

TOULOUSE  
CAPITOLE  
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de  
l'Université Toulouse 1 Capitole.

*L'OFFICE DU JUGE-COMMISSAIRE : JUGE PAR SES ORDONNANCES ET AU-DELÀ DE  
SES ORDONNANCES*

JULIEN THÉRON

Référence de publication : Théron, Julien (2019) *L'office du juge-commissaire : juge par ses ordonnances et au-delà de ses ordonnances*. Revue des procédures collectives (n° 6). p. 69.

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,  
contacter [portail-publi@ut-capitole.fr](mailto:portail-publi@ut-capitole.fr)

# **L'OFFICE DU JUGE-COMMISSAIRE : JUGE PAR SES ORDONNANCES ET AU-DELÀ DE SES ORDONNANCES** <sup>NOTE 1</sup>

Souvent qualifié de « chef d'orchestre », le juge -commissaire intervient à toutes les étapes de la procédure collective. Son rôle est atypique par rapport à celui d'un juge traditionnel. Si nombre de ses décisions présentent un caractère juridictionnel – et est ainsi juge par ses ordonnances – il intervient aussi souvent comme un tiers impartial veillant à la protection des intérêts en présence ou donnant une valeur symbolique à certains accords. Mais est-ce bien là le rôle d'un juge ? Si la fonction de juger se réduit à celle de trancher des litiges la réponse ne peut qu'être négative. Pourtant, nul n' imagine un instant une procédure de sauvegarde, de redressement, ou de liquidation judiciaire sans juge -commissaire. Sans doute est-ce parce qu'il est juge au-delà de ses ordonnances .

1. - La procédure en droit des entreprises en difficulté est spéciale. À tel point qu'il pourrait être tentant de considérer qu'il n'y a là qu'un droit fait de dérogations plus ou moins justifiées, irréductible à toute entreprise de systématisation. Ce faisant, le risque est de faire échapper les règles procédurales en droit des entreprises en difficulté à toute logique, sinon la vaine poursuite du pragmatisme. Il n'y aurait ainsi qu'un droit byzantin abandonné peu ou prou aux caprices du législateur, du gouvernement, ou de la Cour de cassation. La doctrine n'a alors dans ce cadre que deux attitudes possibles : commenter sans critiquer – elle n'est alors plus véritablement doctrine mais média de diffusion à l'égard des praticiens – ou se lamenter de ce que cette procédure s'est beaucoup trop détachée de la figure tutélaire du Code de procédure civile.

2. - Affirmer que la procédure en droit des entreprises en difficulté n'est qu'une procédure spéciale et dérogatoire n'est cependant pas inéluctable.

3. - Si la procédure collective est dérogatoire, elle est dérogatoire par rapport à quoi ? La réponse est simple : au Code de procédure civile. Cela est indubitable, par bien des aspects la procédure suivie en droit des entreprises en difficulté est différente de celle du Code de procédure civile. Mais cela est logique. Le Code de procédure civile, hormis quelques articles relatifs à la matière gracieuse, n'est construit qu'autour d'une figure de procès : le litige. La procédure civile n'est pas un droit désincarné, un univers parallèle, il a une finalité substantielle, celle de permettre au juge de rendre la meilleure solution possible dans une situation donnée. Or, le litige ne correspond pas à la situation substantielle soumise au tribunal en droit des entreprises en difficulté.

Le litige est défini comme la dénonciation d'une atteinte aux intérêts d'une personne par l'attitude positive ou négative d'une autre. Le contexte est éminemment subjectif. Celui dont les intérêts sont atteints va agir contre celui qu'il estime à l'origine de la lésion. En droit des entreprises en difficulté il existe une multitude d'intérêts lésés ou susceptibles de l'être : créanciers, salariés, débiteur et bien entendu au-delà de tout cela l'intérêt de l'économie. Surtout l'origine de ces atteintes ne vient pas de l'attitude d'une personne mais des difficultés de l'entreprise. Il n'est alors pas possible de considérer que le procès oppose des parties qu'il appartient au juge de départager. Il n'a pas pour mission de reconnaître que l'un doit ou ne doit pas à l'autre. Il importe de régler les difficultés de l'entreprise pour qu'une juste répartition des choses puisse être de nouveau établie. Le contexte soumis au juge est ainsi pour le moins différent du litige.

Aussi plutôt que de clamer le caractère anormal de la procédure en droit des entreprises en difficulté, peut-être suffit-il d'accepter que la situation substantielle à traiter étant différente, les règles procédurales le sont tout autant. Il ne s'agit plus alors d'envisager les choses en les comparant, en considérant qu'il y a une procédure de principe et des procédures dérogatoires<sup>Note 2</sup>, mais des procédures idoines à chaque situation. Cette mise en perspective paraît d'autant plus opportune lorsque l'on voit l'importance du traitement des entreprises en difficulté au sein des tribunaux de commerce. Il n'est pas du tout certain que le traitement du litige constitue la tâche de principe et le règlement des entreprises en difficulté l'épiphénomène<sup>Note 3</sup>.

4. - Pour autant, pour accepter l'existence de cette procédure en partie autonome du Code de procédure civile, encore faut-il admettre que la présence du juge est nécessaire. Or, la figure de ce procès économique est tellement différente que l'on peut se demander si le juge remplit ici une véritable fonction de juger. De manière pudique – et peut-être aussi pour éviter de se poser véritablement la question – une partie de la doctrine a pris pour habitude de parler de « magistrature économique ». Les termes ne sont pas anodins. Un magistrat n'est pas nécessairement un juge. Tout un courant doctrinal a d'ailleurs tendance à considérer que l'on se rapprocherait ici du gracieux, voire d'une fonction administrative<sup>Note 4</sup>. Le propos n'est pas sans conséquence. À l'heure où la question de la déjudiciarisation est posée, à l'heure où au sein de nos sociétés les liens se distendent, où l'autorité des institutions est de plus en plus difficile à imposer, il importe de vérifier au cas par cas si la présence judiciaire s'impose ou non<sup>Note 5</sup>. La finalité de pacification poursuivie par le Droit exige que son autorité soit pleine et entière et ne soit pas diluée en raison de sa participation à des offices plus ou moins étrangers au cœur de sa mission.

5. - Le rôle du juge-commissaire est topique de cette problématique. La nature juridictionnelle des décisions qu'il rend pourrait être contestée. En matière de réalisation d'actifs, d'admission du passif, d'autorisation d'un acte étranger à la gestion courante par exemple il ne tranche aucun litige. Faute de litige, peut-on considérer que ces actes sont véritablement juridictionnels ?

6. - En outre, au-delà de ces décisions le juge-commissaire est omniprésent et son rôle est atypique. Il est traditionnellement qualifié de « chef d'orchestre » de la procédure. Mais est-ce bien là le rôle d'un juge ? Si la fonction de juger est par essence celle de trancher des litiges la réponse ne peut qu'être négative. Ce faisant, il n'est pas un juge. Pourtant, nul n' imagine un instant une procédure de sauvegarde, de redressement, ou de liquidation judiciaire sans juge-commissaire. Le fait qu'il ait été institué en 1807 et que son rôle n'ait fait que s'accroître est peut-être la marque de la nécessité de sa présence. L'observation de la pratique montre aussi le caractère indispensable de son rôle. Les organes – administrateurs et mandataires – expriment fréquemment la nécessité d'en recourir au juge-commissaire même en dehors de textes imposant son autorisation. On songe ici à la myriade de demandes faites sous le sceau de l'article L. 621-9 du Code de commerce.

7. - Les présents propos pourraient se limiter à la démonstration du caractère juridictionnel de certains actes, et du caractère non juridictionnel d'autres décisions comme la désignation d'un technicien. Pourtant, en préparant cet écrit, outre la crainte de répéter certaines démonstrations déjà entreprises<sup>Note 6</sup>, il est apparu qu'il n'y aurait là qu'une vision parcellaire. En démontrant le caractère juridictionnel de certaines décisions du juge-commissaire, il est justifié qu'il soit nécessaire de recourir à un juge pour les prendre. Mais cela n'explique en rien le reste de son rôle pourtant si important. Si en dehors de ces hypothèses il ne juge pas, alors pourquoi ne pas décharger les juges-commissaires déjà bien occupés... Il sera alors proposé d'emprunter à Emmanuel Jeuland sa théorie du « lien procédural de protection »<sup>Note 7</sup> pour justifier cette impérieuse omniprésence du juge-commissaire.

8. - Il s'agit ainsi de procéder en deux temps : dans un premier temps démontrer qu'en raison de la nature juridictionnelle de ses décisions le juge commissaire est un véritable juge, en ce sens il est juge par ses ordonnances ( 1 ) ; et dans un deuxième temps il importe de s'intéresser quant au point de savoir s'il est juge au-delà de ses ordonnances ( 2 ).

## 1. JUGE PAR SES ORDONNANCES

9. - Il y a des hypothèses dans lesquelles il ne fait nul doute que le juge-commissaire remplit une fonction juridictionnelle. Il s'agit des cas dans lesquels il remplit un rôle que des juges pourraient remplir dans d'autres cadres en matière contentieuse ou gracieuse. En revanche, il y a des ordonnances du juge-commissaire peu assimilables à des jugements gracieux ou contentieux et qui à ce titre pourraient se voir écartées de la fonction juridictionnelle. Observons les fonctions juridictionnelles classiques du juge-commissaire ( **A** ) avant d'aborder les ordonnances juridictionnelles spécifiques du juge-commissaire ( **B** ).

### *A. - Les fonctions juridictionnelles classiques*

10. - Lorsque le juge-commissaire intervient en matière de revendication ou encore pour autoriser un acte étranger à la gestion courante de l'entreprise il remplit un rôle juridictionnel. Il tranche un litige dans le premier cas et intervient en matière gracieuse dans le second.

#### 1- Le litige

11. - En matière de revendication, aux termes de l'article L. 624-17 du Code de commerce, il n'y a qu'en cas de défaut d'accord de l'administrateur ou du débiteur et du mandataire que le juge-commissaire est appelé à se prononcer. Il n'y a aucun doute ici sur la nature juridictionnelle de son ordonnance. On est ici en présence de tous les éléments du litige. Le demandeur affirme être propriétaire du bien détenu par le débiteur et en réclame la restitution en justice, faute pour le débiteur ou les organes de reconnaître cette qualité de propriétaire. Certes la structure du litige est légèrement perturbée en raison de la présence d'organes de la procédure en tant que partie, mais il n'en demeure pas moins qu'ici le revendiquant affirme qu'il a moins que son dû en raison de l'attitude d'un tiers (administrateur, ou débiteur ou mandataire).

12. - Le juge-commissaire est ici pleinement investi du pouvoir juridictionnel de trancher et sa décision aura pleinement autorité de chose jugée. Soit le juge-commissaire reconnaît le droit

du revendiquant soit il l'écarte quel que soit le motif de contestation. Sa décision passée en force de chose jugée, il ne sera plus possible de contester. Le revendiquant qui voit sa demande rejetée par le juge ne devrait pas pouvoir affirmer une fois la procédure terminée que le bien est à lui. On peut d'ailleurs s'en étonner. En matière d'établissement du passif tel n'est pas le cas<sup>Note 8</sup>. En ce dernier cas, non seulement il ne peut statuer en présence d'une contestation sérieuse (*C. com., art. L. 624-2*), mais en outre l'autorité de sa décision ne joue que dans la procédure puisque la Cour de cassation considère qu'une créance rejetée dans une procédure peut être déclarée et donc être admise dans une seconde<sup>Note 9</sup> ... Pourtant les situations paraissent comparables. Dans les deux cas si le créancier n'agit pas dans les temps – c'est-à-dire ne revendique pas ou ne déclare pas – son droit est inopposable à la procédure. Surtout, il demande dans chacune de ces situations au juge-commissaire à ce que soit reconnue la réalité de son droit. Mais nous y reviendrons.

## 2- La fonction gracieuse

13. - Le juge-commissaire remplit une fonction gracieuse lorsqu'il autorise certains actes en application de l'article L. 622-7, II du Code de commerce. Le Code de procédure civile considère qu'il y a matière gracieuse lorsqu'*« en l'absence de litige il est saisi d'une demande dont la loi exige, en raison de la nature ou de la qualité du requérant, qu'elle soit soumise à son contrôle »* (*CPC, art. 25*). Or, dans ces cas, le juge-commissaire va contrôler soit que l'acte ne porte pas atteinte aux intérêts de l'entreprise ou à l'issue de la procédure, ou si tel est le cas – après avis du ministère public – que cela est justifié par les intérêts en cause. Nous sommes ainsi dans une situation typiquement gracieuse. Sans reprendre ici un vaste débat<sup>Note 10</sup>, la fonction du juge est ici juridictionnelle. Le débiteur ou l'administrateur ayant mission de représentation en sollicitant une autorisation émet une véritable contestation. La situation de principe est que par mesure de protection de l'entreprise et des intérêts en présence ils ne peuvent pas passer cet acte. Aussi lorsqu'ils demandent au juge l'autorisation d'y procéder ils affirment que cette interdiction porte atteinte à leurs intérêts ou aux intérêts qu'ils protègent. Il appartient alors au juge de venir vérifier si cette atteinte est ou non justifiée et ainsi de vider la contestation.

14. - Ces autorisations étant juridictionnelles, elles ont autorité de chose jugée<sup>Note 11</sup>, nul ne pourra ainsi par la suite contester l'acte autorisé en soutenant qu'il porte atteinte à l'intérêt de

l'entreprise ou encore à l'issue de la procédure de manière injustifiée. Simplement, à la différence d'un jugement rendu en matière litigieuse il s'impose *erga omnes*. En matière gracieuse le juge est en effet saisi *in rem*.

### *B. - Les fonctions juridictionnelles spéciales.*

15. - Le juge-commissaire remplit un office spécial, *a priori* difficilement comparable aux fonctions classiques, en matière d'admission et de rejet des créances mais aussi en matière de réalisation d'actifs. On pourrait certes rapprocher ces interventions du gracieux. Mais il se trouve que cela ne correspond pas au schéma habituel au sein duquel le juge contrôle un acte juridique pour la perfection duquel il faut une intervention du juge. Or, tel n'est pas le cas ici, pas plus à propos de l'établissement du passif ( 1° ) qu'en matière de réalisation d'actifs ( 2° ).

#### 1- L'établissement du passif

16. - En matière d'établissement de passif il convient de prime abord d'écarter les hypothèses qui ne semblent pas poser de difficultés quant au rôle du juge : celles dans lesquelles la créance est contestée. Ici en effet, on est proche de la structure du litige. Le créancier affirme de l'existence de son droit et on le lui dénie en tout ou partie. Il appartient alors au juge de trancher<sup>Note 12</sup>.

17. - La question est plus délicate à propos des décisions d'admission. La difficulté à accéder à l'idée qu'il y a là un véritable jugement est accrue par le fait que la décision du juge-commissaire se manifeste par une simple signature de l'état des créances (*C. com., art. R. 624-3*). Un auteur estime d'ailleurs que lorsque la créance ne fait l'objet d'aucune contestation, la mission remplie par le juge n'est pas juridictionnelle. Il en tire la conséquence logique que cette fonction ne devrait pas être attribuée au pouvoir judiciaire<sup>Note 13</sup>.

Pour autant, il semble que la majorité des auteurs attribuent à cette décision une nature juridictionnelle. Pour en justifier en 1937, Amiaud<sup>Note 14</sup> affirmait qu'en la matière en imposant la vérification et l'admission, la loi jette un doute quant à la réalité des créances déclarées. Tant que les créances ne sont pas vérifiées et admises, la loi les présume douteuses et les exclut. Il est alors

nécessaire de recourir à la fonction de juger pour écarter le doute jeté sur le droit du créancier. Bien qu'il n'y ait pas de contrôle d'un acte, et que l'on pourrait en cela considérer qu'il ne s'agit pas d'une fonction gracieuse, il apparaît pourtant que telle est sa nature. Conformément à l'article 25 du Code de procédure civile nous sommes bien ici dans une hypothèse dans laquelle en l'absence de litige la loi impose le recours au juge pour qu'il exerce un contrôle.

18. - Si cette ordonnance est considérée comme juridictionnelle il n'en demeure pas moins qu'elle est traitée par la loi et la Cour de cassation comme un « petit » jugement. On peut avoir le sentiment qu'il n'est pas accordé une confiance pleine et entière au juge-commissaire dans cette mission. D'abord, on le sait le juge-commissaire a un pouvoir juridictionnel limité, puisqu'il ne peut statuer en cas de contestation sérieuse alors qu'il le peut en matière de revendication. Ensuite parce qu'en cas de résolution de plan et d'ouverture d'une nouvelle procédure l'autorité de chose jugée ne joue pas<sup>Note 15</sup>. Il ne s'agit pas d'empiéter sur d'autres contributions et notamment celle de Pierre Cagnoli, mais qu'il soit permis d'exprimer un avis minoritaire et de dire que cela n'emporte pas nécessairement l'adhésion. Il est difficile de concevoir que la décision de rejet ne vaut que dans le cadre de la procédure au cours de laquelle elle a été prononcée. Le but de l'intervention du juge-commissaire est de trancher une contestation. Il s'agit d'écarter le doute qui plane sur la réalité des créances déclarées afin de fixer le passif du débiteur. En rejetant une créance, il juge donc que cette créance ne fait pas partie du passif du débiteur. Comment dès lors concevoir que cette éviction ne soit que temporaire ? Si le juge-commissaire a par exemple écarté une créance parce qu'il l'a considérée comme prescrite, comment par la suite admettre que l'on puisse de nouveau demander à ce qu'elle soit reconnue comme grevant le passif du débiteur ? C'est demander au juge qu'il se repose exactement la même question. Il importe peu à ce titre que le représentant des créanciers ait changé et soit passé de mandataire à liquidateur. L'intérêt que ces organes protègent est un intérêt collectif, distinct des créanciers qui le composent. En outre, la créance greve le patrimoine du débiteur, or gage des créanciers et patrimoine du débiteur ne sont qu'une seule et même chose. Si la créance n'est pas dans le passif du débiteur, elle ne greve donc pas le gage des créanciers... Mais il est vrai que la chambre commerciale fait peu cas de ce principe essentiel en matière de revendication<sup>Note 16</sup>. Alors, pourquoi en ferait-elle autrement en matière de passif ?

19. - Surtout, le recours à la notion d'identité de parties pour circonscrire la chose jugée n'a de sens qu'autant qu'il permet de délimiter ce qui a été arrêté par le juge comme cela est le cas en matière de litige. La fonction juridictionnelle est traditionnellement assimilée à celle de trancher

des contestations opposant deux protagonistes. Il est vrai que dans ce cadre l'identité des parties est essentielle à l'identification de la chose jugée. Il est caractéristique à cet égard que l'article 1355 du Code civil énonce qu'il faut que la demande soit entre les mêmes parties, et « formée par elles contre elles ». À l'évidence en matière de vérification de créance, situation non envisagée par l'article 1355, à l'instar de la procédure de vérification, la demande n'est formée contre personne. C'est une créance qui est l'objet de la décision. Aussi, l'identité des parties est indifférente à la circonscription de la chose jugée. Pour preuve, le changement d'organe de représentation des créanciers ne modifie pas la créance objet du jugement, et ne devrait même pas être susceptible d'éclairer la situation sous un jour nouveau aux yeux du juge. L'absence d'identité des parties ne devrait pas, dans cette mesure, pouvoir être invoquée par le créancier pour écarter l'autorité de chose jugée. À défaut, c'est l'autoriser à contourner la chose jugée. Et surtout pour en revenir à nos propos c'est nier le caractère juridictionnel de l'ordonnance du juge commissaire.

## 2- Les autorisations du juge -commissaire en matière de réalisation d'actif

20. - Ici, il faut distinguer le rôle joué par le juge-commissaire selon que les biens sont cédés aux enchères ou de gré à gré.

21. - Le rôle rempli par le juge-commissaire dans la détermination des conditions de réalisation d'enchères publiques en matière de liquidation n'est pas juridictionnel et ce, qu'il détermine la mise à prix et les conditions essentielles de la vente lorsqu'elle a lieu aux enchères judiciaires, ou ordonne la réalisation du transfert devant un notaire par adjudication amiable. Son rôle est similaire à celui du tribunal dans la vente des immeubles et fonds de commerce appartenant à des mineurs ou à des majeurs en tutelle.

22. - En va-t-il autrement lorsqu'il autorise une cession de gré à gré ? De prime abord on pourrait répondre qu'en application de L. 642-18 ou L. 642-19 du Code de commerce, le juge autorise une cession. Puisqu'il contrôle un acte, il s'agirait d'une matière gracieuse. Mais à y regarder de plus près la situation n'est pas exactement celle d'une autorisation dans le cadre de L. 622-7 du Code de commerce. Ici le juge-commissaire va au-delà puisqu'en présence de plusieurs offres il n'autorise pas, il choisit...

Son rôle est-il alors véritablement juridictionnel ? La réponse est affirmative. En l'absence d'offre d'acquisition de gré à gré, la loi présume que la réalisation des biens du débiteur par le biais d'enchères constitue le meilleur mode de liquidation possible. En présence d'une ou plusieurs offres, il existe un doute sur l'opportunité de réaliser les biens du débiteur par le biais d'enchères. Peut-être que les enchères ne permettent pas de désintéresser les créanciers au maximum, de rendre au mieux à chacun leur part. Il appartient alors au juge de trancher cette contestation en autorisant ou non la vente de gré à gré. En ordonnant les enchères et en rejetant la cession de gré à gré, il éteint la contestation en affirmant qu'il y a là le meilleur mode de réalisation. En autorisant une cession de gré à gré, il reconnaît la réalité du déséquilibre argué, c'est-à-dire que les enchères ne permettent pas de satisfaire au mieux l'intérêt des créanciers, et que la cession est plus à même d'y parvenir.

23. - Ces ordonnances étant juridictionnelles, elles sont pourvues de l'autorité de chose jugée. Une fois l'ordonnance passée en force de chose jugée, nul ne peut par la suite contester le fait qu'il n'y avait pas ici de meilleur moyen de céder le bien. On comprend alors combien il est tentant pour les liquidateurs de solliciter un passage de liquidation judiciaire simplifiée à une liquidation judiciaire « classique » lorsqu'il apparaît au sein des actifs un bien d'une valeur importante dont la valorisation pourrait être source de contentieux. Il n'y a rien là que de très légitime. Le juge a une fonction pacificatrice. Aussi il est impérieux de pouvoir recourir à lui pour éteindre toute contestation.

Mais il faut prendre garde, l'autorité de chose jugée est limitée à ce qu'a vérifié le juge. Ainsi, ce n'est pas l'autorité de chose jugée qui peut justifier le fait que la cession est à l'abri d'une nullité pour vice du consentement<sup>Note 17</sup>. Le juge ne vérifie nullement la réalité du consentement de l'acquéreur.

24. - Il apparaît ainsi que nombre d'ordonnances du juge-commissaire ont une nature juridictionnelle. Mais ces ordonnances ne reflètent pas la totalité de la fonction du juge-commissaire. Elles ne permettent pas d'appréhender ce juge-commissaire « chef d'orchestre ». Est-ce à dire que la fonction qu'il remplit au-delà de ces ordonnances n'est pas celle d'un juge ?

## 2. JUGE AU-DELÀ DE SES ORDONNANCES

25. - Si la fonction du juge se résume à trancher des contestations alors une grande partie de la mission du juge-commissaire n'est pas celle d'un juge. Mais essayons d'explorer et d'identifier les raisons pour lesquelles il se pourrait que le rôle du juge-commissaire ne puisse qu'être celui d'un juge. Peut-être faut-il accéder à l'idée que la fonction du juge ne se résume pas à prendre des décisions juridictionnelles. Il peut, en tant que juge, prendre des décisions non juridictionnelles.

On oppose classiquement les mesures d'administration judiciaire aux jugements. Pourrait-on considérer que les mesures d'administration judiciaire au motif qu'elles ne sont pas juridictionnelles pourraient être confiées à un organe de nature administrative ? Pour nombre d'entre elles la réponse est négative. En droit des entreprises en difficulté, on n'imagine pas que ce soit un tiers – le greffe par exemple – qui décide du basculement de liquidation judiciaire simplifiée à liquidation judiciaire normale. En matière de litige, il n'est pas concevable qu'un autre que le juge prenne toutes les décisions par lesquelles il marque sa maîtrise du temps de l'instance : autorisation d'assigner à jour fixe, radiation, jonction/disjonction ne peuvent être prises que par un juge. La raison en est simple. À compter de la saisine de la juridiction les parties sont entrées en relation avec lui. Plus exactement, elles se sont placées sous son égide dans le cadre d'un processus devant mener à la décision finale. Ce lien qui se crée entre juge et parties en matière de litige se dénomme l'instance. Maître de l'instance, il appartient alors au juge d'avoir les pouvoirs nécessaires à la maîtrise de cette relation.

26. - Il est toujours difficile de conceptualiser une relation entre les parties et le juge. Sans doute est-ce la raison pour laquelle on a tendance à la ramener à une série d'actes. Mais c'est oublier que la relation existe sans être matérialisée. C'est regarder le ciel étoilé en se disant que l'espace n'est qu'un ensemble points qui brillent en occultant le volume qui existe entre les étoiles.

Il faut alors sans doute sortir de nos approches classiques du juge pour appréhender la réalité de la relation au juge. C'est à ce titre que la lecture d'un ouvrage d'Emmanuel Jeuland<sup>Note 18</sup> et d'un de ses articles<sup>Note 19</sup> permet de mieux la cerner<sup>Note 20</sup>. Il se fonde sur ce qui est dénommé la *french theory*, dont des auteurs français – Derrida, Lacan ou Deleuze – sont à l'origine, et qui a connu un succès dans la pensée juridique universitaire américaine, mais pas en France. Il développe ce qu'il appelle une théorie relationniste du droit. Il démontre de manière extrêmement

convaincante, que le droit n'a rien de substantiel. Tout n'est que question de relation entre les personnes. Cela implique – à la différence d'une approche structuraliste – que tout est mouvant. Pour pouvoir organiser la société, le droit doit alors avoir pour finalité de permettre de placer les personnes à une juste distance les unes des autres. Le rapport de droit est un espace invisible entre deux parties sous l'égide d'un tiers de référence<sup>Note 21</sup> ... L'instance est ainsi un de ces rapports où les parties se placent sous l'égide du juge.

27. - En droit des entreprises en difficulté, il ne s'agit pas d'une instance au sens strict du terme dans la mesure où il n'y a pas de litige. Le terme d'instance vient en effet du trait de temps où le litige est tranché « instamment ». En droit des entreprises en difficulté la durée de la relation est nécessairement plus longue. C'est pourquoi plutôt que le terme d'instance, il est tentant d'utiliser celui qu'Emmanuel Jeuland utilise pour la procédure de tutelle : le lien de protection. Ici, plus qu'ailleurs il faut instaurer une relation entre les différents organes et parties, pour que chacun accomplisse son office dans la perspective d'aboutir au meilleur traitement possible. Or, cette relation ne peut se faire que sous l'égide d'un tiers de référence. Il y a là le rôle qui est attribué au juge-commissaire. Et si le qualificatif de « lien de **protection** » convient bien c'est parce qu'à l'instar de la procédure de tutelle le rôle du juge n'est pas ici répressif ou sanctionnateur. Il est de veiller à ce que tous les intérêts qui doivent être protégés en attendant l'issue le soient. C'est alors la globalité de son office qui peut s'expliquer : sa mission de surveillance avec les pouvoirs en découlant ; son pouvoir d'autorisation (en matière de licenciement, ou de paiement des salariés en application de l'article L. 625-8 du Code de commerce, mais aussi son intervention au titre de l'article L. 622-7 du Code de commerce) et même son rôle dans le cadre de la réalisation de l'actif, de l'établissement du passif... Les intérêts en cause sont placés sous l'égide d'un juge protecteur et non pas d'un juge sanctionnateur.

28. - Mais est-il utile ici que ce soit un juge qui exerce cette mission ? Au fond, ne pourrait-on pas confier l'essentiel de la mission de surveillance des organes au ministère public ou au greffe ? Il reviendrait au juge-commissaire de ne se prononcer qu'en matière d'ordonnance juridictionnelle. Une telle proposition est à rejeter pour deux catégories de raisons essentiellement.

La première raison résulte du symbole. Il peut paraître étonnant d'évoquer ici la notion de symbole. Pourtant, la symbolique est extrêmement importante. Le droit a vocation à régir les rapports entre les hommes, mais ce n'est pas la mise en œuvre concrète de la règle qui permet aux hommes de vivre ensemble. Dans l'immense majorité des cas les personnes n'emprunteront pas un

comportement réprimé par la loi non pas parce qu'ils craignent d'être sanctionnés, mais parce qu'ils ont accepté, intégré qu'il fallait respecter la loi. Pourquoi ? Si l'on se réfère à une analyse freudienne, c'est parce que le droit est un substitut de l'autorité parentale<sup>Note 22</sup>. « *L'individu recherche la sécurité et l'autorité dans les institutions qui remplacent ses parents* »<sup>Note 23</sup>. Le droit, la loi est ainsi le tiers sous l'égide desquels nous nous plaçons volontairement et permet à chacun de se tenir à juste distance de l'autre. En droit des entreprises en difficulté, compte tenu des conflits d'intérêts, ce rôle de tiers doit être incarné par une autorité et celle-ci ne peut être symbolisée que par un juge. Il est l'image du tiers impartial qui se situe au-dessus des intérêts en cause. C'est à ce titre qu'il est le seul à pouvoir remplir ce rôle. Investir un autre organe de cette mission avec toutes les garanties du monde ne remplacera pas le juge de manière efficace. Dans un autre domaine c'est la raison pour laquelle il était vain de confier le contentieux des prestations compensatoires à la CAF au lieu du juge. La symbolique n'est pas la même.

Les praticiens le savent. Il existe de nombreuses hypothèses dans lesquelles ils ont recours au juge-commissaire alors que la loi ne l'impose nullement : on peut citer les demandes d'autorisations faites sous le sceau de l'article L. 621-9 du Code de commerce qui sont dépourvues de valeur juridique ; ou encore les autorisations de céder alors que l'entreprise est en liquidation judiciaire simplifiée. Quand bien même la valeur juridique de ces ordonnances sans fondement textuel est douteuse, le fait d'avoir eu recours au juge permet sans doute dans l'immense majorité des cas de calmer des velléités ultérieures de contestation. Pourquoi ? Non pas en raison de la décision elle-même puisqu'elle est sans doute dépourvue de valeur juridique, mais en raison du symbole tenant à l'intervention du juge.

Et au-delà du juge-commissaire, on voit l'importance de la symbolique du juge en matière préventive. Le législateur l'a compris en imposant l'ouverture d'une procédure amiable par un juge, alors même qu'il n'y a aucune vérification juridictionnelle. Le même constat peut être fait à propos des accords constatés. Et que dire de cette procéduralisation, cette judiciarisation du mandat *ad hoc*... Ici, on peut se demander si ce ne sont pas les mandataires *ad hoc* qui ont besoin du symbole du juge et qui l'instrumentalisent comme tiers dans la relation qu'ils nouent avec les créanciers...

Enfin, la deuxième raison pour laquelle, au-delà du symbole, seul un juge peut remplir cette fonction de chef d'orchestre et non un membre du parquet résulte du fait que ce rôle nécessite d'être et de paraître impartial. Or, en droit des entreprises en difficulté le ministère public ne présente pas cette garantie.

29. - À titre conclusif, il est important de souligner que pour rester symbole du tiers permettant d'établir une juste distance entre les parties, encore faut-il que le juge-commissaire garde cette place de tiers et ne s'immisce pas dans les missions des différents organes de la procédure.

---

Note<sup>1</sup> Intervention au colloque sur « Le juge-commissaire » organisé par le Centre de droit des affaires (CDA) de la faculté de droit et de science politique de l'université de Toulouse 1 Capitole et par l'Association des juristes de la défaillance économique (AJDE) le 11 octobre 2019, sous la direction scientifique d'Olivier Staes.

Note<sup>2</sup> Comme peut le faire G. Raoul-Cormeil à propos de la procédure de tutelle : *G. Raoul-Cormeil, Nature juridique de la procédure devant le juge des tutelles : AJ fam. 2014, p. 148.*

Note<sup>3</sup> *J. Théron, Les règles dérogatoires à la procédure, in Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans : Presse de l'université de Toulouse, 2018, p. 133 et s.*

Note<sup>4</sup> *H. Solus et R. Perrot, Droit judiciaire privé, t.1 : Sirey, 1961, n° 482. – S. Guinchard, M. Bandrac, C.-S. Delicostopoulos, I.-S. Delicostopoulos, M. Douchy, F. Ferrand, X. Lagarde, V. Magnier, H. Ruiz Fabri, L. Sinopoli, J.-M. Sorel, Droit processuel, Droit commun et comparé : Dalloz, 3e éd., 2005, n° 752. – G. Couchez, Procédure civile : Armand Colin, 13e éd., 2004, n° 216. – M. Bandrac, De l'acte juridictionnel, et de ceux qui ne le sont pas, in Le juge entre deux millénaires, Mél. offerts à P. Draï : Dalloz, 2000, p. 171. – P. Théry, La notion de lien d'instance depuis 40 ans, 6e rencontres de procédure civile : IRJS 2016.*

Note<sup>5</sup> *V. par ex. B. Ghandour, Le traitement judiciaire des entreprises en difficulté, préf. D. Voinot : LGDJ, 2018.*

Note<sup>6</sup> *Not. J. Théron, L'intervention du juge dans les transmissions de biens : LGDJ, 2008 ou Réflexions sur la nature et l'autorité des décisions rendues en matière d'admission de créances au sein d'une procédure collective : RTD com. 2010, p. 635.*

Note<sup>7</sup> *E. Jeuland, La nature juridique de la procédure des tutelles : pour la reconnaissance d'un lien procédural de protection : RTD civ. 2018, p. 271 ; Droit processuel général : LGDJ, 4e éd., 2018, n° 546. Pour remonter à la source de cette théorie, V. E. Jeuland, Théorie relationniste du droit, de la French Theory à une pensée européenne des rapports de droit : LGDJ, 2016.*

Note<sup>8</sup> *V. n° 16.*

Note<sup>9</sup> *V. par ex. Cass. com., 30 janv. 2019, n° 17-31.060 : JurisData n° 2019-001036. – Représentant Cass. ass. plén., 10 avr. 2009, n° 08-10.154 : JurisData n° 2009-047761.*

Note<sup>10</sup> *J. Théron, L'intervention du juge dans les transmissions de biens : LGDJ, 2008, n° 210.*

Note<sup>11</sup> *G. Wiederkehr, L'évolution de la justice gracieuse, in Le juge entre deux millénaires, Mél. P. Draï : Dalloz, 2000, p. 483 s. – L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, Théorie générale du procès : PUF, 2010, p. 894. – C. Bouty : Rép. pr. civ. Dalloz, V° Chose jugée, 2012, n° 405 et s.*

Note<sup>12</sup> *J. Rippe, Nature juridique de l'admission des créances au passif de la faillite, th. : Bordeaux, 1935, p. 11.*

Note<sup>13</sup> *J.-L. Vallens, La déclaration n'est pas une demande en justice : RTD com. 2009, p. 214, spéc. n° 3.*

Note<sup>14</sup> *A. Amiaud, La nature juridique de la procédure de vérification des créances : Rev. gén. dr. faillites 1937, n° 5 s., spéc. p. 9. Toute la doctrine postérieure affirmant le caractère*

juridictionnel de la décision d'admission s'est fondée sur cet auteur et la thèse de Rippe (préc.), par ex. : *R. Houin, obs. ss Cass. com., 13 févr. 1957, préc.* – *A. Ghozi, Nature juridique de la production des créances dans les procédures collectives de règlement du passif : RTD com. 1978, p. 1 s., spéc. n° 12.* – *Rép. com. Dalloz, V° Redressement judiciaire – Phase de traitement – Les créanciers n° 655, par Y. Guyon et J. Derruppé.*

Note 15 *V. n° 12.*

Note 16 *Cass. com., 3 avr. 2019, n° 18-11.247 : JurisData n° 2019-004972.*

Note 17 *Cass. com., 4 mai 2017, n° 15-27.899 : JurisData n° 2017-008386.* La Cour de cassation ne justifie d'ailleurs pas cette exclusion des vices cachés par le recours à l'autorité de chose jugée.

Note 18 *E. Jeuland, Théorie relationniste du droit, préc.*

Note 19 *E. Jeuland, La nature juridique de la procédure des tutelles : pour la reconnaissance d'un lien procédural de protection, préc.*

Note 20 Il se fonde sur ce qui est dénommé la « french theory », dont des auteurs français –Derrida, Lacan ou Deleuze – sont à l'origine, et qui a connu un succès dans la pensée juridique universitaire américaine, mais pas en France. Il développe ce qu'il appelle une théorie relationniste du droit.

Note 21 *E. Jeuland, Théorie relationniste du droit, préc.*

Note 22 *E. Jeuland, Théorie relationniste du droit, préc., p. 95.*

Note 23 *Id.*