’avis du ministère public, il n’a pas sollicité celui de la partie poursuivie. On sait que la Cour de cassation fait une application très stricte de cette cause d’irrecevabilité.¹³ Il me semble pourtant qu’il serait, au cas particulier, tout à fait inopportun (et peu compréhensible) de déclarer la demande d’avis irrecevable sur ce fondement alors qu’elle porte précisément sur l’attitude qu’une juridiction doit adopter lorsqu’un justiciable n’est pas touché par la convocation en justice qui lui a été adressée.

- On peut également s’interroger sur le sérieux de cette demande d’avis. Il apparaît en effet peu discutable, on l’a dit, qu’aucune disposition du code de commerce ne porte sur la question des re-convocations, de telle sorte que ce sont les textes de droit commun du code de procédure civile qui doivent trouver application. La réponse aux deux questions posées ressortit donc du domaine d’une certaine évidence. D’autant qu’après tout, s’il a pu arriver que, dans certains types de contentieux (surendettement...) la Cour de cassation valide des

¹² Dans l’un et l’autre cas, les frais de la signification seront d’ailleurs supporter par le Trésor Public.

¹³ Cass, avis, 8 octobre 2007, n° 07-00.012; Cass, avis, 2 avril 2012, n° 12-00.001 et Cass, avis, 14 janvier 2013, n° 12-00.014.

procédures dans lesquelles n'avaient pas été appliquées les règles de droit commun du code de procédure civile, je ne connais pas de cas où une procédure ait été déclarée irrégulière parce qu'une partie défaillante avait été re-convoquée, quel que soit le mode de cette re-convocation.

- Faut-il pour autant refuser de répondre? Je ne le crois pas. On sait que tous les textes intervenus au cours de ces trente dernières années en matière de procédures collectives ont renforcé le rôle et les attributions du ministère public. Il en est bien sûr encore d'avantage ainsi depuis que la jurisprudence de la Cour EDH et les décisions du Conseil constitutionnel ont contraint le législateur français à bannir de notre droit positif la saisine d'office du juge de la procédure collective. De telle sorte que le nombre des requêtes du ministère public s'est déjà notablement accru et que ce phénomène devrait se poursuivre et s'amplifier au cours des prochaines années, notamment dans ces deux cas essentiels que sont les requêtes aux fins d'ouverture et les requêtes aux fins de sanctions. Cet accroissement ne peut pas aller sans que soient redéfinies un certain nombre de règles - c'est ainsi que, par exemple, la chambre commerciale a été conduite à rappeler et, pour partie, à préciser le principe et les modalités de la communication des conclusions du ministère public, après avoir réaffirmé leur nécessité, à peine de nullité de la procédure, à chaque fois que le législateur l'exige.

Dans ce contexte, il me semble que, même si la réponse qu'il convient de leur apporter ne mérite pas beaucoup d'hésitations, les questions posées par le tribunal de commerce de Paris peuvent participer de cette nécessaire clarification. J'ajoute que les consultations informelles de parquets généraux de cours d'appel auxquelles j'ai procédé démontrent une grande disparité de pratiques.

Tout bien considéré, je suis donc d'avis qu'il y a lieu à avis.