

De l'influence du débat d'intérêt général sur la prévention des difficultés des entreprises

Franck Marmoz

► **To cite this version:**

Franck Marmoz. De l'influence du débat d'intérêt général sur la prévention des difficultés des entreprises. Revue Lamy Droit des Affaires, Wolters Kluwer France - Les Éditions Lamy, 2019. hal-02086742

HAL Id: hal-02086742

<https://hal-univ-lyon3.archives-ouvertes.fr/hal-02086742>

Submitted on 1 Apr 2019

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.

Xxxx - De l'influence du débat d'intérêt général sur la prévention des difficultés des entreprises

Franck MARMOZ

Maître de conférences HDR – Centre de Droit de l'Entreprise (ERLJ, EA 3707)

Directeur de l'IDEA

Doyen honoraire de la Faculté de droit

À n'en pas douter, le nom de Debtwire aura grandement contribué à enrichir les chroniques juridiques dans le domaine de la prévention des entreprises en difficultés. Le dernier arrêt en date du 13 février 2019, qui aura les honneurs d'une publication au Bulletin, marque la dernière étape d'une saga à rebondissements depuis la première décision de la cour d'appel de Versailles.

Cass. com., 13 févr. 2019, n° 17-18.049, P+B+I

Les faits de l'espèce sont assez simples. Un site d'information en ligne, accessible sur abonnement, du nom de Debtwire, publie des informations concernant l'ouverture d'une procédure de mandat ad hoc à l'encontre de groupe de sociétés Consolis, puis, par la suite, une série d'articles relatifs à l'évolution de la procédure. Les articles sont chiffrés, documentés, et les sociétés faisant l'objet du mandat ad hoc saisissent le juge des référés afin d'obtenir le retrait de l'ensemble des articles et l'interdiction de publier d'autres articles. Ces publications ne font pas obstacle à une conciliation intervenue en mars 2013. La cour d'appel de Versailles, dans une décision du 27 novembre 2013, refuse d'étendre l'obligation de confidentialité prévue à l'article L. 611-15 du code de commerce à un organe de presse et fait primer la liberté d'information. La décision est censurée par la Cour de cassation dans un premier arrêt en date du 15 décembre 2015¹. La Cour, après avoir usé de la méthode de la mise en balance des intérêts antagonistes², fait prévaloir la confidentialité des procédures de prévention des difficultés des entreprises. Elle retient que « *le caractère confidentiel des procédures de prévention des difficultés des entreprises, imposé par (l'article L ; 611-15 du code de commerce), pour protéger, notamment, les droits et libertés des entreprises recourant à ces procédures, fait obstacle à leur diffusion par voie de presse, à moins qu'elle ne contribue à la nécessité d'informer le public sur une question d'intérêt général* ». La Cour d'appel de Paris, Cour de renvoi, est donc amenée à rechercher si, en l'espèce, la divulgation des informations relève ou non d'un débat d'intérêt général. Par un arrêt en date du 20 avril 2017, la Cour d'appel accueille les demandes des sociétés placées sous procédures préventives et la décision fait l'objet d'un recours par la société éditrice du site devant la Cour de cassation qui rejette le pourvoi. Pour la Cour de cassation, la Cour d'appel a fait une juste application de l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en retenant que les informations publiées n'étaient pas « *de nature à nourrir un débat d'intérêt général* ».

¹ Cass. com., 15 déc. 2015, n° 14-11.500, Bull. civ. IV, n° 841, D. 2016, p. 5, A. Lienhard ; Rev. sociétés 2016, n° 193, obs. P. Roussel Galle ; RTD com. 2016, p. 191, obs. F. Macorig-Venier ; LEDEN janv. 2016, n° 1, p. 2, obs. P. Rubellin.

² Pierre-Yves Gauthier, Contre la « Balance des intérêts » : hiérarchie des droits fondamentaux, D. 2015, p. 2189.

Au terme de cette série de décisions³, on constate donc la réception par le droit des entreprises en difficulté de la notion de débat d'intérêt général comme exception à la confidentialité des procédures de prévention (I) et l'application à ce droit des critères du débat d'intérêt général (II).

I. – La réception par le droit des entreprises en difficulté de la notion de débat d'intérêt général

Le principe est celui de la confidentialité des procédures préventives qui prime sur la liberté d'expression telle que prévue à l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (A), mais la liberté d'expression reprend l'ascendant lorsqu'est en jeu un débat d'intérêt général (B).

A. – Le principe de la confidentialité des procédures préventives

La transparence semble être de prime abord la clef de voûte de l'économie de marché. Définie comme l'aptitude d'un corps à laisser passer la lumière, elle permet aux acteurs de prendre des décisions de manière éclairée : investir ou non dans l'entreprise, lui accorder du crédit ou non ; contracter ou non avec elle. Vertu cardinale du capitalisme libéral, elle semble parée de tous les atours et le législateur ne cesse de multiplier les dispositifs visant à accroître les informations sincères et exactes dont disposent les tiers sur l'entreprise. La publication des comptes annuels, la publication des privilèges, l'alerte des commissaires aux comptes et même, au fond, le registre des bénéficiaires effectifs participent à cette transparence⁴.

Pourtant, dès que l'entreprise rencontre des difficultés et mobilise les procédures de prévention que sont le mandat ad hoc et la conciliation, au moins avant l'homologation de l'accord de conciliation, règnent l'absence d'information, le silence, la confidentialité⁵. L'article L. 611-15 du code de commerce dispose « *toute personne qui est appelée à la procédure de conciliation ou à un mandat ad hoc ou qui, par ses fonctions en a connaissance est tenue à la confidentialité* ». Le champ d'application est large, il concerne naturellement le mandataire⁶ mais plus généralement toutes les parties à la négociation de sorte que, ne protégeant pas le seul intérêt des parties, elles ne devraient pas en avoir la libre disposition⁷. Au-delà des seules parties à la négociation, l'obligation de confidentialité a été étendue par la Cour de cassation à toute personne ayant eu connaissance des informations, y compris donc un organe de presse⁸. Seule exception, l'article L. 621-1, al. 6 du code de commerce dispose, lorsqu'un débiteur demande une procédure de sauvegarde après avoir bénéficié d'un mandat ad hoc ou d'une conciliation, « *Dans ce cas, le tribunal peut, d'office ou à la demande du Ministère public, obtenir communication des pièces et actes relatifs au mandat ad hoc ou à la conciliation nonobstant les dispositions de l'article L. 611-15 du code de commerce* »⁹. Par ailleurs, le droit boursier requiert l'information de l'Autorité des marchés financiers laquelle « *place l'information sous embargo* »¹⁰.

Ce paradoxe s'explique par les avantages que l'on s'accorde à reconnaître à la confidentialité. L'absence d'information alarmiste diffusée à des tiers est considérée comme une condition de réussite

³ Dans le même sens ; Affaire Conforma, LPA 12 mars 2018, n° 134, p. 3.

⁴ On constate cependant un recul prévisible de la transparence dans le projet de loi PACTE avec la réduction du domaine d'intervention des commissaires aux comptes.

⁵ G. Couturier, Droit des sociétés et droit des entreprises en difficulté, LDGJ, 2013, spéc. n° 191 et s.

⁶ Cass. com., 22 sept. 2015, n° 14-17.377, Bull. civ. IV, n 836, D. 2015, Actu. 1950.

⁷ CA Douai, 1^{er} oct. 2013, n° 12/06889.

⁸ Cass. com., 15 déc. 2015, n.14-11.500 préc.

⁹ T. com. Coutances, 10 janv. 2017, n° 2017/000017.

¹⁰ L. C. Henry, Préservation de la confidentialité des procédures préventives par une décision de non-lieu à renvoi, rev. sociétés 2018, p. 743.

du sauvetage de l'entreprise. Le risque de renchérissement du coût du crédit, la rupture des crédits et singulièrement du crédit-fournisseur, sont autant de risques que ferait courir la diffusion d'informations à ce moment de la vie de l'entreprise. Cette opinion est très largement majoritaire chez les praticiens¹¹ et dans la doctrine¹² même si des contre-arguments étayés et intéressants sont parfois déployés, notamment concernant les difficultés d'accès au marché secondaire de la dette¹³.

Le droit subjectif à la confidentialité est aujourd'hui largement renforcé par la transposition de la directive n° 2016/943/UE du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulguées contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites par la loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018. La définition de l'objet du secret des affaires donnée par l'article 151-1 du code de commerce est susceptible de couvrir les informations échangées à l'occasion des procédures de prévention¹⁴. Bien que fortement critiquée, notamment par les milieux professionnels du journalisme, la loi a franchi sans encombre la censure du Conseil constitutionnel.

La protection de la confidentialité des procédures de prévention ne sera pas davantage remise en cause par une recherche de l'éventuelle inconstitutionnalité des dispositions, la Cour de cassation ayant décidé d'un non-lieu à renvoi d'une question prioritaire de constitutionnalité soulevée à l'occasion du même contentieux¹⁵.

Le contexte législatif et constitutionnel est donc favorable à la confidentialité.

Cependant, cela ne signifie pas pour autant que le principe ne devrait pas céder dans une situation où les informations révélées contribueraient à un débat d'intérêt général (B).

B. – Un principe de confidentialité neutralisé par le débat d'intérêt général

Parce que la liberté d'expression est un droit fondamental reconnu par l'article 10 de la CEDH, la Cour européenne estime que la presse joue le rôle de « *chien de garde de la démocratie* »¹⁶. Il lui échut de communiquer les informations et des idées qui concernent les secteurs de l'intérêt public.

La liberté d'expression doit être un fondement qui, dans une société démocratique, permet l'expression et la circulation des idées. Encore fallait-il trouver le moyen d'articuler cette liberté, qui ne saurait être absolue, avec les autres droits subjectifs et libertés auxquels elle peut être confrontée. L'alinéa 2 de l'article 10 dispose d'ailleurs « *L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui,*

¹¹ H. Bourbouloux, Confidentialité et transparence réconciliées pour la prévention et le traitement des difficultés, BJE mai 2012-0087, p. 183.

¹² Not. P.M Le Corre, Droit et pratique des procédures collectives, D. 2018, spéc. n° 123-17.

¹³ S. Vermeille, Les effets pervers de la règle absolue de confidentialité applicable durant les procédures de prévention des difficultés, RTDF 2018, n° 4, p. 23.

¹⁴ En ce sens L. C. Henry, préc. et M. Laroche, Secret des affaires et entreprises en difficultés, JCP E n° 35, 1^{er} sept. 2016, 1458, n. 4.

¹⁵ Cass. com., 4 oct. 2018, n° 18-10.688, Rev sociétés préc., G. C. Giogini, La constitutionnalité de la confidentialité du mandat ad hoc et de la conciliation n'est pas sérieusement contestable, Gaz. Pal., 15 janv. 2019, p. 51.

¹⁶ CEDH, 26 nov. 1991, n° 13585/88, Observer et Guardian c/ Royaume-Uni, § 59, AJDA 1992, 15, Chron J.-F. Flauss.

pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire »¹⁷.

Le critère permettant de faire prévaloir la liberté d'information sur la confidentialité, qui ne figure pas dans les textes européens, ni dans les travaux préparatoires¹⁸, est la notion de débat d'intérêt général. Il est un critère purement prétorien qui irrigue toutes les branches du droit et dont les procédures de prévention des difficultés des entreprises ne sont qu'une illustration. C'est ainsi que la notion sert à combiner la protection de la vie privée et la liberté d'expression¹⁹ ou bien encore la diffamation et le droit du public à l'information²⁰. Apparu pour la première fois en 1979²¹, sa réception par le droit français est plus récente²². Dans les dernières décisions, la définition des informations entrant dans un débat d'intérêt général semble assez large, la Cour retenant qu'il s'agit de celles qui « *touchent le public dans une mesure telle qu'il peut légitimement s'y intéresser, qui éveillent son attention ou le préoccupent sensiblement, notamment parce qu'elles concernent le bien-être des citoyens ou la vie de la collectivité* »²³.

Sur ce fondement, il est possible de communiquer des informations même au prix d'une contravention avec des textes qui contraindraient à une confidentialité des informations. Par conséquent, l'article L. 611-15 du code de commerce, imposant la confidentialité des procédures de prévention, peut être écarté dès lors que les informations révélées seraient, comme le rappelle la Cour de cassation dans l'arrêt qui nous est donné à commenter, « *conforme à l'objectif légitime d'informer le public sur une question d'intérêt général* ». Le raisonnement de la Cour de cassation est en parfaite conformité avec la Cour européenne.

La réception par le droit français du critère de débat d'intérêt général, en matière de prévention des difficultés des entreprises, permet d'affirmer que la confidentialité des procédures préventives ne peut pas être qualifiée d'intangible.

L'articulation entre la notion de confidentialité et débat d'intérêt général admise, il faut encore se demander si, en matière de prévention des difficultés des entreprises, l'application des critères du débat d'intérêt général est susceptible d'être retenue (II).

II. – L'application au droit des entreprises en difficulté des critères du débat d'intérêt général

La Cour de cassation approuve la cour d'appel de Paris dans son appréciation des éléments conduisant rejeter la qualification des informations en cause. Le demandeur doit prouver que les informations divulguées sont concrètement de nature à nourrir un débat d'intérêt général. L'appréciation de la notion se réalise *in concreto*.

¹⁷ Pour un exemple en droit social ; Cass. soc., 5 mars 2008, n° 06-18.907, Bull. civ. V, n° 51.

¹⁸ C. Michalski, Liberté d'expression et débat d'intérêt général, AJ Pénal 2013, p. 19.

¹⁹ Cass. 1^e civ., 9 avr. 2015, n.14-14146, Bull. civ. I, n° 85, RTD civ. 2015, p. 583, J. Hauser, le débat d'intérêt général et la protection de la vie privée.

²⁰ F. Lyn, La réception du critère européen de débat d'intérêt général en droit français de la diffamation, D. 2018, p. 636.

²¹ CEDH, 26 avr. 1979, n° 6538/74, Sunday Times c/ Royaume-Uni.

²² C. Bigot, l'utilisation du critère de l'intérêt général en droit interne : éléments pour un bilan, Légipresse 2015, 31.

²³ CEDH, 10 nov. 2015, n° 40454/07, Couderc et Hachette Filipacchi Associés c/ France.

Faute de critères unanimement retenus²⁴ permettant de qualifier le débat d'intérêt général, un risque d'arbitraire n'est pas absent face à un concept imprévisible.

La Cour de cassation semble particulièrement sensible à deux critères qui se dégagent de sa décision, d'une part le public destinataire de l'information (A) et d'autre part, le type d'informations divulguées (B).

A. – Le public destinataire de l'information

On peut s'interroger sur le public destinataire de l'information. L'intérêt général suppose que l'information en cause dépasse un cercle d'initiés dont les seuls intérêts particuliers pourraient être concernés par l'information et les conséquences qu'elle peut présenter pour eux. En l'espèce, le public visé par l'information concerne les seuls abonnés au site d'information financière et des professionnels dont l'activité est susceptible d'être directement concernée par les informations concernant le débiteur placé sous mandat ad hoc. La Cour de cassation ne manque pas de relever ces indices. Nul doute qu'ils ont pesé lourd dans la balance de l'appréciation des intérêts concernés. En réalité, il convient d'établir une distinction quant au destinataire de l'information entre le public et les clients. Les informations délivrées par le site d'information l'étaient au seul bénéfice de ses clients excluant ainsi nécessairement la qualification de public. La solution aurait-elle été différente concernant les mêmes informations si la divulgation avait été le fait d'un média national, opérant gratuitement et dont l'auditoire comportait des personnes autres que les entreprises directement intéressées par l'information ?

Pourtant, en l'espèce, le demandeur a bien tenté, mais en vain, de se justifier en soulignant, qu'au regard de l'importance des sociétés en cause, l'impact géographique sur l'emploi pouvait être national. Pour qu'une information relative à un mandat ad hoc ou à une procédure de conciliation soit qualifiée d'intérêt général, est-il nécessaire que le public concerné par la question posée soit géographiquement apprécié à l'échelle nationale ? La réponse est négative. Le débat d'intérêt général peut concerner une zone géographique plus restreinte, par exemple une ville²⁵. Il n'est donc pas exclu que la divulgation d'informations concernant une entreprise d'importance locale soit justifiée par le fait de nourrir localement un débat d'intérêt général.

B. – Le type d'informations divulguées

On peut ensuite s'interroger quant aux informations divulguées et leurs qualités nécessaires. Il est important que les informations soient exactes et de nature à faire naître un débat, une polémique et éclairer le public. On sait en revanche qu'elles ne se confondent pas avec une question d'actualité et que la question n'est pas de savoir si les informations sont conformes à l'intérêt général ou encore si le but poursuivi par la publication est légitime. En l'espèce, la véracité des informations n'est pas remise en question, on peut se demander presque au contraire à la lecture des décisions si le caractère détaillé, chiffré n'a pas au contraire joué en défaveur du site d'information. Étaient-ce vraiment des informations qui concernaient, pour reprendre la terminologie retenue par la Cour européenne « *le bien-être des citoyens ou la vie de la collectivité* » ?

Ainsi, les informations révélées aux clients du site d'information étaient disqualifiées de la nature d'informations susceptibles de contribuer à un débat d'intérêt général, justifiant ainsi le maintien de la confidentialité des informations.

²⁴ L. François, Le débat d'intérêt général dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, *Légipresse* 2014, n° 339 et 403.

²⁵ CEDH, 9 juin 1998, n° 22678/93, *Incal c/ Turquie*, AJDA 1998, p. 984, Chron. J.-F. Flauss.

Au regard des critères dégagés pour qualifier l'information de contribution à un débat d'intérêt général, il faut conclure en exprimant un doute sur le fait que les éléments constitutifs puissent un jour être réunis. Reste à savoir si les sanctions de la violation de l'obligation de confidentialité sont suffisamment dissuasives, mais cela est un autre débat.