

BULLETIN OFFICIEL DU MINISTÈRE DE LA JUSTICE
n° 102 (1^{er} avril au 30 juin 2006)

Circulaires de la Direction des affaires civiles et du sceau
Signalisation des circulaires du 1^{er} avril au 30 juin 2006

**Circulaire relative à l'action du ministère public dans les
procédures du Livre VI du code de commerce en
conséquence de la loi de sauvegarde des entreprises**

CIV 2006 - 08 D4/18-04-2006

NOR : *JUSC0620263C*

Conciliation
Mandataire de justice
Sauvegarde des entreprises

Destinataires

Procureurs généraux près les cours d'appel - Procureur près le tribunal supérieur d'appel de Saint-Pierre-et-Miquelon - Procureur près le tribunal supérieur d'appel de Mamoudzou - Premiers présidents des cours d'appel - Président du tribunal supérieur d'appel de Saint-Pierre-et-Miquelon - Président du tribunal supérieur d'appel de Mamoudzou - Présidents des tribunaux de grande instance - Présidents des tribunaux de commerce - Présidents des tribunaux mixtes de commerce

TEXTES SOURCES :

Loi n°2005-845 du 25 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises
Décret n° 2005-1677 du 28 décembre 2005 pris en application de la loi n° 2005-845 du 25 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises

- 18 avril 2006 -

La loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises n'implique pas un bouleversement dans le mode d'intervention des parquets dans les procédures collectives, mais elle signifie très clairement la poursuite de l'accroissement de leur rôle, qui résultait déjà des réformes de 1985 et de 1994.

Le renforcement de ce rôle a pour finalité la défense de l'intérêt général lors des situations de crise.

Les réponses faites au questionnaire adressé aux parquets généraux en février 2003, comme les réactions tout au long du processus législatif, sont très révélatrices : le ministère public, même dans ce domaine, est trop souvent perçu comme celui qui n'a pour vocation que de rechercher l'infraction pénale pendant le cours des procédures collectives. La loi de sauvegarde des entreprises renforce le caractère obsolète de cette conception.

Comme dans tous les domaines où il est présent en matière civile pour défendre tant l'ordre public et l'intérêt général que celui qui est en situation de faiblesse, le rôle du parquet dans le cours des procédures collectives va bien au-delà de la matière pénale. Dans la mesure où cela vous sera possible, il est en conséquence souhaitable que cette mission soit intégrée parmi les missions du parquet relevant de la matière civile.

Pour la première fois, la présence du ministère public est parfois prévue dans ces procédures à peine de nullité. Ceci ne concerne que les audiences peu nombreuses, au cours desquelles sont évoqués les enjeux les plus lourds de conséquence. Il est ainsi tenu compte des contraintes que connaissent les parquets.

Hormis ces cas, il est, de manière générale, très souhaitable que la présence du parquet dans ces contentieux soit, la plupart du temps, effective.

Par ailleurs, l'initiative des sanctions personnelles, si elle n'est pas prise par les mandataires de justice, relève de la mission des parquets. La suppression de la saisine d'office dans cette matière était indispensable pour respecter les principes constitutionnels et conventionnels. Elle n'est pas de nature à porter significativement atteinte à l'efficacité de la loi. La mission confiée ainsi aux parquets est importante et doit être pleinement exercée, dans un souci d'équilibre et en parfaite connaissance des enjeux de la procédure en cause.

La présente circulaire a pour objet d'exposer l'essentiel des dispositions qui ont à être prises en compte par les parquets.

I- LE MINISTERE PUBLIC ET LA DETECTION DES DIFFICULTES DES ENTREPRISES

Le parquet, défenseur de l'intérêt général et de celui des personnes en état de faiblesse, a un rôle particulier en matière de procédure collective. La mise en œuvre de la loi de sauvegarde doit être l'occasion d'affirmer et de renforcer le rôle du parquet en matière commerciale, comme c'est déjà le cas en matière civile. Ceci contribuera par ailleurs à réduire la méfiance des acteurs économiques et sociaux à son égard.

Par ailleurs, la loi de sauvegarde s'est attachée à éviter les situations dans lesquelles l'impartialité du juge pourrait être mise en cause. Il convient de poursuivre dans cette voie, en évitant que le président du tribunal de commerce soit considéré comme l'interlocuteur des pouvoirs publics locaux. Il en résulte en effet des pratiques qui pourraient conduire à ce que son impartialité soit mise en doute.

Ainsi, c'est au parquet général ou au parquet de participer aux différentes « cellules » de prévention des difficultés des entreprises.

De même, l'impartialité exclut toute intervention du juge ayant reçu un chef d'entreprise en vertu de ses prérogatives issue des dispositions du titre premier du livre VI du code de commerce relatif à la prévention, lors d'une procédure collective subséquente. Vous vous rapprocherez des juridictions de votre ressort sur ce point et vous me signalerez toutes les difficultés qui pourraient se présenter à ce sujet.

II- LE ROLE DU MINISTERE PUBLIC LORS D'UN MANDAT AD HOC ET LORS DE LA PROCEDURE DE CONCILIATION

1- Les prérogatives du ministère public pendant le cours de la conciliation.

A la différence du mandat ad hoc dont le procureur de la République n'est pas informé, la loi nouvelle prévoit que les décisions ouvrant la procédure de conciliation lui soient communiquées.

Il n'est pas prévu qu'il dispose d'un droit d'action pendant le cours de cette procédure confidentielle : elle ne doit pas être judiciairisée pendant son déroulement et peut ne se traduire, si le débiteur le souhaite, que par un « donné acte » produisant force exécutoire sans que le président n'ait à examiner les termes de l'accord. Dans ce cas, le ministère public n'est pas appelé à intervenir.

Il n'interviendra a fortiori pas davantage si le débiteur a demandé qu'il soit mis fin à la conciliation sans avoir demandé ce « donné acte ».

Informé de l'existence de la conciliation, le ministère public ne prendra pas l'initiative de demander l'ouverture d'une procédure collective à l'égard d'un débiteur en cessation des

paiements, alors protégé. En revanche, le mandat ad hoc ne doit en aucun cas être un obstacle à une telle requête. En effet, il n'emporte pas, par lui-même, de sécurité juridique et peut donc comporter des risques s'il n'aboutit pas à une homologation par le tribunal d'une procédure de conciliation, seule à même de sécuriser les termes de la négociation conduite en période suspecte.

Les nouvelles règles procédurales rendent désormais possible au ministère public de demander le renvoi d'une procédure de conciliation devant une autre juridiction, lorsque les intérêts en présence le justifient. Tant le parquet près le tribunal saisi que celui près le tribunal vers lequel il apparaît que la procédure doit être transférée peut prendre cette initiative. Bien entendu, ceci ne s'applique pas au mandat ad hoc, par principe inconnu des parquets, qui ne peut être renvoyé d'une juridiction à une autre que d'office ou à l'initiative du débiteur. Cette initiative doit être encouragée lors du traitement des difficultés d'un groupe de sociétés.

Le ministère public veillera avec la plus étroite vigilance au strict respect des dispositions de l'article L. 611-14 du code de commerce et de l'article 40 du décret du 28 décembre 2005, selon lesquelles le montant maximal de la rémunération du conciliateur doit figurer dans l'ordonnance le désignant et avoir été déterminé avec l'accord du chef d'entreprise demandeur de la procédure. Ce montant maximal doit être précisément chiffré.

Un éventuel honoraire de résultat, s'il est prévu dans les conditions de rémunération doit être ainsi plafonné.

En effet, l'absence de respect de cette règle serait, pour le débiteur, un motif de recours contre la décision arrêtant la rémunération à l'issue de la procédure. S'il ne peut exercer lui-même ce recours, il est souhaitable que le ministère public intervienne lors de son examen par le premier président de la cour d'appel.

Il est donc très important de veiller à ce que l'examen de ces recours soit fait par un magistrat au fait de la matière commerciale et ne soit pas comprise, sans appréhension spécifique, parmi les divers recours sur les ordonnances de taxes.

Seuls le ministère public, le débiteur et, le cas échéant, l'ordre professionnel ou l'autorité dont il relève étant destinataire de droit de l'ordonnance de conciliation, les créanciers ne sont pas en droit d'exiger d'en connaître l'intégralité. Ainsi, il peut être recommandé, s'il est nécessaire qu'ils disposent d'un justificatif de la mission du conciliateur, qu'il ne leur en soit délivré qu'un extrait, omettant les conditions de rémunération.

2- L'intervention du ministère public lors de l'audience d'homologation de l'accord de conciliation.

La loi prévoit la participation, du ministère public à l'audience au cours de laquelle il est débattu de l'homologation de l'accord de conciliation, sans en faire une obligation. Les droits des tiers sont là en jeu, il peut être utile que le ministère public intervienne pour rappeler les critères légaux de l'homologation des plans et veiller notamment à leur crédibilité.

L'absence de cessation des paiements, affirmée par une décision de justice, est un acte grave de conséquences pour les tiers qui ne pourront plus l'invoquer a posteriori. De même la pérennité de l'activité de l'entreprise doit faire l'objet d'un examen très attentif : seule cette condition permet d'affirmer que l'accord n'a pas eu pour objet de procurer des avantages aux créanciers au titre de leurs concours antérieurs à l'ouverture de la conciliation. Enfin, les prises de garanties, sécurisées par l'homologation, ne doivent pas être disproportionnées avec les apports consentis en privant ainsi les créanciers non signataires d'un part légitime de leur gage.

Selon les dispositions de l'article 33 du décret, le ministère public peut prendre connaissance de l'accord au greffe du tribunal avant l'audience, ce qui lui permet de l'analyser, notamment au regard de ces impératifs.

Même s'il n'est pas partie à l'accord, le ministère public est partie jointe lorsqu'il a été appelé à donner son avis. Son droit d'appel est néanmoins très limité n'étant recevable qu'à la

condition de démontrer que le jugement statuant sur l'homologation porte atteinte à l'ordre public.

III- LE ROLE DU MINISTERE PUBLIC DANS LE COURS DES PROCEDURES DE SAUVEGARDE, DE REDRESSEMENT ET DE LIQUIDATION JUDICIAIRES

1- Le principe de communication au ministère public des procédures des titres II, III, IV, et V du livre VI du code de commerce

L'article 425 du nouveau code de procédure civile dispose, dans sa version issue du décret 2005-1677 du 28 décembre 2005 :

« Le ministère public doit avoir communication :

1° des affaires relatives à la filiation, à l'organisation de la tutelle des mineurs, à l'ouverture et à la modification de la tutelle des majeurs ;

2° Des procédures de sauvegarde, de redressement judiciaire et de liquidation judiciaire, des causes relatives à la responsabilité pécuniaire des dirigeants sociaux et des procédures de faillite personnelle ou relatives aux interdictions prévues par l'article L. 653-8 du code de commerce.

Le ministère public doit également avoir communication de toutes les affaires dans lesquelles la loi dispose qu'il doit faire connaître son avis. »

Cette nouvelle rédaction le rend ainsi partie jointe dans les procédures collectives intéressant les personnes physiques, ce qui n'était pas le cas dans le droit antérieur.

Par ailleurs, il est prévu la communication obligatoire au parquet des différents rapports de l'administrateur cette communication étant, dans le droit antérieur, faite à sa demande.

2- La présence obligatoire du parquet lors de certaines audiences :

Le principe de la présence obligatoire du ministère public à certaines audiences, à peine de nullité, consacre son rôle indispensable dans le cours des procédures collectives. Les procédures qui y sont soumises seront néanmoins limitées en nombre et seront analogues à celles qui, de fait, voyaient déjà intervenir les parquets. Il s'agit là davantage de consacrer un état de fait plutôt que de créer des obligations nouvelles.

2.1 - obligations résultant de la loi

a) Lors de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire à l'égard d'une entreprise qui fait ou a fait, dans les 18 mois en précédant l'ouverture, l'objet d'un mandat ad hoc ou d'une conciliation (L.621-1 et renvoi fait à cet article par les articles L. 631-7 et L. 641-1) :

Comme il l'a été souligné plus haut, le recours au mandat ad hoc par un débiteur en cessation des paiements comme une procédure de conciliation dans les mêmes conditions, qui ne serait pas consacrée par une homologation par le tribunal, crée des risques importants pour le débiteur, ses créanciers et les tiers. Ces risques prenant toute leur ampleur dans le cas où une procédure collective est ouverte dans un temps proche, il est indispensable que le ministère public soit alors présent et demande, si le tribunal ne le fait pas d'office, la communication des pièces et des actes relatifs au mandat ad hoc ou à la conciliation.

Le débiteur, lorsqu'il demande l'ouverture d'une procédure collective, doit informer la juridiction à ce sujet (9° de l'article 50 du décret). S'il venait à dissimuler de tels événements il pourrait être sanctionné d'une faillite personnelle pour s'être abstenu volontairement de coopérer avec les organes de la procédure.

Lorsqu'un accord de conciliation a été homologué, il convient que les parquets veillent à ce que la procédure de conciliation n'a pas eu pour seul but la « purge » de la période suspecte dans la perspective d'une future procédure collective.

Il convient qu'ils veillent également au respect de la logique selon laquelle, les termes de l'accord ayant été jugés de nature à assurer la pérennité de l'activité de l'entreprise, la demande, dans un temps proche, par le même débiteur, de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, lors de la survenance d'éléments nouveaux, devrait être tout à fait exceptionnelle. Il est en effet difficilement concevable qu'une décision de justice fondée sur la pérennité d'un débiteur soit suivie à brève échéance d'une autre ouvrant une procédure en reconnaissant que le même débiteur justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter. Une telle situation devra dès lors faire l'objet d'un examen particulièrement attentif.

La présence du parquet est également indispensable afin que l'administrateur judiciaire désigné et, si plus d'un an s'est écoulé depuis la fin de la mission amiable, le mandataire judiciaire (cf article L. 812-8), présentent toute garantie d'indépendance : s'il n'apparaît pas opportun que le conciliateur soit désigné à ces fonctions, le parquet devra prendre des réquisitions particulières. Néanmoins, la technicité de certains dossiers et l'intérêt que représente la connaissance acquise d'une situation caractérisée par l'urgence impose d'éviter tout systématisme.

b) Lors de l'audience à l'issue de laquelle il sera statué sur l'arrêt du plan de sauvegarde ou de redressement, lorsque la procédure est ouverte au bénéfice d'un débiteur qui emploie plus de vingt salariés ou justifie d'un chiffre d'affaires hors taxes supérieur à 3.000.000 €

Il convient là de se référer à la 2^e phrase de l'article L. 626-9 du code de commerce (sauvegarde) et au renvoi fait à cet article par l'article L. 631-19 (redressement) ; à l'article 135 du décret 2005-1677 du 28 décembre 2005 (sauvegarde) qui renvoie à l'article 53 du même décret (sauvegarde) et à l'article 203 (redressement) qui renvoie à l'article 135.

Il était jusqu'alors exceptionnel que les parquets ne soient pas présents lors de telles audiences.

c) Lors de l'audience à l'issue de laquelle il sera statué sur la cession de l'entreprise en redressement ou en liquidation lorsque la procédure est ouverte au bénéfice d'un débiteur qui emploie plus de vingt salariés ou justifie d'un chiffre d'affaires hors taxes supérieur à 3.000.000 €

Les textes applicables sont le 2^e alinéa de l'article L. 642-5 du code de commerce (liquidation) le renvoi fait à cet article par l'article L. 631-22 (redressement) ; l'article 253 du décret 2005-1677 du 28 décembre 2005 (liquidation) qui renvoie à l'article 53 du même décret (sauvegarde) et l'article 208 (redressement) qui renvoie à l'article 253.

2.2 - obligation résultant du décret n°2005-1677 du 28 décembre 2005

a) Lors de l'audience à l'issue de laquelle il sera statué sur la clôture de la procédure de sauvegarde en l'absence de projet de plan présenté en temps utile par un débiteur qui emploie plus de vingt salariés ou justifie d'un chiffre d'affaires hors taxes supérieur à 3.000.000 €

Les textes applicables sont le 3^e alinéa de l'article 134 du décret n°2005-1677 du 28 décembre 2005 - « La clôture de la procédure est prononcée dans les conditions de l'article L. 626-9 du même code. » - et article 53 du même décret.

Cette disposition répond au cas de figure dans lequel un débiteur aurait demandé une sauvegarde dans le seul but de faire obstacle aux droits de ces créanciers, de manière dilatoire. Afin qu'il ne puisse s'y maintenir sans présenter de projet de plan et mettre le tribunal en mesure de statuer, il est ainsi prévu que le dépassement du délai légal de la période d'observation soit sanctionné par une clôture de la procédure. Celle-ci rétablira les créanciers dans l'intégralité de leurs droits.

La rigueur de cette sanction et les très lourdes conséquences qu'elle ne peut qu'avoir pour le débiteur, imposent que le ministère public soit alors présent.

b) Lors de l'audience à l'issue de laquelle il sera statué sur la clôture de la procédure de sauvegarde, après décision de rejet du plan devenue définitive, sans que la procédure n'ait été convertie en redressement ou que la liquidation n'ait été prononcée, lorsque le débiteur emploie plus de vingt salariés ou justifie d'un chiffre d'affaires hors taxes supérieur à 3.000.000 €

Les textes applicables sont l'article 138 du décret n°2005-1677 du 28 décembre 2005 - « Le tribunal clôture la procédure dans les conditions de l'article L. 626-9 du même code. » - et l'article 53 du même décret.

Il s'agit là également de prévoir une issue à la procédure de sauvegarde, laquelle ne peut être la liquidation, issue logique d'un redressement judiciaire ayant échoué.

c) Lors de l'audience à l'issue de laquelle il sera statué sur la résolution du plan de sauvegarde ou de redressement lorsque la procédure est ouverte au bénéfice d'un débiteur qui emploie plus de vingt salariés ou justifie d'un chiffre d'affaires hors taxes supérieur à 3.000.000 €

Les textes applicables sont la 2^{ème} phrase du premier alinéa de l'article 159 du décret n°2005-1677 du 28 décembre 2005 (sauvegarde) - « Il statue dans les conditions de l'article L. 626-9 du même code. » -et article 203 du même décret (redressement) qui renvoie à l'article 159.

3- Les avis obligatoires du ministère public :

Ces avis ne rendent pas nécessaire la présence du ministère public à l'audience, ils peuvent prendre la forme de conclusions écrites jointes au dossier ou d'une simple mention. La communication des dossiers par la juridiction au parquet devra néanmoins être organisée afin que celui-ci soit en mesure d'en prendre connaissance. L'effectivité du respect de l'article 425 du NCPC en dépend.

Ainsi, l'obligation faite au parquet de donner un avis est indissociable dans son principe de la nécessité que le l'affaire lui soit communiquée.

Elle est prévue par les textes dans les cas mentionnés en annexe 1.

4- Les initiatives ne relevant que du seul ministère public

Certaines exceptions aux principes essentiels des procédures sont prévues par les textes afin qu'il puisse être répondu à des situations particulières ou l'intérêt général nécessite des tempéraments aux principes. Pour cette raison, seul le ministère public peut en être l'initiateur. Il est invité à n'utiliser cette prérogative qu'en cas de nécessité avérée.

a)- Il peut demander la prolongation de la période d'observation de la sauvegarde ou du redressement judiciaire au-delà d'un an, cette prolongation étant limitée à six mois (article L.621-3 du code de commerce). Il peut aussi demander la prolongation de la poursuite

d'activité de l'entreprise lors d'une liquidation judiciaire au-delà de trois mois pour une durée identique (article 231 du décret).

La durée des procédures collectives, quelle qu'elle soit, doit être brève. Seul l'intérêt général, défendu par le ministère public, peut justifier des dérogations à ce principe.

b)- Il peut demander la révocation d'un contrôleur (L. 621-10 du code de commerce).

La faculté ouverte aux contrôleurs de suppléer l'inaction d'un mandataire défaillant impose que celui-ci ne puisse prendre aucune initiative aux fins qu'ils soient remplacés.

c)- Il peut demander, en sauvegarde et en redressement judiciaire le remplacement d'un dirigeant au cours des procédures. (L. 626-4 du code de commerce)

Cette faculté, qui se conçoit aisément pour le redressement judiciaire, doit être exceptionnelle en sauvegarde et ne peut correspondre qu'à des situations particulières dans lesquelles le dirigeant se trouve en conflit avec ses mandants.

Il est essentiel de percevoir que ce remplacement n'est pas ordonné par la juridiction mais soumis à l'appréciation des organes sociaux de la personne morale.

La juridiction se prononcera, dans un premier temps, sur la demande du ministère public visant à ce que l'adoption du plan soit subordonnée à la condition du remplacement d'un ou de plusieurs dirigeants. Elle statuera ultérieurement sur le plan au vu de la décision des organes sociaux. C'est ainsi à eux qu'il appartiendra de décider s'ils privilégient l'adoption du plan ou le maintien du dirigeant dans ses fonctions.

Les articles 128 à 130 du décret développent cette procédure.

Le ministère public peut également demander à la juridiction de prononcer l'incessibilité des parts sociales ou ordonner leur cession. Il convient qu'il réserve cette initiative, en cas de procédure de sauvegarde, à des situations très exceptionnelles.

d) Il peut demander qu'il soit dérogé aux règles d'incompatibilité prévues pour la reprise d'entreprise (L.642-3 du code de commerce) **ou d'actifs** (L.642-20 par renvoi) par le débiteur ou les dirigeants de l'entreprise : ici est notamment visé le cas de la reprise, par son administrateur provisoire, d'un office ministériel, interdit aujourd'hui par la jurisprudence.

Il est également possible au ministère public de demander la cession au débiteur ou à ses proches d'éléments d'actifs indispensables à sa vie courante et à celle de sa famille mais qui ne seraient pas pour autant des biens insaisissables par nature.

5- Les initiatives ouvertes au ministère public

Un certain nombre d'initiatives au cours des procédures sont ouvertes au ministère public, dont vous trouverez la liste en annexe 2.

Parmi celles-ci, en amont du dispositif, il convient d'insister sur la nécessité que les parquets requièrent la communication au tribunal de la procédure collective des pièces et actes relatifs au mandat ad hoc ou à la conciliation dont bénéficie ou a bénéficié le débiteur dans les dix-huit mois qui précèdent, lorsque cette communication n'a pas été demandée d'office par la juridiction. L'absence très souhaitable du juge de la conciliation dans une procédure collective subséquente comme la méconnaissance qu'il a, ainsi que le parquet, des actes conclus au cours de l'exercice du mandat ad hoc rendent cette communication indispensable.

Par ailleurs, en aval du dispositif, il est essentiel que les parquets, en étroite concertation avec les juridictions, engagent un processus de réexamen de l'ensemble du stock des dossiers de liquidation en souffrance, par leur rappel à l'audience, échelonné sur plusieurs années selon les capacités d'audiencement.

Pour l'avenir la question est résolue : les dossiers de liquidation devront nécessairement être rappelés périodiquement.

6- L'exercice des voies de recours par le ministère public

Quelques recours sont réservés au ministère public, d'autres lui sont ouverts. Vous en trouverez la liste en annexe 3.

Il est toutefois un recours sur lequel il convient tout particulièrement d'insister. Il s'agit de l'appel des ordonnances du juge-commissaire ou du président du tribunal rendues en application de l'article L. 663-1 du code de commerce relatif à l'avance des frais des procédures sur frais de justice (article 25-1 du décret 85-1388 du 27 décembre 1985, non abrogé par le décret du 28 décembre 2005).

Il est essentiel que les parquets fassent preuve d'une vigilance toute particulière en cette matière et notamment exercent systématiquement un recours lorsque la décision met à la charge des frais de justice certaines dépenses qui ne peuvent être considérées au sens strict, comme des frais de procédure. L'accord préalable du parquet lors de la désignation du technicien étant indispensable pour que cette prise en charge puisse avoir lieu, son absence est à elle seule un motif efficace de recours.

Par ailleurs, si aucun recours n'est ouvert au ministère public sur les décisions ouvrant une procédure de conciliation, un recours nullité de sa part, comme de la part du débiteur, est possible, si cette procédure a été ouverte sans une demande préalable du débiteur. Il s'agirait alors d'un excès de pouvoir, ouvrant la voie à de tels recours. Par ailleurs, l'excès de pouvoir portant atteinte à l'ordre public, le recours du ministère public, partie jointe, est possible. Il est néanmoins dans ce cas indispensable, à peine d'irrecevabilité, que ce motif, issu de l'ordre public, soit expressément invoqué (Article 423 du NCPC).

Enfin, l'effet suspensif de l'appel du ministère public, lorsqu'il porte sur l'ouverture de la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, a été supprimé afin, notamment, de lui permettre d'exercer son droit de recours pour faire respecter les règles de compétence territoriale des juridictions. La paralysie des procédures qui était, dans le droit antérieur, la conséquence de ce recours, avait un effet dissuasif sur cet exercice.

7- Les informations dont dispose le ministère public pour exercer ses prérogatives

Le ministère public dispose d'un droit très important à l'information tout au long des procédures. Il est important qu'il veille à ce que ce droit soit mis en œuvre par les juridictions afin qu'il puisse remplir son rôle en pleine connaissance de cause.

Vous trouverez la liste de ces communications en annexe 4.

J'appelle notamment votre attention sur les dispositions des articles L. 662-6 du code de commerce et 350 et 351 du décret qui vous rendent destinataires d'éléments d'information précieux sur le recours aux mandataires de justice par les juridictions. Vous veillerez à ce que ces dispositions soient respectées.

Il est notamment indispensable que vous ayez une parfaite connaissance des désignations des professionnels « hors liste » qui sont tenus de respecter les mêmes obligations que ceux inscrits sur les listes d'administrateurs et de mandataires.

A cet égard, le respect par les greffes des dispositions des articles 54 et 62 du décret est essentiel. Le très faible nombre des comptes ouverts à la Caisse des dépôts et consignations par des mandataires de justice choisis « hors listes » peut laisser craindre, d'une part, que certains fonds détenus dans le cours des procédures collectives n'y soient pas placés, en infraction à la loi, d'autre part, que ces mandataires ne soient pas assurés comme les textes en font l'obligation et, enfin, qu'ils ne tiennent pas leur comptabilité, sous le contrôle d'un commissaire aux comptes, selon les règles applicables.

IV- LE MINISTERE PUBLIC ET LES ACTIONS AUX FINS DE SANCTIONS PREVUES PAR LE LIVRE VI DU CODE DE COMMERCE

La présente circulaire n'a pas pour objet de traiter de l'action publique en matière pénale aussi se limite-t-elle à souligner l'importance du rôle du ministère public lors de la mise en œuvre des sanctions patrimoniales et personnelles auxquelles peuvent conduire les procédures de redressement et de liquidation judiciaire.

Ainsi qu'il l'a été souligné en introduction, la suppression de la saisine d'office des juridictions aux fins de sanctions amplifie le rôle du ministère public lorsque des procédures collectives sont susceptibles de conduire au prononcé de sanctions.

Si l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif et l'obligation aux dettes sociales relèvent essentiellement de l'initiative des mandataires de justice, lesquelles ont une connaissance approfondie de l'état actif et passif de la procédure, l'action aux fins du prononcé de la faillite personnelle et de l'interdiction de gérer relève tant de leur initiative que de celle du ministère public. L'exercice de cette action procède en effet de la défense de l'ordre public économique.

Les initiatives des parquets dans ce domaine doivent être amplifiées et distinguées de celles qu'il est appelé à prendre en matière pénale.

En effet, notamment en ce qui concerne les causes qui peuvent conduire à l'interdiction de gérer, les reproches encourus par les dirigeants sont de nature très différente.

Il convient de veiller tout particulièrement à éviter que les parquets se contentent de reprendre à leur compte des requêtes initiées par les mandataires de justice ou souhaitées par le tribunal, sans pour autant en approfondir le bien fondé ni être en mesure de développer eux-mêmes un argumentaire pertinent devant la juridiction.

Vous veillerez également à ce que le droit ouvert par la loi de sauvegarde aux dirigeants poursuivis aux fins de sanctions, à une audience publique, soit respecté.

Il ne peut être renoncé à ce droit, qui est une mesure de protection, que par celui au bénéfice duquel il est institué et ce, en parfaite connaissance de cause.

La réhabilitation du dirigeant interdit de gérer pouvant être demandée au tribunal par celui qui justifie avoir suivi une formation professionnelle à la gestion (article L. 653-11 et article 326 du décret), il peut se révéler opportun, lorsque la procédure s'y prête, que le ministère public requière le sursis à statuer et le renvoi de l'affaire à une date permettant au dirigeant d'entreprendre volontairement une telle formation. Des réquisitions de non lieu à sanction pourront être alors développées.

Par ailleurs, il convient de souligner que l'article L. 654-6 exclut la possibilité qu'il soit prononcé la faillite personnelle ou l'interdiction de gérer par une juridiction répressive dans le cas où une telle mesure a déjà été prononcée à l'égard de la même personne par une juridiction civile ou commerciale. Si tel n'a pas été le cas, la décision de nature pénale prévaut.

Enfin, il incombe au ministère public de notifier à l'intéressé l'incapacité d'exercer une fonction publique élective prononcée par le tribunal lorsque la décision est devenue définitive (article L. 653-10). Cette notification revêt une importance toute particulière l'incapacité produisant effet à compter de sa date.

V- LE MINISTERE PUBLIC ET LA SURVEILLANCE DES MANDATAIRES DE JUSTICE

Il est essentiel que les parquets exercent leur mission de surveillance des mandataires de justice laquelle résulte des dispositions de l'article L. 811-11 du code de commerce.

Il arrive que les appréciations portées sur des mandataires ne correspondent pas aux résultats des contrôles ou inspections. Les critères d'appréciation de l'exercice de leurs missions gagneraient à être approfondis. Celles-ci ne s'arrêtent pas à l'audience. Le déroulement des dossiers doit être surveillé jusqu'à leur achèvement. Au minimum par voie de sondage, il est essentiel de jeter un regard sur les ordonnances de taxes.

Les magistrats inspecteurs régionaux peuvent être, sur ce sujet, des interlocuteurs précieux pour les parquets.

Il apparaît important que vous adressiez copie des rapports de contrôle, périodiques et occasionnels, des études d'administrateurs et de mandataires judiciaires, à chacun des procureurs de la République de votre cour d'appel, dans le ressort de compétence duquel ils exercent des mandats.

Enfin, les parquets doivent également, conformément aux textes, contrôler les émoluments des greffiers de commerce. Ils peuvent, pour ce faire, procéder également par voie de sondage.

Je vous saurais gré de me faire part des difficultés que l'application de la présente circulaire pourrait soulever.

Je vous invite, si des questions particulières se posent à vous, à consulter mes services afin qu'ils vous apportent leur concours (direction des affaires civiles et du sceau ; bureau du droit de l'économie des entreprises).

Le Garde des Sceaux, ministre de la Justice

Pascal CLEMENT