

Le Code de commerce et l'Europe (du droit de la convention européenne des droits de l'homme)

Anne-Françoise Zattara-Gros

► **To cite this version:**

Anne-Françoise Zattara-Gros. Le Code de commerce et l'Europe (du droit de la convention européenne des droits de l'homme). Revue juridique de l'Océan Indien, Association " Droit dans l'Océan Indien " (LexOI), 2008, pp.11-17. hal-02543149

HAL Id: hal-02543149

<https://hal.univ-reunion.fr/hal-02543149>

Submitted on 15 Apr 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

LE CODE DE COMMERCE A L'EPREUVE DE L'EUROPE (du droit ne de la convention européenne des droits de l'homme)

Anne-Françoise ZATTARA-GROS

Maître de Conférences à l'Université de la Réunion

C'est encore une histoire de sources dont il s'agit ici. On a déjà évoqué le sujet en introduction : concurrence – le terme sera utilisé à de nombreuses reprises dans cette journée avec des sens différents- concurrence entre sources de droit interne (Code de commerce) et de droit supranational (CEDH placé au dessus du 1^{er} dans la hiérarchie des normes existant en droit français). C'est surtout une pièce que l'on va découvrir ici, en deux actes (le juriste n'aime pas la valse en trois temps), à trois acteurs - le juge tant national qu'euro péen évidemment, s'y inviterait également et parfois le législateur national, avec deux instruments : le Code de commerce et la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH).

La pièce est classique. Les rôles sont répartis. Aucune surprise *a priori* !! En effet, l'influence, en France, de la Convention et de l'interprétation qu'en ont donnée la Commission (aujourd'hui disparue) et la Cour européenne des droits de l'homme n'est plus à démontrer. Ceci étant, dans le domaine de la matière commerciale, il faut garder à l'esprit que cette influence a été longtemps difficilement perceptible et surtout mal perçue.

Plusieurs raisons à cette situation.

1^{ère} série de raisons: Il est des raisons propres à la Convention elle-même. Il y en a deux. D'abord, le texte de la Convention, s'il proclame un certain nombre de droits de l'homme (droit à la vie, droit à un procès équitable, droit respect de la vie privée, droit de propriété...), ne contient peu si ce n'est pas de dispositions relatives à l'homme d'affaires¹. La question de l'applicabilité de la CEDH à la sphère commerciale s'est donc posée². Ensuite, le système de la Convention se veut avant tout subsidiaire ie que la Cour européenne des droits de l'homme ne peut être saisie qu'une fois que le justiciable épuisé a épuisé (et le terme a été bien choisi) ses voies recours devant les tribunaux français et statue en bout de course, remédiant ou non à la violation portée aux droits des hommes d'affaires.

2^{ème} série de raisons : Il est des raisons liées à l'application de la Convention, et externes à elles, qui peuvent ou ont pu trouver (je croise le regard noir finalement non des magistrats ici présents) sans doute leur point d'ancrage dans l'existence d'un jeu de pouvoir entre les juridictions internes et la Cour de Strasbourg³.

¹ V. BERGER, Le contentieux « droit des affaires » va se développer, in *La Convention européenne des droits de l'homme et le droit des affaires*, Dr. et patr., 1^{er} sept. 1999, n° 74.

² J.-P. MARGUENAUD, *CEDH et droit privé*, La documentation française, Paris, 2001, pp. 126 et s.

³ S. GUINCHARD, Le procès équitable : garantie formelle ou droit substantiel ? in *Mélanges G. FARJAT*, Crédeco, Nice 1999, p. 139.

Reste alors le jeu des acteurs !!! Et s'il ne demeure pas moins que l'applicabilité de la CEDH aux affaires commerciales est aujourd'hui avérée, les résultats de l'opération de confrontation des dispositions du Code de commerce à cet instrument peuvent varier et se révéler favorable ou défavorable à ces dernières. De ce tête-à-tête (Code de commerce-CEDH), il s'ensuit que le Code de commerce peut en sortir grandi ou fragilisé, la CEDH, source de magnitude du Code pouvant devenir alors source d'inquiétude pour celui-ci (II).

I – La CEDH, source de magnitude du Code de commerce

L'éclat du Code de commerce face à l'autorité interprétative de la jurisprudence européenne s'exprime de façon différente suivant que c'est le juge interne qui est conduit à croiser le texte européen ou selon que c'est le juge européen qui est chargé de se prononcer sur la conformité des dispositions de droit interne à la Convention. C'est ainsi que l'existence d'un contrôle de conventionnalité (conformité à la Convention) exercé par le juge interne procure au Code une certaine vitalité, lorsque celui-ci offre directement une réponse adéquate à la situation visée. Le Code est alors vivifié (A). Mais le Code voit sa vigueur encore renforcée lorsque l'examen du litige se solde par une déclaration de conformité des dispositions existantes à la Convention. Le Code se trouve conforté (B).

A – Le Code vivifié

Le Code serait vivifié. 1^{ère} situation. Par rapport à la jeunesse de la Convention européenne des droits de l'homme, qui date du 4 novembre 1950, s'est posée la question du sort de ce Code, « né (...) vieux »¹. La Convention est-elle propre à redonner une nouvelle jeunesse au vieux Code ? Le statut et le contenu de la Convention dans l'ordre juridique interne sont riches d'enseignements à ce sujet. Ils soulignent l'idée que si le droit né de la Convention constitue à l'évidence une source d'inspiration et une source complémentaire de protection du droit commercial français, il n'en demeure pas moins subsidiaire et parcellaire. Il en résulte que lorsque le juge interne a, dans l'arsenal de règles qu'il peut utiliser, des dispositions nationales et des dispositions européennes fournissant des garanties équivalentes, le Code est préféré. A défaut, lorsque la Convention n'est pas propre à redresser la violation des droits et libertés atteints, le Code est révélé.

Subsidiaire, le système européen des droits de l'homme permet au juge interne de préférer le Code. C'est ainsi que lorsque la Convention et le Code de commerce contiennent des dispositions permettant l'une et l'autre de remédier aux situations attentatoires aux droits de l'homme, le juge interne, sans forcément vouloir écarter la Convention, considère qu'il n'est pas nécessaire de sortir « la grosse artillerie »² et se réfère aux dispositions internes tout simplement parce que les droits violés trouvent à être suffisamment protégés par celles-ci. Dans le domaine des procédures collectives, l'affaire Desseilles³ est à cet égard révélatrice de l'économie des moyens utilisés. En l'espèce, un candidat à la reprise d'une société en difficultés avait été choisi comme cessionnaire par le tribunal de commerce, qui s'était permis de modifier arbitrairement les termes de l'offre en imposant à l'heureux élu de se porter caution de l'entreprise rachetée par ses soins. Devenu garant malgré lui, le repreneur soutenait, entre autres, que cet engagement forcé de caution constituait une atteinte virtuelle à ses biens (atteinte à Clotilde libre disposition

¹ C. SAINT-ALARY-HOUIN, Présentation générale du nouveau Code de commerce, in *Le nouveau Code de commerce*, Dr. et patr., 1^{er} juillet 2001, n° 95.

² J.-P. MARGUENAUD, *CEDH et droit privé*, préc., p. 142.

³ Cass. com., 27 avr. 1993, Bull. Civ. IV, n° 152.

de sa propriété en l'obligeant sur son patrimoine). Il arguait de la violation de l'article 1er du premier protocole à la CEDH, qui proclame le droit au respect de ses biens. La chambre commerciale a évacué l'article 1 du Protocole 1. Selon elle, en obligeant l'acheteur à fournir un cautionnement qu'il n'avait pas entendu donner, ce sont les dispositions claires et précises de l'article 62, alinéa 3, de la loi du 25 janvier 1985 (reprises par la loi du 26 juillet 2005 et contenues à l'al. 3 de l'art. L. 626-10), qui sont appliquées, aux termes desquelles « les personnes qui exécuteront le plan ne peuvent pas se voir imposer des charges autres que les engagements qu'elles ont souscrits au cours de sa préparation ». L'explication de la mise à l'écart de la CEDH réside sans nul doute ici dans la précision et la clarté des dispositions internes applicables, lesquelles se suffisent à elles-mêmes et permettent notamment d'assurer une protection au chef d'entreprise propriétaire qui est atteint dans ses prérogatives sans que le juge n'ait pas à rechercher un quelconque autre moyen aux fins d'exercer sa censure. La CEDH n'a, dans cette hypothèse, aucune fonction particulière à remplir, si ce n'est de venir en appui du droit national. La subsidiarité de la CEDH est alors propre à fonder son éviction.

Autre est l'hypothèse de la mise à l'écart de la CEDH lorsque celle-ci n'offre pas le moyen de remédier à la violation des droits de l'homme d'affaires ou de l'entreprise parce qu'elle est parcellaire et tout simplement inapte à appréhender la situation en cause. Elle révèle le Code. En effet, la Convention européenne des droits de l'homme, si elle a pu voir son champ d'application s'étendre de façon considérable¹, ne couvre cependant pas l'ensemble des situations attentatoires aux droits. Dans les interstices, le droit interne a alors vocation à régner en maître. Un exemple peut être fourni en droit des procédures collectives avec les sanctions professionnelles pouvant être prononcées contre le failli sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967. Une interprétation stricte du texte prévoyant les sanctions à l'encontre du failli semblait obliger le juge à choisir entre interdire au sujet de gérer une entreprise commerciale et lui défendre de diriger une personne morale. Néanmoins, l'animateur d'un groupe de sociétés s'était vu infliger la double sanction. Il avait été déchu de son droit d'administrer à la fois toute entreprise commerciale et toute personne morale. Il alléguait alors une violation à l'article 7 de la CEDH relatif au principe de la légalité des infractions et des peines. Pour écarter l'argument, la chambre commerciale a énoncé que les déchéances prononcées « constituent des mesures de sûreté édictées dans l'intérêt public et non pas des sanctions pénales » de sorte que l'article 7 relatif aux infractions ne pouvait trouver à s'appliquer². Le droit interne retrouve alors son empire³. Le Code se trouve vivifié !! Le juge, tirant parti des failles de la Convention, lui offre un véritable bain de jouvence !

B – Le Code conforté

Formidable bain de jouvence!! Car le juge, non content à le vivifier, peut encore conforter le Code. Telle est l'hypothèse lorsqu'à l'issue du contrôle de conventionnalité à laquelle le juge s'est livré, les dispositions qui ont été soumises à son examen sont déclarées conformes au texte européen. Le résultat est alors positif pour le Code, qui se trouve fortifié. Deux situations peuvent être distinguées. Celle où la compatibilité des dispositions du Code avec la Convention est évidente et avérée parce que les dispositions sont naturellement conventionnelles. Celle où la conformité des dispositions à la Convention a été obtenue au

¹ Pour les sanctions fiscales et l'article 6-1, V. C.E.D.H., 24 fév. 1994, *Nbendemon c/France*, JCP, éd. G, 1995, II, n° 22 372, note S. FROMMEL. Pour les sanctions administratives et l'article 6-1, V. C.E.D.H., 27 fév. 1980, *Deweer*, série A, n° 35.

² Cass. com., 18 juin 1985, inédit. V. Com. E.D.H., 10 mars 1981, *X. c/Belgique*, Déc. et rap. Com.E.D.H., 24, p. 198. L'argumentation compte tenu de ce que l'assemblée générale des associés ne constitue pas « un organisme juridictionnel établi par la loi mais un organe de gestion interne de la société »³.

moyen d'une interprétation en vue de forcer quelque peu la solution attendue. Les dispositions du Code deviennent alors forcément conventionnelles.

Les dispositions peuvent d'abord se révéler naturellement conventionnelles. Elles le sont alors dans leur lettre et ne nécessitent aucun procédé d'interprétation pour l'être.

Soit qu'elles collent aux principes de la Convention. Tel est le cas de l'article L. 463-1 proclamant le principe du contradictoire pendant l'instruction et au cours de la procédure se déroulant devant le Conseil de la concurrence. Il parle de lui-même en ce qu'il rappelle la prescription énoncée par l'article 6 § 1 CEDH, selon lequel toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue contradictoirement, qui fonde le droit à un procès équitable.

Soit qu'elles respectent les prescriptions de la Cour européenne. On retrouve ici toutes les dispositions du Code de commerce qui éliminent la possibilité de débats publics (exp séances devant le Conseil de la concurrence (art. L. 463-7) ou dans le cadre de l'ouverture d'une procédure collective –hyp de l'audition du débiteur en chambre du conseil (art. L. 621-1). L'on sait que la Cour de Strasbourg¹, comme la Cour de cassation au demeurant², ne juge pas une telle situation comme incompatible avec l'article 6-1 de la Convention dès l'instant où la confidentialité protège l'intérêt public d'une bonne administration de la justice.

Le jeu de la compatibilité s'exprime alors tout simplement.

Mais le plus souvent, la conventionnalité des dispositions du Code est plus ou moins forcée. Elle est dès lors l'œuvre du juge, qui joue avec la Convention tout en se jouant d'elle, important les prescriptions européennes pour rendre au Code son plein effet. C'est ainsi que le juge peut user de réserves d'interprétation pour faire une lecture appropriée de la disposition au regard de la Convention. De cette façon, il assure la survie de diverses règles qui peuvent apparaître comme inconventionnelles, mais dont la réécriture ne s'impose pas, eu égard aux positions de la Cour de Strasbourg. Ainsi en a-t-il été pour l'article 164 du décret du 25 janvier 1985 critiqué au regard de l'article 6. Était arguée comme incompatible avec les exigences du procès équitable la non communication du rapport du juge-commissaire aux dirigeants préalablement à l'audience où était engagée leur responsabilité dans le cadre d'une action en comblement du passif ou de RJ personnel. Violation du principe du contradictoire. Les juridictions du fond frappent fort ici et ont considéré que l'article 164 devait « être compris comme exigeant que le juge-commissaire dépose au greffe un rapport ; que le dirigeant soit avisé par le greffier qu'il peut prendre connaissance de ce rapport »³. Fort de cette lecture, l'article 164 répondait aux exigences de l'article 6 de la Convention⁴. Il a été réécrit depuis (art. 318 du décret du 28 décembre 2005 abrogé par le décret du 25 mars 2007). L'utilisation de cette technique permet à l'évidence au juge interne de conforter le Code, dont certaines dispositions sont pointées du doigt et peuvent être inquiétées.

II – La CEDH, source d'inquiétude pour le Code de commerce

¹ C.E.D.H., 10 février 1983, *Albert et Le Compte c/ Belgique*, série A, n° 58, § 35 ; 22 février 1984, *Sütter c/ Suisse*, série A, n° 74, §§ 27-28. Cass. com., 28 juin 2005, Bull. civ. IV, n° 137.

² Cass. com. 26 mai 1998, Bull. civ. IV, n° 168 ; D., 1998, IR, 162 ; D. Aff., 1998, p. 1093, obs. A. LIENARD ; Cass. com., 28 juin 2005, Bull. civ. IV, n° 137.

³ C.A. Versailles, 30 sept. 1999, D. 1999, AJ, 95 ; RJDA, 2000, n° 75.

⁴ C.A. Paris, 2 avr. 2002, BICC, 2003, n° 300.

Le Code peut effectivement être inquiété. Oeuvres législatives, les dispositions, que le Code abrite, attendent, dès l'instant où elles croisent le champ d'application de l'instrument européen, une conclusion juridictionnelle, laquelle peut réprover. Certaines de ses dispositions ont déjà été frappées de censure. D'autres, en équilibre précaire, n'ont pas eu de temps de l'être, le législateur, ayant souhaité anticiper les condamnations à venir. Le Code touché par endroits (A), retouché à d'autres (B) révèle l'inquiétude procurée par l'existence de la Convention.

A – Le Code touché

Le Code a été touché par endroits. Révolu semble le temps où « les juges ne sauraient corriger ou transformer les textes qui leur déplaisent (...) prendre le contre-pied des positions qu'adopte le législateur (...) ». Les juges n'hésitent plus à brandir la Convention et le droit qui en est issu pour atteindre le Code de commerce, rendre inopérantes les règles qui y sont contenues ou des pratiques issues de ces dispositions, lorsqu'elles sont suspectées d'attenter aux droits et libertés fondamentaux.

L'exploitation du droit né de la Convention permet aux juges de traquer au sein du Code les dispositions qui seraient en contradiction avec les droits garantis. L'article 6 constitue sans nul doute la ressource inépuisable¹. Il a été utilisé entre autre pour contrecarrer l'article 25 du décret du 27 décembre 1985, relatif à la notification des ordonnances du juge-commissaire statuant sur les revendications des propriétaires et notamment des crédit-bailleurs dont les biens sont aux mains du débiteur en liquidation car loués à celui-ci et autorisant la vente de ceux-ci, qui ne prévoyait de notification à destination des parties (des mandataires oui) de sorte que les propriétaires se voyaient priver de toute possibilité de contestation de l'ordonnance puisque le délai pour agir était bref, 8 jours à compter de la notification². L'article est fustigé. Il a été depuis réécrit (décret du 21 octobre 1994 et repris à l'article 6è du décret du 28 décembre 2005 abrogé).

Au-delà, les juges mobilisent aussi la Convention pour atteindre des pratiques reliées à des dispositions, lesquelles ne sont pas par elles-mêmes contraires à la Convention mais dont la lecture qui peut en être faite, par trop extensive, peut conduire à faire censurer ces dernières. Ainsi en est-il des pratiques qui consistaient pour l'ancienne Commission des opérations de bourse et le Conseil de la Concurrence à formuler des préjugements avant de prononcer des sanctions administratives (art. L. 464-1). Elles ont été condamnées par la Chambre commerciale³ dans deux arrêts, l'un du 18 juin 1996, pour violation de la présomption d'innocence, l'autre du 9 octobre 2001. Dans cette hypothèse, la condamnation prononcée est moins grave que dans la première situation dans la mesure où elle n'a pas de répercussion sur le droit existant. Les comportements en liaison avec les articles en cause sont sanctionnés mais les dispositions ne sont pas en elles-mêmes fustigées. Le retour à une lecture plus respectueuse de chacun des textes au regard de la Convention conduit à ce qu'aucune réforme législative ne soit

¹ V. A. GOURON-MAZEL, *La Cour de cassation face à la Convention européenne des droits de l'homme*, JCP, 1996, I, p. 3937.

² Cass. Com. 11 mars 1997, Bull. civ. IV, n° 68 ; D., 1997, IR, 87 ; D. Aff. 1997, p. 483 ; JCP, éd. E, 1997, I, 681, n° 6, obs. M. CABRILLAC.

³ A rapprocher la pratique du président du tribunal de commerce, saisi d'office, qui s'est établie dans le cadre des art. 8, 164 et 169 du décret du 27 décembre 1985 et qui consistait pour ce dernier à afficher son opinion quant aux mesures susceptibles d'être prononcées contre les dirigeants d'une entreprise soumise à une procédure collective avant même l'ouverture des débats. Par un arrêt du 3 novembre 1992, la Cour de cassation, faisant exclusivement référence à l'article 6 de la Convention, a remis en cause non le principe mais les modalités de la saisine d'office au motif de l'absence de neutralité des termes employés dans la citation à comparaître délivrée aux intéressés³. On perçoit sans peine derrière l'arrêt l'influence européenne et l'application de la théorie des apparences³, même si l'on sait que la Cour de Strasbourg répugne à condamner d'emblée la saisine d'office³. Le lien existant entre celle-ci et l'impartialité objective est facilement tissé et à raison, la saisine d'office, si elle n'est pas synonyme de partialité, faisant craindre objectivement celle-ci³.

entreprise pour rendre les dispositions compatibles avec l'instrument européen, celles-ci n'étant pas par nature contraires à celui-là. Le Code voit les dispositions pointées du doigt se maintenir. Mais la censure de la pratique borne les contours des dispositions et fixe les limites de la validité de celles-ci. Petites touches, qui peuvent appeler des retouches.

B – Le Code retouché

La retouche du Code, la réécriture de ses articles est sans doute la manifestation la plus aigue de l'atteinte à ses dispositions. Elle fait en général suite à une condamnation de ces dernières au regard du droit né de la Convention. Mais il arrive également qu'elle anticipe sur la condamnation à venir.

La retouche est le plus souvent suiviste. La main législative entérine les solutions jurisprudentielles énoncées en provenance des instances strasbourgeoises, qui empruntent en général le canal des juridictions internes. Sont touchées certaines dispositions du Code monétaire et financier, qui figurent au sein du Code de commerce¹. Une illustration est constituée par les articles 3 et 5 du décret du 23 mars 1990, réglant la procédure d'injonctions et de sanctions administratives prononcées par l'ancienne Commission des opérations de bourse (AMF). Etait critiqué entre autre à l'aune de l'article 6 de la Convention le manque de motivation de la sentence rendue par l'autorité. La Cour de cassation, réunie en Assemblée plénière, a conclu à la non-conformité de la procédure aux exigences de l'article 6². La suite est connue. Le législateur, a par, décret du 31 juillet 1997, suivi de la loi du 1^{er} août 2003, revu et corrigé le déroulement de la procédure devant la COB, qui a pris pour lors la dénomination d'Autorité des marchés financiers. L'article L. 621-15(IV) du Code monétaire et financier, réécrit, a répondu par l'exigence d'une motivation pour les sanctions prises par l'autorité. Ici plusieurs relais législatifs ont donc été nécessaires afin de répondre à l'appel venu de Strasbourg pour mettre la procédure en conformité avec le droit né de la Convention. Mais il arrive que le législateur, conscient de ce que des pans du Code ne peuvent échapper aux signaux récurrents en provenance des instances strasbourgeoises appelant à des réformes législatives, rompe la monotonie du parcours institué et les devance.

Anticipatrices, les modifications initiées se font plus rares. C'est ainsi que les articles L. 651-3, alinéa 1^{er}, relatif à l'action en comblement du passif et L. 653-7, qui envisage la faillite personnelle³.suppriment, aux fins de respect des règles du procès équitable, la référence à la saisine d'office du tribunal, cette possibilité donnée au tribunal en présence d'une procédure collective de s'auto-saisir afin de mettre à la charge du ou des dirigeant(s) ayant commis une faute de gestion ayant contribué à tout ou partie du passif ou de prononcer la faillite personnelle du dirigeant ayant détourné de l'actif ou retardé l'ouverture d'une procédure collective, ou fait disparaître des documents comptables de le condamner. Si cette suppression repose sur des considérations d'ordre pratique, à savoir que ce mode de saisine était très peu usité, l'élimination de cette possibilité est surtout liée à une volonté du législateur de préserver l'impartialité du juge. En effet, ce mode de saisine était critiqué par la doctrine au regard des exigences de l'article 6 de

¹ V. *infra* II/B.

² Cass. ass. pl., 5 fév. 1999, Bull. civ., n° 1 ; BICC, 15 avr. 1999, p. 3, concl. LAFORTUNE et rapp. METIVET ; D., 1999, somm. 249, BONGARCIN ; D. Aff., 1999, p. 410, obs. M.B. ; LPA, 10 fév. 1999, p. 3, note P. M. et p. 14, note DUCOULOUX-FAVARD ; Gaz. Pal., 1999, 1, p. 60, concl. LAFORTUNE, note DEGUELDRE, GRAMBLAT et HERBIERE ; JCP, éd. G., 1999, II, n° 10060, note MATSOPOULO ; Banque et droit, mars-avr. 1999, p. 3, obs. DE VAUPLANE ; JCP, éd. E, 1999, n° 22, p. 957, note GARAUD ; RTDCom., 1999, p. 467, obs. RONTCHEVSKY ; RDBancaire et bourse 1999, p. 33, obs. GERMAIN et FRISON-ROCHE.

³ L'article L. 653-7 correspond à l'ex-article L. 625-7.

la Convention européenne des droits de l'homme¹ et du droit né de cette Convention². Il était notamment sérieusement voué à la disparition depuis notamment la publication du rapport d'activité de la Cour de cassation pour l'année 2002, lequel en préconisait la suppression. C'est désormais chose faite³. Plus de crainte d'une quelconque inconvictionnalité de cette disposition, contrairement à l'article L. 462-5, dont la suspicion à l'égard de l'article 6 demeure⁴.

A travers ces différentes illustrations, il est donc possible de mesurer comment et combien le droit né de la Convention, ce « corps de droit venu d'ailleurs (...) », comme le disait le Doyen CARBONNIER, est parvenu peu à peu irriguer la matière commerciale, venant, selon les cas, abonder en faveur du Code ou le remettre en cause. On pourrait dès lors légitimement croire en l'inquiétante présence de la Convention. Il est vrai que le Code en sort parfois touché et retouché. Mais même dans cette dernière hypothèse, les traces laissées se dissipent car les dispositions critiquées s'effacent pour faire place à de nouvelles dispositions, améliorant, modernisant, en un enrichissant le Code. De ce point de vue, la Convention et le droit qu'elle produit, procurent une éternelle vitalité au Code, remplissant leur fonction première de source, féconde, « (...) qui continue (non seulement) à produire du droit »⁵ mais encore à le faire produire.

¹ Ce mode de saisine soulevait en effet le problème de l'impartialité du juge. Sur ce point, V. notamment J. L. VALLENS, *Droit de la faillite et droits de l'homme*, RTDCom., 1999, p. 989 ; Ph. ROUSSEL-GALLE, JCP, éd. E, 2005, 1512, n° 9 ; C. MASCALA, *Le comportement fautif du chef d'entreprise*, RJDA, mars 2005, p. 77.

² CEDH, 1^{er} octobre 1982, *Piersack c/Belgique*, série A, n° 53.

³ Le législateur français marche sur les traces de son homologue belge. J.-L. VALLENS, *La réforme des procédures collectives : du bon usage di droit comparé*, LPA, 18 septembre 1998, p. 14.

⁴ V. MENEURET, *Contrats conc. consom.*, 2002, chron., p. 1. L'observation vaut également pour l'article L. 652-1, dans sa rédaction issue de la loi du 26 juillet 2005, qui vient modifier les effets de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif. Si le tribunal conserve toute latitude dans le principe mais encore dans les modalités pour condamner les dirigeants visés, son pouvoir est désormais encadré puisque dans l'hypothèse du prononcé d'une responsabilité solidaire, obligation est faite aux juges de motiver leur décision. Cette initiative législative doit être saluée, en ce qu'elle participe d'une tendance générale de conférer au justiciable des garanties procédurales et permet de réduire le risque d'inconvictionnalité de la disposition à l'article 6 lorsque l'on sait à quel point la Cour de Strasbourg fait de la motivation des décisions juridictionnelles une composante du procès équitable.

⁵ *Ibidem*.

