



la Lettre du Juriste Européen

EDITORIAL

Le 14 juin 2002, notre association a organisé avec le Centre de Droit de l'Entreprise de l'Université Robert Schuman un important colloque sur le thème "Impartialité et Justice Economique en Europe".

Il nous a paru important de prolonger cette réflexion en portant à votre connaissance un chapitre intitulé "Des conditions d'une procédure équitable" extrait d'un remarquable rapport sur "le rôle et l'avenir de l'échevinage au sein des juridictions de l'entreprise pour le service public de la justice" rédigé par M. Joël HUBIN, 1er Président de la Cour de Travail de Liège. Cette étude a été présentée au Centre de Recherche sur le Droit des Affaires de la Chambre de Commerce de Paris dans le cadre de travaux présidés par M. le Professeur CHAPUT et M. le Directeur LEVY sur la question de l'avenir de la juridiction de l'entreprise.

Vous trouverez également dans ce numéro, une excellente étude du Président LAMICHE relative à la législation fédérale des USA sur la faillite. Il est souvent fait référence à ce dispositif dans le contexte des réflexions engagées en France comme en

Belgique sur la prévention et le traitement des affaires en difficultés d'où l'intérêt pour les juges consulaires confrontés à cette problématique de mieux connaître cette pratique.

A l'attention des juges consulaires de langue allemande nous publions les contributions de M. Dieter KUNZLER, Vice-Président de l'Association nationale des juges consulaires de la République Fédérale d'Allemagne, et de M. Michel ROUGER, ancien Président de l'UEMC. M. KUNZLER tire les principaux enseignements du séminaire qui s'est déroulé du 13 au 15 Février 2004 à Bad Boll alors que M. ROUGER plaide pour un droit plus efficient.

Enfin, nous vous signalons que M. Jean-Paul NOURY, ancien Président de l'assemblée des Chambres de commerce et d'industrie françaises est l'auteur d'un avis sur la "judiciarisation" de l'économie qu'il a présenté au nom de la section des finances du Conseil Economique et Social. Vous pourrez consulter ce rapport très complet (103 pages) sur notre site internet www.euro-uemc.org (rubrique bibliographie).

Pierre GOETZ
Président de l'UEMC

UNION EUROPÉENNE DES
MAGISTRATS COMMERCIAUX
avec la participation de
la Chambre de Commerce
et d'Industrie de Strasbourg et du Bas-Rhin

LA LETTRE DU JURISTE EUROPÉEN

DIRECTEUR DE LA PUBLICATION Pierre GOETZ
RÉDACTION H. Dieter KUNZLER, Michel ROUGER,
Joël HUBIN, Jean LAMICHE,
François AMOUDRUZ, Pierre GOETZ
Droits de reproduction autorisés avec mention de la source
IMPRESSION 1500 exemplaires / DÉPÔT LÉGAL 3ème trim. 2004

• SOMMAIRE •

Editorial de Pierre GOETZ,
Président de l'UEMC

p1

Recht muss öffentlich sein

Von Dieter KUNZLER,
Vizepräsident des
Bundesverbandes
des Richter in
Handelssachen e.V.

p2

Für ein wirksames Recht

von Michel ROUGER,
ehemaliger Präsident
des UEMC

p2

Les conditions d'une procédure équitable

par Joël HUBIN, 1er
Président de la Cour
de Travail de Liège

p3

La législation fédérale des USA sur la faillite

par Jean LAMICHE, ancien
Président du Tribunal
de Commerce de Soissons

p5

Agenda

p8

RECHT MUß ÖFFENTLICH SEIN

von Handelsrichter Dieter Kunzler

Vizepräsident des Bundesverbandes der Richter in Handelssachen e.V.

Mit dem Thema zum Beitrag der Medien zu Rechtsbewusstsein, Rechtsinformation und demokratischer Justiz befasste sich der Bundesverband der Richter in Handelssachen e.V. in einer dreitägigen Tagung, die in Zusammenarbeit mit der Evangelischen Akademie Bad Boll in deren Akademiegebäude in Bad Boll vom 13. bis 15. Februar 2004 stattfand. Weitere Kooperationspartner waren der Bund Deutscher Finanzrichterinnen und Finanzrichter sowie der Bundesverband ehrenamtlicher Richterinnen und Richter. Mit finanzieller Beteiligung dieser Partner und einem weiteren Zuschuß vom Arbeitgeberverband Chemie Baden-Württemberg e.V. und der Südwesttextil e.V. war es möglich, diese Veranstaltung durchzuführen.

Die Veranstaltung war aufgliedert in **Sachvorträgen**, deren Diskussionen und Aufarbeitungen in einzelnen **Arbeitsgruppen** und einer abschließenden **Podiumsdiskussion**. Mitwirkende vom Bundesverband der Richter in Handelssachen waren Vizepräsident Dieter Kunzler, Handelsrichter am Landgericht Frankfurt, als Teilnehmer der Podiumsdiskussion und der geschäftsführende Präsident Werner Schmidt, Handelsrichter am Landgericht Frankfurt als Moderator einer Arbeitsgruppe.

Lernziele der Seminarteilnehmer sollten in emotionaler Sicht für ehrenamtliche und hauptamtliche Richter die Erkenntnis der doch recht unterschiedlichen Gerichtsbarkeiten sein. Sie sollen Gefühle von Enttäuschung bei ehrenamtlichen Richtern darüber wahrnehmen, dass die verantwortliche Mitwirkung zurückgedrängt und in den Medien

kaum beachtet wird. Die Veranstaltung sollte ein Gefühl der **Solidarität** unter ehren- und hauptamtlichen Richtern fördern. Kognitiv sollten die Themen Gerichtsshows, Gerichtsfernsehen, Voyeurismus, Medienzeitalter, Vorverurteilung und Grundrechtsschutz behandelt werden. Schließlich sollte über den Umgang ehrenamtlicher Richter in den Medien nachgedacht werden. Das pragmatische Ziel war der Erfahrungsaustausch mit entsprechender Berichterstattung im Plenum.

In dem von Bundes- und Landespolitikern, Regierungs- sowie Verbands- und Medienvertretern besetztem **Podium** bestand weitgehendst Konsens darin, dass die **Öffentlichkeit des Rechts** ein unabdingbares Gut ist, das von den Medien jedoch nicht entsprechend gewürdigt wird. Dort, so hätte man den Eindruck, würde nach dem Motto, bad News is good News, berichtet. Transparenz ist für ein Gericht wichtig um Vertrauen in der Öffentlichkeit zu gewinnen. Nur so finden deren Urteile auch Akzeptanz. Leider mußte festgestellt werden, dass es nicht einfach, wenn überhaupt, möglich war, die Medienvertreter von der Notwendigkeit von einer Berichterstattung außerhalb der spektakulären Storys zu überzeugen.

Verdutzt waren die Seminarteilnehmer aus der **Handelsgerichtsbarkeit** als der Ministerialdirektor und Leiter der Abteilung Rechtspflege im Bundesministerium der Justiz, **Berndt Netzer**, Berlin, die ehrenamtliche Richtertätigkeit wegen der hohen Kosten in Frage stellte. Nachdem ihm Dieter Kunzler heftig widersprach und die unentgeltliche Tätigkeit der Handelsrichter, sowie

die oft wegen deren Sachverstand eingesparten Sachverständigen-gutachten als Gegenargumente anführte, stellte sich heraus, dass sich Handelsrichter nicht nur, aber auch deswegen doch erheblich von anderen ehrenamtlichen Richtern unterscheiden.

Abschließend wurde festgestellt, dass Verbände sowie die Gerichte überlegen sollten, wie sie fernab von Sensationsjournalismus und Skandalfällen die **differenzierte Wirklichkeit in die Medien** bekommen. Die **gerichtliche Unabhängigkeit** kann dabei gewahrt werden, indem die Beratungen geheim bleiben. Studienleiter Dr. Helmut Geiger, Pfarrer und Jurist schloß die Veranstaltung mit dem Aufruf, Gott schenke uns Gelassenheit, das hinzunehmen, was wir nicht ändern können. Gott schenke uns Mut, das zu ändern, was wir ändern können. Gott schenke uns Weisheit, das eine vom anderen zu unterscheiden.

FÜR EIN WIRKSAMES RECHT

par Michel ROUGER,
Ancien Président de l'UEMC

Das französische bürgerliche Gesetzbuch, Code Napoleon genannt, dessen 200 jähriges Bestehen soeben gefeiert wurde, hat eine bewegte Geschichte überlebt und zeugt heute noch vom juristischen Genie und vom Sinn der französischen Gesellschaft für Gesetze, Normen und Verordnungen aller Arten. Leider wurde dieses Denkmal von einer unkontrollierten Masse schlecht aufgebauter Texte überschüttet.

Die Neigung, alles an Hand von Texten zu regeln, allgemeingültige Grundsätze in das Marmor des Gesetzes einzumeißeln, die Überzeugung, daß Erfolg und

Durchführung zwangsläufig Schritt halten werden, führt nicht zu einer Kultur des Ergebnisses und der Verantwortung. In einer autarkisch verwalteten Wirtschaft gedeiht diese Kultur solange der Steuerpflichtige bereit ist, die Kosten zu tragen. In einer offenen Wirtschaft ist das unmöglich.

Unsere angelsächsischen Freunde und Konkurrenten sind in dieser Hinsicht besser bewaffnet als wir. Für sie gelten Brauch und Vertrag mehr als Gesetz. Sie gehen vom festgestellten Ergebnis aus, um eventuell eine Rechtsnorm zu schaffen. Das beste Beispiel für diese Kultur des Ergebnisses und der Verantwortung ist die Art und Weise auf welche die politischen und wirtschaftlichen Führer nach erlittenen Mißerfolgen zurücktreten. Da sehen wir ein, daß wir unsere Verhaltensgewohnheiten ändern müssen, weil sie keinem wirtschaftlichem Ehrgeiz entsprechen.

Dies will nicht heißen, daß wir auf unsere Rechtskultur verzichten müssen. Es geht darum, einzusehen, daß jede Schaffung von Normen, Gesetzen und Regeln immer ein Ergebnis und eine Verantwortung zur Folge hat. Dasselbe gilt für die Anwendung der Texte durch die zahlreichen damit beauftragten Gerichtsbarkeiten, insbesondere die Gerichte oder die Verwaltungsbehörden.

Wir müssen unablässig unsere Bemühungen fortsetzen, um die Kultur des Ergebnisses mit der Achtung der rechtlichen Grundsätze unserer Kultur in Einklang zu bringen.

Es geht um die Schaffung eines neuen freundlichen Einvernehmens zwischen Wirtschaft und Recht, um ein wirksames Recht zu fördern.

*Leitartikel des Briefes von Présaje n° 7.
- April 2004 -*

LES CONDITIONS D'UNE PROCÉDURE ÉQUITABLE (84)

Par Joël HUBIN, 1er Président de la Cour de Travail de Liège

En préambule, il convient de bien préciser que la confiance du justiciable envers l'institution judiciaire doit résulter de la réalisation de plusieurs critères, tels que le délai raisonnable, la compétence, l'indépendance, l'intégrité, et bien sûr, l'impartialité du juge.

La notion de procès équitable a été utilisée dans l'arrêt **GOLDER c/ROYAUME UNI**, prononcé le 21 février 1975 par la Cour Européenne des Droits de l'Homme.

Cette expression résume les diverses conditions qui doivent garantir l'administration et le fonctionnement de la justice, par référence à l'article 6 alinéa 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. (85)

Parmi toutes ces conditions, le tribunal établi par la loi doit être indépendant et impartial.

La jurisprudence de la Cour européenne précise dans un arrêt **CAMPBELL** que :

"Pour déterminer si un organe peut passer pour indépendant - notamment à l'égard de l'exécutif et des parties - la Cour a eu égard au mode de désignation et à la durée du mandat de ses membres ... à l'existence de garanties contre des pressions extérieures ... et au point de savoir s'il y a ou non, apparence d'indépendance." (86)

La justice économique obéit aux règles essentielles de l'organisation judiciaire : ces règles et notamment le procès équitable sont de l'essence même de la fonction de juger. (87)

L'Union européenne des magistrats statuant en matière commerciale et le Centre du droit de l'entreprise de l'Université Robert Schuman de

Strasbourg ont organisé le 14 juin 2002 un colloque pour examiner et proposer les conditions qui établissent un lien indéfectible entre l'impartialité et la justice économique, tout en garantissant à celle-ci un meilleur fonctionnement. (88) Les développements qui suivent résument pour partie des actes de ce colloque par référence au rapport général établi par le Professeur VALLENS. (89)

Les juridictions compétentes pour statuer dans les litiges concernant les acteurs économiques que sont les entreprises ont deux particularités qui impliquent des conditions spécifiques d'impartialité.

Premièrement, la résolution judiciaire des litiges économiques, commerciaux (90) et sociaux (91) peut avoir des effets de "large amplitude" en raison de la régulation qu'elle opère au niveau d'une collectivité d'agents économiques, commerciaux ou sociaux. Si ceux-ci ont pour tâche de réaliser des objectifs liés à des intérêts économiques et sociaux déterminés, les juges exercent une fonction distincte et conformément à leur mission juridictionnelle, appliquent la règle formelle différente par hypothèse de la rationalité économique. Il y a donc une évidente tension entre deux références, deux logiques.

Deuxièmement, l'organisation de la composition des juridictions commerciales et sociales, belges notamment, implique l'intervention de magistrats laïcs dont la compétence n'est pas en principe juridique. Outre que cette circonstance est à considérer au regard de l'exigence de rationalité juridique évoquée ci-dessus, elle introduit le problème de l'articulation entre la compétence et l'impartialité. Il revient à M. le Doyen **CHAPUT** d'avoir mis en évidence ici la fonction d'expertise des magistrats consulaires ou sociaux qui éclairent le juge professionnel. (92)

Troisièmement, la vocation à l'expertise des magistrats sociaux et consulaires est la conséquence de la connaissance des milieux professionnels concernés, mais cette connaissance générale ne peut se confondre avec une connaissance individuelle qui ruinerait l'exigence d'impartialité.

Cette impartialité est d'abord de principe, et constitue une obligation inhérente à l'organisation judiciaire, en sorte qu'elle relève pour partie du statut des juges.

Si l'impartialité relève d'éléments objectifs ou plus exactement professionnels (93), le comportement individuel du juge doit correspondre à l'absence de préjugés (94) :

"Être magistrat, c'est avoir le sens de l'objectivité, savoir se prémunir de l'influence du milieu, de sa culture, de ses préjugés et de ses conceptions religieuses, éthiques ou philosophiques comme des opinions politiques". (95)

Il me semble important de rendre compte de trois considérations très importantes :

Primo "Parce que la légitimité de l'intervention du juge est admise au nom d'un intérêt général (la libre concurrence, l'ordre public social ou de protection, le marché, l'égalité des créanciers ...), la loi doit faire du juge plus qu'un simple arbitre, totalement neutre, mais un véritable acteur économique. La décision du juge dans la vie économique a en effet des incidences lourdes (une faillite etc...) (96)

Secundo : "Indépendamment de toute inclination politique, sociale ou idéologique du juge, et du principe selon lequel son impartialité doit être présumée, il suffit de s'interroger sur la conception que le juge se fait du rôle même de l'autorité judiciaire, ou du rôle que la loi lui donne : le juge doit-il suivre une démarche accusatoire, où les parties elles-mêmes mènent la procédure, ou inquisitoire, où le juge a un rôle plus dirigiste ? L'impartialité est-elle compatible avec la neutralité procédurale, ou au contraire mieux assurée par un rôle actif ?". (97)

Tertio : "Une fois que l'on a admis l'intervention du juge comme légitime, quels sont les objectifs à atteindre en ce qui concerne l'exigence d'impartialité ? Cette exigence a comme seul but de garantir aux utilisateurs de l'institution judiciaire sa neutralité et son effectivité. Ces qualités attendues du juge ont une nature différente d'autres objectifs, tout aussi légitimes, comme l'efficacité économique, l'utilité sociale, la défense d'intérêts spécifiques ...". (98)

La question est complexe et concerne deux exigences contradictoires : l'efficacité de l'intervention du juge et la neutralité nécessaire du tribunal : la difficulté est réelle dans les litiges économiques mettant en cause les intérêts collectifs, le marché, l'ordre public ou l'intérêt général. Comment garantir à la fois l'impartialité du juge et l'effectivité de son intervention, au moment où l'on veut faire du juge un acteur économique. (99)

L'impartialité des magistrats laïcs se pose en termes spécifiques et distincts par rapport aux magistrats professionnels, puisqu'ils doivent se dégager des affinités et des relations économiques ou personnelles qui peuvent être les leur. (100)

La formule de l'échevinage peut contribuer à l'apparence de l'impartialité vu la mixité et l'équilibre qui doit en résulter, étant entendu que chaque juge doit se comporter de façon impartiale. (101)

("Extrait du rapport sur le rôle et l'avenir de l'échevinage au sein des juridictions de l'entreprise pour le service public de la justice")

(84)
Sur cette question relativement aux •Conseils de prud'hommes français :

- A. GARDIN, *L'impartialité du juge prud'homal et l'article 6 par. 1 de la CEDH, Actes du colloque "le Conseil de prud'hommes au présent, le Conseil de prud'hommes autrement" Université de Nancy 2, Centre de Recherche de l'Institut Régional du Travail de Nancy 2, 8 octobre 2002, P. 31 et sv.*

•*Pour les juridictions du travail de Belgique : J. HUBIN, Impartialité et justice économique*

en Belgique, in Impartialité et justice économique en Europe, ouvrage collectif sous la direction de J.L. VALLENS et M. STORCK, Presses Universitaires de Strasbourg, 2003, pp. 93 à 111, plus particulièrement pages 101 à 111.

(85)

- P. DOURNEAU-JOSETTE, *Le cadre juridique, l'article 6 de la Convention in Impartialité et Justice économique en Europe, opcit, pp. 15 à 22.*

Voir encore l'article 47 de la Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne et l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté à New-York le 19 décembre 1996.

(86)

La notion d'apparence doit être comprise dans le sens de la confiance. Dans son arrêt DELCOURT du 17 janvier 1970, la Cour européenne rappelle l'adage de droit anglais : "Justice must not only by down, it must also be seen to be done" (J-M. VARAUT, Le droit au juge, coll. Parti Pris, Quai Voltaire, Paris, 1991, p. 253.

(87)

G. WIEDERKEHR, *Qu'est-ce qu'un juge ?, dans Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs, Mélanges en l'honneur de Roger PERROT, Dalloz, 1996, p. 575, cité par P. GOETZ et M. STORCK, Impartialité et justice économique en Europe, ouvrage collectif sous la direction de J-L. VALLENS et M. STORCK, Presses Universitaires de Strasbourg, 2003 p. 7*

(88)

P. GOETZ et M. STORCK, *opcit, p.8*

(89)

opcit, pp. 159 et sv

(90)

J-L. VALLENS, *opcit, p. 160*

(91)

R. PERROT, *Espace judiciaire et social européen, Larquier, Bruxelles, 2003, page 735.*

(92)

Cité par J.LK VALLENS, *opcit, page 160.*

(93)

Cour Européenne des droits de l'homme, arrêt DE CUBBER, 26 octobre 1993, série A, n° 272) : pour ce qui concerne l'impartialité objective, le tribunal doit offrir des garanties suffisantes pour exclure tout doute légitime de la part des plaideurs.

(94)
Cour Européenne des droits de l'homme,
arrêt MOREL c/France, 6 juin 2000, D.2001
jur. p. 1062)

(95)
Formule Mme ROZES, Premier Président hre
de la Cour de cassation de France, rapportée
par Monsieur le Professeur VALLENS, *opcit*,
page 163.

(96)
J-L VALLENS, *opcit*, page 164

(97)
J-L VALLENS, *opcit*, pages 164 à 167, et J.
HUBIN, *opcit* pages, 101 à 111.

(98)
J-L VALLENS, *opcit*, page 165

(99)
C. CHAMPAUD, *L'idée d'une magistrature
économique*, *Justices*, 1995, n° 1, p. 61.

(100)
On rappellera les deux composantes de
l'impartialité : objective et subjective, et
l'obligation qu'il faut que la justice
apparaisse impartiale en plus de l'avoir été.

(101)
Sur cette question :
- Pour les juges anglais siégeant en matière
commerciale : K. CERMAK, *Impartiality of
Judges in Economic Matters : A Lawyer's
Experience*, *Impartialité et justice
économique en Europe*, *opcit*, pages 23 à 27.
Voir encore D. PUGLEY : *Impartialité et
justice économique en Angleterre et au Pays
de Galles*, pages 153 à 157.
- Pour les juges allemands siégeant en
matière économique : G. HOHLOCH,
*Impartialité et justice économique en
Allemagne*, *Impartialité et justice
économique en Europe*, *opcit*, pages 45 à 71.
- Pour les juges autrichiens siégeant en
matière économique : W. RECHBERGER,
*Impartialité et justice économique en
Autriche*, *Impartialité et justice économique
en Europe*, *opcit*, pages 73 à 81.
- Pour les instances judiciaires de Belgique,
J. HUBIN, *Impartialité et justice économique
en Europe*, *opcit*, pages 113 à 129.
- Pour la France : N. RONTCHEVSKY,
*Impartialité et justice économique au
Luxembourg*, *Impartialité et justice
économique en Europe*, *opcit*, pages 113 à 129.
- Pour le Luxembourg : A. PRUM,
*Impartialité et justice économique au
Luxembourg*, *Impartialité et justice écono-
mique en Europe*, *opcit*, pages 131 à 149.

LA LEGISLATION FÉDÉRALE DES USA SUR LA FAILLITE

par Jean Lamiche, Ancien Président du Tribunal de Commerce de Soissons

Le système américain de la faillite est régi par la loi fédérale (Titre 11 du United States Code ou 11 U.S.C.).

Le texte en vigueur est issu du Federal Bankruptcy Reform act du 6 novembre 1978 modifié en 1986 et 1994.

Le Titre 11 comprend les 8 chapitres suivants :

- 1er Dispositions générales
- 3ème Gestion de l'affaire
- 5ème Les créanciers, le débiteur, les actifs
- 7ème Liquidation
- 9ème Surendettement des entités publiques étatiques
- 11ème Réorganisation
- 12ème Surendettement des agriculteurs
- 13ème Surendettement des salariés et petits entrepreneurs

L'annexe I à ce Titre 11 tient la place du décret d'application dans le droit français.

Trois remarques préliminaires sont à faire :

- il s'agit d'une matière du droit fédéral dont les règles sont dotées d'une autorité supérieure à celle des lois des Etats. En effet, dès le 3 septembre 1787, la convention fédérale attribuait exclusivement au Congrès " le pouvoir d'édicter les lois uniformes sur la faillite " ;

- il s'agit d'une procédure universelle o parce que les notions spécifiques de " commerçants " et d " acte de commerce " n'existent pas en droit de la faillite,
o la faillite joue à l'égard de tous, personnes commerçantes ou non, intervenants seuls ou en sociétés

n'ayant pas la personnalité morale, personnes morales.

Ainsi les non-commerçants aussi bien que les commerçants peuvent bénéficier des dispositions du Titre 11 de l'US Code :

- il s'agit d'une procédure collective ; les chapitres 1er, 3 et 5 constituent le tronc commun qui s'applique aux chapitres 7,11,12 et 13.

La loi fédérale américaine s'appuie sur l'idée d'exécution collective que symbolise la création automatique, à l'ouverture de la procédure, de la masse des actifs de la faillite (bankruptcy estate). Celle-ci a vocation à geler les biens et droits du débiteur mis en œuvre dans la procédure, et placés pour cela sous la protection du tribunal aux fins d'être gérés dans l'intérêt collectif des créanciers chirographaires. Ainsi, l'ensemble du patrimoine du débiteur rejoint la masse sans qu'il soit tenu compte, au départ, du caractère saisissable ou non des biens appréhendés. Cette masse se trouve, dès lors, substituée au débiteur dans les rapports d'obligation qui l'unissaient à ses anciens créanciers. Ainsi, en même temps qu'elle recueille les éléments de l'actif du débiteur, la masse se voit transmettre toutes les charges grevant ce patrimoine.

LE CADRE JURIDIQUE DE LA PROCEDURE DU CHAPITRE 11

1 - DOMAINE D'APPLICATION

Le chapitre 11 : "réorganisation" s'applique à la fois aux personnes physiques qui supportent des dettes importantes (supérieures à 1 million

par actions ("corporation"). Il convient, pour avoir recours aux dispositions des chapitres 7 et 11, d'être domicilié aux Etats-Unis, d'y avoir des actifs ou encore d'y avoir un centre d'affaires. Toutefois, à cause de leur nature, certaines entités ne peuvent pas bénéficier de la protection du chapitre 11, il s'agit notamment des sociétés d'assurances, des associations de propriétaires, des organismes de caisse d'épargne (savings and loans) et des sociétés d'investissement.

Ce chapitre 11 prévoit également une procédure expéditive optionnelle au bénéfice des entreprises dont l'endettement est inférieur à 2 millions de dollars (small businesses).

La finalité de la mise sous chapitre 11 reste la réorganisation de l'entreprise pour permettre la poursuite de l'activité. En vue d'atteindre cet objectif, un plan doit être élaboré au cours de la procédure. Il peut même être pré-constitué avant l'ouverture de la procédure, dans le cadre d'un accord amiable (prepackaged plan).

Le chapitre 7 : "liquidation" s'applique à toute personne physique ou société à l'exception des compagnies de chemin de fer, des banques, des sociétés d'assurances ainsi que des sociétés ou associations d'investissement.

Même dans le cadre d'une étude spécifique du chapitre 11, il sera nécessaire d'évoquer le chapitre 7. En effet une procédure commencée selon les dispositions du chapitre 11 peut être convertie en une liquidation et inversement.

En pratique, une procédure de réorganisation ou de liquidation commence par le dépôt d'une demande d'ouverture, appelée " bankruptcy petition ". Cette requête visant soit le chapitre 11 soit le chapitre 7 doit être acceptée par le tribunal de la faillite territorialement compétent.

Le déclenchement de la procédure peut être laissé à l'initiative du débi-

teur (voluntary case), ou demandé par ses créanciers ou tout tiers ayant un intérêt à agir (involuntary case).

1.1. - Déclenchement à l'initiative du débiteur (Voluntary Case)

Alors qu'en droit français, une demande d'ouverture n'est possible qu'en cas de cessation des paiements (définie par la loi française comme une insuffisance de l'actif disponible pour faire face au passif exigible), le système américain est beaucoup moins rigoureux. En effet, il n'existe aucune condition explicite ou implicite d'insolvabilité du débiteur, la condition essentielle étant que la demande du débiteur doit être justifiée et de bonne foi. C'est une appréciation faite au cas par cas qui permet au tribunal d'accepter ou non la requête qui lui est présentée.

Il n'est pas non plus exigé que le débiteur fasse état de difficultés financières présentes. En effet, le tribunal pourra accorder, s'il la juge justifiée, la protection du chapitre 11 à une entreprise qui redoute simplement que sa situation financière ne se détériore dans l'avenir (par exemple : risque afférent à un procès en cours). La demande de protection se fait, par écrit, sur un formulaire officiel et indique, entre autres, outre les coordonnées du débiteur, la localisation des principaux actifs de la société, des principaux créanciers et, dans le cas d'une réorganisation, les solutions envisagées pour l'élaboration d'un plan.

1-2. - Déclenchement à l'initiative des tiers (Involuntary Case)

Les créanciers peuvent aussi provoquer l'ouverture d'une procédure de réorganisation ou de liquidation à l'encontre d'un débiteur défaillant dans l'exécution de ses obligations. Afin que cette procédure à l'initiative des créanciers puisse être commencée, la demande devra

être faite par au moins trois créanciers différents totalisant un montant de créances chirographaires au moins égal à 10 000\$. Cependant, si le débiteur en question a moins de douze créanciers, un seul d'entre eux totalisant 10 000\$ de créances chirographaires pourra faire cette demande.

Le débiteur a alors le droit de contester le bien fondé de cette démarche avant que le tribunal ne se prononce.

Une fois le déclenchement de la procédure approuvé par le juge, celle-ci suit son cours normal à l'identique d'une procédure débutée à l'initiative du débiteur.

Une procédure commencée dans le cadre du chapitre 11 peut être convertie pendant la procédure en une liquidation et inversement. Ce type de conversion est décidé par le juge de la faillite soit sur sa propre initiative soit sous l'impulsion de l'United State trustee, du case trustee ou des créanciers.

1-3. - Les tribunaux compétents en matière de faillite

La compétence d'attribution en matière de faillite est du ressort des juridictions fédérales.

En première instance, les " United States district courts " siègent en qualité de " Courts of bankruptcy ".

Chaque dossier est d'abord confié à un " bankruptcy judge " ou juge de la faillite. Il s'agit en fait d'un des juges de la Cour fédérale de district (U.S. district court) territorialement compétente. C'est ce juge qui déclare l'ouverture de la procédure en publiant un " certificate of commencement of case ". Cet acte correspond au jugement d'ouverture dans la procédure française. Il fixe la date à partir de laquelle le débiteur est placé sous la protection du Chapitre 11.

Les décisions prises par le " bankruptcy judge " peuvent être contestées devant " l'U.S. district court ", présidée par un " District judge ". Les parties disposent de 10 jours pour interjeter l'appel, délai qui peut être porté à 20 jours avec l'accord du tribunal.

La réforme du code de la faillite de 1994 donne également la possibilité aux parties de contester les décisions émanant des " bankruptcy judges " devant un " bankruptcy appellate panel " composé de trois " bankruptcy judges " tiers de la procédure.

Dans un deuxième temps, l'U.S. Court of appeals territorialement compétente pourra réviser les décisions du juge de la faillite, notamment les autorisations de paiement accordées au débiteur.

Dans quelques cas, la Cour Suprême peut accepter, en dernier recours, d'examiner les décisions rendues par la Cour d'appel, notamment quand la question qui lui est posée soulève un point de droit important.

Ainsi les juges de la faillite ont compétence exclusive pour tous les procès en matière de faillite et sur tous les biens du débiteur où qu'ils soient situés. Ces juges peuvent également statuer sur les poursuites civiles connexes à une faillite et qui relevaient auparavant de la compétence exclusive des " Jury trials ". Il faut au préalable le consentement exprès de toutes les parties, pour que ces dernières renoncent au bénéfice du jury.

2 - LES ORGANES DE LA PROCÉDURE

La protection accordée au débiteur est assortie d'un contrôle externe tendant à protéger les intérêts respectifs des parties.

2-1. " Debtor in possession "

Dans le cadre d'une procédure de réorganisation, les dirigeants de l'en-

treprise en difficulté conservent généralement leurs pouvoirs de gestion. Toutefois, pour effectuer des actes qui ne relèvent pas de la gestion courante des affaires, l'autorisation préalable du tribunal est requise. Dans le cas d'une liquidation, le débiteur est écarté de l'éventuelle gestion de l'entreprise au profit d'un mandataire le " case trustee ". (voir infra)

2-2. " United States trustee "

C'est un fonctionnaire du Ministère de la Justice nommé par le procureur général pour une région judiciaire donnée. Il est en charge de toute la partie administrative de la procédure. Il est pour les créanciers un interlocuteur essentiel tout au long de celle-ci.

L'U.S. trustee est investi d'une mission de surveillance sur l'ensemble des opérations faites par le débiteur (dans le cas d'une réorganisation) ou par le case trustee (dans le cas d'une liquidation). Il veille, en particulier, à la bonne marche du ou des comités de créanciers et prend les mesures adéquates pour éviter tous délais inutiles au déroulement de la procédure.

Il dispose également d'un pouvoir d'appréciation et d'impulsion quant à l'évolution du dossier. Il lui incombe de demander, le cas échéant, l'arrêt de la procédure du chapitre 11 au profit d'une procédure de liquidation ou inversement. L'U.S. trustee a également la faculté de nommer, s'il le juge nécessaire, des comités de créanciers supplémentaires ou, dans le cas d'une réorganisation, un " case trustee ", mandataire judiciaire qui sera chargé d'administrer la société au lieu du débiteur.

Le Tribunal fixe les " compensations raisonnables " qui doivent être versées à l'U.S. trustee pour les prestations exécutées dans le cadre de ses fonctions en tenant compte des différents critères énumérés par le code.

2-3. " Creditors committees "

La loi impose qu'il soit instauré au moins un comité de créanciers (" creditors committee ") regroupant les créanciers chirographaires (c'est-à-dire ceux ne possédant pas de sûretés pour garantir leurs créances).

Ce comité est en principe composé de sept créanciers chirographaires les plus importants prêts à le servir et désignés par l'U.S. trustee. Pour aider à sa constitution, le débiteur est tenu de fournir une liste de ses vingt principaux créanciers chirographaires dans un délai de deux jours suivant l'ouverture de la procédure.

Le texte de 1994 précise que les membres des comités ne peuvent pas recevoir d'honoraires pour les actes exécutés dans l'exercice de leurs fonctions. En revanche, ils doivent être remboursés des frais qu'ils auront engagés.

En plus de ce comité dont la constitution est obligatoire, le tribunal peut décider de créer des comités supplémentaires qui regrouperont les titulaires de créances de même nature (class of creditors). L'institution de tels comités a pour objectif de limiter les conflits d'intérêts entre créanciers et de faciliter l'approbation d'un plan dans le cadre d'une procédure de réorganisation. Leur nomination peut être un facteur important de la stratégie du juge afin d'empêcher qu'un créancier trop important puisse dominer entièrement les décisions des créanciers.

Les différents comités de créanciers jouent un rôle actif tout au long de la procédure. Ils négocient avec le débiteur les termes du plan de réorganisation à mettre en place ; ils peuvent remettre en cause les décisions de gestion prises par le débiteur, contrôler les comptes de la société ou contester l'opportunité de la continuation de l'activité. Dans le cadre d'une procédure de liquidation, ils peuvent être entendus par le case trustee ou l'United States trustee ou

encore par le bankruptcy judge ; ils peuvent faire des suggestions ou des remarques au case trustee en ce qui concerne l'administration de la liquidation et la répartition des biens liquidés. Pour les assister dans cette mission de contrôle, ils peuvent faire appel aux services d'un avocat ou d'un comptable, dont les honoraires seront réglés par le débiteur.

2-4. " Case trustee "

Dans le cas de réorganisation, l'U.S. trustee, ou toute partie intéressée, peut réclamer la nomination d'un case trustee pour prendre en charge les opérations de gestion et d'administration de l'entreprise à la place du débiteur qui est alors déchu de ses pouvoirs. La nomination d'un case trustee est un acte grave, elle intervient très rarement dans les procédures de chapitre 11, seulement lorsqu'il est fait état de fraude ou de faute grave de gestion.

Dans le cas de la liquidation, le case trustee est l'organe central de la procédure. Il est systématiquement élu par les créanciers et remplacera l'intérim trustee nommé pour assurer le début de la procédure. Son rôle est de représenter les créanciers au mieux de leurs intérêts et donc de retirer un maximum de profit de la liquidation des biens de l'entreprise. C'est également lui qui aura la charge de rapatrier dans le patrimoine à distribuer aux créanciers toutes les sommes qui auraient été transférées frauduleusement à des tiers avant le début de la procédure.

Le case trustee , professionnel indépendant chargé de la gestion de l'entreprise en difficulté, doit être distingué de l'U.S. trustee qui est, lui, un fonctionnaire chargé de diriger et d'accompagner la procédure.

2-5. - " Examiner "

Pour éviter de dessaisir totalement le débiteur dans la procédure de réorganisation (en nommant un case

trustee), le tribunal peut choisir plutôt de désigner un " examiner " dont les pouvoirs sont plus restreints puisqu'ils se limitent à un rôle d'investigation.

2-6. - " Bankruptcy judge "

Il est l'organe décisionnel de la procédure de faillite. Il peut, en présence des éléments qui lui sont communiqués, décider de l'évolution et de l'avancement de cette dernière. Il dispose du pouvoir de raccourcir les délais et d'enjoindre la communication de certains documents. Ces prérogatives sont exercées au cours de " statuts conférences ". C'est le juge qui décidera de l'opportunité d'ouvrir la procédure, qui tranchera les litiges pouvant intervenir entre le débiteur et les créanciers ou le U.S. trustee, qui clôturera la procédure de liquidation ou confirmera le plan de réorganisation.

En première instance, il statue d'un bout à l'autre de la procédure en juge unique. Comparées au droit français ses prérogatives sont celles d'un juge-commissaire et d'une formation collégiale.

3. LES FORMES PARTICULIÈRES DE PROCÉDURE DE RÉORGANISATION

3.1- Le cas des " small businesses "

La réforme de 1994 qualifie de " small business " toute entreprise (à l'exception des agents immobiliers) dont le montant des dettes est inférieur à deux millions de dollars à la date du dépôt de bilan.

Les " small businesses " peuvent opter pour une procédure expéditive de leur réorganisation sous chapitre 11 :

a) La période d'exclusivité (période au cours de laquelle seul le débiteur peut proposer un plan de réorganisation) est limitée à 100 jours. Ce délai peut être prorogé si le débiteur prou-

ve que des circonstances extérieures à sa volonté rendent nécessaires la prolongation de ce délai.

b) Toutes les propositions de plan devront être présentées dans les 160 jours.

c) Le tribunal peut décider de ne pas constituer de " creditors committees " sur requête de l'une des parties.

Enfin, les modalités d'acceptation du plan sont plus libérales que le régime de droit commun.

3.2 - Le plan " prepackaged "

Dans le cas d'une procédure prepackaged, le débiteur et ses créanciers auront déjà réglé toutes les questions relatives à la réorganisation avant même le dépôt de bilan et un plan de réorganisation établi avec l'accord du débiteur et des créanciers sera déposé en même temps que le dépôt de bilan.

L'avantage incontestable de ce type de plan est un gain de temps très important puisque la durée de la procédure officielle sera extrêmement réduite. L'inconvénient réside dans le fait que le débiteur ne bénéficiera pas, durant les négociations du plan, de la protection habituellement offerte dans le cadre d'une procédure normale.

(rédigé le 10.09.2003)

AGENDA

• DU 16 AU 21 AOÛT 2004 À MARIA WÖRTH (AUTRICHE) : Symposium International des Juges Consulaires

• 10 ET 11 SEPTEMBRE 2004 À LIÈGE : Congrès de l'Union des Juges Consulaires de Belgique et Assemblée Générale de l'UEMC

• DU 19 AU 20 NOVEMBRE 2004 À BORDEAUX : Assemblée Générale de la Conférence Générale des Tribunaux de Commerce de France

• LE 12 OCTOBRE 2004 À FRANCFORT : Assemblée Générale de l'Association des Juges Consulaires allemands

NOUS VOUS RAPPELONS QUE VOUS AVEZ LA POSSIBILITÉ DE CONSULTER NOTRE SITE WEB: euro-uemc.org.

PAR AILLEURS, NOUS VOUS SERIONS TRÈS RECONNAISSANTS DE BIEN VOULOIR NOUS FAIRE PART DE VOTRE ADRESSE ÉLECTRONIQUE AFIN QUE NOUS PUISSIONS VOUS TENIR INFORMÉS DE LA MISE À JOUR DU SITE WEB