COLLOQUE CDA-AJDE

LE TRAITEMENT DES CREANCES

*(Le 07 octobre 2016, à l’Université Toulouse 1 Capitole)*

I. DU TRAITEMENT DE CERTAINES CREANCES EN PARTICULIER

A. LE TRAITEMENT DES CREANCES SOCIALES

*1. DIFFICULTÉS DE QUALIFICATION DES CRÉANCES SOCIALES*

L. FIN-LANGER, *Professeur Université de Caen Normandie* B. AMIZET, *Mandataire judiciaire*

Mesdames L. Fin-Langer et B. Amizet observent que l'impératif lors de l'ouverture de la procédure collective est l'égalité entre les créanciers. La créance salariale est représentée comme alimentaire, mais ce caractère est seulement partiel, ce qui explique un régime particulier.

Il est primordial de différencier les créances salariales des créances alimentaires.

La créance alimentaire, considérée comme une créance personnelle du débiteur, est hors procédure. Il s’agit d’une créance due entre ascendants et descendants quelque soit leur degré et également entre époux.

Elle ne nécessite pas de déclaration de créances en vertu de l’article L. 622-24 *in fine* du Code de commerce. La créance alimentaire échappe également à l’interdiction des poursuites prévue à l’article L. 622-7 du Code de commerce.

C’est cette distinction entre créance alimentaire et salariale qui a été mise en lumière par le professeur L. Fin-Langer et Maître B. Amizet lors de leur intervention. Il convient d’appréhender la nature de la créance salariale afin de justifier un régime particulier.

**a. La nature de la créance salariale**

La Chambre commerciale de la Cour de cassation s'est prononcée sur la nature des créances salariales le 3 mai 20161 en précisant que les créances salariales ne sont pas assimilables aux créances alimentaires.

En effet, le salaire est une contrepartie de la prestation effectuée ou de la mise à disposition du salarié à l'employeur. Tandis que l'obligation alimentaire est celle qui incombe à celui qui doit subvenir aux besoins d'une autre personne.

Il faut distinguer les créances de caractère alimentaire (salariales) des créances de nature

alimentaire qui n'incombent pas à l'employeur.

1 Cass., Ch.com., 3 mai 2016, n°14-24.855

Comme exposé précédemment, les créances alimentaires sont hors procédures collectives, elles n'ont pas à être déclarées et ne sont pas soumises à l’arrêt des paiements. Elles peuvent faire l'objet d'un recouvrement direct.

A l’inverse, les créances salariales sont inclues dans les procédures collectives mais font l’objet d’un

régime particulier caractérisé par l'absence de déclaration.

**b. Le régime des créances salariales**

Ces créances n'ont pas à être déclarées mais il revient au mandataire judiciaire d'établir un

relevé des créances en vertu de l’article L. 625-1 du Code de commerce.

L'objectif est de permettre la prise en charge de ces créances par l'AGS. A défaut de relevé, l'AGS

peut opposer son refus.

L’intervention de l'AGS est subsidiaire, elle a lieu seulement si la société n'a pas de trésorerie suffisante. Cette intervention est souvent demandée par les dirigeants, c'est une stratégie qui peut paraître attrayante mais qui peut se retourner contre les dirigeants puisque le remboursement de l'AGS doit être fait intégralement et directement, sans étalement sauf autorisation de l’AGS.

*i. Comment sont établis les relevés de créances ?*

Premièrement, le mandataire judiciaire doit obtenir toutes les informations nécessaires dans des délais restreints en faisant intervenir de multiples parties. Il doit immédiatement contacter le dirigeant et les salariés.

L’étape suivante consiste en une vérification de ces créances salariales. Il s’agit de vérifier en interne qu’il n’y ait pas de fraude, que le salarié ne soit pas un dirigeant de fait, que les notes de frais n'ont pas un caractère personnel. Le représentant des salariés doit vérifier les créances.

Par la suite, le relevé de créances est trasmis au juge-commissaire pour visa. Le juge-commissaire

exerce un contrôle formel, il ne statue pas sur les prétentions des salariés.

Pour finir, le relevé de créances est transmis à l'AGS puis au greffe pour publicité.

Les intervenantes au colloque s’attachent à distinguer les créances antérieures et postérieures selon

leur fait générateur.

Le fait générateur pour la créance de salaire est la date de la prestation, pour la clause de non concurrence, c'est le versement de l'indemnité alors que pour l'indemnité de rupture du contrat de travail, il s'agit de la date de notification.

Les créanciers postérieurs vont bénéficier de l'article L. 622-17 du Code de commerce en sauvegarde judiciaire et en redressement judiciaire et de l'article L. 641-13 du Code de commerce en liquidation judiciaire.

En application de ces textes, les créanciers seront payés à l’échéance et à défaut, ils seront payés par

privilège aux autres créanciers.

Afin de bénéficier du paiement à l’échéance ou par privilège, la créance doit être postérieure, née

régulièrement, et utile. Le critère de l’utilité peut découler de trois situations. La créance doit être

née soit pour les besoins de la procédure, soit pour le maintien de l’activité ou alors, elle doit être

née en contrepartie d’une prestation fournie au débiteur.

Par exemple, les indemnités de licenciement ont été considérées comme étant des créances utiles

puisqu’elles sont nées pour le besoin de la procédure2.

Pour les créances antérieures, une distinction doit être opérée entre les créances privilégiées et les

créances super-privilégiées.

Les créances privilégiées portent sur les salaires, les indemnités légales de licenciement mais pas sur

l’indemnité contractuelle.

Les créances super-privilégiées portent quant à elles sur les salaires des 60 derniers jours ainsi que sur les accessoires. Elles portent également sur les indemnités de congés payés en application de l’article L. 143-11 du Code du travail.

En raison du caractère alimentaire des créances antérieures, le Code de commerce prévoit le paiement de celles ci. La jurisprudence peut autoriser que les créances super-privilégiées soient payées sur les fonds disponibles. En l'absence de trésorerie disponible, l'AGS intervient selon le critère de rattachement au contrat de travail. Ni le plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire ne peuvent imposer des délais ou remises pour les créances super-privilégiées.

*ii. Difficultés de qualification des rémunérations*

Certaines rémunérations complémentaires posent une difficulté quant à leur qualification. L’exemple énoncé par Maître Amizet est celui de la rémunération complémentaire différée et

financée par l’employeur, versée au salarié qui lui assure une rente supplémentaire.

A défaut de trésorerie depuis plusieurs années, la société avait cessé d’alimenter ce fonds. Une procédure de liquidation judiciaire a alors été ouverte, les salariés retraités avant l’ouverture de la liquidation ont alors réclamé le versement de leur rente.

La Cour de cassation par un arrêt du 13 octobre 20153 a estimé que «le salarié est fondé à solliciter des dommages-intérêts pour manque à gagner sur les retraites ceci à défaut de l'exécution par l'employeur ».

On peut constater ici que la créance résulte du préjudice qui découle lui même de la perte du droit à

la retraite complémentaire.

Il s’agit ici d’une créance de dommages-intérêts et non une créance salariale, elle est issue d’une

convention collective.

La question qui se posait était celle de la garantie ou non par l’AGS de cette créance.

La Chambre sociale de la Cour de cassation avait admis par un arrêt du 25 janvier 20054 que l'AGS était tenue de garantir l'indemnité due en réparation du préjudice subi par le salarié du fait du non- paiement par l'employeur des cotisations à une caisse de retraite complémentaire. L’AGS doit donc garantir des indemnités liées à une convention collective et non issues directement du contrat de travail.

2 Cass., 16 juin 2010, n°08-19.351.

3 Cass., 13 octobre 2015.

4 Cass., Ch.soc., 25 janvier 2005, n° 03-40.195.

Le législateur est depuis intervenu par ordonnance du 9 juillet 20155 et organise désormais un

mécanisme de protection des rentes.

*2. ACTUALITE SUR LE TRAITEMENT DES CREANCES AGS*

Th. Météyé, *Directeur national délégation UNEDIC – AGS*.

**a. Un champ des créances garanties en constante extension et une jurisprudence prompte à dénaturer le mécanisme de garantie**

L’AGS est l’association pour la gestion du régime d'assurance des créances des salariés. Il s’agit d’un mécanisme de garantie, qui assure une certaine sécurité au salarié. .e but est d'assurer au salarié le paiement des créances, salaires impayés et accessoires. Seulement, Monsieur Météyé insiste sur le fait que l’on assiste aujourd'hui à une véritable surenchère.

La difficulté est la conséquence d’un malentendu initial dans l'appellation. L'AGS n'est pas un

système d'assurance mais de garantie, le terme « assurance » fausse le débat.

Le Code du travail avait mis une limite, mais qui n'existe plus. Au départ, le périmètre se limitait aux créances dues en exécution du contrat de travail. Aujourd'hui le périmètre est infiniment plus étendu puisqu'il concerne les créances en relation avec le contrat de travail.

Par exemple, un arrêt rendu par la Chambre sociale le 12 juillet 20166 a considéré que la créance indemnitaire allouée par une juridiction civile à une veuve se rattache à l'exécution du contrat du travail et relevait donc d'une indemnisation de l'AGS.

Un arrêt rendu par la Chambre sociale le 21 janvier 20147 relatif au problème de la conversion de la sauvegarde en redressement judiciaire a considéré que les sommes dues pendant la période d'observation doivent être garanties par l'AGS. Cette décision est critiquée par le Professeur Perochon, qui considère que la conversion de la sauvegarde en redressement judiciaire ne correspond pas à l’ouverture d’une nouvelle procédure.

**b. La perversité du système dans certaines de ses applications**

Le plafond de garantie de l'AGS est de 2 milliards d'euro par an. Le constat de Monsieur Météyé et des praticiens est celui d’une jurisprudence qui tend à exclure de ce plafond des créances qui devraient y figurer.

C'est le cas par exemple avec un arrêt de la Chambre sociale le 02 juillet 20148 qui a exclu du plafond les créances des organismes sociaux considérant que ce n'était pas des créances salariales, ce qui est un non sens d'après Monsieur Météyé.

5 Ordonnance relative à la sécurisation des rentes versées dans le cadre des régimes de retraite, 9 juillet 2015,

n° 2015-839.

6 Cass., Ch.soc., 12 juillet 2016, n°15-16.087.

7 Cass., Ch.soc, 21 janvier 2014, n°12-18.421.

8 Cass., Ch.soc, 2 juillet 2014, n°13-11.948.

L'actualité de l’affaire Molex traduit la perversité du système. Il a été considéré que le licenciement des anciens salariés de la société Molex étant dépourvu de cause réelle et sérieuse, la somme de 7 millions d’euros a été allouée à titre de dommages-intérêts. Les sommes n’ayant pas été payées par la société américaine, elles doivent l’être par la société française. Celle-ci se trouvant en situation de liquidation judiciaire, c’est l’AGS qui va devoir garantir le paiement de cette somme, dans les limites de ses plafonds de garantie.

Monsieur Météyé estime que la principale nécessité réside dans une nouvelle définition de mission

pour l'AGS. Cela permettrait de faire peut-être moins, mais mieux pour sauver les entreprises.

Il faudrait une harmonisation européenne mais qui n’a que peu de chance d’aboutir notamment à cause du montant garanti par l’AGS, bien plus élevé en France que dans les pays membres de l’Union Européenne.

**c. L’urgence de disposer d’un droit du travail dérogatoire adapté au droit des entreprises en difficulté**

Monsieur Météyé constate un problème de formation des juges.

Il n'y a pas de communication à la Cour de cassation entre la Chambre commerciale et la Chambre sociale. Les juges de la chambre sociale n'ont pas vraiment une logique commerciale et une réelle connaissance des procédures collectives. De nombreuses voix dans l'assemblée évoquent la possibilité d'instaurer une chambre mixte pour régler ces problématiques. Cela permettrait de prendre en compte l’intérêt des salariés tout en ayant une réelle connaissance des procédures collectives.

Face à l’inefficacité des dispositions de droit commun quant à la garantie des créances par l’AGS, Monsieur Météyé, ainsi que la majorité des praticiens prônent quant à eux l’élaboration d’un droit du travail dérogatoire.

B. LE TRAITEMENT DES CREANCES FISCALES

*C. CLAUZEL et Y. DJAMMEN NZEPA*

*Gilles Dedeurwaerder, Maître de Conférences à l’université Toulouse Capitole*

*Karine Soum, DRFiP*

La question qui se pose est celle de savoir si le créancier fiscal est, en cas de procédure collective du redevable, un créancier comme les autres soumis aux procédures de déclaration et de vérification des créances.

Avant la réforme de 1967, le Trésor public n’avait pas à déclarer ses créances, échappant ainsi aux vérifications. Tel n'est plus le cas aujourd’hui. En effet, le créancier fiscal est soumis au même régime que les autres incluant alors la dualité de traitement entre les créances postérieures et antérieures.

*1. LES CREANCES FISCALES ANTERIEURES*

Le Trésor public, créancier public, bénéficie de mécanismes de faveur que sont la déclaration

à titre provisionnel et l’admission à titre provisionnel.

Le régime de la déclaration à titre provisionnel est un régime de rigueur par rapport à celui applicable aux autres créanciers car il est plus sévère. L’article L. 622-24 alinéa 4 du Code de commerce dispose «En tout état de cause, les déclarations du Trésor et de la sécurité sociale sont toujours faites sous réserve des impôts et autres créances non établis à la date de la déclaration».

En réalité, ce texte est vidé de toute sa substance par la Haute juridiction qui, de jurisprudence constante, considère que les créanciers publics doivent, tout comme les autres créanciers, déclarer leurs créances dans les deux mois du jugement d’ouverture, sous peine de forclusion.

Une distinction est alors à opérer entre les créances couvertes par un titre exécutoire (avis de mise en recouvrement ou avis d'imposition selon l'impôt) et celles qui ne le sont pas. Alors que les premières doivent être déclarées à titre définitif, les secondes le sont à titre provisionnel. Dans ce dernier cas, il s'agit d'une contrainte car la créance fiscale ne peut être admise qu’à concurrence de la somme déclarée à titre provisionnel. De ce fait, il en découle deux conséquences :

- L’admission des créances non couvertes par un titre exécutoire est obligatoire car il n’est pas

possible de déclarer plus que ce qui a été déclaré ;

- Le créancier doit déclarer sur la base d’une évaluation qui, au bout de l’expiration du délai

de 2 mois, ne saurait être revue à la hausse.

Ainsi les créanciers publics doivent convertir leurs déclarations à titre provisionnel en déclaration à titre définitif et ce, dans le délai dont dispose le mandataire judiciaire pour établir la liste des créances. Cela implique, que la créance publique soit couverte par un titre exécutoire avant l'expiration du délai. En effet, seules ces créances peuvent être déclarées à titre définitif. Il en découle que la procédure de déclaration des créances fiscales est plus contraignante.

Ce régime de rigueur est tempéré par une faveur, à savoir l’admission provisionnelle. Il s'agit là, de la possibilité pour le juge-commissaire d'admettre des créances à titre provisionnel. Avant l’ordonnance du 12 mars 2014, ce régime n’était que théorique pour deux raisons.

La transmission par le mandataire au juge-commissaire de la liste des créances se faisait juste avant

l’expiration du délai imparti. Ainsi, à défaut de titre exécutoire il y avait forclusion.

La loi du 3 juin 1994 réservait l’hypothèse d’une procédure juridique ou administrative en cours sans délai. Nonobstant, la Cour de cassation a neutralisé cette exception. Selon la cour, cette notion de procédure administrative et juridique en cours impliquait une réclamation contentieuse du contribuable or, pour qu’il y ait réclamation, il fallait un titre exécutoire. Ceci exclut l'admission à titre provisionnel.

L’ordonnance du 12 mars 2014 a tenté de réintroduire une possibilité effective d’admission provisionnelle en cas de procédure administrative d’établissement de l’impôt. Des délais sont alors imposés :

- Intervenir avant le dépôt du compte rendu de fin de mission du mandataire ;

- Avertir 15 jours avant l’administration fiscale pour qu’elle puisse procéder à la déclaration aux fins d’établissement définitif de sa créance. Or cela pose des difficultés car le compte- rendu de fin de mission suppose que la répartition soit effectuée alors que l’ordre peut être encore modifié.

Une difficulté apparaît car l'ordonnance prévoit que ce délai d’établissement définitif de la créance fiscale est suspendu en cas de saisine d’une commission. Cela retarde alors l’issue de la procédure de redressement, nécessaire à l’établissement du titre exécutoire.

De plus, pour certains impôts, il y a un décalage entre le fait générateur de l’impôt et l’établissement

par l’administration fiscale du titre exécutoire, ce qui compromet la possibilité pour elle de déclarer

en temps utile. Cela conduit l’administration fiscale à défendre une conception plus large de la

notion de procédure d’établissement de l’impôt.

Ne serait-il pas alors plus opportun de réduire ce décalage entre fait générateur et établissement du

titre exécutoire, comme cela a été fait en matière de cotisation sur la valeur ajoutée ?

S’agissant de la perspective de recouvrement des créances fiscales, l’ordonnance du 12 mars 2014 a maintenu l’obligation de déclaration du créancier fiscal, et a donné mandat tacite au redevable. Ainsi, la déclaration du créancier prime la déclaration du redevable.

Il y a donc des démarches de rationalisation qui sont entreprises aujourd’hui avec l’idée d’une dématérialisation des déclarations des créances. Une proposition émise prévoit deux mesures simplifiées. Pour les déclarations des créances, aucun formalisme ne serait exigé mais la déclaration devrait comporter certaines indications. Il est aussi question d’un protocole au niveau régional modifiant les délais de production et le périmètre des créances concernées.

L’objectif est ici de tendre vers la rationalisation de la représentation du comptable devant les juridictions. Une réflexion est menée pour rationaliser cette représentation et aller au contentieux uniquement pour les contestations motivées et non arbitraires.

*2. LES CREANCES FISCALES POSTERIEURES*

L’ordonnance du 12 mars 2014 est source d’interprétation quant aux créances pouvant être qualifiées de méritantes. L’enjeu pour le comptable des finances publique est l’exercice ou non de son droit de poursuite individuelle.

L’administration fiscale a pris quelques positions prudentes dans ses instructions publiées BOFIP BOI-REC-EVTS-10-30 le 1er juillet 2015.

**a. Le critère de la contrepartie d’une prestation**

Ce critère ne pose pas de difficultés. Depuis le début siècle dernier, l’impôt est défini comme

un prélèvement obligatoire dépourvu de contrepartie.

L’instruction se borne à donner des exemples sans définition car il existe un mécanisme légal contenu à l’article 81 du Livre des procédures fiscales permettant au contribuable d’opposer à l’administration fiscale sa propre doctrine fut-elle illégale. Toutefois le juge ne permet d’opposer une instruction que si elle est appliquée à la lettre. Cela explique la prudence de l’administration fiscale dans son instruction.

**b. Critère des besoins de la procédure**

L’administration se borne à citer les frais de justice mais apporte une précision, qui en

retient une interprétation restrictive amenant ce critère à ne pas jouer concernant les impôts. Critère téléologique :

Ce critère téléologique est celui des besoins de l’activité. L’administration fiscale considère que

toutes les créances fiscales liées à l’activité (TVA, IS, CET) sont éligibles au traitement préférentiel.

L’administration fiscale admet au §130 de l’instruction, publié le 1er juillet 2015 faisant suite à l’ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014, que celles qui n’ont aucun lien avec une activité matérielle n’est pas éligible au traitement préférentiel. Pour l’impôt sur le revenu des personnes physiques en redressement judiciaire et sauvegarde, l’administration fiscale préconise une

ventilation matérielle. En cas de liquidation judiciaire, l’impôt sera éligible au traitement préférentiel

sur la base du critère des besoins de la vie courante du débiteur.

Les créances fiscales qui ont passé ce « test » des créances téléologiques sont considérées comme

les créances fiscales méritantes. Ainsi à défaut de paiement à l’échéance, il y aura privilège.

*M.-C. DEVIENNE et Q. TISSOT-DUPONT*

II. MODALITES DE TRAITEMENT DES CREANCES

A. LES CREANCES POSTERIEURES

*J. Théron, Professeur Université Toulouse Capitole*

*S. Hoareau, Mandataire Judiciaire*

Le Professeur Théron et Maître Hoareau ont tenté de définir le périmètre de la notion de

créance postérieure dans le droit des procédures collectives.

Le droit de la faillite avait à l’origine une coloration sanctionnatrice marquée. Le « failli » (du verbe «

*fallere* » : tromper), était celui qui trompait ses partenaires en ne payant pas ses dettes.

L’aspect répressif de ce droit commence à s’estomper dès la seconde moitié du XXème siècle avec la loi du 13 juillet 1967 qui fait émerger un droit de l’entreprise en difficulté. Cela continuera avec la loi du 1er mars 1984 et celle du 25 janvier 1985.

On passe de la « sanction » du débiteur à la « satisfaction » de celui-ci en préservant l’entreprise et

l’emploi.

Les créanciers postérieurs sont classés par privilège et répondent aux procédures des articles L. 622-

17 (en sauvegarde et redressement judiciaire) et L. 641-13 (en liquidation judiciaire) du Code de commerce. Le traitement complexe du droit des procédures collectives a pour vocation d’apaiser les conflits et d’assurer la paix sociale.

On peut comparer une entreprise en proie à des difficultés insurmontables ou à une situation irrémédiablement compromise à un vieil homme ou une vielle jeune fille peu attirants et il va falloir qu’elle trouve des partenaires pour sortir de ses difficultés. C’est en ce sens qu’avait été adopté « l’article 40 », désormais article L. 622-13 du Code de commerce pour récompenser les créanciers dits

« méritants ». On les récompense en les payant à échéance ou selon un classement. Mais, en réalité,

la vertu n’a pas de place dans ce classement car les créanciers postérieurs n’ont pas choisi d’être dans cette situation. Par exemple la continuation des contrats en cours : les créanciers n’accordent du crédit aux entreprises que parce qu’ils seront payés à l’échéance ou que leur classement sera meilleur. Soit on les fait patienter soit on leur « promet » pour les faire patienter.

Mais il faut tenir ses promesses ! Et dans la situation où les difficultés sont insurmontables il faut circonscrire les élus (« qui promet trop, tient peu ») et exécuter sa promesse. Et pour un créancier postérieur il vaut mieux être payé à l’échéance que d’attendre un classement. Mais dans la pratique les créanciers postérieurs sont difficiles à sélectionner et difficiles à satisfaire car les conditions posées par les dispositions légales sont larges et l’absence de procédure de vérification rend la tâche difficile.

La loi du 25 janvier 1985 avait posé un seul critère. La loi 26 juillet 2005 a posé un critère

téléologique : l’utilité de la créance.

Il faut, avant tout, que la créance soit régulière.

*1. LA NOTION DE CREANCE POSTERIEURE*

**a. Opposition entre deux courants : les volontaristes et les matérialistes**

Pour les volontaristes, la créance nait à partir du contrat. Pour les matérialistes, tel que Demogue, la créance nait de l’exécution de la prestation. C’est ce dernier critère qui a été choisi par le droit des procédures collectives. Cela a été confirmé par la pratique, sauf pour les contrats de prêt consensuels dans lequel la créance de restitution du créancier naitrait du contrat c’est-à-dire, sans avoir remis la somme d’argent.

En matière de cautionnement, la créance est antérieure dès que le contrat est antérieur à la

procédure ; même chose pour la solidarité.

On peut espérer que cette position jurisprudentielle disparaisse car ces arrêts ont été rendus sous

l’empire de la loi de 1985.

**b. Depuis loi du 26 juillet 2005, il ne suffit plus que la créance soit postérieure pour être méritante, elle doit aussi être utile**

Ce critère d’utilité est important pour restreindre le domaine des créanciers méritants mais

il a deux limites :

- Une limite d’origine légale : pendant le maintien de l’activité, le critère de la créance

méritante n’est qu’une présomption qui pourrait être renversée ;

- Une limite d’origine jurisprudentielle et doctrinale : les « besoins » de la procédure. Le débat n’est pas tranché.

Pour un courant doctrinal, dont le Professeur Pérochon, pour répondre « aux besoins », il faut que

l’acte soit potentiellement utile à la procédure.

Pour l’autre partie de la doctrine, cela risque de déresponsabiliser le débiteur en procédure

collective.

La jurisprudence semblait pencher pour cette doctrine. La jurisprudence a qualifié ces créances d’ « inhérentes » à l’entreprise donc ipso facto méritantes. Donc toutes les créances nées à l’occasion de la procédure devaient être méritantes.

Et pourtant, un arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 5 avril

20169 a semé le trouble de manière explicite. Dans cette affaire, les salariés d’une entreprise avaient

un contrat de travail qui stipulait que leur société leur rachetait leurs parts sociales s’ils le souhaitaient. Quand la société est placée en liquidation judiciaire, les salariés réclament le paiement de leur créance. Bien que née « à l’occasion de la procédure », la Cour de cassation considère que ce n’est pas une créance « utile » à la procédure.

9 Cass. com., 5 avril 2016, n° 14-18.280.

On arrive à la même conclusion dans les arrêts rendus à propos de la créance de dépens : la Chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé le 15 octobre 201310 qu’elle « peut être utile à la procédure » car elle permettait de consolider un plan de cession.

Il serait souhaitable de limiter le champ des élus à ce caractère méritant mais il y a des difficultés

d’ordre théorique auxquelles répondent des difficultés pratiques.

Maître Hoareau rappelle que les textes sur les créances postérieures sont indigents par rapport aux dispositions relatives aux créanciers antérieurs. Et pourtant, les créanciers postérieurs doivent être payés les premiers.

Pour le mandataire judiciaire, le gros problème demeure la vérification des créances.

L’article R. 622-15 du Code de commerce dispose dans l’alinéa 3 que : « Le commissaire à l'exécution du plan ou le liquidateur dépose cette liste [de créances] au greffe du tribunal à l'issue du délai d'un an qui suit la fin de la période d'observation, où tout intéressé peut en prendre connaissance. Le greffier fait publier au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales une insertion indiquant ce dépôt et le délai pour présenter une contestation ».

Donc le mandataire judiciaire va devoir déposer la liste au greffe, puis attendre qu’elle soit publiée car selon l’alinéa 4 de l’article précité : « Tout intéressé peut contester cette liste devant le juge- commissaire dans un délai d'un mois à compter de la publication ».

La procédure est chronophage. Or, on veut accélérer la procédure. Il faut aller systématiquement devant le juge-commissaire pour contester alors que c’est précisément ce que le législateur veut éviter afin que la discussion se fasse directement entre les parties concernées.

On ne dispose pas d’outils performants pour la vérification des créances postérieures comme la loi le

prévoit pour les créanciers antérieurs.

*2. L’ORDRE DE PAIEMENT DES CREANCES POSTERIEURES*

**a. Le rappel des dispositions légales**

Les articles L. 622-17 et L. 641-13 du Code de commerce prévoient deux classements :

- L’article L. 622-17 (I) prévoit le paiement à échéance qui est le principe ;

- L’article L. 622-17 (II) prévoit le paiement par privilège c’est-à-dire un « classement externe

» des créanciers postérieurs par rapport aux créanciers antérieurs » ;

- L’article L. 622-17 (III) : un « classement interne » c’est-à-dire les créanciers postérieurs

entre eux.

Symétriquement, l’article L. 641-13 du Code de commerce prévoit les dispositions en liquidation

judiciaire.

10 Cass. com., 15 octobre 2013, Bull. civ IV n°152.

**b. Une mise en œuvre difficile en pratique**

Voici un exemple concret issu de la pratique, exposé par Maître Hoareau.

*Une société est placée en liquidation judiciaire. Elle a un fonds de commerce avec un bail commercial et un salarié qui est licencié.*

*Le loyer est de 5000€ par mois le débiteur doit 30000€ à l’AGS au titre du super privilège. Il vend le fonds de commerce trois mois après pour 25000€.*

*Au passif il y a 15000€ (3x5000€) de loyers dus et 30000€ pour l’AGS.*

*Deux possibilités pour le liquidateur : soit appliquer l’article L. 641-13 (I) qui prévoit le paiement à échéance ; soit procéder à un classement par ordre et il octroie 30000€ à l’AGS.*

*Donc soit le liquidateur déplait au bailleur, soit il déplait à l’AGS.*

*S’il choisit de vendre le fonds de commerce ab initio au mépris du principe de la continuation des contrats en cours, le bailleur dispose d’un droit de rétention sur le matériel qui est à l’intérieur et il se paiera sur la vente tous les loyers impayés même ceux antérieurs à la procédure.*

En pratique, les textes sur les créances postérieures sont trop larges ; ceux qui permettent de les

payer sont trop rigides et ne permettent pas de trouver une situation équilibrée.

On joue sur le flou entre paiement à l’échéance et paiement selon classement. Pour autant la

frontière est-elle poreuse ?

De prime abord, on pourrait penser que le paiement à échéance est un paiement sur les fonds disponibles et on ne voit pas la différence entre les sommes qui proviennent de la continuation de l’activité de l’entreprise et les sommes sur le compte bancaire.

On peut payer les créanciers avec le compte bancaire tandis que l’AGS sera payée sur la réalisation

des biens.

Le classement s’applique si les fonds disponibles sont insuffisants et que les créanciers sont en

concours.

Si l’actif est suffisant on applique le principe c’est-à-dire le paiement à échéance.

La jurisprudence montre que ce n’est pas le droit de poursuite individuel des créanciers qui leur permet d’échapper au classement mais les avis à tiers détenteur ou la saisie-attribution. Ce sont deux moyens qui permettent au créancier d’être payé.

En conclusion, le critère de déclenchement entre paiement à l’échéance et paiement selon classement n’est satisfaisant pour personne. Il faudrait revoir le classement pour certains créanciers et limiter le statut des créanciers postérieurs aux créanciers vraiment « utiles » à l’entreprise.

Cela reviendra inéluctablement à écarter certains d’entre eux.

*A. YOUSSOUF et S. PERES-ROUDIL*

B. LES CREANCES GARANTIES

Lors du colloque sur le traitement des créances ce vendredi 7 octobre, le Professeur Francine Macorig-Venier a pu exposer les modalités de traitement des créances garanties, dont les propos ont été complétés par l’approche pratique de Maître Caviglioli, administrateur judiciaire.

Comme le Professeur Francine Macorig-Venier a eu l’occasion de le préciser, le paiement des créanciers constitue le troisième objectif des procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire.

Quoi qu’il en soit, aujourd’hui l’actualité jurisprudentielle semble être davantage favorable aux créanciers bénéficiant de garanties, sous certaines réserves cependant. D’ailleurs, la pratique considère qu’il y a désormais un traitement des créances par le droit des entreprises en difficulté, avec un traitement des difficultés par les garanties.

Le Professeur Francine Macorig-Venier a donc tout d’abord évoqué l’actualité jurisprudentielle en matière de traitement des créances garanties dans le droit des entreprises en difficulté.

Elle a notamment pu constater un traitement plus favorable à l’égard de certaines créances garanties, qu’il s’agisse de créances garanties par des sûretés personnelles ou de créances garanties par des sûretés réelles.

S’agissant des créances garanties par un cautionnement, afin de rééquilibrer les règles légales protectrices des cautions, les solutions rendues dernièrement se sont montrées favorables aux créanciers. Ainsi par exemple, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a retenu qu’il était possible pour le créancier d’agir contre la caution afin d’obtenir un titre exécutoire alors même que le droit des entreprises en difficulté ne permet pas, en principe, aux créanciers de poursuivre les cautions personnes physiques11.

S’agissant des créances garanties par des sûretés réelles, les solutions rendues par la jurisprudence démontrent bien également cette volonté de protection du créancier garanti. Ainsi a-t-il pu être décidé que le créancier pouvait effectuer son inscription définitive après le jugement d’ouverture sur les biens du débiteur, à condition qu’elle n’ait pas été prise en période suspecte12.

Mais à côté de ce constat, le Professeur Macorig-Venier a tempéré ses propos en rapportant

des limites au traitement de faveur des créances garanties.

En effet, il y a une érosion générale des sûretés classiques, au travers de certaines mesures. Ainsi en est-il avec la loi du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, dont l’article 128 modifie l’article L. 516-1 du Code de l’environnement. Cet article porte sur les garanties financières constituées lors de la mise en œuvre d’installations polluantes afin d’en indemniser les victimes. Un décret doit venir fixer les conditions d’insaisissabilité des sommes versées au titre des garanties financières, mais aussi les conditions d’utilisation de ces fonds en cas d’ouverture d’une procédure collective, ce qui démontre relativement bien cet affaiblissement des sûretés classiques.

Parallèlement à cette érosion générale, il est également possible de constater des limites

particulières à certaines sûretés classiques. Par exemple, la Cour de cassation a refusé, dans un arrêt

11 Cass. com., 2 juin 2015, no 14-10.673.

12 Cass., com., 3 mai 2016, no 14-21.556.

non publié, de reconnaître un droit de rétention fictif en matière de nantissement d’un bien meuble

incorporel13.

Le Professeur Macorig-Venier a enfin évoqué, par un retour à la pratique, le recours à certaines garanties pour le traitement des difficultés. De plus en plus fréquemment, et par le biais de nouveaux moyens, les garanties sont utilisées au secours de l’entreprise en difficulté. Ces garanties, ce sont notamment le privilège dit de *New Money* et la fiducie, qui se rencontrent toutes deux en matière de prévention, lorsque l’entreprise fait face à des difficultés qui ne sont pas suffisamment avérées pour être placée en redressement judiciaire.

Pour que l’entreprise qui rencontre des difficultés puisse assainir sa situation, il faut qu’elle obtienne la confiance des créanciers, qui seront seuls à même d’investir dans cette entreprise. Il faut donc qu’elle les incite à injecter des fonds alors même que leur créance actuelle est bloquée. Pour ce faire, le privilège de *New Money* et la fiducie viennent en garantie des investissements effectués.

Dans la procédure de conciliation, celui qui apporte à l’entreprise une somme, des biens, des

services, pourra bénéficier d’un privilège, le privilège de *New Money*.

En apportant à l’entreprise, ce créancier s’assure un rang utile en cas d’ouverture d’une procédure collective puisque celui-ci viendra en rang supérieur à tous les autres créanciers, après le super- privilège des salariés et après le privilège des frais de justice nés régulièrement après le jugement d’ouverture pour les besoins de la procédure. Ce privilège vise donc véritablement à inciter les créanciers à apporter à l’entreprise en difficulté, en leur assurer un rang privilégié ultérieurement.

La fiducie, quant à elle, est l’opération par laquelle un constituant, le débiteur, transfère des biens, des droits, des sûretés, ou un ensemble de biens, droits ou sûretés, présents ou futurs, à un fiduciaire dans un patrimoine fiduciaire en vue de garantir une obligation envers un bénéficiaire, le créancier. Elle permet d’échapper totalement aux procédures collectives puisqu’elle peut être réalisée à n’importe quel moment de celle-ci. Il s’agit donc d’un privilège extrêmement intéressant pour les créanciers, mais aussi d’un instrument de restructuration à l’épreuve des procédures collectives, notamment au regard de sa confidentialité.

Cependant, la fiducie connaît des limites puisque pendant la période d’observation, le fiduciaire ne pourra pas réaliser le bien nécessaire à l’exploitation, c’est-à-dire par exemple le fonds de commerce, les immeubles, etc. Il ne pourra le faire que dans le cadre d’une liquidation judiciaire. En outre, en redressement judiciaire, les obligataires dont la créance est garantie par une fiducie ne sont pas appelés au comité des créanciers.

En définitive, les garanties apparaissent comme jouant un rôle important dans les procédures collectives aujourd’hui, que ce soit au regard de la faveur qu’elles apportent à celui qui en bénéficie ou au regard de leur utilité dans l’assainissement de l’entreprise.

*L. POULAIN et P. LEGENDRE*

13 Cass. com., 26 novembre 2013, no 12-27.390.

C. DECLARATION PAR LE DEBITEUR : RETOUR D’EXPERIENCE ET DIFFICULTES

*G. Jazottes, Professeur Université Toulouse Capitole*

*F. Legrand, Mandataire judiciaire*

La réforme de l'ordonnance du 12 mars 2014 a apporté des modifications à l'article L. 622-24

du Code de commerce

Le rapport sur l’ordonnance précise que l’objectif de ce mécanisme de déclaration est de réduire les incertitudes concernant l’éviction d’un créancier. En effet en procédure collective, le législateur se préoccupe trop peu du sort du créancier. Mais pour la première fois depuis 1985, la vie du créancier est facilitée.

La déclaration du débiteur est faite au mandataire. Par conséquent, Il faudra avertir le créancier de ce que sa créance a été rapportée, et il peut vérifier les informations déclarées par le débiteur. Mais toujours dans une logique de sécuriser la situation du créancier, il existe des sanctions pour rendre cohérent le dispositif, notamment si le débiteur déclare une fausse créance. La liste des créances de l’article L. 622-6 du Code de commerce est très importante sur ce point.

Mais, Il reste de nombreuses interrogations, notamment sur les modalités de la déclaration et la

portée de cette déclaration.

Il ne s’agit pas d’une déclaration de créance soumise à une procédure stricte. Il y a une volonté de souplesse de la déclaration faite par le débiteur, plus que pour celle faite par le créancier. Dans la sauvegarde financière accélérée, une liste des créanciers est déposée par le débiteur, et il y aura un visa du commissaire aux comptes ou de l’expert-comptable. Cette disposition n’est pas reprise ici. Il n’existe aucune obligation supplémentaire que celle d’apporter la liste de créanciers.

Aussi, La déclaration de l’état de cessation des paiements dans un redressement ou l’état chiffré des créances et dettes ne vaut pas déclaration. Ces documents ne sont pas recevables car non adressés au mandataire (procédure non ouverte à ce moment-là). La déclaration du débiteur ne vaut pas liste des créances car c’est une liste à l’attention du Parquet. Ce qui semble regrettable en pratique.

L’article L. 622-6 du Code de commerce énonce que la liste doit faire état des sommes dues aux

créanciers et non créance par créance. La différence en pratique est notoire.

En effet, des erreurs ou des oublies de créances peuvent survenir, certaines études considèrent que

s’il y a une erreur dans la liste, il faut la rejeter.

Cependant, Le débiteur peut faire porter à la connaissance du mandataire judiciaire des créances de manière ponctuelle, indépendamment de l’article L. 622-6 du Code de commerce. Les textes règlementaires l’évoquent.

Cette liste est difficile à cerner en pratique. L’alinéa 3 de l’article R. 622-5 du Code de commerce énonce que « toute déclaration faite par le débiteur », alors que c’est une liste qui est exigée du débiteur, et non une déclaration. Il y a donc confusion dans les termes employés et le terme de déclaration est malvenu dans ce texte qui est en grande partie règlementaire.

Le mandataire judicaire doit apporter une information aux créanciers. Une disposition légale régie

les modalités de cette information. Soit il informe les créanciers par un avis, soit par une lettre

recommandée avec accusé de réception pour un créancier disposant d’une sûreté, soit il informe le créancier que sa créance a été déclarée pour son compte. Mais il ne faut pas, selon le texte, qu’il indique le montant de la créance. Cependant en pratique, le montant mentionné par le débiteur est porté sur l’information donnée au créancier.

Cette déclaration pour le compte du créancier par le débiteur est subsidiaire.

Le débiteur a l’obligation de coopérer avec les organes de la procédure. Le législateur a apporté une sanction à savoir que si un créancier est porté sciemment sur la liste alors qu’il n’avait pas à l’être, il y aura une sanction en terme d’interdiction de gérer pour le débiteur. Pour le contenu de la déclaration de créance, le mandataire judiciaire n’a pas à se faire juge de la véracité des créances. Pour autant si le créancier ne déclare pas, il faut savoir ce qu’il faut en deviendra.

Le contenu minimal de la déclaration porte sur le nom du créancier et le montant de la créance. En cas de prêt, s’il n’est pas précisé les modalités de calcul des intérêts, la déclaration ne vaudra pas pour les intérêts mais pour le capital.

*Ex : Un débiteur déclare 3 créances. Le banquier déclare 2 créances dans les délais, sans autres mentions. Le mandataire a 2 possibilités :*

- *Considérer que la déclaration du créancier anéantit celle du débiteur. Et donc raisonner créance par créance, et pour 2 créances déjà portées à la connaissance du mandataire par le créancier, il faut prendre compte de la créance portée par le débiteur.*

- *Considérer que la créance a été déclarée par le débiteur pour le compte du créancier. Cela peut donc poser des problèmes en pratique. En général, il y aura rarement le détail. Mais il suffit que le débiteur mentionne les numéros de contrat et si 3 créances figurent et que le créancier n’en figure que 2, il faudra prendre en compte la déclaration faite par le débiteur pour le compte du créancier. Dans le cadre des opérations de vérification du passif, il faudra justement reprendre ces points-là.*

Sur la portée de la déclaration du débiteur, il faut s’interroger sur la portée à l’égard du débiteur

et à l’égard du créancier.

Concernant le débiteur, il est mentionné que cette liste ne saurait valoir présomption de déclaration pour le compte du créancier. La question se pose de la portée de cette mention. Mais aussi, la question se pose de savoir si, dès lors que le débiteur a déclaré une créance de manière précise, il est possible de contester le montant de cette créance.

Lorsque le texte est sorti, beaucoup de commentateurs ont pensé à la gestion d’affaires, le débiteur gérant les affaires du créancier, mais il faut l’intention de gérer les affaires d’autrui. Donc si le débiteur considère que cela ne vaut pas déclaration, c’est qu’il n’a pas l'intention de gérer les affaires du créancier.

Cependant, le texte présume cette déclaration. Il faut se demander si la présomption est simple ou non. Il se pose donc la question de savoir qui peut renverser cette présomption. Il est possible de considérer que la présomption est mixte, c’est-à-dire qu’on laisse la possibilité au créancier de renverser la présomption en déclarant sa créance, mais pas au débiteur. Cette présomption est favorable au créancier.

Cette obligation de remettre une liste est d’ordre public, mais il n’est jamais indiqué que le débiteur peut y apposer une condition, sinon cela peut entraîner un refus par le mandataire judiciaire de la liste déposée.

Le mandataire judiciaire doit établir la liste après avoir interroger le débiteur sur la liste des créances déclarées, à savoir celles déclarées par le débiteur pour le compte du créancier et celles déclarées par le créancier. La vérification des créances est faite par le mandataire judiciaire, le débiteur, et le cas échéant, les contrôleurs désignés.

Lorsque la créance est douteuse, le mandataire peut contester la créance en informant au créancier que le débiteur a déclaré une dette sans apporter de précision. Le texte ne précise pas auprès de qui le mandataire peut contester la créance. Mais on se doute que le plus simple est de la contester auprès du créancier.

Concernant la portée vis-à-vis des créanciers, il faut s’en remettre à l’article L. 622-7 du Code de commerce. Il y aura forclusion de la part du créancier en cas d'un défaut de déclaration du débiteur ou d’une omission du débiteur. La difficulté peut se poser si les informations mentionnées sont incomplètes, si le mandataire omet d’informer le créancier sur un relevé de forclusion voire la responsabilité du professionnel.

D. ADMISSION, CONTESTATION ET INSTANCES EN COURS

*J. Vallansan, Professeur, Conseiller à la Cour de cassation*

*Un juge du Tribunal de Commerce*

*H. ALBINET et H. TRINH*

Madame Vallansan s’intéressait aux décisions du juge-commissaire dans la vérification des

créances, plus précisément, à la concurrence entre le juge-commissaire et le juge du fond.

Les créances régulièrement déclarées sont vérifiées. Pour entrer en procédure collective, elles doivent avoir fait l’objet d’une décision de justice. Cette entrée en procédure passe toujours par une décision du juge-commissaire qui doit statuer sur la créance. Parfois l’existence de la créance et son montant seront déterminés par une juridiction du fond. Pour chaque créance vérifiée, le juge- commissaire rend une ordonnance, soit une ordonnance d’admission, de rejet, de constatation d’une instance en cours ou de constatation d’une contestation qui ne relève pas de sa compétence.

Dans certaines situations, il va se produire un va et vient procédural entre le juge-commissaire et la juridiction du fond. Celui-ci est parfois très court du étant donné que c’est le juge du fond qui est saisi en premier qui va garder le dernier mot. C’est le cas de l’instance déjà en cours au moment de l’ouverture de la procédure collective. Il arrive que le va et vient soit inversé, que le juge- commissaire soit saisi.

*1. DU JUGE DU FOND AU JUGE DU FOND EN PASSANT PAR LA PROCEDURE : LE SORT DES INSTANCES EN COURS*

Du côté du juge du fond (art. L. 622-22 C. com.), dans le cas d’une instance en cours, instance au fond qui ne tend pas au paiement, les tribunaux appliquent l’article 369 du Code de Procédure Civile. Il peut y avoir interruption d’instance et reprise dans les termes de cet article.

Inversement, dans le cas d’une instance au fond tendant au paiement s’une somme d’argent, il faut se reporter à l’article L. 622-22 du Code de Commerce. La juridiction initialement saisie constate d’office l’interruption d’instance. Elle sera reprise à l’initiative du créancier qui devra justifier de sa déclaration de créance à la procédure du débiteur, et qui aura mis en cause les organes de la procédure. Un va et vient donc avec une instance, une déclaration et une reprise d’instance. Une fois la procédure reprise dans ces conditions, la juridiction devant laquelle se déroule la procédure va en réalité se substituer au juge-commissaire. Elle statue dans la limite de la créance déclarée et non en fonction de l’assignation. Elle ne prononce pas de condamnation étant donné que le créancier ne peut plus poursuivre le paiement. Elle constate la créance, fixe son montant.

Du côté du juge-commissaire, son rôle consiste à constater qu’une instance est en cours. Il est ensuite dessaisi, il a vidé sa saisine et n’est plus en mesure de statuer. Il n’a rien à contrôler, rien à décider. Malgré tout, une certaine vigilance s’impose à lui. En effet, seules sont des instances en cours des instances au fond et non des instances en référé. Si le juge-commissaire constate à tort l’existence d’une instance en cours, il vide sa saisine et ne peut plus reprendre l’instance. De son côté, le juge des référés est confronté à l’arrêt des poursuites. Il déclare par conséquent la demande irrecevable. Le créancier ne peut donc pas participer à la procédure collective, ni du côté du juge- commissaire ni du côté de l’instance en référé. Voir en ce sens, l’arrêt du la Chambre commerciale

de la Cour de Cassation du 31 mai 201614.

*2. DU JUGE-COMMISSAIRE AU JUGE-COMMISSAIRE EN PASSANT PAR LE JUGE DU FOND*

Les contestations de créances. Là, le va et vient est dans l’autre sens et beaucoup plus

délicat. Il résulte du régime procédural des créances contestées.

Du côté du juge-commissaire, Madame Vallansan a d’abord traité de la décision de renvoi au

juge compétent pour ensuite évoquer la suite du renvoi.

Concernant la décision de renvoi au juge compétent, la jurisprudence impose au juge-commissaire de déclarer que la contestation n’entre pas dans son pouvoir juridictionnel. Il doit sursoir à statuer et renvoyer les parties à saisir le juge compétent. Il s’agit d’une fin de non recevoir. Ce régime a été consacré par l’ordonnance du 12 mars 2014.

L’article L. 624-2 du Code de Commerce introduit une *summa divisio*, selon que la contestation relève de la compétence matérielle de la juridiction qui a désigné le juge-commissaire ou que la contestation relève d’une autre juridiction. Dans le premier cas, si la contestation est sérieuse, le juge-commissaire a la possibilité de constater qu’elle ne relève pas de sa compétence. Dans le second cas, il doit obligatoirement constater que la contestation ne relève pas de sa compétence. Entrent dans la compétence matérielle de la juridiction qui a désigné le juge-commissaire, les contestations qui relèvent du tribunal de commerce ou du tribunal de grande instance lorsque c’est ceux-ci qui ont ouvert la procédure. Au contraire, une contestation qui relève du tribunal administratif ou d’une juridiction à compétence spéciale, entre dans le second cas.

Se pose la question de savoir dans quelle catégorie entre le litige qui est de la compétence d’un

tribunal arbitral désigné par une clause compromissoire ou encore la contestation entre le débiteur

14 Cass. com., 31 mai 2016, n° 14-24.115.

commerçant qui fait l’objet d’une procédure collective ouverte par un tribunal commercial et le

créancier non commerçant.

Le législateur a repris en partie la solution de la Cour de Cassation. Il n’a pas raisonné en terme de fin de non recevoir mais en terme de compétence. Mais, lorsque l’on est en présence d’une attribution spéciale de compétence, que cela concerne certains tribunaux en matière de concurrence ou de pratiques restrictives de concurrence, la chambre commerciale estime qu’il s’agit d’une fin de non- recevoir15. La question est posée de savoir si on s’en tiendra à la fin de non-recevoir ou si l’on raisonnera en terme d’exception d’incompétence avec un régime différent.

Autre question, le juge-commissaire peut-il apprécier le caractère sérieux ou non, et le cas échéant statuer, sur la contestation de créance ? La Chambre commerciale de la Cour de Cassation dans un arrêt du 27 Janvier 2015 a énuméré les contestations qui méritaient renvoi devant la juridiction compétente, celles susceptibles d’avoir une incidence sur l’existence, le montant ou la nature de la créance, y compris s’il s’agit d’une demande en paiement de dommages et intérêts ou de défense au fond. C’est la contestation sérieuse qui va faire l’objet d’un renvoi16.

Le juge-commissaire qui décide de renvoyer les parties à mieux se pourvoir doit désigner la partie chargée de saisir le juge compétent, et ce, dans le délai d’un mois à compter de la notification de la réception de l’ordonnance. La Chambre commerciale de la Cour de Cassation, dans deux arrêts du

13 mai 2014 17 et du 23 septembre 201418 , esquisse les critères de qualité pour saisir le juge

compétent. C’est la partie qui est à l’origine de la contestation qui devra se prononcer. Ces arrêts devraient servir de guide au juge-commissaire. La partie désignée devra choisir le juge compétent sous peine de forclusion ou bien faire appel de l’ordonnance.

Si le juge-commissaire n’a pas désigné de partie, c’est la Cour d’Appel qui décide et la Cour de Cassation refuse de contrôler son choix19. Un problème n’a pas été posé, celui de la recevabilité de l’appel. On considère que c’est une ordonnance avec sursis à statuer. Par conséquent, il est possible que cette difficulté se pose un jour.

Concernant les suites du renvoi, le juge-commissaire va devoir vérifier si la partie qu’il a désignée a effectivement saisi la juridiction compétente dans le délai d’un mois. Une pratique consiste à ordonner systématiquement le renvoi à plusieurs semaines afin de rater l’appel. Le juge- commissaire statuera sur la créance si le créancier n’a pas fait diligence. En application du texte antérieur, la chambre commerciale liait l’absence de pouvoir juridictionnel au sursis à statuer. En pratique les juges-commissaires ordonnent systématiquement le sursis à statuer afin d’éviter de vider leur saisine et d’éventuellement se trouver ultérieurement dans une situation qui sera sans doute inextricable. Ainsi, une fois la contestation renvoyée, le juge-commissaire tiendra compte de la décision afin de statuer.

15 Cass. com., 24 septembre 2013, n° 12-21.089.

16 Cass. com, 18 mai 2016, n°14-22.132.

17 Cass. com., 13 mai 2014, n° 13-13.294.

18 Cass. com., 23 septembre 2014, n° 13-22.539.

19 Cass. com., 27 septembre 2016, n° 14-18.998 ; art. 380-1 CPC.

III. LES PLANS

A. MONTAGE DES PLANS

*H. Poujade, Maître de conférences, Université Toulouse Capitole*

*S. Vigreux, Administrateur judiciaire*

Le sujet en question était l'étude des plans de continuation. Ces plans sont très importants, car de nombreuses, pour de pas dire très nombreuses, entreprises sont soumises à des procédures collectives.

En effet, en 2015, selon le bilan annuel du site Altares, 63 081 jugements ont été prononcés. Parmi

ces derniers, 1 533 sauvegardes, 18 370 redressements et pas moins de 45 178 liquidations.

De fait, c'est un peu moins de 20 000 entreprises qui ont été soumises à un plan en 2015. Mais plus du double ont été soumises à une liquidation judiciaire, qui rappelons le, a pour objectif de réaliser le patrimoine pour apurer le passif de l'entreprise en liquidation, en le répartissant entre les différents créanciers.

Dès lors, il peut être opportun de s'intéresser au montage de ces mêmes plans, essentiels à la

poursuite de l'activité d'une entreprise en difficulté.

L'ordonnance du 23 septembre 1967 permettant la suspension provisoire des poursuites, abrogée lorsque la loi du 25 janvier 1985 a été adoptée, ont toute deux permis la planification du redressement des entreprises en permettant l'adoption d'un plan.

C'est la clef de voute de ce système.

Le montage est défini comme "l’opération par laquelle on assemble les pièces d’un mécanisme pour

le mettre en état de service de fonctionner".

Le terme de montage permet de révéler cette idée de concepteur, de bâtisseur. Ce même montage des plans est le cœur du métier de l'administrateur judiciaire, même au delà des procédures collectives, dans le secteur de la prévention notamment.

Le postulat du montage d’un plan c’est que dans un premier temps, l’entreprise en difficulté va être sujette à un diagnostic économique social et environnemental, si celle-ci venait à être considérée comme polluante, réalisé par l'administrateur judiciaire.

Ce même diagnostic est partagé avec les créanciers de l’entreprise en question, les organes de la procédure collective ainsi la juridiction, qui a conduit à un traitement de la difficulté (restructuration, réorganisation) qui laisse espérer que la structure soit capable d’honorer ses dettes.

L’équation à résoudre quand les acteurs sont saisis du montage d’un plan comprend deux volets, un financier et un juridique, les deux ayant pour but de mettre en adéquation des ressources avec des mesures.

Juridiquement, il faut déterminer dans le Livre VI du Code de commerce les moyens permettant

d’apurer le passif. Durant l'exécution du plan, les ressources peuvent provenir de l'exploitation elle

intérêts, à savoir le collectif.

Pour monter un plan, il faut dans un premier temps segmenter l'apurement du passif, puis montrer

l'attractivité des comités.

Segmenter l'apurement du passif revient à consulter individuellement tous les créanciers en premier

lieu.

De cette façon, il va être demandé aux créanciers quels efforts ils souhaitent consentir pour traiter

ce passif, en accordant par exemple des délais, ou des remises de dette.

En l'absence de comité de créancier, on utilise le système de la consultation individuelle, autrement

appelée circularisation des propositions du traitement du passif.

C'est une procédure de consultation des créanciers, sur les remises de dettes, délais de paiement, et éventuellement sur des conversions de créance en capital qu’ils seraient prêts à consentir au débiteur en difficulté.

Les créanciers sont donc consultés sur les sacrifices qu'ils veulent bien consentir, leur avis sur le plan

n’étant pas demandé.

Cette consultation est obligatoire, sans celle ci, le plan serait entaché de nullité (sauf s'il est évident que le plan ne pourra pas relever l'entreprise, et qu’il est voué à l’échec). L'article L. 626-5 du Code de Commerce dispose que l'administrateur judiciaire consulte les créanciers et transmet au mandataire judiciaire, aux contrôleurs, au comité d'entreprise ou aux délégués du personnel les éventuels délais, remises ou conversions en titre. Les petites créances, d'une valeur de moins de 500€, doivent être payées immédiatement.

L'administrateur judiciaire va proposer aux créanciers deux solutions : celle d'être payé intégralement, mais sur le délai du plan ou alors d'être payé en partie, mais sur une période plus réduite.

Donc soit les créanciers pourront être payés pour 100% de la créance sur 10 ans qui est la durée maximale d'un plan (durée pouvant être de 15 ans pour un agriculteur), ou 40% de la créance sur 4 ans.

Les créanciers ont 30 jours pour répondre et choisir l’option qui leur convient le mieux. A défaut de réponse, le silence du créancier vaut acceptation de la solution que le mandataire aura précisée. Il est donc nécessaire que le mandataire précise qu'elle option sera réputée acceptée en cas de silence de la part du créancier.

Il existe une exception à ce principe en cas de conversion d’une créance en capital dans la société, puisque le défaut de réponse dans ce cas, dans le délai de 30 jours, ne peu que valoir refus de la proposition. La règle est donc ici inversée.

Dès le jugement ouverture, une période observation, pouvant durer de 6 à 18 mois, va être mise en

place. Pendant cette période d’observation, l’entreprise n’aura pas à payer ses créanciers.

Une fois le plan arrêté, et durant la première année d’application du plan, l’entreprise n’aura

toujours aucune créance à payer.

A la fin de la 2e année, celle-ci devra payer 5% des créances. Il restera don en général 8 ans à

l’entreprise pour payer les 95% des créances restant dues.

Selon l'article L. 628-18 du Code de commerce, c'est le tribunal qui donne acte aux efforts consentis

par les créanciers. Le tribunal ne peut donc pas les aggraver mais il peut décider de les réduire.

exemple le cas d'un crédit immobilier, si à compter du plan il reste 16 ans pour rembourser la créance, alors il dépassera de 6 ans la durée du plan. Il est en quelque sorte traité hors plan. A contrario, si la durée est inférieure à 10 ans, le tribunal imposera un délai uniforme de paiement.

En présence de comités des créanciers, des négociations individuelles avec les créanciers auront lieu pendant le diagnostic, dans le but de déterminer les concessions qu'ils sont prêts à faire, comme par exemple des remises de dettes (article L. 626-6 Code de commerce).

Les comités de créancier sont importants, ce sont un outil pour faire plier les créanciers qui ne

veulent pas participer au plan.

Les seuils pour qu'il y ait des comités de créanciers sont posés à l'article R 626-52 : 150 salariés ou 20 millions d'euros de chiffre d'affaires, qui sont des conditions alternatives. Si un des deux est rempli, alors les comités de créanciers seront obligatoires. En dessous des seuils, le juge commissaire peut tout de même décider de réunir les créanciers en comité.

Il existe deux comités : celui des fournisseurs et celui des établissement de crédits ou assimilés. A coté de cela, peut y avoir assemblé des obligataires.

Si les créanciers subissaient le plan, il peut maintenant en proposer un en concurrence ou en suppléance de celui du débiteur, comme en dispose l'article L. 262-30-2 du Code de Commerce. Ici, il n'est pas obligatoire de payer au fur et à mesure, l'élaboration du plan est plus libre. Un traitement différencié peut aussi être prévu si les différences entre créanciers le justifient. Les comités de créanciers se prononcent sur "chaque projet" dans un délai de 20 a 30 jours, qui peut être réduit (sans être inférieur à 15 jours) ou augmenté par le juge commissaire à la demande débiteur ou administrateur. Un vote à la majorité des 2/3 du montant des créances détenues par les membres ayant exprimé un vote permet l'adoption d'un projet, d'un plan.

Ce mode de vote, s'il n'aboutis pas, n'entraine pas la liquidation, dans ce cas là, il faudra revenir à la

consultation des créanciers : il y a une passerelle.

Si le plan est adopté, le juge pourra l'homologuer après avoir vérifier que les intérêts des autres

créanciers soient préservés.

Cela concerne les créanciers publics, le Trésor notamment. Pour ces derniers, on va les consulter

pour voir s'ils acceptent de concéder des délais notamment.

Ces comités doivent être constitués dans les 6 mois, mais selon Maître Vigreux, cette solution n'est

pas la bonne, car ce n'est pas le bon moment.

En effet, les 6 premiers mois sont consacrés à la restructuration de l'entreprise, à son diagnostic. Le plan n'est pas encore complètement monté, décidé, et c'est contre nature de proposer un plan aux créanciers, qui sont ceux pouvant sauver l'entreprise, alors que ce même plan n'est pas complètement fini.

Le législateur a proposé le prepack cession, en procédure de conciliation, qui autorise de prévoir la cession de l'entreprise, permettant souvent à celle ci d'être sauvée et donc de ne pas ouvrir une procédure de sauvegarde, publique, qui ferait perdre du crédit à la société.

Selon Maître Vigreux, un prepack sauvegarde, c'est à dire la préparation du plan avant même

l'ouverture de la procédure, serait plus adapté.

Le mandataire ad hoc a pour mission de chercher une solution de redressement, sans être encore en état de cessation des paiements, et le mandataire ad hoc commence à préparer un plan de sauvegarde.

De ce fait, à l'ouverture de la procédure de sauvegarde demandée par le débiteur, le prepack

pourra servir pour négocier avec les créanciers.

Ce fut le cas pour Eurotunnel, le plan avait été élaboré avant l'ouverture de la procédure.

On observe une certaine unité des projets de plan. En effet, malgré cette extrême diversité des plans, ils répondent tous à un modèle unique. L'article L. 620-1 du Code de commerce donne lieu a un plan arrêté par un jugement à l'issu d'une période observation.

C'est le même schéma pour le redressement judiciaire, avec la constitution des comités de

créanciers en plus.

Tous les plans ont le même but : résoudre les problèmes de l'entreprise.

*Y. BONNEFOUS et F. MOTTA*

B. TRAITEMENT DES PRETS (MAINTIEN DES MODALITES DU PRET)

*P-M. Le Corre, Professeur Université de Nice-Sophia-Antipolis*

*A. Brenac, Mandataire judiciaire*

Monsieur le Professeur Le Corre, de l’Université de Nice-Sophia-Antipolis et Monsieur Brenac, mandataire judicaire, sont intervenus le vendredi 7 octobre 2016 pour exposer le traitement des prêts dans les procédures collectives.

Monsieur Brenac précise, qu’avant d’imaginer le règlement de la créance bancaire dans le plan de sauvegarde et de redressement, il faut d’abord évoquer l’opposabilité de cette dernière dans les procédures collectives.

Le banquier est un créancier récurrent dans les procédures collectives car il finance le système économique. Le législateur lui a donc conféré une position particulière : le bénéfice de la dérogation à l’interdiction de la continuation du cours des intérêts des prêts de plus d’un an. Ceci étant dit, comment ces créances deviennent-elles opposables ? Comment sont-elles déclarées à l’ouverture de la procédure collective ? La créance bancaire est la seule qui demeure vivante et continue à évoluer à l’ouverture de la procédure collective, le reste des créances est figé. Elle évolue notamment par les intérêts qu’elle produit au fil du temps.

A la lecture des articles R. 622-23 et L. 622-25 du Code de commerce, l’établissement de crédit va

avoir les moyens de déterminer avec les indications nécessaires sa créance.

*1. LA DÉCLARATION DU MONTANT PRINCIPAL DE LA CRÉANCE BANCAIRE*

Avant tout, il faut rappeler que le fait générateur de la créance de prêt est la signature du

contrat. Comment cette créance bancaire est-elle déclarée à la procédure collective ?

Une première distinction doit être opérée au sujet de la déclaration du montant principal de la créance : sommes nous en présence d’une déchéance du terme ? En effet, s’il y a déchéance du terme, le prêteur va devoir déclarer le montant de capital restant dû. Une seconde distinction doit être opérée si le prêteur a des échéances en retard. Dans ce cas, il doit déclarer les échéances échues en retard. Ce qui pose le plus souvent problème, c’est la partie restante à échoir. La question centrale est de savoir ce que doit déclarer le créancier bancaire : doit il déclarer le capital restant dû ou doit-il déclarer le cumul les échéances à échoir suivant le contrat de prêt ? A la lecture de l’article L. 622-25 du Code du commerce, il faudrait qu’il déclare le capital restant dû et les intérêts des

échéances à échoir. Dans le même sens, la chambre commerciale de la Cour de cassation a confirmé la décision de la cour d’appel d’entériner la possibilité pour le créancier de déclarer uniquement la somme mathématique des créances à échoir sans évoquer la liquidité de la créance20. Toutefois, Monsieur Brenac se pose la question de savoir comment imaginer qu’à l’ouverture de la procédure collective les intérêts qui ne sont pas échus puissent être rendus liquides. Pour lui, cela n’a aucun sens car ils vont devenir liquides au fur et à mesure du temps qui passe. De plus, pour la partie des intérêts à venir, c’est impossible tant que l’on ne connaît pas la durée qui est conditionnée par le déroulé de la procédure collective.

Il semble que l’on puisse imaginer que la créance principale à déclarer est le capital restant.

*2. LES MODALITÉS DE DÉCLARATION DES ACCESSOIRES DE LA CRÉANCE BANCAIRE*

L’un de premiers accessoires de la créance bancaire est la créance des intérêts. Comment les déclarer à la procédure ? La Cour de cassation, dans un arrêt de 2015, a considéré qu’il fallait rentrer des sommes supérieures au montant dû au créancier dans la déclaration de la créance bancaire. Dans une telle situation, la créance est figée et entraîne l’arrêt de la continuation du cours des intérêts. De ce fait, si un plan est arrêté, elle sera linéarisée mais elle ne produira pas d’avantage d’intérêt. Selon les issues trouvées, c’est dangereux pour les deux parties au contrat, c’est à dire le débiteur et le créancier: un aura plus que son dû et l’autre moins que son dû.

Un second accessoire est envisageable dans le cas où la banque, plus vigilante, va déclarer l’addition des montants des échéances à échoir et indique les modalités de calcul des intérêts. Cet accessoire laisserait rentrer dans la procédure collective un montant susceptible de produire des intérêts. Il s’agirait alors de générer un droit pour le créancier supérieur à son du et qui en général entérine l’anatocisme. Or l’article L. 622-18 du Code de commerce, modifié par l’ordonnance de mars 2014, a évincé les clauses d’anatocisme afin de protéger les entreprises.

Egalement, une clause de majoration des intérêts de retard (environ 3%) peut être insérée au sein de la créance bancaire. Dans un arrêt récent, la chambre commerciale de la Cour de cassation a affirmé que le juge-commissaire avait le pouvoir de réduire la clause de majoration des intérêts de retard en considérant que c’est une clause pénale21. Le changement de qualification est important pour l’entreprise au vu des coûts engagés. Cependant, Monsieur Brenac se pose une question, en suspens pour le moment : est-ce qu’il ne serait pas juste de faire jouer le rôle du juge-commissaire au cas par cas sur les effets impérieux de la procédure collective ?

Il serait possible d’ajouter un autre accessoire, le contrat d’assurance prêt. En réalité ce n’est pas un

réel accessoire car c’est un contrat à exécution successive.

*3. LA CRÉANCE DE PRÊT DANS LE PLAN ET HORS PLAN*

Monsieur le Professeur le Corre va exposer d’abord la créance de prêt hors plan, avant de revenir, très naturellement aux règles des procédures collectives, c’est à dire à la présence de la créance bancaire dans le plan.

En cas de sauvegarde ou de redressement judiciaire, le débiteur peut obtenir un plan qui lui permettra de payer son passif. Les créanciers soumis à la procédure collective vont être consultés sur les remises et délais qu’ils entendent consentir.

20 Cass. Com., 5 mai 2015, F-D, n° 14-13.213.

21 Cass. Com., 5 avril 2016, F-P+B, n° 14-20.169.

Les créances bancaires posent des problèmes particuliers aux spécialistes de la restructuration. De manière classique, les administrateurs judiciaires, depuis plusieurs années, proposent de traiter en dehors du plan ce genre de créances. Le prêt bancaire serait remboursé, à compter de l’adoption du plan, selon l’échéancier contractuel en vigueur au jour de l’ouverture de la procédure collective. Les échéances impayées avant le jugement d’ouverture et durant la période d’observation seront reportées en fin de plan. Cette solution est avantageuse pour les banquiers car ils bénéficient d’une sorte de continuation du contrat, normalement interdite. Cependant, cette solution n’a pas de fondement légal et met à mal des règles du socle du droit des entreprises en difficulté. Pourquoi cette pratique ? L’idée sous entendue est que l’allongement du paiement des frais bancaires entrainerait simultanément l’allongement de la charge des intérêts jusqu’à ce qu’elle devienne insupportable.

Quoi qu’il en soit, prévoir la créance de remboursement de prêt hors plan ressemble étrangement à un chemin interdit. Il faut donc réfléchir à la remise sur la bonne voie de la créance qui consistera à remettre la créance dans le plan. Le chemin est épineux car plusieurs règles sont méconnues. Depuis

1992, le contrat de prêt est un contrat unilatéral et non un contrat en cours, de sorte que la prestation caractéristique du débiteur a été déjà exécutée avant l’ouverture de la procédure. Il n’y a pas si longtemps, dans un arrêt de 2016, la Cour de cassation l’a réaffirmé.

En prévoyant que le remboursement du prêt interviendra hors plan, il est généralement prévu que le remboursement aura lieu selon les dispositions contractuelles, voire que le prêt sera continué selon l’échéancier. Autrement dit, c’est une véritable continuation du contrat de prêt.

Un deuxième problème subsiste car en procédant de la sorte, le contrat de prêt est soumis aux règles de la continuation des contrats en cours. Dans cette situation, les dispositions relatives à la distinction entre les créanciers antérieurs et postérieurs mais également à l’interdiction de payer les créanciers antérieurs à l’ouverture de la procédure collective seraient violées.

Par ailleurs, la jurisprudence a considéré que le plan devait prévoir le remboursement de toutes les créances déclarées, y compris les créances contestées. Or, si une créance est hors plan, le plan ne peut pas prévoir son remboursement, de sorte que le principe selon lequel le plan doit prévoir le remboursement de toutes les créances n’est pas respecté.

Le choix de rembourser le prêt hors plan peut faire naître des risques tant pour le débiteur que pour la caution. D’une part pour le débiteur car en mettant hors plan des créances, l’exécution du contrat de prêt continue. On n’envisage pas le remboursement des dividendes d’un plan mais plutôt l’exécution d’un contrat de prêt, couvert par le dispositif du jugement du plan. En effet, la créance de prêt est hors plan ce n’est donc pas un dividende. Que se passe t il si le débiteur cesse de rembourser sa créance de prêt ? La créance de prêt n’est pas dans le plan donc le non-paiement entraîne application des clauses du prêt, et donc de celles prévoyant la déchéance du terme pour non-exécution du contrat de prêt selon les dispositions du contrat qui a été continué.

D’autre part, il existe également un risque majeur pour la caution. En effet, on peut parler d’adéquation parfaite entre l’exigibilité de la créance à l’égard du débiteur et celle de la caution. Par des clauses de style, il est possible de faire renoncer la caution au bénéfice du terme propre, de sorte que si le débiteur principal encourt la déchéance du terme, la caution l’encourt aussi. La déchéance du terme pourrait entraîner la cession des paiements du débiteur et donc conduire à la résolution du plan. Une nouvelle procédure collective s’ouvrirait alors.

Au vu des conséquences, Monsieur le Professeur Le Corre conseille, par prudence, de remettre la

créance de prêt dans le plan.

Une fois la créance dans le plan, les praticiens cherchent à éviter l’accroissement de la charge financière pesant sur le débiteur. Dès lors que la durée de remboursement du prêt n’est pas allongée, il n’y a pas de raison de craindre une augmentation de la charge financière. La créance sera remboursée dans le plan, de sorte que dans cette configuration les échéances deviennent des dividendes. Le paiement se fera mensuellement par le biais du commissaire à l’exécution qui reversera ces sommes au créancier par la suite. Néanmoins, si le débiteur ne paie pas un dividende

du plan, il n’encourt pas la déchéance du terme ou l’action individuelle des créanciers mais plutôt la demande en paiement des sommes du commissaire à l’exécution du plan. Le créancier perd son droit d’agir en paiement au détriment du monopole conféré au commissaire à l’exécution du plan depuis 2005.

Dans l’hypothèse où la créance de remboursement dépasserait la durée du plan, soit la créance de prêt serait allongée sur dix ans avec continuation du cours des intérêts, soit l’échéancier initial serait minoré des intérêts. En pratique, les banquiers prendraient la seconde proposition car le délai serait plus court. Toutefois, une difficulté peut apparaître car certaines créances peuvent se retrouver impayées. Le commissaire à l’exécution du plan est en action le temps de la durée du plan, donc il ne pourra pas s’occuper de demander la résolution du plan ou de demander le remboursement s’il n’est plus en fonction. Cependant, selon un arrêt récent de la Cour de Cassation, une fois la durée du plan terminée, le créancier retrouve son droit d’action individuel.

En conclusion, il n’existe aucun avantage à décider que la créance soit remboursée en dehors du plan. Il est préférable de l’intégrer dans le plan même si une fraction est remboursée après l’expiration du prêt. En effet, la sécurité juridique nécessite de respecter les règles du droit des entreprises en difficulté.

C. TRAITEMENT DES FINANCEMENTS LBO

M.-H. MONSERIE-BON, *Professeur Université Toulouse Capitole* Ph. THIOLLET, *Administrateur judiciaire diplômé*

*A. PAYET et M. MARCOS*

Il convient de s’interroger sur le traitement des LBO dans le cadre des procédures collectives, à la suite la crise des *subprimes*, les emprunts bancaires avaient diminués et donc de ce fait les LBO, mais depuis 2015 on constate une augmentation de ces derniers. D'un point de vue plus juridique les LBO bénéficient de toutes les ressources du livre VI, insérées dans le Code de Commerce mais aussi de toutes les dispositions de droit commun.

On notera que la technique de l'effet de levier présente un triple intérêt dans la reprise

d'entreprise : c'est un atout financier, fiscal et sociétaire.

Il faut, concernant ces montages, opérer une *summa divisio* entre les grands LBO et les petits LBO (« petit poucet »). En effet dans la région Occitanie, les LBO rencontrés ont des tailles modestes.

La question qui en découle est de savoir si les solutions du livre VI du Code de Commerce sont

adaptées aux petits LBO.

*1. INADAPTATION DU DROIT SPECIAL AUX LBO « PETIT POUCET »*

Il faut s'inscrire dans le cadre d'un LBO de petite taille qui présente des difficultés. On

distingue deux outils dans le Code de Commerce pour relancer cette structure.

**a. La sauvegarde financière accélérée (SFA)**

Pour utiliser cet outil, il faut malgré tout respecter des seuils, et même si ces derniers ont été

améliorés (abaissés) ils restent encore trop élevés et donc inadaptés.

On retrouve :

- l'obligation de comptes certifiés par un expert comptable ;

- le nombre de salariés (plus de 20 salariés) ;

- le chiffre d'affaire (un chiffre d’affaires d’au moins 3 millions d’euros) ;

- le total de bilan (un total du bilan hors taxe de 1,5 millions d’euros)

Dans des petites structures la holding n'a pas de chiffre d'affaire et ne fait que détenir des titres. C'est donc la valeur des titres qui a une importance en revanche d'un point de vue du total du bilan le chiffre d'1,5 millions d'€ reste plutôt raisonnable.

**b. Outils techniques**

La consolidation des comptes est le deuxième outil.

C'est une situation rare pour les LBO « petit poucet », et donc un critère difficile à appliquer.

Pour une petite structure, le recours à cette technique est complexe et demande du temps de

l'investissement et du conseil.

On trouve sinon une autre technique, un deuxième mécanisme qui est : la conversion de créance en capital. Le LBO s'accompagne souvent de créanciers financiers et ce mécanisme pourrait être intéressant, malheureusement dans la pratique ce mécanisme est dur à utiliser.

En effet en France, contrairement au système économique anglo-saxon, les banques entrent pas ou

peu dans le capital des sociétés, et la conversion de créances en capital est donc peu utilisée.

En outre l'article L. 662-8 du Code de commerce pour les procédures ouvertes à compter du 1er octobre 2016 permet un regroupement du contentieux entre la contrôlée et la contrôlante est possible via un mandataire de justice commun.

En définitive la prévention devient alors le seul remède efficace. Les outils du droit spécial semblent

peu efficace qu’en est il des outils issus du droit commun ?

*2. APPLICATION CHAOTIQUE DU DROIT COMMUN AU LBO « PETIT POUCET »*

**a. La spécificité des montages LBO**

L'effet pervers du montage évoqué précédemment, c'est que si le LBO fonctionne mal l'effet de levier se transforme en effet de massue. La mère peut n'avoir comme ressource que les dividendes de la fille et si la fille ne génère plus de bénéfices, la mère pâtit aussi de ces difficultés.

La question qui se pose c'est de savoir comment désintéresser les créanciers de la holding. Comment (dit de façon triviale) remonter du cash à la holding ?

On constate une dépendance importante de la mère sur sa fille dans les petits LBO.

Les situations peuvent être différentes si on se trouve dans le cas où la holding a prévu pour diversifier ses ressources, de signer des conventions de prestation de service avec sa fille, pour remonter ce précieux cash. Toutefois en pratique ces conventions sont rarement suffisantes pour pallier les difficultés puisqu'elles devraient soit être très larges soit très rémunératrices.

L'autre question est de savoir s'il est possible pour la fille de remonter des dividendes à la mère pendant l'exécution du plan. Les possibilités de distribution sont encadrées et restrictives, et l'apurement du passif empêche la distribution de dividendes. De plus les créanciers de la holding ne vont pas se sacrifier pour permettre la distribution de bénéfices aux créanciers de la fille.

La situation du petit LBO est donc complexe et si le respect du droit des entreprises en difficulté est

un obstacle, le recours à des chemins détournés peut être tentant.

**b. La spécificité du traitement des financements LBO**

Une solution pourrait être de tenter la fusion de la mère et de la fille, mais même en situation *in bonis* l’opération 'est dangereuse, surtout au niveau fiscal. L'autre solution c'est l'extension, mais en l'espèce les critères sont durs à respecter.

L'article L. 511-7 1° du CMF nous parle alors des conventions de trésorerie. En l'espèce ce n'est sûrement pas suffisant puisque si la fille a des disponibilités elle aura du mal à les utiliser à la fois pour son plan et pour la vie courante des affaires (génération de bénéfices distribuables).

Pour satisfaire au droit des sociétés, le dernier recours c'est l'abandon de créances dans des proportions importantes. (cf. – LBO Vivarté). L'objectif est de générer à nouveaux des bénéfices, voir des superbénéfices ou passer par une réduction de capital, (article L. 232-11, al. 1er C. com.), pour relancer le mécanisme de bénéfice et de distribution de dividendes.

Sur le plan du droit des entreprises en difficulté le LBO cherchera à négocier un plan de très courte

durée pour la fille. La mère négociera un plan dérogatoire débutant à la fin du plan de sa fille.

En effet durant le plan (de la fille), la mère ne pourra pas se voir distribuer de dividende, il faut donc que le plan soit court (3 à 5 ans) pour réduire au maximum le temps d'attente de la distribution. En conclusion, le LBO est très adapté au succès, même condamné au succès (schéma *successful*), puisqu'il s'adapte mal au droit des entreprises en difficulté.

*L. BOUCHET RIVIERE D’ARC LANNE et H. PEREZ*