

La conduite des missions d'assistance et d'investigation dans les procédures collectives

Résumé : Cet article a pour objet d'aborder la conduite des missions d'assistance et d'investigation ordonnées par les tribunaux de commerce et les juges consulaires dans les procédures collectives à partir de la typologie des missions, en mettant l'accent sur leur nature, la place de la mission dans la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, les relations de l'expert avec le dirigeant, les services de l'entreprise, l'administrateur judiciaire ou le mandataire judiciaire, la posture de l'expert.

La loi de sauvegarde des entreprises n° 2005-845 du 25 juillet 2005, entrée en application le 1^{er} janvier 2006, complétée par l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008, a prévu et codifié un arsenal de missions à la disposition des juridictions consulaires leur permettant de désigner des experts dans les procédures collectives.

Le code de commerce prévoit trois grandes catégories de missions qui peuvent être confiées aux experts :

1. les missions d'assistance du juge, de l'administrateur judiciaire, du débiteur
2. les missions d'investigation ordonnées par le tribunal ou le juge commissaire
3. les missions d'assistance à la gestion de l'entreprise par l'administrateur judiciaire lorsque celui-ci a été désigné pour administrer seul une entreprise dans le cas où le débiteur en a été dessaisi

Force est de constater, qu'aujourd'hui, elles ne sont pas toutes mises en œuvre et que certaines ne le sont que rarement.

Il ne faut pas perdre de vue que les travaux de l'expert vont contribuer directement à l'information qui permettra de mettre en œuvre des solutions appropriées.

L'expert est donc toujours confronté à une situation d'urgence, d'extrême urgence, et c'est une particularité primordiale de ce type de mission. L'urgence et l'accès à l'information pertinente sont les principales difficultés auxquelles il sera confronté.

Il s'agit de missions d'assistance ou d'investigation, dans le cadre d'une procédure collective, qui n'imposent pas à l'expert de respecter toutes les dispositions du code de procédure civile relatives à l'expertise, en particulier la mise en œuvre du principe de contradiction dont il garde l'entière maîtrise.

Certaines missions ne débouchent pas sur un rapport, telles les missions d'assistance de l'administrateur judiciaire à l'élaboration de son rapport sur la situation économique, sociale et financière du débiteur ou encore les missions d'assistance à la gestion de l'entreprise dans le cas de dessaisissement du débiteur de l'administration de celle-ci.

Pour d'autres missions, les destinataires du rapport sont limités et souvent nommément désignés dans l'ordonnance de désignation de l'expert, en particulier lorsque que celui-ci reçoit une mission d'investigation ordonnée par le tribunal ou le juge commissaire.

Ces missions sortant du cadre des expertises régies par le code de procédure civile, nous avons pensé qu'il était utile de se pencher sur leur nature et sur leur conduite.

I. Les missions d'assistance du juge, de l'administrateur judiciaire, du débiteur

1) identification et nature des missions

a. les missions qui portent sur la situation économique, sociale et financière du débiteur :

Selon les phases de la procédure :

- ces missions sont directement confiées à l'expert (art. L 611-6 al.5 conciliation)
- l'expert est désigné pour assister le juge (art. L 621-1 al.3 sauvegarde, L 631-7 redressement judiciaire, L 641-1 l liquidation judiciaire)
- l'expert est désigné pour assister l'administrateur judiciaire (art. L 623-1 al.1^{er} sauvegarde, L 631-18 redressement judiciaire)

La situation économique, sociale et financière du débiteur est habituellement présentée en 4 points :

- la situation juridique
- la situation sociale
- la situation comptable et financière :
 - l'organisation comptable
 - l'analyse des derniers bilans et comptes de résultat
 - la situation active et passive au jour du redressement judiciaire
- la situation économique
 - l'activité
 - l'origine des difficultés
 - la période d'observation
 - les perspectives : outil industriel, marché, produits, etc ...

La mission d'assistance de l'expert relève donc de l'audit et de l'analyse de gestion, voire du diagnostic.

b. les missions d'assistance à l'élaboration d'une solution :

Assistance du débiteur pour l'élaboration d'un plan de continuation, lorsque celui-ci n'est pas assisté par un administrateur judiciaire (art. L 627-3 al. 1^{er} sauvegarde, art. L 631-21 redressement judiciaire)

La mission d'assistance de l'expert porte sur la préparation d'un business plan et de prévisions justifiant la possible continuation de l'entreprise

c. les missions d'assistance du juge commissaire

Certaines missions ordonnées par les juges commissaires peuvent être rangées dans les missions d'assistance (art. L 621-9 al.2 sauvegarde, L 631-9 redressement judiciaire) :

- l'appréciation des comptes présentés par l'entreprise pendant la période d'observation
- la compréhension de l'activité et de la formation du résultat
- l'examen de la situation de trésorerie et des besoins de financement
- l'appréciation de la validité des prévisions
- l'appréciation de la cohérence et de la vraisemblance des plans de restructuration ou de reprise de l'entreprise

Ces missions relèvent de l'audit et de l'analyse de gestion, voire du diagnostic.

2) **place de la mission dans la procédure**

Ces missions d'assistance s'intègrent dans les différentes phases de la procédure astreintes à un calendrier fixé par le tribunal : les travaux de l'expert vont contribuer directement à l'information qui permettra de mettre en oeuvre des solutions appropriées. L'expert est donc toujours confronté à une situation d'urgence.

3) **les relations avec le dirigeant et les services de l'entreprise**

La collaboration entre l'expert, le dirigeant et les services de l'entreprise est la clef du succès de ces missions d'assistance.

L'urgence et l'accès à l'information pertinente sont les principales difficultés auxquelles l'expert sera confronté. L'expert, pour conduire efficacement sa mission, va devoir se plonger dans de nombreux aspects du fonctionnement de l'entreprise, souvent dans l'analyse de la formation de son résultat, la recherche de ses forces et de ses faiblesses.

4) **la posture de l'expert**

Rigueur et vigilance doivent guider la conduite de ces missions.

L'expert devra :

- être sélectif : il ne s'agit pas, dans le temps bref imparti, d'être exhaustif mais plutôt de ne pas passer à côté de points importants.
- être rigoureux : il ne s'agit pas, pour les mêmes raisons, de tout contrôler, mais de faire preuve d'esprit critique et de mettre en oeuvre, quand cela paraît nécessaire, des diligences minimales de vérification (par exemple, l'expert pourra parfois, mais pas toujours ou pas de façon générale s'appuyer sur les travaux du commissaire aux comptes ou de l'expert comptable).
- et, c'est une autre constante, aller vite.

Pour ce qui concerne les missions d'assistance à la recherche d'une solution, le contexte est particulier : l'expert représente un espoir de sortir de la situation de crise et la direction de l'entreprise mettra tout en oeuvre pour faciliter sa mission. En revanche, la prudence devra caractériser la posture de l'expert. Il est de bonne pratique pour l'expert désigné dans une mission d'assistance, portant notamment sur les possibilités de redressement du débiteur :

- d'obtenir des services de l'entreprise, des informations fiables sur l'origine des difficultés de l'entreprise, la formation de son résultat, ses forces et ses faiblesses,
- de s'entourer, si nécessaire, d'autres professionnels dans les domaines de compétence qui ne sont pas les siens : appréciation des performances de l'outil industriel, débouchés commerciaux, marché et concurrents, marketing, etc...,
- d'examiner avec prudence et rigueur la cohérence des prévisions, du business plan et du plan de financement qui lui sont présentés par le débiteur,
- de rappeler que le succès du redressement de l'entreprise passe impérativement par la confiance que voudront bien lui accorder ses partenaires : banquiers, principaux fournisseurs et principaux clients ; il ne suffit pas de concevoir un plan de redressement cohérent mais purement financier ; il faut qu'il soit réaliste et qu'il soit soutenu par ces partenaires.
- d'observer strictement les règles de la confidentialité vis-à-vis des tiers.

La conclusion d'une lettre de mission avec l'administrateur ou le débiteur est recommandée lorsque la mission d'assistance de l'administrateur judiciaire ou du dirigeant de l'entreprise est définie de manière générale, notamment pour les missions d'assistance :

- de l'administrateur judiciaire :
 - mission d'assistance pour dresser le bilan économique et social de l'entreprise

- mission d'assistance à la gestion lorsque le débiteur a été dessaisi de l'administration de son entreprise
- du débiteur :
 - mission d'assistance, en l'absence d'administrateur judiciaire, pour l'établissement d'un projet de plan de continuation

Cette lettre doit fixer précisément l'objet de la mission de l'expert et les conditions de sa réalisation :

- informations et pièces à communiquer à l'expert
- calendrier prévisible des opérations
- conclusion de la mission : rapport ou compte rendu de diligences
- modalités de rémunération de l'expert

Dans les autres cas, l'ordonnance de désignation de l'expert est généralement suffisamment précise quant à la mission qui lui est confiée et ne nécessite pas d'être complétée par une lettre de mission.

II. Les missions d'investigation ordonnées par les juges commissaires

Ces missions présentent la caractéristique d'être inquisitoires, ce qui pose le problème de la mise en œuvre par l'expert du principe de contradiction selon la définition spécifique de la Cour de cassation dans son arrêt du 22 mars 2016.

1) identification et nature des missions

Les missions d'investigation se distinguent en :

- a. missions non définies par les textes, ordonnées par :
 - le tribunal (art. L 621-4 al.3 sauvegarde, L 631-9 redressement judiciaire, L 641-1 II al.2 liquidation judiciaire)
 - le juge-commissaire (art. L 621-9 al.2 sauvegarde, L 631-9 redressement judiciaire, L 641-11 liquidation judiciaire)
- b. mission d'information sur la situation patrimoniale du dirigeant de l'entreprise en vue d'une action en responsabilité dans le cas d'une insuffisance d'actif, ordonnée par :
 - le juge commissaire lui-même missionné par le président du tribunal (art. L 651-4 et R 651-5 liquidation)

Ces missions d'investigation peuvent avoir pour objet :

- la recherche d'éléments constitutifs de fautes de gestion
- la recherche d'irrégularités
- la recherche d'éléments permettant de fixer la date de cessation des paiements
- la recherche de l'origine des pertes qui ont conduit à la cessation des paiements
- la recherche des dirigeants de fait
- la recherche, dans les groupes, de la direction effective de la filiale en cessation des paiements
- la connaissance de la situation patrimoniale du dirigeant de l'entreprise

Ces missions relèvent de l'enquête.

2) place de la mission dans la procédure

Ces missions d'investigation sont souvent ordonnées à la demande de l'administrateur judiciaire ou du mandataire judiciaire.

3) les relations avec le dirigeant et les services de l'entreprise

La recherche des faits nécessite la collaboration des services de l'entreprise pour l'accès aux informations.

Elles doivent toujours être diligentées dans de brefs délais, généralement inférieurs à trois mois, surtout lorsque l'entreprise a été mise en liquidation judiciaire, lorsque le personnel administratif et financier est licencié sans préavis, que des pièces sont susceptibles de disparaître ou plus généralement, lorsque les outils de gestion sont informatisés et qu'il est nécessaire pour les identifier et y accéder d'être en relation avec les personnes qui les connaissent. La quête documentaire se fait d'abord en utilisant le système d'information de l'entreprise.

4) la posture de l'expert

L'absence de réglementation

Le code de procédure civile ne s'applique pas.

L'expert désigné a toute latitude pour conduire sa mission.

L'expert est toujours confronté à une situation d'urgence.

L'application du principe de contradiction n'est pas exigée ; il appartient à l'expert de décider la mise en œuvre du contradictoire ; il peut organiser une réunion contradictoire (Cour de cassation, chambre commerciale, 23 juin 1998, bull. civ. IV, n° 206)

Pour ce qui concerne la contradiction dans les missions d'investigation, il faut rappeler que c'est l'expert qui en a la maîtrise et qu'il n'est pas envisageable de mettre en œuvre les dispositions du code de procédure civile : convocations, réunions plénières, échange de pièces, audition de sachants en présence des parties... La contradiction résultera le plus souvent d'entretiens avec les personnes intéressées, à l'initiative de l'expert, auxquelles il livrera ses constatations pour recueillir des compléments d'information ou leurs observations orales ou écrites, en particulier, s'il s'agit de justifier une opération ou une décision de gestion. Les entretiens peuvent utilement être complétés par des confirmations écrites.

Les missions d'investigation ne sont pas régies par le code de procédure civile. Il n'y a d'ailleurs pas de parties mais seulement une entreprise en difficulté ou en liquidation.

De ce fait :

- l'expert ne dispose pas de moyens réglementaires pour entendre le dirigeant de l'entreprise ou d'autres sachants : expert-comptable, commissaire aux comptes, personnel de l'entreprise ; sa mission ne peut aboutir qu'avec le consentement des personnes intéressées. Des sachants sont soumis au secret professionnel.
- l'expert ne peut obtenir les pièces utiles à sa mission sous la contrainte (ordonnance de communication de pièces, bien que cette procédure soit parfois mise en œuvre par des juges commissaires)
- l'urgence prime afin d'éviter la disparition ou la dispersion des pièces et informations utiles à la mission (destructions volontaires, dispersion des archives, licenciement du personnel, vol ou cession des matériels informatiques de l'entreprise)
- la collecte documentaire n'est pas obligatoirement contradictoire
- l'expert décide d'entendre en leurs explications les personnes dont la responsabilité pourrait être engagée. Il ne doit pas leur communiquer ses conclusions.
- en cas d'obstacle, l'expert peut être assisté par l'administrateur judiciaire ou le mandataire judiciaire en charge du dossier. Il est recommandé que le premier contact avec le débiteur se fasse en présence de ce professionnel.

Dans les missions d'investigation, les conclusions de l'expert ne sont remises qu'au tribunal ou au juge commissaire qui l'a désigné. Les ordonnances de désignation de l'expert précisent, le cas échéant, d'autres destinataires du rapport : administrateur judiciaire, représentant des créanciers, mandataire judiciaire, procureur de la République. Le débiteur n'en est pas destinataire.

La Cour de cassation retient que des éléments de preuve peuvent être puisés dans le rapport de l'expert désigné en application des dispositions du code de commerce relatives aux difficultés des entreprises, dès lors que ce rapport a été régulièrement versé aux débats et soumis à discussion contradictoire, lors de l'engagement d'une procédure judiciaire par l'administrateur judiciaire ou le mandataire judiciaire. (Cour de cassation, chambre commerciale, 1^{er} février 2000, pourvoi n° 97-13.343, 22 janvier 2002, pourvoi n° 98-21.619, 29 octobre 2002, pourvoi n° 98-17.318, 8 octobre 2003, pourvoi n° 01-00.667)

La contradiction dans les missions d'investigation

La jurisprudence de la Cour de cassation a évolué ces dernières années. Il apparaît clairement que la solution antérieure qui consistait à verser au débat un rapport d'investigation établi par l'expert désigné par juge commissaire, pour pouvoir être discuté lors de l'instance qui suit, n'est plus acceptée.

Dans un arrêt du 22 mars 2016¹, la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation a modifié sa jurisprudence : « Mais attendu qu'après avoir rappelé que la mission que le juge commissaire peut, en application de l'article L.621-9, alinéa 2, du code de commerce, confier à un technicien n'est pas une mission d'expertise judiciaire soumise aux règles prévues par le code de procédure civile pour une telle expertise, l'arrêt retient que le technicien a été désigné pour estimer la valeur d'immeubles, qu'il a organisé deux réunions avec M. X..., la première dans les locaux de la société Team 41, la seconde sur les différents sites à expertiser, qu'au cours de cette réunion, M. X... a communiqué les éléments d'information qu'il jugeait pertinents et dont l'interprétation n'était pas sérieusement discutée, que ceux-ci ont servi de base à l'accomplissement de la mission et que, pendant son exécution, M. X... a également transmis ses observations au technicien, auxquelles celui-ci a répondu, de sorte que le technicien a associé le représentant de la société débitrice à ses opérations ; que par ces constatations et appréciations, et dès lors que le technicien n'était pas tenu de procéder à un échange contradictoire sur les éléments qu'il avait réunis, ni de communiquer ses conclusions avant le dépôt de son rapport, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé ; »

La Cour de Cassation n'impose pas à l'expert désigné pour une mission d'investigation par un juge commissaire de mettre en œuvre le principe de contradiction comme il le fait dans une expertise civile : réunions contradictoires des parties, communication des pièces, rapport provisoire soumis à la discussion des parties, etc.

Elle demande simplement d'associer à l'expertise les personnes mises en cause par le rapport.

Cette démarche volontaire de l'expert peut être réalisée par divers moyens :

- une réunion avec la personne pour lui exposer les faits relevés qui pourraient aboutir à sa mise en cause dans un procès ultérieur
- questionnement par courrier de la personne pour obtenir ses avis et analyses sur des opérations litigieuses

III. Les missions d'assistance à l'administration de l'entreprise dans le cas de dessaisissement du débiteur de l'administration de celle-ci

1) identification et nature des missions

Lorsque l'administrateur judiciaire assure seul et entièrement l'administration de l'entreprise, le tribunal peut désigner un expert pour l'assister dans sa mission de gestion. (art. L 631-12 al.2 redressement judiciaire)

Il s'agit, pour l'expert, d'une mission d'accompagnement de l'administrateur judiciaire dans la gestion de l'entreprise

¹ Cour de cassation, chambre commerciale, arrêt du 22 mars 2016, pourvoi n° 14-19915

2) **place de la mission dans la procédure**

Ces missions sont ordonnées lorsque le débiteur est dessaisi de l'administration de son entreprise. Elles se déroulent dans l'attente d'une solution, en principe, la cession de l'entreprise.

3) **les relations avec le dirigeant et les services de l'entreprise**

La collaboration avec les services de l'entreprise est la règle.

Ces missions s'inscrivent dans la continuité et participent directement à la vie de l'entreprise.

4) **la posture de l'expert**

Rigueur et disponibilité sont la clé du succès de ces missions.

La conclusion d'une lettre de mission avec l'administrateur judiciaire est recommandée. Cette lettre doit fixer précisément l'objet de la mission de l'expert et les conditions de sa réalisation :

- objet de la mission, nature des prestations de l'expert
- diligences de l'expert
- compte rendu de mission à l'administrateur judiciaire
- modalités de rémunération de l'expert



Bruno DUPONCHELLE

Président d'honneur de la Compagnie nationale des experts-comptables de justice