

DOSSIER

Sous la direction scientifique de

Françoise PÉROCHON

Professeur à la faculté de droit de Montpellier

Directeur scientifique du Bulletin Joly Entreprises en difficulté

ADMINISTRATEURS JUDICIAIRES ET MANDATAIRES JUDICIAIRES : ACTUALITÉS ^{115a4}

18^e Congrès annuel du CNAJMJ, la Colle-sur-Loup, les 15 et 16 juin 2017

B. BAUJET Avant-propos	p. 359
P. ROUSSEL GALLE Le financement de la restructuration : morceaux choisis	p. 360
J.-M. ROUX Les missions civiles en copropriété : l'actualité	p. 364
P. DUPICHOT Les AJMJ à l'heure des réformes	p. 368
C. GAILHBAUD Le plan de sauvegarde de l'emploi en procédure collective	p. 380
T. BOUVET, C. DÜR, J.-M. LATREILLE ET P.-M. LE CORRE L'intervention du juge-commissaire	p. 385

Avant-propos ^{115d0}

Bernard BAUJET

Président du CNAJMJ

Le 18^e Congrès annuel du Conseil national des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires (CNAJMJ) s'est tenu à la Colle-sur-Loup, les 15 et 16 juin derniers. Comme chaque année, cet événement réunit administrateurs et mandataires judiciaires, associés et collaborateurs, autour de thèmes d'actualité relatifs, d'une part, au droit de l'insolvabilité et de la restructuration et, d'autre part, aux nombreuses évolutions intéressant la profession. Et ce ne sont pas moins de 600 praticiens des procédures collectives qui ont pu échanger autour de ces questions, faisant de ces rencontres un événement majeur rayonnant bien au-delà des frontières des seules professions d'AJMJ. À l'heure où l'interprofessionnalité gagne du terrain, il faut se féliciter que les AJMJ embrassent, plus que jamais, la qualité d'experts du droit de l'insolvabilité et de la restructuration, attachés à la perfection de la formation grâce au Centre de formation permanente des AJMJ des 336-340 rue Saint Honoré (Paris 1^{er}) et à la diffusion de leurs com-

pétences par la mise en ligne des supports et vidéos des ateliers de la Colle-sur-Loup¹.

À l'instar de l'an passé, la coordination scientifique en a été confiée à Françoise Pérochon, professeur à la faculté de droit de l'université de Montpellier, directrice scientifique du *Bulletin Joly Entreprises en difficulté*, et à Pascal Rubellin, maître de conférences à la faculté de droit et sciences sociales de l'université de Poitiers. Et c'est sous leur direction éclairée que les thèmes des sept ateliers ont été arrêtés, dont cinq sont publiés dans ce dossier (outre ces derniers, se sont ainsi tenus les deux ateliers suivants : « Sécurité juridique, nouveaux outils et Tracfin » ; « Actualité jurisprudentielle et actions en responsabilité »).

Le lecteur de ce dossier du *Bulletin Joly Entreprises en difficulté* ne pourra que se convaincre de la richesse des réflexions échangées entre praticiens et universitaires à l'occasion des cinq ateliers suivants :

– sous la présidence de Lionel Corre, secrétaire général du Comité interministériel de restructuration

¹ <http://congres.cnajmj.fr>.

industrielle (CIRI), une première table ronde a été consacrée à la question essentielle du *financement de la restructuration* au cours de laquelle Gaël Couturier, administrateur judiciaire, François Legrand, mandataire judiciaire, Guilhem Brémond, avocat au sein du cabinet Bremond et Associés, et Philippe Roussel-Galle, professeur à l'université Paris V Descartes, ont échangé d'éclairantes réflexions ;

– un atelier animé par Jean-Marc Roux, maître de conférences à l'université d'Aix-Marseille, et Florence Tulier-Polge, administrateur judiciaire, a, quant à lui, abordé la riche actualité des *missions civiles* résultant de la loi n° 2017-86, du 27 janvier 2017, relative à l'égalité et à la citoyenneté qui modifia celle du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis mais aussi dressé un premier bilan d'application de la loi *Alur* ;

– l'actualité de la profession d'AJMJ a été scrutée de façon approfondie sous la présidence de la direction des affaires civiles et du sceau en la personne d'Alexandre Pelier-Tétreau, chef du bureau du droit de l'économie des entreprises, par Philippe Dupichot, professeur à l'École de droit de la Sorbonne, membre du conseil scientifique de Gide, Emmanuel Piwnica, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, cabinet Piwnica et Molinie, Marc Sénéchal, manda-

taire judiciaire, et Jérôme Cabooter, administrateur judiciaire ; il en est naturellement ressorti que l'entrée en vigueur du dispositif relatif aux Master *ALED*, la réforme des tarifs et l'institution de sociétés pluriprofessionnelles avaient profondément influencé tant l'accès que l'exercice de nos professions ;

– Béatrice Veyssière, responsable du service juridique de la direction nationale délégation Unédic-AGS, Christine Gailhbaud, maître de conférences à l'université de Nice Sophia Antipolis, Philippe Jeannerot, administrateur judiciaire, Lucile Jouve, mandataire judiciaire, ont consacré de fines analyses au droit social des procédures collectives et, plus particulièrement, au PSE et à la prévention des contentieux administratif ou judiciaire dont il peut être l'objet ;

– enfin, une stimulante table ronde a permis une analyse transverse du livre VI du Code de commerce à travers le prisme des *attributions du juge-commissaire*, véritable chef d'orchestre des procédures collectives, et ce sous la présidence de Pierre-Michel Le Corre, professeur à la faculté de droit de Nice, Jean-Marc Latreille, juge-commissaire au tribunal de commerce de Marseille, Thierry Bouvet, mandataire judiciaire, et Cécile Dür, administrateur judiciaire.

De tout ceci et de bien plus encore, je vous souhaite une excellente lecture.

Le financement de la restructuration : morceaux choisis ^{115b0}

Philippe ROUSSEL GALLE

Professeur à l'université de Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité

Membre du CEDAG

La question du financement de la restructuration de l'entreprise est une question permanente, mais les réponses apportées ont beaucoup évolué ces dernières années. Si les créanciers sont toujours sollicités, les parties prenantes et notamment les actionnaires le sont aussi, ou à tout le moins, sont associés à cette restructuration tandis que l'État, à travers notamment le CIRI, intervient plus activement que jamais. Les techniques elles aussi, sont en évolution permanente. Autant de raisons qui justifient cet atelier et expliquent sa richesse qui a commandé de ne reprendre ici que certains points essentiels, atelier auquel ont participé Lionel Corre, secrétaire général du CIRI, Gaël Couturier, administrateur judiciaire, François Legrand, mandataire judiciaire, Guilhem Brémond, avocat, Philippe Roussel Galle, professeur à l'université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité.

La question du financement de la restructuration est une question centrale s'agissant du traitement des difficultés des entreprises. Une partie non négligeable des textes du livre VI du Code de commerce a d'ailleurs comme objectif ou à tout le moins, comme effet, de favoriser le financement de la restructuration. Les actions en reconstitution de l'actif même si elles donnent souvent des résultats trop tardifs, ou plus simplement l'arrêt des poursuites

des créanciers ou du cours des intérêts participent de cet objectif.

Plus encore, ce sont bien sûr les délais de paiement ou encore, les abandons de créances, qu'ils soient amiables ou judiciaires qui vont souvent constituer un levier essentiel quand il n'est pas le seul, pour financer le sauvetage de l'entreprise. La question est souvent abordée sous l'angle des créanciers, et elle l'a d'ailleurs été assez régulièrement dans des ateliers à la Colle-sur-

Loup, tout particulièrement à propos des dernières réformes. Sans revenir sur cette approche mais sans l'exclure pour autant, il a été décidé de focaliser les débats cette année sur les autres acteurs. La richesse des développements et des échanges nous a conduit à ne reprendre dans ce compte-rendu que certains d'entre eux, qui nous ont paru particulièrement intéressants.

I - Des actionnaires de plus en plus sollicités et de plus en plus variés

Concernant tout d'abord les actionnaires, on sait que les dernières réformes ont tenté de les inciter de diverses manières à participer à la restructuration de l'entreprise. Outre la possibilité de les contraindre à céder leurs actions en redressement judiciaire, possibilité dont la mise en œuvre reste très difficile, ils sont désormais contraints de libérer leurs apports dès l'ouverture de la procédure collective, s'ils ne l'avaient pas encore fait. Bref, peu à peu, l'actionnaire est considéré par le législateur comme un acteur du sauvetage de l'entreprise. Mais indépendamment des techniques juridiques, qui devraient d'ailleurs encore évoluer au regard du projet de directive diffusé par la Commission européenne le 22 novembre 2016 et en cours de discussion, l'accent peut être mis sur la diversité des actionnaires, diversité qui induit une diversité des comportements. Il est évident que l'attitude d'un actionnariat familial est fondamentalement différente de celle d'un fonds d'investissement.

Sans prétendre à l'exhaustivité, on peut distinguer parmi les actionnaires, les sociétés cotées ou encore les groupes industriels. Mais l'actionnariat peut aussi être familial ; il est alors constitué par les membres d'une même famille, parfois depuis plusieurs générations qui, souvent regroupés dans une holding commune, voire dans une fondation, exercent une influence sur le management. On rencontre également des investisseurs institutionnels, banques, compagnies d'assurance, fonds de pensions, fonds commun de placement ou Sicav. Généralement ces actionnaires ne détiennent individuellement que des participations très minoritaires (moins de 10 %) dans des entreprises cotées. Les États et les fonds souverains comptent aussi parmi les détenteurs de capital. L'actionnariat salarié même s'il se développe, ne détient souvent qu'une faible proportion du capital. On peut également citer les Business angels (principalement dans les start-ups) qui sont souvent des anciens dirigeants et actionnaires d'entreprises qui investissent quelques dizaines ou centaines de milliers d'euros. Ils apportent également leurs conseils à l'entrepreneur et mettent leur carnet d'adresses à sa disposition.

À côté des actionnaires, on trouve les fonds d'investissement qui ne doivent pas être confondus avec les sociétés d'investissement. Dans les sociétés d'investissement, ce n'est pas l'argent de tiers qui est investi par une équipe de gestion mais directement l'argent des propres actionnaires. Le fonds d'investissement comporte quant à lui, une équipe de gestion qui collecte de l'argent auprès de clients, appelés souscripteurs, pour ensuite les investir dans des sociétés. La situation se complique encore du fait qu'il existe une multitude de types différents de fonds d'investissement, fonds investissant dans des sociétés cotées, *hedge funds* qui investissent sur la dette ; fonds en *private equity* qui ont pour objectif d'investir en capital dans des sociétés non cotées qu'ils ont sélectionnées selon certains critères ; fonds de capital-risque qui financent des entreprises jeunes qui n'ont pas encore accès aux marchés financiers et pour lesquelles le financement par endettement n'est pas approprié ; fonds de capital développement qui par leur investissement, deviennent actionnaires d'entreprises en forte croissance ayant des besoins de financement élevés ; fonds de LBO (ou de capital transmission) qui investissent principalement dans des entreprises cédées par un groupe qui se recentre, par une famille où se pose un problème de succession, par un autre fonds qui veut réaliser sa plus-value, ou pour aider la croissance externe d'un acteur dynamique dans un secteur en concentration. Les fonds LBO ont une préférence très nette pour disposer du contrôle exclusif sur la société compte tenu du risque important pris à travers l'effet de levier. On peut également citer les fonds de retournement qui interviennent dans des entreprises en crise pour les aider à redresser la situation, mais ils restent peu nombreux.

Pour en revenir aux fonds de dettes qui nous intéressent tout particulièrement, ce sont des CLO / CDO ou des *hedge funds*. Ils investissent dans de la dette en rachetant à prix décoté, la créance qu'un fonds ou une banque détient sur une société, le plus souvent insolvable. Il s'agit généralement de sociétés basées à Londres. On parle de *marché secondaire* car le rachat de la dette par le fonds n'entraîne aucune rentrée d'argent pour la société. C'est simplement la dette qui « change de main ». Les fonds de dettes existent depuis déjà une vingtaine d'années aux États-Unis, où ils ont prospéré avec les faillites retentissantes du courtier en énergie Enron (en 2001) et de l'opérateur de télécommunications WorldCom (en 2002). Les banques souhaitant de moins en moins conserver leurs créances les plus risquées ont favorisé le développement de ces fonds, évitant ainsi de provisionner dans leurs comptes les créances de sociétés qui risquent de faire défaut. Elles préfèrent les revendre

sur le marché de la dette bancaire, où des enchères sont organisées. En France, ces fonds sont apparus à la fin des années 2000 pour profiter de la vague de restructurations consécutives aux excès d'endettement des entreprises à la fin de la décennie précédente. Parfois, en complément du rachat de dettes, les *hedge funds* investissent dans les sociétés concernées, mais ce n'est pas systématique. Il n'existe pas de données officielles sur ces fonds et leur activité. Ils travaillent sur un marché de gré à gré, non organisé, où les prix des actifs ne sont pas publics. Ils préfèrent aussi rester dans l'ombre pour négocier au mieux leurs intérêts lors des restructurations. Les acteurs les plus souvent cités dans les opérations de restructuration sont d'origine anglo-saxonne.

Certes, bien souvent la structure de capital de l'entreprise est très simple et peu d'entreprises en retournement sont susceptibles de constituer une cible pour les fonds précités. Mais la connaissance de la diversité de ces actionnaires, dont les objectifs sont parfois fondamentalement différents, est essentielle pour mieux appréhender leur attitude et donc solliciter leur participation au financement de la restructuration.

II - Les créanciers publics et le financement de la restructuration

Depuis la loi de sauvegarde de 2005, les créanciers publics sont « presque » des créanciers comme les autres, puisqu'ils peuvent désormais accorder non seulement des délais de paiement mais aussi des remises de dettes. Nous ne reviendrons pas ici sur les règles régissant cette question et nous nous limiterons à rappeler qu'elles restent assez strictes pour éviter de tomber sous le coup des aides d'État. Même si le poids des habitudes a parfois freiné cette évolution, il a été constaté que dans l'ensemble la situation avait beaucoup évolué et que les créanciers publics, à l'instar des créanciers privés, participent aujourd'hui pleinement au financement de la restructuration.

Mais l'intervention des créanciers publics ne se limite pas à accorder des délais de paiement. L'État lui-même s'intéresse et s'investit de plus en plus dans le sauvetage des entreprises. La situation n'est pas nouvelle, le Comité interministériel de restructuration industrielle (CIRI) par exemple, fêtait cette année ses 35 ans, et nous avons tous en tête l'institution des commissaires au redressement productif, certes plus récente mais incontestablement utile, ou encore les CODEFI et les CCSF. Dans tous les cas, il s'agit d'aider, d'appuyer une entreprise qui connaît des difficultés, notamment en coordonnant les services de l'État. Pour prendre l'exemple du CIRI, qui a vocation à connaître des entreprises employant plus de 400 salariés, ce dernier intervient à la demande du chef d'entreprise et

de manière confidentielle, le plus souvent en phase amiable ou même avant la désignation d'un mandataire ad hoc ou d'un conciliateur.

Dans le cadre d'une négociation, l'intervention du CIRI va favoriser l'élaboration d'un consensus des parties-prenantes à même de financer la restructuration. Sans parler des hypothèses très exceptionnelles dans lesquelles l'État participe à ce financement, notamment grâce aux prêts du Fonds de développement économique et social (FDES), le CIRI aide à crédibiliser un plan. Il peut aussi aider à trouver de nouveaux partenaires qui vont participer à la restructuration. Ainsi, en 2016, le CIRI est intervenu sur 42 dossiers d'entreprises, représentant plus de 90 000 emplois. Et selon son rapport annuel, son taux de succès, mesuré sur les dossiers ayant connu une issue positive, est particulièrement élevé ces dernières années, soit plus de 90% en 2015 et 2016, ce qui représente plus de 55 000 emplois préservés. Mais quoi qu'il en soit et c'est là un lieu commun à toutes les thérapies, plus son intervention est précoce, plus les chances de réussite sont grandes, d'où l'importance pour les conseils de l'entreprise d'éclairer le dirigeant sur cette possibilité.

III - De la vente des actifs à la fiducie

Parmi les procédés traditionnels qui peuvent permettre de financer la restructuration dans le cadre d'une procédure collective, on compte bien sûr la réalisation des actifs. Elle n'a évidemment vocation à intervenir en période d'observation que de manière marginale puisque ce n'est pas la finalité de cette période. Et il ne faut surtout pas qu'elle aboutisse à restreindre le gage des créanciers pour maintenir sous perfusion une entreprise qui n'a aucune chance d'être redressée. Exception faites des ventes courantes qui entrent dans l'activité normale de l'entreprise, les autres réalisations constituent des actes de disposition étrangers à la gestion courante visés par l'article L. 622-7, II du Code de commerce nécessitant une autorisation du juge-commissaire. *A priori*, tout type de bien peut être vendu durant la période d'observation. Le texte se limite en effet à viser les actes de disposition étrangers à la gestion courante de l'entreprise. En outre, s'il s'agit d'un entrepreneur individuel, on pourrait même imaginer la vente d'un bien non professionnel.

En réalité, la seule limite tient à l'utilité du bien pour l'activité de l'entreprise, et l'ordonnance du 12 mars 2014 est d'ailleurs venue consacrer cette approche puisque depuis lors, l'avis du ministère public est requis lorsque l'acte est susceptible d'avoir une incidence déterminante sur l'issue de la procédure. La formule peut paraître un peu générale mais en vérité elle est assez expressive. Il s'agit tout simplement d'éviter

la vente d'un bien qui rendrait impossible l'adoption du plan. L'exemple le plus topique est la vente du fonds du commerce. À noter que l'autorisation du juge-commissaire doit intervenir avant la vente et non après.

Quant aux fonds, dès lors que les biens vendus ne sont pas grevés de sûretés, ils reviennent à l'entreprise et constituent donc pour elle de la trésorerie, étant rappelé qu'ils pourraient être appréhendés par les créanciers postérieurs impayés, sauf à être déposés à la Caisse des dépôts. Si la vente concerne un bien grevé d'une sûreté, c'est alors l'article L. 622-28 qui doit recevoir application, puisqu'il vise la vente d'un bien grevé d'un privilège spécial, d'un nantissement, ou d'une hypothèque. Bien évidemment, l'autorisation du juge-commissaire sera là aussi nécessaire mais la quote-part du prix correspondant à la créance garantie est versée en compte à la Caisse des dépôts et consignations. *A contrario*, l'excédent est remis à l'entreprise et elle peut donc en disposer. Reste qu'en pratique, il sera parfois difficile de déterminer avec certitude le montant de cette quote-part. Là encore sans entrer dans les détails, cette technique peut donc, dans certains cas, participer du financement de la restructuration, mais rappelons-le, elle doit être utilisée avec précaution et à bon escient. À défaut, elle risque d'aboutir au maintien d'une entreprise moribonde tout en réduisant le gage des créanciers.

Parmi les techniques beaucoup plus novatrices, le recours à la fiducie se développe dans les dossiers de restructuration. La fiducie sûreté comme d'ailleurs la fiducie gestion, introduite en droit français en 2007, n'a pas — encore ? — donné les résultats escomptés et ne semblent pas s'être développée sans que l'on sache d'ailleurs s'il faut le regretter ou s'en réjouir. En effet, sous l'angle du droit des entreprises en difficulté, son développement risque de perturber considérablement la situation en liquidation judiciaire en réduisant encore les actifs qui peuvent être réalisés et donc les chances de paiement des autres créanciers, et notamment de l'AGS. Elle a pourtant trouvé un terrain d'élection inattendu dans le cadre des restructurations. Il faut dire que la fiducie sûreté confère à son bénéficiaire, une garantie d'une efficacité quasi-absolue en liquidation judiciaire. Pour faire simple, elle lui permet en effet d'échapper à la loi du concours. Elle peut donc permettre de donner en garantie certains biens à des créanciers qui acceptent en contrepartie de participer à la restructuration de l'entreprise. Reste que son coût est sans doute l'un des freins à son utilisation, en droit des entreprises en difficulté mais aussi sans doute en droit commun.

IV - ... quelques idées pour l'avenir

Deux idées peuvent ici être évoquées.

La première n'est pas vraiment nouvelle puisqu'elle intéresse le crédit-bail. Le crédit-bailleur bénéficie en effet d'un traitement particulièrement favorable dans le cadre d'une procédure collective, malgré les quelques modifications intervenues lors des dernières réformes. Ses créances postérieures sont payées à l'échéance, et pour l'essentiel, ses créances antérieures doivent lui être payées pour lever l'option. Il pourrait donc, selon certains, être envisagé de réduire un peu ces avantages en assimilant, comme c'est le cas pour le prêteur, ses créances postérieures à des créances antérieures. Une telle modification aurait bien sûr un effet très bénéfique pour le financement de la période d'observation, ce d'autant que dans les PME, le crédit-bail est considérablement développé. Elle participerait également d'un retour à une certaine forme d'égalité entre les créanciers ; de prime abord, on voit mal pourquoi un prêteur verrait toutes ses créances qualifiées d'antérieures, alors que ce n'est pas le cas pour un crédit-bailleur.

Mais d'un autre côté, l'importance du crédit-bail dans le financement des entreprises, commande d'agir avec la plus grande précaution pour éviter de renchérir le coût de ce type de contrat et donc le coût du crédit, voire limiter le recours au crédit. En définitive, cette question mériterait sans doute d'être posée dans une approche plus vaste, en prenant en compte la situation des créanciers titulaires de sûretés réelles durant la période d'observation. Force est en effet de constater que les dérogations à l'interdiction des paiements des créances antérieures sont de plus en plus nombreuses, réduisant d'autant le principe d'égalité des créanciers mais aussi et surtout rendant le financement de la restructuration en procédure collective plus difficile. En définitive, il s'agirait de restaurer pleinement le principe d'arrêt des poursuites des créanciers antérieurs au moins pendant la période d'observation. Mais alors, peut-être faudrait-il en réduire la durée, ou limiter la durée de l'interdiction des paiements de toutes les créances antérieures mais aussi du crédit-bailleur. Bref, la proposition mérite réflexion, le mieux étant souvent l'ennemi du bien !

La seconde idée intéresse le privilège de *new money* qui, on le sait, assure à son bénéficiaire une situation beaucoup plus intéressante depuis l'ordonnance de 2014 puisqu'il échappe aux rigueurs du plan de continuation. Il ne fait aucun doute que cette technique peut participer au financement de la restructuration, mais uniquement en conciliation. En revanche, il a été proposé par l'ARE d'instaurer un privilège similaire dans le cadre de l'adoption d'un plan. Bien évi-

demment, ce privilège serait encadré comme c'est le cas actuellement, et soumis à homologation du tribunal. Sous ces conditions, cette innovation pourrait sans doute, au moins dans certains cas, aider au sauvetage de l'entreprise. Elle existe d'ailleurs dans certains droits étrangers et notamment dans l'OHADA. Et aussi bien, même en droit français, elle s'apparente au dispositif prévu par l'article L. 622-17, III, 2° du Code de commerce. Ce texte permet en effet d'octroyer un rang plus favorable aux prêts accordés

durant la période d'observation, et aux délais de paiement acceptés dans ce cadre par les cocontractants. La proposition précitée permettrait d'aller bien au-delà. Il est même proposé qu'un tel privilège puisse bénéficier à des apporteurs d'argent frais pendant les deux premières années du plan, là encore sous des conditions assez strictes et notamment avec l'homologation du tribunal.

Bref, le financement de la restructuration mérite encore bien des réflexions !

Les missions civiles en copropriété : l'actualité

115b5

Jean-Marc Roux

Maître de conférences à Aix-Marseille université

Jean-Marc Roux, maître de conférences à l'Université d'Aix-Marseille, et coordinateur de l'atelier, présente la synthèse des travaux de l'atelier sur le thème des missions civiles, composé également de M^e Florence Tulier-Polge, administrateur judiciaire.

La loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové (*Alur*) a été accueillie plutôt favorablement par les praticiens dans sa partie consacrée aux copropriétés en difficulté. En effet, les nouvelles procédures visant à prévenir ou endiguer les difficultés éprouvées par certains syndicats de copropriétaires ont été directement inspirées des mécanismes à destination des entreprises figurant dans le Code de commerce¹. Leur efficacité, leur pertinence et l'expérience acquise par les administrateurs judiciaires en matière commerciale ont été autant de facteurs permettant, aujourd'hui, de les transposer avec succès au monde de la copropriété des immeubles bâtis.

Depuis l'entrée en vigueur du nouveau statut des copropriétés dites en difficulté, de nombreux immeubles ont pu bénéficier des apports de la loi *Alur*. Cela a été l'occasion de mettre en lumière des incertitudes sur l'interprétation à donner à certaines dispositions, mais aussi de constater quelques lacunes, ce qui était inévitable eu égard à l'ampleur de la réforme. Le législateur s'est donc attaché à gommer les quelques imperfections en ce domaine par la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté (I).

Par ailleurs, l'occasion nous est donnée d'exposer les solutions les plus récentes retenues par les juridictions confrontées à l'application des nouvelles procédures (II).

I. Les modifications opérées par la loi *Égalité-citoyenneté*

S'agissant du droit des copropriétés en difficulté, la loi du 27 janvier 2017 a eu principalement pour objectif le pragmatisme. Elle s'est donc attachée à résoudre des problématiques concrètes auxquelles se heurtaient les administrateurs provisoires désignés en application des articles 29-1, A, et suivants et 29-1 et suivants de la loi du 10 juillet 1965.

A. Une extension de l'information des autorités publiques

Le déclenchement de la procédure d'alerte est dévolu, en principe, au syndic. En vertu de l'article 29-1, A, de la loi de 1965, il lui appartient de saisir le président du tribunal de grande instance (TGI) d'une requête visant à désigner un mandataire *ad hoc* lorsqu'à la clôture des comptes, les impayés atteignent un certain pourcentage des sommes exigibles au titre du budget prévisionnel et des sommes hors budget prévisionnel².

Or, initialement, le représentant de l'État dans le département, le maire de la commune où est implanté l'immeuble et le président de l'organe délibérant de l'établissement public de coopération intercommunale compétent en matière d'habitat (EPCI) étaient informés de la saisine du juge visant à la désignation d'un mandataire *ad hoc*, uniquement lorsque des copropriétaires représentant ensemble au moins 15 %

1 Roux J.-M., « Le droit des copropriétés en difficulté : constats et évolutions », BJE sept 2013, n° 110k4, p. 336.

2 Roux J.-M., *Prévenir et redresser les copropriétés en difficulté*, 2016, Edilaix, Point de droit, p. 29 et s., n° 60 et s.

des voix du syndicat ou un créancier en étaient à l'origine.

Désormais, l'article 29-1-A, alinéa 3, précise que le préfet, le maire et le président de l'EPCI seront informés de la demande émanant du syndic. Cette extension se situe dans le droit fil du mouvement impulsé par la loi *Alur* visant à associer davantage les autorités publiques afin qu'elles puissent participer au plus tôt à l'opération de sauvegarde du syndicat concerné.

B. Une interdiction de gestion du syndicat redressé

Depuis l'intervention de la loi *Alur*, le principe est posé : le président du tribunal de grande instance désigne un administrateur judiciaire inscrit sur la liste des administrateurs mentionnée à l'article L. 811-2 du Code de commerce afin d'exercer les fonctions d'administrateur provisoire (L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 29-1-III, al. 1^{er}). Il est cependant envisageable que le juge désigne en tant qu'administrateur provisoire une personne, physique ou morale, justifiant d'une expérience ou d'une qualification particulière au regard de la nature de l'affaire et remplissant certaines conditions (L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 29-1-III, al. 2).

À ce dernier titre, le législateur a souhaité prévenir tout conflit d'intérêts et assurer la totale indépendance de celui à qui est confié le redressement d'un syndicat de copropriétaires. Dans cette optique, l'article 29-1, V, nouveau, de la loi de 1965 dispose que l'administrateur provisoire ne peut, dans un délai de 5 ans à compter de l'issue de sa mission, être désigné syndic de la copropriété. Cela fait obstacle à ce qu'un syndic dit « de redressement » qui a été désigné en application de l'article 29-1 puisse être élu en assemblée générale de copropriétaires en qualité de syndic une fois son mandat judiciaire achevé, dans les 5 années qui suivront.

C. Une autorisation d'effectuer des avances de trésorerie

L'équilibre financier gravement compromis du syndicat est l'une des situations qui justifie le recours à la procédure de l'article 29-1³. Il en découle très fréquemment un déficit de trésorerie qui empêche l'administrateur provisoire de faire face au paiement des frais de publication judiciaire qui entrent dans le cadre de sa mission. À titre d'exemple, il est prévu qu'un avis de l'ordonnance de sa désignation soit adressé par l'administrateur provisoire pour insertion au *Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales* (BODACC). Le même avis est aussi publié dans un

journal d'annonces légales du département du lieu de situation de l'immeuble (D. n° 67-223, 17 mars 1967, art. 62-17, al. 2). La loi du 10 juillet 1965 dispose également que l'administrateur provisoire procède à des mesures de publicité afin de permettre aux créanciers de produire les éléments nécessaires à l'évaluation du montant de leurs créances (L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 29-4, I). Autant de mesures qui ne peuvent être mises en œuvre que si l'on dispose d'un minimum de ressources.

Dans cette optique, l'article 18-II, dernier alinéa, de la loi du 10 juillet 1965 prévoit que si le syndic de copropriété ne peut avancer de fonds au syndicat des copropriétaires, il n'en va pas de même pour l'administrateur provisoire désigné en application des articles 29-1 et 29-11 – cette dernière disposition concerne l'administrateur intervenant dans le cadre d'une administration provisoire dite renforcée.

Une question demeure cependant en suspens. Alors que la modification introduite par la loi du 27 janvier 2017 va incontestablement dans le sens d'une amélioration des conditions dans lesquelles s'exerce la mission de l'administrateur provisoire, elle n'est pas limitée aux seuls frais de publicité. *Quid* alors des situations qui impliquent une réaction rapide du gestionnaire de l'immeuble (travaux urgents, absence d'assurance couvrant les parties communes) ? Est-ce que l'administrateur provisoire peut – voire doit – faire des avances de fonds au profit du syndicat ? Quels risques encourt-il s'il n'y a pas recours ? Ces questions restent en suspens.

D. L'instauration d'un relevé de forclusion

L'une des critiques adressées à la loi *Alur* se situait au plan constitutionnel, en ce sens qu'elle ne garantissait pas suffisamment, aux yeux de certains, les droits des créanciers. En effet, le régime des copropriétés en difficulté ne prévoyait aucun relevé de forclusion comparable à celui figurant à l'article L. 622-26 du Code de commerce.

Afin de pallier cet oubli, une procédure de relevé de forclusion a été introduite dans la loi de 1965. Dorénavant, dans un délai et selon des modalités fixées par décret en Conseil d'État, une action en relevé de forclusion pourra être exercée par un créancier qui établit que sa défaillance n'est pas due à son fait (L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 29-4, III, al. 2, nouv.).

E. L'extension de l'arrêt des poursuites individuelles

Au-delà de la suspension de l'exigibilité des créances ayant leur origine antérieurement à l'ordonnance de

³ *Ibid.*, p. 63 et s., n° 191 et s.

désignation, la décision qui instaure une administration provisoire interrompt ou interdit toute action en justice de la part de tous les créanciers dont la créance a son origine antérieurement à cette décision (sous certaines conditions), ainsi que toute procédure d'exécution de la part de ces créanciers et toute procédure de distribution n'ayant pas produit un effet attributif avant cette décision, pour une période de 12 mois, pouvant aller jusqu'à 30 mois en cas de demande de prorogation (L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 29-3).

Or, l'article 29-5, III, disposait que la notification de l'ordonnance ou du jugement homologuant le plan d'apurement entraînait, tant que le plan d'apurement était respecté, le maintien de la suspension de l'exigibilité des créances prévue aux I et II de l'article 29-3. L'interprète du texte s'interrogeait en ces termes : l'ordonnance ou le jugement n'avait-il aucun effet sur les mesures d'interdiction des actions et procédures antérieures ? L'ancienne rédaction semblait restreindre l'effet de la décision judiciaire aux seules mesures de suspension de l'exigibilité des créances, et la question se posait donc d'un retour à la possibilité d'agir envers le syndic malgré la décision homologuant le plan d'apurement. La rédaction actuelle permet de consacrer le maintien des mesures d'interruption et d'interdiction des actions en justice, en accord avec la *ratio legis*.

C'est ce que confirme la loi du 27 janvier 2017 lorsqu'elle modifie l'article 29-5, II, en ces termes : « La notification de l'ordonnance ou du jugement entraîne, tant que le plan d'apurement est respecté, le maintien des suspensions et interdictions prévues aux I et II de l'article 29-3 ».

F. Une rectification lexicale

En vertu des dispositions de la loi *Alur*, les actions en justice et les voies d'exécution autres que celles suspendues, interdites ou arrêtées dans les conditions prévues par la loi sont poursuivies à l'encontre du syndic des copropriétaires, représenté par l'administrateur provisoire (L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 29-3).

Ceci rappelé, le texte de la loi de 1965 mentionnait maladroïtement que ces actions judiciaires étaient exercées « après mise en cause *par* l'administrateur provisoire ». Il fallait, bien entendu, lire le texte de la manière suivante : « après mise en cause *de* l'administrateur provisoire ». Dont acte.

II. Actualité jurisprudentielle

Un certain nombre de décisions émanant soit des juridictions du fond, soit de la troisième chambre civile de la Cour de cassation sont intervenues récemment. Elles éclairent tant sur la désignation de l'administrateur provisoire que sur sa mission, ou encore sur les

mesures qu'il est susceptible d'adopter pour redresser le syndic dont il a la charge.

A. La désignation de l'administrateur provisoire

Signalons, tout d'abord, la réponse à la première question prioritaire de constitutionnalité relative au droit des copropriétés en difficulté. Saisi par la commune de Marseille de demandes de désignation d'un administrateur provisoire ayant pour mission de prendre toutes les mesures nécessaires et utiles au rétablissement du fonctionnement normal de copropriétés d'un ensemble immobilier, le président du tribunal de grande instance de Marseille avait transmis les questions prioritaires de constitutionnalité suivantes :

« 1° L'article 29-1 de la loi du 10 juillet 1965 dans les dispositions querellées est-il contraire à l'article 4 de la déclaration de 1789 en ce qu'il porte atteinte à la liberté contractuelle ainsi qu'au droit au maintien des conventions et contrats légalement conclus ?

2° L'article 29-1 de la loi du 10 juillet 1965 dans ses dispositions querellées est-il contraire à l'article 8 de la déclaration de 1789 en ce qu'il porte atteinte au principe de la légalité et des peines ainsi qu'à l'exigence constitutionnelle de la nécessité des peines ?

3° L'article 29-1 de la loi du 10 juillet 1965 est-il contraire à l'article 9 de la déclaration de 1789 en ce que les mesures prises conduisent ainsi à faire peser sur la personne du syndic une présomption de faute constitutive d'une violation du principe de la présomption d'innocence affirmé par l'article 9 de la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen ?

4° L'article 29-1 de la loi du 10 juillet 1965 dans ses dispositions querellées est-il contraire à l'article 16 de la déclaration de 1789 en ce qu'il méconnaît le principe du respect des droits de la défense ?

5° L'article 29-1 de la loi du 10 juillet 1965 est-il entaché d'incompétence négative dans des conditions qui mettent en cause par elles-mêmes les droits et libertés constitutionnellement garantis ci-dessus énoncés et visés ?

6° L'article 29-1 de la loi du 10 juillet 1965 entraîne-t-il la violation de l'article 16 de la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen en ce qu'il méconnaît le principe du respect des droits de la défense. »

Il a été précisé que les questions posées ne concernaient que les deux premiers alinéas du I de l'article 29-1 de la loi de 1965.

La Cour de cassation a estimé que les questions posées ne présentaient pas un caractère sérieux en ce que la désignation d'un administrateur provisoire d'un syndic de copropriétaires n'était pas constitutive d'une

sanction ayant le caractère d'une punition, qu'une telle mesure temporaire, placée sous le contrôle d'un juge, répondait à la nécessité de garantir à chacun un logement décent en rétablissant la situation financière et la conservation de l'immeuble, motif d'intérêt général, et que le législateur, qui en avait défini les conditions, n'avait pas méconnu sa propre compétence.

Il en a été déduit qu'il n'y avait pas lieu de renvoyer ces questions au Conseil constitutionnel⁴.

B. La mission de l'administrateur provisoire

À la demande expresse des praticiens, la loi *Alur* a entendu conforter, voire renforcer les pouvoirs dévolus à l'administrateur provisoire d'un syndicat en difficulté. Les décisions qui suivent abordent les prérogatives de celui qui s'est vu confier la tâche de redresser la copropriété.

Ainsi, il a été jugé par la cour de Paris qu'en l'absence de décision prise par le syndicat des copropriétaires et face à de très nombreux impayés, un administrateur judiciaire d'une copropriété en difficulté, désigné en application de l'article 29-1 de la loi du 10 juillet 1965, avait pu approuver, en application dudit article, les comptes des exercices 2006, 2007, 2008 et 2009, sans outrepasser ses pouvoirs⁵.

Nous savons qu'en vertu de l'article 29-1 de la loi du 10 juillet 1965, le président du tribunal de grande instance charge l'administrateur provisoire de prendre les mesures nécessaires au rétablissement du fonctionnement normal de la copropriété et qu'à cette fin, il lui confie tous les pouvoirs du syndic dont le mandat cesse de plein droit sans indemnité, et tout ou partie des pouvoirs de l'assemblée générale des copropriétaires, à l'exception de ceux prévus aux a) et b) de l'article 26, et des pouvoirs du conseil syndical. Par ailleurs, l'article 62-5 du décret du 17 mars 1967 dispose que l'ordonnance qui désigne l'administrateur provisoire fixe la durée et l'étendue de sa mission.

En l'occurrence, l'ordonnance du président du TGI fixant la mission de l'administrateur provisoire de la copropriété énonçait qu'il exercerait tous les pouvoirs dévolus au syndic ainsi que les pouvoirs de l'assemblée générale des copropriétaires, à l'exception de ceux prévus aux a) et b) de l'article 26 de la loi, sauf urgence, après avis du conseil syndical.

Partant, à défaut de désignation des membres du conseil syndical, lesquels avaient tous démissionné,

l'administrateur provisoire ne pouvait exercer les pouvoirs de l'assemblée et donc, procéder lui-même à la désignation des membres du conseil syndical, comme il l'a fait à l'issue d'une réunion avec les copropriétaires. Il convient, en conséquence, de dire que la décision prise par l'intéressé ce jour-là de désigner les membres du conseil syndical, improprement dénommée « procès-verbal » d'assemblée générale, est entachée d'excès de pouvoir⁶. Cet arrêt attire l'attention sur l'importance des termes de l'ordonnance rendue par le juge dans la détermination des prérogatives de l'administrateur provisoire.

C. Les mesures de redressement du syndicat

Parmi l'éventail des solutions légales dont peut bénéficier un syndicat, plusieurs ont donné lieu à des décisions judiciaires.

Depuis l'intervention de la loi *Alur*, l'article 29-8 de la loi du 10 juillet 1965 prévoit que, si la gestion et le fonctionnement normal de la copropriété ne peuvent être rétablis autrement, le juge peut prononcer, aux conditions qu'il fixe et sur demande de l'administrateur provisoire, la division du syndicat. Cette mesure était attendue par les praticiens qui entendaient disposer de pouvoirs aptes à résoudre les problèmes parfois structurels auxquels sont confrontées certaines copropriétés. On pense immédiatement à la division d'un syndicat composé de plusieurs bâtiments dont la gestion s'avère compliquée à raison, notamment, d'un grand nombre d'occupants. Au demeurant, la solution peut être opportune pour les micro-copropriétés.

Dès lors, lorsqu'une opposition entre deux copropriétaires empêche à la fois la désignation d'un syndic et l'établissement des comptes du syndicat, la création d'un syndicat secondaire n'ayant pas pu résoudre les difficultés, la scission du syndicat initial a pu être adoptée sur proposition de l'administrateur provisoire⁷.

En application de l'article 29-3 de la loi du 10 juillet 1965, modifiée par la loi du 24 mars 2014, l'ordonnance de désignation d'un administrateur provisoire prévue à l'article 29-1 de ladite loi emporte suspension de l'exigibilité des créances pour une période de 12 mois ; elle interrompt ou interdit toute action en justice contre le syndicat débiteur en paiement d'une somme d'argent de la part des créanciers dont la créance a son origine antérieurement à cette décision⁸.

Une action engagée par un créancier avant le placement sous administration judiciaire du syndicat des

⁴ Cass. 3^e civ., 5 oct. 2016, n^{os} 16-40228, 16-40229, 16-40230, 16-40231, 16-40232 et 16-40233, P.

⁵ CA Paris, 4-2, 22 févr. 2017, n^o 12/17059 ; v. sur ce point, l'interview de M^e Dunogué-Gaffié B., « Quand l'administrateur provisoire reprend la comptabilité du syndicat », *Cahiers des copropriétés en difficulté*, n^o 3, in *Inf. rap. copr. déc* 2015, p. IX.

⁶ CA Aix-en-Provence, 4^e ch., sect. A, 20 mars 2017, n^o 15/17425.

⁷ CA Paris, 1-3, 3 mai 2016, n^o 15/00179.

⁸ V. *supra*.

copropriétaires, qui tendait à la condamnation du syndicat au paiement d'une somme provisionnelle à valoir sur l'octroi de dommages et intérêts antérieurs, avait été interrompue jusqu'au 15 septembre 2016 seulement. À ce titre, si la désignation d'un administrateur judiciaire avait été prolongée jusqu'au 15 septembre 2017, il résultait de l'article 29-3-II de la loi du 10 juillet 1965, que le juge, statuant en la forme des référés, pouvait, sur demande de l'administrateur provisoire, proroger la suspension prévue au I de cet

article jusqu'à 30 mois. À défaut de sollicitation en ce sens, le terme de la suspension de plein droit de l'exigibilité des créances pour une période de 12 mois étant survenu le 15 septembre 2016, la cour d'appel d'Aix-en-Provence a retenu que la créance litigieuse était redevenue exigible depuis lors, et qu'il s'ensuivait la recevabilité de l'action dirigée contre le syndicat débiteur⁹.

⁹ CA Aix-en-Provence, 1^{re} ch. civ., 1^{er} déc. 2016, n° 15/16308.

Les AJMJ à l'heure des réformes 115c9

Philippe DUPICHOT

Professeur à l'école de droit de la Sorbonne (Paris 1)

Un atelier consacré à l'actualité de la profession s'est tenu à la Colle-sur-Loup. Il rencontra un vif succès auprès des congressistes qui se familiarisèrent à cette occasion avec les nombreuses réformes intervenues dans le cadre de la loi dite *Macron* du 6 août 2015 et intéressant la profession d'AJMJ.

Cet atelier était présidé par Alexandra Pelier-Tetreau, chef du bureau du droit de l'économie des entreprises, direction des affaires civiles et du sceau. Y ont pris part Emmanuel Piwnica, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, cabinet Piwnica et Molinie, Marc Sénéchal, mandataire judiciaire, professeur associé à l'école de droit de la Sorbonne, et Jérôme Cabooter, administrateur judiciaire, et ce sous la coordination scientifique de Philippe Dupichot, professeur à l'école de droit de la Sorbonne, membre du conseil scientifique de Gide.

Origine du mandat de justice à la française – On peut opposer deux grands modèles d'organisation des professions aux prises avec l'insolvabilité des entreprises.

D'une part, un modèle 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, donc à des professionnels qui ne sont pas institutionnellement liés aux difficultés des entreprises.

D'autre part, un modèle plus encadré, qui laisse au tribunal le soin de désigner un syndic choisi sur une liste de professionnels dédiés au traitement de l'insolvabilité, sélectionnés par les pouvoirs publics et soumis à un contrôle étroit.

Le droit français a de longue date fait le choix de cette seconde formule : celle d'un mandat de justice reposant sur une délégation de service public et conféré à des professionnels dédiés au droit de l'insolvabilité. Elle présente l'avantage de garantir l'indépendance de professionnels qui ont l'interdiction d'exercer une quelconque activité commerciale (C. com., art. L. 811-10) et qui, parce qu'ils sont nommés par

l'autorité judiciaire, ne sauraient valoriser une quelconque clientèle (C. com., art. R. 814-68).

L'organisation moderne du mandat de justice à la française trouve en effet sa source dans la loi du 8 juin 1838 qui, supprimant le dispositif antérieur, avait 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 ». Depuis cette réforme, les syndics n'ont plus été élus par les créanciers mais nommés par le jugement déclaratif.

Quant à l'organisation actuelle de la profession, elle résulte très largement de la loi *Badinter* du 25 janvier 1985 qui, supprimant la profession de syndic, prit le parti de la scinder en deux professions réglementées distinctes afin de prévenir *ab initio* tout conflit d'intérêts entre administration des entreprises en difficulté et réalisation de leurs actifs au profit des créanciers.

L'organisation ancienne présentait l'avantage de garantir l'indépendance de professionnels ayant l'interdiction d'exercer une quelconque activité économique. Seuls les tribunaux de commerce ont la liberté de désigner ou non les administrateurs judiciaires et les mandataires judiciaires qui, pour cette raison, n'ont aucune clientèle. Le Conseil d'État a relevé à cet égard dans un avis du 8 décembre 2014 que « les man-

NDA : Vidéo intégrale de l'atelier en ligne à l'adresse : <http://congres.cna-jmj.fr>.

dataires judiciaires, (...) n'interviennent que sur mandat de justice et n'ont pas de clientèle » (...) « la suppression, opérée en 1985, de la profession de syndic et la répartition de ses missions entre deux professions distinctes avaient précisément pour but de prévenir tout conflit d'intérêts en établissant une incompatibilité de la profession de mandataire judiciaire avec toute autre profession ». On a pu identifier là l'ADN d'un mandat de justice « à la française » conçu comme une mission de service public¹.

1. Loi Macron et ses suites – Or, la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques dite loi *Macron* et, tout particulièrement, ses articles 50 (réforme des tarifs réglementés), 61 (institution d'un master ALED), 63 (élargissement des formes sociétaires), 64 (ouverture des petites procédures aux huissiers et commissaires-priseurs), 65 (société pluriprofessionnelle d'exercice) et 67 (élargissement des SPFPL), a été porteuse de grands bouleversements. Ces bouleversements ont été amplifiés et précisés par de nombreux textes réglementaires d'application qui furent au cœur des échanges de cet atelier.

Certains verront dans les évolutions qui s'ensuivent le sens de l'histoire, c'est-à-dire une érosion des différences entre les diverses professions juridiques et judiciaires, voire plus généralement entre les professions du droit et celles du chiffre. Sans doute est-ce là la patte d'un *one size fits all* qui commanderait que la figure indifférenciée du *lawyer* offre un *full service* à ses clients, en faisant fi des matières, des ressorts et des instances.

Toutefois, il est permis de penser que la profession d'AJMJ se trouve aujourd'hui placée par le législateur « au milieu du gué » et dans une situation pour le moins inconfortable. Contrainte de s'ouvrir, invitée à s'associer ou à être mise en concurrence avec d'autres professionnels, elle reste en effet dans le même temps étroitement soumise à un tarif tandis qu'on lui refuse encore d'embrasser de nouvelles missions, telles celle de fiduciaire ou de curateur à des actions de groupe.

Partant, le législateur est aujourd'hui en passe d'hybrider deux systèmes opposés d'une façon assez peu cohérente.

Au modèle libéral, il emprunte en effet la volonté d'ouverture et l'élargissement du périmètre de l'exercice à des juristes non dédiés aux procédures collectives (huissiers de justice et CPJ, professionnels justifiant d'une expérience), voire *via* l'interprofessionnalité à des professions du chiffre avec des risques de conflit d'intérêts.

Au modèle continental, il emprunte un mandat de justice en apparence sauvegardé mais conserve la tarification impérative des émoluments, non sans l'avoir rabotée, et l'impossibilité pour les AJMJ d'embrasser de nouvelles activités dont celle de fiduciaire².

2. Plan – Chacun pourra se convaincre de ces évolutions à la lumière de ces éléments introductifs eu regard aux trois temps que sont ceux de l'accès à la profession (I), de son exercice (II) et enfin de l'émergence d'une pluri-professionnalité (III).

I. Accès à la profession

Premier temps de l'atelier, la question de l'accès même à la profession d'AJMJ s'est trouvée profondément renouvelée tant par l'institution de masters ALED (A) que par l'introduction de nouvelles dispenses et passerelles (B).

A. Le master ALED

3. Voie autonome et nouvelle d'accès à la profession – L'article 61 de la loi *Macron* a institué une nouvelle voie d'accès à la profession d'AJMJ. Cette disposition a en effet ajouté au 5° des articles L. 811-5 et L. 812-13 (MJ) du Code de commerce (AJ) une nouvelle possibilité d'inscription sur la liste nationale par la CNID pour tout « titulaire du diplôme de master en administration et liquidation d'entreprises en difficulté et [qui] rempli[t] des conditions d'expérience ou de stage fixées par voie réglementaire (...) ».

La détention d'un tel master dont l'acronyme est ALED constitue désormais une modalité d'accès alternative à la voie classique qui consiste, depuis longtemps, à « avoir subi avec succès l'examen d'accès au stage professionnel, accompli ce stage et subi avec succès l'examen d'aptitude » aux fonctions d'AJMJ.

Les titulaires du master ALED ne passeront en effet ni examen d'accès ni examen d'aptitude de sorte qu'il s'agit bien là d'une nouvelle voie, autonome, d'accès à la profession.

La loi *Macron* renvoyait toutefois à un décret en Conseil d'État précisant « les conditions d'expérience ou de stage requises pour l'inscription sur la liste mentionnée au premier alinéa du présent article, en complément de la détention du diplôme mentionné au 5° ».

Il est revenu à l'article 14 du décret n° 2016-400 du 1^{er} avril 2016, relatif aux administrateurs judiciaires et aux mandataires judiciaires, de préciser les modalités concrètes et garanties de sérieux du stage spécifique aux diplômés de masters ALED.

¹ V. par ex. Sénéchal M., « Regard d'un mandataire de justice sur le projet de *class action* à la française », LPA 15 nov. 2013, p. 6.

² V. en ce sens le discours d'ouverture de Bernard Baujet et Christophe Thevenot aux Journées de La Colle, à paraître au *Journal des sociétés*.

Il convient toutefois de relever que les articles R. 811-18-1 (AJ) et R. 812-18-1 (MJ) du Code de commerce permettront, à l'avenir, que les titulaires d'un master ALED justifiant, soit d'une collaboration auprès d'un AJMJ pendant au moins 5 années, soit d'une pratique professionnelle (comptable, juridique ou financière dans le domaine de l'administration, du financement, de la restructuration, dont les fusions-acquisitions, ou de la reprise d'entreprises, notamment en difficulté) pendant au moins 8 années sollicitent leur inscription sur la liste nationale sans effectuer de stage mais à la suite d'un simple entretien avec la CNID sur la teneur de cette expérience professionnelle.

Toutefois et par principe, les titulaires d'un master ALED devront accomplir un stage spécifique afin de prétendre accéder à la liste nationale.

Ce stage jouera un rôle fondamental dans la formation des futurs AJMJ « ALED » qui, par hypothèse, n'auront ni subi les épreuves de l'examen d'aptitude ni ne se seront prévalus des autres dispenses instituées par la loi *Macron* et son décret d'application n° 2016-400 du 1^{er} avril 2016 (ancienneté de la pratique professionnelle, collaborateurs d'AJMJs, autres professions juridiques).

Les exigences réglementaires portent sur un double plan.

Sur le contenu du stage d'une part.

Celui-ci devra avoir une durée minimale de 30 mois et répondre à des exigences de sérieux et de diversité des tâches confiées au sens de l'étude (C. com., art. R. 811-28-2 pour les AJ ; C. com., art. R. 812-18-2 pour les MJ).

Sur les modalités de validation de la fin de stage par le maître de stage et par la CNID (C. com., art. R. 811-28-3 et R. 811-28-4 pour les AJ ; C. com., art. R. 812-18-3 et R. 812-18-4 pour les MJ), d'autre part.

Pour l'essentiel, le stagiaire devra élaborer un rapport de stage décrivant les procédures auxquelles il a participé et les actes accomplis ainsi qu'un mémoire de stage portant sur un sujet d'économie, de droit ou de gestion de son choix. Ceux-ci donneront lieu à des appréciations et des observations du maître de stage chargé de délivrer l'attestation de fin de stage attestant de sa durée et de la bonne exécution de l'ensemble des actes juridiques et de gestion mentionnés (C. com., art. R. 811-28-3 et R. 812-18-3).

La CNID pourra, soit délivrer le certificat de fin de stage, soit au contraire refuser sa délivrance ou encore prolonger le stage au sein d'une autre étude pour une période d'une année – renouvelable une fois (soit deux années de prolongation au plus) – si elle estime que le stagiaire n'a pas satisfait à ses obligations. Les décisions de refus de délivrance ou de prolongation de

stage de la CNID sont motivées et notifiées à l'intéressé et au président du CNAJMJ.

4. Entrée en vigueur – Conformément à l'article 22, III, du décret n° 2016-400 du 1^{er} avril 2016, les dispositions précitées devaient entrer en vigueur à compter de la publication de l'arrêté prévu aux articles R. 811-28-2 (AJ) et R. 812-18-2 (MJ) du Code de commerce.

C'est l'objet même d'un important arrêté du 7 mars 2017 relatif à l'accès aux professions d'administrateur judiciaire et de mandataire judiciaire.

Partant, le dispositif ALED est désormais en vigueur depuis que les nouveaux articles A. 811-25 (AJ) et A. 812-24 (MJ) du Code de commerce disposent que « la liste des actes accomplis par le stagiaire (...) figure au I de l'annexe 8-1-1 au présent livre ».

Cette liste est extrêmement riche et tend à l'exhaustivité. Le maître de stage devra du reste attester en fin de stage que l'ensemble des actes juridiques et de gestion mentionnés et listés auront bien été effectués.

Les universités souhaitant délivrer des masters en administration et liquidation des entreprises en difficulté devront présenter une offre de formation dont la teneur permet de satisfaire au référentiel de compétences établi par l'arrêté du 7 mars 2017.

Car cet arrêté du 7 mars 2017, en même temps qu'il arrête la liste des actes qu'un stagiaire titulaire d'un master ALED doit accomplir, établit un « référentiel de compétences » divisé en deux parties qui doit servir de référence en termes de contenu des enseignements à l'accréditation des diplômes ALED.

Ces masters ALED seront des formations sélectives et délivrées sur deux années correspondant aux première et deuxième année de master (master 1 et 2).

La direction des affaires civiles a insisté en la personne de Madame Pelier-Tétreau au cours de l'atelier sur l'idée que la voie du master ALED ne saurait être considérée comme moins « noble » ou moins « royale » que la voie classique de l'examen d'aptitude qui naturellement reste ouverte.

Maître Marc Sénéchal a souligné quant à lui que le master ALED de l'université Paris 1 serait particulièrement sélectif quant au recrutement des étudiants et à la délivrance des diplômes, et ce afin de s'assurer de l'excellence de la formation des futurs AJMJ voie ALED.

B. Les dispenses et passerelles

5. Multiplication des dispenses d'examen d'accès, de stage ou d'examen d'aptitude – L'accès à la profession d'AJMJs est également renouvelé par l'introduction de dispenses et passerelles résultant là encore

de la combinaison de l'article 61 de la loi *Macron* et du décret n° 2016-400 du 1^{er} avril 2016 relatif aux administrateurs judiciaires et aux mandataires judiciaires.

Une plus grande ouverture de l'accès à la profession résulte de la multiplication et de l'extension des dispenses de tous ordres, portant sur l'examen d'accès, sur le stage et même sur l'examen d'aptitude.

Les premières dispenses portent sur l'examen d'accès au stage (C. com., art R. 811-13 modifié).

– les commissaires-priseurs judiciaires, avocats, notaires, huissiers de justice, greffiers des tribunaux de commerce, experts-comptables et commissaires aux comptes pourront être dispensés de l'examen d'accès au stage professionnel s'ils ont exercé leur profession pendant cinq ans au moins ;

– il en va de même des collaborateurs d'un administrateur judiciaire ayant exercé pendant une durée de 5 ans ;

Mais aura surtout égard à la réduction drastique de 15 à 5 ans de l'exigence d'une pratique professionnelle pour être dispensé de l'examen d'accès au stage pour les titulaires d'une maîtrise ou d'un DES justifiant de 5 ans au moins (contre 15 auparavant) de pratique professionnelle comptable, juridique ou financière dans le domaine de l'administration, du financement, de la restructuration, dont les fusions-acquisitions, ou de la reprise d'entreprises, notamment en difficulté.

D'autres dispenses résultant du décret du 1^{er} avril 2016 portent sur le stage lui-même ou sur sa durée.

Ainsi, le nouvel article R. 811-25 dispense-t-il purement et simplement de tout stage professionnel :

– non seulement les mandataires judiciaires, les avocats, les notaires, les commissaires-priseurs judiciaires, les huissiers de justice, les greffiers des tribunaux de commerce, les anciens avoués, les experts-comptables, les commissaires aux comptes ayant exercé leur profession pendant 10 ans au moins ;

– ainsi que les collaborateurs d'AJMJ ayant exercé pendant une même durée de 10 ans ;

– mais également les titulaires d'une maîtrise en droit justifiant de 15 ans de pratique professionnelle.

Ils pourront donc tous se présenter à l'examen d'aptitude et seront soumis à une épreuve de présentation et discussion avec le jury au lieu et place de la soutenance, impossible par hypothèse, du mémoire de stage.

Hier, les 15 ans de pratique dispensaient de l'examen d'accès au stage, ils dispensent désormais du stage lui-même.

Quant à la durée du stage, elle a été réduite à un an pour les professionnels précités du droit qui ne justifieraient que d'une durée de 5 ans d'exercice et de 10 ans de pratique professionnelle pour les titulaires d'une maîtrise.

Et l'examen d'aptitude lui-même a été affecté par le décret du 1^{er} avril 2016 puisque de notables dispenses d'épreuve ont été instituées :

– sont ainsi dispensés de l'épreuve de procédure civile et de droit pénal des affaires tous les avocats, notaires, commissaire-priseur judiciaires, huissiers, greffiers et ce sans condition de durée d'exercice ;

– en sont également dispensés les titulaires d'une maîtrise justifiant de 5 ans de pratique, contre là encore 15 ans auparavant ;

– quant aux experts-comptables et commissaires aux comptes, ils sont dispensés de l'examen d'aptitude portant sur la gestion d'un cabinet d'AJMJ.

6. Tableau synthétique des principales dispenses et passerelles (v. tableau page suivante)

Tableau des dispenses / décret n° 2016-400 du 1 ^{er} avril 2016 relatif aux AJMJ	Collaborateurs d'AJMJ		Diplômés de C. com., art. R. 811-7 (titulaires d'une maîtrise / profes- sionnels de la restructuration)		Professions juridiques (avocats, notaires, CPJ, HJ, greffiers des TC, experts-comptables, CAC)			AJMJ			Titulaires d'un Master ALED (C. com., art. R. 811-28-1 et s. ; art. R. 812-18-1 et s.)		
	≥ 5 ans	≥ 10 ans	≥ 5 ans	≥ 10 ans	Sans condition	≥ 5 ans	≥ 10 ans	≥ 3 ans	≥ 5 ans	≥ 10 ans	Sans condition	Collaborateur AJMJ ≥ 5 ans	Pratique ≥ 8 ans
Ancienneté / pratique pro- fessionnelle	I. Examen d'accès au stage professionnel (C. com., art. R. 811-13 ; art. R. 812-7)	Dispense d'examen d'accès au stage	A fortiori	Dispense d'examen d'accès au stage	Pas de dispense	Dispense d'examen d'accès au stage	A fortiori	Dispense d'examen d'accès au stage	A fortiori	A fortiori	Dispense d'examen d'accès au stage	Dispense d'examen d'accès au stage	Dispense d'examen d'accès au stage
		Pas de dispense	Stage d'une durée d'un an au moins	Dispense totale de stage	Pas de dispense	Stage d'une durée d'un an au moins	Dispense totale de stage	Pas de dispense	Stage d'un an au moins	Dispense totale de stage	Stage spé- cial d'une durée de 30 mois (validation fin de stage par CNID)	Dispense de stage	Dispense de stage
		Dispense des épreuves de procé- dure civile et de droit pénal des affaires - Dispense des épreuves de gestion de cabinet d'AJMJ	A fortiori	Dispense des épreuves de procé- dure civile et de droit pénal des affaires (ne bénéficiant pas aux experts- comp- tables et CAC) - Dispense des épreuves de gestion de cabinet d'AJMJ	- Dispense des épreuves de procé- dure civile et de droit pénal des affaires (ne bénéficiant pas aux experts- comp- tables et CAC)	A fortiori	A fortiori	Pas de dispense	Dispense de toutes les épreuves et inscrip- tion sur l'autre liste sous condition du retrait de la liste	A fortiori	Dispense d'examen d'aptitude	Dispense d'examen d'aptitude (audition par la CNID)	Dispense d'examen d'aptitude (audition par la CNID)

II. Exercice de la profession

Le deuxième temps de l'atelier a porté sur l'actualité de l'exercice de la profession. On ne mentionnera que pour mémoire ici la réduction du tarif réglementé résultant du décret n° 2016-230 du 26 février 2016 et l'arrêté du 28 mai 2016 relatifs au tarif ainsi que les arrêts de la chambre commerciale du 12 juillet 2016³, qui ont retenu – curieusement – que « la créance nantie ainsi que le montant des congés payés et du treizième mois des salariés repris, s'ils constituent des charges supplémentaires pour le repreneur, ne peuvent être assimilés à des éléments d'actif cédés », alors même qu'il s'agit de charges augmentatives du prix au plan fiscal⁴. M^{es} Jérôme Cabooter et Marc Sénéchal se sont fait l'écho des difficultés suscitées par ce nouveau tarif et ces décisions.

On indiquera au contraire que si l'exercice de la profession ne sera pas, pour l'heure, affecté par la création d'un fonds interprofessionnel de l'accès au droit et à la justice (A), il le sera par diverses dispositions introduisant le salariat, intéressant la formation ou la spécialité civile (B).

A. Le fonds interprofessionnel de l'accès au droit et à la justice

7. Feu le FIADJ ? – L'article L. 444-2, alinéa 3, du Code de commerce, issu de l'article 50, paragraphe V, de la loi *Macron*, dispose que « (...) peut être prévue une redistribution entre professionnels, afin de favoriser la couverture de l'ensemble du territoire par les professions judiciaires et juridiques et l'accès du plus grand nombre au droit. Cette redistribution est la finalité principale d'un fonds dénommé "fonds interprofessionnel de l'accès au droit et à la justice" ».

Ce fonds interprofessionnel de l'accès au droit et à la justice (FIADJ) avait vocation à procéder à la distribution d'aides à l'installation ou au maintien des professionnels dans certaines zones, afin d'éviter les « déserts juridiques ». Il devait être financé par une « contribution pour l'accès au droit et à la justice » dont le produit serait affecté à ce FIADJ.

Or, par une décision antérieure du 5 août 2015, le Conseil constitutionnel avait déjà censuré cette contribution pour l'accès au droit et à la justice du chef d'incompétence négative⁵.

C'est pourquoi, le gouvernement a remis dès novembre 2016 son ouvrage sur le métier : un article 35 du

projet de la loi de finances rectificative pour 2016 prévoyait une nouvelle contribution à l'accès au droit et à la justice. Or, en dépit de l'hostilité de la commission des finances du Sénat, cette contribution fut rétablie en lecture définitive par l'Assemblée nationale puis adoptée, le 22 décembre 2016, en tant qu'article 113.

Cette disposition créait en particulier, en son paragraphe IV, un nouvel article 1609 octotricies du Code général des impôts, disposant que « la contribution à l'accès au droit et à la justice est assise sur le montant total hors taxes des sommes encaissées en rémunération des prestations réalisées par les professionnels mentionnés au II au cours de l'année civile précédente ou du dernier exercice clos ».

« Son taux est de 0,5 % sur la fraction de l'assiette comprise entre 300 000 € et 800 000 € et de 1 % sur la fraction de l'assiette qui excède 800 000 €.

« Pour les personnes morales, les seuils mentionnés au deuxième alinéa du présent IV sont multipliés par le nombre d'associés exerçant au sein de la personne morale une des professions mentionnées (...) ».

La contribution initialement envisagée par l'article 50 de la loi *Macron* du 6 août 2015 susvisée avait ainsi vocation, de l'aveu même du gouvernement, à être « répercutée sur les clients des professionnels du droit, dans les mêmes conditions que celles applicables en matière de taxe sur la valeur ajoutée. Ainsi, si les professionnels sont les redevables de la contribution, elle sera, en réalité, acquittée par les clients »⁶.

Or, la philosophie de la loi de finances rectificative pour 2016 était différente et totalement éloignée du modèle de la TVA : l'article 113 de la loi de finances rectificative instituait en définitive un impôt nouveau, d'ordre catégoriel et pesant sur certaines professions du droit (commissaire-priseur judiciaire, greffier de tribunal de commerce, huissier de justice, notaire, administrateur judiciaire, mandataire judiciaire) et non sur toutes, et ce par prélèvement sur leur chiffre d'affaires.

Le Conseil constitutionnel a, à nouveau, censuré cette contribution dans sa décision n° 2016-743 DC du 29 décembre 2016 (§ 23 à 29), *Loi de finances rectificative pour 2016*⁷.

Le fondement d'une méconnaissance du principe d'égalité devant les charges publiques a suffi à déclarer contraire à la constitution le troisième alinéa du paragraphe IV de l'article 1609 octotricies du Code général des impôts, créé par l'article 113 de la loi déferée. En effet, celui-ci instaurait une différence de

3 Cass. com., 12 juill. 2016, n°s 15-50008 et 14-24627, respectivement P et D.

4 Cass. com., 12 juill. 2016, n° 15-50008 ; LEDEN sept. 2016, n° 137, p. 1, obs. Lucas F.-X. ; Adde Baujet B. et Thevenot C., « Quelle assiette pour le calcul des émoluments de l'administrateur judiciaire ? », Rev. proc. coll. 2016, comm. 15.

5 Cons. const., 5 août 2015, n° 2015-715 DC, § 48 à 52.

6 <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2015/2015-715-dc/observations-du-gouvernement.144236.html>.

7 www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2016/2016743dc.htm.

traitement non justifié entre les assujettis selon qu'ils exerçaient à titre individuel ou à titre collectif et, dans ce dernier cas, selon le nombre d'associés.

Le Conseil constitutionnel a ainsi relevé que « si le nombre d'associés exerçant au sein de la société peut avoir une influence sur son niveau d'activité, la possibilité de recruter des salariés accomplissant les mêmes tâches que les professionnels associés est susceptible de permettre à des personnes exerçant à titre individuel ou à des sociétés d'atteindre le même niveau d'activité qu'une société comptant un plus grand nombre d'associés. Dès lors, au regard de l'objet de la loi, qui est de soumettre les professionnels en cause à une contribution correspondant à leur niveau d'activité, il n'y a pas de différence de situation entre les assujettis selon le nombre d'associés au sein de la structure » (§ 27).

Ainsi que l'a rappelé M^e Emmanuel Piwnica, le Conseil constitutionnel a relevé l'absence de tout motif d'intérêt général justifiant une différence de traitement entre les assujettis selon qu'ils exercent à titre individuel ou à titre collectif et, dans ce dernier cas, exclusivement selon le nombre d'associés. La clé de l'inconstitutionnalité tenait donc à ce que le législateur n'avait tenu aucun compte de l'éventuel recours à des professionnels salariés, pour la détermination des seuils de contribution et de chiffre d'affaires tenus.

Pour l'heure, la contribution au FIADJ se trouve censurée sans que rien ne permette d'exclure sa résurrection à l'avenir si, d'aventure, une nouvelle disposition législative devait adapter plus finement la contribution aux facultés contributives des professionnels concernés et tenir compte de la présence éventuelle de professionnels salariés pour la détermination des niveaux de chiffre d'affaires.

B. AJMJ Salariés, formation des AJMJ et spécialité civile

8. Salariat – L'article 236 de la loi *Macron* a introduit la possibilité que l'administrateur judiciaire et le mandataire judiciaire exercent leur profession en qualité de salarié d'une personne physique ou morale inscrite sur la liste nationale. Cette réforme était appelée par le CNAJMJ de ses vœux.

Le recours à cette nouvelle possibilité est toutefois subordonné à certaines conditions (V. en particulier C. com., art. L. 811-7-1 et C. com., art. L. 812-5-1) d'ordre quantitatif :

– une personne physique inscrite sur la liste nationale des AJ ne peut pas employer plus de deux AJ salariés ; pareillement, une personne physique inscrite sur la liste nationale des MJ ne peut pas employer plus de deux MJ salariés ;

– une personne morale inscrite sur liste nationale des AJ ne peut pas employer un nombre d'AJ salariés supérieur au double de celui des AJ associés qui y exercent la profession ; pareillement, une personne morale inscrite sur liste nationale des MJ ne peut pas employer un nombre de MJ salariés supérieur au double de celui des MJ associés qui y exercent la profession.

Il en résulte l'idée que le nombre de salariés ne saurait être supérieur à deux fois celui des associés.

Mais ces AJ ou MJ salariés, encore peu nombreux pour l'heure (2 AJ salariés sur 135 AJ et 1 MJ salarié sur 299 MJ), sont des professionnels à part entière.

Aussi, les AJ ainsi que les MJ salariés sont-ils inscrits sur la liste nationale en cette qualité de salarié, avec mention du nom de leur employeur, aux termes des articles L. 811-3, alinéa 2 (AJ) et L. 812-2-1 alinéa 2 (MJ) du Code de commerce. Il en résulte tout naturellement qu'un AJMJ salarié ne peut exercer ses fonctions qu'au sein d'une seule étude.

Surtout, le livre VIII du Code de commerce – donc le statut des AJMJ – est par principe applicable aux AJ salariés (C. com., art. L. 811-7-1, al. 5) comme aux MJ salariés (C. com., art. L. 812-5-1, al. 5), et ce en l'absence de disposition contraire. Pour cette raison, le contrat de travail ne saurait porter atteinte aux règles déontologiques de la profession et les salariés peuvent se prévaloir d'une clause de conscience.

Des dispositions réglementaires leur sont également consacrées aux articles R. 811-60 à R. 811-63 (AJ salarié) et R. 812-24 (MJ salarié, par renvoi), lesquelles résultent du décret n° 2016-400 du 1^{er} avril 2016 relatif aux administrateurs judiciaires et aux mandataires judiciaires.

La principale différence entre un AJMJ associé et un salarié tient en définitive aux suites de la relation de subordination issue du contrat de travail : celle-ci se traduit pratiquement par une délégation de tout ou partie des tâches de l'administrateur ou du mandataire à son salarié. L'article L. 811-1, alinéa 2, du Code de commerce dispose ainsi que « les tâches que comporte l'exécution de leur mandat incombent personnellement aux administrateurs judiciaires désignés par le tribunal. Ils peuvent toutefois déléguer tout ou partie de ces tâches à un administrateur judiciaire salarié, sous leur responsabilité » (v. C. com., art. L. 812-1, al. 2 pour les MJ).

Car, et c'est là une disposition spécifique caractéristique de ce dispositif, l'administrateur salarié et le mandataire salarié ne peuvent détenir de mandat à titre personnel ainsi qu'il est énoncé aux articles L. 811-7-1, alinéa 4 (AJ) et L. 812-5-1, alinéa 4 (MJ) : quoiqu'indépendants, et professionnels de plein exer-

cice, ils n'agissent qu'en qualité de délégués et sous la responsabilité de leur employeur.

Partant, le tribunal de commerce ne saurait leur confier quelque mandat que ce soit à titre personnel.

Pratiquement, les AJ et les MJ associés peuvent déléguer tout ou partie des tâches qui leur incombent, en principe personnellement au titre de leur mandat, selon le cas, à un AJ salarié (C. com., art. L. 811-1, al. 2) ou un MJ salarié (C. com., art. L. 812-1, al. 2), et ce sous leur responsabilité.

Pour cette raison, les AJ et MJ salariés n'adhèrent pas à la caisse de garantie aux termes de l'article 814-3, alinéa 2. Ils ne cotisent pas à la caisse et n'ont donc pas la qualité d'assurés de cette dernière.

9. Formation des AJMJ – La loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle participe également de l'actualité de la profession. Notamment, celle-ci a modifié l'article L. 814-9 du Code de commerce pour renforcer l'obligation de formation continue des AJMJ et confier à un décret en Conseil d'État la détermination de la nature et de la durée des activités susceptibles d'être validées. Cette disposition continue par ailleurs logiquement d'énoncer qu'il revient au CNAJMJ d'organiser cette formation continue, lequel anime à cet égard un centre de formation permanente dédié au 336/340, rue Saint-Honoré, 75001 Paris.

Le contenu précis de l'obligation de formation continue a été établi par le décret n° 2017-1225 du 2 août 2017 modifiant les dispositions régissant les professionnels intervenant dans les procédures relatives aux entreprises en difficulté et pris en application de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, lequel a ajouté une sous-section 3 (De la formation professionnelle continue) dans le Code de commerce aux articles R. 814-28-1 et suivants.

Pour l'essentiel, on retiendra que la durée de la formation professionnelle prévue par l'article L. 814-9 est de 20 heures au cours d'une année civile ou de 40 heures au cours de 2 années consécutives (C. com., art. R. 814-28-1 nouv.), que celle-ci doit porter « sur les domaines juridique, économique, financier, comptable, social et sur la déontologie », « en lien direct avec l'activité professionnelle exercée » (C. com., art. R. 814-28-2) et que « le Conseil national des administrateurs judiciaires et mandataires judiciaires définit les orientations générales et les différentes matières sur lesquelles porte l'obligation de formation » (C. com., art. R. 814-28-3 nouv.).

10. Rétablissement d'une spécialité civile des administrateurs judiciaires – Une autre évolution résultant de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle tient au rétablissement de la spécialité civile auquel procède

l'article 97, 2°, de cette loi. À compter du 1^{er} novembre 2017, un nouvel alinéa 3 indiquera en effet à l'article L. 811-3 que la liste nationale « comporte, pour chacune des personnes inscrites, la mention de la nature, civile ou commerciale, de sa spécialité. Un administrateur judiciaire peut faire état de ces deux spécialités ».

Il était, à cet égard, renvoyé à un décret quant aux modalités transitoires permettant aux « civilistes » déjà inscrits sur la liste nationale à la date de promulgation de la loi de faire valoir leur spécialité civile (L. n° 2016-1547, 18 nov. 2016, art. 114, XIV, C).

L'article 26 du décret n° 2017-1225 du 2 août 2017 arrête ces modalités transitoires et précise la teneur du dossier qui doit être adressé à la CNID à cet effet.

Des dispositions réglementaires seront nécessaires pour préciser les modalités d'inscription de la spécialité civile en cours de carrière ou de prise en considération des missions civiles dans les voies d'accès à la profession d'AJ au cas en particulier de choix de la spécialité civile à titre exclusif.

III. Pluri-professionnalité

Le troisième temps de l'atelier a porté sur ce qu'il convient d'appeler la pluri-professionnalité d'exercice ou au sens strict (A) que celle résultant, en un sens plus large, de l'ouverture des petites procédures aux huissiers de justice et commissaires-priseurs judiciaires (B).

A. Les sociétés pluri-professionnelles d'exercice ou SPE

11. Un changement de paradigme pour neuf professions : « one stop shop » – La pluri-professionnalité d'exercice et non plus seulement capitalistique (v. les SPFPL) est un nouveau paradigme auquel tend l'ordonnance n° 2016-394 du 31 mars 2016 relative aux sociétés constituées pour l'exercice en commun de plusieurs professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé.

En effet, prise en application de l'article 65, 2°, de la loi *Macron*, l'ordonnance du 31 mars 2016 a modifié la grande loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 pour instituer la possibilité de constituer, à certaines conditions, entre deux ou plusieurs professions, une société dont l'objet est l'exercice en commun de celles-ci (L. n° 90-1258, 31 déc. 1990, art. 31-3 nouv.).

Le périmètre des professions concernées est particulièrement vaste puisqu'il concerne les neuf suivantes : avocat, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, commissaire-priseur judiciaire, huissier de justice, notaire, administrateur judiciaire, mandataire judiciaire, conseil en propriété industrielle et expert-comptable. On remarquera d'emblée que seuls les commissaires aux

comptes ont été tenus à l'écart de ces nouvelles sociétés pluri-professionnelles d'exercice, semble-t-il pour conserver toute indépendance à l'activité de contrôle légal des comptes par rapport à celle de conseil...

L'évolution est significative qui fait évoluer l'interprofessionnalité vers une interprofessionnalité d'exercice et plus seulement capitalistique et, qui plus est, entre professions du droit mais également du chiffre.

C'est pour cette raison que la CNID inscrira sur la liste nationale tant les nouvelles SPE exerçant la profession d'AJMJ que chacun de ses associés (C. com., art. R. 811-30 et C. com., art. R. 812-18 modifiés par le décret n° 2017-796 du 5 mai 2017 relatif à l'exercice de la profession d'administrateur judiciaire ou de mandataire judiciaire par une société pluri-professionnelle d'exercice).

Il semble, du reste, en pareil cas, que ce soit la SPE d'AJMJ qui exerce *à* qualité la profession ; cette idée est en effet étayée par les termes de l'article R. 814-83 modifié qui retiennent désormais que : « Lorsque le tribunal nomme une société, il désigne en son sein un ou plusieurs associés exerçant l'activité d'administrateur judiciaire ou de mandataire judiciaire pour la représenter dans l'accomplissement du mandat qui lui est confié », suggérant donc que le mandat de justice soit confié à la SPE, représentée par son associé AJMJ⁸.

C'est pour le législateur le modèle du « *one stop shop* » qui a servi de guide, le client bénéficiant de prestations juridiques délivrées via un « guichet unique », pour ne pas dire un centre commercial ou un supermarché du droit... Ce serait là une opportunité permettant par exemple d'offrir au justiciable un accès aux tribunaux de première instance, aux cours d'appel mais aussi à la Cour de cassation et au Conseil d'État voire à la publicité foncière par une association entre avocat, avocat aux Conseils et notaire. Il est vrai que ce justiciable peine parfois à cerner les différences entre les diverses professions réglementées du droit et du chiffre.

12. Entrée en vigueur de la SPE ; décrets du 5 mai 2017 – L'article 31-12 nouveau issu de l'ordonnance renvoyait à un décret en Conseil d'État d'application. C'est désormais chose faite avec la parution de plusieurs décrets datés du 5 mai 2017, un de portée générale, le décret n° 2017-794 du 5 mai 2017 relatif à la constitution, au fonctionnement et au contrôle des sociétés pluri-professionnelles d'exercice de professions libérales juridiques, judiciaires et d'expertise comptable prévues au titre IV bis de la loi n° 90-1258

du 31 décembre 1990 et d'autres propres à chacune des professions susceptibles de s'associer au sein d'une société pluri-professionnelle d'exercice. Ainsi, s'agissant des AJMJ du décret n° 2017-796 du 5 mai 2017 relatif à l'exercice de la profession d'administrateur judiciaire ou de mandataire judiciaire par une société pluri-professionnelle d'exercice.

Partant, et désormais les administrateurs (C. com., art. L. 811-7-1-A) et les mandataires judiciaires (C. com., art. L. 812-5-1-A) peuvent exercer leur profession dans le cadre d'une société pluri-professionnelle d'exercice donc aux cotés de professions qui, contrairement à eux, ont une clientèle.

Dans ces conditions, et parce que la notion même de société implique un partage du bénéfice ou de l'économie résultant de la SPE (C. civ., art. 1832⁹), on considérera avec un certain recul l'affirmation résultant du décret n° 2017-796 du 5 mai 2017 – théoriquement satisfaisante mais sans doute quelque peu naïve – suivant laquelle « en aucun cas une valeur représentative d'une clientèle correspondant à l'activité d'administrateur judiciaire ou de mandataire judiciaire ne peut être inscrite à l'actif du bilan de la société, y compris lorsque celle-ci est une société pluri-professionnelle d'exercice prévue à l'article L. 811-7-1-A ou à l'article L. 812-5-1-A »... Ce n'est là que la conséquence du choix incongru du législateur d'intégrer une profession titulaire de mandats de justice et dépourvue de clientèle dans le périmètre de l'interprofessionnalité. On en déduira sans doute qu'un AJMJ ne saurait faire valoir qu'un apport en industrie au sein d'une SPE. Or, un tel apport ne participe pas à la constitution du capital social et l'on sait que « la part de l'associé qui n'a apporté que son industrie est égale à celle de l'associé qui a le moins apporté, le tout sauf clause contraire » (C. civ., art. 1844-1)...

13. Une « SPE », voulue et ne conférant pas la qualité de commerçant à ses associés – Il reste bien évidemment que nul ne sera jamais tenu de franchir le Rubicon de la pluriprofessionnalité d'exercice. Appliquée à la société pluri-professionnelle d'exercice, la liberté de ne pas contracter (C. civ., art. 1102) commande évidemment que celle-ci ait été voulue et non subie : nul n'est jamais tenu de s'associer avec autrui et, en l'occurrence, avec un autre professionnel du droit ou un homme du chiffre. Mais pratiquement et si d'aventure de grands réseaux intégrés devaient se construire, notamment en dehors des grandes villes, il

⁸ Le décret précité retient sur ce point une analyse légèrement différente de l'ordonnance du 31 mars 2016 dans la mesure où l'article 31-9, II, de la loi du 31 décembre 1990 dispose au contraire que : « II.- Lorsque la société exerce la profession d'administrateur judiciaire ou de mandataire judiciaire, la juridiction désigne en son sein le professionnel auquel est confié le mandat de justice », laissant entendre ici que le mandat est confié à l'AJMJ associé personne physique.

⁹ L'article 1^{er} du décret n° 2017-794 pose à cet égard, en cas de conflit des dispositions réglementaires applicables à chaque profession et dans le silence de ce décret, un intéressant principe de prévalence des règles de droit commun applicables à la forme de société civile ou de société commerciale choisie par la SPE.

pourra être difficile de refuser de prendre le train de la pluri-professionnalité.

L'ordonnance du 31 mars 2016 dispose que lesdites sociétés pourront revêtir toute forme sociale, à l'exception de celles qui confèrent à leurs associés la qualité de commerçant ; partant et conformément aux termes du rapport au président de la République, « l'ordonnance offre à ces professionnels libéraux la plus grande souplesse possible ». Sont donc pratiquement exclues les constitutions de sociétés en nom collectif et de sociétés en commandite, lesquelles ont en commun de conférer aux associés en nom et aux commandités la qualité de commerçants, indéfiniment et solidairement responsables des dettes sociales. Et pratiquement, le choix des formes sociales pour une société pluri-professionnelle d'exercice restera très large : en effet, pourront être retenus des types sociétaires aussi différents que la société civile, la société d'exercice libéral, la SARL, la SAS, ou encore, la SA.

Quant à la dénomination sociale de la société pluri-professionnelle d'exercice, elle devra être « immédiatement précédée ou suivie de la mention “société pluri-professionnelle d'exercice” ou des initiales “SPE”, ainsi que de l'indication de la forme sociale choisie, des professions exercées conformément à son objet social et du montant de son capital social » (L. n° 90-1258, 31 déc. 1990, art. 31-7, al. 1^{er}). Aussi, ces sociétés seront-elles désignées par l'acronyme « SPE » ce qui est tout à la fois curieux et inopportun. Curieux, car l'acronyme SPE n'identifiera pas à lui seul telle forme sociale plutôt que telle autre : l'acronyme SPE renverra uniquement une fonction sociale (exercice pluri-professionnel du droit et/ou du chiffre) et nullement à une forme sociétaire particulière (SAS, SARL, SEL, etc.). Inopportun car un acronyme tel que celui de « SPPE » eut été à la fois plus fidèle à la syntaxe française et surtout aurait évité toute confusion avec la proposition de règlement du Conseil relatif au statut de la société privée européenne, en date du 25 juin 2008, malheureusement délaissée pour l'heure, et qui retenait elle-même l'acronyme SPE.

14. Actionnariat – Aux termes de l'article 31-6, dernier alinéa, de la loi du 31 décembre 1990, la SPE ne saurait accomplir les actes d'une profession déterminée que par l'intermédiaire d'un de ses membres ayant qualité pour exercer cette profession. Concrètement, il ne saurait à l'évidence y avoir de SPE exerçant la profession d'AJ ou de MJ sans AJ ou MJ associé de cette SPE !

Et, en principe, nulle personne totalement étrangère aux professions exercées ne saurait détenir, directement ou même indirectement, de capital social dans une SPE.

15. Juxtaposition des autorités de contrôle, assurance, indépendance, comptabilité et gestion des conflit d'intérêts – Le décret n° 2016-794 retient manifestement un principe de pluralisme et donc de concurrence et de juxtaposition des autorités administrative ou professionnelle de contrôle et de surveillance des professions. Chacun inscrira et, par conséquent, surveillera les professionnels de son ressort (D. n° 2017-794, 5 mai 2017, art. 5, al. 1^{er} et 27, al. 1^{er}), même si une information mutuelle, une collaboration, voire des contrôles conjoints entre les autorités administrative ou professionnelle sont envisagés (D. n° 2017-794, 5 mai 2017, art. 5, al. 2, 9, 18 et 27, al. 2 not.). Et cette juxtaposition des statuts différents propres aux associés exerçant diverses professions au sein d'une même SPE emportera cette conséquence inhabituelle : en sus des obligations comptables applicables à la personne morale elle-même, une comptabilité distincte devra être tenue pour chaque profession exercée par la société (D. n° 2017-794, 5 mai 2017, art. 29, al. 1^{er}).

C'est très logiquement au contraire que la SPE devra souscrire une assurance couvrant les risques relatifs à sa responsabilité civile professionnelle. En effet, l'article R. 814-91 du Code de commerce a été complété par un alinéa précisant que : « Dans les sociétés pluri-professionnelles d'exercice, la garantie offerte par la caisse de garantie ne couvre que les dommages survenus dans le cadre de l'exercice des professions d'administrateur judiciaire ou de mandataire judiciaire » (D. n° 2017-796, 5 mai 2017). La caisse de garantie des AJMJ ne saurait en effet couvrir que ses membres AJMJ cotisants et non d'autres professionnels même associés en SPE.

L'ordonnance du 31 mars 2016 impose aux professionnels qui exercent au sein de la SPE de s'informer mutuellement des conflits d'intérêts susceptibles d'affecter leur exercice (L. n° 90-1258, 31 déc. 1990, art. 31-8, al. 2 nouv.).

Les statuts de la société devront garantir, d'une part, l'indépendance de l'exercice professionnel des associés, des collaborateurs et des salariés et, d'autre part, le respect des dispositions réglementaires encadrant l'exercice de la profession, notamment celles relatives à la déontologie. On notera également que les professionnels exerçant au sein d'une SPE seront tenus aux obligations de loyauté, de confidentialité ou de secret professionnel conformément aux dispositions encadrant l'exercice de leur profession.

Il est d'ailleurs surprenant de ce point de vue que l'ordonnance du 31 mars 2016 ne renvoie qu'aux « statuts » de la nouvelle SPE et à la bonne volonté des associés eux-mêmes pour garantir le respect des règles déontologiques et le traitement des conflits d'intérêts.

Or, les décrets du 5 mai 2017 sont restés largement muets sur la question, pourtant fondamentale, du traitement des conflits d'intérêts. Singulièrement, ils n'ont manifestement pas entendu entraver ce dispositif d'auto-régulation. C'est ainsi, par exemple, que l'article 2 du décret n° 2017-794 du 5 mai 2017 se contente d'« une déclaration sur l'honneur de chaque associé déjà en exercice attestant de l'absence de conflit d'intérêts entre ses activités en cours et celles des autres associés déjà en exercice » (5°) et, « lorsque la société exerce ou souhaite exercer l'activité d'administrateur judiciaire ou de mandataire judiciaire, une déclaration sur l'honneur de chaque associé déjà en exercice attestant de l'absence totale d'intérêt dans les mandats de justice en cours » (6°).

On y verra la marque d'une vision libérale et privée de la gestion de conflits d'intérêts qui ne semblent guère perçus comme relevant de l'intérêt général. Partant, les associés semblent largement libres de gérer d'éventuels conflits d'intérêts au plan statutaire, sans référence à une quelconque autorité indépendante à même de trancher un différend entre membres de la société.

Ainsi que cela a pu notamment être remarqué par M^e Emmanuel Piwnica, pareille conception pourrait sans doute être discutée, notamment au regard du règlement communautaire n° 2015/848 du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité qui dispose que « le cadre réglementaire national devrait comporter des dispositions appropriées pour traiter d'éventuels conflits d'intérêts » (cons. 21).

On conclura sur les nouvelles SPE en renvoyant aux termes si judicieux de notre collègue François-Xavier Lucas : « Ce rapprochement des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires avec d'autres professions du droit porte au mandat de justice une atteinte qui pourrait lui être fatale si elle devait remettre en cause l'indépendance dont doivent justifier ceux qui l'exercent et dont on peut se demander si leur statut n'est pas, par essence-même, incompatible avec tout rapprochement avec d'autres professionnels »¹⁰...

Et l'on se demandera si, ce faisant, le législateur n'a pas purement et simplement refermé l'ère ouverte par la loi *Badinter* de 1985, laquelle scinda en deux la profession de syndic pour rendre impossible tout conflit d'intérêts... Car, dès à présent, rien n'interdit en effet à un AJ de s'associer avec un MJ.

10 Lucas F.-X., « Commentaire des dispositions de la loi du 6 août 2015 "pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques" intéressant le droit des entreprises en difficulté », BJE sept. 2015, n° 112q8, p. 317, spéc. p. 325.

B. L'ouverture des petites procédures aux huissiers de justice et commissaires-priseurs judiciaires

16. Pluri-professionnalité en droit spécial des procédures collectives – Voulue par ceux que l'interprofessionnalité attire avec la SPE, la pluri-professionnalité est, au contraire, davantage subie par les AJMJ à l'égard des « petites procédures », dorénavant ouvertes à ceux qui intégreront à compter du 1^{er} juillet 2022 la future profession des commissaires de justice.

Le législateur a, en effet, souhaité poursuivre son mouvement de libéralisation des désignations par l'ordonnance n° 2016-727 du 2 juin 2016 relative à la désignation en justice, à titre habituel, des huissiers de justice et des commissaires-priseurs judiciaires en qualité de liquidateur ou d'assistant du juge commis dans certaines procédures prévues au titre IV du livre VI du Code de commerce.

On connaît déjà, à certaines conditions, la désignation à titre occasionnel de professionnels « hors liste » (C. com., art. L. 812-2, II). Mais, ainsi que l'a rappelé M^{me} Pélier-Tétreau, est apparue avec l'ordonnance du 2 juin 2016 la possibilité de désigner, en application de l'article 64 de la loi *Macron*, huissiers de justice et commissaires-priseurs judiciaires pour exercer les fonctions de mandataire judiciaire à titre habituel, dans le cadre des procédures de rétablissement professionnel et des procédures de liquidation judiciaire ouvertes à l'égard des entreprises qui ne comptent aucun salarié et dont le chiffre d'affaires annuel hors taxes est inférieur ou égal à 100 000 €.

Cette désignation à titre habituel est possible dans les procédures ouvertes depuis que la réforme est entrée en vigueur, soit depuis le 1^{er} janvier 2017. La réforme est d'ampleur puisque, suivant les projections d'un rapport parlementaire, « on peut estimer à 20 000 environ le nombre de liquidations chaque année concernant des entreprises sans salarié et ayant réalisé moins de 100 000 € de chiffre d'affaires. La possibilité de désigner un huissier de justice ou un commissaire-priseur judiciaire concernerait donc près de la moitié des liquidations judiciaires chaque année »¹¹. Pratiquement, il devrait s'agir de liquidations judiciaires simplifiées dont on peut penser qu'elles devraient davantage intéresser huissiers de justice que commissaires-priseurs.

L'ordonnance n° 2016-727 du 2 juin 2016 a insisté sur le nécessaire maintien d'exigences élevées en termes d'indépendance et de prévention des conflits d'intérêts : le gouvernement lui-même avait, en effet, relevé

11 Rapp. n° 370 (2014-2015) de M^{mes} Catherine Deroche, Dominique Estrosi Sassone et M. François Pillet, fait au nom de la commission spéciale, déposé le 25 mars 2015.

que ces conflits d'intérêts « sont potentiellement plus importants dès lors que, par définition, les huissiers de justice et les commissaires-priseurs n'exercent pas les fonctions de mandataire judiciaire à titre exclusif » (compte-rendu du Conseil des ministres du 1^{er} juin 2016).

Aussi, l'ordonnance et son important décret d'application (D. n° 2016-1851, 23 déc. 2016, relatif à la désignation des huissiers de justice et des commissaires-priseurs judiciaires dans certaines procédures relatives aux entreprises en difficulté et modifiant le Code de commerce) ont-elles, par principe, étendu

aux huissiers de justice et aux commissaires-priseurs judiciaires, tout en l'adaptant, le régime applicable en matière de surveillance, de contrôle et d'inspection des mandataires judiciaires (C. com., art. R. 812-21-1 et C. com., art. R. 812-22-1).

Aussi, est-ce la Commission nationale d'inscription et de discipline des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires qui sera compétente pour connaître des fautes disciplinaires que pourraient commettre les huissiers de justice et les commissaires-priseurs judiciaires ainsi désignés.

Le plan de sauvegarde de l'emploi en procédure collective

115b9

Christine GAILHBAUD

Maître de conférences à l'université Côte d'Azur

Avocat au barreau de Grasse

Cet article fait suite à l'atelier de droit social, sous la présidence de Madame Béatrice Veyssière, responsable du service juridique, direction nationale délégation UNEDIC-AGS, intervenu dans le cadre du Congrès national du Conseil national des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires, organisé à La Colle-sur-loup les 15 et 16 juin 2017, et composé de Maître Nathalie Leboucher, administrateur judiciaire, associée de la SELARL FHB, Maître Lucile Jouve, mandataire judiciaire, SELAFA MJA, Maître Christine Gailhbaud.

1. Le droit du plan de sauvegarde de l'emploi¹ intéresse l'entreprise en difficulté qui y est soumise comme l'employeur *in bonis* dans le cadre d'une procédure de licenciement économique de dix salariés ou plus², dès lors qu'elle compte au moins cinquante salariés³. Le droit du licenciement, comportant l'obligation à PSE, fait régulièrement l'objet des réflexions menées dans le cadre du Congrès national organisé par le Conseil national des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires⁴. Les tâches incombant aux professionnels du mandat de justice⁵, dans le cadre des procédures de « grands » licenciements économiques collectifs, justifient que le projecteur soit spécialement arrêté sur le plan de sauvegarde de l'emploi.

2. Les règles encadrant l'élaboration du PSE ont fait l'objet d'une réforme d'ampleur avec la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, donnant naissance à un nouveau droit du PSE. Les difficultés d'articulation de la procédure de licenciement avec PSE et du droit des procédures col-

lectives⁶ ont conduit à des réformes successives⁷ qui ont permis d'adapter⁸ certaines règles régissant l'élaboration du PSE aux conditions de nécessaires célérité et sécurité et de pénurie de moyens de l'entreprise défaillante.

3. Le double contrôle, opéré successivement par l'autorité administrative et le juge de l'excès de pouvoir, portant à la fois sur la procédure d'établissement du PSE et sur son contenu, exige une attention soutenue à tous les stades de son élaboration. La situation de l'entreprise en difficulté reste indifférente à la juridiction administrative qui contrôle le caractère suffisant des moyens mis en œuvre dans le PSE au regard de ceux dont dispose l'entreprise ou le groupe⁹. Réduire le risque d'annulation de la décision administrative d'homologation ou de validation du PSE, sur laquelle reposent les licenciements économiques¹⁰, est primordial : non seulement dans le cadre de la procédure collective mais également à l'égard de l'AGS dont la garantie serait mise en œuvre au titre des créances éventuelles de dommages et intérêts pouvant découler

1 PSE.

2 Ou lorsque des licenciements économiques ont été mis en œuvre au cours des trois mois précédents (C. trav., art. L. 1233-26) ou au cours de l'année civile précédente (C. trav., art. L. 1233-27).

3 En cas de réduction des effectifs en deçà du seuil de 50 salariés en cours de procédure collective : la date d'appréciation des effectifs est celle de l'élaboration du plan en cas de plan de cession, Cass. soc., 19 mai 2015, n° 13-26669 à 13-26677 : LEDEN juill. 2015, n° 104, p. 6, note Dedessus-Le-Moustier G. ; JCP S 2015, 1291, comm. Fin-Langer L. ; BJE sept. 2015, n° 112n2, p. 316, note Donnette-Boissière A. ; Gaz. Pal. 20 oct. 2015, n° 244b9, p. 32, note Gailhbaud C.

4 Jacotot D., « Le traitement des difficultés de l'entreprise à l'épreuve de la loi sur la sécurisation de l'emploi : adaptations à prévoir », BJE sept. 2013, n° 110k1, p. 325 ; « La nouvelle procédure de licenciement collectif : procédure simplifiée ou complexifiée », BJE sept. 2016, n° 113t4, p. 371.

5 Licenciements économiques effectués sous la responsabilité de l'administrateur judiciaire lorsqu'il en est désigné un en redressement judiciaire (C. com., art. L. 631-17 et C. com., art. L. 631-19 ; C. com., art. L. 631-22 et C. com., art. L. 642-5) et du liquidateur judiciaire en liquidation judiciaire (C. com., art. L. 641-4 ; C. com., art. L. 642-5).

6 Not., Gailhbaud C., « Il faut sauver l'entreprise en difficulté », Gaz. Pal. 4 mai 2013, n° 129h8 ; Jacotot D., « Le traitement des difficultés de l'entreprise à l'épreuve de la loi sur la sécurisation de l'emploi : adaptations à prévoir », préc. ; « L'intervention des représentants du personnel en cas de "grand" licenciement collectif dans une entreprise en difficulté. Retour sur le jugement du tribunal administratif de Montreuil du 20 décembre 2013 », Dr. sociétés 2014, p. 423 ; Driguez L., « Licenciements économiques et procédures collectives : une nouvelle articulation gage de sécurisation ? », Dr. sociétés 2013, p. 995 ; « La sécurisation de l'emploi et les procédures collectives font-elles bon ménage ? », BJE juill. 2013, n° 110d1.

7 Spéc., Ord. n° 2014-326, 12 mars 2014, portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives (mod. Ord. du 26 juin 2014) ; L. n° 2015-990, 6 août 2015, art. 291, pour la croissance, l'activité, et l'égalité des chances économiques : JO n° 0181, 7 août 2015.

8 Driguez L., « Un pas de plus vers la sécurisation des licenciements collectifs des entreprises en redressement et liquidation judiciaires », BJE nov. 2015, n° 112t1, p. 437 ; Jacotot D. et Gailhbaud C., « Apports de la réforme du livre VI du Code de commerce en matière de droit du travail », Gaz. Pal. 7 oct. 2014, n° 194r4, p. 11.

9 Avant la réforme de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 : CE, 13 juill. 2016, n° 387448.

10 Si la décision du DIRECCTE homologuant le PSE est annulée, l'autorisation administrative de licencier un salarié protégé se trouve également nulle : CE, 19 juill. 2017, n° 391849.

de la contestation de la validité des licenciements fondés sur la décision administrative annulée. Bien que l'adoption du PSE soit mieux encadrée, l'élaboration de son support (I) et la détermination de son contenu (II) méritent que l'on s'y arrête pour tenter de réduire le risque contentieux.

I. Le support du plan de sauvegarde de l'emploi

4. L'élaboration du plan de sauvegarde de l'emploi dans le cadre d'une procédure de licenciement économique collectif ne se limite pas à la détermination de son contenu. Les dispositions du Code du travail permettent d'élaborer le PSE par voie d'accord collectif majoritaire¹¹ ou par document unilatéral de l'employeur¹². Le choix du support du PSE doit d'abord être effectué (A). Des règles distinctes régissent ensuite leurs modalités d'élaboration (B) et leur contenu (C).

A. Le choix du support : intérêts du PSE négocié

5. L'employeur a le choix du support qui comportera le PSE. Il n'existe aucune obligation d'engager des négociations destinées à la conclusion d'un PSE négocié, même en présence de délégués syndicaux dans l'entreprise en difficulté.

6. Le choix du support d'élaboration du PSE dépend de la possibilité de négocier et conclure un accord majoritaire¹³ : sa signature exige la présence de délégués syndicaux désignés dans l'entreprise. Le mandataire de justice devra s'assurer que les désignations des délégués syndicaux ont été notifiées par les organisations syndicales après les dernières élections professionnelles¹⁴. Le caractère catégoriel du syndicat signataire de l'accord est indifférent¹⁵.

7. Outre l'adaptation des éléments¹⁶ liés au projet de licenciement que permet la négociation d'un accord, l'étendue du contrôle du DIRECCTE¹⁷, devant statuer sur la décision d'homologation ou de validation du PSE, incite à privilégier l'accord collectif. Le contrôle de l'administration¹⁸ porte en effet, pour le PSE négocié, sur la régularité de la procédure

d'information-consultation des institutions représentatives du personnel, sur la validité de l'accord collectif majoritaire et sur la seule présence du PSE dans l'accord conclu. Dans le cadre de l'homologation du document unilatéral, le contrôle de l'administration porte non seulement sur la régularité de la procédure de consultation des représentants du personnel mais également sur le respect¹⁹ des dispositions des articles L. 1233-61 à L. 1233-63 du Code du travail, et notamment le caractère suffisant des moyens contribuant aux objectifs de maintien de l'emploi et de reclassement des salariés en considération des moyens dont dispose l'entreprise, lorsqu'elle est en redressement ou en liquidation judiciaire²⁰, et au regard des moyens dont dispose l'unité économique et sociale ou le groupe²¹ auquel appartient l'entreprise *in bonis* ou en procédure de sauvegarde.

B. La procédure d'élaboration du PSE négocié ou unilatéral

8. L'élaboration du PSE s'articule autour de la procédure d'information-consultation des représentants du personnel (1) et de celle encadrant l'intervention de l'administration (2) à laquelle une demande de validation ou d'homologation du PSE sera notifiée.

1. La procédure d'information-consultation des institutions représentatives du personnel

9. La loi du 14 juin 2013 n'a pas précisé à quel moment devaient être entamées les négociations de l'accord collectif pouvant contenir le PSE : l'absence de dispositions spécifiques à l'articulation entre les différentes procédures d'élaboration du PSE, selon qu'il est négocié ou unilatéral, permet²² d'engager l'ouverture des négociations²³, avant²⁴, en même temps ou en cours de procédure d'information-consultation sur le projet de licenciement²⁵. Le projet d'accord collectif portant PSE n'a pas à être soumis à l'avis du comité d'entreprise²⁶.

10. L'échec de la négociation conduirait l'entreprise en difficulté à établir le document unilatéral après

11 C. trav., art. L. 1233-24-1 et s.

12 C. trav., art. L. 1233-24-4.

13 C. trav., art. L. 1233-24-1.

14 CE, 30 mai 2016, n° 385730 : LEDEN sept. 2016, n° 110y1, p. 7, note Dedessus-Le-Moustier G.

15 CE, 5 mai 2017, n° 389620.

16 Définition des catégories professionnelles au sein desquelles les emplois sont supprimés, détermination du périmètre d'application des critères d'ordre au niveau des établissements de l'entreprise, aménagement de la procédure d'information-consultation des institutions représentatives du personnel...

17 Directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi : C. trav., art. D. 1233-14-2.

18 CE, 7 déc. 2015, n° 383856.

19 C. trav., art. L. 1233-57-3.

20 Limitation de l'étendue du périmètre d'appréciation du caractère suffisant des moyens mis en œuvre dans le PSE à l'entreprise : L. n° 2015-99, 6 août 2015, art. 291. Droit antérieur : CE, 27 oct. 2016, n° 386664 : LEDEN févr. 2017, n° 110k5, p. 5, note de Frémont H.

21 CE, 30 mai 2016, n° 384114.

22 Inst. DGEFP/DGT n° 2013/13 du 19 juill. 2013 relative à la mise en œuvre de la procédure de licenciement économique collectif, fiche n° 1, p. 3.

23 C. trav., art. L. 1233-24-1 : l'administration du travail est informée « sans délai » de l'ouverture de la négociation d'un accord collectif.

24 Risque de délit d'entrave écarté par l'administration (Inst. DGEFP/DGT n° 2013/13 du 19 juill. 2013).

25 C. trav., art. L. 1233-30.

26 C. trav., art. L. 2323-2 (mod. L. n° 2015-994, 17 août 2015, art. 18-1), en vigueur au 1^{er} janv. 2016.

la dernière réunion d'information-consultation du comité d'entreprise sur le projet de licenciement²⁷.

11. L'information-consultation des institutions représentatives du personnel sur le PSE est intégrée dans l'information-consultation sur le projet de licenciement collectif²⁸ portant sur le nombre d'emplois supprimés, les catégories professionnelles concernées, les critères d'ordre, le calendrier prévisionnel des licenciements et les mesures sociales d'accompagnement contenues dans le PSE. L'accord collectif négocié doit au moins porter sur le PSE.

12. Dans le cadre du contrôle de la régularité de la procédure de consultation, le DIRECCTE vérifie si le comité d'entreprise a disposé des informations lui permettant de formuler en toute connaissance de cause ses avis sur l'opération projetée et sur le projet de licenciement²⁹. Dans le cadre de la validation d'un accord collectif portant sur tous les éléments énoncés à l'article L. 1233-30 du Code du travail, le comité d'entreprise doit avoir pu formuler son avis éclairé sur l'opération projetée³⁰. Si l'accord collectif, portant PSE, n'est que partiel, les éléments d'information visés à l'article L. 1233-30 du Code du travail non compris dans l'accord, doivent avoir fait l'objet de l'information-consultation du comité d'entreprise sur le projet de licenciement.

13. Le projet de licenciement peut concerner le domaine d'attribution du CHSCT. La décision de validation ou d'homologation du PSE serait annulée sur le fondement de l'irrégularité de la procédure de consultation des représentants du personnel en l'absence de consultation du CHSCT si celle-ci était obligatoire³¹. Qu'en est-il en cas de liquidation judiciaire avec cessation totale d'activité ? Le projet de licenciement de l'intégralité des salariés ne constituerait pas une décision d'aménagement important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail au sein de l'entreprise et n'imposerait pas dès lors de consultation du CHSCT³². La prudence pourrait conduire à consulter néanmoins le CHSCT, spécialement lorsqu'une assistance psychologique est mise en place au sein de l'entreprise pendant le déroulement de la procédure de licenciement, permettant d'éviter un éventuel refus de validation ou d'homologation du PSE par le DIRECCTE qui considérerait,

malgré la position des juridictions du fond, qu'une consultation devait être effectuée.

2. La procédure devant le DIRECCTE

14. L'administration peut formuler des propositions pour compléter ou modifier le PSE avant la dernière réunion du comité d'entreprise³³, des injonctions à la demande des représentants du personnel³⁴, ou des observations sur la procédure ou les mesures sociales³⁵. Les attributions dévolues à l'autorité administrative sont soumises à un régime juridique prévoyant l'obligation pour l'employeur de fournir une réponse motivée. Les représentants du personnel sont destinataires des échanges³⁶. Le non-respect du cadre légal et réglementaire de l'exercice par l'autorité administrative des pouvoirs de proposition, d'injonction et d'observation peut entacher d'irrégularité la procédure d'information-consultation des représentants du personnel conduisant à la nullité de la décision de validation ou d'homologation du PSE. Le juge de l'excès de pouvoir doit, dans ce cas, se livrer à une appréciation globale de la régularité de la procédure d'information et de consultation du comité d'entreprise à la date où l'autorité administrative statue sur la demande de validation ou d'homologation³⁷.

C. Le contenu du document unilatéral

15. En l'absence de PSE négocié ou en présence d'un accord partiel ne portant que sur le PSE, le document unilatéral établi à l'issue de la dernière réunion du comité d'entreprise, doit contenir³⁸ les éléments visés à l'article L. 1233-24-2 du Code du travail et notamment, les catégories professionnelles concernées (1) et la pondération et le périmètre d'application des critères d'ordre (2). Définis unilatéralement par l'employeur, leur détermination ne peut déroger aux règles qui leur sont applicables en droit positif.

1. La détermination des catégories professionnelles

16. Les catégories professionnelles doivent regrouper, chacune, l'ensemble des salariés qui exercent au sein de l'entreprise des fonctions de même nature supposant une formation professionnelle commune³⁹. L'illégalité de la définition des catégories professionnelles dans le

27 C. trav., art. L. 1233-24-4.

28 C. trav., art. L. 1233-30 : information-consultation dite « Livre I », qui devrait être intitulée « Partie I ».

29 CE, 22 juill. 2015, n° 385816 ; CE, 5 mai 2017, n° 389620 ; sur le rôle de l'expert-comptable : CE, 21 janv. 2015, n° 385683 ; CAA Versailles, 4^e ch., 22 févr. 2017, n° 16VE03398.

30 C. trav., art. L. 1233-30 et C. trav., art. L. 2323-31.

31 CE, 21 oct. 2015, n° 386123 ; CE, 29 juin 2016, n° 386581. Pas d'incidence de l'absence de consultation du CHSCT si elle n'était pas exigée : CE, 7 sept. 2016, n° 394243.

32 CAA Lyon, 1^{er} sept. 2016, n° 16LY01876 ; CAA Nantes, 31 août 2016, n° 16NT01796.

33 C. trav., art. L. 1233-57.

34 C. trav., art. L. 1233-57-5.

35 C. trav., art. L. 1233-57-6.

36 À l'exception de la réponse de l'employeur à l'injonction : CAA Versailles, 24 juin 2014, n° 14VE00884.

37 CE, 23 mars 2016, n° 389158 ; LEDEN juin 2016, n° 97, p. 7, note de Frémont H.

38 C. trav., art. L. 1233-57-3.

39 CE, 30 mai 2016, n° 387798 ; ant. L. 14 juin 2013 ; Cass. soc., 27 mai 2015, n° 14-11688.

document unilatéral conduit à l'annulation de la décision d'homologation⁴⁰.

17. En revanche, en redressement ou en liquidation judiciaire, s'imposent à l'administration les catégories professionnelles définies par ordonnance du juge-commissaire ou jugement du tribunal de la procédure collective autorisant les licenciements⁴¹.

2. La pondération et le périmètre d'application des critères d'ordre

18. En l'absence d'accord collectif, la pondération des critères d'ordre, tels que définis par l'article L. 1233-5 du Code du travail ou par la convention collective applicable, ne peut conduire à neutraliser l'un d'entre eux, sauf s'il est établi, dès l'élaboration du PSE, que, dans la situation particulière de l'entreprise et au vu de l'ensemble des personnes susceptibles d'être licenciées, aucune des modulations légalement envisageables pour le critère en question ne pourra être matériellement mise en œuvre lors de la détermination de l'ordre des licenciements⁴². Or, il a pu être retenu que le fait que l'administrateur judiciaire de l'employeur débiteur ne disposait, au moment de l'élaboration du plan de sauvegarde de l'emploi, ni de fiches de postes ni d'évaluations antérieures des salariés, ne l'empêchait pas de fixer tout de même, pour le critère des « qualités professionnelles », un ou plusieurs éléments de pondération susceptibles d'être ultérieurement mis en œuvre⁴³.

19. En l'absence d'accord collectif, le périmètre d'application des critères reste l'entreprise, tous établissements confondus. Depuis la loi du 6 août 2015, les critères d'ordre peuvent être appliqués à la zone d'emploi⁴⁴ définie par l'INSEE, sans que ce périmètre puisse servir à la détermination des catégories professionnelles⁴⁵.

II. Le contenu du PSE

20. Parmi les points saillants à relever dans le cadre de la rédaction du contenu du PSE, le plan de reclassement destiné à éviter les licenciements fait l'objet d'un contrôle de l'autorité administrative (A). Le financement des mesures sociales d'accompagnement des salariés licenciés (B) mérite une attention particulière dans l'entreprise en difficulté au regard de la pénurie des moyens dont elle peut disposer.

A. Le plan de reclassement

21. Le plan de reclassement intégré au PSE doit satisfaire aux objectifs de maintien dans l'emploi et de reclassement des salariés⁴⁶ au regard des moyens dont disposent l'entreprise et le groupe auquel elle appartient lorsque l'entreprise est en procédure de sauvegarde ou *in bonis*. Dans le cadre des procédures de licenciement engagées à partir du 8 août 2015⁴⁷ dans l'entreprise en redressement ou en liquidation judiciaire, le respect des dispositions concernant le plan est vérifié au regard des moyens dont dispose l'entreprise.

22. Le mandataire de justice devra toutefois avoir procédé aux recherches de reclassement dans le périmètre de l'obligation de reclassement tel qu'il découle de l'article L. 1233-4 du Code du travail pour s'assurer du respect de l'obligation de reclassement interne dont le contrôle est soumis aux juridictions judiciaires, en dehors des mesures du PSE.

23. Le périmètre du groupe dans lequel les recherches de reclassement doivent être effectuées est déterminé en fonction du critère de permutableté des salariés entre les structures composant le « groupe de reclassement », peu important l'absence de liens de droit entre les différentes entités⁴⁸.

24. Le périmètre de l'obligation de reclassement régissant l'élaboration du plan de reclassement peut être étendu à la commission paritaire nationale de l'emploi de la branche d'activité de l'entreprise. Cette extension du périmètre est conditionnée par l'attribution par les partenaires sociaux, lors de la conclusion de la convention collective applicable, à la commission paritaire, d'une mission en matière de reclassement externe⁴⁹.

25. L'administration vérifie que l'employeur a procédé à une recherche sérieuse des postes disponibles pour un reclassement dans les autres entreprises du périmètre de reclassement⁵⁰. Pour l'ensemble des postes de reclassement identifiés, l'employeur doit avoir indiqué dans le plan leur nombre, leur nature, leur

40 CAA Versailles, 4^e ch., 22 févr. 2017, n° 16VE03480 ; CAA Versailles, 4^e ch., 9 mai 2017, n° 17VE00439.

41 Dans le cadre d'un plan de cession : CE, 21 oct. 2015, n° 382633.

42 CE, 1^{er} févr. 2017, n° 387886.

43 CE, 1^{er} févr. 2017, préc.

44 C. trav., art. D. 1233-2.

45 TA Cergy-Pontoise, 4^e ch., 16 janv. 2017, n° 1609820 : Gaz. Pal. 16 mai 2017, n° 292u9, p. 28, note Kopelman E.

46 C. trav., art. L. 1233-61.

47 L. n° 2015-990, 6 août 2015, art. 291 : JO n° 181, 7 août 2015.

48 Réseau d'associations : permutableté retenue, Cass. soc., 9 mars 2017, n° 15-23256 ; Cass. soc., 1^{er} févr. 2017, n° 15-25405 ; Cass. soc., 16 nov. 2016, n° 15-15190 à 15-15287 ; Réseau Leclerc : permutableté non retenue, Cass. soc., 16 nov. 2016, n° 14-30063 ; Réseau de franchisés : permutableté retenue, Cass. soc., 19 févr. 2014, n° 12-22709 ; Réseau d'entités exerçant sous une même enseigne : permutableté retenue, Cass. soc., 27 nov. 2013, n° 12-18470.

49 Cass. soc., 8 mars 2017, n° 15-24149 ; Cass. soc., 11 juill. 2016, n° 15-12752.

50 Jurisprudence concernant des procédures de licenciement antérieures à l'entrée en vigueur de la loi du 6 août 2015 : CE, 30 mai 2016, n° 383928 ; CE, 4 mai 2016, n° 384094 ; CAA Lyon, 1^{er} sept. 2016, n° 16LY01876 ; application du droit commun : CE, 7 sept. 2016, n° 394243.

localisation, et les éventuelles mesures de formation d'adaptation qui s'avéreraient nécessaires.

B. Le financement des mesures sociales d'accompagnement

26. L'une des difficultés rencontrées en procédure collective dans l'élaboration du PSE se trouve dans la mise en place de mesures sociales d'accompagnement nécessitant un financement.

Les mesures d'aides à la création d'entreprise⁵¹ et aux mobilités fonctionnelle⁵² et géographique⁵³, qui permettent de faciliter le reclassement des salariés, sont souvent les seules mesures que l'entreprise en difficulté parvient à financer ou à faire financer⁵⁴. L'AGS ne peut intervenir au financement de ces mesures principales. Les dispositions de l'article L. 3253-8, 4°, du Code du travail limitent la garantie de l'AGS aux mesures d'accompagnement qui s'entendent comme les frais accessoires⁵⁵ aux mesures sociales du plan validé ou homologué.

27. Le coût de mise en place d'une cellule de reclassement externe assurée par un prestataire extérieur est

souvent trop lourd pour l'entreprise en redressement ou en liquidation judiciaire. Si tel n'était pas le cas, l'attention du rédacteur du PSE doit être attirée sur la rédaction du cahier des charges du prestataire dont les obligations doivent pouvoir être accomplies au risque d'engager la responsabilité de l'entreprise en difficulté en cas de manquement⁵⁶.

28. En liquidation judiciaire, en cas de cessation d'activité et de licenciement de l'intégralité des salariés, le financement du maintien des garanties de prévoyance et de couverture frais de santé ne peut plus être assuré. Le liquidateur judiciaire pourra être confronté à l'impossibilité de financer la portabilité de ces droits dont bénéficient les salariés licenciés⁵⁷. Le projet d'étude destiné à envisager la possibilité de faire intervenir un fonds de mutualisation dédié au financement du maintien de la couverture santé et prévoyance des salariés licenciés par une entreprise en liquidation judiciaire n'a pas vu le jour⁵⁸. Le risque de se trouver dans l'impossibilité de financer le maintien de ces garanties devrait être précisé dans le PSE, de même que la mention de l'action en justice⁵⁹ éventuellement engagée, par le liquidateur, à l'encontre du ou des organismes en charge de ces garanties.

51 Frais de création ou de reprise d'entreprise...

52 Formations d'adaptation, formations de conversion...

53 Prise en charge des frais de recherches d'un logement, des frais de déménagement...

54 Spécialement lorsqu'un budget peut être alloué par le repreneur en plan de cession ; recherches de financement public ; allocation temporaire dégressive particulière en accord avec l'administration du travail (Fonds national de l'emploi).

55 Toutes mesures accessoires, sur justificatifs, concourant à accompagner le retour à l'emploi et la réinsertion sur le marché du travail des salariés licenciés pour motif économique en exécution du PSE. Ex. : frais de déplacement aux formations, frais de constitution de l'entité dans le cadre d'une reprise ou création d'entreprise...

56 Cass. soc., 17 mai 2017, n° 15-29441 : condamnation de l'employeur à dommages et intérêts pour non présentation de trois offres valables d'emploi par le prestataire comme le prévoyait le PSE.

57 CSS, art. L. 911-8.

58 L. n° 2013-504, 14 juin 2013, art. 4.

59 CA Paris, 1-3, 13 sept. 2016, n° 15/17810 : Act. proc. coll. mars 2017, n° 85, note Anfray O. ; Broud F., Bourbouloux H. et Oliveira A., « L'impossible mise en œuvre du dispositif de la portabilité des garanties de mutuelle et de prévoyance dans les entreprises en liquidation judiciaire », BJE mars 2017, n° 114h4, p. 92.

L'intervention du juge-commissaire 115c7

Thierry BOUVET

Mandataire judiciaire
Ancien président de l'IFPPC

Cécile DÜR

Administrateur judiciaire

Jean-Marc LATREILLE

Juge au tribunal de commerce de Marseille

Pierre-Michel LE CORRE

Professeur à l'université Côte d'azur
Membre du CERDP

Atelier animé par Thierry Bouvet, mandataire judiciaire, ancien président de l'IFPPC, Cécile Dür, administrateur judiciaire, et Jean-Marc Latreille, juge au tribunal de commerce de Marseille exerçant depuis de nombreuses années les fonctions de juge-commissaire, et coordonné scientifiquement par Pierre-Michel Le Corre, professeur à l'université Côte d'azur, membre du CERDP (EA 1201).

L'atelier s'est déroulé en deux temps. Il a d'abord été question de s'intéresser à l'implication du juge-commissaire et aux limites de cette implication (I). Ensuite, il a été démontré que le rôle du juge-commissaire peut être accru, par les sollicitations qu'il peut avoir de différents intervenants de la procédure collective (II).

I. Implication et limites de l'implication du juge-commissaire

Le juge-commissaire est classiquement présenté comme le chef d'orchestre de la procédure collective¹. Il veille à son déroulement rapide, assurant un rôle de fluidification de la procédure collective, tranche les litiges susceptibles de survenir entre les organes de la procédure, statue par voie d'ordonnance dans le cadre de la vérification du passif, de la continuation des contrats en cours ou encore dans le cadre des revendications et restitutions. Il délivre un certain nombre d'habilitations, spécialement celles qui ont pour objet la vente d'actifs isolés du débiteur en liquidation judiciaire.

Il apparaît omniprésent, notamment par ses rapports qui sont obligatoires sur tout ce qui concerne la procédure collective et les sanctions.

De là à y voir une omnipotence, il n'y a qu'un pas, qui pourtant ne doit pas être franchi. Spécialement, il ne doit pas empiéter sur les prérogatives du tribunal. Ainsi, le sort de l'entreprise ne lui appartient pas. Si les rapports qu'il dépose sont précieux pour éclairer le

tribunal, ils n'ont pas d'autre objet. Il n'est pas la juridiction à qui appartient le sort de l'entreprise.

De même, la jurisprudence, puis la loi, ont assigné au juge-commissaire un périmètre particulier d'intervention dans le cadre de la vérification des créances. Lorsque la juridiction à laquelle il appartient est compétente pour connaître d'une discussion sur la créance déclarée, il ne la tranchera que pour autant qu'elle relève de l'évidence, le juge-commissaire étant devenu en matière de vérification des créances un juge de l'évidence, à l'instar d'un juge des référés. Il a été insisté sur le fait que ce cantonnement du juge-commissaire dans son office juridictionnel n'existe que dans la matière de la vérification des créances, et seulement si la question en débat porte sur le fond de la créance déclarée, non si elle concerne la régularité de la déclaration de créance. Au contraire, pareille restriction au pouvoir de juger du juge-commissaire n'existe pas, du moins pour l'heure, en matière de continuation des contrats, ou encore en matière de revendication, quelque difficiles que soient les questions à trancher.

Ces observations permettent déjà de comprendre les limites de l'intervention du juge-commissaire, mises en évidence par Cécile Dür. Mais la difficulté la plus importante a été ailleurs : celle de répondre à certaines interrogations sur la posture du juge-commissaire à l'égard du débiteur.

Bien connaître l'entreprise du débiteur pour émettre un avis éclairé, servant de rapport, sera chose précieuse pour le tribunal. Jean-Marc Latreille a insisté sur cet aspect. Pour autant, le juge-commissaire ne semble pas pouvoir tisser des liens trop étroits avec le débiteur, sous peine de dériver dans sa fonction de juge éclairer. Les rapports doivent être objectifs,

¹ Derrida F., Godé P. et Sortais J.-P., avec la collaboration d'Honorat A., *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, 3^e éd., 1991, Dalloz, n° 90.

c'est-à-dire transmettre des informations précises et brutes, mais ne pas comporter de jugement de valeur, ou d'appréciations subjectives. L'impartialité dont le juge-commissaire doit faire preuve est à ce prix.

Face à cette problématique du bon dosage à trouver, la question s'est posée de savoir s'il était bien dans la mission du juge-commissaire de recevoir en privé le chef d'entreprise ou encore de se déplacer dans l'entreprise pour le rencontrer. Les mandataires de justice s'y sont plutôt montrés hostiles en raison de la nécessaire impartialité dont doit faire preuve le juge-commissaire. Ainsi, est-il apparu préférable de perdre un peu en information pour conserver davantage d'impartialité.

Tout est donc question de dosage entre la volonté du juge-commissaire d'éclairer au mieux son tribunal et la conservation de l'impartialité indispensable à la fonction de juger. Le juge-commissaire doit donc se garder d'avoir des idées préconçues car il aura le moment venu à trancher des contentieux et toute sympathie excessive à l'égard du débiteur ou à l'inverse tout animosité lui ferait perdre en qualité dans son art de juger. Bien juger n'est pas avoir, avant l'audition de parties, une connaissance totale du dossier, mais acquérir cette connaissance une fois que les arguments des différentes parties ont pu être contradictoirement exposés, sans jamais aller en chercher, par une quête personnelle, en dehors de ce que les parties ont énoncé.

Si le juge-commissaire intervient à toutes les étapes de la procédure collective, son rôle peut encore être accru sous l'impulsion des intervenants de la procédure collective.

Jean-Marc Latreille et Cécile Dür

II. L'accroissement du rôle du juge-commissaire du fait de la sollicitation des intervenants de la procédure collective

L'article L. 622-7-II, alinéa 1^{er}, du Code de commerce interdit l'accomplissement en période d'observation d'actes de disposition étrangers à la gestion courante. Il interdit aussi la constitution de sûreté réelle, les transactions et compromis. L'interdiction est posée non seulement pour le débiteur, mais également pour son administrateur judiciaire. Il ne s'agit donc pas seulement de restreindre les pouvoirs du débiteur, mais plus fondamentalement d'interdire l'accomplissement d'actes susceptibles de mettre en péril le devenir de l'entreprise, en constituant des obstacles à son sauvetage.

L'interdiction vaut également en liquidation judiciaire. Son objet est alors d'assurer un traitement égalitaire entre les créanciers, en évitant des atteintes au gage commun. L'interdiction rejoint alors les finalités du dessaisissement, qu'elle renforce puisque les actes en cause sont interdits même au liquidateur judiciaire. L'interdiction est posée au plan civil, et le III de l'article L. 622-7 frappe de nullité les actes accomplis au mépris de l'interdiction. L'interdiction est relayée au plan pénal, l'article L. 654-8 punissant d'une peine de 2 ans de prison et d'une amende de 30 000 € l'accomplissement d'actes interdits.

À la vérité, le texte de l'article L. 622-7, II, alinéa 1^{er}, du Code de commerce ne pose pas véritablement une interdiction. Cette dernière ressort de l'interprétation du texte qui permet au juge-commissaire d'autoriser l'accomplissement de tels actes. Il eût été plus rationnel de commencer à poser franchement l'interdiction, avant d'envisager une possibilité d'autorisation.

Quoi qu'il en soit, l'un des aspects intéressants de l'intervention et de l'implication du juge-commissaire tient au constat qu'il peut rendre possible ce qui est interdit. Comme les pénalistes nous l'enseignent, il y a ici un élément justificatif de l'infraction, tant civile que pénale, tenant à la permission du juge. L'observation vaut non seulement pour les paiements interdits, mais encore pour tous les actes de disposition étrangers à la gestion courante.

L'acte de disposition se définit comme celui qui modifie la composition d'un patrimoine par le transfert d'un droit réel ou par la souscription d'un engagement important.

L'acte d'administration correspond pour sa part aux opérations de gestion normale d'un patrimoine.

Deux types d'actes ont été au centre des préoccupations de l'atelier : celui des transactions (A) et celui des paiements interdits (B).

A. Les transactions

La transaction permet le passage d'un classique office de l'autorisation reconnu au juge-commissaire, et prenant le nom d'habilitation, à un « office de facilitateur de solutions » (Thierry Bouvet). L'exigence de rapidité de gestion des procédures collectives fait apparaître la transaction comme un moyen extrêmement précieux.

Le plus souvent, la transaction permet de gagner beaucoup de temps. Un exemple a été pris d'une transaction ayant permis de trouver une clé de répartition entre les créanciers, dans une affaire où de multiples instances étaient en cours, paralysant les procédures d'admission des créances, alors que d'évidence toutes les créances ne pourraient être payées. Un comité informel de créanciers a été composé dans la liqui-

dation judiciaire. Les créanciers ont abandonné une partie de leurs créances antérieures, à la suite de l'application d'un pourcentage de remise de dettes, et ont accepté que leurs droits au titre des créances postérieures méritantes soient fixés par la transaction. Ils ont renoncé à toutes les instances en cours. Ainsi, une clôture par extinction du passif exigible a-t-elle pu intervenir, grâce aux abandons de créances. En une année, le dossier a été bouclé, là où de nombreuses années auraient été nécessaires pour mener à leur terme les instances en cours.

Parfois, la transaction est utilisée comme un vecteur d'accroissement du gage commun et revêt alors un aspect central dans la mission du mandataire judiciaire, défenseur de l'intérêt collectif des créanciers et donc du gage commun, qui réussit à transformer, par transaction, un dossier impécunieux en un dossier dans lequel il y aura matière à répartitions. L'exemple a été pris d'un dossier dans lequel le bailleur avait obtenu le constat de la résiliation de plein droit de son bail commercial. Le liquidateur avait ainsi perdu le seul actif susceptible de réalisation, le fonds de commerce. Une transaction est intervenue avec le bailleur au terme de laquelle celui-ci, en contrepartie de la renonciation à la résiliation du bail, a accepté d'être payé de ses créances antérieures sur le prix de cession du fonds de commerce.

Ce mécanisme transactionnel apparaît extrêmement louable. Pourtant, on s'interroge sur sa validité. Pourquoi ? Parce que la transaction en cause peut conduire à violer l'ordre de répartition entre les créanciers, si l'on paie prioritairement le bailleur par rapport à des créanciers de rang préférable. Pourtant, ce paiement prioritaire est généralement la condition *sine qua non* de la transaction, sans laquelle aucun paiement n'interviendra. Il serait sans doute bon que le législateur intervienne pour assouplir les conditions de la transaction dans les procédures collectives, au regard de certaines règles d'ordre public. Une dérogation à la règle de l'ordre des répartitions serait bienvenue, dès lors que la transaction est le seul moyen pour effectuer une répartition.

B. Les paiements interdits

L'article L. 622-7-I, alinéa 1^{er}, du Code de commerce interdit le paiement, après jugement d'ouverture, de toute créance autre que la créance postérieure méritante. Est donc interdit le paiement :

- des créances antérieures ;
- des créances postérieures nées irrégulièrement, c'est-à-dire en infraction avec les règles de répartition des pouvoirs entre le débiteur et les organes de la procédure collective ;

– des créances postérieures nées régulièrement après le jugement d'ouverture mais n'entrant pas dans les critères téléologiques d'attribution du traitement préférentiel.

Le paiement interdit est annulable dans les 3 ans du paiement à la demande de tout intéressé. Il est en outre pénalement sanctionné.

Il faut avoir cela à l'esprit, lorsque l'on se demande si l'on va pouvoir se faire autoriser par le juge-commissaire à payer. Le principe est clairement celui de l'interdiction. Le Code de commerce renferme quelques dispositions permettant au juge-commissaire d'autoriser un paiement interdit.

La Cour de cassation a eu l'occasion de préciser que ce mécanisme d'autorisation est exceptionnel. La solution a été posée en ces termes par la Cour de cassation : « La faculté prévue à l'article L. 621-122, alinéa 4, du Code de commerce, d'interprétation stricte en ce qu'il déroge à l'interdiction de payer les créances antérieures au jugement d'ouverture, ne permet pas de s'opposer à la restitution du bien, objet d'un contrat de crédit-bail, en payant les échéances antérieures au jugement d'ouverture restées impayées »².

Beaucoup plus récemment, s'appuyant sur le principe de l'interdiction du paiement après jugement d'ouverture des créances antérieures, la Cour de cassation a jugé que l'attribution judiciaire de l'immeuble hypothéqué en liquidation judiciaire n'était pas possible faute de texte l'autorisant expressément³.

Il faut alors préciser les hypothèses dans lesquelles le juge-commissaire peut autoriser un paiement et admettre que, en dehors de ces hypothèses, le juge-commissaire excède ses pouvoirs à autoriser le paiement. Il faut toutefois réserver le cas de la transaction.

Paiement pour lever l'option d'achat d'un crédit en période d'observation ou en liquidation.

Depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, le débiteur, l'administrateur ou le liquidateur peuvent obtenir du juge-commissaire l'autorisation de payer les loyers impayés correspondant à une jouissance procurée avant le jugement d'ouverture et ayant en conséquence la nature de créances antérieures. Cette solution législative prend exactement le contre-pied de la solution posée par la Cour de cassation, et ayant refusé au liquidateur le droit de lever l'option d'achat en payant les loyers impayés, sur autorisation du juge-

² Cass. com., 19 juin 2007, n° 06-15447, FS-PB : Bull. civ. IV, n° 166 ; D. 2007, Jur., p. 2363, note Le Corre-Broly E. ; D. 2007, AJ, p. 1878, obs. Lienhard A. ; D. 2008, Pan., p. 576, obs. Le Corre P.-M. ; Gaz. Pal. 27 oct. 2007, n° H0051, p. 46, note Roussel Galle P. ; Act. proc. coll. 2007/13, n° 151, note Vallansan J. ; RTD com. 2007, p. 818, n° 10, obs. Legeais D. ; RTD com. 2008, p. 198, n° 5, obs. Martin-Serf A. ; JCP E 2008, 1207, n° 6, p. 30, obs. Cabrillac M. ; Lexbase Hebdo n° 269, 18 juill. 2007, n° N9341BBL, note Le Corre P.-M.

³ Cass. com., 28 juin 2017, n° 16-10591, P : Bull. civ. IV, n° 954, F-PBI.

commissaire, faute de texte en ce sens⁴. Plein effet avait été donné par la Cour de cassation au principe d'interdiction du paiement des créances antérieures et au caractère strict des exceptions posées à ce principe. Attention : une juridiction du fond a cru devoir juger que l'article L. 641-3, alinéa 2, du Code de commerce pouvait tenir en échec les clauses de style des contrats de crédit-bail obligeant au respect de toutes les obligations du contrat pour permettre, au terme du contrat, la levée d'option d'achat⁵. La solution ne peut être suivie. L'article L. 641-3, alinéa 2, du Code de commerce n'a aucunement pour objet, et par voie de conséquence pour effet, d'emporter mise à l'écart des règles de la continuation des contrats en cours et donc de l'obligation de respecter les dispositions contractuelles. Il s'agit exclusivement d'une disposition permettant au juge-commissaire d'autoriser le paiement de créances antérieures pour lever l'option d'achat, lorsque l'heure sera venue, aux conditions contractuelles prévues. Très logiquement, cette décision a été censurée, au motif que « les dispositions du premier de ces textes (C. com., art. L. 641-3, al. 2) ne permettent pas de déroger à la clause contractuelle du contrat de crédit-bail fixant la durée de location à l'expiration de laquelle le preneur a la faculté d'exercer l'option d'achat »⁶.

Paiement pour bloquer l'action en revendication ou en restitution d'un vendeur sous clause de réserve de propriété, en application de l'article L. 624-16, alinéa 4, du Code de commerce – mais plus du prêteur subrogé conventionnellement dans les droits du vendeur⁷.

Paiement pour retirer le gage ou la chose légitimement retenue. Cette disposition s'applique pleinement en liquidation judiciaire. En période d'observation, une double distinction s'impose entre deux types de gages : ceux attribuant un droit de rétention réel et

ceux attribuant un droit de rétention fictif. Pour les premiers, le paiement pour retirer le gage est possible. Pour les seconds, une seconde distinction s'impose. Le paiement pour retirer le gage est possible si et seulement si le droit de rétention fictif n'a pas été attribué par l'article 2286-4° du Code civil. Pour les seconds, il y a inopposabilité du droit de rétention fictif pendant la période d'observation (C. com., art. L. 622-7, I, al. 2). Le retrait contre paiement, autorisé par le juge-commissaire, qui rend possible le paiement individuel du créancier gagiste, doit donc être écarté.

Une discussion très sérieuse existe aujourd'hui pour savoir si le droit de rétention du porteur d'un *warrant* agricole est conféré par une législation spéciale ou par l'article 2286-4° du Code civil. Les auteurs ayant réfléchi à la question⁸ optent plutôt pour le rattachement à l'article 2286-4 du Code civil, ce qui interdit le paiement du porteur du *warrant* agricole pendant la période d'observation, sur autorisation du juge-commissaire. L'affirmation semble encore plus s'imposer depuis un arrêt de la Cour de cassation, qui a considéré comme possible le *warrant* agricole sur des récoltes futures, affirmation inconciliable avec l'idée que le *warrant* agricole serait un gage avec dépossession, alors que seule cette solution autorisait la reconnaissance du droit de rétention fictif au porteur du *warrant* agricole indépendamment de l'article 2286, 4°, du Code civil⁹.

Paiement pour obtenir le retour de biens transmis dans un patrimoine fiduciaire en l'absence de convention de mise à disposition.

En dehors de ces cas, le juge-commissaire ne peut autoriser le paiement, par exemple pour payer un transporteur menaçant de faire jouer l'action directe de la loi *Gayssot*. Dans ces situations, la seule possibilité est de passer par l'éventuel canal de la transaction.

Thierry Bouvet et Pierre-Michel Le Corre

4 Cass. com., 19 juin 2007, n° 06-15447, FS-PB : Bull. civ. IV, n° 166 ; D. 2007, Jur., p. 2363, note Le Corre-Broly E. ; D. 2007, AJ, p. 1878, obs. Lienhard A. ; D. 2008, Pan., p. 576, obs. Le Corre P.-M. ; Gaz. Pal. 27 oct. 2007, n° H0051, p. 46, note Roussel Galle P. ; Act. proc. coll. 2007/13, n° 151, note Vallansan J. ; RTD com. 2007, p. 818, n° 10, obs. Legeais D. ; RTD com. 2008, p. 198, n° 5, obs. Martin-Serf A. ; JCP E 2008, 1207, n° 6, p. 30, obs. Cabrillac M. ; Lexbase Hebdo n° 269, 18 juill. 2007, n° N9341BBL, note Le Corre P.-M.

5 CA Orléans, ch. com. éco et fin., 11 oct. 2012, n° 12/00469 : D. 2013, Pan., p. 2375, note Le Corre P.-M. ; Gaz. Pal. 29 sept. 2013, n° 148d1, p. 11, note Le Corre P.-M.

6 Cass. com., 18 mars 2014, n° 12-27297, FS-PB : Bull. civ. IV, n° 54 ; D. 2014, act., p. 773, note Lienhard A. ; Gaz. Pal. 1^{er} juill. 2014, n° 184w9, p. 29, note Roussel Galle P. ; Act. proc. coll. 2014/8, comm. 157, note Petit ; Rev. sociétés 2014, p. 406, note Roussel Galle P. ; JCP E 2014, 1447, n° 1, obs. Pétel P. ; Gaz. Pal. 22 juill. 2014, n° 187t4, p. 23, note Moreil S. ; LEDEN mai 2014, n° 80, p. 6, note Le Corre P.-M. ; Lexbase Hebdo n° 566, 10 avr. 2014, note Le Corre P.-M.

7 Cass., avis, 28 nov. 2016, n° 16-70009 : Gaz. Pal. 28 mars 2017, n° 291k3, p. 66, note Le Corre-Broly E. ; Gaz. Pal. 31 janv. 2017, n° 285a4, p. 15, note Poissonnier G. ; RTD civ. 2017, p. 197, n° 3, note Crocq P. ; BJE mai 2017, n° 114s2, p. 199, note Macorig-Venier F.

8 Le Corre-Broly E., « La situation du porteur d'un *warrant* agricole après l'ordonnance du 23 mars 2006 et la LME », JCP E 2013, 1446.

9 Cass. 1^{re} civ., 12 nov. 2015, n° 14-23106 : D. 2016, p. 178, note Juillet ; Gaz. Pal. 16 févr. 2016, n° 257p8, p. 31, note Albignès C. et Gaz. Pal. 8 mars 2016, n° 259m2, p. 69, note Moreil S. ; RTD civ. 2016, p. 415, note Crocq P.