

LES MISSIONS D'ADMINISTRATEURS JUDICIAIRES ET MANDATAIRES JUDICIAIRES : MORCEAUX CHOISIS ^{116d8}

19^e Congrès annuel du CNAJMJ, la Colle-sur-Loup, les 14 et 15 juin 2018

C. THEVENOT, P. ROUSSEL GALLE ET P. RUBELLIN Avant-propos	p. 377
I. ROHART-MESSAGER, N. BORGA, F. LEGRAND ET C. THEVENOT Techniques de négociation et utilisation des modes alternatifs de résolution des différends en procédure amiable et collective	p. 378
J. THÉRON Valorisation et optimisation des cessions d'actifs : mieux vendre !	p. 383
P. ROUSSEL GALLE Débiteur personne physique : du dessaisissement au rebond	p. 389
P. DUPICHOT Le financement des entreprises en difficulté	p. 394
R. VABRES Aspects fiscaux des entreprises en difficulté	p. 403

Avant-propos ^{116e5}

Christophe THEVENOT

Président du CNAJMJ

Philippe ROUSSEL GALLE

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

Membre du CEDAG

Pascal RUBELLIN

Maître de conférences à l'université de Poitiers

Le congrès annuel du Conseil national des administrateurs judiciaires et mandataires judiciaires à la Colle-sur-Loup est devenu une tradition. Il a eu lieu cette année les 14 et 15 juin 2018 et à cette occasion, les membres de ces professions, leurs collaborateurs et leurs stagiaires, ont pu assister à des ateliers leur permettant d'accroître leurs compétences et d'encourager de bonnes pratiques, dans un domaine aussi évolutif que complexe. Ce sont cinq de ces ateliers qui ont donné lieu à des débats passionnés et passionnants tant durant leur préparation que durant leur déroulement, qui font l'objet de ce dossier.

Leur richesse tient au fait qu'ils sont animés par des praticiens accompagnés d'universitaires, magistrats et autres spécialistes, ce qui permet une approche alliant pratique et théorie, avec des échanges d'expériences sous des angles différents sur des sujets variés, nouveaux ou plus classiques, mais toujours en lien avec la pratique.

Ainsi, l'année 2018 aura vu étudier les techniques de négociation mais avec une approche spécifique quant à l'utilisation des modes amiables de résolution des différends (MARD, y compris dans les procédures amiables et collectives), techniques dont on sait qu'elles tendent à se développer. Les travaux ont également porté sur les techniques de réalisation des actifs, là encore sous un angle aussi bien juridique que pratique pour tenter d'améliorer et optimiser les cessions d'actifs. À l'heure où l'Union européenne élabore une directive portant notamment sur le rebond, un atelier consacré au dessaisissement et au rebond du débiteur personne physique s'imposait. Enfin, les techniques de financement, d'une part, et la fiscalité, d'autre part, dans l'entreprise en difficulté, ont toutes deux fait l'objet de réflexions approfondies.

Techniques de négociation et utilisation des modes alternatifs de résolution des différends en procédure amiable et collective 116f7

Isabelle ROHART-MESSAGER

Magistrat

Conseiller à la cour d'appel de Paris

Nicolas BORGA

Professeur à l'université Jean Moulin-Lyon 3

Directeur du Centre de droit de l'entreprise (EDP, EA 3707)

François LEGRAND

Mandataire judiciaire

Christophe THEVENOT

Président du CNAJMJ

Le recours aux modes alternatifs de règlement des différends est largement encouragé par le législateur à l'époque contemporaine, et cela pour des raisons diverses. Mais quel que soit le regard que l'on peut porter sur ces mécanismes, il est surprenant d'observer qu'à de rares exceptions près ils n'ont pas encore suscité l'intérêt des spécialistes du droit des entreprises en difficulté. Les questions sont pourtant nombreuses, soit qu'elles portent sur l'accueil que les procédures collectives réserveront à l'accord conclu à l'issue d'un MARD, soit que l'on s'interroge sur le positionnement des professionnels de la matière à l'égard de ces techniques.

Les modes alternatifs de résolution des différends (MARD) ont succédé aux modes alternatifs de règlement des conflits (MARC), mais ces appellations différentes cachent une réalité commune que nul ne peut désormais ignorer.

Les MARD ont en effet les faveurs des pouvoirs publics et se développent rapidement, d'autant plus rapidement qu'on y voit souvent la réponse à bien des maux dont souffrirait la justice française. On peut penser que ce mouvement, influencé par les pratiques étrangères développées dans les pays anglo-saxons (*alternative dispute resolution*)¹, ne fait que commencer, et que l'irruption du numérique en matière juridique contribuera à l'amplifier à travers notamment l'émergence des plates-formes en ligne permettant un traitement totalement dématérialisé des litiges, ou du moins de certains d'entre eux. Relevons que la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, dite loi J21, indique, dans son exposé des motifs, qu'il convient « de placer le citoyen au cœur du service public de la justice », cela imposant « de favoriser les modes alternatifs de règlement des litiges en permettant au citoyen de régler son litige de manière négociée avant la saisine du juge et même une fois ce dernier saisi ». Et dès avant la loi J21, le décret

n° 2015-282 du 11 mars 2015 visait à obliger les parties et les professionnels du droit à envisager une solution amiable avant toute saisine d'un juge puisque toute assignation², toute requête ou déclaration³, doit indiquer les « diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige ».

Le développement des MARD n'est pas simplement une réponse aux difficultés actuelles de la justice dans sa forme la plus traditionnelle, et l'on ne saurait réduire ce mouvement à une volonté de préserver les deniers publics, notamment en transférant le coût de la justice de l'État aux justiciables. Les MARD correspondent à une autre approche de la justice. Comme l'écrit le professeur Natalie Fricero, « le processus amiable permet de trouver une solution a-juridique, qui satisfait les intérêts des deux parties, alors que l'application de la règle de droit conduirait à un gagnant et un perdant, ou à deux perdants. A-juridique signifie que les parties peuvent ignorer la réponse qui serait donnée en droit, à condition de ne pas méconnaître les règles d'ordre public »⁴. Comme le souligne un autre auteur, « la procédure contradictoire ne fait qu'aggraver les conflits, le fait de devoir désigner un gagnant et un

1 Faget J., *Médiations, les ateliers silencieux de la démocratie*, 2010, Erès, p. 53.

2 CPC, art. 56.

3 CPC, art. 58.

4 Fricero N. in Fricero N. et a., *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, 2017/2018, Guides Dalloz, n° 0.12, p. 7.

perdant rend impossible la recherche d'une entente »⁵. Les MARD mettent en évidence le décalage pouvant exister entre les positions tenues par les justiciables et leurs besoins ou intérêts véritables. C'est tout l'intérêt d'un processus comme la médiation (dans laquelle le médiateur n'est pas tenu par le principe dispositif et peut traiter plusieurs litiges en même temps), de parvenir à une solution répondant aux besoins véritables des parties. On peut par exemple illustrer tout l'intérêt d'un recours à la médiation avec le cas d'un différend relatif à l'exécution d'un bail commercial, y compris au cours d'une procédure collective. Une solution adéquate pourra consister en la signature d'un nouveau bail sous l'égide d'un médiateur, de façon que les intérêts de chaque partie soient satisfaits. Une telle solution de compromis ne pourra être trouvée par un juge, tenu par le principe dispositif et traditionnellement chargé de trancher le litige. Mais il ne faut tout de même jamais perdre de vue que le juge n'est pas étranger à ce mouvement de développement des MARD. Tout au contraire, il y est étroitement associé puisque l'article 21 du Code de procédure civile prévoit qu'« il entre dans la mission du juge de concilier les parties », pouvoir qu'il peut déléguer à un tiers. Ces tiers doivent toutefois impérativement être formés aux techniques de négociation et de médiation, il en va du développement des MARD et de l'intérêt même des justiciables.

Mais de quoi parle-t-on exactement ? Le livre V du Code de procédure civile est entièrement dédié à la résolution amiable des différends. Et l'article 1528 de préciser : « Les parties à un différend peuvent, à leur initiative et dans les conditions prévues par le présent livre, tenter de le résoudre de façon amiable avec l'assistance d'un médiateur, d'un conciliateur de justice ou, dans le cadre d'une procédure participative, de leurs avocats ». Ces modes alternatifs sont essentiellement au nombre de six : la médiation⁶ ; la conciliation⁷ ; la transaction⁸ ; la convention de procédure participative⁹ ; le droit collaboratif¹⁰ ; l'arbitrage¹¹.

Cette contribution ne se prête pas à une étude exhaustive de chacune de ces techniques. Mais le développement des MARD ne peut être ignoré des professionnels de la défaillance. Il convient d'une part de confronter les MARD au droit des entreprises en difficulté pour envisager dans quelle mesure leur uti-

lisation est compatible avec les règles propres à cette matière, et chacun sait que l'ordre public y est très présent. D'autre part, il est nécessaire d'envisager les MARD comme outil au service des professionnels. Ces derniers pourraient en effet, à condition d'être formés à la médiation et à la conciliation mais aussi aux techniques de négociation, voir leur rôle évoluer.

I. Les MARD à l'épreuve du droit des entreprises en difficulté

À l'heure d'envisager les MARD à l'épreuve du droit des entreprises en difficulté, deux questions nous paraissent mériter un examen particulier. Tout d'abord, il convient d'envisager les limites à l'usage des MARD tirées de l'ordre public (A). Ensuite, en présence d'un accord conclu à l'issue d'un MARD, il nous faut déterminer l'accueil qui lui sera réservé par le droit des entreprises en difficulté (B).

A. Les limites tirées de l'ordre public

L'ordre public constitue une limite naturelle à l'usage des MARD, que l'on retrouve systématiquement¹². Les MARD renvoient à un processus de règlement des différends, processus qui pourra, *in fine*, se traduire par la conclusion d'un accord qui, selon les cas, pourra revêtir ou non la qualification de transaction. Et en la matière, on admet qu'il est possible de transiger sur l'existence, les modalités, l'étendue ou la mise en œuvre de tout droit susceptible de donner lieu à un litige, peu important qu'il s'agisse d'un droit actuel ou d'un droit futur. Mais le droit en cause doit être disponible. Des difficultés du même ordre existent lorsque l'on envisage l'arbitrage, le professeur Clay évoquant ainsi la difficulté de coordonner « deux procédures intrinsèquement antagonistes, l'une imprégnée d'ordre public, l'autre fondée sur la liberté et la volonté individuelle des parties »¹³. Ainsi, dans un arrêt du 4 février 1992 rendu en matière d'arbitrage, la première chambre civile de la Cour de cassation a pu faire expressément référence au « principe d'égalité des créanciers dans la masse (...) à la fois d'ordre public interne et international »¹⁴. Un enseignement pouvait être retiré de cet arrêt : on ne peut pas obtenir exécution par la voie de la sentence arbitrale de ce qu'on ne pourrait obtenir dans un cadre habituel. Ces limites à l'usage de l'arbitrage ont maintes fois

5 Faget J., *Médiation, les ateliers silencieux de la démocratie*, 2010, Erès.

6 CPC, art. 1530 à 1535 au sujet de la médiation et CPC, art. 131-1 à 131-15 pour la médiation judiciaire.

7 CPC, art. 1536 à 1541 s'agissant de la conciliation conventionnelle ; CPC, art. 127 à 131 pour la conciliation judiciaire.

8 C. civ., art. 2044 à 2052.

9 CPC, art. 1542 à 1564 et C. civ., art. 2062 à 2068.

10 Sur lequel, v. not. Frérot N. et al., *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, 2017/2018, Guides Dalloz, p. 607 et s.

11 CPC, art. 1442 et s. et C. civ., art. 2059 à 2016.

12 V. ainsi, C. civ., art. 2959 et 2060 au sujet du compromis d'arbitrage et C. civ., art. 2046 à propos du contrat de transaction. S'agissant de la conciliation ou de la médiation, les auteurs soulignent là encore le nécessaire respect de l'ordre public, v. ainsi Frérot N. et al., *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, 2017/2018, Guides Dalloz, p. 110 et 150.

13 Clay T., « L'articulation de l'arbitrage et des procédures collectives », D. 2004, p. 3184.

14 Cass. 1^{re} civ., 4 févr. 1992, n° 90-12569 : Bull. civ. I, n° 38.

été rappelées¹⁵. Il faut comprendre que le tribunal arbitral reste compétent dès lors que le litige trouve sa cause dans un contrat antérieur à l'ouverture de la procédure. L'instance arbitrale ne dispense pas le créancier de déclarer sa créance et, dans l'attente, le tribunal doit suspendre l'instance. Quand la créance est déclarée, les arbitres peuvent statuer sur le principe et le montant de la créance mais sans pouvoir condamner le débiteur à s'exécuter. La limite tirée de l'ordre public, et plus précisément de la règle de l'arrêt des poursuites et des voies d'exécution, s'impose. Mais le liquidateur devra être assigné par le créancier devant le tribunal arbitral¹⁶. Tout dépend donc du point de savoir si l'instance arbitrale est en cours ou non, étant précisé que, pour la Cour de cassation, l'instance arbitrale est considérée comme étant en cours à partir du jour où le tribunal arbitral est définitivement constitué et peut donc être saisi du litige, c'est-à-dire à partir de l'acceptation par tous les arbitres de leur mission¹⁷.

Dans le cas inverse, c'est-à-dire lorsque l'instance arbitrale n'est pas en cours au jour du jugement d'ouverture, les arbitres n'auront pas encore été saisis. Une fois la créance déclarée, si une contestation s'élève devant le juge-commissaire il devra se déclarer incompétent sauf à ce que la clause compromissoire soit jugée nulle¹⁸. Cette solution, rendue en présence d'une clause compromissoire, est transposable à l'hypothèse d'une clause de conciliation ou de médiation. À l'opposé, un créancier ne peut saisir le tribunal après le jugement d'ouverture mais avant la vérification des créances, la Cour de cassation soulignant « que le principe d'ordre public de l'arrêt des poursuites individuelles interdit, après l'ouverture de la procédure collective, la saisine du tribunal arbitral par un créancier dont la créance a son origine antérieurement au jugement d'ouverture, sans qu'il se soit soumis au préalable à la procédure de vérification des créances »¹⁹.

Dans le cas de la transaction, on retrouve, sans surprise, l'impossibilité de transiger à l'égard d'éléments dont on n'a pas la libre disposition. Ainsi, il a été jugé qu'un liquidateur ne peut renoncer, sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, à l'extinction d'une créance non déclarée dans les délais dans le cadre d'une transaction²⁰. De même, il ne saurait, par une transaction, assurer à un créancier chirographaire des droits supérieurs à ceux d'un créancier privilégié²¹.

Si l'on doit dresser un panorama des règles dont on ne saurait s'affranchir en recourant aux modes alternatifs de résolution des différends, on peut *a minima* citer sans trop de craintes : l'arrêt des poursuites et des voies d'exécution ; l'interdiction de payer les créances antérieures ; l'arrêt du cours des intérêts ; l'interdiction d'inscrire des sûretés ; les sanctions attachées aux créances non déclarées ; les règles propres aux nullités de la période suspecte ; les règles relatives à la poursuite ou la rupture des contrats en cours. Aussi, pour résumer, on peut considérer qu'on ne peut prétendre obtenir via un MARD ce que la loi interdit en temps ordinaire ; et que le recours aux MARD ne saurait permettre de contourner une règle instituant une compétence exclusive au profit de tel ou tel juge, par exemple le juge-commissaire s'agissant des contrats en cours.

Quelles sont alors les questions susceptibles de faire l'objet d'un traitement « alternatif » à l'occasion d'une procédure collective ? Une première hypothèse ne paraît pas faire de difficulté, c'est lorsque l'action est initiée par les organes de la procédure. Et l'on pense notamment à toutes les actions dans l'intérêt collectif qui seront engagées par le mandataire judiciaire ou le liquidateur. Dans un tel cas, il n'y a pas à craindre une mise à l'épreuve de la procédure collective elle-même, et des règles impératives qu'elle comporte, car l'action sera en principe destinée à profiter à la collectivité des créanciers. Au-delà, il semble qu'il pourrait être recouru à la conciliation ou à la médiation pour des hypothèses diverses : contestations de créance ; poursuite et cession d'un bail en cession isolée ; assignation en ouverture de procédure collective par un créancier titulaire d'une créance sérieuse mais contestée ; litiges relatifs à des droits sociaux lorsqu'un tiers se prévaut par exemple d'un pacte de préférence ou d'une inaliénabilité des titres.

B. L'accueil réservé à l'accord

L'accord conclu à l'issue d'un MARD pourra être qualifié de transaction à condition de comporter des concessions réciproques des parties. Or le droit des entreprises en difficulté n'ignore pas la transaction, elle est systématiquement évoquée en compagnie du compromis d'arbitrage. On peut probablement estimer que ces règles sont susceptibles d'être appliquées à tous les accords faisant suite à un MARD.

La transaction et le compromis d'arbitrage sont ainsi évoqués à l'article L. 622-7, II, en période d'observation et à l'article L. 642-24 en liquidation judiciaire. Dans les deux cas, une autorisation du juge-commissaire est nécessaire. Mais des règles particulières sont posées en liquidation puisque la transaction ou le compromis doivent intéresser collectivement les

15 V. ainsi Cass. 1^{re} civ., 28 sept. 2011, n° 10-18320 ; CA Paris, 8 sept. 1998 : RTD com. 1998, p. 836.

16 CA Paris, 8 sept. 1998, M^e Ravise-Bés c/ SARL Le grand Carénage, inédit : RTD com. 1998, p. 836, obs. Dubarry J.-C. et Loquin E.

17 Cass. 1^{re} civ., 30 mars 2004, n° 01-11951 : D. 2004, IR, p. 1425 ; Act. proc. coll. 2004, n° 112, obs. Vallansan J.

18 Cass. com., 2 juin 2004, n° 02-18700.

19 Cass. com., 2 juin 2004, n° 02-13940.

20 Cass. com., 23 nov. 1999, n° 97-16870.

21 Cass. com., 10 déc. 2002, n° 99-21411.

créanciers, et si leur objet est d'une valeur indéterminée ou excède la compétence en dernier ressort du tribunal, ils devront être soumis à l'homologation du tribunal. À l'heure actuelle, les deux textes suscitent parfois quelques hésitations. Ainsi, dans le cas de la liquidation judiciaire, il a été contesté que l'article L. 642-24 puisse être appliqué au cas de la transaction conclue dans le cadre d'actions en responsabilité pour insuffisance d'actif²². En période d'observation, ce sont moins les conditions de la transaction que son domaine qui interrogent. L'article L. 622-7, II, ne fait pas de distinction à cet égard, mais la cour d'appel de Lyon a pu considérer dans un arrêt du 5 avril 2018 qu'une transaction, même autorisée par le juge-commissaire, ne saurait permettre d'éteindre une créance antérieure²³. Il est possible de regretter cette solution. Il peut en effet arriver que le paiement d'une créance antérieure soit nécessaire à la préservation des intérêts de l'entreprise, et c'était le cas en l'espèce puisqu'il s'agissait de payer un transporteur pour éviter qu'il use de son action directe à l'égard d'un client de l'entreprise en difficulté et aggrave ainsi ses difficultés. Plutôt que d'interdire *a priori* un tel acte, il est préférable d'opérer un contrôle *a posteriori*, en vérifiant notamment l'existence de concessions réciproques véritables²⁴.

On soulignera encore que s'agissant du pouvoir d'engager l'entreprise en difficulté dans la voie d'un MARD, il convient de s'en remettre aux solutions habituelles. En liquidation, le liquidateur sollicitera le juge-commissaire par voie de requête. En sauvegarde ou en redressement judiciaire, c'est le débiteur qui sollicitera le juge-commissaire en l'absence d'administrateur judiciaire ou si ce dernier a reçu une mission de surveillance en procédure de sauvegarde. Une demande conjointe sera nécessaire en procédure de sauvegarde et de redressement judiciaire si l'administrateur a reçu une mission d'assistance²⁵. Enfin, la demande émanera de l'administrateur judiciaire lorsqu'il aura reçu une mission de représentation en redressement judiciaire.

Il convient enfin d'évoquer la manière d'appréhender, dans le cadre d'une procédure collective, la présence d'une clause de conciliation ou de médiation obligatoire. Pour la Cour de cassation, la saisine du juge en

violation de l'obligation de médiation ou de conciliation préalable la demande est irrecevable²⁶ et cette irrecevabilité n'est pas régularisable en cours d'instance²⁷. Lorsqu'un liquidateur ou un administrateur tenu d'une mission d'assistance voudra engager une action, la présence d'une clause de médiation ou de conciliation obligatoire s'imposera à lui²⁸. Au stade de la déclaration de créance, l'existence d'une telle clause ne devrait pas constituer un obstacle à la déclaration²⁹. Certes, la déclaration est traditionnellement analysée comme une demande en justice³⁰, toutefois cette approche est de plus en plus remise en cause, spécialement depuis l'ordonnance du 12 mars 2014. Mais si une clause de conciliation ou de médiation préalable ne saurait entraver la déclaration de créance, on peut considérer qu'une fois la déclaration effectuée, le respect de la clause devrait faire obstacle à ce que le juge-commissaire se prononce sur l'admission ou le rejet de la créance en question³¹.

II. Les MARD, outil au service des professionnels du droit des entreprises en difficulté

Les MARD pourraient, à terme, devenir un outil utile aux administrateurs et mandataires judiciaires. Ces professionnels de la défaillance pourraient en effet être amenés à jouer un rôle, sinon de conciliateurs de justice car ils obéissent à un statut spécifique, du moins de médiateur au sens du Code de procédure civile ou de conciliateur désigné conventionnellement par les parties³². Cela implique toutefois une maîtrise des techniques de négociation, maîtrise qui pourrait conduire les administrateurs et mandataires judiciaires à envisager différemment certaines situations.

L'exercice des fonctions de médiateur n'est pas réglementé et il n'existe pas de structure nationale regroupant ces professionnels. En pratique, ces fonctions sont exercées de façon accessoire. Mais quoi qu'il en soit, leur exercice nécessite des qualités inhérentes à la fonction, qualités qu'il convient de compléter par une formation spécifique.

22 Lambrey de Souza D., « Un cadre légal pour la transaction lors d'une instance en responsabilité pour insuffisance d'actif ? », JCP E 2017, 1594, p. 20. Dernièrement, v. Cass. com., 8 mars 2017, n° 15-16005, enfermant la transaction dans un cadre temporel strict puisqu'elle n'est possible qu'à condition d'intervenir entre l'assignation et la condamnation.

23 CA Lyon, 5 avr. 2018, n° 17/01840 : LEDEN juin 2018, n° 111s5, p. 4, obs. Staes O. Comp. Cass. com., 5 janv. 1999, n° 96-20561 : D. 1999, p. 350, obs. Honorat A. ; Rev. proc. coll. 1999, 176, n° 2, obs. Canet P.

24 Rapp. Le Corre P.-M., obs. sous Cass. com., 26 nov. 2002, n° 00-10611 : D. 2003, p. 122 ; du même auteur, *Droit et pratique des procédures collectives*, 2017-2018, Dalloz, n° 567-21.

25 Cass. com., 23 sept 2014, n° 13-21686.

26 V. par ex. Cass. 1^{re} civ., 30 oct 2007, n° 06-13366 ; Cass. 2^e civ., 16 déc. 2010, n° 09-71575 ; Cass. 3^e civ., 6 oct. 2016, n° 15-17989.

27 Cass. ch. mixte, 12 déc. 2014, n° 13-19684.

28 En raison notamment de l'article L. 622-1, III, du Code de commerce. Encore faut-il toutefois que la demande n'échappe pas à l'emprise de la clause, v. ainsi à l'égard d'une clause compromissoire, Cass. com., 17 nov. 2015, n° 14-16012.

29 TGI Bordeaux, ord., 10 avr. 2015, n° 13/11515 : Rev. proc. coll. 2017, p. 29, obs. Sautonie-Laguionie L.

30 Cass. com., 14 déc. 1993, n° 93-11696 ; Cass. ass. plén., 4 févr. 2011, n° 09-14619.

31 V. dans le même sens, Sautonie-Laguionie L., obs. préc.

32 C'est uniquement en ce sens que nous entendons la conciliation dans les développements qui suivront.

Le médiateur ou le conciliateur est toujours un tiers à l'égard des parties, et il doit présenter certaines qualités qui sonnent pour certaines comme des évidences : indépendance, impartialité, neutralité, compétences professionnelles et humaines, disponibilité, etc. Et il convient de préciser qu'il n'est pas exigé que le médiateur ou le conciliateur soit un professionnel du droit, même si cette qualification sera un atout, notamment quand il conviendra de retracer les échanges par écrit. Les formations aux activités de médiateur et de conciliateur sont quant à elles extrêmement diverses et disparates. Elles peuvent s'étendre de quelques heures à plus de 600 heures annuelles pour les plus complètes. Les diplômes délivrés par l'université ou d'autres organismes existant en la matière ne conduisent pas à l'obtention d'un statut. Elles visent uniquement l'acquisition des compétences requises.

À l'égard de ce contexte, comment situer les administrateurs et mandataires judiciaires ? Ce sont des professionnels de la gestion de crise et de la mise en place de solutions acceptables par l'ensemble des parties et ce, du fait de leur formation et de leur expérience acquise notamment dans le traitement des procédures amiables. Surtout, ces mandataires de justice ne détiennent aucune clientèle. Ainsi, ils sont les seuls auxiliaires de justice à être totalement indépendants et à l'abri de tout conflit d'intérêts. Dans leurs fonctions principales, ils sont amenés à composer entre les intérêts souvent antagonistes des chefs d'entreprise, des salariés et des créanciers des entreprises en difficultés. Selon les règles qui régissent leurs professions³³, ces professionnels doivent faire preuve d'indépendance, de probité, d'honneur, de loyauté, de dignité, de conscience, d'humanité, de désintéressement, de délicatesse, de modération, de courtoisie, de confraternité et de tact. L'administrateur judiciaire ou le mandataire judiciaire ne peut exercer d'activité de nature à porter atteinte à son indépendance, à sa dignité et, à l'exception de l'enseignement, au caractère libéral de son exercice professionnel. Le mandataire de justice ne doit en aucun cas se trouver dans une position susceptible d'altérer sa liberté d'appréciation, qui doit rester pleine et entière, ou dans une position susceptible d'être perçue comme telle. Les fonctions d'administrateur judiciaire ou de mandataire judiciaire sont notamment incompatibles avec toute situation plaçant l'intéressé dans un état de dépendance, de quelque nature qu'elle soit, à l'égard de toute entreprise pour laquelle un mandat lui est confié ou de tout conseil ou partenaire de ladite entreprise. Ainsi, ces professionnels disposent indéniablement des qualités requises pour exercer les fonctions de médiateur ou

de conciliateur à savoir, indépendance, impartialité et neutralité.

La formation traditionnelle des administrateurs et mandataires judiciaires les conduit, notamment dans le cas du mandat *ad hoc* et de la conciliation, à développer une expertise quant aux techniques de négociation. Et il faut rappeler que le mandataire *ad hoc* ou le conciliateur sont très proches du conciliateur ou du médiateur au sens des MARD dans la mesure où ils interviennent dans le cadre d'une mission ponctuelle et discrète confiée par le président d'une juridiction, notamment pour favoriser une issue positive entre les parties³⁴. Dès lors, même s'il est certain que cette formation devra être complétée par la connaissance des spécificités de l'exercice des activités de médiateur ou de conciliateur, les mandataires de justice disposent des prérequis pour exercer ces activités. En tant que professionnel de la négociation, spécialement formé à ce titre et disposant de règles déontologiques, le mandataire de justice est ainsi le mieux à même d'intervenir en qualité de tiers dans la résolution d'un différend.

Le statut des mandataires de justice, s'il comporte certaines limites³⁵, ne paraît pas leur interdire d'exercer la fonction de conciliateur, choisi par les parties, ou de médiateur. Toutefois les textes ne les y autorisent pas expressément pour autant, mais on relèvera qu'ils sont antérieurs à la démocratisation des MARD, ce qui peut expliquer ce silence. Les AJMJ disposant cependant des « qualifications » requises pour exercer lesdites activités, ne pourrait-on en déduire que, comme les avocats, les AJMJ pourraient exercer les activités de médiateur et de conciliateur au titre des « consultations dans les matières relevant de leur qualification » ?

Pour répondre à cette interrogation, il faut comparer le statut des AJMJ avec celui d'autres professionnels du droit. Ainsi, les huissiers de justice ont la possibilité d'exercer la fonction de médiateur en vertu d'une disposition spécifique à leur statut, disposition qui toutefois ne vise pas la conciliation³⁶. Pour les autres professions réglementées, celles d'avocats ou de notaires, il ne semble pas qu'il existe des textes spécifiques leur permettant d'exercer les fonctions de médiateur ou de conciliateur. Pour les avocats, cependant, l'article 6.3.1 du règlement intérieur national précise que l'avocat peut être investi d'une mission de médiateur, qualité dont il peut faire état dès lors qu'il

33 D., 27 déc. 1985, art. 54-1.

34 IFPPC, *Petit dictionnaire de l'entreprise en difficulté*, 3^e éd., La documentation française, p. 175.

35 C. com., art. L. 811-10 pour les administrateurs judiciaires ; C. com., art. L. 812-8 pour les mandataires judiciaires.

36 D. n° 56-222, 29 févr. 1956, mod. par D. n° 2011-1173, 23 sept. 2011, art. 3.

est référencé auprès du Centre national de médiation des avocats (CNMA).

On observe ainsi qu'il n'existe pas en la matière de statut et que le professionnel doit être formé, avoir une connaissance de la matière et ne pas avoir de condamnation contraire à l'honneur ou la probité. On ne voit donc pas d'obstacle à ce qu'un mandataire de justice puisse exercer ces fonctions. Afin de dissiper toute ambiguïté, il serait toutefois souhaitable de faire évoluer en ce sens les textes régissant le statut des AJMJ. Il conviendra également que ces derniers soient assurés pour exercer ces fonctions. Or, en l'état, on peut penser que les professionnels ne sont pas couverts par leur caisse pour ce type de mission. Il conviendrait

donc soit de faire évoluer la couverture actuelle des AJMJ soit que ceux qui parmi ces derniers entendent exercer les fonctions de conciliateur ou de médiateur adhèrent à une association³⁷, par le biais de laquelle ils bénéficieraient d'une assurance dédiée. Si la première solution devait être retenue, la garantie pourrait éventuellement n'être accordée qu'aux AJMJ membres du Centre national de médiation des AJMJ qui pourrait être créé à l'instar des avocats ou des notaires.

³⁷ Notons qu'afin notamment de pallier le risque de « faux médiateurs », la loi J21 porte l'obligation d'établir une liste des médiateurs dans chaque cour d'appel. V. Bertrand P., « La liste des médiateurs dans chaque cour d'appel : nouvelle exigence de la loi J21 », *Gaz. Pal.* 14 févr. 2017, n° 286x8, p. 17.

Valorisation et optimisation des cessions d'actifs : mieux vendre ! ^{116g5}

Julien THÉRON

Professeur à l'université Toulouse 1 Capitole

L'atelier « Valorisation et optimisation des cessions d'actifs : mieux vendre ! » a été animé par le professeur Julien Théron avec la participation de M^e Éric Étienne Martin, administrateur judiciaire, AJUP, et de M^e Raphael Pétavy, mandataire judiciaire, Mandatum. Cet atelier avait vocation à déterminer comment améliorer les cessions, quel que soit le bien en cause et le moment dans la procédure où elles interviennent. Si de belles propositions ont été faites pour valoriser l'entreprise à céder, ou encore pour arrêter le mode de cession idoine du fonds de commerce, le choix est fait dans la présente synthèse de reprendre les échanges relatifs aux modes de réalisation des biens au cours de la liquidation judiciaire. La problématique est alors simple : quel est le mode le plus adéquat pour mieux vendre ? S'il convient de présenter les modalités classiques, il fut particulièrement intéressant d'explorer le recours aux modes de cessions par internet.

L'intitulé de cet atelier « Valorisation et optimisation des cessions d'actifs : mieux vendre ! » était susceptible de faire naître bon nombre d'espérances légitimes dans l'auditoire quant aux sujets qui seraient abordés. L'expression « cessions d'actifs » est en effet polysémique.

Cessions isolées, cession d'entreprise, cessions réalisées au cours de la période d'observation, autant de domaines qui pouvaient être envisagés, ce qui rend la tâche délicate, chaque type de biens cédé engendre ses propres difficultés. Qu'il s'agisse d'un batteur de boulangerie, d'un fonds de commerce, d'un nom de domaine, d'une petite ou d'une très grosse entreprise, ou d'un immeuble, les péripéties rencontrées par des praticiens ne sont pas les mêmes... Pourtant, les règles juridiques ne semblent pas faire cas de ces grandes disparités.

En période d'observation, que l'on cède une voiture, un fonds de commerce et pourquoi pas des titres de *holding*, l'article L. 622-7 du Code de commerce

s'appliquant en la matière ne procède à aucune distinction. Il en va de même pour les cessions isolées en liquidation judiciaire. À l'heure où les biens incorporels ont pris une importance grandissante, la seule distinction opérée est l'opposition meuble/immeuble. Il y a là la référence à une conception périmée de la classification des biens en vertu de laquelle *res mobilis res vilis*. Pourtant, dans la catégorie des meubles, peuvent être compris éventuellement des titres de sociétés, des fonds de commerce, comme des stocks, ou encore des biens très secondaires sans importance. Comment imaginer que chacun de ces biens soit traité de manière uniforme, que chaque cession réponde aux mêmes problématiques ? Les céder au mieux, exige sans doute une distinction selon leur nature. Quant aux cessions d'entreprises, que l'on cède un fonds de commerce ou une très grande entreprise, il y a peu de différences dans les régimes de transmission : les conditions de publicités par exemple ne sont pas distinguées.

S'il est encore temps de prendre le train de la réforme à venir, il serait intéressant de s'interroger *a minima* sur deux points :

- l'insertion d'un arsenal de règles consacrées à la cession du fonds de commerce. Le recours à la cession d'entreprise est souvent trop lourd, et la cession isolée inadaptée en présence de salariés ;
- l'affirmation de la possibilité de recourir à des cessions par le biais de plates-formes internet, dans la mesure où il y a vraisemblablement ici une bonne modalité de valorisation des biens.

L'idée de cette demi-journée était simple. Dans tous les cas, en espérant susciter des échanges, il s'agissait de déterminer comment améliorer les cessions, quel que soit le bien en cause et le moment dans la procédure où elles interviennent. Les échanges furent trop riches pour que la présente synthèse les reprenne tous. Si de belles propositions ont été faites pour valoriser l'entreprise à céder, ou encore pour arrêter le mode de cession idoine du fonds de commerce, le choix est fait dans la présente synthèse de reprendre les échanges relatifs aux modes de réalisation des biens au cours de la liquidation judiciaire. La problématique est alors simple : quel est le mode le plus adéquat pour mieux vendre ? S'il convient de présenter les modalités classiques, il fut particulièrement intéressant d'explorer le recours aux modes de cessions par internet.

I. Les outils classiques de réalisation

Il importait dans un tout premier temps de revenir sur la hiérarchie existante entre enchères et cessions de gré à gré avant de voir comment les cessions de gré à gré peuvent être aménagées par les liquidateurs.

A. Liquidation : cession de gré à gré ou enchères ?

En matière de liquidation judiciaire, les biens peuvent être cédés aux enchères ou de gré à gré. Pourquoi recourir plutôt à l'une des modalités qu'à l'autre ?

Il existe un critère légal : il y a une véritable hiérarchie entre les modes de cessions (1), mais il existe aussi des raisons pratiques (2).

1. Critère d'ordre juridique : la hiérarchie existante

a. En liquidation judiciaire normale

La loi instaure entre enchères et cession de gré à gré une hiérarchie au sommet de laquelle se trouvent les enchères. Cette hiérarchie est historique. Le Code civil a imposé le recours aux enchères judiciaires dans des contextes dans lesquels on peut suspecter qu'une

cession ne se fasse pas au juste prix. Il en va ainsi des cessions résultant de saisies. Si le législateur laisse le créancier seul réaliser le bien, le débiteur aura la crainte qu'il n'y procède qu'à bas prix, à concurrence seulement de sa créance et ne fasse pas en sorte de le réaliser le mieux possible. À l'inverse, il n'est pas possible de laisser le débiteur seul céder le bien. Ses créanciers pourraient le suspecter d'organiser son insolvabilité. C'est la raison pour laquelle en matière de réalisation forcée les enchères sont imposées. La publicité et la concurrence entre les acquéreurs sont présumées permettre d'obtenir le meilleur prix. C'est d'ailleurs cette présomption qui entraîne en la matière une exclusion de la rescision pour lésion.

L'architecture de l'article L. 642-18 du Code de commerce est à ce titre éloquent. Au premier alinéa, il est indiqué que « les ventes d'immeubles ont lieu conformément aux articles L. 322-1 et s. du Code des procédures civiles d'exécution », c'est-à-dire aux enchères publiques à l'audience du juge. Et ce n'est que deux alinéas plus loin (alinéa 3) qu'il est inscrit que « le juge-commissaire peut, si la consistance des biens, leur emplacement ou les offres reçues sont de nature à permettre une cession amiable dans de meilleures conditions, ordonner la vente par adjudication amiable... ou autoriser la vente de gré à gré aux prix et conditions qu'il détermine ». Il n'y a donc en principe de recours à la cession de gré à gré que si démonstration est faite qu'il y a là un mode plus efficace que les enchères.

Cette hiérarchie ressort de la nouvelle rédaction de l'article L. 642-19 du Code de commerce issue de la loi J21 : « Le juge-commissaire soit ordonne la vente aux enchères publiques, soit autorise, aux prix et conditions qu'il détermine, la vente de gré à gré des autres biens du débiteur lorsqu'elle est de nature à garantir les intérêts de celui-ci ».

Cette hiérarchie permet de comprendre quel doit être le contenu de la vérification opérée par le juge-commissaire lorsqu'il autorise une cession de gré à gré. Il vérifie que la cession proposée permet de ne mieux réaliser le bien qu'aux enchères. C'est en ce sens que la formulation des articles L. 642-18 et L. 642-19 du Code de commerce est fallacieuse. Ces articles indiquent qu'il « autorise la cession au prix et conditions qu'il détermine ». Le fait qu'il ne fasse qu'« autoriser » signifie qu'il ne pénètre pas l'acte de transfert, il n'opère qu'un contrôle¹ et ne peut nullement influencer sur le contenu de l'acte. En somme, il ne détermine pas *stricto sensu* les conditions pas plus que le prix. En revanche, s'il autorise cet acte, s'il arrête l'offre, alors

¹ Il vérifie l'équivalence entre le prix et la valeur de la chose. Cass. com., 8 juill. 2014, n° 13-19395.

la cession est réalisée aux conditions posées dans cet acte². Il faut donc entendre par « autoriser au prix et conditions qu'il détermine » qu'une fois l'acte autorisé, il est irrévocable. On sait d'ailleurs que la jurisprudence en tire comme conséquence qu'une fois autorisée, et l'ordonnance du juge-commissaire passée en force de chose jugée, la cession est « parfaite »³.

En somme, les enchères sont le mode de cession de principe tandis que la cession de gré à gré est l'exception et doit être justifiée par le fait qu'elle permet de mieux réaliser les biens du débiteur que les enchères. Le juge-commissaire dans son ordonnance vérifie que la cession en cause permet de réaliser le bien dans de meilleures conditions qu'aux enchères.

On constate d'ailleurs qu'en pratique, il existe une préférence des professionnels pour la vente aux enchères qu'il s'agisse des biens meubles ou immeubles. Cette préférence semble être l'héritage d'une pratique issue du « droit de la faillite » dans sa version ancienne. Jusqu'à une période finalement encore récente, l'article 83 de la loi du 13 juillet 1967 prévoyait que les cessions d'immeubles avaient lieu suivant les formes prescrites en matière de saisie immobilière. La cession de gré à gré n'était même pas prévue ce qui conduisait les professionnels à la contourner en intégrant les immeubles dans le cadre de cession à forfait censées être composées de biens hétérogènes. La loi du 25 janvier 1985 est la première à avoir modulé ce principe absolu de vente aux enchères en permettant dans son article 154 la possibilité pour le juge-commissaire d'autoriser une cession amiable sous le contrôle du juge-commissaire.

b. En liquidation judiciaire simplifiée, cette hiérarchie disparaît

La hiérarchie disparaît dans le cadre de la procédure simplifiée obligatoire et facultative. Le liquidateur dispose de 4 mois pour céder, selon son choix, de gré à gré ou aux enchères publiques. Passé ce délai, les enchères s'imposent. Il doit tout mettre en œuvre pour s'assurer et prouver que le mode de cession choisi est le meilleur. Il n'y a plus de contrôle du juge. Le prix pourrait être critiqué par le débiteur ou les créanciers. C'est donc sa responsabilité qui est en première ligne.

Si dans l'immense majorité des cas il n'y a pas d'enjeu de responsabilité compte tenu du faible montant des actifs, il se peut en revanche que la question se pose. Les critères de la liquidation judiciaire simplifiée ne

sont pas exclusifs de la présence éventuelle d'actifs importants. Si l'on présume que les entreprises soumises à liquidation judiciaire simplifiée n'ont que de faibles actifs et que le risque est limité, il n'y a là que présomption. Une entreprise pourrait ne pas avoir d'immeuble, employer un seul salarié et ne pas avoir dépassé 300 000 € de CA dans les six derniers mois (par combinaison de C. com., art. L. 641-2 et C. com., art. D. 641-10), tout en ayant fait un gros investissement sur un bien mobilier... Cela est *a fortiori* vrai pour les entreprises dont le CA est inférieur à 750 000 € et le nombre de salarié inférieur ou égal à 5.

L'adage *res mobilis res vilis* n'est-il pas dépassé ? D'autant que l'on assimile à un meuble tout ce qui n'est pas immeuble, y compris les biens incorporels dont la valeur patrimoniale ne fait nul doute (à l'instar du fonds de commerce, du brevet, ou des valeurs mobilières...). Soumise à la procédure simplifiée obligatoire, la réalisation de ce meuble de valeur ne subira aucun contrôle. Et il n'y aura aucun recours pour la personne qui estime que le bien aurait pu être cédé de manière plus onéreuse.

Face à ce risque, il est fréquent qu'en pratique les liquidateurs demandent la conversion en liquidation judiciaire normale pour recouvrer le contrôle du juge-commissaire dans le cadre de l'article L. 642-19 du Code de commerce.

2. Critères d'ordre pratique

Les liquidateurs ont souvent recours à des critères d'ordre pratique pour déterminer la modalité de cession. S'agissant des immeubles, on constate que les pratiques de la vente aux enchères sont inégales sur le territoire. Le contexte local semble devoir être pris en compte car ce n'est évidemment pas la même chose que de devoir vendre un immeuble sur la Côte d'Azur, à Paris ou dans l'Auvergne profonde. Dans le premier cas, il est certain que des enchérisseurs se présenteront et que le jeu des enchères pourra pleinement fonctionner. Dans le second, la vente aux enchères risque d'être infructueuse et donc inefficace et coûteuse.

Il n'en reste pas moins que chacune des procédures présente des avantages et des inconvénients.

Un premier argument milite en faveur de la vente aux enchères, qu'elle soit mobilière ou immobilière : la **transparence**. Elle préserverait le juge et le tribunal de risques de collusions, de pratiques occultes... Pour autant, il est possible de se préserver de ces risques, dans le cadre de cession de gré à gré, par de bonnes pratiques dont la publicité est sans doute la meilleure arme.

2 Si l'acquisition est proposée sous condition suspensive d'obtention d'un prêt, la non-réalisation de la condition peut parfaitement être opposée par l'acquéreur même une fois l'offre arrêtée par le juge-commissaire et son ordonnance passée en force de chose jugée. Cass. com., 27 sept. 2016, n° 14-22372.

3 Cass. com., 4 oct. 2005, n° 04-15062 ; Cass. com., 3 oct. 2000, n° 98-10672.

Toujours en faveur des enchères, le second argument est celui de la **rapidité**. Il répond à une exigence générale de traitement rapide de la liquidation judiciaire. Dans les faits, s'agissant des biens meubles, il répond également à un impératif de devoir quitter les lieux faute de pouvoir régler les loyers.

Au titre des arguments qui militent en faveur de la vente aux enchères notamment mobilière, on relèvera également qu'elle permet en principe de traiter le sort de tous les biens en constituant des lots mêlant des biens de faible valeur avec ceux plus facilement réalisables et attractifs. La vente aux enchères serait ainsi plus globale.

Enfin, un dernier argument qui pourrait emporter la faveur des professionnels est celui de la **responsabilité** associée à une cession de gré à gré. Cette crainte est plus marquée pour la vente de matériel professionnel qui ne serait pas aux normes. Que se passerait-il en cas d'accident subi par l'acquéreur ?

Il importe ici de souligner que la responsabilité du professionnel n'est pas plus fragile dans le cadre d'une cession de gré à gré que dans le cadre des enchères. La raison en est simple : les transmissions réalisées dans ce cadre sont involontaires. Elles ne revêtent pas une nature contractuelle, et ne peuvent donc engendrer les risques inhérents aux ventes, à l'instar des obligations de garanties.

Tous les transferts intervenus en période de liquidation judiciaire sont des transferts contraints. Il s'agit de réaliser les biens du débiteur afin de désintéresser les créanciers, de transmettre les biens du débiteur à titre onéreux pour que ces derniers puissent être payés sur le prix.

Lorsqu'il réalise ces opérations, le liquidateur agit en sa qualité de représentant des créanciers. Il ne représente pas le débiteur. Il effectue ces opérations dans l'intérêt et pour le compte des créanciers. Il exerce leur droit de gage. Afin de s'en assurer, il suffit de rappeler que s'il ne le fait pas, certains créanciers retrouvent leur droit de poursuite individuelle⁴. Ainsi le liquidateur n'exprime pas plus le consentement du débiteur qu'un créancier saisissant n'exprime le consentement de ce dernier lorsqu'il agit en exécution forcée. N'agissant pas en représentation du débiteur, il ne peut être vendeur. Un non-propriétaire ne peut avoir cette qualité. Pour mémoire en effet, la vente de la chose d'autrui est nulle en droit français⁵.

Puisque nul n'exprime un consentement au transfert des biens du débiteur, il ne peut s'agir d'un contrat⁶.

Pour mémoire en effet, le contrat est un accord de volontés destiné à produire des effets de droit⁷. Or, ici, seul le consentement de l'acquéreur s'exprime par l'intermédiaire de son offre. Même si le liquidateur l'a peut-être sollicitée ou que dans l'intérêt des créanciers, il a peut-être indiqué que cette offre lui paraît opportune, en aucun cas, il ne l'accepte. D'ailleurs en présence d'une pluralité d'offres, le juge-commissaire pourrait tout à fait choisir l'offre qui n'est pas celle mise en avant par le liquidateur. En outre, devant certains tribunaux, les liquidateurs n'ont même pas connaissance du contenu des offres, celles-ci étant remises sous pli cacheté au juge-commissaire. C'est l'autorisation du juge-commissaire qui rend la cession parfaite⁸. En somme, les cessions intervenant en matière de liquidation judiciaire n'étant pas de nature contractuelle, le liquidateur ne peut être assimilé à une partie contractuelle. Il ne peut voir sa responsabilité contractuelle engagée. La chambre commerciale a d'ailleurs écarté toute obligation d'information mise à sa charge⁹. Elle est cependant peut-être allée trop loin en considérant que compte tenu de la nature de la cession de gré à gré, celle-ci ne pouvait être annulée pour vice du consentement¹⁰. C'est en effet faire fi du consentement exprimé par l'acquéreur dans la cession. Si la cession est en effet forcée pour le débiteur, elle nécessite la volonté de l'acquéreur.

Mais quoi qu'il en soit, on constate que tous ces éléments conduisent à exclure toute responsabilité contractuelle à la charge du liquidateur dans ce cadre. Dans le même sens, les garanties des vices cachés ou encore d'éviction du fait des tiers¹¹ ne sont pas plus applicables dans le cadre des cessions de gré à gré que dans les enchères. Dans tous les cas, il s'agit de « ventes faites par autorité de justice » exclusives de garanties en application de l'article 1649 du Code civil.

Enfin, il importe de souligner qu'il ne faut pas renoncer à la cession de gré à gré de peur de se heurter au recours de cessionnaires évincés. La chambre commerciale de la Cour de cassation a en effet affirmé que les offrants ne pouvant être assimilés à des parties à la procédure, ils ne disposent d'aucun recours contre l'ordonnance autorisant la cession¹². À ce titre, la pratique des greffes consistant à leur notifier l'ordon-

7 C. civ., art. 1101.

8 Cass. com., 4 oct. 2005, n° 04-15062.

9 Cass. 3^e civ., 21 déc. 2017, n° 16-20675.

10 Cass. com., 4 mai 2017, n° 15-27899.

11 Par exemple : Cass. com., 12 oct. 1993, n° 91-18505 : JCP E 1994, 1, 34, spéc. n° 6, obs. Cabrillac M. et Pétel P. ; RTD com. 1994, p. 559, n° 1, obs. Haël J.-P. ; Rev. proc. coll. 1993, p. 496, n° 24, obs. Soinne B. ; Defrénois 15 juin 1994, n° 35845, p. 807, obs. Delebecque P. — CA Bordeaux, 16 mai 1995 : Rev. proc. coll. 1996, n° 3, p. 89, obs. Soinne B.

12 Cass. com., 31 mai 2011, n° 10-17774.

4 C. com., art. L. 643-2.

5 C. civ., art. 1599.

6 Dans le même sens, l'ordonnance du juge-commissaire ne vaut pas consentement à la vente. Théron J., « Le rôle du juge-commissaire dans les cessions isolées », Rev. proc. coll. 2015, dossier 19.

nance fait illégitimement naître chez eux la croyance qu'ils disposent de la faculté de critiquer la cession.

B. Peut-on aménager les cessions de gré à gré ?

Deux questions ont été abordées dans ce cadre : celle relative à la rédaction d'un cahier des charges, et celle de la possibilité de recourir aux plis cachetés.

1. Le cahier des charges

Il est apparu qu'en pratique, pour éviter les écueils d'une cession de gré à gré qui serait critiquable par des tiers, certains liquidateurs fixent les conditions de la cession dans un cahier des charges. La loi ne semble pas interdire de formaliser les conditions de l'appel d'offre et aucune autorisation judiciaire n'est *a priori* requise (sauf peut-être s'agissant des conditions de publicité préalables fixées par l'article R. 642-40).

Le cahier des charges peut d'ailleurs faire office de descriptif des caractéristiques essentielles de l'entreprise ou de la ou des branches d'activité susceptibles d'être cédées au sens de l'article R. 642-40 du Code de commerce. De surcroît, le dépôt au greffe du cahier des charges participe de la transparence de la cession puisque tout intéressé peut en prendre connaissance. Le cahier des charges semble donc être un bon outil pour aménager et donc sécuriser les cessions notamment celles des fonds de commerce. Ce cahier peut désigner : les biens à vendre, les conditions de mise à prix et l'absence de possibilité de surenchère, les conditions de paiement du prix, le lieu de dépôt des offres, le cadre juridique. La question s'est posée de déterminer si une date limite de dépôt pouvait être indiquée. Le cas échéant il a été souligné qu'elle n'a aucune valeur puisque, faute de texte contraire, le juge-commissaire pourrait être saisi d'une nouvelle offre jusqu'au moment où il statue. Le dépassement du délai indiqué dans le cahier des charges ne devrait pas permettre de rejeter une offre. Rien n'interdit d'ailleurs d'ouvrir un nouveau délai pour obtenir de meilleures offres. L'essentiel est de placer les candidats dans une situation identique d'information et de délai. Enfin le cahier des charges va préciser les conditions de la vente : contenu et forme de l'offre, conditions du transfert de propriété et entrée en jouissance, conséquences de l'exercice du droit de préemption, conséquences de la reprise du bail commercial, absence de garantie, conditions du transfert des contrats de travail, information sur la situation comptable, conditions de radiation des inscriptions...

2. Plis cachetés

Non visée par les articles L. 642-18 et L. 642-19 du Code de commerce, la vente sous pli cacheté consiste

à présenter les offres directement au juge-commissaire sous enveloppe scellée. De la sorte aucun des offrans ne connaissant la proposition faite par les autres il est possible d'atteindre un prix intéressant. Il semble qu'il y ait notamment recours à cette pratique lorsque les enchères n'ont pas permis d'atteindre la mise à prix. La difficulté est alors de se prononcer sur la légalité d'un tel procédé. Aucun texte ne le prévoit. Est-ce à dire qu'il est illégal ? La jurisprudence du fond est partagée. La cour d'appel d'Orléans¹³ a pu considérer qu'il était prohibé. Mais d'autres juridictions comme la cour d'appel de Dijon¹⁴ considèrent que l'article « L. 642-18 du Code de commerce permet au juge-commissaire d'autoriser la vente de gré à gré aux prix et conditions qu'il détermine. Dans ce cadre, le juge-commissaire peut décider des délais et formes selon lesquels les offres seront formulées, et notamment du recours à une présentation des offres sous pli cacheté, cette présentation n'aboutissant nullement à une transformation de la vente de gré à gré en une enchère privée ».

On comprend donc que pour justifier sa solution la cour d'appel de Dijon affirme qu'il s'agit là d'une forme de cession amiable... Cette solution ne peut être admise que dans la mesure où le juge-commissaire remplit le rôle qui est le sien lors des cessions de gré à gré en liquidation judiciaire normale : il faut que le juge ait un véritable pouvoir de décision et puisse constater que l'offre en cause est meilleure que ce qui serait obtenu aux enchères. Il faut donc que le juge ne soit pas lié par la proposition la plus haute. Il n'y a là qu'un moyen de s'assurer que les offrans font la meilleure offre possible. Si le juge-commissaire garde son pouvoir de décision pour d'autres critères que le prix, comme la solvabilité de l'offrant, alors, il s'agit bien d'une modalité légale de cession de gré à gré. Mais, peut-être ne faudrait-il pas la dénommer « vente sous pli cacheté » pour éviter d'éveiller inutilement des soupçons d'illégalité. Il a été proposé de l'appeler cession sous pli fermé.

II. Comment optimiser la recherche d'acquéreur avec internet ?

Les ventes de droit commun ont explosé sur internet, il y a là un outil extrêmement efficace car l'offre est émise au profit d'un nombre extraordinaire de destinataires. La question est alors de déterminer si de tels outils (eBay ou Le Bon Coin...) pourraient être utilisés dans le cadre des procédures collectives pour « mieux vendre ».

¹³ CA Orléans, 8 nov. 2001, Hue c/ Hamani : JCP N 2002, 1423, note Garçon J.-P.

¹⁴ CA Dijon, 21 juin 2011.

Sur un plan juridique, cela peut susciter plusieurs types de difficultés qui ne seront pas les mêmes selon que la cession a lieu en période d'observation (A) ou en liquidation (B).

A. En période d'observation

En période d'observation de deux choses l'une :

Soit il s'agit de cessions qui sont assimilables à des actes de gestion courante de l'entreprise, et tout comme pour une entreprise *in bonis*, les cessions sont réalisées de manière totalement libre. Il n'y a aucun obstacle de quelque nature que ce soit à passer par une plate-forme internet.

Soit il s'agit de cessions constituant des actes étrangers à la gestion courante de l'entreprise, et il y a, le cas échéant, une contrainte à prendre en compte. Les cessions qui seront conclues par ce biais sont soumises à autorisation judiciaire en application de l'article L. 622-7 du Code de commerce. Il faut donc préciser dans l'offre internet que la cession ne sera valable qu'une fois l'acte autorisé par le juge-commissaire, et que l'acquéreur ne dispose d'aucun recours en cas de non-autorisation par le juge-commissaire, ni contre le cédant, ni contre l'administrateur le cas échéant, sauf à démontrer que le débiteur ou l'administrateur n'ont pas tout fait pour solliciter l'autorisation.

B. En liquidation judiciaire

Dans les liquidations judiciaires tout comme en période d'observation, sauf à ce que l'on soit dans le cadre d'une procédure simplifiée, le recours au juge-

commissaire s'impose. Aussi, il faudra également préciser sur la plate-forme que les cessions réalisées dans ce cadre ne pourront être parfaites qu'une fois arrêtées par le juge-commissaire. Pour autant le rôle du juge-commissaire est différent de celui qu'il remplit dans le cadre de l'article L. 622-7 du Code de commerce. Comme cela a pu être souligné, il doit ici vérifier que le prix proposé est le bon et permet de réaliser le bien dans de meilleures conditions qu'aux enchères. À partir de là plusieurs paramètres sont à prendre en considération :

- par le biais de ces appels d'offres (il n'est possible de procéder qu'à un appel d'offres) ;
- il importera de préciser à l'acquéreur que ce ne sera pas nécessairement le meilleur prix qui l'emportera, mais l'offre qui paraîtra la meilleure au juge-commissaire (ce qui peut tenir à des conditions de financement) ;
- le recours systématique au juge-commissaire ne constitue pas un obstacle lorsque la cession porte sur un bien isolé. En revanche, il constitue un obstacle lorsque le recours à internet peut être extrêmement utile : la cession au détail de stocks. Seule une modification textuelle pourrait rendre possible une telle valorisation des stocks. On pourrait imaginer, à l'instar de la vente amiable dans la saisie immobilière, que le juge-commissaire autorise en amont le liquidateur à céder les stocks pour une valeur globale qu'il fixerait. Puis une fois les opérations réalisées, qu'il y ait un retour devant le juge-commissaire pour qu'il vérifie que ce prix est atteint. Les multiples cessions seraient alors conditionnées à ce constat final.

Débiteur personne physique : du dessaisissement au rebond ^{116g6}

Philippe ROUSSEL GALLE

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

Membre du CEDAG

Lorsque le débiteur soumis à une procédure collective est une personne physique, le dessaisissement et le rebond prennent une dimension particulière. Le dessaisissement, même si sa portée tend à se réduire va en effet affecter l'ensemble de ses droits patrimoniaux, tandis que le législateur tente de favoriser son rebond. Ont participé à l'atelier : Anaïs Tabeling, magistrate à la Direction des Affaires civiles et du Sceau, Bruno Bertholet, administrateur judiciaire, Sébastien Dépreux, mandataire judiciaire, président de l'IFPPC, et Philippe Bertrand, représentant de « 60 000 rebonds ».

1. La portée du dessaisissement du débiteur soumis à une procédure collective a été réduite au fil du temps. Le développement des sociétés et en particulier des sociétés unipersonnelles, l'institution du statut d'EIRL, de la déclaration d'insaisissabilité puis de l'insaisissabilité légale de la résidence principale, en réduisant l'effet réel de la procédure collective, ont indirectement porté atteinte au dessaisissement. Sans compter l'institution de traitements nouveaux comme la sauvegarde dans laquelle il est réduit à sa plus simple expression. Pour autant, le dessaisissement est une notion traditionnelle du droit des procédures collectives, il a d'ailleurs été classé récemment parmi les grands concepts du droit des entreprises en difficulté¹. C'est particulièrement le cas pour l'entrepreneur exerçant à titre individuel, exception faite de l'hypothèse dans laquelle il a opté pour le statut d'EIRL. Parallèlement, toujours concernant l'entrepreneur individuel, l'heure est au « rebond » afin de permettre à l'entrepreneur de reprendre une nouvelle activité.

2. La question du rebond est d'importance puisque l'entrepreneuriat est encouragé par le législateur et reste couramment exercé à titre individuel. Le droit français s'est d'ailleurs beaucoup intéressé et de longue date à ces questions, le principe de non reprise des poursuites après clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif instauré en 1985 en constitue l'exemple le plus topique même si on tend à l'oublier. Depuis, de nombreux aménagements et améliorations ont été entrepris, et le projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises dit *Pacte*² s'en fait l'écho tandis que la proposition de directive insolvabilité en cours de négociation fait elle aussi une place au rebond qui devra donc être possible dans tous les

États de l'Union³. La Commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI) consacre également actuellement des travaux aux petites entreprises et il ne fait guère de doutes que ces questions seront là aussi abordées.

3. Ces thèmes sont donc d'actualité et d'importance aussi bien concernant le dessaisissement (I) que le rebond (II).

I. Le dessaisissement

4. Évoquer le dessaisissement du débiteur personne physique, c'est bien sûr évoquer tout d'abord sa situation en liquidation judiciaire (B) mais avant d'en venir là, on peut relever que la sauvegarde et le redressement judiciaire connaissent eux aussi une forme de dessaisissement, mais il est si réduit qu'on peine à le qualifier ainsi (A).

A. Le recul progressif du dessaisissement en sauvegarde et redressement judiciaire

5. L'évolution du droit des faillites a conduit le législateur, plus particulièrement depuis la loi du 25 janvier 1985, à laisser au débiteur, lorsqu'il y a une poursuite d'activité, l'exercice de sa gestion dans le cadre d'une administration contrôlée. Du syndic, organe tutélaire du débiteur, à l'administrateur judiciaire, organe de gestion à la mission variable, il apparaît aujourd'hui que de moins en moins d'actes échappent à la prise d'initiative du débiteur ou du dirigeant.

6. Déterminer l'étendue du dessaisissement ou prétendu tel, du débiteur, en sauvegarde et en redressement judiciaire, conduit à s'interroger sur ses pouvoirs résiduels, ce qui est pour le moins complexe. En sauvegarde, l'article L. 622-1, 1, du Code de commerce

1 V. sur ce point le colloque CRAJEFE, 5-6 avril 2018, dir. Le Corre P.-M., et plus particulièrement, Henry L.-C. et Roussel Galle P., *Le dessaisissement*, à paraître.

2 Doc. AN n° 1088.

3 V. proposition de dir. du PE et du Cons., relative aux cadres de restructuration préventifs, à la seconde chance et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures de restructuration, d'insolvabilité et d'apurement et modifiant la dir. n° 2012/30/UE, 22 nov. 2016.

dispose que « l'administration de l'entreprise est assurée par son dirigeant » ce qui laisse à entendre qu'il n'y a pas de dessaisissement. De surcroît, il continue à accomplir valablement les actes de gestion courante, vis-à-vis des tiers de bonne foi⁴. Pour autant, dans cette procédure, et c'est également le cas en redressement judiciaire, dès lors qu'un administrateur judiciaire est désigné (3 200 dossiers nationaux par an, pour plus de 60 000 ouvertures de procédures collectives) et quelle que soit la mission qui lui est confiée, ce dernier est seul à pouvoir exercer certains actes, comme c'est le cas par exemple en matière de contrats en cours. Mais les pouvoirs de l'administrateur varient en fonction de la mission qui lui est confiée et par voie de conséquence, il en va de même pour le débiteur.

7. Si l'administrateur judiciaire se voit confier une mission de surveillance, mission réservée à la sauvegarde, il a une obligation de vigilance qui doit le conduire, lorsqu'il relève un comportement nuisible à l'intérêt de l'entreprise ou des créanciers, à informer le juge-commissaire et éventuellement demander au tribunal une modification de sa mission. Il a ainsi été jugé, qu'investi d'une mission de surveillance, l'administrateur judiciaire est tenu de s'assurer du respect par le débiteur des obligations légales et conventionnelles s'imposant au chef d'entreprise et qu'il doit vérifier que le débiteur s'acquitte de son obligation de reverser aux caisses de retraite les cotisations qu'il prélevait sur les salaires, pour citer un seul exemple⁵.

8. S'il s'agit d'une mission d'assistance, donc en sauvegarde ou en redressement judiciaire cette fois, elle emporte obligation pour l'administrateur d'assister le débiteur dans tous les actes de gestion au nombre desquels figure le fonctionnement des comptes bancaires sous leur double signature⁶. De même et toujours en cas de mission d'assistance sans restriction, il doit assister le débiteur pour tous les actes d'administration, comme les mesures d'exécution dont font partie les saisies-attributions⁷. À l'inverse, l'initiative de la demande de prorogation d'un permis de construire n'entre pas dans la mission d'assistance de l'administrateur, par ailleurs dépourvu du pouvoir de se substituer aux acquéreurs pour mettre en œuvre, à leur profit, la garantie d'achèvement⁸. Les exemples

sont légion et les professionnels doivent donc prendre garde à ce que les actes accomplis l'aient été régulièrement tant par le débiteur que par les tiers.

9. Mais c'est bien évidemment la mission de représentation qui se rapproche le plus du dessaisissement de la liquidation judiciaire. Rappelons qu'elle ne peut plus être décidée qu'en redressement judiciaire, et que selon l'article L. 631-12, l'administrateur peut alors se voir confier la mission d'assurer entièrement ou en partie l'administration de l'entreprise. Une telle mission, rarement mise en place, car elle manifeste une défiance vis-à-vis du débiteur, a des effets considérables sur les droits de ce dernier. En effet, tant en demande, qu'en défense, les actions en justice sont exercées par l'administrateur judiciaire, tandis que le débiteur ne conserve que l'exercice de ses droits propres⁹, là encore pour ne citer qu'un exemple.

10. Au-delà des solutions jurisprudentielles aussi nombreuses que variées, quelles que soient les évolutions favorables au dirigeant pour lui laisser plus d'autonomie, des verrous demeurent. En procédure collective, les assureurs-crédits ne couvrent plus l'entreprise qui est défaillante dans le paiement de ses créanciers, mais c'est surtout la perte de confiance de ses partenaires qui pose problème et sous cet angle, la présence d'un administrateur judiciaire qui appose sa signature sur les moyens de paiement et qui contrôle les actes du dirigeant constitue un élément fort pour une poursuite d'activité. C'est bien sûr plus vrai encore lorsque le débiteur personne physique est soumis à une interdiction d'émettre des chèques.

11. Si la sauvegarde et le redressement ne connaissent donc pas, sauf exception, de dessaisissement à proprement parler, la répartition des pouvoirs avec l'administrateur et plus généralement la délimitation des pouvoirs du débiteur est chose malaisée qui nécessite donc une grande vigilance des professionnels. Ce d'autant plus que pour l'entrepreneur personne physique, même en sauvegarde et redressement judiciaire, la règle de la gestion concurrente des biens communs peut sans doute se trouver maltraitée en particulier en fonction de la mission accordée à l'administrateur judiciaire¹⁰. Mais la situation du débiteur en sauvegarde et en redressement judiciaire n'est rien comparée à l'hypothèse de la liquidation judiciaire qui connaît un véritable dessaisissement.

4 C. com., art. L. 622-3, al. 2, en sauvegarde, applicable en redressement judiciaire sur renvoi de L. 631-14, alinéa 1^{er}.

5 Cass. com., 5 avr. 2016, n° 14-13247 : Procédures 2016, n° 235, note Rolland B. ; Rev. proc. coll. 2016, n° 110, obs. Lebel C.

6 Cass. com., 4 juin 2013, n° 12-17203 : D. 2013, Actu, p. 1470 ; Act. proc. coll. 2013, n° 163, obs. Jazottes G. ; Rev. proc. coll. 2014, n° 57, obs. Lebel C.

7 Cass. com., 31 mai 2016, n° 14-28056 : D. 2016, Actu, p. 1253 ; Act. proc. coll. 2016, n° 148, obs. Cagnoli P. ; Gaz. Pal. 18 oct. 2016, n° 273w9, p. 51, obs. Bidan C. ; RD bancaire et fin. 2016, n° 210, obs. Piedelièvre S. ; BJE sept. 2016, n° 113t9, p. 328, note Camensuli-Feuillard L.

8 Cass. com., 13 nov. 2002, n° 98-11366 : Bull. civ. IV, n° 162 ; D. 2003, AJ, p. 204 ; Rev. proc. coll. 2004, 44, obs. Lebel C.

9 V. Le Corre P.-M., *Droit et pratique des procédures collectives*, 2017/2018, Dalloz Action, n° 421-34.

10 V. par exemple, Antonini-Cochin L., « Régimes matrimoniaux et droit des entreprises en difficulté », in Roussel Galle P. (dir.), *Entreprises en difficulté*, 2012, Lexisnexus, coll. 360 degrés, p. 209, sp. n° 512.

B. Le dessaisissement en liquidation judiciaire

12. La situation du débiteur personne physique en liquidation judiciaire est particulièrement rigoureuse. La règle trouve son siège dans l'article L. 641-9, I, du Code de commerce : « Le jugement de liquidation emporte de plein droit dessaisissement pour le débiteur de l'administration et de la disposition de ses biens » mais surtout le texte ajoute que les droits et actions du débiteur sont exercés par le liquidateur. Autant dire que le débiteur est en quelque sorte mis sous tutelle, même si bien évidemment, il n'est pas soumis aux incapacités du Code civil.

13. Certes, la loi du 26 juillet 2005 a consacré la théorie des droits propres, l'article L. 641-9, I, précité, disposant désormais que le débiteur accomplit les actes et exerce les droits et actions qui ne sont pas compris dans la mission du liquidateur ou de l'administrateur lorsqu'il en a été désigné. Mais la détermination de ces droits propres a fait l'objet de contentieux nombreux et variés et il est difficile d'en donner une définition. On peut citer le droit reconnu à un entrepreneur individuel de continuer à exercer des fonctions de représentant légal d'une société demeurée *in bonis* bien qu'il soit en liquidation judiciaire à titre personnel¹¹ ou encore la faculté de rachat d'un contrat d'assurance-vie¹², ou plus récemment, le droit propre de former un recours contre l'ordonnance du juge-commissaire autorisant le liquidateur à signer une transaction, sur le fondement de l'article L. 642-24 du Code de commerce, dès lors que cette transaction a notamment pour objet la cession d'un actif dépendant de la liquidation judiciaire¹³. Parallèlement, le dessaisissement va avoir des effets sur les droits du conjoint, puisque la procédure collective appréhende également les biens communs, mais aussi sur les droits des tiers notamment en matière d'action en justice.

14. La question de la détermination des droits propres du débiteur et donc de l'étendue de son dessaisissement est particulièrement importante pour le débiteur

mais également pour les administrateurs judiciaires lorsqu'ils sont nommés en liquidation judiciaire, et bien sûr pour les liquidateurs. La règle leur impose des obligations et diligences et ils risquent d'engager leur responsabilité, d'autant plus que le champ du dessaisissement n'est pas toujours clairement défini.

15. Si le législateur s'est donc limité à reconnaître les droits propres sans déterminer strictement la portée du dessaisissement, à tout le moins a-t-il tenté d'en limiter la durée, et puisque le dessaisissement perdure tout au long de la liquidation judiciaire, c'est la durée de la procédure qu'il a tenté de réduire. Sans être exhaustif, on peut tout d'abord citer l'alinéa 1^{er} de l'article L. 643-9, selon lequel le tribunal qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire, doit fixer un délai au terme duquel la clôture de la procédure devra être examinée¹⁴. On peut également citer la mise en place de la liquidation judiciaire simplifiée, déjà obligatoire dans certains cas, et plus encore sans doute demain au vu du projet de loi *Pacte*. La clôture de la liquidation a également été facilitée par l'ordonnance du 12 mars 2014, puisque le liquidateur ne peut, sauf accord du débiteur, réaliser les biens ou droits acquis au titre d'une succession ouverte durant la liquidation judiciaire, ni provoquer le partage de l'indivision pouvant en résulter¹⁵. Cette règle a essentiellement pour objectif d'éviter de retarder la clôture par la réalisation parfois longue de biens hérités en indivision, sans que cela atteigne le gage des créanciers qui pourront reprendre leurs poursuites sur les biens en question après clôture de la procédure¹⁶. Toujours depuis la réforme de 2014, la clôture de la liquidation peut être prononcée lorsque l'intérêt de sa poursuite est disproportionné par rapport aux difficultés de réalisation des actifs résiduels. De surcroît, le tribunal peut également prononcer la clôture de la procédure en désignant un mandataire avec pour mission de poursuivre les instances en cours et de répartir, le cas échéant, les sommes perçues à l'issue de celles-ci¹⁷. Toutes ces règles permettent de réduire la durée de la liquidation, et partant, du dessaisissement en résultant.

16. La jurisprudence est elle aussi venue récemment limiter la portée du dessaisissement. Dans un arrêt du 22 mars 2017¹⁸, la chambre commerciale de la

11 Cass. com., 27 nov. 2001, n° 97-22086 : Bull. civ. IV, n° 189 ; D. 2002, AJ, p. 92, obs. Lienhard A. ; Act. proc. coll. 2002, n° 12, obs. Vallansan J. ; Dr. sociétés 2002, n° 24, note Legros J.-P. ; BJS 2002, p. 212, note Sénéchal M. ; RD bancaire et fin. 2002, n° 65, obs. Lucas F.-X. ; JCP E 2002, n° 20, p. 805, obs. Pétel P.

12 Cass. com., 11 déc. 2012, n° 11-27437 : Bull. civ. IV, n° 225 ; D. 2013, Actu, p. 8 ; JCP E 2013, 1216, n° 4, obs. Pétel P. ; LEDEN janv. 2013, n° 1, p. 4, obs. Rubellin P. ; RJDA 2013, n° 146 ; Act. proc. coll. 2013, n° 30, obs. Borga N. ; BJE mars 2013, n° 052, p. 85, note Lisanti C. ; Gaz. Pal. 4 mai 2013, n° 129k9, p. 22, obs. Voynet D. ; Rev. proc. coll. 2013, n° 95, obs. Dumont-Lefrand M.-F.

13 Cass. com., 24 janv. 2018, n° 16-50033 : D. 2018, Actu, p. 166 ; JCP E 2018, 1142, note Lambrey de Souza D. ; JCP E 2018, 1159, n° 6, obs. Tehrani A. ; Act. proc. coll. 2018, n° 55, obs. Vallansan J. ; Dictionnaire Permanent Difficultés des entreprises, www.elnet.fr, Bull. n° 400, obs. Rémy J.-P. ; LEDEN mars 2018, n° 111j6, p. 3, obs. Staes O. ; BJS avr. 2018, n° 118k6, p. 224, note Brocard E. ; Rev. proc. coll. 2018, n° 73, obs. Berthelot G. ; BJE avr. 2018, n° 118k9, p. 196, note Théron J.

14 C. com., art. L. 643-9, al. 3.

15 C. com., art. L. 641-9, IV.

16 C. com., art. L. 643-11, I, 1^{er}.

17 C. com., art. L. 643-9.

18 Cass. com., 22 mars 2017, n° 15-21146 : D. 2017, Actu, p. 702 ; RTD com. 2017, p. 438, obs. Vallens J.-L. ; JCP E 2017, 1327, note Cerati-Gauthier A. ; JCP E 2017, 1460, n° 9, obs. Pétel P. ; LEDEN mai 2017, n° 110s3, p. 4, obs. Andreu L. ; Act. proc. coll. 2017, n° 132, obs. Ghandour B. ; BJE juin 2017, n° 114s2, p. 193, note Vallansan J. ; BJS 2017, n° 116m2, p. 403, note Rubellin P. ; Dr. sociétés 2017, n° 111, obs. Legros J.-P. ; Rev. proc. coll. 2017, n° 69, obs. Berthelot G. ; RJ com. 2017, p. 354, obs. Lebel C. ; Gaz. Pal. 10 oct. 2017, n° 305b9, p. 55, obs. Ferrari B. ; Dictionnaire Permanent Difficultés des entreprises, www.elnet.fr, Bull. n° 391, obs. Roussel Galle P. ; Rev. sociétés 2017, p. 387, obs. Henry L.-C.

Cour de cassation a ainsi jugé qu'en cas de reprise de la liquidation judiciaire, la procédure ainsi reprise n'emporte pas à nouveau dessaisissement général du débiteur, qui reste libre de contracter et d'engager des biens qui n'avaient jamais été compris dans la liquidation initiale. Par ailleurs, dans un arrêt du 24 mai 2018¹⁹, elle est venue ajouter que « si la clôture de la liquidation judiciaire met fin au dessaisissement du débiteur, ce dernier, en cas de désignation d'un mandataire en application de l'article L. 643-9, alinéa 3, du Code de commerce, ne recouvre pas l'exercice de ses droits et actions en ce qui concerne les instances en cours dont la poursuite a été confiée au mandataire, ni sur leur produit éventuel, qui constitue le gage des créanciers de la liquidation judiciaire ». En d'autres termes, le dessaisissement survit à la liquidation mais de manière très résiduelle.

17. Ainsi, le dessaisissement reste assurément une mesure particulièrement rigoureuse ce d'autant que pendant toute la durée de la liquidation judiciaire, le débiteur personne physique a interdiction d'exercer une activité professionnelle relevant du champ d'application du droit des procédures collectives. À tout le moins, ce dessaisissement est-il aujourd'hui d'une durée de plus en plus réduite, ce qui facilite le rebond du chef d'entreprise, à l'instar d'autres dispositifs.

II. Le rebond

18. Le rebond du débiteur personne physique revêt une dimension particulière. En effet, lorsqu'il exploite sous forme de société à responsabilité limitée, l'entrepreneur conserve en principe, ses biens personnels et surtout, il n'est pas redevable du passif de la société. Certes, l'affirmation doit être nuancée puisqu'il peut être caution, et n'est pas à l'abri d'une action en extension pour confusion de patrimoines ou d'une action en responsabilité. Il n'en reste pas moins que le principe veut que seule la société soit atteinte par la procédure collective ce qui contraste singulièrement avec la situation de l'entrepreneur exerçant à titre individuel. Pour autant, si pour ce dernier le rebond a longtemps été un mythe, sa situation a bien changé, puisqu'il bénéficie du principe de non reprise des poursuites de ses créanciers, voire dans certains cas de l'effacement de ses dettes (A) tandis qu'une partie de son patrimoine peut être préservée (B).

A. De la non reprise des poursuites à l'effacement des dettes

19. À titre préliminaire, on rappellera que le rebond peut bien sûr se traduire par un plan de continuation, et à cet égard, il n'est pas inutile de signaler un arrêt récent de la Cour de cassation, ayant jugé que « la cessation d'activité d'une personne physique ne fait pas obstacle à l'adoption d'un plan de redressement ayant pour seul objet l'apurement du passif »²⁰. La solution est nouvelle et elle n'allait pas de soi, même si elle ne peut rester qu'exceptionnelle.

20. Pour le reste, et on l'oublie trop souvent, sans doute parce que la règle est aujourd'hui entrée dans les mœurs, mais le premier dispositif facilitant le rebond consiste à éviter de faire peser sur l'entrepreneur son passif indéfiniment. Or, en France, depuis 1985, il bénéficie du principe de non reprise des poursuites de ses créanciers, et de tous ses créanciers que leurs créances soient nées de son activité professionnelle ou qu'il s'agisse de créances « domestiques ». Il existe certes quelques exceptions mais le principe est bien établi et n'est plus discuté, aussi n'est-il guère besoin de s'étendre. Relevons toutefois que la caution ne bénéficie pas de la règle de non reprise des poursuites et comme elle peut se retourner contre l'entrepreneur, il peut indirectement se trouver redevable de sommes importantes.

21. L'innovation principale concernant cette problématique provient bien sûr de la mise en place de la procédure de rétablissement professionnel par l'ordonnance du 12 mars 2014. Certes, l'accès à cette nouvelle procédure est très encadré. Réservée aux entrepreneurs individuels dont le passif est inférieur à 5 000 €, elle est de surcroît volontariste et n'a pas obtenu le succès escompté. Elle aboutit pourtant à l'effacement des dettes du débiteur, à l'instar de celles bénéficiant de la non reprise des poursuites individuelles dans l'hypothèse d'une liquidation judiciaire, donc aussi bien des dettes professionnelles que « privées ». On peut même se demander si la caution ne pourrait pas se prévaloir de l'effacement, bien que ce soit discuté, alors qu'elle ne peut pas se prévaloir de la non-reprise des poursuites²¹. Le peu de succès de cette procédure s'explique peut-être par le fait que

¹⁹ Cass. com., 24 mai 2018, n° 17-11513 : D. 2018, Actu, p. 1150 ; LEDEN juill. 2018, n° 11117, p. 4, obs. Camensuli-Feuillard L.

²⁰ Cass. com., 4 mai 2017, n° 15-25046 : D. 2017, Actu, p. 974, obs. Lienhard A. ; D. 2017, Pan., p. 1945, obs. Lucas F.-X. ; RTD com. 2017, p. 702, obs. Vallens J.-L. ; RTD com. 2018, p. 202, obs. Saint-Alary-Houin C. ; JCP E 2017, 1374, note Ghandour B. ; Act. proc. coll. 2017, n° 179, obs. Macorig-Venier F. ; Gaz. Pal. 27 juin 2017, n° 27928, p. 53, obs. Lebel C. ; Journal des sociétés civiles et commerciales 2017, p. 62, obs. Cerati-Gauthier A. ; Rev. sociétés 2017, p. 385, obs. Roussel Galle P.

²¹ V. Pérochon F. et Roussel Galle P., *Le rétablissement professionnel à mi-chemin entre liquidation judiciaire et rétablissement personnel*, Mélanges en l'honneur de Patrick Seerlotten, *Écrits de droit de l'entreprise*, 2015, Dalloz, p. 233.

seules les créances portées à la connaissance du juge par le débiteur sont effacées, aussi à la différence de la non reprise des poursuites qui s'applique à toutes les créances en liquidation, ici, en cas d'oubli, le créancier recouvre ses droits de poursuite. La méconnaissance de ce nouvel outil peut également au moins pour partie expliquer sa faible utilisation.

22. Elle présente néanmoins un avantage considérable par rapport à la liquidation judiciaire, puisqu'elle n'entraîne pas dessaisissement du débiteur qui, de surcroît, peut même poursuivre son activité pendant son déroulement et bien sûr après sa clôture.

23. Pour tenter d'encourager son utilisation, le projet de loi *Pacte* prévoit de systématiser l'examen de ses conditions d'application par le tribunal saisi d'une demande de liquidation judiciaire. Pour autant, elle ne deviendrait pas obligatoire puisque son ouverture resterait conditionnée à l'accord du débiteur. Notons enfin que le montant maximal de l'actif fixé à 5 000 € devrait être maintenu ou peut-être augmenté, tandis que la mise en place d'un seuil de passif maximum, un moment évoquée, ne serait, *a priori*, pas retenue.

24. Quoi qu'il en soit de l'avenir de cette procédure, la non reprise des poursuites ou l'effacement des dettes permettent au débiteur personne physique, d'affronter l'avenir avec plus de sérénité, et sous cet angle, même la liquidation judiciaire peut donc être une procédure qui lui est bénéfique, lui permettant de « repartir sur de bonnes bases ». Pour autant, jusque très récemment, la contrepartie de cet avantage était l'appréhension de son entier patrimoine, ce qui n'est désormais plus le cas.

B. La protection du patrimoine « privé » du débiteur

25. Le patrimoine « privé » de l'entrepreneur individuel, que nous qualifierons ainsi par opposition au patrimoine utilisé pour l'activité professionnelle peut aujourd'hui en tout ou partie échapper à la procédure collective et en particulier à la liquidation judiciaire. Deux techniques bien connues ont été mises en place.

26. La première consiste à recourir au statut d'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL). Sans s'étendre sur la question, on rappellera qu'en cas de procédure collective, c'est alors le seul patrimoine affecté à l'activité professionnelle qui est appréhendé par la procédure²², un peu comme ce serait le cas pour une personne morale, même si bien sûr il n'en est pas créée. La comparaison ne s'arrête pas là puisque l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif lui est applicable comme c'est le cas pour un dirigeant de

société. Mais surtout, le législateur a prévu la possibilité d'étendre la procédure ouverte à l'encontre d'un patrimoine à un autre patrimoine, par une action en réunion de l'actif²³. Et c'est précisément sur cette question qu'un arrêt du 7 février 2018²⁴ est venu apporter des précisions. Pour la Haute juridiction, un EIRL doit affecter à son activité professionnelle un patrimoine séparé de son patrimoine personnel, ce qui résulte du dépôt d'une déclaration devant comporter un état descriptif des biens, droits, obligations ou sûretés affectés à l'activité professionnelle, en nature, qualité et valeur. Or en l'espèce, si la déclaration avait bien été effectuée, elle ne mentionnait aucun de ces éléments, ce qui, selon la Cour de cassation, constitue un manquement grave au sens de l'article L. 621-2, alinéa 3, précité, et justifie par conséquent la réunion des patrimoines. La solution peut paraître logique, mais elle fragilise ce statut en particulier lorsque les biens professionnels sont acquis après adoption de ce statut, qui est déjà peu utilisé.

27. Mais c'est bien sûr la déclaration d'insaisissabilité et plus encore l'insaisissabilité légale de la résidence principale qui a constitué une véritable révolution. Sans revenir sur la construction jurisprudentielle, on se limitera à retenir que cette insaisissabilité est opposable à la liquidation judiciaire, et donc que, sauf exceptions, la résidence principale mais aussi les autres biens immobiliers non utiles à l'activité professionnelle et qui auraient fait l'objet d'une déclaration échappent à la procédure collective. Certes, ces biens ne sont pas à l'abri des poursuites de tous les créanciers, mais seulement des créanciers dont la créance est née de l'activité professionnelle du débiteur personne physique. Les créanciers « privés » et en particulier le prêteur qui a financé l'acquisition du bien, peuvent le saisir, mais ce serait également le cas, si l'entrepreneur avait choisi d'exercer sous la forme d'une société. Tout au plus, peut-on regretter qu'en mettant en place l'insaisissabilité légale de la résidence principale, le législateur ait maintenu la possibilité d'établir une déclaration d'insaisissabilité sur les autres biens immobiliers. En effet, la protection de la résidence principale se justifie par des considérations humanitaires et sociales, ce qui n'est pas le cas des autres biens immobiliers. Or un tel dispositif a pour effet de réduire plus encore l'actif de la procédure collective, et donc d'augmenter le nombre de procédures impécunieuses tout en diminuant les chances des créanciers d'être payés, ce

23 C. com., art. L. 621-2.

24 Cass. com., 7 févr. 2018, n° 16-24481 : JCP E 2018, 1276, note Lebel C. ; LEDEN mars 2018, n° 111k6, p. 5, obs. Rubellin P. ; BJS avr. 2018, n° 118j2, p. 226, note Saintourens B. ; Act. proc. coll. 2018, n° 76, obs. Legrand V. ; LPA 15 mai 2018, n° 135p5, p. 10, Perruchot-Triboulet V. ; Dictionnaire Permanent Difficultés des entreprises, www.elnet.fr, Bull. n° 401, obs. Roussel Galle P.

22 C. com., art. L. 680-2.

qui peut militer en faveur de son cantonnement à la résidence principale.

28. La situation de l'entrepreneur personne physique exerçant à titre individuel, s'est donc considérablement améliorée au fil du temps. Tout n'est pas parfait, tant s'en faut, et certaines dettes restent à sa charge, directement ou indirectement par le jeu des cautionnements notamment. Pour autant, il est libéré de ses dettes plus rapidement, et il a une chance de conserver une partie de son patrimoine. Parallèlement, le rebond après liquidation suppose un accompagnement du débiteur, aussi bien psychologique qu'économique. La procédure collective et en particulier la liquidation judiciaire, reste une épreuve pour la plu-

part des chefs d'entreprise, et des associations comme APESA ou encore « 60 000 rebonds » tentent d'apporter des solutions, en aidant psychologiquement le chef d'entreprise mais aussi en œuvrant pour atténuer sa stigmatisation.

29. Parallèlement, le projet de directive en cours de négociation au niveau européen fait une place importante au rebond, et devrait contribuer à l'amélioration de la situation du débiteur personne physique défaillant. Les modifications devraient néanmoins rester limitées puisque sur ce point également, la France reste un modèle en Europe.

30. Bref, si l'évolution des textes a permis des progrès considérables, il reste encore beaucoup à faire !

Le financement des entreprises en difficulté 116f8

Philippe DUPICHOT

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

Un atelier consacré aux techniques de financement des entreprises en difficulté s'est tenu à la Collesur-Loup lors du congrès du CNAJMJ. Cet atelier était présidé par Louis Margueritte, secrétaire général du CIRI. Y ont pris part Béatrice Amizet, mandataire judiciaire, Benoît Desteract, directeur général, Banque Thémis, Erwan Merly, administrateur judiciaire, Eva Sebban, responsable procédures collectives, Euler Hermes France, et ce sous la coordination scientifique de Philippe Dupichot, professeur à l'École de droit de la Sorbonne, directeur du conseil scientifique de Gide, auteur du présent compte-rendu.

1. **Plan de l'atelier.** – La question du financement de l'entreprise en difficulté est aussi ancienne que le droit des procédures collectives lui-même : elle évolue volontiers au gré de ses priorités. Il est apparu à juste titre aux organisateurs du congrès de la Collesur-Loup qu'il convenait d'aborder cette question en rappelant certains fondamentaux et en abordant quelques aspects d'actualité, et ce de façon inévitablement non exhaustive.

Le choix a été fait de traiter de façon didactique d'abord des acteurs du financement (I), ensuite des techniques de financement (II) et enfin des techniques de garantie (III).

I. Les acteurs du financement

Identifier préalablement les principaux acteurs du financement de l'entreprise en difficulté (A) et s'interroger sur leurs attentes (B) a semblé indispensable aux participants de l'atelier.

A. Identification des acteurs

2. **Les financeurs possibles : d'abord les partenaires habituels, ensuite les tiers.** – Qui dit techniques de financement, dit négociation avec les financeurs, que ce soit pour l'octroi, le maintien, ou le renouvellement

de concours financiers dans les entreprises en difficultés.

La première question envisagée ici a donc été celle de l'identification des possibles financeurs de l'entreprise à laquelle s'est employée Béatrice Amizet, déployant un panorama général des principaux acteurs du financement.

Or, ces derniers étant divers, plusieurs distinctions seraient concevables :

- opposer les acteurs publics du financement aux acteurs privés,
- se focaliser sur les spécificités de ces acteurs : financement du bas de bilan, en dettes ou plutôt du haut de bilan via des apports en fonds propres ou quasi-fonds propres,
- distinguer entre partenaire historique, actionnaire, ou créancier, etc.

Béatrice Amizet préfère rappeler que lorsque les dirigeants et associés prennent conscience de difficultés financières prévisibles, ils vont solliciter en priorité leurs partenaires récurrents, habituels.

Ces derniers sont d'abord les banques classiques (via les services des « affaires spéciales »). C'est en effet la dénomination généralement utilisée dans les établissements financiers pour désigner le service en charge du

traitement des créances sur les entreprises en difficulté faisant l'objet de procédures amiables (mandat *ad hoc*, conciliation). Suivant les établissements, des liens plus ou moins forts peuvent exister avec le service de contentieux plus généralement en charge des dossiers lorsque les entreprises font l'objet d'une procédure collective. Les affaires spéciales jouissent généralement d'une très forte autonomie de gestion des dossiers par rapport aux services d'exploitation plus traditionnels qui se trouvent très rapidement totalement dessaisis. L'IBR (*Independent Business Review*) est par exemple assez systématiquement réclamée par les affaires spéciales afin de traiter le dossier à la lumière d'un avis tiers.

L'État, à travers les CCSF, CIRI, CODEFI, etc., participe aussi pleinement au financement de l'entreprise en difficulté à travers ses différents outils mais aussi dans le cadre de la coordination lors de la mise en œuvre de restructurations significatives d'entreprises.

C'est également un réflexe naturel que de solliciter de l'actionnaire historique de nouveaux apports en fonds propres et de tenter d'obtenir des abandons de créances.

L'ordonnance du 12 mars 2014 a du reste incité les actionnaires à participer plus activement au financement de l'entreprise en difficulté, notamment via une libération immédiate du capital dès l'ouverture de la procédure collective si cela n'a pas encore été fait (C. com., art L. 624-20 : « Le jugement d'ouverture rend immédiatement exigible le montant non libéré du capital social »), qualité étant donnée au mandataire judiciaire pour agir à l'égard de l'associé ou actionnaire défaillant (C. com., art. L. 622-20, al. 2). Or, ce texte est applicable à la fois en sauvegarde, redressement et liquidation judiciaire.

Enfin, il est tout aussi classique de solliciter des délais de paiement de la part des fournisseurs voire de nouveaux financements si telle est la pratique du secteur d'activité en cause (exemple du prêt octroyé par le brasseur ou de celui accordé par le minotier chez les boulangers...).

Toutefois, si de telles sollicitations ne sont pas suffisantes, les entreprises en difficulté vont devoir rechercher l'aide d'acteurs tiers, au-delà du cercle des actionnaires et partenaires habituels.

C'est alors qu'entreront dans le jeu les banques dites pour cette raison « judiciaires », dont les procédures collectives constituent le cœur de métier et non plus seulement des affaires « spéciales » (telle la banque Thémis, représentée par Benoît Desteract, la Banque Delubac, etc.) voire des fonds d'investissement, étant précisé qu'il existe une multitude de fonds : fonds investissant dans des sociétés cotées, fonds de capi-

tal-risque, fonds de capital développement, fonds qui investissent sur de la dette (*hedge funds*)...

3. Les autres acteurs du financement : conseils en *restructuring*, AJMJ, juge-commissaire. – Les participants à l'atelier ont ensemble insisté sur l'idée qu'il ne faudrait toutefois pas limiter le monde des acteurs du financement aux seuls financeurs de l'entreprise.

Participent en effet pleinement de la galaxie du financement des entreprises en difficulté d'autres acteurs que les seuls pourvoyeurs d'espèces sonnantes et trébuchantes, de réductions de créances ou de délais. On songe ici au rôle primordial de tous ceux qui accompagnent le dirigeant au cours de ces périodes tendues et stratégiques : auditeurs « *restructuring* », avocats spécialisés, professionnels de la restructuration et AJMJ, tous rompus à l'analyse des difficultés et à la mise en place de plans de réduction des coûts, à l'identification de dysfonctionnements opérationnels et à la recherche de valeur.

De la même façon, on ne saurait passer sous silence, dans le cadre des procédures collectives, le juge-commissaire, véritable « chef d'orchestre de la procédure » et qui a pour mission de délivrer des autorisations déterminantes aux organes de la procédure.

B. Attentes des acteurs

4. Banquier. – L'atelier a été enrichi par la participation de représentants de financeurs clés pour les entreprises en difficultés qui ont apporté un éclairage pratique et précieux sur leur regard, leurs attentes en tant que financeurs.

Benoît Desteract, directeur général de la Banque Thémis, a ainsi présenté le regard du banquier et rappelé qu'il n'était pas rare que ce dernier souhaite limiter son concours ou y mettre un terme en cas de difficultés avérées.

L'entrepreneur en difficulté est souvent déconcerté par l'inévitable changement d'interlocuteur auquel il est confronté lorsque son dossier est transmis aux affaires spéciales. Les participants à l'atelier se sont d'ailleurs interrogés sur le caractère possiblement anxiogène de la dénomination « affaires spéciales », à rebours de la conception actuelle de la procédure entendue comme un bénéfice, une chance et non comme l'antique infamie liée à la banqueroute (« *banca rotta* »). Le rôle de l'administrateur en est rendu d'autant plus déterminant pour accompagner le chef d'entreprise au cours de la procédure ainsi que l'a souligné Erwan Merly.

L'attitude du banquier repose largement sur la prise en compte de la notation bancaire et plus particulièrement de ses éléments constitutifs. En cas par exemple de rupture de *covenant*, il y aura dégradation de 1 à 2 notes ; et au cas d'ouverture d'un mandat *ad hoc*,

il y aura pareillement dégradation automatique (minimum E+). La notion de provision collective, liée à certains secteurs économiques (codes NAF) qui peuvent être mis sous surveillance, est également déterminante aux yeux du banquier ; ainsi, par exemple lorsque le financement concerne des secteurs sensibles (artisans taxis, filière textile, etc.).

Il convient en toute hypothèse de réfléchir à l'apport du privilège de *new money* dans la recherche d'une solution durable et il peut être opportun de préparer avec les banques dites judiciaires le plan de sauvegarde ou de continuation de manière à utiliser tous les leviers nécessaires à la réussite d'un plan. Ces banques judiciaires ont d'ailleurs la possibilité de mettre en place du financement de CICE, CIR ou de *Carry Back*.

5. État : CCSF, CODEFI, CIRI. – Il est logiquement revenu à Louis Margueritte, secrétaire général du CIRI, de présenter le rôle de l'État et ses principaux outils de financement des entreprises en difficulté¹.

La direction générale du Trésor contribue en effet de longue date à l'élaboration et à la mise en œuvre de la politique des entreprises et à la régulation des entreprises d'investissement.

Dans le cadre du soutien apporté aux entreprises en difficultés, les services de la Direction générale des Finances publiques (DGFIP) interviennent au sein des commissions des chefs de services financiers (CCSF), des comités départementaux d'examen des problèmes de financement des entreprises (CODEFI) et du comité interministériel de restructuration industrielle (CIRI).

En cas de difficultés à régler une échéance fiscale ou sociale, la commission départementale des chefs des services financiers (CCSF), dont le secrétariat permanent est assuré par la direction départementale des Finances publiques (DDFiP), peut être utilement saisie par des entreprises à jour de leurs obligations déclaratives et de paiement de la part salariale des cotisations sociales. La commission examine, en lien avec chaque comptable ou organisme chargé du recouvrement des créances publiques, l'établissement d'un plan de règlement échelonné des dettes fiscales et sociales (part patronale) du débiteur, à l'issue duquel les créanciers publics pourront le cas échéant accorder une remise des majorations et des pénalités de retard. Dans le cadre d'une procédure de conciliation, de sauvegarde ou de redressement judiciaire, une demande de remise de dettes peut également être formulée auprès de la CCSF aux termes de l'article L. 626-6 du Code de commerce. Les remises, dont les conditions sont précisées aux articles D. 626-9 et suivants du même code, ont pour objet de faciliter la

restructuration financière de l'entreprise en difficulté, la poursuite de son activité économique et le maintien de l'emploi. Elles ne peuvent toutefois concerner la TVA et les droits d'enregistrement.

Le comité départemental d'examen des problèmes de financement des entreprises ou CODEFI est un autre pilier de l'action étatique destiné aux entreprises de moins de 400 salariés qui rencontrent des problèmes de financement et sont également à jour de leurs obligations fiscales et sociales. Cette structure locale, présidée par le préfet, assiste les entreprises dans l'élaboration et la mise en œuvre de solutions de redressement pérennes. Ce comité peut, à certaines conditions, diligenter des audits en accord avec l'entreprise, afin d'établir un diagnostic de sa situation, valider des hypothèses de redressement économique et financier et accorder des prêts du fonds de développement économique et social (FDES) dans le cadre d'un plan de restructuration et lorsque les perspectives de redressement sont réelles.

Les entreprises de plus de 400 salariés relèvent de la compétence du comité interministériel de restructuration industrielle CIRI, dont le secrétariat général est assuré par la Direction générale du Trésor. À l'instar du CODEFI, le CIRI aide les entreprises en difficulté à trouver des solutions pour assurer leur pérennité et leur développement. Le CIRI peut également mettre en œuvre des audits et des prêts FDES².

Le président souligne que l'action du CIRI repose sur quatre principales intangibles : disponibilité, confiance, coordination et traitement global et équilibré.

6. L'assurance-crédit : fonctionnement et regard sur l'entreprise en difficulté. – Eva Sebban, responsable procédures collectives chez Heuler Hermes France, expose enfin le regard de l'assurance-crédit non sans en avoir rappelé le mécanisme de protection des entreprises contre les risques d'impayés. Fort peu réglementée par le Code des assurances et marquée du sceau de la liberté contractuelle, elle assure le fournisseur contre le risque d'impayés des biens livrés ou des services fournis à son client, l'assureur-crédit informant également ce fournisseur sur la situation financière de ses clients.

Conclu entre l'assureur et son assuré, le contrat d'assurance-crédit fournisseur prévoit trois services :

- la prévention du risque clients qui consiste, en amont, en une évaluation quotidienne et une surveillance de la situation financière des entreprises ;
- le recouvrement des impayés, les démarches amiables et judiciaires sont gérées par Euler Hermes Recouvrement France ;

1 v. <https://www.impots.gouv.fr/portail/professionnel/ccsf-et-codeficiri>.

2 <http://www.tresor.economie.gouv.fr/entreprises-en-difficulte>.

– l'indemnisation des créances non recouvrées : passé un délai de carence déterminé, la perte est indemnisée selon la quotité garantie prévue.

L'analyse du risque est réalisée par Euler Hermes France en 5 temps : collecte de l'information ; analyse de l'information ; notation ; décision de crédit ; communication de la décision.

L'information des acheteurs est également au cœur de l'activité : Euler Hermes France a ainsi mis en place un site³, lequel compte plus de 35 000 entreprises inscrites à ce jour. Tout dirigeant d'une entreprise acheteuse implantée en France accède en ligne et gratuitement à deux informations clés concernant son entreprise, sa notation et la fourchette d'encours garantis qu'EH France porte sur elle. Le site offre également la possibilité de déposer toute information à destination d'EH France permettant de compléter l'analyse et de recevoir des alertes en cas de changement de tranche d'encours garantis.

S'agissant du recouvrement des créances, Euler Hermes Recouvrement France intervient pour le compte de ses clients créanciers. En cas d'impayé, les clients adressent une demande de recouvrement (et d'indemnisation si leur créance est garantie) accompagnée d'un mandat d'intervenir pour leur compte. Les clients créanciers restent propriétaires de leurs créances en toute hypothèse et toutes les décisions notamment de réponse aux propositions de plan sont prises en concertation avec eux. Ainsi, même l'arrêté d'un plan dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire ou de sauvegarde n'est pas un gage pour les créanciers d'obtenir le paiement de leur créance. Plus de la moitié des entreprises sous plan ne dépassent pas la quatrième année de plan. Le taux de survivance des entreprises sous plan peut être affecté par la taille de l'entreprise, son ancienneté et son secteur d'activité et ces données sont prises en compte dans notre analyse des propositions de plan. Une attention particulière est donnée aux propositions de restructuration de la dette que le cadre soit préventif ou collectif et les décisions sont toujours prises en concertation avec les assurés-fournisseurs. Néanmoins, il est important de relever que l'assureur crédit n'a aucune relation commerciale avec l'acheteur et que le fournisseur assuré-crédit reste toujours seul maître de sa politique commerciale. À noter également que depuis 2016, Euler Hermes France donne la possibilité à ses clients de demander de l'encours sur des sociétés en plan de continuation ou de sauvegarde et que Euler Hermes Recouvrement France utilise activement le portail Creditor services pour déclarer les créances qui lui sont confiées et encourage les mandataires à recou-

rir pareillement à ce portail qui est un précieux outil de communication avec les études.

7. Rémunération des acteurs. – L'argent étant le nerf de la guerre, la question de la rémunération des acteurs a été abordée en clôture de ce premier volet de l'atelier.

La rémunération du prêteur consentant un crédit à une entreprise en difficulté est ainsi de l'ordre de 6 %, ce qui peut sembler élevé mais est nettement inférieur à la rémunération demandée par les fonds de dette qui se situe plus volontiers entre 8 et 12 %.

Les commissions des intervenants dépendront logiquement de la complexité du dossier. En phase amiable, des frais d'avocats seront exposés pour les besoins de la rédaction d'un contrat de crédit. Il importe en tout cas d'intégrer le coût des conseils à celui de la restructuration des entreprises. Suivant Benoît Desteract, les coûts des différents conseils (avocats, professions du chiffre, etc.) sont de l'ordre de 1 % pour une société qui réalise un chiffre d'affaires de 100 millions d'euros. On rappellera ici qu'en vertu de l'article L. 611-16, alinéa 2 du Code de commerce dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 12 mars 2014, la quote-part maximale pouvant être supportée par le débiteur est fixée à trois quarts des honoraires de conseil auquel le créancier a fait appel (arrêté du 25 juillet 2014), et ce afin de ne pas « déresponsabiliser » à l'excès les créanciers quant aux frais de conseils.

Il a également été souligné que la fiducie-sûreté se démocratisait au point que l'on a vu des fiducies-sûretés instituées dans des dossiers de l'ordre du million d'euros, leur coût étant assez raisonnable (20 000 € comme plancher). À titre indicatif, pour une fiducie-sûreté d'un million d'euros, on peut estimer que les frais de mise en place de la fiducie sont de l'ordre de 4 à 5 % auxquels il faut rajouter le cas échéant les droits d'enregistrement.

II. Les techniques de financement

Le deuxième temps de l'atelier a consisté à identifier les principales techniques de financement de l'entreprise en difficulté (A) et les responsabilités susceptibles d'en résulter (B).

A. Identification des principales techniques de financement

8. Techniques non bancaires de (re)financement. – Béatrice Amizet rappelle au préalable que la reconstitution à court terme de la trésorerie de l'entreprise en difficulté se fera souvent par des procédés bien connus que sont, pêle-mêle, l'intervention de l'AGS pour le paiement des arriérés de salaires ; des actions en reconstitution de l'actif éventuellement via les nul-

³ www.infosacheteurs.eulerhermes.com.

lités de la période suspecte ; ou encore l'arrêt du remboursement des prêts bancaires. La renégociation des charges qui pèsent sur l'entreprise par des baisses de loyers, un étalement du financement du stock auprès d'un franchiseur, etc. est également un instrument classique pour redonner de l'oxygène au débiteur sans même envisager l'appel à un tiers.

Erwan Merly relève que la procédure de révision pour imprévision, issue de l'ordonnance du 10 février 2016, et codifiée sous l'article 1195 du Code civil, peut participer d'une « non-démonétisation » du débiteur. Ainsi, lorsqu'il est observé un changement de circonstances, imprévisible à la conclusion du contrat qui rend son exécution excessivement onéreuse, et dont la partie n'avait pas accepté d'en assumer le risque, la phase « amiable » de la procédure de révision pour imprévision peut parfaitement s'inscrire dans le cadre d'un mandat *ad hoc* confié à un professionnel du mandat de justice. Et si cette phase amiable n'aboutit pas, la saisine du juge tendant à la résolution du contrat ou à une demande commune d'adaptation du contrat peut s'imposer. Dans ce cadre, l'administrateur en période d'observation, devra porter une attention particulière sur l'articulation de l'article L. 622-13 du Code de commerce (poursuite des contrats) et la mise en œuvre éventuelle de la procédure de révision pour imprévision afin de ne pas démonétiser l'entreprise défaillante.

Erwan Merly dresse ensuite un panorama synthétique des techniques non bancaires de financement au sens large impliquant cette fois l'appel à une tierce partie. L'administrateur judiciaire souligne que le prépack cession, variante de la procédure de conciliation, est souvent l'occasion de monétiser l'entreprise défaillante par l'intervention d'un acteur de capital ou de fonds propre.

En effet, après avoir rappelé que l'article L. 611-7, alinéa 1 subordonne la mise en œuvre de la cession dans le cadre d'une procédure collective, à la recherche préalable d'une cession dans le cadre d'une procédure amiable, Erwan Merly observe que le prépack cession est incontestable dans son principe, en ce qu'il permet d'organiser une cession de contrôle total ou partiel dans le cadre de laquelle le cessionnaire apporte les fonds suffisants à la conclusion d'un accord amiable avec les créanciers de l'entreprise défaillante, le cas échéant, de manière corrélative à des abandons de créances consentis de la part des financeurs historiques.

Concernant les nouveaux modes de financements, l'administrateur judiciaire indique que la crise de confiance et de financements liée aux ratios de Bâle, accélère le phénomène de désintermédiation bancaire dans la recherche de financements. Les exceptions au

monopole bancaire se multiplient ainsi et avec elles la possibilité de recourir à des financements autres que bancaires.

Cette tendance encouragée par les pouvoirs publics et l'assouplissement de la réglementation liée à l'allocation des ressources bancaires, se traduit par le développement rapide de trois modes principaux de financements alternatifs. Il s'agit d'une part du *crowd-giving*, lequel consiste à récolter des dons avec ou sans contrepartie, ce qui n'est pas interdit aux entreprises en difficulté. Il s'agit d'une seconde part du *crowdlending* tendant à récolter des prêts rémunérés ou non, rendus accessibles aux personnes physiques par l'article L. 511-6 du Code monétaire et financier. Enfin, il s'agit de l'*equity crowdfunding*, lequel permet de procéder à des collectes sous forme d'investissements en titres financiers, et notamment les « mini bons » accessibles aux plates-formes dématérialisées par le décret n° 2016-453 du 28 octobre 2016. L'administrateur observe toutefois que si ledit décret a largement simplifié le dispositif, ce dernier n'est pas encore adapté aux financements massifs de l'économie du retournement en raison notamment des plafonds réglementaires. Outre les diligences usuelles relatives à la vérification de l'immatriculation de l'intermédiaire, l'administrateur judiciaire devra veiller à être préalablement autorisé par le juge-commissaire au fondement de l'article L. 622-17, III du Code de commerce afin d'être autorisé à lever des fonds en période d'observation, y compris dans le cadre du *crowdfunding*.

Concernant les autres vecteurs de monétisation, l'administrateur judiciaire rappelle que la loi *Macron* du 6 août 2015 a introduit une nouvelle exception au monopole bancaire, en autorisant le financement par le truchement des prêts interentreprises. Toutefois, si l'article L. 511-6 du Code monétaire et financier a posé des conditions d'éligibilité aux prêts interentreprises qui semblaient présenter de belles perspectives de monétisation, le décret n° 2016-501 du 22 avril 2016 en a réglementé de manière restrictive les conditions de validité, au point que cette complexité a pu limiter le recours à ce nouveau mode de financement, en particulier s'agissant des entreprises en défaillance.

9. Techniques bancaires de (re)financement. – Le recours au crédit bancaire suppose souvent que le dirigeant ait d'abord tenté de trouver en interne des solutions de financement, sur ses ressources propres notamment (nouveaux apports en fonds propres, abandons de créances, libération du capital social, réalisations d'actifs ou d'optimisation du BFR, etc.). Ceci étant précisé, Philippe Dupichot dresse pour mémoire un panorama synthétique des principales techniques bancaires de financement et de refinancement.

Seuls les établissements de crédit et les sociétés de financement peuvent effectuer des opérations de crédit à titre de profession habituelle aux termes de l'article L. 511-5 du CMF. Or, l'opération de crédit est définie de façon compréhensive à l'article L. 313-1 du CMF comme tout acte par lequel une personne agissant à titre onéreux met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne ou prend, dans l'intérêt de celle-ci, un engagement par signature tel qu'un aval, un cautionnement, ou une garantie⁴.

À court terme, le crédit est bien souvent de mobilisation, le client refinançant ses créances sur ses clients auprès de son banquier : ces crédits permettent surtout à l'entreprise de gérer sa trésorerie et de subvenir à son BFR.

L'escompte est ainsi la forme la plus ancienne de crédit par mobilisation de créances et, si sa nature juridique a toujours fait débat (achat de créances, prêt d'argent, etc.), on y voit volontiers aujourd'hui un prêt sécurisé par l'affectation en garantie d'un effet de commerce. Toutefois, l'escompte (quoique présumé translatif) d'effets de commerce conserve à l'entreprise cliente le risque de non-remboursement ; le banquier escompteur impayé contre-passera et exercera son double recours, à la fois cambiaire et fondamental.

Puis, la loi *Dailly* du 2 janvier 1981, modifiée à de nombreuses reprises, a contribué à ce que l'escompte d'effets de commerce, passablement rigide (une traite par créance...), s'efface peu à peu au profit de la mobilisation de créances professionnelle par voie simplifiée de bordereau, permettant notamment le transfert de paquets de créances même en germe ; son importance n'est plus à souligner, quoique l'entreprise cédante y conserve également le risque d'impayé.

D'où l'intérêt de l'affacturage, par lequel l'adhérent ou fournisseur, transmet (par voie de subrogation personnelle) à un établissement de crédit ou une société de financement, le *factor*, des créances sur ses propres clients ; en effet, si le *factor* règle également ici par anticipation l'adhérent du montant des créances transférées, il le fait sous déduction d'une rémunération généralement plus élevée qu'au cas d'escompte car le *factor* se charge du recouvrement de la créance originaire et assume le risque d'insolvabilité.

Le crédit à court terme peut cependant être consenti sans mobilisation aucune, via un découvert qui n'est autre qu'une autorisation, expresse voire tacite, donnée au titulaire d'un compte de rendre son compte débiteur ; elle doit être soigneusement distinguée de la facilité de caisse qui résulte d'une simple tolérance

du banquier. L'importance du crédit documentaire a également été soulignée.

À moyen ou long terme cette fois, le crédit prend plus volontiers la forme d'une ouverture de crédit ou d'un prêt. La première n'est autre qu'une promesse de prêt à une personne dénommée ce dont la jurisprudence déduit que la fraction inutilisée de l'ouverture de crédit n'est pas saisissable⁵. Le second a, quant à lui, perdu tout caractère réel toutes les fois qu'il est octroyé par un professionnel du crédit⁶ : le prêt bancaire est ainsi consensuel. Et on rappellera qu'en vertu d'une jurisprudence ancienne, reconductible postérieurement à la réforme des contrats, « la novation ne se présume pas ; on ne doit l'admettre qu'autant qu'elle résulte clairement des actes ; et il ne suffit pas, pour l'opérer, d'augmenter ou de diminuer la dette, de fixer un terme plus long ou plus court, et d'ajouter ou de retrancher une hypothèque ou une autre sûreté, ni même de changer l'espèce de l'obligation, à moins que les parties n'expriment une intention contraire ou que le second engagement ne soit nécessairement incompatible avec le premier »⁷. Partant, une renégociation amiable entre une entreprise en difficulté et sa banque n'est pas nécessairement constitutive d'une novation.

B. Devoirs et responsabilités liés aux techniques de financement

10. Rupture abusive. – Les techniques de financement ont toujours été vecteur de responsabilités pour le financeur, spécialement lorsque l'entreprise débitrice est au seuil de difficultés, ce dernier étant parfois coincé entre le marteau (rupture abusive) et l'enclume (soutien abusif).

Philippe Dupichot a rappelé que la rupture et la réduction d'un concours bancaire sont soigneusement encadrées par le préavis et la correspondance formaliste imposée par l'ancien article 60 de la loi bancaire du 24 janvier 1984, actuel article L. 313-12 du Code monétaire et financier (« tout concours à durée indéterminée, autre qu'occasionnel, qu'un établissement de crédit ou une société de financement consent à une entreprise, ne peut être réduit ou interrompu que sur notification écrite et à l'expiration d'un délai de préavis fixé lors de l'octroi du concours. Ce délai ne peut, sous peine de nullité de la rupture du concours, être inférieur à soixante jours »). Le banquier pourra, le cas échéant, invoquer la situation irrémédiablement compromise du débiteur (tout comme son comportement gravement répréhensible) pour se dispenser

⁴ Le crédit-bail et plus largement les opérations de location assorties d'une option d'achat sont assimilés à des opérations de crédit.

⁵ Cass. 2^e civ., 18 nov. 2004, n° 00-19693 : Bull. civ. II, n° 501.

⁶ Cass. 1^{re} civ., 28 mars 2000, n° 97-21422 : Bull. civ. I, n° 105.

⁷ Cass. req., 8 nov. 1875 : DP 1876, 1, p. 438 ; S. 1876, 1, p. 102 – Cass. 1^{re} civ., 20 nov. 1967 : Bull. civ. I, n° 335 ; D. 1969, p. 321 : « (...) quelle que soit l'intention des parties, une modification dans le montant de la dette ne suffit pas à caractériser la novation ».

du préavis, mais ce sans pouvoir écarter au contraire l'exigence d'une notification écrite. Mais, cette disposition ne s'appliquant qu'aux concours autres qu'occasionnels, elle reste inapplicable aux simples facilités de caisse qui peuvent être librement rompues, contrairement aux découverts autorisés : il y a là un effet d'aubaine connu pour le banquier qui peut avoir intérêt à se réfugier dans la simple tolérance constitutive d'une facilité de caisse⁸...

En l'absence de résiliation des concours bancaires dans les formes avant l'ouverture de la procédure, la règle bien établie de la poursuite de la convention de compte bancaire et des opérations de crédit dont elle est le support trouvera à s'appliquer en application de l'article L. 622-13 du Code de commerce⁹. Malheureusement, il n'est pas rare que le chef d'entreprise voie malgré tout sa connexion internet brutalement arrêtée et l'accès à son compte et ses instruments de paiement entravés : il est parfois besoin que l'administrateur ou le mandataire rappelle la banque à l'ordre sur ses obligations¹⁰...

11. Soutien abusif et irresponsabilité de l'article L. 650-1 du Code de commerce. – S'agissant du soutien abusif qui fut longtemps la bête noire du banquier, Philippe Dupichot indique que la querelle de l'article L. 650-1 du Code de commerce a été opportunément refermée. Bien avant l'adoption de la loi de sauvegarde, la jurisprudence avait dégagé trois conditions de mise en cause de la responsabilité bancaire du chef de soutien abusif :

- une faute consistant en l'octroi d'un crédit à une entreprise en situation est irrémédiablement compromise ou de crédits ruineux ;
- un préjudice ;
- et un lien de causalité.

L'article L. 650-1 du Code de commerce, issu de la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 et modifié par l'ordonnance du 18 décembre 2008, n'aura pas été le cadeau empoisonné aux banques et aux pourvoyeurs de crédit redouté par certains.

Depuis le 27 mars 2002, la chambre commerciale veille en effet à ce qu'il offre une immunité de principe pour le banquier, supposé l'inciter à ne pas renoncer à jouer pleinement son rôle de financeur de l'économie. En effet, pour renverser ce principe d'irresponsabilité, il faudra non seulement prouver l'existence préalable d'un concours fautif et, en sus, de l'un des trois cas

que sont la fraude, l'immixtion caractérisée et la prise de garanties disproportionnées¹¹.

Il reste que d'aucuns regrettent que les banques n'aient pas été à la hauteur de l'irresponsabilité qui leur a ainsi été octroyée par l'article L. 650-1 du Code de commerce et qu'elles referment le robinet du crédit encore trop volontiers...

III. Les techniques de garantie

Acteurs, financement, le dernier temps de l'atelier a logiquement porté sur l'actualité de quelques techniques de garantie conventionnelle (A) ou légale (B).

A. Sûretés de source conventionnelle

12. Prise de garantie sur une entreprise en difficulté. – En période suspecte, l'article L. 632-1, 6°, du Code de commerce frappe d'une nullité de droit les seules sûretés réelles pour dettes antérieures qui sont autant de cadeaux indûment accordés au créancier au mépris de l'égalité des créanciers : « 6° Toute hypothèque conventionnelle, toute hypothèque judiciaire ainsi que l'hypothèque légale des époux et tout droit de nantissement ou de gage constitués sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées ». Philippe Dupichot indique qu'un arrêt intéressant de la chambre commerciale apporte une souplesse bienvenue à ce dispositif¹². En effet, à nouveau¹³, la Cour de cassation y retient la validité d'une substitution par voie d'avenant, postérieurement à la cessation des paiements du constituant, de deux moteurs de bateaux gagés sans dépossession à des moteurs initialement gagés. C'est en vain que le liquidateur avait soutenu que ladite modification constituait un nouveau contrat de gage consenti en période suspecte dès lors que rien ne démontrait que le créancier gagiste ait obtenu « un gage supérieur, dans sa nature et dans son assiette, à celui initialement consenti ». S'agissant des sûretés personnelles au contraire, certains soutiennent que le nouvel article 1143 sur la violence économique pourrait être un argument offert aux cautions d'une entreprise en difficulté désireuses d'échapper à leur engagement.

Béatrice Amizet précise qu'en procédure de sauvegarde, il ne saurait y avoir de période suspecte puisque le débiteur n'est, par hypothèse, pas en état de cessation des paiements et que l'article L. 622-8 permet au débiteur de proposer aux créanciers titulaires de nantissement, gage, hypothèque, la substitution de garanties équivalentes.

8 v. Cass. com., 27 janv. 2015, n° 13-26475.

9 Cass. com., 8 déc. 1987, n° 87-11501 : Bull. civ. IV, n° 266.

10 Delattre C., « Le maintien des relations bancaires en cours de gré ou de force : *bis repetita* », BJE juill. 2017, n° 114y4, p. 300.

11 Cass. com., 27 mars 2012, n° 10-20077 : D. 2012, p. 1573 et s., II, C, note Crocq P.

12 Cass. com., 27 sept. 2016, n° 15-10421.

13 Cass. com., 20 janv. 1998, n° 95-16402 : Bull. civ. IV, n° 28.

13. Sûretés sur stocks. – Louis Margueritte revient sur l'importance du dispositif des sûretés sur stocks pour le financement des entreprises. Philippe Dupichot rappelle qu'il aura fallu 10 ans pour que le législateur corrige par l'ordonnance n° 2016-56 du 29 janvier 2016 relative au gage des stocks la bétise qui avait entaché la réforme des sûretés du 23 mars 2006 et s'était conclue par l'arrêt d'assemblée plénière de la Cour de cassation du 7 décembre 2015¹⁴ rejetant la possibilité pour un établissement de crédit de se tourner vers le gage de droit commun de choses fongibles, à peine de « compromettre les procédures collectives » par la mise en œuvre d'un pacte comissoire compte tenu de « la nature vitale des stocks » (notice explicative de l'arrêt). L'ordonnance n° 2016-56 du 29 janvier 2016 a opportunément réintroduit la liberté contractuelle à l'égard des gages de stocks conclus depuis le 1^{er} avril 2016 : conclus avec ou sans dépossession, ils jouissent d'un formalisme allégé et s'ouvrent au pacte comissoire (C. com., art. L. 527-8 nouv.) tandis qu'est consacrée la liberté d'option entre droit commun et droit spécial. Quant à la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle en date 18 novembre 2016, elle est venue réparer une incongruité en matière d'opposabilité et retient classiquement que « le gage des stocks est opposable aux tiers par la dépossession ou par son inscription sur un registre public tenu au greffe du tribunal dans le ressort duquel le débiteur a son siège ou son domicile » (C. com., art. L. 527-4 nouv.).

14. Techniques fiduciaires : fiducie-sûreté et agent des sûretés. – Louis Margueritte et Benoît Desteract soulignent ensuite la bonne acclimatation de la fiducie-sûreté dans le paysage du *restructuring* et sa grande utilité au service du sauvetage des entreprises en difficulté. Philippe Dupichot indique à cet égard que les techniques fiduciaires au sens large se démocratisent au service de l'attractivité du droit français. Ainsi, l'ordonnance n° 2017-748 du 4 mai 2017 relative à l'agent des sûretés confère un régime détaillé à l'agent des sûretés qui avait été introduit – laconiquement – à l'article 2328-1 du Code civil par la loi du 19 février 2007 instituant la fiducie puis modifié par la loi LME du 4 août 2008. Or, ce nouvel agent des sûretés doit concurrencer les régimes du *security trustee* et de l'énigmatique *parallel debt*. Fruit de travaux conduits au sein de l'Association Henri Capitant, le dispositif nouveau de l'agent des sûretés est entré en vigueur le 1^{er} octobre 2017 aux articles 2488-6 à 2488-12 au sein d'un nouveau titre III au sein du livre IV du Code civil et donc après les titres dévolus aux sûretés personnelles (I) et réelles (II). L'agent des sûretés peut prendre, inscrire, gérer et réaliser « toute sûreté ou garantie », même per-

sonnelle, même simplement promise, même de droit étranger¹⁵ et non plus seulement des sûretés réelles. Que retenir de ce nouveau dispositif ? Premièrement, que l'agent est un fiduciaire mais d'un type spécial : réputé titulaire des sûretés et garanties qui figureront dans un patrimoine d'affectation, il agit en son nom propre mais au profit des banques membres d'un *pool* dont la composition pourra évoluer ; le contrat d'agent sera solennel mais il échappera aux lourdes formalités applicables à la fiducie de droit commun (ni registre, ni enregistrement). Deuxièmement, que l'agent pourra, sans besoin de pouvoir spécial, exercer tous droits en justice dans l'intérêt des créanciers de l'obligation garantie et, en particulier, procéder seul à toute déclaration de créance en cas de procédure collective. À noter également que l'ouverture d'une procédure collective contre l'agent sera sans effet sur son patrimoine affecté mais qu'elle pourra conduire à la désignation d'un agent provisoire ou à son remplacement.

15. Rejet de l'attribution judiciaire des immeubles hypothéqués en cas de liquidation. – Philippe Dupichot attire enfin l'attention des congressistes sur l'importante décision rendue par la chambre commerciale le 18 juin 2017¹⁶. La Cour de cassation y tranche en effet une controverse ouverte par la réforme des sûretés du 23 mars 2006, laquelle avait étendu à la matière immobilière¹⁷ le bénéfice de l'attribution judiciaire du bien grevé de sûreté réelle, classique en matière mobilière. La mise en œuvre de cette faculté en cas de procédure collective restait discutée. L'intérêt de l'attribution est de constituer une arme absolue, étrangère au classement des privilèges, donc un mode d'exécution exclusif de la sûreté. Or, par le passé, la chambre commerciale avait contribué à la restauration des droits du gagiste commercial en reconnaissant largement le bénéfice de l'attribution judiciaire sans le soutien d'un texte¹⁸. Puisque l'article L. 622-7 du Code de commerce neutralise le pacte comissoire, donc l'attribution conventionnelle, postérieurement au jugement d'ouverture, on aurait pu penser que l'attribution judiciaire serait, *a contrario* et parce qu'elle est possible suivant le nouveau droit commun du Code civil, possible dans les mêmes conditions que celle du gage des meubles corporels donc en cas de liquidation¹⁹. Telle n'a pas été ici la voie choisie : non sans une certaine frilosité, la chambre commerciale refuse dans l'arrêt présenté d'étendre le principe de l'attribution judiciaire du créancier gagiste au créancier hypothécaire au motif de l'interdiction de

15 V. en ce sens, les enseignements de l'intéressant rapport au président.

16 Cass. com., 28 juin 2017, n° 16-10591.

17 C. civ., art. 2458.

18 Cass. ass. plén., 26 oct. 1984, n° 83-10055 : Bull. civ. ass. plén., n° 6.

19 C. com., art. L. 642-20-1.

14 Cass. ass. plén., 7 déc. 2015, n° 14-18435.

toute action en justice visant au paiement d'une dette antérieure au jugement d'ouverture posé par l'article L. 622-21 du Code de commerce.

B. Sûretés de source légale ou privilèges

16. Privilèges de la conciliation et des créanciers postérieurs. S'agissant cette fois des sûretés de source légale, Erwan Merly souligne que le privilège d'argent frais de la conciliation ou de « *new money* » a vu utilement son attractivité renforcée par l'ordonnance du 12 mars 2014 par l'élargissement de son assiette et le renforcement son efficacité en cas de défaillance ultérieure de l'emprunteur. En effet, l'article L. 626-20 du Code de commerce fait désormais du prêteur de *new money*, un créancier « quasi super senior » ; ne peuvent en effet faire l'objet de remises ou de délais qui n'auraient pas été acceptés par les créanciers les créances privilégiées à ce titre. Si l'attractivité du dispositif permet de faciliter la remonétisation d'une entreprise en conciliation, il convient toutefois de s'interroger sur le point de savoir si les effets de ce nouveau privilège de *new money* ne rendront pas plus difficile la construction des plans de sauvegarde ou de redressement.

Enfin, l'administrateur judiciaire fait observer que les nouvelles dispositions de l'article L. 622-13 du Code de commerce issues de l'ordonnance du 12 mars 2014 n'exigent plus le paiement comptant des sommes d'argent résultant de l'exécution des contrats en cours. L'abrogation de ce dispositif qui appréciait notablement le besoin en fonds de roulement des périodes d'observation, participe à la non-démonétisation des débiteurs en procédure de sauvegarde. Toutefois, si ce respect des délais de paiement interentreprises est désormais un impératif, l'administrateur judiciaire

rappelle que l'entreprise en sauvegarde doit être en mesure de réduire le délai interentreprises à première demande en cas de conversion de la procédure de sauvegarde en redressement judiciaire, puisque l'article L. 631-14 du Code de commerce n'a pas transposé cette modification à la période d'observation du redressement judiciaire.

17. Conclusion et pistes de réforme. Louis Margueritte referme la table ronde en établissant un point d'actualité sur la proposition de directive européenne du 22 novembre 2016 et sur l'intérêt que celle-ci pourrait présenter en instituant notamment des classes plus lisibles de créanciers.

Le secrétaire général du CIRI rappelle également que le projet de loi *PACTE* entend faire une place importante au droit de l'entrepreneur au rebond, cette réforme nationale s'inscrivant pleinement dans les objectifs européens.

Philippe Dupichot indique qu'un nouvel avant-projet de réforme du droit des sûretés, élaboré sous l'égide de l'Association Henri Capitant, pourrait être la base d'une habilitation à parachever la réforme de 2006, et ce par voie d'ordonnance. À noter en particulier : la préconisation d'une refonte d'un droit du cautionnement devenu illisible et rongé par le contentieux (proportionnalité, formalisme, mise en garde) et d'une reconnaissance de la faculté d'attribution judiciaire aux créanciers hypothécaires même en cas de liquidation.

Le président Louis Margueritte indique pour conclure que l'ouverture de la qualité de fiduciaire aux AJMJ est l'objet d'une discussion gouvernementale, celle-ci pouvant être un vecteur de rayonnement de la fiducie-sûreté au service des entreprises en difficulté et participer de l'ouverture actuelle de la profession.

Aspects fiscaux des entreprises en difficulté 116g2

Régis VABRES

Professeur à l'université de Bourgogne

L'articulation des règles relatives aux entreprises en difficulté et du droit fiscal est délicate. Elle n'en reste pas moins décisive dès lors qu'elle peut être une source de stratégies efficaces pour la situation financière de l'entreprise débitrice et en premier lieu sa trésorerie. La présente synthèse fait le point sur différentes problématiques rencontrées en pratique et propose plusieurs pistes à explorer. Ont participé à cet atelier : Xavier Aubry, président du tribunal de commerce de Versailles, Philippe Jeannerot, administrateur judiciaire, Bernard Lagarde, avocat et Julia Ruth, mandataire judiciaire.

La rencontre de la législation fiscale et des procédures collectives illustre la confrontation récurrente des intérêts protégés par le droit. Préserver les recettes fiscales de l'État et accompagner les entreprises en difficulté sont des objectifs contradictoires dans de nombreuses hypothèses. En la matière, il faut reconnaître que l'entreprise en difficulté ne bénéficie pas vraiment d'un statut fiscal dérogatoire : elle doit assumer ses obligations fiscales comme n'importe quelle entreprise. Le contexte de déficit budgétaire de l'État ne laisse augurer aucune évolution en ce domaine pour le moment. Bien au contraire, c'est plutôt le Trésor public qui bénéficie de quelques prérogatives exorbitantes pour assurer le recouvrement de ses créances.

Néanmoins, il serait erroné de croire que l'entreprise soumise à une procédure collective subit les assauts du Trésor sans avoir de moyens de réaction. Le livre VI lui offre quelques outils de protection. C'est ainsi que la suspension des poursuites s'applique à tous les créanciers, y compris le Trésor public. Mieux, la maîtrise des différents corps de règles en présence peut jouer à son bénéfice. C'est ainsi que le Code général des impôts comporte de nombreuses dispositions qui tiennent compte de la situation de l'entreprise et dont la mise en œuvre peut améliorer sa trésorerie. Songeons ici au remboursement des crédits d'impôt. La fiscalité de l'entreprise en difficulté peut donc favoriser l'apparition de stratégies fiscales fondées sur l'interprétation des règles ou tout simplement sur quelques réflexes procéduraux.

Sur le plan pratique, les difficultés rencontrées pour appréhender et traiter les dettes fiscales sont nombreuses. Au stade de la conciliation, les juges des tribunaux de commerce se voient opposer le secret fiscal alors que l'évaluation du passif présent et à venir est fondamentale pour anticiper les difficultés de l'entreprise. Dans la phase d'évaluation du passif, nombre d'entreprises n'ont pas toujours de comptabilité rigoureuse, ce qui complique la tâche des juges, des administrateurs et mandataires judiciaires. Le délai rallongé de déclaration des créances fiscales est également un facteur de complexité, sans compter que les services

fiscaux n'hésitent pas parfois à gonfler artificiellement les déclarations provisionnelles. Bref, idéalement, ce n'est pas seulement le droit des procédures collectives qui doit offrir des outils de traitement accéléré du passif ; l'administration fiscale devrait également faire évoluer ses pratiques et sa réactivité, notamment en ayant une cellule dédiée aux entreprises en difficulté.

Le présent atelier s'est justement proposé de mettre en exergue quelques points fondamentaux du droit fiscal des entreprises en difficulté, en abordant des questions procédurales, mais également des questions de fond. La démarche retenue aborde à la fois le traitement du passif fiscal (I), mais également la fiscalité applicable à l'entreprise en difficulté ainsi qu'à ses partenaires (II).

I. Le traitement du passif fiscal

Classiquement, le traitement du passif fiscal impose de s'intéresser à la date de naissance des créances (A) ainsi qu'aux modalités déclaratives (B). Les créances fiscales pouvant être contestées, leur caractère éventuellement litigieux n'est pas sans incidence pour l'appréciation de la situation de l'entreprise (C).

A. La date de naissance des créances fiscales

La détermination de la date de naissance des créances fiscales est une question cruciale tant pour le Trésor public que pour le débiteur et les organes de la procédure. L'enjeu est connu : les créances fiscales nées antérieurement au jugement d'ouverture sont soumises à déclaration, là où les créances postérieures peuvent en être dispensées et être payées à l'échéance, sous réserve d'être nées pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation et cela conformément aux dispositions de l'article L. 622-17 du Code de commerce.

Doit donc être déterminé le fait générateur de l'impôt, défini comme « l'événement qui rend le contribuable redevable de l'imposition avant toute intervention

administrative »¹ et qui doit être soigneusement distingué de la date d'exigibilité. Le fait générateur est le seul à même de fixer la date de naissance de la créance fiscale. L'exigibilité correspond, quant à elle, à la date à compter de laquelle l'administration peut user de voies de droit pour contraindre le contribuable. Pour s'en tenir aux seuls impôts directs, le fait générateur de l'impôt sur le revenu intervient non pas au moment de la perception du revenu, mais seulement à l'expiration de l'année civile au cours de laquelle ce revenu a été perçu. De même, le fait générateur de l'impôt sur les sociétés n'intervient qu'à la clôture de l'exercice² (ou à la date de la cessation de l'activité). L'impôt sur les bénéfices de l'exercice en cours à la date du jugement d'ouverture n'a donc pas à être déclaré car son fait générateur lui est nécessairement postérieur.

En pratique, il est très fréquent que les services fiscaux se prévalent de la date d'exigibilité, postérieure au jugement d'ouverture, pour bénéficier de la priorité de paiement de l'article L. 622-17 du Code de commerce. Une telle confusion doit être combattue dès lors que cela vient accroître artificiellement le passif postérieur et affaiblir la trésorerie de l'entreprise au mépris des dispositions légales. Un arrêt récent illustre bien les difficultés en la matière et les erreurs commises tant par l'administration que par certains juges du fond³. Dans cette affaire relative à la taxe d'apprentissage, la Cour de cassation rappelle que la date du fait générateur est la date à laquelle expire le délai imparti aux employeurs pour procéder aux dépenses et investissements libératoires⁴ et censure les juges d'appel qui avaient fondé leur décision sur la date d'exigibilité, tout comme les services fiscaux.

Les difficultés ne s'arrêtent pas là. À supposer que le fait générateur de l'impôt soit bien postérieur, toute la difficulté est ensuite de déterminer si la créance fiscale est née pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation. Or, en la matière, la Cour de cassation a une approche extensive, à rebours des objectifs poursuivis par le législateur, en se focalisant sur le lien avec l'activité de l'entreprise. Que cela soit en matière de cotisations sociales⁵, de contributions complémentaires à l'impôt sur les sociétés⁶ ou de taxe d'apprentissage, l'impôt est dû, selon la jurisprudence, parce que l'entreprise poursuit son activité après le jugement d'ouverture. Dès lors que cette poursuite d'activité découle de la procédure

ouverte, le juge considère que la créance fiscale est née pour le bon déroulement de celle-ci. À l'inverse, la taxe foncière qui est un impôt frappant la détention d'un patrimoine et non un impôt frappant le résultat d'une activité n'est pas une créance née pour les besoins de la procédure⁷.

La Cour de cassation établit ainsi un lien entre les créances fiscales et les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation en utilisant le critère du lien nécessaire ou inhérent à l'activité. Cela la conduit à élargir le champ des créances éligibles. En faisant référence aux créances nées pour les besoins du déroulement de la procédure et à celles résultant d'une contrepartie fournie au débiteur, l'article L. 622-17 tend plutôt à restreindre la catégorie des créanciers postérieurs privilégiés. Selon nous, les créances inhérentes à l'activité ne répondent pas toujours aux besoins du déroulement de la procédure ou aux besoins de la période d'observation, de sorte que l'analyse du juge devrait être plus fine que celle retenue jusqu'à présent.

B. Modalités de déclaration des créances fiscales

La déclaration des créances fiscales bénéficie de règles dérogatoires du droit commun. Pour les créances ne disposant pas d'un titre exécutoire, le Code de commerce autorise le Trésor public à procéder à une déclaration à titre provisionnel⁸. Cette déclaration s'effectue, en réalité, en deux temps, lorsque le Trésor ne dispose pas d'un titre exécutoire : une déclaration à titre provisionnel dans le délai légal de déclaration applicable à tous les créanciers (C. com., art. L. 622-14) ; une déclaration à titre définitif dans le délai imparti par le tribunal au mandataire judiciaire pour vérifier les créances⁹. Le respect de ces délais est fondamental pour le Trésor public, sous peine d'être forclos (sauf si un relevé de forclusion est accordé). Cette déclaration provisionnelle permet aux créanciers publics de préserver leurs droits dans la procédure, qu'ils disposent d'un privilège ou non, à charge pour eux de procéder à l'établissement définitif de leur créance, à peine de forclusion¹⁰.

1 Douay M., JCl. Procédures fiscales, fasc. 576, n° 139 ; Lagarde B., *Traité économique et fiscal*, 2018, n° 110 et s.

2 Cass. com., 16 déc. 2008 : D. 2009, AJ, p. 164, obs. Lienhard A.

3 Cass. com., 22 févr. 2017, n° 15-17166 : Act. proc. coll. 2017, comm. 105 ; Vabres R., « La taxe d'apprentissage : une créance postérieure utile ? », *Actu. proc. civ. et comm.*, avr. 2017, repère 99.

4 V. CGI, art. 1599 ter, I et CGI, art. 1609 quinquies.

5 Cass. 2^e civ., 16 sept. 2010 : JCP E 2011, 1030, n° 11, p. 49, obs. Pétel P.

6 Cass. com., 15 juin 2011 : JCP E 2011, 1596, n° 12, obs. Pétel P.

7 Cass. com., 14 oct. 2014, n° 13-24555 : Le Corre P.-M., « La taxe foncière, une créance postérieure non méritante », *Act. proc. coll.* 2014, repère 325 ; *Rev. proc. coll.* 1/2015, comm. 17, note Vabres R.

8 Vabres R., « L'admission provisionnelle des créances fiscales », *Rev. proc. coll.* 2016, dossier 20.

9 À défaut d'indication, dans le jugement d'ouverture, du délai donné par le tribunal au mandataire judiciaire pour établir la liste des créances déclarées, le créancier n'est tenu par aucun délai pour convertir à titre définitif ses créances déclarées à titre provisionnel (Cass. com., 12 mai 2009, n° 08-10002 : *Rev. proc. coll.* 2010, comm. 89, obs. Neau-Leduc P. et Hubert M.).

10 Jacquemont A., Vabres R. et Mastrullo T., *Droit des entreprises en difficulté*, 10^e éd., 2017, LexisNexis, spéc. n°s 1343 et s.

Cette sanction de la forclusion peut être écartée si une procédure judiciaire ou administrative est en cours¹¹. En effet, les créances fiscales non munies d'un titre exécutoire et pour lequel une procédure est en cours bénéficient d'une prorogation. Le délai de l'établissement définitif est suspendu jusqu'à la réception de l'avis de l'une des commissions administratives compétentes. L'expression « en cours » donne lieu là encore à une approche extensive de la part des services fiscaux. Aussi, sur le plan pratique, il ne faut pas hésiter à interroger l'administration à ce sujet et le cas échéant, notamment en cas de défaut de réponse, envisager un rejet de la créance.

La jurisprudence montre que le délai introduit à l'alinéa 4 de l'article L. 622-24 du Code de commerce, autorisant l'établissement définitif des créances fiscales jusqu'au dépôt au greffe du compte rendu de fin de mission du mandataire judiciaire, lorsqu'une procédure administrative d'établissement de l'impôt a été mise en œuvre, a pour finalité de prolonger le délai de déclaration définitive de la créance fiscale dans le seul cas d'engagement d'une procédure de contrôle ou de rectification de l'impôt. Aussi, ce délai n'a pas à s'appliquer lorsque c'est le processus normal de détermination de l'assiette de l'impôt et de calcul de son montant qui est en cours¹². Il en est de même lorsqu'un contentieux est engagé avec l'administration fiscale.

C. Le caractère litigieux des créances fiscales

Le débiteur ne peut toutefois pas se contenter de formuler une réclamation pour considérer que la créance est litigieuse. En cas de rejet de la réclamation, il doit engager un contentieux devant le juge de l'impôt et seulement celui-ci¹³, s'il souhaite éviter que la créance fiscale soit prise en compte dans le passif exigible¹⁴.

En ce domaine, la maîtrise des règles de procédures fiscales est essentielle. Le débiteur en difficulté peut non seulement contester sur le fond l'existence ou l'étendue de la créance fiscale. Mais il peut également solliciter un différé de paiement et donc bénéficier d'une bouffée d'oxygène, du point de vue de sa trésorerie. L'article L. 277 du Livre des procédures fiscales prévoit que « le contribuable qui conteste le bien-fondé

ou le montant des impositions mises à sa charge est autorisé, s'il en a expressément formulé la demande dans sa réclamation et précisé le montant ou les bases du dégrèvement auquel il estime avoir droit, à différer le paiement de la partie contestée de ces impositions et des pénalités y afférentes ». C'est là offrir au débiteur une possibilité d'obtenir un répit fiscal, sous réserve que des moyens solides puissent être invoqués à l'encontre de la créance fiscale et que les exigences de forme prévues par le texte aient été respectées.

II. La fiscalité de l'entreprise en difficulté et de ses partenaires

Les règles fiscales offrent quelques dispositions spécifiques aux entreprises en difficulté. Lorsque leurs difficultés sont liées à la baisse de leur activité, les entreprises peuvent ainsi se retrouver dans une situation fiscale favorable qui leur permet de bénéficier de créances sur l'État (A). Le droit fiscal de l'entreprise en difficulté ne se concentre pas seulement sur celle-ci. Il concerne aussi ses partenaires qui lui accorderaient une aide (B) ainsi que les sociétés qui lui sont liées dans le cadre d'un groupe de société (C).

A. La gestion des crédits d'impôt et du report des déficits de l'entreprise en difficulté

L'optimisation de la fiscalité de l'entreprise en difficulté passe par une bonne gestion des crédits de TVA (1), des crédits d'impôts (2) et du report des déficits (3).

1. Crédits de TVA et droit à déduction

En matière de TVA, la combinaison des règles du Code général des impôts et du Code de commerce peut provoquer des effets favorables à l'entreprise en difficulté. On sait que le fait générateur de la TVA est fixé soit à la livraison du bien, soit à l'exécution de la prestation de services, selon les hypothèses. Si ce fait générateur est antérieur à la date du jugement d'ouverture, la créance de TVA détenue par le Trésor sur les opérations réalisées par l'entreprise en difficulté entre dans la catégorie des créances antérieures soumises à déclaration. Mais ce n'est pas tout, l'encaissement de la TVA par l'entreprise en difficulté et relative à une créance antérieure ne l'oblige pas à la reverser immédiatement : c'est l'effet de l'interdiction de paiement des créances antérieures qui permet d'améliorer la trésorerie du débiteur, au moins temporairement. Cette opportunité fiscale implique néanmoins pour le mandataire de pouvoir connaître précisément l'état des créances clients et nécessite bien sûr une comptabilité correctement tenue.

11 Deleneville J.-M., « Les principes directeurs de l'admission définitive des créances fiscales », D. 2000, p. 1156.

12 Cass. com., 25 oct. 2017, n° 16-18938, FPBI : BJE janv. 2018, n° 115k1, p. 51, Dedeurwaerder G.

13 Cass. com., 13 sept. 2017, n° 16-13691 : BJE janv. 2018, n° 115k4, p. 56, Dedeurwaerder G. : « les créances fiscales ne peuvent être contestées, en cas d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire, que dans les conditions prévues au Livre des procédures fiscales ; que s'il appartient au juge statuant en matière de vérification des créances de se prononcer sur la régularité de la déclaration de créance, en revanche, il ne relève pas de ses pouvoirs juridictionnels de se prononcer sur l'existence ou le montant des créances fiscales ».

14 Cass. com., 11 avr. 2018, n° 16-23019.

Indépendamment de la question du paiement de la TVA collectée, l'entreprise en difficulté est souvent en situation de crédit de TVA. Deux exemples permettent de le comprendre. D'une part, il est fréquent que la baisse du chiffre d'affaires de l'entreprise en difficulté conduise à réduire le montant de la TVA collectée alors que la TVA déductible se maintient en raison de charges fixes. Si cette situation perdure, le crédit de TVA accumulé peut être substantiel. Il est dans l'intérêt de l'entreprise d'en demander le remboursement, ce qui lui permettra de faire face à certains passifs postérieurs. D'autre part, les créances impayées de l'entreprise en difficulté peuvent engendrer également un crédit de TVA. Tel est le cas lorsque l'entreprise a fourni postérieurement au jugement d'ouverture une prestation (ex. livraison de marchandises) pour laquelle la TVA collectée a été payée immédiatement au Trésor, alors qu'un délai de paiement a été accordé à l'acheteur. Si celui-ci fait défaut, l'entreprise peut réclamer le remboursement de la TVA versée, à propos d'opérations résiliées ou annulées.

Le sort de l'entreprise en difficulté en matière de TVA n'est pas complètement aligné sur sa situation économique et procédurale. Une entreprise en liquidation judiciaire et éventuellement en cessation d'activité n'est pas une entreprise qui perd le droit de déduire la TVA. En ce domaine et à rebours de la position de l'administration fiscale, la position de la CJUE est claire : « une personne qui a cessé une activité commerciale, mais qui continue de payer le loyer et les charges afférents au local ayant servi pour cette activité (...) est considérée comme un assujetti au sens de cet article et peut déduire la TVA sur les montants ainsi acquittés, pour autant qu'il existe un lien direct et immédiat entre les paiements effectués et l'activité commerciale et que l'absence d'intention frauduleuse ou abusive est établie »¹⁵. C'est là préserver le droit à déduction de la TVA de l'entreprise en difficulté, y compris en cas de liquidation judiciaire.

2. Crédits d'impôt

Le crédit d'impôt pour dépenses de recherche et le crédit d'impôt pour la compétitivité et l'emploi (CICE) comportent un point de commun essentiel pour les entreprises ayant fait l'objet d'une procédure de conciliation ou de sauvegarde, d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire. Ces entreprises peuvent demander le remboursement de leur créance non utilisée à compter de la date de la décision ou du

jugement qui a ouvert ces procédures¹⁶ et ainsi renforcer leur trésorerie. Cette disposition dérogatoire est remarquable dès lors que les entreprises *in bonis* ont seulement le droit d'utiliser cette créance pour le paiement de l'impôt sur le revenu (ou de l'impôt sur les sociétés) dû au titre des trois années suivant celle au titre de laquelle elle est constatée puis, c'est seulement à l'expiration de cette période qu'un remboursement peut être sollicité. Là encore, le remboursement de ces crédits peut être un facteur d'amélioration de la trésorerie de l'entreprise.

3. Report des déficits

Dans le cadre de l'impôt sur les sociétés, un régime spécifique s'applique pour le déficit subi par les entreprises. Celui-ci peut faire l'objet d'un report en avant (CGI, art. 209, I, al. 3)¹⁷ ou d'un report en arrière (CGI, art. 220 quinquies)¹⁸. En d'autres termes, lorsqu'une société soumise à l'impôt sur les sociétés réalise un déficit, elle peut soit décider de reporter celui-ci sur ses bénéfices futurs¹⁹, soit décider de l'imputer sur son bénéfice antérieur. Dans le premier cas, le déficit imputé est une charge déductible sur l'exercice suivant. Dans le second, le report fait naître une créance fiscale sur le Trésor public, puisque ce report en arrière conduit à diminuer le bénéfice taxable et donc le montant de l'impôt qui a été payé²⁰.

Ces règles de report font l'objet d'aménagements en présence d'une entreprise en difficulté. C'est ainsi que le remboursement anticipé des créances nées du report en arrière des déficits peut être demandé par les sociétés en difficulté qui ont conservé la propriété de la créance constatée à cette occasion. En outre, en principe, les déficits subis par les entreprises passibles de l'impôt sur les sociétés ne peuvent être imputés sur le bénéfice de l'exercice suivant que dans la limite d'un montant d'un million d'euros, majoré de 50 % du bénéfice excédant ce seuil d'un million d'euros. La fraction du déficit qui ne peut être imputée est reportable sur les exercices suivants sans limitation de durée et est imputable selon les mêmes modalités. Toutefois, en présence d'une entreprise en difficulté, la limite d'un million d'euros est

¹⁵ CJUE, 3 mars 2005, n° C-32/03.

¹⁶ BOI-BIC-RICI-10-150-30-10, 1^{er} juin 2016, spéc. n° 30.

¹⁷ BOI-IS-DEF-10-30, 10 avr. 2013, spéc. n° 1 et s.

¹⁸ BOI-IS-DEF-20-20, 12 sept. 2012, spéc. n° 10.

¹⁹ Les déficits subis par une société membre d'un groupe intégré au titre d'exercices antérieurs à son entrée dans le groupe ne sont imputables que sur son bénéfice (CGI, art. 223, I).

²⁰ Dans le cadre de l'intégration fiscale, une société filiale du groupe ne peut pas exercer l'option en faveur du report en arrière, seule la société mère étant autorisée à le faire. En revanche, elle peut céder à la société mère les créances d'impôt détenues au titre d'exercices précédant son intégration dans le groupe (CGI, art. 223, G).

majorée²¹. Précisément, elle tient compte des abandons de créances consentis à une société en application d'un accord homologué dans les conditions prévues à l'article L. 611-8 du Code de commerce ou dans le cadre d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ouverte à son nom.

B. Le régime fiscal des abandons de créances consentis à l'entreprise en difficulté

En principe, les entreprises sont libres de décider d'accorder ou non une aide à une entreprise partenaire. Cette liberté de gestion des entreprises et corrélativement la non-immixtion de l'administration est néanmoins limitée par la théorie de l'acte anormal de gestion. Lorsqu'une entreprise apporte une aide à une autre entreprise, celle-ci ne revêt un caractère normal²² que si la société qui a accordé cette aide justifie d'un intérêt propre à l'avantage consenti²³. Lorsque l'aide est consentie à une entreprise en difficulté, aucune confusion ne doit être faite. L'aide sera jugée normale si elle présente un intérêt pour l'entreprise qui y consent, sans considération pour son impact sur la situation financière de la société en difficulté²⁴.

Si l'aide est normale, elle constitue, en principe, une perte fiscalement déductible pour le créancier. Toutefois, au sein des aides normales, une distinction doit être faite entre les aides à caractère commercial et les aides à caractère financier²⁵. D'une part, les aides à caractère commercial bénéficient d'un régime admettant largement leur déductibilité. Ainsi, les pertes consécutives à des abandons de créances revêtant un caractère commercial constituent des charges déductibles du résultat imposable de l'entreprise qui les a

consentis. C'est donc bien l'entreprise qui consent l'abandon qui bénéficie de l'avantage fiscal, même si les débats parlementaires lors de l'adoption de la loi de finances rectificative pour 2012 avaient pu laisser augurer une autre interprétation²⁶. D'autre part et à l'inverse, les aides à caractère financier ne sont pas déductibles pour le créancier, depuis la deuxième loi de finances rectificative pour 2012, privant ainsi les groupes de sociétés d'une technique de remontée des pertes.

Ces règles de principe font néanmoins l'objet de quelques aménagements, lorsque l'entreprise bénéficiaire de l'aide fait l'objet d'une procédure visant à traiter ses difficultés.

D'une part, la déductibilité des abandons de créance à caractère commercial est facilitée en présence d'une procédure de sauvegarde ou de redressement. En effet, l'article 39, 13, alinéa 3 du Code général des impôts dispose que les abandons de créances à caractère commercial sont systématiquement déductibles, y compris lorsqu'ils ne sont pas accomplis dans l'intérêt de l'exploitation, dès lors qu'ils sont consentis ou supportés en faveur d'un débiteur faisant l'objet : – d'un plan de sauvegarde (C. com., art. L. 626-1 à C. com., art. L. 626-28), – ou d'un plan de redressement (C. com., art. L. 631-1 à C. com., art. L. 631-22)²⁷. En d'autres termes, en présence d'un abandon à caractère commercial consenti à une entreprise faisant l'objet d'un plan de sauvegarde ou de redressement, la déductibilité de l'abandon ne peut être remise en cause sur le fondement de la théorie de l'acte anormal de gestion.

D'autre part, pour les aides à caractère financier consenties à une entreprise en difficulté, l'article 39, 13, alinéa 3 du Code général des impôts admet une déductibilité partielle. En effet, la déductibilité est admise à hauteur de la situation nette négative de la filiale et, au-delà de cette situation nette négative, à hauteur de la part détenue par les associés minoritaires.

C. Fiscalité du groupe intégré en présence d'une entreprise en difficulté

Les règles vues précédemment donnent lieu à quelques aménagements en présence d'un groupe fiscalement intégré, le plus souvent au profit des entreprises en difficulté. Certes, dans le cadre de ce régime, la gestion des créances fiscales soulève de lourdes questions, dès lors le régime fiscal du groupe efface quelque peu la personnalité de ses membres. Toutefois, il serait

21 V. sur les difficultés d'interprétation du texte initial, Rev. proc. coll. 2013, comm. 80, note Vabres R. et Rev. proc. coll. 2013, comm. 169. Le texte a été modifié depuis par la loi de finances pour 2017. Désormais, le dernier alinéa du I de l'article 209 du Code général des impôts est ainsi rédigé : « pour les sociétés auxquelles sont consentis des abandons de créances dans le cadre d'un accord constaté ou homologué dans les conditions prévues à l'article L. 611-8 du Code de commerce ou lors d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ouverte à leur nom, la limite de 1 000 000 € mentionnée à l'avant-dernier alinéa du présent article est majorée du montant desdits abandons de créances ». De nature interprétative, la modification ainsi opérée n'en demeure pas moins contradictoire avec les travaux préparatoires lors de l'adoption de la loi de finances pour 2013. V. égal. CE, 8^e et 3^e ch. réunies, 26 janv. 2018, n° 415695, Sté Technicolor : Dr. fisc. 2018, n° 6, comm. 174, concl. Victor R. et Cons. const., 13 avr. 2018, n° 2018-700 QPC : Rev. proc. coll. 2018, note Vabres R., à paraître.

22 Le caractère normal ou anormal de l'aide en cause s'apprécie à la date à laquelle elle est consentie (CE, 31 juill. 2009, n° 297274, SA Haussmann Promo Île-de-France : Dr. fisc. 2009, comm. 498, concl. Glaser E., note Bocquet D. et Cassan C.).

23 CE, 28 mars 2008, n° 277522, SA Clément : RJF 6/2008, n° 6, n° 640.

24 Dedeurwaerder G., « Les entreprises en difficulté face au droit fiscal », Dr. fisc. 2012, 284.

25 CE, 7 févr. 2018, n° 398676, SARL France Frais : dans une affaire où une société holding fournissait des prestations à ses filiales, la qualification de l'aide implique de comparer le chiffre d'affaires réalisé dans le cadre de ces prestations avec les dividendes versés.

26 V. CE, 26 janv. 2018, n° 415695 et Cons. const., 13 avr. 2018, n° 2018-700 QPC.

27 BOI-BIC-BASE-50-10, § 80.

erroné de croire qu'il n'existe pas quelques leviers fiscaux favorables aux entreprises en difficulté. Deux illustrations peuvent ici être mentionnées.

D'une part, en principe, les filiales fiscalement intégrées « perdent » la gestion de leurs déficits. Ainsi, les déficits et moins-values nettes à long terme subis par les sociétés du groupe pendant l'intégration sont pris en compte par la société mère pour la détermination du résultat (ou de la plus-value nette à long terme) d'ensemble : ils ne peuvent plus être reportés sur leurs propres résultats. Néanmoins, l'article 223 E du CGI prévoit que « lorsque, consécutivement à un transfert de propriété de titres effectué dans les dix-huit mois de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire ou à la suite de l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire concernant une ou plusieurs sociétés membres d'un groupe, le capital d'une ou plusieurs sociétés filiales membres du groupe vient à ne plus être détenu à hauteur de 95 % au moins par la société mère du groupe (...) chacune desdites filiales conserve (...) le droit d'imputer sur son bénéfice ou ses plus-values nettes à long terme, (...) une fraction du déficit d'ensemble ou de la moins-value nette à long terme d'ensemble du groupe, entendus comme le déficit d'ensemble ou la moins-value nette à long terme d'ensemble du groupe

encore reportables à la clôture de l'exercice du groupe précédant celui au cours duquel intervient le transfert de propriété susvisé, égale aux déficits ou moins-values nettes à long terme subies par la filiale concernée ». En d'autres termes, la cession d'une filiale en difficulté peut s'accompagner d'une « reprise » de ses déficits et moins-values à long terme.

D'autre part, la filiale sortante d'un groupe fiscalement intégré peut être indemnisée, en raison de l'économie d'impôt qu'elle a suscitée au niveau du groupe, si une convention d'intégration fiscale le prévoit²⁸. En pratique, ces conventions ne sont pas toujours exécutées, notamment si la société-mère est dans une situation conflictuelle avec les dirigeants de la filiale en difficulté. Il n'en demeure pas moins que la convention d'intégration fiscale peut être un formidable outil de traitement des difficultés au sein d'un groupe.

Indépendamment d'un éventuel projet de cession de la filiale ou des actifs de l'activité en difficulté, ce type de convention peut parfaitement être utilisé pour gérer les crédits d'impôts ou mettre en place une convention de trésorerie.

28 CE, 11 déc. 2009, n° 301341, Sté GE Healthcare Clinical Systems.