

LES SANCTIONS EN PROCÉDURES COLLECTIVES

ASSOCIATION DES PROFESSIONNELS DU CONTENTIEUX ECONOMIQUE ET FINANCIER.

2019, Commission présidée par Madame Claire Favre,
Présidente honoraire de la chambre commerciale, financière et économique
de la Cour de cassation.

Direction scientifique assurée par Madame Corinne Saint Alary-Houin,
Professeur émérite à l'Université Toulouse Capitole.

Collection dirigée par Mikaël Ouaniche,
Expert près la cour d'appel de Paris.

À propos de l'APCEF

L'association des Professionnels du Contentieux Economique et Financier est un think-tank juridique rassemblant les professions concernées par les contentieux économiques et financiers: magistrats, universitaires, experts, administrateurs et mandataires judiciaires, arbitres, avocats et responsables juridiques d'entreprises. L'APCEF compte parmi ses objectifs:

- **L'organisation d'échanges pluridisciplinaires structurés**, sous forme de commissions, conférences ou séminaires, de forums sur des thèmes répondant à l'objet de l'association;

- **La promotion de la réflexion sur les bonnes pratiques** professionnelles liées aux contentieux économiques et au droit des affaires, en favorisant les échanges entre les métiers impliqués dans ces problématiques;

- **Le maintien par ses membres de standards éthiques élevés** dans leurs relations professionnelles.

COMPOSITION DE LA COMMISSION

PRÉSIDENTE

Madame Claire FAVRE, présidente honoraire de la Chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation, vice-présidente de l'Autorité de la Concurrence

DIRECTRICE SCIENTIFIQUE

Madame Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, professeur émérite de l'Université Toulouse Capitole

MEMBRES

Monsieur Alain ABERGEL, expert près la cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation. Président de la Compagnie Nationale des Experts en Activités Commerciales et Techniques.

Monsieur Jean-Pierre BONTHOUX, Premier avocat général près la cour d'appel de Paris.

Monsieur Joël BOYER, président de la Chambre civile de la cour d'appel de Nimes.

Monsieur Marc BRISSET-FOUCAULT, avocat général à la cour d'appel de Paris.

Monsieur Emanuel COHEN, juge-consulaire au Tribunal de commerce de Créteil.

Maître Marie DANGUY, mandataire Judiciaire à Bobigny.

Monsieur Christophe DELATTRE, Vice-procureur de la République au tribunal de grande instance de Lille, section du droit des affaires et de l'entreprise.

Maître Jean-Pierre FARGES, avocat au barreau de Paris, cabinet Gibson, Dunn et Crutcher.

Madame Lou FLECHARD, Administrateur Judiciaire stagiaire, cabinet CBF Associés.

Monsieur Maurice-Antoine LAFORTUNE, avocat général doyen honoraire à la Cour de cassation.

Monsieur David Lacombe, Rapporteur de la commission.

Monsieur Denis LAMBREY de SOUZA, président honoraire du tribunal de commerce de Versailles.

Madame Corinne MASCALA, présidente de l'université de Toulouse Capitole.

Maître Marie-Hélène MONTRAVERS, mandataire judiciaire à Paris.

Monsieur Mikaël OUANICHE, expert près la cour d'appel de Paris, près les cours administratives d'appel de Paris et Versailles et expert près la Cour pénale internationale, Secrétaire Général de l'APCEF.

Maître Charles PEUGNET, avocat au cabinet Gibson Dunn et Crutcher.

Monsieur Marc ROUCHAYROLE, avocat général à la cour d'appel de Paris.

Madame Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, professeur émérite de l'Université de Toulouse Capitole.

Maître Alain François SOUCHON, mandataire Judiciaire à Evry.

AVANT-PROPOS

HISTORIQUE

Les procédures collectives de paiement avaient, à l'origine, un caractère sanctionnateur marqué. Il s'agissait, à la fois, de procédés d'exécution forcée s'exerçant sur les biens du débiteur, visant à régler ses dettes selon des procédures organisées et égalitaires, et de déchéances automatiques ayant pour objet d'éliminer le débiteur du circuit commercial. Pendant toute la période de l'ancien droit, et dans le code de commerce de 1807, le débiteur « failli », qu'il soit fautif ou non, encourait systématiquement des sanctions pour ne pas avoir respecté ses engagements. L'on considérait que chaque faillite affectait le crédit et par-delà la confiance des commerçants (crédit, du latin *credere* qui signifie avoir confiance). Le débiteur était stigmatisé et exclu de la famille des marchands : son banc était symboliquement rompu (*bancarotta*).

Même si la loi du 28 mai 1838 a adouci le sort des débiteurs et la loi du 4 mars 1889 instauré une dualité de procédures en permettant au débiteur de bonne foi d'échapper à la faillite et de continuer son activité par la négociation d'un concordat avec ses créanciers, il a fallu attendre la loi du 13 juillet 1967 pour que soient dissociées les mesures patrimoniales concernant les biens et les sanctions applicables à la personne. Ce texte fondé sur la distinction du sort de l'homme et du sort de l'entreprise a marqué un passage du droit de la faillite au droit des entreprises en difficulté. A partir de cette date, le tribunal a eu le choix entre une mesure de sauvetage ou de liquidation de l'entreprise en fonction d'un critère économique : la possibilité de présenter un concordat sérieux, puis celle de bâtir un plan de redressement. Quant aux sanctions, elles ne devaient être prononcées qu'en cas de fautes civiles ou pénales (dans les cas de banqueroute). Corrélativement, à partir de 1984, ont été mis en place des dispositifs de prévention et de traitement amiable des difficultés dont sont exclues les sanctions. L'évolution est profonde et les textes postérieurs ont maintenu ce choix fondamental et l'ont même précisé et clarifié par la suppression de tout procédé d'ouverture d'une procédure collective à titre de sanction.

Au terme de ce processus, il est possible de faire une double observation : D'une part, les sanctions n'ont pas disparu de notre corpus de règles mais leur domaine a été régulièrement restreint. Outre qu'elles sont absentes des techniques amiables du mandat *ad hoc* et de la conciliation, elles n'existent pas dans la procédure judiciaire de sauvegarde. Elles sont désormais cantonnées au redressement

et à la liquidation judiciaires et, pour certaines d'entre elles (action en responsabilité pour insuffisance d'actif), à la seule liquidation judiciaire. Elles sont également adoucies car toujours facultatives et limitées dans le temps (la faillite personnelle n'entraîne plus de déchéances automatiques ; l'interdiction de gérer qu'elle entraîne ne peut durer plus de quinze ans.).

Mais, d'autre part, les procédures judiciaires ont toujours une connotation négative et, dans l'esprit du public et de certains auteurs, le débiteur « fait faillite » ce qui entraîne toujours une réprobation morale. En somme, l'aspect sanctionnateur des procédures s'atténue dans les textes mais demeure toujours dans les esprits. La défaillance du débiteur est considérée comme un échec commercial.

Ce double mouvement appelle une réflexion profonde non seulement sur la place des sanctions dans le traitement des difficultés des entreprises mais aussi sur la perception de la défaillance économique. A cet égard, les enseignements du droit comparé peuvent conduire à défendre une autre conception où la cessation d'une activité commerciale n'est pas forcément synonyme d'une honte sociale. Cela permettrait de favoriser la prévention des difficultés et le rebond du débiteur.

L'existence de ces sanctions et leur application représente ainsi un enjeu d'ordre public et l'objectif poursuivi par la Commission a été de cerner la place qui doit être la leur et de proposer d'améliorer le système existant. Elle a procédé à une analyse des textes, de la jurisprudence qu'ils ont suscitée et de la pratique judiciaire.

Les travaux ont porté sur les trois types de sanctions réglementés par le Livre VI du code de commerce :

- Les sanctions patrimoniales concernant les dirigeants: action en responsabilité pour insuffisance d'actif ou les tiers: action en responsabilité pour soutien abusif,
- Les sanctions civiles personnelles: faillite personnelle et interdiction de gérer,
- Les sanctions pénales: délit de banqueroute et infractions assimilées.

À l'issue des réunions, certains membres de la commission ont estimé que l'approche des sanctions dans le droit des entreprises en difficultés doit être plus ambitieuse et qu'au-delà des nombreuses améliorations des textes ainsi que de la pratique judiciaire qui ont été suggérées, il serait possible de proposer deux innovations :

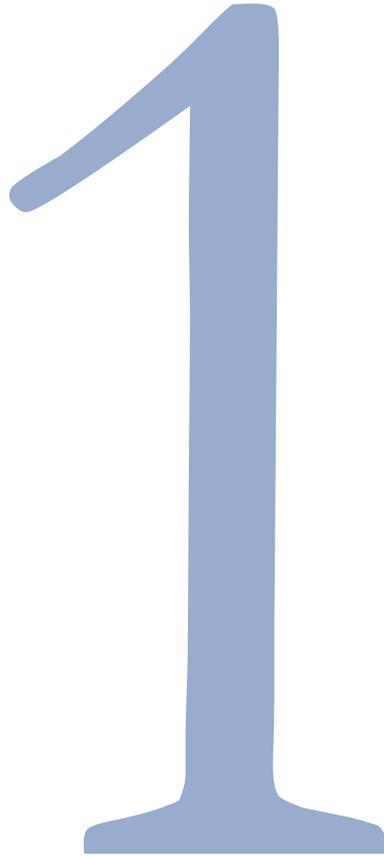
fondre la faillite personnelle et l'interdiction de gérer en une seule sanction éventuellement assortie par le tribunal de la privation d'une fonction élective ainsi que de la reprise des poursuites individuelles (qui n'existe que pour la faillite personnelle)

Supprimer la dénomination de « faillite personnelle » qui est une aberration juridique puisqu'elle confond une mesure patrimoniale: « la faillite » et une mesure personnelle: l'interdiction de gérer. Le terme de « faillite » serait ainsi supprimé définitivement du vocabulaire juridique ce qui confirmerait la nécessité de déconnecter, même dans les termes utilisés, une mesure patrimoniale intéressant l'entreprise et son patrimoine de la sanction du comportement illicite ou immoral du dirigeant. Cette nouvelle sémantique serait plus adaptée à une législation moderne qui souhaite, avec l'appui des instances européennes (V. Proposition de directive du 22 novembre 2016) favoriser le rebond du débiteur.

LETTRE DE MISSION

Composée de magistrats professionnels, juge-consulaires, universitaires, avocats et experts spécialisés et mandataires de justice, la commission s'est réunie à partir de février 2016 jusqu'à l'été 2017 pour tenter de recueillir des données statistiques au niveau national, de réfléchir à la portée et à la pertinence des sanctions actuellement en vigueur afin de formuler des préconisations en vue d'améliorer le dispositif visant à sanctionner, voire à écarter, le débiteur/dirigeant fautif.

Sont exclues des travaux réalisés par la commission, les nullités de la période suspecte prévues par les articles L.632-1 et suivants du Code de Commerce, ainsi que la procédure d'extension prévue par l'article L.621-2 du même code et enfin les sanctions disciplinaires.



**NÉCESSITÉ DE REGROUPER
LES STATISTIQUES
DE TOUTES LES
JURIDICTIONS**



Après avoir interrogé le Ministère de la Justice (la Direction des Affaires Civiles et du Sceau), la Conférence Générale des Juges Consulaires de France et le Conseil National des Greffiers, la commission a reçu de la part de ce dernier des statistiques nationales sur le nombre de sanctions prononcées au cours de l'exercice 2015.

Par ailleurs, la commission a constaté, au cours de ses travaux, qu'un certain nombre de juridictions tenaient leurs propres statistiques - au travers des rapports d'activité remis lors des audiences solennelles de rentrée - qui s'avèrent toutefois très inégales au titre de l'information sur des sanctions prononcées.

Préconisation n°1

Afin de porter un regard quantitatif sur l'application des sanctions et mettre en lumière des politiques juridictionnelles parfois très contrastées, il est apparu nécessaire à la commission de mettre en place une statistique nationale à ventiler par juridiction et par nature de sanction. Ce fichier serait tenu par une structure à déterminer, mais accessible uniquement à des personnes habilitées, pour éviter les stratégies de forum shopping de la part des débiteurs.

Il est regrettable qu'il n'existe pas encore à ce jour de statistiques nationales qui soient accessibles (même anonymisées pour certaines) et qui puissent permettre en particulier de mesurer juridiction par juridiction, l'application des sanctions afin de comprendre les différences de traitement que laissent apparaître les statistiques éparses recueillies. Un tel outil est nécessaire pour la mise en œuvre d'une politique uniforme sur tout le territoire dans un domaine aussi sensible que celui des sanctions.

2

RÉFLEXIONS SUR LES PRÉROGATIVES DES TRIBUNAUX DE COMMERCE EN MATIÈRE DE PRÉVENTION ET DE SANCTIONS

Si l'une des idées directrices du traitement des difficultés des entreprises est l'anticipation, l'inaction du débiteur est souvent due à un manque d'information, bien que le code de commerce prévoit des dispositifs de prévention / détection des difficultés.

La grande majorité des entreprises qui connaissent des difficultés sont des TPE, des TPI, des PME et/ou des ETI dont la capacité d'analyse est bien souvent obérée par le souci du dirigeant de se concentrer sur son action commerciale ou industrielle. Les tribunaux de commerce ont mis en place des cellules de veille et de prévention sous l'autorité du président du tribunal. A ce titre, le président du tribunal peut inviter les chefs d'entreprises en vue d'un entretien lorsque les renseignements qu'il a obtenus sur l'entreprise laissent penser qu'elle pourrait traverser des difficultés. L'entretien est informel et strictement confidentiel. Il permet souvent une prise de conscience de la situation qui peut s'avérer salutaire. Malheureusement, si l'on parle de « prévention », ce terme n'est pas totalement adapté à la situation car si la prévention signifie l'anticipation pour tenter d'éviter les difficultés, le simple fait que le président du tribunal ait connaissance de difficultés, par le biais d'inscriptions de privilèges, d'ordonnances portant injonction de payer, d'alertes du commissaire aux comptes ou du comité d'entreprise (devenu comité social et économique), cela signifie que les difficultés de l'entreprise sont déjà apparues et qu'il s'agit donc de les traiter au stade où elles sont, plus que de les prévenir.

Très souvent le chef d'entreprise surtout s'il n'a pas les moyens de s'entourer de conseils compétents, n'a pas une perception tout à fait exacte de la situation de son entreprise. Les causes en sont multiples :

- un manque de formation en gestion d'entreprise,
- une absence de documents de gestion (tableaux de bord, prévisions de trésorerie, comptes prévisionnels),
- ou même un manque de recul et un certain isolement.

Le rôle central que le législateur a donné au président du tribunal de commerce dans la prévention des difficultés d'entreprise lui impose un devoir particulier pour initier, voire coordonner, dans le ressort de son tribunal, les actions des différents acteurs de la vie économique. Le président du tribunal de commerce devra ainsi les sensibiliser à l'occasion de colloques ou d'interventions ciblées dans les enceintes patronales ou professionnelles, par les médias locaux, presse et radios et en organisant des manifestations spécifiques à l'intention du monde économique local, en mettant à disposition du public (dans les tribunaux, les greffes etc.) des plaquettes, brochures, dépliants et convaincre les acteurs économiques qu'il existe des moyens efficaces de traiter en amont les difficultés des entreprises;

qu'il est de leur intérêt commun d'agir dans le sens de la prévention et en premier lieu de l'anticipation. Il persuadera aussi le chef d'une entreprise en difficulté qu'il peut, sans appréhension, venir se mettre sous la protection du tribunal de commerce dans un cadre légal et conventionnel, pendant le temps nécessaire à son rétablissement, si son anticipation est suffisante et son projet crédible.

La prévention, au sens élargi du terme, renvoie à tout ce qui peut améliorer la gestion de l'entreprise, la prise de conscience du dirigeant qui bien souvent est dans le déni le plus complet, et d'une manière générale, tend à favoriser toute évolution législative qui aurait pour objectif d'améliorer les critères de signalisation des éléments financiers permettant au dirigeant de prendre conscience le plus en amont possible de l'état de son entreprise.

Si les tribunaux de commerce ont déjà, à de nombreuses reprises, engagé des actions auprès des professionnels du chiffre qui sont en première ligne pour alerter les dirigeants sur les difficultés éventuelles de leurs entreprises et pour tenter d'améliorer les procédures d'alerte internes, il n'en reste pas moins vrai que seuls les dirigeants, en sus des commissaires aux comptes, ont l'obligation de contacter les chefs de juridiction pour déclencher la procédure amiable ou collective adaptée à la situation de l'entreprise et ce dans des délais fixés par les textes (L.653-8 du code de commerce) et ce, d'autant que le nombre de PME qui ne comportent pas de commissaires aux comptes va encore s'accroître du fait de la loi PACTE.

Il est avéré que plus les difficultés sont traitées en amont, plus les chances de sauver l'entreprise sont fortes. Il est évident qu'un dirigeant ayant conscience des difficultés de son entreprise et prenant rapidement les mesures adaptées aura d'autant plus de chances de sauver son entreprise.

L'article L.611-1 du code de commerce prévoit notamment la possibilité d'adhérer à un groupement de prévention agréé ayant pour mission de fournir, de manière confidentielle, une analyse des informations économiques comptables et financières. Lorsque le groupement relève des difficultés, il en informe le chef d'entreprise et peut lui proposer l'intervention d'un expert.

L'article suivant fait écho à la procédure d'alerte qui peut notamment être déclenchée par le commissaire aux comptes à la suite de difficultés de nature à compromettre la continuité de l'exploitation et prévoit la possibilité pour le président du tribunal de commerce ou de grande instance de convoquer le dirigeant pour que soient envisagées les mesures propres à redresser la situation.

La commission a cependant souhaité étudier d'autres mesures de nature à renforcer l'anticipation des difficultés des entreprises et la prise de conscience des dirigeants. La mise en place d'actions de formation des dirigeants, par le biais des chambres de commerce ou des métiers, des tribunaux de commerce ou de formations continues dispensées par les universités, pourra se révéler constructive pour sensibiliser les dirigeants sur leurs obligations légales qui, à leur tour, leur permettront d'avoir les outils de gestion adaptés. Ces formations pourraient également passer par l'obligation, lors de la création ou de l'enregistrement d'une entreprise, de la présentation d'une lettre de mission signée avec un cabinet d'expertise comptable. Toutes sortes de mesures sont envisageables et pourraient faire l'objet d'une étude par une commission d'enquête ad hoc, en préalable à la mise en forme textuelle d'obligations de formation pesant sur les dirigeants.

Certains tribunaux de commerce ont mis en place un système de prévention-détection sur la base d'un seuil d'alerte occasionné par un niveau d'inscription de privilèges. Ces inscriptions qui sont la résultante de non paiements souvent révélateurs de difficultés de trésorerie, sont bien souvent ignorées par les juridictions dans leur mission de prévention-détection. On pourrait très bien imaginer qu'à partir d'un seuil fixé par décret, le président du tribunal de commerce soit averti des inscriptions grevant le Kbis d'une entreprise et fasse convoquer le dirigeant par les soins du greffe, de façon confidentielle, pour examiner avec le dirigeant les mesures éventuellement nécessaires pour prévenir une aggravation de la situation, que ce soit par le biais d'une procédure amiable ou d'une procédure collective.

Il conviendrait aussi que des procédures assurant la réalité du dépôt des comptes sociaux et l'effectivité des procédures d'injonction soient mises en place systématiquement, en lien avec le ministère public, tel que cela se fait déjà dans certaines juridictions.

Préconisation n°2

La commission préconise :

la mise en place d'actions de formation des dirigeants,
la convocation des dirigeants par le greffe à des entretiens de détection et prévention des difficultés avec le président du tribunal, lorsque les inscriptions de privilèges dépassent un certain seuil à déterminer (Il est à noter que cette pratique existe déjà au sein de certains tribunaux).

Par ailleurs, afin d'améliorer l'efficacité des sanctions prononcées, la commission insiste sur la nécessité d'une meilleure circulation de l'information entre les tribunaux.

Condamnés à des sanctions personnelles (notamment une interdiction de gérer) par un Tribunal, certains dirigeants délocalisent leurs activités et immatriculent une nouvelle société dans le ressort d'un autre tribunal, en toute contrariété avec la sanction dont ils font l'objet. C'est dans ce contexte qu'a été mis en place le fichier national des interdits de gérer, qui n'est cependant pas encore totalement efficient. S'agissant des sanctions pécuniaires, il est fréquent que les dirigeants, poursuivis ou condamnés, dissimulent une partie de leur patrimoine, voire organisent leur insolvabilité, et les moyens offerts aux mandataires de justice pour le vérifier peuvent sembler limités.

Préconisation n°3

La Commission préconise la mise en place d'un fichier national répertoriant tous les immeubles, de manière à identifier les biens appartenant, directement ou indirectement, aux dirigeants et les actes de disposition qui auraient pu intervenir au cours d'une période à déterminer.

3

LA RESPONSABILITÉ DES CRÉANCIERS

La loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 a introduit à l'article L.650-1 du code de commerce ce que certains ont pu considérer comme un principe d'irresponsabilité des dispensateurs de crédit en disposant que *«Lorsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est ouverte, les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci.»*

En effet, et en ce qui concerne les traditionnels apporteurs de fonds que sont les banques, la fraude ou l'immixtion dans la gestion sont particulièrement difficiles à caractériser. (Pour un exemple en ce sens, voir Cass. Com., 8 mars 2017, n°15-20288).

Ne sont pas uniquement concernés les créanciers qui ont consenti des concours bancaires, la règle s'appliquant également aux crédits inter entreprises. Dès lors, on peut se retrouver face à une situation où la faute du dispensateur de crédit peut être démontrée sans pour autant qu'il soit tenu de réparer le préjudice subi par une entreprise en difficulté, à défaut de conjuguer cette faute à l'une des trois conditions alternatives posées par le législateur.

La volonté du législateur peut sembler louable dans la mesure où il a souhaité ainsi favoriser l'accès au crédit d'entreprises fragiles mais les années qui ont suivi ont plutôt tendance à démontrer l'inefficacité d'une telle disposition.

En revanche, le retour d'expérience des différents membres de la commission a permis de constater que c'est davantage le recours, par les entreprises défaillantes, aux procédures de prévention qui a permis au plus haut de la crise financière de débloquer la *new money* nécessaire à la préservation des entreprises qui pouvaient encore être redressées. La Commission a, par conséquent, estimé souhaitable de cantonner l'article L.650-1 du code de commerce, comme prévu à l'origine de son élaboration, aux seules techniques de traitement amiable des difficultés.

Préconisation n°4

C'est pourquoi, et afin de continuer d'encourager le recours aux procédures de prévention et donc d'anticipation et de le sécuriser, la commission préconise de modifier l'article L.650-1 du Code de Commerce de la manière suivante :

«Lorsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est ouverte, les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis dans le cadre de l'élaboration d'un accord de conciliation constaté ou homologué, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci».

4

FINANCEMENT DES ACTIONS EN SANCTION

Forte du constat que le nombre de sanctions prononcées dans le cadre de procédures collectives reste faible, la commission estime que cette situation s'explique notamment par les difficultés de financement de ces actions (expertises, procédures, recouvrement,...) et qu'il conviendrait de faciliter leur exercice par les organes de la procédure.

Préconisation n°5

La Commission préconise donc la création d'une instance pour financer les actions en sanction ; son financement pouvant notamment provenir :

d'une partie des intérêts générés par les sommes encaissées à la Caisse des Dépôts et Consignations (CDC) provenant d'une condamnation

d'un élargissement de l'intervention du Fonds de Financement des Dossiers Impécunieux (FFDI) à la prise en charge de certaines actions, grâce :

- (i) à une augmentation du taux d'intérêt à 0,75%, ou
 - (ii) à son abondement par une partie des fonds qui n'ont pas pu être remis aux créanciers par les mandataires de justice (reversés habituellement à la CDC) avec une réduction à 5 ans (au lieu de 30 ans) du délai de consignation obligatoire des fonds.
-

5

**CONDITIONS ET PERSONNES
AYANT QUALITÉ POUR
SAISIR LE TRIBUNAL**

A. BANQUEROUTE : CONDITIONS DE SAISINE DU TRIBUNAL

L'article L.654-1 du code de commerce dispose que :

« Les dispositions de la présente section sont applicables :

1° À toute personne exerçant une activité commerciale ou artisanale, à tout agriculteur et à toute personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé;

2° À toute personne qui a, directement ou indirectement, en droit ou en fait, dirigé ou liquidé une personne morale de droit privé;

3° Aux personnes physiques représentants permanents de personnes morales dirigeantes des personnes morales définies au 2° ci-dessus. »

L'article L.654-2 du code de commerce dispose que :

« En cas d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, sont coupables de banqueroute les personnes mentionnées à l'article L.654-1 contre lesquelles a été relevé 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. »

• Personnes concernées

Il est rappelé que ce texte a évolué en fonction des personnes pouvant bénéficier d'une procédure collective. Il vise actuellement :

les personnes exerçant une activité commerciale et non plus les commerçants,

les professions libérales qui sont soumises aux procédures collectives depuis 2005,

sont notamment visés les liquidateurs amiables.

S'agissant des liquidateurs amiables, la jurisprudence est peu fournie en la matière. On peut préciser qu'une disposition spécifique existe pour sanctionner l'abus de biens sociaux.

Conditions

Ouverture d'une procédure collective

La commission s'est notamment interrogée sur la question suivante: l'ouverture d'une procédure de Redressement Judiciaire est-elle une condition procédurale ou de fond pour le prononcé de la banqueroute ?

L'enjeu est le suivant :

- si l'ouverture d'une procédure est une condition de fond, la poursuite du dirigeant nécessite que la procédure collective n'ait pas été remise en cause de manière définitive,

- si l'ouverture d'une procédure collective n'est qu'une condition procédurale, la banqueroute peut être prononcée à l'encontre d'un dirigeant même si le jugement ouvrant une procédure collective est, par exemple, annulé.

S'il peut être considéré que la première interprétation est plus conforme à l'esprit du législateur, notamment au regard (i) de l'Histoire et (ii) de la spécificité de cette action réservée aux procédures de redressement et de liquidation judiciaires, la chambre criminelle a cependant consacré l'ouverture d'une procédure collective comme une condition procédurale de l'action en banqueroute. Ainsi, plusieurs arrêts ont confirmé la condamnation d'un dirigeant à la banqueroute alors que l'ouverture de la procédure collective avait été annulée.

La commission s'est par ailleurs interrogée sur la possibilité de faire application des dispositions des articles L.654-1 et suivants du code de commerce dans l'hypothèse de l'arrêt d'un plan de redressement (la société concernée redevenant in bonis).

La commission a opté pour une réponse positive en soulignant les deux points suivants :

- l'arrêt d'un plan de redressement s'inscrit dans le prolongement d'une procédure de redressement judiciaire ouverte par le tribunal,

- l'ouverture de la procédure doit être distinguée de la date à laquelle le juge va statuer sur la banqueroute.

Préconisation n°6

La commission préconise de modifier l'article L.654-2 du code de commerce en supprimant: «*En cas d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire*»

Et en le remplaçant par: «*En cas de procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire*».

Date de cessation des paiements

Le juge pénal peut modifier la date de cessation des paiements retenue par le tribunal de la procédure collective, ce qui a priori, peut paraître incohérent, mais peut s'expliquer par les buts différents poursuivis par le droit des entreprises en difficulté et le droit pénal:

- procédure collective: la date de cessation des paiements peut avoir un impact sur la reconstitution du patrimoine du débiteur, notamment par les actions en nullités de la période suspecte;

- procédure pénale: sanctions.

Il est cependant rappelé que le juge pénal peut retenir, pour sanctionner le dirigeant, des faits antérieurs à la date de cessation des paiements ayant conduit à la cessation des paiements.

Eléments constitutifs

- Elément moral

L'élément moral est caractérisé par «*l'intention d'éviter ou de retarder l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire*».

- Eléments matériels

La jurisprudence est abondante concernant l'absence de tenue de comptabilité ou la disparition de celle-ci. La chambre criminelle retient que l'absence de remise de la comptabilité s'apparente à une disparition de la comptabilité.

La commission s'est interrogée sur cette interprétation dans la mesure où le refus de remettre la comptabilité peut également découler de l'absence de tenue de la comptabilité.

Un faisceau d'indices permet toutefois de déterminer si la comptabilité a été tenue ou non (déclarations sociales, comptabilité publiée, etc.).

La commission s'est interrogée sur l'opportunité d'étendre les dispositions de l'article L.654-2 4° du code de commerce au refus de remettre la comptabilité, mais l'a finalement écartée dans la mesure où ce comportement est déjà sanctionné par les dispositions relatives à la faillite personnelle (article L.653-5 5° du code de commerce).

B. AUTRES INFRACTIONS : ÉLARGISSEMENT DES PERSONNES CONCERNÉES

L.654-10 du code de commerce dispose que « *Le fait, pour le conjoint, les descendants ou les ascendants ou les collatéraux ou les alliés des personnes mentionnées à l'article L. 654-1, de détourner, divertir ou receler des effets dépendant de l'actif du débiteur soumis à une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, est puni des peines prévues par l'article 314-1 du code pénal* ».

Une telle appréhension ne correspond plus à la réalité sociale. La commission souhaite en conséquence une modification du texte.

Préconisation n°7

La Commission préconise d'étendre cette disposition à la personne unie au débiteur par un pacte de solidarité et à son concubin notoire.

C. SANCTIONS PERSONNELLES ET PATRIMONIALES : ÉLARGISSEMENT DES PERSONNES AYANT QUALITÉ POUR SAISIR LE TRIBUNAL

En procédure de Redressement Judiciaire, l'administrateur judiciaire dont la mission est de « surveiller » ou « assister » le débiteur en procédure collective, se retrouve confronté, dans certaines hypothèses, à d'importantes difficultés dans le déroulement de sa mission et plus généralement de la procédure en l'absence de coopération du dirigeant.

Pour exemple, et dès l'ouverture de la procédure, les difficultés suivantes peuvent être rencontrées :

- absence de communication des informations sur les comptes bancaires historiques de l'entreprise,
- absence de communication des contrats, attestations et coordonnées d'assurance,
- plus généralement, absence de communication de la documentation juridique, comptable et financière de l'entreprise.

Dans ces hypothèses, la procédure peut être retardée et il s'agira alors pour l'administrateur judiciaire de recourir à d'autres méthodes, plus longues, pour récupérer les informations nécessaires alors qu'il aurait pu se les voir transmettre rapidement par le Dirigeant :

- Pour connaître la liste des comptes bancaires de l'entreprise, l'administrateur judiciaire peut s'adresser au Fichier national des comptes bancaires (FICOBA) qui refuse, très fréquemment, dans un premier temps, la communication de ces informations, estimant que l'administrateur judiciaire n'a pas qualité pour les obtenir. Un recours peut être formé auprès de la Commission d'Accès aux Documents Administratifs (CADA), ce qui permet généralement de donner satisfaction à l'administrateur judiciaire. Cependant, cette procédure dure en moyenne entre 1,5 et 2 mois.

- L'une des premières diligences de l'administrateur judiciaire est de vérifier que l'entreprise est bien assurée (locaux, activité). En l'absence d'information, il est préconisé de (i) suspendre l'activité et (ii) conclure un nouveau contrat d'assurance, ce qui peut durer plusieurs semaines.

- S'agissant de l'ensemble de la documentation, l'administrateur judiciaire pourra en solliciter la communication auprès de l'Expert-comptable, de l'éventuel conseil de l'entreprise et parfois même de salariés.

De la même manière, au cours de la procédure, le dirigeant peut faire obstacle au bon déroulement de la mission de l'administrateur judiciaire, et par exemple :

- en ne lui communiquant pas d'informations financières actualisées, ce qui ne lui permet pas de déterminer si l'entreprise se redresse et fait face à l'ensemble de ses charges courantes,

- en faisant obstacle à la recherche de repreneurs, qui pourrait permettre de présenter un projet de plan de cession - solution alternative - au Tribunal permettant de préserver l'emploi et l'activité dans l'hypothèse où aucune solution de redressement n'est envisageable.

Dans toutes ces hypothèses, l'emprise de l'administrateur judiciaire peut se révéler relativement faible. Hormis tenir informés le Ministère Public, le Juge-Commissaire et le Mandataire Judiciaire et solliciter que le Tribunal lui confie une mission de représentation, il ne dispose pas de pouvoir coercitif.

En effet, toutes les actions en sanction dont celle de la faillite personnelle pour absence de coopération avec les organes de la procédure sont des actions attitrées puisque le code de commerce énumère expressément les personnes ayant qualité pour agir.

S'agissant de la responsabilité pour insuffisance d'actif, l'article L.651-3 du code de commerce prévoit, par exemple, que le Tribunal peut être saisi par le liquidateur, le Ministère Public ou par la majorité des créanciers nommés contrôleurs.

S'agissant de la faillite personnelle et des autres mesures d'interdiction, l'article L.653-7 du code de commerce prévoit les mêmes personnes ayant qualité pour agir, à ceci près qu'il rajoute le Mandataire Judiciaire puisque ces actions peuvent être initiées en cas de procédure de Redressement Judiciaire.

Il en ressort donc que l'administrateur judiciaire n'a pas qualité pour engager une action en responsabilité pour défaut de coopération avec les organes de la procédure sur le fondement de l'article L.653-5 5° du code de commerce.

Dans un premier temps, un débat s'est donc instauré sur la question de l'extension à l'administrateur judiciaire de la qualité pour initier une action en sanction sur le dernier fondement précité. Les membres de la Commissions ont estimé qu'une modification du texte sur ce sujet serait opportune, compte tenu de tout ce qui précède.

Il s'est ensuite agi de savoir s'il serait opportun d'étendre à l'ensemble des autres motifs de sanction la qualité pour agir de l'administrateur Judiciaire. La Commission a retenu une approche limitative et ce, pour deux raisons :

- l'action en sanction n'entre pas dans les fonctions classiques de l'administrateur judiciaire,
- la proposition formulée doit permettre d'attribuer une certaine crédibilité à l'Administrateur Judiciaire lorsqu'il évoque des sanctions possibles en cas de défaut de coopération et ainsi s'analyser comme une mesure dissuasive.

Ensuite, les membres de la Commission ont estimé que la condition de majorité pour que les contrôleurs puissent agir en sanction pouvait limiter la mise en œuvre d'une telle action. En effet, lorsque, dans le cadre d'une procédure, 4 ou 5 contrôleurs sont nommés, cette condition suppose que 3 contrôleurs, au moins, agissent. La Commission a donc préconisé de supprimer cette condition de majorité.

Préconisation n°8

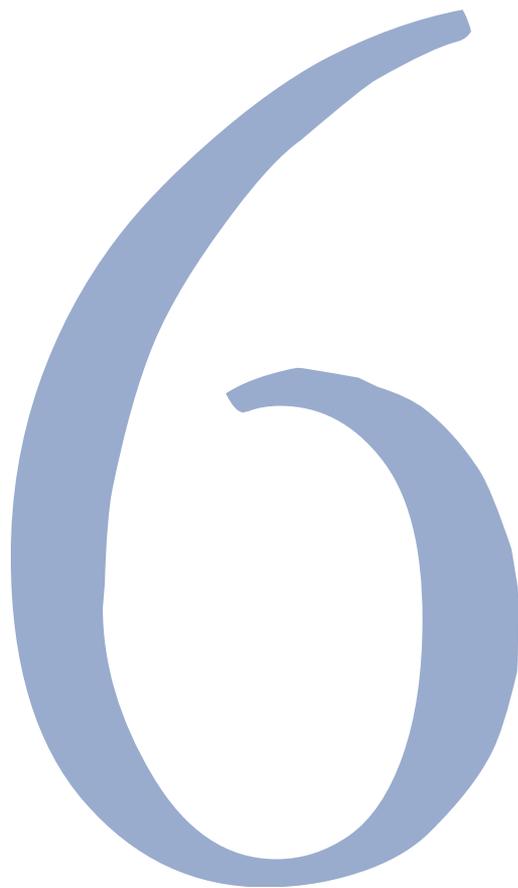
La Commission préconise d'étendre à l'administrateur Judiciaire le pouvoir de saisir le Tribunal d'une action en sanction du Dirigeant sur le fondement du défaut de coopération avec les organes de la procédure en ajoutant un alinéa 3 à l'article L.653-7 du code de commerce rédigé comme suit : « dans le cas prévu à l'article 653-5 5°, le Tribunal peut également être saisi par l'Administrateur Judiciaire ».

Préconisation n°9

La Commission préconise la modification des articles L.651-3 alinéa 2 et 653-7 alinéa 2 du Code de Commerce en remplaçant :

« Dans l'intérêt collectif des créanciers, le Tribunal peut également être saisi par la majorité des créanciers nommés contrôleurs lorsque le Liquidateur n'a pas engagé l'action prévue au même article, après une mise en demeure restée sans suite dans un délai et des conditions fixés par décret en Conseil d'Etat »

Par: « Dans l'intérêt collectif des créanciers, le Tribunal peut également être saisi par des créanciers nommés contrôleurs lorsque le Liquidateur n'a pas engagé l'action prévue au même article, après une mise en demeure restée sans suite dans un délai et des conditions fixés par décret en Conseil d'Etat »..



**TECHNICIENS,
EXPERTS ET RESPECT
DU CONTRADICTOIRE**

L'article L.621-4 alinéa 3 du code de commerce dispose que: «Dans le même jugement, sans préjudice de la possibilité de nommer un ou plusieurs experts en vue d'une mission qu'il détermine, le tribunal désigne deux mandataires de justice qui sont le mandataire judiciaire et l'administrateur judiciaire [...]».

L'article L.621-9 alinéa 2 du code de commerce dispose que «Lorsque la désignation d'un technicien est nécessaire, seul le juge-commissaire peut y procéder en vue d'une mission qu'il détermine, sans préjudice de la faculté pour le tribunal prévue à l'article L. 621-4 de désigner un ou plusieurs experts. Les conditions de la rémunération de ce technicien sont fixées par un décret en Conseil d'Etat.»

L'article 16 du code de procédure civile (ci-après «CPC») dispose que «Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement. Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations.»

L'article 232 du CPC dispose que «Le juge peut commettre toute personne de son choix pour l'éclairer par des constatations, par une consultation ou par une expertise sur une question de fait qui requiert les lumières d'un technicien.»

Régulièrement, les mandataires de justice sollicitent la désignation de techniciens ou experts afin de causer d'éventuelles procédures en sanction.

Dans ce contexte, la commission a étudié la question de l'articulation - tant au stade de la désignation que de l'élaboration et le rendu des travaux des techniciens/experts - entre le respect du principe du contradictoire et les contraintes, notamment temporelles, des procédures en sanction dans le cadre de procédures collectives.

A. DÉSIGNATION DES TECHNICIENS / EXPERTS

Dans le droit fil de sa jurisprudence dans ce domaine, la Chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation a dit pour droit, au visa de l'article L 621-9 alinéa 2 du Code de commerce, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 18 décembre 2008, pour casser et annuler un arrêt d'une cour d'appel :

«.....Attendu que pour rejeter la demande de désignation d'un technicien, l'arrêt retient que, le juge- commissaire peut en application de l'article L. 621-9, alinéa 2, du code de commerce nommer un technicien en vue de rechercher des faits susceptibles de révéler des fautes de gestion, ce pouvoir cesse lorsque l'action a été engagée devant le tribunal, le rapport du technicien n'étant plus destiné à l'information du mandataire et tendant à < sauver > une procédure manifestement vouée à l'échec en obtenant à bon compte les éléments de preuve qui font défaut; qu'il en déduit qu'une telle pratique n'est pas loyale et détourne les dispositions du texte précité de leur objectif d'information;

Qu'en statuant ainsi, alors que l'exercice par le liquidateur d'une action civile en responsabilité pour insuffisance d'actif ne prive pas le juge-commissaire de son pouvoir de désigner à tout moment un technicien en vue d'une mission qu'il détermine, la Cour d'appel a violé le texte susvisé;.....»¹

Ainsi, déjà reconnu par la Cour de cassation comme ayant une compétence exclusive à procéder à la désignation d'un technicien si cela est nécessaire et en lien avec la procédure collective en cours², le juge-commissaire se voit reconnaître aussi la possibilité d'exercer ce pouvoir **« à tout moment »**.

Mais ce pouvoir, ainsi amplifié, du juge-commissaire mériterait cependant une certaine régulation dans sa mise en œuvre et son exercice, comme le souligne, à juste titre Madame la professeur Arlette Martin-Serf :

«...Il n'est pas interdit de penser.....qu'il est préférable de solliciter la désignation d'un technicien, comme préalable à l'engagement de l'action.....(c'est)..... une question de logique, de méthode et d'efficacité: il vaut mieux chercher et compter ses munitions avant la bataille que pendant! Cette méthode éviterait au demeurant des frais de justice et une perte de temps si l'action se révélait,

1. Com. 13 septembre 2016, pourvoi n°15-11174. arrêt publié au bulletin civil

2. v.Com. 17 septembre 2013, pourvoi n° 12-17.741. D. 2013, p. 2221, obs. Lienhard

au vu des constatations du technicien, sans aucune chance de succès.....»³.

Aussi l'exercice de ce pouvoir de désignation du technicien et de définition, par nécessité et opportunité, de sa mission, utile "au déroulement rapide de la procédure (collective) et à la protection des intérêts en présence", trouve sa meilleure régulation dans un dialogue permanent entre le juge-commissaire et le ministère public dont le rôle d'information et d'intervention s'avère capital et décisif en raison de l'importance de la situation économique et sociale ainsi que de l'intérêt général dans les procédures collectives.

En tout état de cause, ce dialogue, nécessaire en l'espèce avec le juge-commissaire, trouve exactement ses appuis dans le droit fondamental d'intervention, d'information ou de communication dont dispose le ministère public aux termes des dispositions du Titre XIII du Code de procédure civile⁴.

La commission estime que cette jurisprudence peut être étendue à la désignation des experts par le tribunal, puisqu'il ne s'agit pas plus d'une mesure d'instruction.

Par ailleurs, on constate une baisse du nombre de missions confiées aux experts / techniciens, notamment en l'absence de fonds disponibles pour les rétribuer. En effet, il est récurrent qu'à l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire, la trésorerie de l'entreprise soit faible, voire nulle.

Le rôle du parquet dans ces procédures impécunieuses doit être souligné du fait de l'obligation d'avis préalable favorable à la désignation d'un technicien, condition sine qua non pour la prise en charge de ses honoraires par le trésor public.

Or les mandataires de justice qui sollicitent l'avis favorable du parquet avant de déposer leurs requêtes en vue de la désignation d'un technicien se voient parfois opposer un refus, alors que la nécessité de la mesure d'instruction apparaît établie.

3. v. Revue des procédures collectives. Mai-Juin 2017, p. 59, n°88

4. v. Christophe Delattre, in *Le cadre d'intervention du ministère public dans la loi de sauvegarde*; fascicule 2017 pour l'École nationale de la Magistrature

Préconisation n°10

La commission préconise de sensibiliser les parquets à l'intérêt de la prise en charge de l'intervention des techniciens au regard de l'ordre public et de l'intérêt des créanciers, parmi lesquels les créanciers publics, étant précisé que l'avance de trésor public bénéficie du privilège des frais de justice (art. L663-1 du code de commerce).

La commission préconise également la tenue de statistiques afin de fournir des informations sur les problèmes de financement de ces mesures et de pouvoir examiner la causalité entre ces problèmes de financement et le faible nombre d'actions engagées et plus encore de sanctions prononcées.

B. ELABORATION ET DÉPÔT DU RAPPORT DES TECHNICIENS/EXPERTS

1° - Aucune disposition ne s'oppose, en principe, à ce que le débiteur en procédure collective soit associé au processus d'élaboration du rapport du technicien désigné par le juge-commissaire conformément aux dispositions de l'article L. 621-9 du code de commerce.

Le débiteur doit avoir la possibilité de contre-interroger les personnes dont l'audition est réalisée par ce technicien. De même les pièces prises en compte par le technicien doivent être portées à la connaissance du débiteur concerné pendant le déroulement de la phase des investigations et non uniquement une fois le rapport achevé ou communiqué.

Il convient ainsi que les renseignements recueillis par le technicien puissent faire l'objet de commentaires appropriés, notamment s'ils doivent constituer des éléments à charge à l'encontre des personnes en cause.

Cette manière de procéder a été consacrée par la Chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation dans son arrêt du 22 mars 2016 (pourvoi n° 14-19.915, n° 255. PB).

2°- Aussi, sans pouvoir dire que le principe rigoureux du contradictoire, propre à l'expertise judiciaire prévue par les articles 263 et suivants du code de procédure civile, s'impose dans le déroulement de la mission du technicien désigné par le juge-commissaire, cette association du débiteur à l'exécution des investigations de ce technicien permet à ce processus de revêtir un caractère équitable au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme du 4 novembre 1950.

Comme l'exprime, à juste titre Jean -Pierre REMERY, Conseiller-doyen à la Cour de cassation :

« sans aller jusqu'à imposer une contradiction permanente lors de l'exécution des opérations, la Cour de cassation, à la recherche d'un équilibre délicat, impose, désormais.....que les intéressés y soient associés, même si elle exclut clairement l'obligation de communiquer un pré-rapport..... »⁵

D'ailleurs une telle façon de procéder est aussi dans le droit fil du régime procédural de l'article R.621-23 alinéa 1 du code de commerce concernant la nomination par le juge-commissaire du technicien qu'il charge d'exécuter une mission déterminée.

En effet l'alinéa premier de ce texte réglementaire, qui stipule qu'[...]avant de désigner un technicien en application de l'article L.621-9, le juge commissaire recueille les observations du débiteur», a été complété par les dispositions nouvelles de l'article 39 du décret n° 2014-736 du 30 juin 2014 pour préciser: «Toutefois, lorsqu'il apparait fondé de ne pas appeler de partie adverse, le juge-commissaire statue non-contradictoirement».

Il conviendrait donc d'en déduire que le «principe» possible d'association du débiteur à la nomination comme à l'exécution de la mission d'investigation confiée au technicien peut relever du pouvoir d'appréciation discrétionnaire du juge-commissaire qui est susceptible ainsi de se déterminer, pour des motifs de nécessité de la mission qu'il détermine, mais aussi en raison de sa fonction fondamentale qui est «de veiller au déroulement rapide de la procédure et à la protection des intérêts en présence».

Ceci étant précisé, la commission estime que la procédure de l'article L.621-9 du code de commerce ne peut être soumise à la procédure contradictoire au sens du code de procédure civile :

- la procédure « contradictoire » au sens du code de procédure civile suppose le respect de certains délais et d'un formalisme incompatibles avec les procédures

collectives,

- en revanche, et en pratique, les ordonnances du juge-commissaire désignant un technicien prévoient fréquemment que ce dernier devra se rapprocher des parties pour recueillir leurs observations, voire leur adresser son projet de rapport,

- en tout état de cause, il apparaît nécessaire d'entendre le plus grand nombre de parties afin de confronter et recueillir le plus grand nombre d'informations.

- la Commission en déduit qu'il convient d'introduire dans les textes une « dose » de contradictoire sans que pour autant soient appliqués les principes longs et coûteux du code de procédure civile.

Préconisation n°8

Compte tenu de l'incompatibilité de la procédure du contradictoire prévue par le code de procédure civile au regard des contraintes de calendrier et de financement imposées par la procédure collective, la commission préconise d'insérer la disposition suivante :

« Préalablement au dépôt de son rapport, le technicien/expert désigné devra avoir entendu ou dûment appelé le débiteur/dirigeant ».

7

CUMUL DES SANCTIONS ET DURÉE DES SANCTIONS

En principe, un justiciable ne peut être condamné deux fois pour les mêmes faits, en application du principe « non bis in idem ».

L'article L.654-6 du code de commerce disposait cependant que « La juridiction répressive qui reconnaît l'une des personnes mentionnées à l'article L. 654-1 coupable de banqueroute peut, en outre, dans les conditions prévues au premier alinéa de l'article L.653-11, prononcer soit la faillite personnelle de celle-ci, soit l'interdiction prévue à l'article L.653-8, à moins qu'une juridiction civile ou commerciale ait déjà prononcé une telle mesure par une décision définitive prise à l'occasion des mêmes faits ».

Cet article a été abrogé à la suite de la décision du Conseil Constitutionnel du 29 septembre 2016, sur le fondement de la rupture d'égalité entre les justiciables (le cumul possible des sanctions dépendant du calendrier des procédures).

En revanche, une décision du Conseil Constitutionnel du même jour a reconnu constitutionnel le cumul des sanctions d'une nature différente.

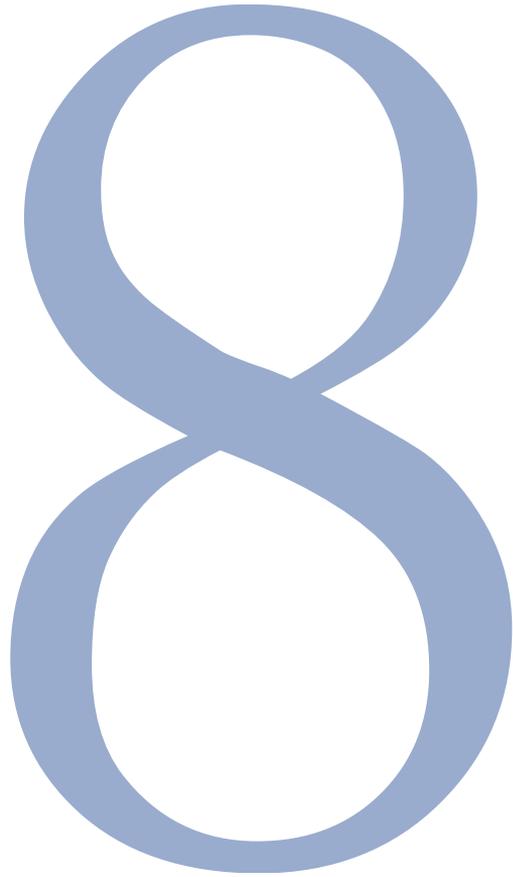
La commission s'interroge sur l'articulation des sanctions et notamment le cumul des peines :

- faut-il cumuler la durée de deux sanctions ?
- faut-il retenir la durée de la sanction la plus longue ?

Certaines pratiques divergent sur ce sujet, tandis que certains tribunaux semblent faire débiter la deuxième sanction prononcée à l'arrivée à échéance de la première, certains tribunaux limitent la durée globale des sanctions prononcées à 15 ans.

Préconisation n°12

Le législateur ayant supprimé la sanction perpétuelle et fixé une durée maximale, la commission préconise de limiter la durée, quelle que soit les sanctions prononcées (cumulées ou non) à 15 ans.



PUBLICITÉ DES SANCTIONS



Aucun fichier national regroupant les condamnations pour banqueroute n'a été créé à ce jour, ni même prévu par les textes, contrairement au fichier national des interdits de gérer (sanctions civiles) qui doit être tenu par le greffe.

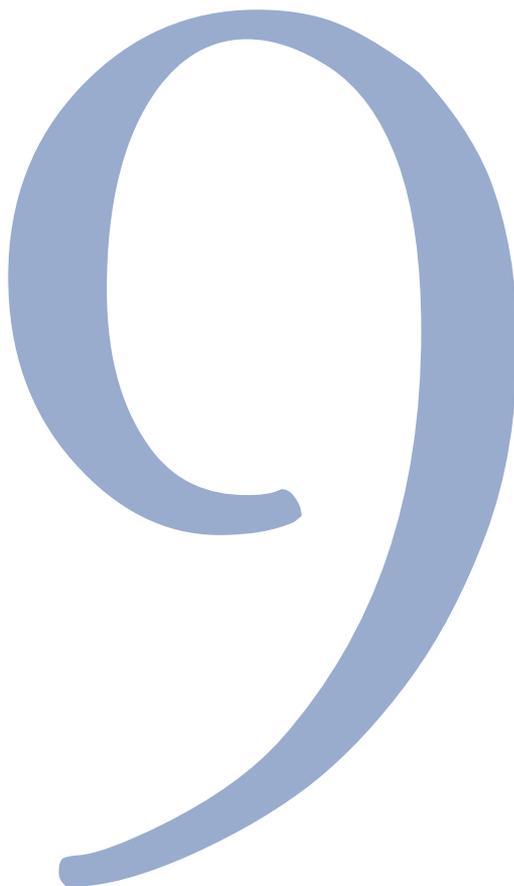
En pratique cependant, lors de la création des sociétés, le greffe sollicite une attestation sur l'honneur du dirigeant confirmant qu'il ne fait pas l'objet d'une telle sanction, ce qui n'est pas suffisamment efficace.

Afin de renforcer l'efficacité des sanctions, il pourrait être envisagé :

- une harmonisation du fichier national des interdits de gérer avec les sanctions pénales prononcées,
- une inscription des sanctions personnelles du dirigeant sur les extraits k-bis de toutes les sociétés, entités dont il est dirigeant,
- une sanction pécuniaire en cas de non-respect d'une sanction.

Ces mesures pourraient toutefois être jugées contraire au principe du droit au rebond.

Le débat sur ce point reste ouvert.



TRANSACTIONS



A. CALENDRIER DE LA CONCLUSION D'UNE TRANSACTION

Le principe de la conclusion d'une transaction est admis par les juridictions entre le mandataire de Justice et le dirigeant dont la responsabilité pour insuffisance d'actif a été engagée, cette transaction devant être homologuée par le Tribunal.

Pour rappel, une transaction se définit comme un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître et suppose des concessions réciproques.

En l'espèce, il s'agira pour le dirigeant de régler une indemnité transactionnelle en contrepartie d'un engagement du professionnel de renoncer à son action en justice.

La question de la temporalité de la conclusion d'une transaction dans le cadre d'une action en responsabilité pour insuffisance d'actif n'étant pas réglée par les textes, la Commission s'est interrogée sur la date butoir d'un tel protocole.

Or, pour rappel l'article R.661-1 du Code de Commerce prévoit notamment que :

« Les jugements et ordonnances rendus en matière de mandat ad hoc, de conciliation, de sauvegarde, de redressement judiciaire, de rétablissement professionnel et de liquidation judiciaire sont exécutoires de plein droit à titre provisoire.

Toutefois, ne sont pas exécutoires de plein droit à titre provisoire les jugements et ordonnances rendus en application des articles L. 622-8, L. 626-22, du premier alinéa de l'article L. 642-20-1, de l'article L. 651-2, des articles L. 663-1 à L. 663-4 ainsi que les décisions prises sur le fondement de l'article L. 663-1-1 et les jugements qui prononcent la faillite personnelle ou l'interdiction prévue à l'article L. 653-8. »

Il en ressort donc que le Jugement de condamnation du dirigeant pour insuffisance d'actif n'est, par exception, pas exécutoire de plein droit à titre provisoire.

Cependant, l'article L.651-4 du Code de Commerce prévoit la possibilité pour le Président du Tribunal d'ordonner toute mesure conservatoire utile à l'égard des biens des dirigeants ou de leurs représentants [...] ou encore des biens de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée compris dans son patrimoine affecté.

Si la décision n'est pas exécutoire, le Dirigeant peut donc être empêché de disposer librement de son patrimoine.

Par ailleurs, outre l'appel ouvert au Ministère Public et en l'absence de disposition particulière, le dirigeant intéressé dispose du droit de former appel ou un pourvoi en cassation dans les conditions de droit commun (article 543 du code de procédure civile).

La décision n'est bien évidemment pas définitive tant que les délais de recours ne sont pas expirés ou en cas de recours à l'encontre de celle-ci.

Préconisation n°13

La Commission est d'avis qu'il faut inciter la conclusion de transaction qui permettent de limiter le coût et la durée des procédures. La Commission préconise de rendre possible sa conclusion tant que la décision retenant ou non la responsabilité du dirigeant pour insuffisance d'actif n'est pas encore devenue définitive.

B. RÉGIME DE LA RÉPARTITION DES FONDS RÉSULTANT D'UNE TRANSACTION CONCLUE DANS LE CADRE D'UNE ACTION EN RESPONSABILITÉ POUR INSUFFISANCE D'ACTIF

Par définition, les procédures de distribution doivent respecter le rang des créanciers tels que prévu par les textes et l'une des exceptions à ce principe résulte de l'article L.651-2 alinéa 4 du code de commerce qui dispose que: *«les sommes versées par les dirigeants ou l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée entrent dans le patrimoine du débiteur. Elles sont réparties au marc le franc entre tous les créanciers. Les dirigeants ou l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée ne peuvent pas participer aux répartitions à concurrence des sommes au versement desquelles ils ont été condamnés.»*

La commission s'est donc interrogée sur la répartition des fonds résultant d'une transaction conclue dans le cadre d'une action en responsabilité pour insuffisance d'actif.

Il convient de rappeler que l'article L. 642-24 du code de commerce qui fait référence à la nécessité de requérir l'avis du juge commissaire pour « transiger » est inclus dans la section III du chapitre II du titre 4 du livre 6 du code de commerce. Cet article fait partie des dispositions communes aux modalités de réalisation de l'actif, soit par le biais de la cession de l'entreprise (section I), soit par celui de la cession des actifs de l'entreprise (section II). L'article L. 651-2 fait, quant à lui, partie des dispositions du chapitre I du livre V du même code instituant la sanction patrimoniale dans le cadre des responsabilités et des sanctions. De ce fait le législateur a entendu séparer ces actions alors que la somme qui sera versée par le dirigeant, soit après une condamnation à supporter tout ou partie de l'insuffisance d'actif, soit dans le cadre d'une transaction précédant une telle condamnation, doit être qualifiée « d'actif » et sera incluse dans le patrimoine de la société débitrice comme n'importe quelle créance que le liquidateur aurait recouvrée;

Le produit des compromis ou transactions autorisés par le juge commissaire, entrant dans le périmètre de la réalisation de l'actif, sera réparti entre les créanciers en fonction du rang des privilèges (L. 622-20 alinéa 4 et L. 642-18 alinéa 5 du code de commerce). Or, le produit de la transaction générée dans le cadre d'une action en responsabilité pour insuffisance d'actif devrait être réparti de la même façon que la somme à laquelle le dirigeant serait condamné en cas de jugement à son encontre dans le cadre d'une procédure en responsabilité pour insuffisance d'actif tel que précisé à l'alinéa 4 de l'article L.651-2 du code de commerce;

Cette répartition au marc l'euro soulignerait d'autant plus l'autonomie de la transaction telle que considérée dans le titre 5 du livre 6 par rapport à celle envisagée dans le titre 4 du même livre;

Si le caractère dérogatoire de la règle de la répartition au marc l'euro doit commander une interprétation stricte, il n'en demeure pas moins qu'un raisonnement par analogie pourrait être adopté puisqu'il s'agit de fonds versés dans le cadre d'une action en responsabilité pour insuffisance d'actif, peu important qu'elle ait abouti à une décision de justice.

À ce titre, il est précisé que la Cour de Cassation dans un arrêt en date du 20 mai 1997 (Cass. Com., 20 mai 1997, Sté Sinfoni : Bull. civ. IV, n°147) a retenu cette solution.

Préconisation n°14

La commission préconise l'ajout d'un dernier alinéa à l'article L.651-2 du code de commerce qui disposerait que *«les dispositions de l'alinéa 4 du présent article sont applicables à une transaction intervenue dans le cadre d'une action en responsabilité pour insuffisance d'actif»*.

10

**CRÉATION
D'UNE NOUVELLE OBLIGATION**

Il est rappelé que l'article L.622-6 alinéa 2 du code de commerce dispose que *«Le débiteur remet à l'administrateur et au mandataire judiciaire la liste de ses créanciers, du montant de ses dettes et des principaux contrats en cours. Il les informe des instances en cours auxquelles il est partie»*.

Ces obligations sont sanctionnées par l'article L.653-8 du code de commerce qui prévoit que *«le tribunal peut prononcer, à la place de la faillite personnelle, l'interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler, directement ou indirectement, soit toute entreprise commerciale ou artisanale, toute exploitation agricole et toute personne morale, soit une ou plusieurs de celles-ci [...] à l'encontre de toute personne mentionnée à l'article L. 653-1 qui, de mauvaise foi, n'aura pas remis au mandataire judiciaire, à l'administrateur ou au liquidateur les renseignements qu'il est tenu de lui communiquer en application de l'article L. 622-6 dans le mois suivant le jugement d'ouverture ou qui aura, sciemment, manqué à l'obligation d'information prévue par le second alinéa de l'article L. 622-22»*.

Cette obligation d'information est reprise en liquidation judiciaire à l'article L.641-1 du code de commerce.

La commission a noté que, parmi les documents obligatoires à remettre aux organes de la procédure par le débiteur, ne figurait pas la liste des salariés.

Or, il s'agit d'une information capitale, tant dans l'établissement des éventuels relevés de créances salariales, dont l'avance doit être effectuée par l'AGS, que pour apprécier la situation économique et financière de l'entreprise afin de prendre les mesures adéquates, qui peuvent passer par une restructuration sociale.

En outre, en matière de liquidation judiciaire, compte tenu des délais imposés au liquidateur pour licencier le personnel et bénéficier de l'intervention de l'AGS, cette information est particulièrement sensible puisque des salariés non connus du liquidateur pourraient perdre le bénéfice de l'AGS et se retrouver ainsi dans des situations extrêmement difficiles.

Par ailleurs, la procédure de rétablissement professionnel instaurée par l'ordonnance du 12 mars 2014 n'est rendue possible qu'en respectant un certain nombre de conditions et notamment *«l'absence de salarié au cours des six derniers mois précédant l'ouverture»* (article L.645-1 alinéa 1 du code de commerce).

Le code de commerce prévoit d'ailleurs la possibilité de prononcer, après l'ouverture d'une procédure de rétablissement professionnel, une liquidation judiciaire s'il apparaît *« que les conditions d'ouverture de la procédure de rétablissement professionnel n'étaient pas réunies à la date à laquelle le tribunal a statué sur son ouverture ou ne le sont plus depuis. »*, et en l'espèce s'il apparaît que le débiteur employait des salariés dans les 6 mois précédant l'ouverture.

Préconisation n°15

Pour toutes ces raisons, la commission préconise que l'article L.622-6 du code de commerce prévoit également l'obligation pour le débiteur de communiquer la liste des salariés, ce qui permettrait l'application de la sanction prévue à l'article L. 653-8 du code de commerce en l'absence de communication de cette information.
