

Le mandat de justice « à la française » Intervention de Xavier Huertas à Berlin

1 – Originalité du droit français - Le mandat de justice « à la française » a pour trait caractéristique de concevoir comme une mission de service public le mandat confié aux professionnels qui interviennent pour assister le débiteur ou représenter la collectivité des créanciers à l'occasion d'une procédure collective.

Je commencerai par présenter les caractéristiques des professions de l'insolvabilité telles que les conçoit le droit français (I) pour ensuite faire apparaître quels sont les mérites de ce statut original (II).

I – La profession réglementée de mandataire de justice en droit français

2 – Dualité du mandat de justice - A la vérité, ce n'est pas une profession de mandataire de justice qui existe en droit français mais deux professions.

Même s'ils sont représentés dans une instance professionnelle unique (que je préside), le CNAJMJ, les professionnels de l'insolvabilité se divisent en deux professions distinctes et absolument incompatibles : les administrateurs judiciaires (il en existe 118) et les mandataires judiciaires au nombre de 315).

Lorsque s'ouvre une procédure collective, le tribunal doit en principe désigner tout à la fois un mandataire judiciaire et un administrateur judiciaire, même si la désignation de ce dernier est facultative pour les entreprises de taille modeste dont le CAHT est inférieur à 3 M€ et le nombre de salariés inférieur à 20.

3 – Liberté de choix du tribunal - L'usage pour le tribunal est de choisir ces professionnels sur une liste nationale d'aptitude, tenue par une Commission nationale d'inscription, constituée sous l'égide du ministère de la justice. Il existe une liste d'AJ et une liste de MJ, aucun professionnel ne pouvant être inscrit sur les deux listes.

Ces professionnels inscrits sur la liste ne jouissent toutefois d'aucun monopole puisque le tribunal peut parfaitement procéder à des désignations « hors liste » en choisissant un administrateur ou un mandataire judiciaire

justifiant d'une expérience ou d'une qualification particulière au regard de la nature de l'affaire.

Ces désignations « hors liste » demeurent toutefois exceptionnelles, les tribunaux préférant recourir à des professionnels dont le mandat de justice est la profession exclusive, ce qui garantit leur compétence et leur indépendance, et qui se trouvent assujettis à un statut très protecteur des parties prenantes (assurance, représentation des fonds, obligation de dépôt à la CDC, contrôles, obligation de formation continue).

La même tendance se retrouve lorsqu'il s'agit de nommer des mandataires dans le cadre des procédures amiables de mandat ad hoc et de conciliation – alternatives à une procédure collective – puisque le juge, bien que parfaitement libre de désigner n'importe quelle personne compétente, choisit toujours en pratique des professionnels (AJ) inscrits sur la liste d'aptitude.

La compétence des professionnels inscrits sur la liste étant nationale, le tribunal jouit d'une grande liberté de choix du professionnel.

Ce choix du tribunal s'exerce de manière parfaitement libre, même si le ministère public peut proposer le nom d'un ou de plusieurs administrateurs et mandataires judiciaires. Par ailleurs, le débiteur peut proposer le nom d'un ou plusieurs administrateurs tandis que l'organisme qui garantit aux salariés du débiteur le paiement de leurs salaires (l'AGS) peut exprimer ses observations sur le choix du mandataire judiciaire dans les affaires où l'entreprise emploie au moins 50 salariés.

Quant aux créanciers, ils n'interviennent en aucune manière dans le processus de désignation des mandataires de justice, lesquels sont donc parfaitement indépendants à leur égard.

4 – Contenu de chaque mission - Le métier de ces deux professionnels que sont l'AJ et le MJ est fondamentalement différent. En simplifiant, on peut dire que l'administrateur judiciaire a en charge les intérêts de l'entreprise, là où le mandataire judiciaire assure la défense des intérêts de la collectivité des créanciers.

Précisément, l'article L 811-1 du code de commerce définit les administrateurs judiciaires comme « les mandataires, personnes physiques ou morales, chargés par décision de justice d'administrer les biens d'autrui

ou d'exercer des fonctions d'assistance ou de surveillance dans la gestion de ces biens ».

Quant aux mandataires judiciaires, ils sont définis par l'article L. 812-1 comme des « mandataires, personnes physiques ou morales, chargés par décision de justice de représenter les créanciers et de procéder à la liquidation d'une entreprise ».

Cela dit, si ces deux catégories de professionnels sont bien différentes, il n'en demeure pas moins qu'ils relèvent d'un statut qui, pour l'essentiel, constitue un tronc commun, auxquels se trouvent soumis tous les mandataires de justice.

II – Les mérites du mandat de justice à la française

5 – Importance décisive du statut - L'originalité du dispositif français consiste à avoir institué une profession dédiée assujettie à un statut très contraignant, qui garantit tant la compétence que l'indépendance des professionnels concernés.

Ce statut des professionnels de l'insolvabilité a une importance considérable car chacun sait que l'efficacité d'un droit de l'insolvabilité, en vue d'assurer le sauvetage des entreprises et le désintéressement des créanciers, est largement tributaire de la compétence des professionnels chargés de le mettre en œuvre.

L'intervention d'un organe ayant qualité pour mener la procédure collective est d'ailleurs de l'essence de cette procédure, au point que le Règlement 1346/2000 du 29 mai 2000 sur les procédures d'insolvabilité fait de la désignation d'un syndic un élément de définition de ces procédures (article 1).

6 – Diversité des systèmes en compétition - S'il est acquis qu'un tel organe doit être désigné, la question se pose toutefois de savoir qui doit remplir une telle mission.

Doit-il s'agir d'un mandataire occasionnel, désigné pour tel dossier, par exemple en étant choisi parmi les créanciers en vue de les représenter ? Doit-il au contraire s'agir d'un professionnel dont on a pu vérifier les compétences, soumis à un statut contraignant et à un contrôle étroit,

assujetti à des obligations multiples et en particulier à une obligation d'assurance ? Et si l'on fait ce choix d'un professionnel, doit-il relever d'une profession réglementée n'exerçant que cette activité-là ou peut-il s'agir de professionnels ayant une autre activité (avocats, experts-comptables) choisis pour leur compétence en fonction des caractéristiques de tel ou tel dossier ? Enfin, la question se pose de savoir quelle doit être l'autorité qui désigne ce « syndic ». Doit-il s'agir des créanciers qui l'élisent au début de la procédure, des pouvoirs publics qui lui confient cette mission de service public ou bien du tribunal dans le jugement d'ouverture ?

L'examen de la législation des principaux Etats développés fait apparaître que ces questions ne reçoivent pas les mêmes réponses. En schématisant, on peut opposer un modèle plus libéral d'inspiration anglo-saxonne, qui reconnaît aux créanciers le pouvoir d'exercer un certain contrôle sur la désignation et l'exercice de la mission d'un syndic choisi parmi des avocats ou des experts-comptables, à un modèle plus encadré, qui laisse au tribunal le soin de désigner un syndic choisi sur une liste de professionnels sélectionnés par les pouvoirs publics et soumis à un contrôle étroit.

7 – Un auxiliaire de justice, collaborateur du service public - Le droit français a nettement fait le choix de cette seconde formule qui présente l'avantage sur les autres modèles de garantir l'indépendance de ces professionnels du mandat de justice, que la loi assujettit à une stricte obligation d'exclusivité.

Les AJMJ inscrits sur la liste ont en effet l'interdiction d'exercer une quelconque activité économique et ce dans le but de les prémunir contre les conflits d'intérêts (un chapitre entier des règles professionnelles des AJMJ est consacré au respect de l'indépendance). Cette règle est très contraignante car elle interdit aux AJMJ inscrits sur la liste d'exercer une autre profession que celle de mandataire de justice et d'avoir une quelconque autre source de rémunération.

Ce choix de faire du mandataire de justice un auxiliaire de justice, collaborateur du service public de la justice est celui du droit français depuis près de 200 ans en matière de gestion des procédures collectives, notre droit confiant à une profession réglementée la fonction de mandataire de justice nommé soit pour exercer les fonctions de représentant des créanciers, dans le cadre de la sauvegarde ou du redressement, soit pour exercer les fonctions de liquidateur, soit, dans les dossiers qui le justifient (en particulier dans les procédures ouvertes au bénéfice de débiteurs atteignant le seuil de 20 salariés ou de 3 millions d'euros de CA HT), pour exercer les fonctions

d'administrateur judiciaire assistant ou surveillant le débiteur dans sa gestion et préparant un projet de plan en vue de redresser l'entreprise.

Il n'est pas inutile de rappeler à cet égard que le code de commerce de 1807 avait pris le parti d'éviter que ce mandat devint une profession, le choix étant fait de désigner un agent choisi parmi les créanciers, lequel agent transmettait ensuite ses pouvoirs à un syndic désigné par le tribunal sur une liste de trois noms dressée par les créanciers. Ces mandataires, choisis parmi les créanciers, n'étaient pas des professionnels. Ils n'étaient pas rémunérés.

Ce système a rapidement été abandonné. L'organisation moderne du mandat de justice à la française trouve sa source dans la loi de 1838 qui, supprimant le dispositif antérieur, a réécrit l'article 462 du code de commerce pour lui faire préciser que, « par le jugement qui déclare la faillite, le tribunal de commerce nomme un ou plusieurs syndics ». Ainsi, depuis le début du XIX^{ème} siècle les syndics ne sont plus été élus par les créanciers mais nommés par le jugement d'ouverture. Si le texte à l'époque prévoyait une liberté totale du tribunal dans le choix du syndic, dans les grandes villes et spécialement à Paris le syndicat de faillite a rapidement relevé de fait du monopole d'une corporation officieuse, mise en place progressivement avec l'agrément du tribunal de commerce. Celui-ci dressait par avance une liste de personnes, en nombre limité, n'exerçant aucune autre fonction, parmi lesquelles il choisissait, pour chaque affaire, un mandataire de justice.

Ainsi est née la profession de syndic de faillite et de liquidateur judiciaire près le tribunal de commerce dans une configuration proche de ce qui existe aujourd'hui.

8 – Un modèle réaffirmé à l'occasion de chaque réforme - Si le poids de l'histoire est réel pour expliquer ce modèle français du mandat de justice, il faut aussi ne pas perdre de vue que cette organisation d'une profession réglementée a été voulue par les pouvoirs publics, le législateur n'ayant eu de cesse de réaffirmer son attachement à ce dispositif, d'abord à l'occasion de la grande réforme qu'a opérée la loi du 25 janvier 1985 puis lors de toutes les réformes ultérieures qui se sont succédées.

9 – Un professionnel libéral dont la profession est réglementée - L'originalité de ces professions d'administrateur judiciaire et de mandataire judiciaire, tient à ce qu'elles réunissent des opérateurs privés qui exercent une profession libérale mais qui ne s'en trouvent pas moins placés sous la coupe étroite des tribunaux qui les désignent mais aussi dans un étroit lien de sujétion à l'égard des pouvoirs publics, puisque c'est la chancellerie qui

gouverne tant l'accès à la profession (examen d'accès au stage, examen d'aptitude, inscription sur la liste nationale) que son contrôle et l'exercice de l'action disciplinaire.

10 – Le mandat de justice à la française, un modèle exportable - Le statut français du mandat de justice apparaît non seulement compatible avec la réglementation européenne mais il s'avère constituer un modèle qui a inspiré différents états membres de l'Union qui ont adopté le dispositif consistant à établir une liste pour le choix des mandataires de justice, y voyant une source de transparence appréciable et la garantie de la compétence de professionnels dont il devient possible d'assurer le contrôle.

Au-delà de ce constat chez nos partenaires européens d'une tendance forte au rapprochement de leur modèle de mandat de justice avec le modèle français, on relèvera que les dernières évolutions du droit européen laissent également entrevoir une réelle faveur des instances européennes pour un type de mandat de justice exercé dans les procédures collectives, qui se rapproche du modèle français reposant sur une profession réglementée, soumise à incompatibilités et strictement encadrée.

Très significative apparaît à cet égard la Résolution du Parlement européen du 15 novembre 2011 sur les procédures d'insolvabilité¹ et sa recommandation 1.4., relative à « *l'harmonisation des aspects généraux concernant les exigences quant aux compétences et à la mission du syndic* ». Selon ce texte, qui a vocation à inspirer le droit de l'Union dans les années à venir, le syndic doit, entre autres conditions, « être homologué par une autorité compétente d'un État membre ou mandaté par une juridiction compétente d'un État membre », ce de façon à vérifier sa compétence, qu'il jouit « d'une bonne réputation », qu'il dispose « du niveau de formation nécessaire pour l'accomplissement de ses fonctions » et surtout qu'il est « indépendant des créanciers ainsi que des autres parties concernées par la procédure d'insolvabilité », les conflits d'intérêts devant être prévenus, au point de devenir un cas de démission.

C'est peu dire que de telles exigences plaident pour la consécration d'un dispositif proche de celui qui existe en France, la condition d'une homologation et d'une parfaite indépendance traduisant clairement la préférence pour un modèle proche du modèle français de la profession réglementée.

¹ Résolution du Parlement européen du 15 novembre 2011 contenant des recommandations à la Commission sur les procédures d'insolvabilité dans le cadre du droit européen des sociétés.