


COLLECTION
GUIDES
PROFESSIONNELS



AIDE-MÉMOIRE SUR LES PROCÉDURES APPLICABLES AUX ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

JUILLET 2017

COMPAGNIE
NATIONALE DES
COMMISSAIRES AUX
COMPTES

CNCC
COMPAGNIE
NATIONALE DES
COMMISSAIRES AUX
COMPTES

16, avenue de Messine 75008 Paris. France. www.cncc.fr

Département Édition
VENTES, INFORMATIONS SUR OUVRAGE
Tél. : 01 44 77 81 40
cnccservices.edition@cncc.fr

CNCC
INFORMATIONS TECHNIQUES
Tél. : 01 44 77 82 82
Fax : 01 44 77 82 28

COLLECTION
GUIDES
PROFESSIONNELS



AIDE-MÉMOIRE SUR LES PROCÉDURES APPLICABLES AUX ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

JUILLET 2017

16, avenue de Messine 75008 Paris. France. www.cncc.fr

Département Édition
VENTES, INFORMATIONS SUR OUVRAGES
Tél. : 01 44 77 81 40
cnccservices.edition@cncc.fr

CNCC
INFORMATIONS TECHNIQUES
Tél. : 01 44 77 82 82
Fax : 01 44 77 82 28

P R É A M B U L E

La Compagnie nationale des commissaires aux comptes met à la disposition de l'ensemble des confrères un fascicule ayant pour but de regrouper de manière synthétique les concepts de base et les rôles dévolus à chaque intervenant dans les différentes procédures applicables aux entreprises en difficulté.

Depuis 1984, les trente années écoulées ont vu s'accumuler les textes législatifs et se multiplier les procédures destinées à faciliter le règlement ou anticiper les difficultés financières des entreprises. Les derniers ajustements, intervenus à la fin de l'année 2016, justifient l'édition de ce fascicule mis à jour. Cette actualité offre une excellente occasion de faire le point sur l'ensemble des outils à la disposition des entreprises pour renégocier leurs passifs.

Cet aide-mémoire a été écrit par des commissaires aux comptes pour des commissaires aux comptes et se présente comme un rappel des concepts de base et des rôles de chaque acteur des procédures.

Ce fascicule n'a pas vocation à se substituer aux publications très complètes de la CNCC sur le sujet, encore moins d'être exhaustif, mais de faciliter la compréhension par les membres de la profession des enjeux et l'acquisition de certains réflexes à avoir face aux différents cas de figure auxquels ils peuvent être confrontés dans le cadre de l'exercice de leurs mandats.

Ce fascicule n'a pas non plus pour objectif de présenter l'ensemble des diligences applicables en matière de prévention des difficultés ou d'appréciation de la continuité de l'exploitation. Il n'a pas plus pour ambition d'expliquer comment documenter les diligences effectuées ou assurer la cohérence d'ensemble des constats, actions menées et opinion émise.

Cet aide-mémoire présente en première partie les concepts et définitions applicables aux procédures collectives.

Dans un deuxième temps les procédures elles-mêmes sont décrites avec un rappel du rôle tenu par le commissaire aux comptes dans ces procédures.

La troisième partie traite des opérations affectant le capital dans les procédures collectives.

La quatrième et dernière partie rappelle les responsabilités respectives des différentes parties prenantes dans les procédures.

Cette publication constitue une œuvre collective. Elle n'a aucun caractère normatif ou doctrinal et ne peut pas être considérée comme engageant la responsabilité de la Compagnie nationale des commissaires aux comptes. Ces travaux ont plus particulièrement été dirigés par Dominique Lévêque et Simon Lubais, avec la participation de Catherine Flageul, Anne-Christine Frère et Olivier Bafunno.

S O M M A I R E

PRÉAMBULE	2
1. CONCEPTS ET DÉFINITIONS	4
2. LES PROCÉDURES	14
2.1 – Les procédures de prévention	15
2.11 LE MANDAT <i>AD HOC</i> (ARTICLE L. 611-3 C. COM.)	15
2.12 LA CONCILIATION (ARTICLE L. 611-4 ET S. C. COM.)	15
2.2 – Les procédures collectives	18
2.21 LA SAUVEGARDE (ARTICLE L. 620-1 ET S. C.COM.)	18
2.22 LA SAUVEGARDE ACCÉLÉRÉE (ARTICLE L. 628-1 ET S. C.COM.)	20
2.23 LA SAUVEGARDE FINANCIÈRE ACCÉLÉRÉE (ARTICLE L. 628-9 ET S. C. COM.)	21
2.24 LE REDRESSEMENT JUDICIAIRE (ARTICLES L. 631-1 ET S.)	21
2.25 LE RÔLE DU COMMISSAIRE AUX COMPTES DANS LES PROCÉDURES DE SAUVEGARDE ET DE REDRESSEMENT JUDICIAIRE	23
2.26 LA LIQUIDATION JUDICIAIRE (ARTICLES L. 640-1 ET S.)	23
2.27 LA LIQUIDATION JUDICIAIRE SIMPLIFIÉE (ARTICLES L. 641-2, L. 641-2-1, L. 644-1 ET S.)	24
2.28 LE RÔLE DU COMMISSAIRE AUX COMPTES EN CAS DE LIQUIDATION JUDICIAIRE	24
3. OBSERVATIONS COMPLÉMENTAIRES SUR LES OPÉRATIONS AFFECTANT LE CAPITAL DANS LES PROCÉDURES COLLECTIVES	26
4. LES RESPONSABILITÉS	30
4.1 – Responsabilité des dirigeants	31
4.2 – Responsabilité des tiers	33
4.21 LES COCONTRACTANTS	33
4.22 LE COMMISSAIRE AUX COMPTES	33
CONCLUSION	34



CHAPITRE 1 :

CONCEPTS ET DÉFINITIONS

Si de nombreux commissaires aux comptes ont déjà eu affaire à des sociétés en redressement ou liquidation judiciaire ou ont dû déclencher des procédures d'alerte, force est de constater que les professionnels du chiffre, pour la plupart, ne sont pas familiers des procédures de prévention ou de traitement des difficultés des entreprises.

La méconnaissance de ce domaine du droit constitue trop souvent un frein à une intervention efficace et pertinente du commissaire aux comptes.

Avant d'entreprendre l'exposé détaillé de chaque procédure amiable ou judiciaire, de son principe d'application et du rôle réservé au commissaire aux comptes, il est nécessaire de rappeler l'utilité sociale de ces procédures et de présenter les notions de base auxquelles elles font appel.

Jusqu'au XIX^e siècle, l'incapacité d'un commerçant à faire face à ses engagements se traduisait par sa faillite, les créanciers venant se servir sans discipline imposée, et se terminait souvent par l'infamante banqueroute.

La nécessaire structuration de la société à la suite du développement du commerce, de l'urbanisation puis de l'industrialisation a imposé la mise en place d'une organisation particulière adaptée à la situation d'insolvabilité d'un agent économique.

Pour le maintien de la paix sociale et le respect des droits individuels, il fallait établir des règles pour le paiement des créanciers sur les actifs du débiteur ou dans le cadre d'un étalement de ses dettes : ce traitement collectif par opposition aux procédures de recouvrement individuelles a donné naissance aux « procédures collectives ». Il s'impose à tous les créanciers : l'ouverture de la procédure interdit le paiement de toute dette antérieure et l'égalité entre les créanciers doit être respectée.

Cette simple réflexion met en évidence toutes les questions que vont soulever la prévention et le traitement des difficultés : il faut déterminer à quel moment ce traitement collectif doit intervenir, il faut définir les actifs, il faut identifier les créanciers, il faut examiner les possibilités d'étalement des dettes, il faut savoir qui va prendre les décisions et qui va les mettre en œuvre.

Après ce bref rappel de l'utilité sociale du traitement adapté aux difficultés, l'étape suivante va consister à définir les notions de base ou les concepts qui seront utilisés dans les procédures.

La prévention et le traitement des difficultés des entreprises sont régis par le livre VI du Code de commerce et toutes les notions qui vont être abordées sont utilisées dans cette partie du Code.

L'importance du sujet et l'objectif poursuivi justifient que cette réglementation soit d'ordre public et, si chacun d'entre nous a bien sûr déjà une idée de la signification des différents termes couramment employés, ce domaine du droit n'autorise pas d'approximation.

Le **débiteur** est le sujet principal du livre VI : ce terme générique désigne l'entité dont les dettes vont être l'objet du traitement approprié.

Il peut s'agir d'une personne physique ou d'une personne morale et, dans ce dernier cas, à chaque fois que le texte accorde une autonomie de décision ou d'action au débiteur, il faut comprendre qu'il s'agit de l'organe de direction de l'entité.

Ainsi, par exemple, quand il sera évoqué la situation dans laquelle « le débiteur » est assisté par un administrateur judiciaire, cela signifiera que le dirigeant de l'entité ne prend pas de décision sans l'accord de l'administrateur.

Il faut s'habituer à considérer ce substantif comme un terme technique et précis mais non péjoratif.

Les **créanciers** constituent une catégorie complexe :

- dans leur globalité, ils n'ont pas le droit d'agir mais sont représentés par « le représentant des créanciers », mandataire de justice dont c'est la fonction,
- mais ils ont des droits individuels à faire valoir : droit de revendication, droit de rétention,
- et leurs créances n'ont pas toutes un droit égal à être payées, certaines sont chirographaires, d'autres privilégiées :
 - les premières n'ont d'autre attribut que la simple preuve de leur existence,
 - les secondes, les créances privilégiées bénéficient d'un règlement prioritaire dans l'ordre de leur rang :
 - super privilège des salaires (60 derniers jours de salaires, à concurrence d'un plafond fixé par décret),
 - privilège des frais de justice,
 - privilège de la conciliation (*new money*),
 - privilège des créances nées après l'ouverture des procédures collectives :
 - * les créances salariales post-ouverture de la procédure ;
 - * les frais de justice post-ouverture de la procédure ;
 - * les créances résultant d'un prêt ou d'un contrat poursuivi avec paiement différé accepté ;
 - * les créances de l'AGS pour les salaires avancés ;
 - * toutes les autres créances d'exploitation.
 - privilèges fiscaux,
 - privilèges spéciaux immobiliers (dont l'hypothèque) ou mobiliers (gage, nantissement),
- ils ont aussi des devoirs : par exemple, celui de participer aux comités de créanciers dans certaines procédures (1) : pour les sociétés dont les comptes ont été certifiés par un commissaire aux comptes ou établis par un expert-comptable et dont le nombre de salariés est supérieur à 150 ou le chiffre d'affaires est supérieur à 20 millions d'euros, et à titre facultatif pour les autres, il est constitué des comités de créanciers (2) : un comité pour les sociétés de financement ou établissements de crédit et un pour les principaux fournisseurs de biens ou de services, plus éventuellement un pour les obligataires,
- ils ont encore des obligations : dans certaines conditions, les modalités d'apurement de leurs créances s'imposent à eux.

Les **salariés**, par l'intermédiaire des institutions représentatives du personnel, membres du comité d'entreprise ou délégués du personnel, sont entendus à de nombreuses étapes des différentes procédures, notamment lors de l'audience d'homologation d'un accord de conciliation (3), à

(1) Articles L. 626-29 et s.

(2) Articles L. 626-29 et suivants et R. 626-52 et s.

(3) Article L. 611-9.

l'ouverture des procédures collectives (4) et devront désigner un représentant pour le suivi de celles-ci (5). En redressement judiciaire, ils seront informés de la possibilité pour les salariés de présenter des offres de reprise (6).

L'Association pour la gestion du régime de Garantie des créances des Salariés (AGS), organisme patronal fondé sur la solidarité interprofessionnelle des employeurs et financé par leurs cotisations intervient en cas de redressement, de liquidation judiciaire de l'entreprise ou encore, sous certaines conditions, en procédure de sauvegarde pour garantir le paiement, dans les meilleurs délais, des sommes dues aux salariés (salaires, préavis, indemnités de rupture...) conformément aux conditions fixées par le Code du travail (7).

Les **difficultés** de l'entreprise qui vont justifier la mise en œuvre de traitements préventifs ou curatifs sont de tous ordres : économique, juridique, social ; il suffit qu'à une échéance plus ou moins lointaine, elles soient de nature à empêcher le fonctionnement normal de l'entité et la poursuite de son activité dans le respect de ses engagements.

Parfois, ces difficultés créent une situation que la loi a définie et dont elle a imposé les conséquences.

En effet, **l'état de cessation des paiements** est défini par le Code de commerce (8) comme l'impossibilité pour le débiteur de faire face à son passif exigible avec son actif disponible en tenant compte de ses éventuelles réserves de crédit.

Cette notion est complexe, source d'interprétation et de contentieux en l'absence d'une définition précise et la jurisprudence continue à définir les éléments de l'équation.

Le passif exigible correspond aux dettes échues, non réglées, n'ayant pas fait l'objet d'un moratoire ou d'un accord exprès de prorogation de la part du créancier.

L'actif disponible est constitué bien sûr de la trésorerie mais également des créances dont le recouvrement ou la mobilisation sont susceptibles de générer une trésorerie immédiate à la date d'examen de la situation, et encore des stocks qui peuvent être réalisés sans délai.

La réserve de crédit ne peut provenir que de l'accord d'un tiers pour contribuer immédiatement aux besoins de trésorerie de l'entité.

La **déclaration de cessation des paiements** est déposée au greffe du tribunal et constitue l'acte qui officialise cette situation : elle est couramment désignée par le terme de « dépôt de bilan ». Elle prend la forme d'un dossier complet dont le contenu est défini réglementairement (9).

La **date de cessation des paiements**, à laquelle sera constaté l'état précité, est d'une grande importance :

- elle est mentionnée par le débiteur dans la déclaration de cessation des paiements, mais cette mention ne lie pas le tribunal qui la fixera dans son jugement d'ouverture et elle pourra ultérieurement faire l'objet par le tribunal d'un report en arrière jusqu'à 18 mois avant le dit jugement (10) ;

(4) Article L. 621-1.

(5) Article L. 621-4 § 2.

(6) Article L. 631-13.

(7) Articles L. 625-7 à L. 625-9.

(8) Article L. 631-1.

(9) Articles R. 621-1 et R. 631-1.

(10) Article L. 631-8.

- elle détermine la période dite « suspecte » écoulée jusqu'au jugement d'ouverture : certains actes intervenus pendant cette période pourront faire l'objet d'une annulation (11) ;
- elle servira de référence dans les éventuelles actions en responsabilité fondées sur l'aggravation du passif ;
- et le débiteur qui n'aura pas sollicité l'ouverture d'une conciliation ou d'une procédure collective dans les 45 jours de cette date pourra faire l'objet de poursuites (12).

Procédures amiables et procédures collectives : les premières visent les mesures de prévention comprenant le mandat *ad hoc* et la conciliation, les secondes recouvrent la sauvegarde, le redressement judiciaire et la liquidation judiciaire.

Certains répugnent à attribuer le terme de procédure aux mesures de prévention, mais à partir du moment où toutes ces mesures débutent par une décision judiciaire elle-même rendue sur présentation d'une requête, elles prennent bien le caractère de procédure et on les qualifiera d'amiables tant qu'elles ne constituent pas une procédure collective au sens où cela a été défini ci-dessus.

Les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire visent à assurer le **redressement** de l'entreprise. Cela suppose que l'entité conserve tout ou partie de son activité. Par conséquent, la personne morale qui a fait l'objet de la procédure ne disparaît pas.

En revanche, la répartition du capital ou la composition des organes de direction peuvent être modifiées.

Inversement, la **liquidation** entraîne l'arrêt d'activité, la réalisation des actifs pour permettre le cas échéant la répartition aux créanciers et conduit à la radiation de la personne morale en cas de clôture de la procédure pour insuffisance d'actif.

Le **plan** constitue l'issue des procédures collectives dans laquelle l'activité économique de l'entreprise est maintenue en tout ou en partie : le plan de **sauvegarde** ou le **plan de redressement** est exécuté par l'entité qui fait l'objet de la procédure et le plan de cession prévoit le transfert de l'activité totalement ou partiellement à une autre entité.

Dans ce dernier cas, la procédure est convertie en liquidation judiciaire conduisant à la disparition de l'entité initiale.

Dans tous les cas, le plan résulte d'une décision du tribunal dont le jugement prévoit les modalités d'exécution.

(11) Articles L. 632-1 et s.

(12) Article L. 653-8.

LES ACTEURS DES PROCÉDURES

Le **président du tribunal** a d'abord un rôle de prévention au stade de la détection des difficultés : en vertu de l'article L. 611-2, lorsqu'il résulte de tout acte, document ou procédure qu'une société commerciale, ..., connaît des difficultés de nature à compromettre la continuité de l'exploitation, il peut convoquer ses dirigeants pour que soient envisagées les mesures propres à redresser la situation.

À l'issue de cet entretien ou si les dirigeants ne se sont pas présentés, le secret professionnel du commissaire aux comptes est levé vis-à-vis du président du tribunal qui « peut, nonobstant toute disposition législative ou réglementaire contraire, obtenir communication, par les commissaires aux comptes, les membres et représentants du personnel, les administrations publiques, les organismes de sécurité et de prévoyance sociale ainsi que les services chargés de la centralisation des risques bancaires et des incidents de paiement, des renseignements de nature à lui donner une exacte information sur la situation économique et financière du débiteur ».

Les mêmes dispositions s'appliquent pour le président du Tribunal de Grande Instance concernant les personnes morales de droit privé non commerçantes (13).

Le commissaire aux comptes peut demander à être entendu par le président du tribunal. Il est alors libéré du secret professionnel (14).

Le président du tribunal a également un rôle juridictionnel en prévention : saisi par requête, il désignera un mandataire *ad hoc* ou un conciliateur et, le cas échéant, constatera l'accord à l'issue de la conciliation et lui donnera force exécutoire (15).

Dans le cadre de la détection des difficultés des entreprises, lorsque le président du tribunal a connaissance d'éléments faisant apparaître qu'un débiteur est en état de cessation des paiements, il informe le ministère public par une note qui permettra de motiver la saisine du tribunal en vue de l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire (16).

Le **tribunal**, saisi par déclaration de cessation des paiements du débiteur ou par assignation d'un créancier, prononcera le jugement d'ouverture des procédures collectives et tous les jugements marquant le déroulement des procédures, jusqu'aux poursuites éventuelles à l'encontre des dirigeants de l'entité.

Il est compétent pour toutes les procédures engagées à l'encontre de l'entité.

Le tribunal de commerce est compétent pour les entreprises et les sociétés commerciales, le tribunal de grande instance est compétent pour les sociétés civiles et les personnes morales de droit privé ayant une activité économique ainsi que pour les professions libérales (13).

Le jugement d'ouverture d'une procédure collective nomme les organes de la procédure qui sont présentés ci-après.

Toutes les décisions du tribunal sont précédées d'une audience à laquelle les personnes prévues par la loi sont convoquées dans les formes réglementaires et peuvent s'exprimer contradictoire-

(13) Article L. 611-2-1.

(14) Article L. 234-1 et L. 234-2.

(15) Article L. 611-8.

(16) Article L. 631-3-1.

ment à leur tour. La formation de l'audience comprend un nombre impair de juges, un greffier et un représentant du parquet.

En matière de procédure collective, les audiences ont lieu à huis clos : en « chambre du conseil ». Le chef d'entreprise peut se faire assister par un avocat.

Le **juge-commissaire, désigné par le jugement d'ouverture de la procédure**, est chargé de veiller au bon déroulement de la procédure et au respect des intérêts des parties en présence (17).

Il interviendra à de nombreuses reprises : pour arrêter les créances et trancher les contestations à l'occasion de la vérification du passif, pour se prononcer sur les actions en revendication ou restitution, pour désigner un technicien, etc.

Ses décisions prendront la forme d'ordonnance.

L'article L. 623-2 lève le secret professionnel du commissaire aux comptes vis-à-vis du juge-commissaire qui pourra lui demander tous « renseignements de nature à lui donner une exacte information sur la situation économique, financière, sociale et patrimoniale du débiteur ».

Le **ministère public** – ou le Parquet – est informé en cas de conciliation et est systématiquement présent dans toutes les procédures collectives. Il est destinataire de tous les rapports et actes de procédure, il peut assister à toutes les audiences et prendre des réquisitions. Son avis est obligatoirement requis dans certains cas.

En pratique, il existe souvent un parquet financier au Tribunal de Grande Instance, sous la responsabilité d'un vice-procureur ou d'un procureur-adjoint.

Les **mandataires de justice** sont répartis en deux professions, les administrateurs judiciaires et les mandataires judiciaires. Ils ont une compétence nationale. Leur désignation résulte d'une décision judiciaire, ordonnance du président ou jugement du tribunal selon les procédures.

Dans les procédures de prévention, même si cela n'est pas obligatoire, ce sont le plus souvent des mandataires de justices qui sont désignés comme mandataire *ad hoc* ou conciliateur.

L'**administrateur judiciaire** est nommé par le tribunal dans le jugement d'ouverture de la procédure collective, sauvegarde ou redressement judiciaire, afin de surveiller, assister ou remplacer le dirigeant d'entreprise. Sa désignation est facultative en dessous de certains seuils (3 millions d'euros de chiffre d'affaires et 20 salariés) (18).

En principe, l'administration de l'entreprise est assurée par le dirigeant et l'administrateur judiciaire est chargé d'une mission soit de simple surveillance, soit d'assistance et, dans ce cas, l'administrateur est tenu au respect des obligations légales et conventionnelles incombant au chef d'entreprise (19). Dans la procédure de redressement judiciaire, l'administrateur peut être chargé d'une mission de représentation et le dirigeant se trouve alors dessaisi de ses fonctions (20).

Pendant la période d'observation, l'administrateur judiciaire doit éviter la création d'un passif nouveau qui serait généré par l'activité déficitaire : il se tourne alors vers l'expert-comptable de l'entité

(17) Article L. 621-9.

(18) Articles L. 621-4§4 et R. 621-11.

(19) Article L. 622-1.

(20) Article L. 631-14.

ou son commissaire aux comptes auquel il pourra être confié par le dirigeant une mission destinée à fiabiliser les informations financières produites par les services de l'entreprise.

La mission de l'administrateur judiciaire comprend de nombreuses tâches : il veille à la conservation des droits de l'entreprise et à la préservation des capacités de production ; il se fait remettre les documents ou livres comptables par tout tiers détenteur ; il rédige avec le dirigeant le bilan économique et social (éventuellement environnemental) ; avec l'accord du débiteur il peut acquiescer aux demandes en revendication ou restitution ; il met en œuvre le plan de licenciement pendant la période d'observation ; il a la faculté d'exiger la poursuite des contrats en cours ou d'y mettre fin ; il assiste le débiteur pour la préparation du plan et recueille les offres de reprise ; il a la charge de mettre en œuvre les dispositions concernant les comités de créanciers ; en cas de modification statutaire prévue par le plan, il est chargé de convoquer l'assemblée compétente.

S'il n'a pas été désigné d'administrateur judiciaire, ces tâches sont réparties entre le dirigeant et le mandataire judiciaire (21).

Le secret professionnel du commissaire aux comptes n'est pas levé vis-à-vis de l'administrateur judiciaire, sauf si celui-ci exerce une mission complète de représentation en lieu et place du dirigeant. En effet, si l'article L. 623-3 §3 prévoit que l'administrateur entend toute personne susceptible de l'informer sur la situation et les perspectives de redressement de l'entreprise, cet article ne vise pas le commissaire aux comptes et ne mentionne pas qu'il s'applique nonobstant toute disposition législative ou réglementaire.

Le **mandataire judiciaire** est obligatoirement désigné dans les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire et intervient alors en tant que **représentant des créanciers** (22). Il effectue la vérification du passif et, le cas échéant, donne son avis sur le plan soumis au tribunal.

Dans la procédure de liquidation judiciaire, le mandataire judiciaire est à la fois représentant des créanciers et **liquidateur**. Il procède alors à la réalisation des actifs et à la répartition des fonds.

Son rôle est particulièrement important puisqu'il doit gérer les avances éventuellement faites par l'AGS en garantie des salaires impayés à l'ouverture de la procédure, puis, le cas échéant, à l'occasion des licenciements et des congés payés.

Le **contrôleur des créanciers** est également un organe de la procédure : un ou plusieurs créanciers dans la limite de cinq peuvent demander sur requête au juge-commissaire à être désignés comme contrôleur (23).

Ils auront alors accès à l'ensemble des éléments de la procédure (24).

Par sa connaissance de l'entité, ses relations de confiance avec le dirigeant, sa perception des signes avant-coureurs des difficultés, le **commissaire aux comptes** est bien placé pour anticiper et détecter les situations qui mettent l'entreprise en péril et alerter le dirigeant.

(21) Articles L. 627-1 et s.

(22) Article L. 622-20.

(23) Article L. 621-10.

(24) Article L. 621-11.

Par les démarches auprès des dirigeants qui précèdent la procédure d'alerte (25) ou par la mise en œuvre de celle-ci, le commissaire aux comptes est un des acteurs de l'anticipation des difficultés des entreprises.

Néanmoins, même si son action est importante avant toute mesure de prévention ou de traitement, son rôle ne s'arrête pas à la porte du tribunal.

La problématique de continuité d'exploitation n'est pas à considérer par le commissaire aux comptes uniquement lors du contrôle des comptes annuels et de l'établissement de son rapport, la NEP 570 précise : « *tout au long de sa mission, le commissaire aux comptes reste vigilant sur tout élément susceptible de mettre en cause la continuité d'exploitation* ».

Naturellement, cette mission de vigilance ne lui impose pas de recherche systématique mais lui demande de faire preuve de la réactivité adaptée à la situation dès qu'il identifie des faits susceptibles de mettre en cause la continuité d'exploitation.

Il convient également de rappeler que face à l'entreprise en difficulté, le commissaire aux comptes est attentif à l'adaptation de sa démarche d'audit. Par exemple, il peut mettre en place des contrôles renforcés sur le respect de la séparation des exercices ou la comptabilisation des provisions, la revue des clauses de contrats notamment bancaires, la revue des postes du besoin en fonds de roulement, la reconnaissance du chiffre d'affaires, la pertinence des informations données en annexe sur la situation de l'entreprise, les événements post-clôture...

Par ailleurs, le commissaire aux comptes veillera à conserver dans son dossier de travail toute la documentation sur les faits relevés, sur leur analyse et sur les conséquences qu'il en a tirées.

Le commissaire aux comptes fera évidemment le lien entre l'opinion qu'il doit émettre et les difficultés rencontrées par la société. (cf. note d'information n° III « *Le commissaire aux comptes et l'alerte* » - chapitre 5).

(25) Cf. note d'information CNCC n° III « *Le commissaire aux comptes et l'alerte* » pour le champ des entités concernées par la procédure d'alerte.



CHAPITRE 2 :

LES PROCÉDURES

2.1 – Les procédures de prévention

Les mesures de prévention comprennent le **mandat *ad hoc*** et la **conciliation**.

La procédure de rétablissement personnel sans liquidation ne sera pas traitée ici, car elle ne concerne que les personnes physiques.

La présentation de chaque procédure mettra en évidence les caractéristiques qui la rendent adaptée à telle ou telle situation d'entreprise en difficulté. Pour chacune, seront également soulignés le rôle du commissaire aux comptes, ses possibilités d'intervention et les contraintes qui s'imposent à lui.

2.11 LE MANDAT *AD HOC* (ARTICLE L. 611-3 C. COM.)

Cette mesure de prévention est la plus simple et la plus souple : sur requête du dirigeant et au vu d'un dossier qui établit que le débiteur n'est pas en état de cessation des paiements, le président du tribunal nomme un mandataire *ad hoc* dont il définit la mission et en fixe librement la durée.

Le dirigeant peut proposer le nom du mandataire *ad hoc* qu'il souhaite et convient avec celui-ci de ses honoraires. En pratique, les mandataires *ad hoc* sont le plus souvent des mandataires de justice mais il ne s'agit pas d'une obligation légale.

La mesure ne donne lieu à aucune publicité et n'est pas mentionnée au RCS. Le débiteur n'est pas tenu d'informer le comité d'entreprise, ou, à défaut, les délégués du personnel de la désignation d'un mandataire *ad hoc*.

Le dirigeant reste à la tête de son entreprise. Le mandataire *ad hoc* n'est pas son conseil, il est là pour l'assister dans la recherche de solution aux difficultés ou aux différends, il interviendra auprès des tiers avec l'autorité que lui confère sa désignation judiciaire, tout en respectant et faisant respecter la confidentialité de cette procédure.

La contrepartie du caractère discret de cette mesure est qu'elle n'a pas pour effet de suspendre les poursuites individuelles des créanciers. Ce n'est que par la négociation que le dirigeant assisté du mandataire *ad hoc* pourra obtenir un étalement des dettes par exemple.

De même, à l'issue du mandat *ad hoc*, s'il n'est pas ouvert de conciliation, les accords avec les tiers ne pourront faire l'objet d'une décision de justice, autre que l'homologation individuelle de droit commun. C'est pourquoi il est parfois utile de solliciter l'ouverture d'une conciliation au terme du mandat *ad hoc*, afin de bénéficier de la possibilité d'homologation globale des accords.

Cette mesure est adaptée aux situations dans lesquelles l'entreprise rencontre des difficultés – constatées ou prévisibles – avec un créancier ou autre cocontractant, ou encore avec un petit groupe de créanciers. Elle peut également permettre de solutionner des conflits sociaux.

Il est à noter que l'ouverture d'un mandat *ad hoc* ne s'oppose pas à la mise en œuvre des dispositions de l'article 1343-5 du Code civil qui permet à un débiteur assigné par un créancier d'obtenir du juge un étalement de sa dette sur 24 mois maximum.

2.12 LA CONCILIATION (ARTICLE L. 611-4 ET S. C. COM.)

À l'instar du mandat *ad hoc*, la conciliation est ouverte sur requête du débiteur par le président du tribunal et le dirigeant peut proposer le nom du conciliateur. En pratique, les conciliateurs sont

le plus souvent des mandataires judiciaires, mais rien ne s'oppose à ce qu'une personne n'exerçant pas cette profession soit nommée conciliateur (26).

L'ouverture de la conciliation suppose que l'entité ne soit pas en état de cessation des paiements depuis plus de 45 jours.

La mesure est adaptée aux entreprises que les difficultés de trésorerie conduisent à repousser les échéances de leurs fournisseurs ou à solliciter des moratoires de la part des créanciers sociaux et fiscaux. Elle permet également la négociation des soutiens bancaires.

Comme toute démarche de négociation, cette procédure sera difficilement mise en œuvre si les créanciers sont trop nombreux.

La conciliation est confidentielle pendant tout son déroulement qui est fixé à l'origine pour une période n'excédant pas 4 mois pouvant être prorogée dans la limite d'une durée globale de 5 mois.

Comme le mandat *ad hoc*, la conciliation ne donne lieu à aucune publicité et n'est pas mentionnée au RCS. Le débiteur n'est pas tenu d'informer le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel de l'ouverture de la procédure.

À l'issue de la conciliation, l'accord avec les cocontractants ou créanciers peut faire l'objet d'un constat par le président du tribunal ou d'un jugement d'homologation par le tribunal. Dans ce dernier cas, elle perd son caractère de confidentialité.

Mais l'homologation présente l'avantage de conférer aux créanciers qui ont consenti un apport de trésorerie, de biens ou de services pendant la conciliation de bénéficier du privilège dit de « *new money* » qui leur permet de ne pas se voir imposer les délais d'un plan en cas de procédure collective ultérieure (27).

De même, l'accord homologué présente l'avantage d'entraîner de plein droit la levée d'interdiction d'émettre des chèques, et pendant la durée de son exécution, d'interdire toute poursuite par les créanciers parties à l'accord, de solliciter du juge l'application des délais de l'article 1343-5 du Code civil en cas de poursuite par un créancier non partie à l'accord, de faire bénéficier les cautions et coobligés des délais prévus par l'accord.

Enfin, depuis l'ordonnance du 12 mars 2014, lorsque le président du tribunal constate l'accord ou que le tribunal homologue celui-ci, il peut, à la demande du débiteur, désigner le conciliateur en tant que mandataire à l'exécution de l'accord pendant la durée de cette exécution.

L'échec des mesures de prévention ne donne pas lieu automatiquement à l'ouverture d'une procédure collective : même si aucun accord n'a été trouvé avec les cocontractants ou les créanciers, l'entité n'est pas nécessairement en état de cessation des paiements.

Le rôle du commissaire aux comptes dans le mandat *ad hoc* et la conciliation

Le commissaire aux comptes est informé de l'ouverture de la conciliation (28) et de la nomination d'un mandataire *ad hoc* (29) par le greffe du tribunal. L'information du commissaire aux comptes de la désignation d'un mandataire *ad hoc* a été introduite par l'ordonnance du 12 mars 2014.

(26) Article L. 611-13.

(27) Article L. 611-11.

(28) Articles L. 611-6 et L. 611-10.

(29) Article L. 611-3.

Le commissaire aux comptes est tenu au secret professionnel vis-à-vis du mandataire *ad hoc* ou du conciliateur et des experts qui seront éventuellement désignés.

La désignation d'un mandataire *ad hoc* comme celle du conciliateur sont confidentielles. La confidentialité de la procédure de conciliation cesse à l'homologation éventuelle de l'accord par jugement du tribunal.

Le respect de cette confidentialité est également à prendre en compte par le commissaire aux comptes lors de la rédaction de ses rapports.

Le mandat *ad hoc* ne met pas fin à l'alerte du commissaire aux comptes. Toutefois, si les mesures envisagées sont susceptibles de mettre fin aux incertitudes sur la continuité d'exploitation, l'alerte pourra être suspendue et, le cas échéant réactivée dans les 6 mois du déclenchement (30).

En revanche, la désignation du conciliateur met fin à la procédure d'alerte : si nécessaire, une nouvelle procédure d'alerte devra être déclenchée au terme de la conciliation.

Lors de la mise en œuvre de ces procédures, le commissaire aux comptes peut être sollicité par l'entité pour réaliser des services autres que la certification des comptes (SACC). Cela lui permet de jouer un rôle important dans la fiabilisation des informations financières nécessaires aux démarches de prévention des difficultés des entreprises. Ainsi, et à la demande de l'entité, le commissaire aux comptes peut intervenir dans le cadre des SACC (attestation, procédures convenues, consultation) pour valider, par exemple, des prévisions de trésorerie ou des comptes intermédiaires.

Comme indiqué dans la note d'information XIV « *Le commissaire aux comptes et la prévention ou le traitement des difficultés des entreprises* » : « Dans le contexte spécifique des entreprises en difficulté, le commissaire aux comptes doit rester attentif à ne pas se substituer à la direction, pour établir des prévisions par exemple, et à ne pas s'immiscer dans la gestion, particulièrement en cas de mise en œuvre de la procédure d'alerte. Il apprécie avec prudence la nature de la demande, notamment lorsqu'il s'agit d'une consultation. Dans tous les cas, le commissaire aux comptes peut refuser l'intervention qui lui est demandée dans le cadre d'un SACC demandé par l'entité.

La CNCC a précisé dans un communiqué de juillet 2016 à quelles normes/doctrine se référer pour réaliser ces SACC à la demande de l'entité.

(30) Articles L. 234-1, L. 234-2 et L. 612-3.

2.2 – Les procédures collectives

Les mesures de traitement, procédures collectives, comprennent la sauvegarde, avec ses variantes sauvegarde financière et sauvegarde accélérée, le redressement judiciaire et la liquidation judiciaire.

2.21 LA SAUVEGARDE (ARTICLE L. 620-1 ET S. C. COM.)

Par le traitement collectif imposé aux créanciers, par la publicité qui en est faite et par l'organisation de son déroulement, la sauvegarde est une procédure collective.

Eu égard aux déclarations de cessation des paiements trop tardives donnant lieu à l'ouverture de procédures de redressement judiciaire dans des conditions qui ne permettraient pas la présentation de plans d'apurement, ni même parfois la poursuite d'activité, le législateur a conçu en 2005 une procédure qui présenterait les avantages de la protection apportée par le redressement judiciaire tout en conservant la caractère rassurant d'une procédure de prévention puisque son ouverture est conditionnée par l'absence d'état de cessation des paiements et que la situation du dirigeant est plus favorable qu'en redressement judiciaire.

Ainsi, lorsque le dirigeant prévoit des difficultés telles que l'entreprise ne pourra poursuivre normalement son activité en respectant ses engagements, il a la possibilité, sans attendre l'état de cessation des paiements, de mettre l'entreprise « sous la protection du tribunal » en sollicitant une sauvegarde.

Cette mesure fait immédiatement l'objet de publications légales (31).

La protection est effective, puisque, comme toute procédure collective, la sauvegarde interrompt toute poursuite individuelle, « gèle » le passif au jour de l'ouverture et permet d'entreprendre une période d'observation pour mettre en œuvre des mesures de restructuration et préparer un plan d'apurement des dettes. La période d'observation est de 6 mois, peut être renouvelée pour une même durée et exceptionnellement prorogée à la demande du parquet pour une durée maximale de 6 mois.

Mais la contrepartie de cette protection comprend des contraintes : elle entraîne évidemment l'interdiction du paiement de toute créance née antérieurement, le chef d'entreprise sera soit surveillé soit assisté par un administrateur judiciaire (facultativement en dessous de certains seuils (32)), le patrimoine de l'entité devra faire l'objet d'un inventaire, le passif de l'entreprise sera vérifié par un mandataire judiciaire, un représentant des salariés assistera aux audiences, l'administrateur et le mandataire judiciaire tiendront informés le juge-commissaire et le ministère public du déroulement de la procédure et ceux-ci pourront à toute époque requérir communication de tous actes ou documents relatifs à la procédure, et les créanciers pourront se faire désigner comme contrôleurs - dans la limite de 5 - tenus à la confidentialité mais ayant accès à toutes les informations.

(31) Article R. 621-8.

(32) Articles L. 621-4 §4 et R. 621-11.

L'autonomie du dirigeant est maintenue pour tous les actes de disposition et d'administration mais l'administrateur a seul la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours en fournissant la prestation promise au cocontractant du débiteur (33). Les actes de disposition étrangers à la gestion courante ou le paiement de créances antérieures sous certaines conditions doivent être autorisés par le juge-commissaire (34).

Par ailleurs, s'il apparaît que l'entité était déjà en cessation des paiements à l'ouverture de la procédure, celle-ci est convertie en redressement judiciaire (35).

Les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant cette période, sont payées à leur échéance (36).

L'administrateur, avec le concours du débiteur et l'assistance éventuelle d'un ou plusieurs experts, est chargé de dresser le bilan économique et social de l'entreprise (« BES ») qui précise l'origine, l'importance et la nature des difficultés de l'entreprise. Selon l'activité de l'entreprise, le bilan environnemental peut être exigé.

Après avoir sollicité les observations du débiteur, le mandataire judiciaire établit la liste des créances déclarées avec ses propositions d'admission, de rejet ou de renvoi devant la juridiction compétente. Il transmet cette liste au juge-commissaire qui décide de l'admission ou du rejet des créances ou encore constate soit qu'une instance est en cours, soit que la contestation ne relève pas de sa compétence (37).

Le projet de plan de sauvegarde doit ensuite être élaboré par le débiteur avec le concours de l'administrateur : le plan prévoit les modalités de règlement du passif et les garanties éventuellement fournies : il peut proposer des remises de dettes et des délais de paiement (sur un maximum de 10 ans). Il expose et justifie le niveau et les perspectives d'emploi. Il indique la ou les activités dont sont proposés l'arrêt ou l'adjonction (38).

Sur la base des publications réalisées par l'administrateur judiciaire, les tiers peuvent faire des offres d'acquisition portant sur une ou plusieurs activités et le projet de plan doit les analyser. Il faut cependant souligner qu'en procédure de sauvegarde, la cession éventuelle ne peut être qu'une cession partielle portant sur un ensemble d'éléments d'exploitation qui forment une ou plusieurs branches complètes et autonomes d'activité.

Le projet de plan est circularisé auprès des créanciers dont l'avis sera recueilli par le représentant des créanciers, mais, à titre obligatoire pour les sociétés dont les comptes ont été certifiés par un commissaire aux comptes ou établis par un expert-comptable et dont le nombre de salariés est supérieur à 150 ou le chiffre d'affaires est supérieur à 20 millions d'euros, et à titre facultatif pour les autres, il est constitué des comités de créanciers (39) : un comité pour les sociétés de financement ou établissements de crédit et un pour les principaux fournisseurs de biens ou de services, plus éventuellement un pour les obligataires.

(33) Article L. 622-13.

(34) Article L. 621-7.

(35) Article L. 621-12.

(36) Article L. 622-17.

(37) Articles L. 622-24 et L. 624-1 et s.

(38) Article L. 626-2.

(39) Articles L. 626-29 et suivants et R. 626-52 et s.

La décision est prise par chaque comité à la majorité des deux tiers du montant des créances détenues par les membres ayant exprimé un vote. Ces dispositions, introduites par la loi de sauvegarde des entreprises de 2005 et modifiées par l'ordonnance de 2008, permettent d'éviter les situations de blocage lié à un trop grand nombre de créanciers ou à la réticence de petits créanciers minoritaires.

Les créances super privilégiées – correspondant aux salaires avancés par l'Association pour la gestion du régime de Garantie des créances des Salariés (AGS) – et les dettes contractées au cours de la période d'observation doivent être réglées lors de l'arrêt du plan (40).

Le jugement de plan arrête les modalités de règlement du passif – délais et remises –, homologue les accords de conversion de créances en titres de capital, ordonne les cessions partielles s'il y a lieu, vise les modifications du capital ou autres modifications statutaires nécessaires (41) et désigne en qualité de commissaire à l'exécution du plan l'administrateur judiciaire ou le mandataire judiciaire (42).

Les délais et remises ne peuvent être imposés sans leur accord aux titulaires de créances privilégiées résultant du contrat de travail ou de créances bénéficiant du privilège de *new money* de l'article L. 611-11 (43).

Bien sûr, en cas de plan de sauvegarde de l'emploi, les procédures de consultation des institutions représentatives du personnel sont mises en œuvre, conformément à l'article L. 1233-58 du Code du travail.

Au titre des effets du jugement, il faut noter qu'il entraîne la levée de plein droit de toute interdiction d'émettre des chèques et que les personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent se prévaloir des modalités du plan (44).

En cas de résolution du plan pour inexécution ou de survenance de l'état de cessation des paiements en cours de plan, le tribunal prononcera le redressement judiciaire ou la liquidation judiciaire de l'entreprise (45).

2.22 LA SAUVEGARDE ACCÉLÉRÉE (ARTICLE L. 628-1 ET S. C. COM.)

À l'occasion du déroulement des procédures de conciliation, il est apparu que, parfois, les contraintes de ces procédures étaient insuffisantes pour faire aboutir les négociations ou mettre en œuvre les accords dans des délais compatibles avec une démarche amiable.

La sauvegarde accélérée est donc le prolongement d'une procédure de conciliation au cours de laquelle le chef d'entreprise – le débiteur – a préparé un projet de plan susceptible de recueillir rapidement l'accord des créanciers. Elle a été instaurée par l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014.

(40) Article L. 622-17.

(41) Article L. 626-18 et s.

(42) Article L. 626-25.

(43) Article L. 626-20.

(44) Articles L. 626-13 et L. 626-11.

(45) Article L. 626-27.

Elle est réservée aux sociétés dont les comptes ont été certifiés par un commissaire aux comptes ou établis par un expert-comptable et dont le nombre de salariés, le chiffre d'affaires ou le total de bilan sont respectivement supérieurs à 20 personnes, 3 millions d'euros, 1,5 millions d'euros ; ou qui a établi des comptes consolidés (46).

À l'exception des dispositions qui lui sont propres, cette procédure respecte l'ensemble des dispositions de la procédure de sauvegarde.

Il convient également de noter que, dans la perspective d'une procédure extrêmement rapide, la résiliation de plein droit ou sur ordonnance des contrats telle qu'elle est prévue à l'article L. 622-13, ainsi que les démarches de revendication et de restitution des articles L. 624-9 et suivants ne s'appliquent pas.

La constitution de comités de créanciers est obligatoire et cette disposition se comprend puisqu'elle permettra de recueillir plus rapidement un accord à l'occasion d'une assemblée et non pas à la suite d'une circularisation.

La plupart des délais prévus dans la procédure de sauvegarde de droit commun sont réduits et le tribunal doit arrêter le plan dans un délai de 3 mois.

2.23 LA SAUVEGARDE FINANCIÈRE ACCÉLÉRÉE (ARTICLE L. 628-9 ET S. C. COM.)

Il s'agit d'une variante de la sauvegarde accélérée mise en œuvre lorsque les comptes du débiteur font apparaître que la nature de l'endettement rend vraisemblable l'adoption d'un plan par les seuls créanciers ayant la qualité de membres du comité des établissements de crédit et, s'il y a lieu, les obligataires.

2.24 LE REDRESSEMENT JUDICIAIRE (ARTICLES L. 631-1 ET S.)

Si la sauvegarde, réservée aux entreprises qui ne sont pas en état de cessation des paiements, apparaît comme une procédure collective préventive, le redressement judiciaire est obligatoire dès lors que le débiteur ne peut plus faire face à son passif exigible avec son actif disponible. Il appartient alors au chef d'entreprise de procéder, dans un délai de 45 jours, à la déclaration de cessation des paiements, qui est le mode de saisine normal du tribunal en vue de l'ouverture du redressement judiciaire.

À défaut, l'ouverture de la procédure peut être demandée sur assignation par un créancier, ou encore par le ministère public, celui-ci devant être informé par le président du tribunal des éléments faisant apparaître qu'un débiteur est en état de cessation des paiements et l'on peut ajouter que l'article L. 631-6 permet au comité d'entreprise ou, à défaut, aux délégués du personnel de communiquer au président du tribunal ou au ministère public tout fait révélant la cessation des paiements du débiteur.

Enfin, le redressement judiciaire peut intervenir par la conversion d'une procédure de sauvegarde s'il apparaît que celle-ci avait été accordée à un débiteur déjà en cessation des paiements.

Le jugement d'ouverture fixe la date de cessation des paiements, ouvre une période d'observation permettant la poursuite de l'activité, nomme les organes de la procédure et celle-ci se déroule

(46) Article D. 628-3.

ensuite d'une façon analogue à la procédure de sauvegarde, avec des caractéristiques plus contraignantes.

Ainsi, la prise des actifs – l'inventaire – est effectuée par un professionnel assermenté, les titres de capital ou y donnant accès ne sont plus cessibles, le président du tribunal peut ordonner toute mesure conservatoire utile à l'égard des biens du dirigeant de droit ou de fait à l'encontre duquel l'administrateur ou le mandataire judiciaire a introduit une action en responsabilité fondée sur une faute ayant contribué à la cessation des paiements du débiteur, le juge-commissaire fixe la rémunération des dirigeants de l'entreprise.

En outre, l'administrateur judiciaire est chargé d'une mission d'assistance du débiteur et peut se voir confier une mission de représentation totale, dessaisissant les dirigeants d'entreprise.

Au plus tard au terme d'un délai de deux mois à compter du jugement d'ouverture, le tribunal ordonne la poursuite de la période d'observation s'il lui apparaît que le débiteur dispose à cette fin de capacités de financement suffisantes (47). À l'inverse, si le redressement est manifestement impossible, le tribunal, saisi par le débiteur, l'administrateur, le mandataire judiciaire, un contrôleur, le ministère public ou d'office, peut ordonner la cessation partielle d'activité ou prononcer la liquidation judiciaire.

La période d'observation peut être mise à profit pour procéder aux mesures de restructuration qui permettront la poursuite d'activité. Les licenciements pour motif économique doivent être autorisés par le juge-commissaire.

L'administrateur judiciaire ou, s'il n'en est pas désigné, le représentant des créanciers recueillent auprès des tiers les offres tendant au maintien de l'activité de l'entreprise, par une cession totale ou partielle de celle-ci. Il leur appartient de prendre toutes dispositions pour faciliter la présentation des offres et ils doivent informer les représentants du comité d'entreprise ou à défaut, les délégués du personnel de la possibilité offerte aux salariés de soumettre une ou plusieurs offres.

L'administrateur, avec le débiteur, élabore le projet de plan de redressement qui doit être soumis à la circularisation des créanciers ou présenté aux comités de créanciers le cas échéant, de la même façon qu'en procédure de sauvegarde. Le plan doit éventuellement préciser les licenciements qui doivent intervenir dans le délai d'un mois après le jugement.

Aux termes de l'article L631-19-1, lorsque le redressement de l'entreprise le requiert, le tribunal, sur la demande du ministère public, peut subordonner l'adoption du plan au remplacement d'un ou plusieurs dirigeants de l'entreprise.

À cette fin et dans les mêmes conditions, le tribunal peut prononcer l'incessibilité des parts sociales, titres de capital ou valeurs mobilières donnant accès au capital, détenus par un ou plusieurs dirigeants de droit ou de fait et décider que le droit de vote y attaché sera exercé, pour une durée qu'il fixe, par un mandataire de justice désigné à cet effet. De même, il peut ordonner la cession de ces parts sociales, titres de capital ou valeurs mobilières donnant accès au capital détenu par ces mêmes personnes, le prix de cession étant fixé à dire d'expert.

Si l'arrêté d'un plan de redressement n'est pas possible, le tribunal prononce la liquidation judiciaire (48).

(47) Article L. 631-15.

(48) Article L. 631-20-1.

2.25 LE RÔLE DU COMMISSAIRE AUX COMPTES DANS LES PROCÉDURES DE SAUVEGARDE ET DE REDRESSEMENT JUDICIAIRE

L'ouverture de ces procédures collectives met fin à la procédure d'alerte mais ne met pas fin à la mission du commissaire aux comptes qui doit se poursuivre dans des conditions « normales ».

Les jugements d'ouverture des procédures collectives font l'objet d'une publication au registre du commerce et des sociétés : ces décisions sont publiques mais elles ne font pas spécifiquement l'objet d'une communication au commissaire aux comptes. À défaut de communication par le dirigeant, le commissaire aux comptes n'en sera immédiatement informé que s'il a pris soin de mettre en place le processus de surveillance offert par le serveur Infogreffe ou équivalent.

Par ailleurs, si les procédures s'achèvent par un plan de sauvegarde ou un plan de redressement et que les modalités d'apurement du passif ne sont pas respectées, le commissaire aux comptes pourra être amené à déclencher une procédure d'alerte.

La loi a confié au commissaire aux comptes, dans la procédure de sauvegarde et le redressement judiciaire, l'établissement d'une attestation de la liste des créances avec indication de leur montant (49). Cette attestation légale est exigée pour les sociétés ayant un commissaire aux comptes ou un expert-comptable et dont le nombre de salariés est supérieur à 150 ou qui réalise un CA supérieur à 20 m€. Il en est de même dans le cas de la Sauvegarde accélérée pour les sociétés concernées par cette procédure. Des exemples d'attestation figurent dans la note d'information CNCC n° XIV « *Le commissaire aux comptes et la prévention ou le traitement des difficultés des entreprises* ».

Le secret professionnel du commissaire aux comptes est levé vis-à-vis du juge commissaire (50) mais pas vis-à-vis de l'administrateur judiciaire sauf, en cas de redressement judiciaire, si les dirigeants sont dessaisis.

Comme dans le cas des mesures de prévention, le commissaire aux comptes pourra intervenir à la demande de la société, au titre des SACC, pour fiabiliser des informations financières nécessaires pour le déroulement de la sauvegarde. De même, l'audit sera adapté à la situation de la société.

2.26 LA LIQUIDATION JUDICIAIRE (ARTICLES L. 640-1 ET S.)

Le chef d'entreprise qui constate l'état de cessation des paiements doit procéder dans un délai de 45 jours à la déclaration de cessation des paiements et demander l'ouverture d'une liquidation judiciaire s'il considère que le redressement n'est pas possible.

À défaut, et comme pour le redressement judiciaire, l'ouverture de la procédure peut être demandée sur assignation par un créancier ou par le ministère public.

Cette procédure peut intervenir sur conversion d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire ou encore sur résolution d'un plan de redressement.

(49) Article L. 626-30-2.

(50) Article L. 623-2.

La liquidation judiciaire emporte de plein droit dessaisissement pour le débiteur de l'administration et de la disposition de ses biens même de ceux qu'il a acquis à quelque titre que ce soit tant que la liquidation judiciaire n'est pas clôturée. Les droits et actions du débiteur concernant son patrimoine sont exercés pendant toute la durée de la liquidation judiciaire par le liquidateur (51).

Lorsque le débiteur est une personne morale, un mandataire peut être désigné par ordonnance du président du tribunal pour représenter l'entité, par exemple à l'assemblée d'une société dont l'entité est actionnaire.

La liquidation judiciaire a pour objectif la cession des actifs de l'entité aux enchères ou de gré à gré sur autorisation du juge-commissaire, mais peut également permettre la cession totale ou partielle de l'entreprise. Dans ce cas, le tribunal peut autoriser la poursuite de l'activité pour une période de 3 mois, renouvelable une fois à la demande du ministère public (52).

Le liquidateur répartit le produit de la vente des actifs dans l'ordre des privilèges (53).

Ni le dirigeant ni ses parents ou alliés au deuxième degré ne peuvent présenter des offres de reprise de l'entreprise ou des actifs.

Sauf exception, le jugement de clôture de liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif ne fait pas recouvrer aux créanciers l'exercice individuel de leurs actions contre le débiteur (54).

2.27 LA LIQUIDATION JUDICIAIRE SIMPLIFIÉE (ARTICLES L. 641-2, L. 641-2-1, L. 644-1 ET S.)

Cette procédure s'applique en l'absence de biens immobiliers, de droit si le nombre de salariés au cours des six mois précédant l'ouverture de la procédure n'excède pas 1 ainsi que si son chiffre d'affaires hors taxes est égal ou inférieur à 300 000 €, et de façon facultative dans la limite des seuils respectifs de 5 salariés et 750 000 € de chiffre d'affaires.

Dans les quatre mois de la décision ordonnant la liquidation judiciaire simplifiée, le liquidateur procède à l'inventaire, à la vente des biens mobiliers de gré à gré ou aux enchères publiques et à la vérification des créances susceptibles de venir en rang utile dans les répartitions et des créances résultant du contrat de travail.

La liquidation judiciaire s'achève par un jugement de clôture, rarement pour extinction du passif, le plus souvent pour insuffisance d'actif et ce jugement ne permet pas aux créanciers de recouvrer l'exercice individuel de leurs actions contre le débiteur.

2.28 LE RÔLE DU COMMISSAIRE AUX COMPTES EN CAS DE LIQUIDATION JUDICIAIRE

Bien évidemment, la procédure de liquidation met fin à l'alerte.

L'ordonnance 2014-1088 du 26 septembre 2014 a modifié l'article L. 641-3 du Code de commerce en réintroduisant pour l'entité, les obligations d'arrêtés des comptes et d'approbation jusqu'à la clôture de la liquidation. Par ailleurs lorsque les dirigeants de la personne morale débitrice ne

(51) Article L. 641-9.

(52) Articles L. 641-10 et s.

(53) Article L. 643-1 et s.

(54) Article L. 643-11.

respectent pas leurs obligations en matière d'arrêté et d'approbation des comptes annuels, le liquidateur peut saisir le président du tribunal aux fins de désignation d'un mandataire *ad hoc*.

En conséquence la mission du commissaire aux comptes ne prend plus fin automatiquement et se poursuit jusqu'à la clôture de la liquidation judiciaire.



CHAPITRE 3 :

OBSERVATIONS COMPLÉMENTAIRES SUR LES OPÉRATIONS AFFECTANT LE CAPITAL DANS LES PROCÉDURES COLLECTIVES

Plusieurs articles du livre VI du Code de commerce traitent du capital social et de ses modifications.

Tout d'abord, le jugement d'ouverture rend immédiatement exigible le montant non libéré du capital social (55).

Le projet de plan, de sauvegarde ou de redressement, peut prévoir une modification du capital (56) qui peut résulter de la souscription à une augmentation par les anciens associés ou par de nouveaux associés : la souscription peut être faite en numéraire par compensation avec des créances admises.

La modification du capital soumis à l'assemblée générale extraordinaire ou à l'assemblée des associés et ces engagements sont subordonnés à l'acceptation par le tribunal.

Si, du fait des pertes constatées dans les documents comptables, les capitaux propres sont inférieurs à la moitié du capital social, l'assemblée est d'abord appelée à reconstituer ces capitaux à concurrence du montant proposé par l'administrateur et qui ne peut être inférieur à la moitié du capital social. Elle peut également être appelée à décider la réduction et l'augmentation du capital en faveur d'une ou plusieurs personnes qui s'engagent à exécuter le plan.

La conversion en titre donnant ou pouvant donner accès au capital est une des modalités possibles de règlement des dettes (57).

Dans le jugement de plan, le tribunal homologue les accords de conversion en titres acceptés par les créanciers. Il s'assure également, s'il y a lieu, de l'approbation de l'assemblée générale extraordinaire et, le cas échéant, des assemblées spéciales des titulaires d'actions d'une catégorie déterminée (L. 225-99, L. 228-35-6) ou de l'assemblée générale des titulaires de valeurs mobilières donnant accès à terme au capital (L. 228-103).

En redressement judiciaire, des dispositions plus contraignantes s'appliquent aux associés ou aux dirigeants :

- À compter du jugement d'ouverture, les parts sociales, titres de capital ou valeurs mobilières donnant accès au capital détenus, directement ou indirectement par les dirigeants de droit ou de fait ne peuvent être cédés, à peine de nullité, que dans les conditions fixées par le tribunal (58).
- En cas de modification du capital social ou de cession des droits sociaux prévue dans le plan, les clauses d'agrément sont réputées non écrites (59).
- Lorsque le redressement de l'entreprise le requiert, le tribunal, sur la demande du ministère public, peut subordonner l'adoption du plan au remplacement d'un ou plusieurs dirigeants de l'entreprise (60).
- Si les capitaux propres n'ont pas été reconstitués dans les conditions prévues par le plan, l'administrateur judiciaire a qualité pour demander la désignation d'un mandataire en justice

(55) Article L. 624-20.

(56) Article L. 626-3.

(57) Articles L. 626-5 et L. 626-17.

(58) Article L. 631-10.

(59) Article L. 631-19.

(60) Article L. 631-19-1.

chargé de convoquer l'assemblée compétente et de voter sur la reconstitution du capital, à concurrence du montant proposé par l'administrateur, à la place du ou des associés ou actionnaires opposants lorsque le projet de plan prévoit une modification du capital en faveur d'une ou plusieurs personnes qui s'engagent à exécuter le plan (61).

À l'occasion de la réunion des assemblées résultant des dispositions ci-dessus, les interventions du commissaire aux comptes respecteront les dispositions du livre II du Code de commerce.

(61) Article L. 631-9-1.



CHAPITRE 4 :

LES RESPONSABILITÉS

La déconfiture d'une entreprise génère souvent des préjudices, au détriment des créanciers et cocontractants ou au détriment des salariés, et la réaction du corps social est d'en poursuivre la réparation et d'en éviter la récurrence.

Il est intéressant de noter que le titre V du livre VI du Code de commerce consacré à la responsabilité et aux sanctions commence par un article (62) qui exonère les créanciers de la responsabilité des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf bien sûr en cas de fraude ou d'immixtion caractérisée.

Les premiers responsables visés sont bien sûr les dirigeants de droit ou de fait et des poursuites pourront aboutir à une réparation financière et/ou à une sanction extra patrimoniale d'interdiction. Dans l'esprit de cette note, la présentation sera limitée à l'exposé des articles sans aborder la jurisprudence.

Mais au-delà des responsabilités et des sanctions édictées par le Code de commerce, le principe de la responsabilité de droit commun, de l'article 1240 du Code civil, pourra trouver à s'appliquer à l'encontre des cocontractants dont le comportement aurait été fautif. Le commissaire aux comptes, garant de la sincérité des comptes publiés et vigie de la continuité d'exploitation, risque également d'être poursuivi par les mandataires de justice.

4.1 – Responsabilité des dirigeants

Les dirigeants concernés sont d'abord les dirigeants de droit, personnes physiques dirigeants d'une personne morale ou représentants permanents d'une personne morale dirigeante, mais aussi les dirigeants de fait, c'est-à-dire ceux dont le comportement permet d'établir leur influence déterminante et autonome sur la direction de l'entité.

L'action en responsabilité pour insuffisance d'actif doit être engagée, dans les trois ans du jugement de liquidation, par le liquidateur ou le ministère public en cas de faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif. Le tribunal peut également être saisi par la majorité des créanciers contrôleurs après vaine mise en demeure du liquidateur. Le tribunal mettra à la charge du dirigeant tout ou partie de l'insuffisance d'actif dont il est tenu responsable (63).

Toutefois, en cas de simple négligence du dirigeant de droit ou de fait dans la gestion de la société, sa responsabilité au titre de l'insuffisance d'actif ne peut être engagée.

En cas de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, et sur saisine du mandataire judiciaire, du liquidateur ou du ministère public, ou encore des créanciers contrôleurs après vaine mise en demeure du mandataire de justice, le tribunal peut prononcer la faillite personnelle ou l'interdiction de gérer – limitées à une durée de 15 ans – des dirigeants contre lesquels ont été relevés l'un des faits suivants (64) :

- 1° Avoir disposé des biens de la personne morale comme des siens propres.
- 2° Sous le couvert de la personne morale masquant ses agissements, avoir fait des actes de commerce dans un intérêt personnel.

(62) Article L. 650-1.

(63) Articles L. 651-1 et s.

(64) Articles L. 653-1 et s.

- 3° Avoir fait des biens ou du crédit de la personne morale un usage contraire à l'intérêt de celle-ci à des fins personnelles ou pour favoriser une autre personne morale ou entreprise dans laquelle il était intéressé directement ou indirectement.
- 4° Avoir poursuivi abusivement, dans un intérêt personnel, une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements de la personne morale.
- 5° Avoir détourné ou dissimulé tout ou partie de l'actif ou frauduleusement augmenté le passif de la personne morale.

Ou encore :

- 1° Avoir exercé une activité commerciale, artisanale ou agricole ou une fonction de direction ou d'administration d'une personne morale contrairement à une interdiction prévue par la loi.
- 2° Avoir, dans l'intention d'éviter ou de retarder l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, fait des achats en vue d'une revente au-dessous du cours ou employé des moyens ruineux pour se procurer des fonds.
- 3° Avoir souscrit, pour le compte d'autrui, sans contrepartie, des engagements jugés trop importants au moment de leur conclusion, eu égard à la situation de l'entreprise ou de la personne morale.
- 4° Avoir payé ou fait payer, après cessation des paiements et en connaissance de cause de celle-ci, un créancier au préjudice des autres créanciers.
- 5° Avoir, en s'abstenant volontairement de coopérer avec les organes de la procédure, fait obstacle à son bon déroulement.
- 6° Avoir fait disparaître des documents comptables, ne pas avoir tenu de comptabilité lorsque les textes applicables en font obligation, ou avoir tenu une comptabilité fictive, manifestement incomplète ou irrégulière au regard des dispositions applicables.
- 7° Avoir déclaré sciemment, au nom d'un créancier, une créance supposée.

Et également à l'encontre du dirigeant qui ne s'est pas acquitté des dettes mises à sa charge en application d'une action en comblement pour insuffisance d'actif précédente.

Dans les assemblées des personnes morales soumises à une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, le droit de vote des dirigeants frappés de la faillite personnelle ou de l'interdiction de gérer est exercé par un mandataire désigné par le tribunal à cet effet.

Le tribunal peut enjoindre à ces dirigeants ou à certains d'entre eux, de céder leurs actions ou parts sociales dans la personne morale ou ordonner leur cession forcée par les soins d'un mandataire de justice, au besoin après expertise. Le produit de la vente est affecté au paiement de la part des dettes sociales dans le cas où ces dettes ont été mises à la charge des dirigeants (65).

L'interdiction de gérer peut également être prononcée à l'encontre du dirigeant qui a omis de demander l'ouverture d'une conciliation ou de procéder à la déclaration de cessation des paiements dans un délai de 45 jours (66).

(65) Article L. 653-9.

(66) Article L. 653-8 §3.

Par ailleurs, la responsabilité pénale des dirigeants de droit ou de fait peut être engagée du chef du délit de banqueroute défini par les articles L. 654-1 et suivants, s'ils sont reconnus coupables de l'un des faits ci-après :

- 1° Avoir, dans l'intention d'éviter ou de retarder l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, soit fait des achats en vue d'une revente au-dessous du cours, soit employé des moyens ruineux pour se procurer des fonds.
- 2° Avoir détourné ou dissimulé tout ou partie de l'actif du débiteur.
- 3° Avoir frauduleusement augmenté le passif du débiteur.
- 4° Avoir tenu une comptabilité fictive ou fait disparaître des documents comptables de l'entreprise ou de la personne morale ou s'être abstenu de tenir toute comptabilité lorsque les textes applicables en font obligation.
- 5° Avoir tenu une comptabilité manifestement incomplète ou irrégulière au regard des dispositions légales.

4.2 – Responsabilité des tiers

4.21 LES COCONTRACTANTS

En dehors des créanciers, les agents économiques en relation avec l'entité et susceptibles d'avoir contribué à causer un préjudice se trouvent parmi les sociétés liées, mais, le plus souvent, leur responsabilité sera recherchée sur le fondement de la gestion de fait.

4.22 LE COMMISSAIRE AUX COMPTES

La responsabilité civile du commissaire aux comptes peut être engagée en raison du défaut de déclenchement de la procédure d'alerte qui lui incombe, ou de son déclenchement tardif (cf. à ce titre l'étude juridique de la CNCC – « *Responsabilité civile du commissaire aux comptes* ») ou s'il a interrompu sans motif la procédure d'alerte.

La responsabilité pénale du commissaire aux comptes peut également être engagée du chef de complicité de banqueroute.

Cette possibilité de recherche de responsabilité par des créanciers qui auraient subi un préjudice du fait du passage tardif en procédure collective doit amener le commissaire aux comptes à bien documenter les diligences réalisées dans ce cadre.

À ce titre, il convient de rappeler l'importance d'avoir un document de travail où sont reportées toutes les actions entreprises : appels, courriers, mails, documents obtenus, travaux effectués sur ces documents.

Parmi les documents importants à conserver figurent les *business plan*, plan de trésorerie obtenu, documents prévisionnels, échéanciers de dettes, lettre de soutien éventuel de la maison mère, questionnaire sur la continuité d'exploitation (exemple dans la note d'information III « *Le commissaire aux comptes et l'alerte* »), lettres et rapport dans le cadre de la procédure d'alerte.



CONCLUSION

Les « outils » législatifs mis à la disposition des entreprises et de leurs créanciers par le livre VI du Code de commerce proposent des réponses à toutes les situations de difficultés rencontrées.

La principale difficulté de mise en œuvre de ces outils réside dans la rapidité du diagnostic et dans le délai d'acceptation de ce diagnostic par le chef d'entreprise qui seront déterminants pour le choix des solutions envisageables.

Une fois cette étape franchie, et l'outil choisi, l'issue de la procédure sera quoi qu'il arrive fonction de :

- La conjoncture du marché dans lequel l'entreprise opère.
- La capacité de l'entreprise à se « retourner ».
- La motivation du dirigeant et de ses employés.

Tout au long de ces procédures le commissaire aux comptes a un rôle primordial à jouer pour sécuriser les données sur lesquelles reposent le diagnostic, apprécier la fiabilité des prévisions sur lesquelles reposent les préconisations d'apurement des dettes, rassurer l'ensemble des parties prenantes.

Le commissaire aux comptes a, rappelons-le un rôle à tenir sur les thèmes suivants :

- Vigilance sur tout élément de nature à compromettre la continuité d'exploitation.
- Obtention de façon régulière des informations sur l'exploitation et la situation de trésorerie ainsi que le niveau de couverture des passifs exigibles par les actifs réalisables.
- Déclenchement de la procédure d'Alerte.
- Fiabilisation des informations à caractère financier utilisées dans les procédures.

Le présent fascicule n'avait pas pour objet de proposer une littérature exhaustive, il est donc essentiel pour le lecteur de savoir qu'il peut compléter utilement cette présentation par la lecture des documents suivants :

⇒ NI n° III sur *l'alerte*.

⇒ NI n° XIV sur *la prévention ou le traitement des difficultés des entreprises*.

⇒ Communiqué CNCC du 5 août 2014 sur *les différents aspects de l'ordonnance du 12 mars 2014*.

⇒

N° d'Imprimeur : 69424

Impression  Compédit Beauregard

