

**COMPAGNIE NATIONALE
DES EXPERTS-COMPTABLES DE JUSTICE**

Chambre régionale de la section
AIX-EN-PROVENCE – BASTIA

COLLOQUE

Sur le thème

**QUALIFICATION
DE L'ÉTAT DE CESSATION DES PAIEMENTS
ET SES CONSÉQUENCES**



Aix-en-Provence - le 8 février 2024

CHAMBRE DE LA SECTION AIX-EN PROVENCE-BASTIA

Présidents d'honneur et administrateurs :

AVIER Jean
BOLLANI-BILLET Carole
BOREL Thierry
DAUPHIN Jean-Marc
RUINET Jacques
VIANO Constant

Présidente :

NABET Elisabeth

Vice-Président :

TALON François

Secrétaire :

BLANC-PATIN Christine

Trésorier :

TOCCHIO Ivan

*Membre du Bureau en charge de l'accueil
des nouveaux inscrits :*

MAZEL Frédéric



TABLE DES MATIERES

Sous la Présidence de

Monsieur Frédéric MAZEL
expert-comptable et commissaire aux comptes

Propos introductifs de Madame Elisabeth NABET	5
Allocution de Monsieur Frédéric MAZEL.....	6
Allocution de Monsieur Thierry FAVARIO	8
Allocution de Maître Rémy GOMEZ.....	13
Première allocution de Madame Christine BLANC-PATIN	18
Première allocution de Maître Frédéric AVAZERI	24
Allocution de Monsieur Philippe DELMOTTE.....	31
Allocution de Madame Gwenaël KEROMES.....	35
Deuxième allocution de Maître Frédéric AVAZERI	44
Deuxième allocution de Madame Christine BLANC-PATIN	47
Interventions dans l'assemblée.....	49
REMERCIEMENTS	51



PROPOS INTRODUCTIFS

-

Madame Elisabeth NABET,

Présidente de la Compagnie Nationale des Experts-Comptables de Justice de la section Aix-Bastia (CNECJ)

Monsieur le conseiller à la Cour de Cassation,
Madame la substitute générale à la Cour d'appel d'Aix-en-Provence,
Mesdames les premières vice-présidentes auprès des tribunaux judiciaires de Marseille et de Grasse,
Messieurs les présidents des tribunaux de Commerce de Marseille, Aix-en-Provence et Salon-de-Provence,
Mesdames, Messieurs les magistrats,
Monsieur le Président de la Compagnie des Commissaires aux Comptes Aix-Bastia,
Madame la représentante du président du Conseil de l'Ordre des Experts-Comptables PACA,
Monsieur le président national de la CNECJ,
Madame la responsable de la commission d'indemnisation amiable de la Métropole Aix-Marseille-Provence,
Madame la bâtonnière d'Aix-en-Provence,
Mesdames, Messieurs les avocats,
Mes chères consœurs, mes chers confrères,
Mesdames et Messieurs,

La chambre régionale d'Aix-Bastia de la Compagnie Nationale des Experts-Comptables de justice vous souhaite la bienvenue à notre colloque annuel 2024.

Cette année, notre colloque se propose d'analyser les problématiques qui peuvent naître lors de la qualification de l'état de cessation des paiements. Ce thème, d'actualité, nous concerne tous, que ce soit en qualité d'experts-comptables, de commissaires aux comptes ou d'experts-comptables de justice, ce qui explique le nombre important d'inscrits aujourd'hui à ce colloque.

Nous avons des intervenants de qualité, avec la participation de deux magistrats du pôle commercial de la cour d'appel d'Aix-en-Provence, d'un administrateur judiciaire, d'un avocat, d'un professeur de faculté et de notre consœur Christine BLANC-PATIN, qui intervient sous les trois casquettes d'expert-comptable, de commissaire aux comptes et d'expert-comptable de justice.

Je laisse dès à présent la parole à mon confrère Frédéric MAZEL, qui en est le rapporteur général.

~



Allocution de

Monsieur Frédéric MAZEL

*Expert-comptable de justice,
Rapporteur général du colloque*

Merci, Elisabeth, pour ta confiance.
Mesdames et Messieurs, bonjour.

Je suis très heureux d'être le rapporteur de ce colloque 2024.

Thème d'actualité, comme tu l'as souligné dans tes propos introductifs, il est difficile, aujourd'hui, de lire un journal sans trouver, chaque semaine malheureusement, l'annonce d'un plan social ou d'un groupe qui se place en redressement judiciaire. De nombreuses enseignes d'habillement, souvent créées dans les années 90, se sont succédé à ce chapitre, jusqu'à cette semaine encore.

Lorsque l'on prend connaissance des informations quotidiennes de la vie économique, on a tendance à se demander qui sera le prochain.

Dès lors qu'une société entre dans une zone de turbulences, elle va se retrouver en difficulté. Plusieurs possibilités, plusieurs solutions s'offrent à elle, tant préventives que curatives.

Toutes ces solutions font cependant référence à une notion, celle de la date de cessation des paiements. L'objet de ce colloque n'est bien sûr pas de détailler ces différentes solutions qui existent, mais bien de vous proposer une analyse précise, un regard d'experts sur la notion cruciale de la qualification de l'état de cessation des paiements, et de ses conséquences.

Nous comprendrons aisément, dans les propos qui vont suivre, que cette notion

détermine de nombreux impacts dans les procédures, et peut faire varier également, de manière significative, les conséquences d'une telle situation.

Nos intervenants, qui vont suivre, vous feront part de leurs expériences, de leur éclairage, mais également de leurs conseils autour de cette thématique, qui peut être très vaste.

En tant qu'experts de justice, nous pouvons être sollicités par les tribunaux pour déterminer la date de cessation des paiements. Ce colloque a pour objectif, notamment, de nous présenter un éclairage précis sur ce sujet.

Nous aurons ainsi le plaisir d'entendre, dans l'ordre :

- Monsieur Thierry FAVARIO, maître de conférences à l'université Jean Moulin Lyon 3, qui remplace au pied levé Isabelle Grossi, qui a eu un empêchement et ne peut être parmi nous aujourd'hui,
- Maître Rémy GOMEZ, qui est avocat associé,
- Ma consœur Christine BLANC-PATIN, qui est expert de justice ;
- Nous entendrons Maître Frédéric AVAZERI,
- et puis Philippe DELMOTTE, qui est magistrat, président de chambre à la Cour d'Appel d'Aix-en-Provence, et Madame Gwenaël KEROMES, également magistrate, présidente de chambre à la Cour d'Appel d'Aix-en-Provence.

Je tiens à les remercier par avance pour leur présence aujourd'hui et leur collaboration

dans la réalisation de ce colloque.

Notre colloque sera découpé en deux parties : la première partie est relative à la qualification de l'état de cessation des paiements, et la seconde portera sur ses enjeux.

Vous aurez la possibilité de poser des questions à l'issue de chacune des parties.

Sans plus attendre, je laisse la parole à Thierry FAVARIO, qui va nous éclairer sur la notion de cessation des paiements.

~



Allocution de

Monsieur Thierry FAVARIO,

Maître de conférences à l'université Jean Moulin - Lyon 3

Je vous remercie.

Comme on vous l'a indiqué, Madame GROSSI a eu un empêchement et m'a demandé de la remplacer, ce que j'ai accepté avec grand plaisir. La conséquence, c'est qu'il y aura nécessairement une part d'improvisation.

La question pour nous est la suivante : qu'est-ce que l'état de cessation des paiements ?

L'état de cessation des paiements, c'est un objet juridique identifié, qui se présente en trois dimensions : une dimension symbolique (I-), une dimension technique (II-) et une dimension pratique (III-).

I – La dimension symbolique

C'est la première et la plus évidente. Pourquoi ? Parce qu'en droit, certains mots résonnent douloureusement aux oreilles des dirigeants d'entreprise : banqueroute, dessaisissement, cessation des paiements.

Quand un dirigeant admet que son entreprise est en cessation des paiements, il endosse l'échec. C'est, éventuellement, assumer les responsabilités pécuniaires, professionnelles, pénales.

La cessation des paiements est généralement assimilée au redressement judiciaire. Et on le sait : statistiquement, le redressement judiciaire est trop souvent l'antichambre de la liquidation judiciaire.

Pour le dirigeant d'entreprise qui est en cessation des paiements, cela signifie l'abolition relative de ses pouvoirs, parce qu'une autre personne va intervenir, avec un pouvoir d'assistance, et éventuellement un pouvoir d'autorisation. Pour le dirigeant de l'entreprise en cessation des paiements, cela signifie potentiellement perdre son entreprise. Soit qu'elle soit mise en liquidation judiciaire, soit qu'elle soit cédée à un tiers. C'est cet imaginaire qui demeure. Et malgré les efforts du législateur, qui ont été parfaitement relayés par les différents acteurs des procédures collectives, cet imaginaire demeure. Aux yeux d'un chef d'entreprise, l'état de cessation des paiements continue à être un événement qui marque le début de la fin de l'entreprise et la recherche des responsabilités, et non pas le début de la fin des difficultés et la recherche de solutions.

C'est le premier point, qui est évident, en termes de symbolique.

La dimension symbolique est encore négative objectivement, pourquoi ?

Parce que la cessation des paiements est le signe d'un trouble à l'ordre public :

« Cesser les paiements » : les mots ont un sens. Cela signifie qu'une personne, le dirigeant, ne paie plus ses fournisseurs, ses créanciers. Donc c'est un manquement à la force obligatoire des contrats.

Le dirigeant qui est en cessation des

paiements est enfin souvent celui qui manque à ses obligations légales : à l'égard, notamment, de l'administration fiscale, à l'égard des organismes sociaux.

C'est donc un trouble à l'ordre public. Pourquoi ? Parce que c'est, d'une part, un manquement à la force obligatoire des contrats (article 1103 du Code civil), et c'est un manquement au contrat social.

Voilà ce qu'est la cessation des paiements du point de vue symbolique.

Cela étant, c'est un trouble à l'ordre public, mais à un ordre public particulier : économique. Avec ce que cela implique, c'est-à-dire un contexte mouvant, soumis à la conjoncture.

Et puis, fondamentalement, la cessation des paiements, c'est une des possibilités, une décision qui a été prise, à l'origine, de prendre un risque. En définitive, on ne peut pas décorrélérer la cessation des paiements de la prise de risque. Et à partir de là, on se rend compte que le législateur respecte la prise de risque.

Il y a un respect de la prise de risque par l'entrepreneur, et ça va se traduire par le fait que la cessation des paiements n'a pas nécessairement ce caractère « couperet » pour le dirigeant qui se retrouve dans cette situation. Ce constat, c'est-à-dire l'absence d'automatisme entre cessation des paiements et stigmatisation, retentit nécessairement sur la dimension technique de la cessation des paiements.

II. Dimension technique

La cessation des paiements est une notion qui est au service de la technique législative. Comment le législateur s'en est-il servi ?

Vous savez que, dans le cadre du code de commerce, il y a quatre finalités : prévention, restructuration, liquidation, sanction.

Si vous regardez bien, la cessation des paiements est partout, dans chacune de ces finalités.

Donc, en termes de techniques législatives, la cessation des paiements a une place prépondérante dans la loi, et plus précisément le législateur lui a donné deux fonctions :

- la première fonction, c'est une **fonction d'aiguillage** : pour les plus anciens, vous le savez, avant les choses étaient simples : en application de l'article 3 de la loi du 25 janvier 1985, la cessation des paiements fixait la frontière entre le préventif et le judiciaire. Ce n'est plus le cas aujourd'hui.

Aujourd'hui, ce rôle d'aiguillage, on le retrouve sous forme de décision existentielle :

- être ou ne pas être en état de cessation des paiements : telle est la question pour solliciter une procédure de sauvegarde (art. L. 620-1 C. com.)
- être en cessation des paiements depuis plus ou moins de 45 jours : telle est la question pour éventuellement opter pour une conciliation (art. L. 611-4 C. com.)
- être en état de cessation des paiements et avoir l'obligation de déclarer le redressement judiciaire (art. L. 631-1 C. com.)
- être en état de cessation des paiements tandis que le redressement de l'entreprise est manifestement impossible et c'est la liquidation judiciaire (art. L. 640-1 C. com.)

Il y a donc un rôle d'aiguillage, qui est conféré à la cessation des paiements, notion qui est présente partout, sauf pour une procédure : le mandat *ad hoc* (art. L. 611-3 C. com.). Voilà une vraie interrogation : un débiteur peut-il demander un mandat *ad hoc* alors qu'il est en cessation des paiements ?

Je pose simplement la question, mais les praticiens ici ont, je pense, beaucoup

d'opinions sur la question.

La seconde fonction de la notion de cessation des paiements est d'être une **condition d'une sanction**. On la retrouve :

- d'une part pour justifier l'annulation d'un acte au titre de la période suspecte (art. L. 632-1 et s. C. com.). Pourquoi ? Parce que la période suspecte commence, vous le savez, à partir de la date de cessation des paiements, jusqu'au moment où le tribunal ouvre la procédure collective. Ça a encore été évoqué récemment par un arrêt de la chambre sociale de la cour de cassation. Un très bel arrêt publié au bulletin, qui traitait d'un autre aspect, mais qui a quand même de nouveau rappelé cette règle (Cass. soc., 6 déc. 2023, n°22-15.580, B).

- d'autre part, la cessation des paiements est liée à la sanction personnelle du dirigeant, implicitement. Au cœur de l'action en responsabilité en insuffisance d'actif se situe la faute de gestion (art. L. 651-2 C. com.). Or, le fait de ne pas déclarer dans le délai légal l'état de cessation des paiements, s'il peut, en fonction des circonstances, avoir contribué à l'insuffisance d'actif, est néanmoins, en soi, une faute de gestion, en ce qu'il constitue un manquement du dirigeant de l'entreprise à ses obligations légales (Cass. com., 2 nov. 2016, n°15-10.015).

Le raisonnement est remarquable, non pas pour la solution qu'il donne, évidemment, mais pour le raisonnement : vous aurez reconnu, pour certains, le raisonnement très civiliste, à la Planiol : qu'est-ce qu'une faute ? C'est un manquement à une obligation préexistante.

L'obligation, nous l'avons : déclarer la cessation des paiements dans les 45 jours.

Le fait d'y manquer, cela constitue une faute.

Mais la précaution est intéressante aussi en fonction des circonstances : avoir ou non

contribuer à l'insuffisance d'actif, c'est un point extrêmement intéressant en ce qu'il met en lumière l'exigence de causalité. Cela signifie qu'il faudra démontrer qu'il y a eu un creusement de l'insuffisance d'actif, après le terme de l'obligation légale de déclaration de la cessation des paiements.

Mais ça, c'est un autre problème.

Le fait de ne pas déclarer la cessation des paiements dans les 45 jours, sciemment, constitue par ailleurs un cas d'interdiction de gérer (art. L. 653-8 C. com.) et non de faillite personnelle (art. L. 653-3 C. com.). Le nombre de censures devant la chambre commerciale de la Cour de cassation où les magistrats ont sanctionné un dirigeant, maladroitement, car c'est souvent associé à d'autres fautes, d'une mesure de faillite personnelle qui ne peut l'être que d'une interdiction de gérer, est important.

Et là, vous voyez apparaître une difficulté : parce que la cessation des paiements a deux fonctions techniques très différentes : c'est une chose de servir d'aiguillage pour un procédure ; c'en est une autre d'être une condition d'une sanction. Deux fonctions qui, sans être antinomiques, sont très différentes ; mais une notion, une seule notion. Vous vous rendez compte que l'appréciation pratique de la notion de cessation des paiements va alors devenir une question à enjeux

Et c'est la troisième dimension.

III. Dimension pratique

Pourquoi ? Tout simplement parce que nous sommes dans une chaîne qui fonctionne de la manière suivante : La définition légale de la cessation des paiements est claire : c'est l'impossibilité pour le débiteur de faire face à son passif exigible avec son actif disponible (art. L. 631-1 C. com.).

Vous savez que cette définition est très ancienne. Elle nous vient de la loi du 25

janvier 1985 et même avant. C'était une définition prétorienne, au moins d'un arrêt de 1978. La pratique devrait donc avoir du recul. La réalité est que l'état de cessation des paiements, même si nous avons cette définition, s'apprécie à l'issue d'une dialectique.

Qui tranche ? Le juge ? En fonction de quoi ? Des éléments qu'on lui apporte. Donc, c'est une dialectique au cours de laquelle chacun apporte des éléments de preuve. Et la question de la preuve de la cessation des paiements est sans doute une des plus délicates en réalité. Quoique ...

Le juge fait son travail. Nous avons régulièrement un contentieux pour déterminer quels sont les composants qui entrent dans chacun des éléments de la cessation des paiements.

J'ai pris deux arrêts récents : là, vous avez la question (c'est un arrêt du 2 mars 2022) suivante : est-ce qu'une créance litigieuse fait partie du passif exigible ? La solution, est connue : la réponse est non, parce qu'il manque le caractère de certitude.

Vous avez une autre décision qui concerne, cette fois, l'actif disponible. Vaste débat sur cette question. Vous savez qu'on a certains litiges pour savoir si les stocks en font partie, ou pas. Et puis là, en revanche, il n'y avait pas vraiment litige mais, quand même, ça revient régulièrement devant la Cour de cassation : *quid* des immeubles : Est-ce qu'un immeuble peut, éventuellement, être un actif disponible ? Ça peut être assez surprenant vu comme ça, parce qu'on se dit que c'est une immobilisation. Il n'empêche qu'on a des décisions publiées au Bulletin, assez régulières. En tout cas, deux, assez récentes (en termes d'années : on se situe sur trois ou quatre ans), qui ont obligé la Cour de cassation à statuer à nouveau sur ces points. Et la réponse est, naturellement, non. Ce n'est pas un actif disponible. Mais le point le plus important, comme je vous l'ai dit, c'est la dialectique. C'est-à-dire les éléments qu'on apporte au tribunal, et le

tribunal qui peut, du reste, commettre un juge pour enquêter sur la situation financière, économique et sociale de l'entreprise. Et le texte dit même que ce juge, commis, peut se faire assister d'un expert.

Tout est donc une question de preuve. Et c'est là le côté un peu décevant de la notion de cessation des paiements. Parce que c'est clair : actif disponible, passif exigible : il y a une espèce de rigueur quasi mathématique. Mais non : il n'y a pas cette rigueur mathématique. Ce n'est pas moi qui le dis : il suffit de regarder ce que nous dit le législateur. Ce dernier affirme : « fixez la date de cessation des paiements mais, de toute façon, vous aurez toujours la possibilité, le cas échéant, de la reporter » (art. L.631-8 C. com.). S'il est possible de la reporter, cela signifie qu'à un certain moment, le tribunal a été mal informé et que de nouveaux éléments sont apparus. Mieux : la loi permet au tribunal, qui aurait prononcé une motion de sauvegarde, de convertir la procédure en redressement, s'il s'avérait qu'au jour où on a ouvert une sauvegarde, en réalité le débiteur était en état de cessation des paiements (art. L. 621-12 C. com.). C'est bien la preuve que c'est une notion dont l'appréciation variera en fonction de éléments apportés. S'il y a un appel, forcément, l'appréciation sera différente. Bref, c'est une notion évolutive.

Comme vous le constatez, le législateur lui-même tient compte de ce caractère un peu volatile de la notion. Mais cela n'est qu'une illustration procédurale. Quand le législateur intègre l'adverbe « sciemment », les choses sont différentes : « vous serez sanctionné d'une interdiction de gérer si, *sciemment*, vous avez omis de déclarer la cessation des paiements dans les quarante-cinq jours » (art. L. 653-8, al. 3 C. com.).

On l'a dit, c'est une mesure de faveur pour les dirigeants : ce n'est pas entièrement faux : mais on peut voir les choses différemment. Cet adverbe intègre l'élément intentionnel au cas particulier de

cette sanction. Ce qui aurait du sens, puisque les sanctions professionnelles d'interdiction de gérer ont tendance, maintenant, à basculer du côté de la matière pénale, entendue largement. Si bien que montrer que la personne a sciemment omis de déclarer la cessation des paiements me paraît une espèce d'élément intentionnel qu'il faudrait démontrer ; et pourquoi pas ? Cela aurait du sens.

Mais on peut peut-être aussi se dire que le législateur a conscience qu'un dirigeant d'entreprise peut, en toute bonne foi, ignorer qu'il est en état de cessation des paiements. Tout simplement. Et prenons un autre exemple : la simple négligence qui, elle, sert de tamis pour la faute de gestion au sens de l'article L651-2 du code de commerce. Si vous regardez les applications jurisprudentielles de cette notion de simple négligence, en réalité, ça se concentre principalement sur une question : est-ce que la personne qui n'a pas déclaré la cessation des paiements dans le délai a commis une simple négligence, ou pas ? C'est essentiellement sur cette faute que la question se pose. Qu'est-ce que cela signifie ? C'est le même raisonnement que précédemment : ça veut dire qu'on doit l'envisager comme une mesure de clémence à l'égard du dirigeant. Mais on peut aussi faire preuve d'une espèce d'humilité, en disant : il faut reconnaître que, quand on est dans une entreprise en activité, un dirigeant sait quelle est la situation, mais peut-être pas de manière certaine, et en tout cas pas de manière suffisamment certaine pour qu'il encourt, de ce seul fait une sanction. C'est l'automatisme qui a été cassé par le législateur en introduisant cet élément intentionnel.

Et on en arrive à cette espèce de constat, en demi-teinte. Pourquoi ? Parce que, d'un côté, la notion de cessation des paiements, est une notion qui est ancrée dans notre droit. Et, dans le même temps, on a le sentiment qu'elle est instable. Ancrée et instable : ça paraît antinomique, et pourtant c'est un petit peu ce qui pourrait résumer

l'état de cessation des paiements.

Et est-ce que c'est pour cette raison qu'actuellement, la notion de cessation des paiements est « sur la sellette » ? Je vais donner deux exemples :

- le 24 novembre 2022, l'IFPPC organisait un colloque. Le thème : « pour en finir avec le critère de la cessation des paiements et améliorer le droit des entreprises en difficulté ».

- Cette thématique a été suivie, quelques semaines plus tard, dans une revue spécialisée en procédures collectives, par une table ronde, et le thème était : « faut-il faire évoluer le critère d'ouverture des procédures collectives ? vers l'abandon de la cessation des paiements ».

Donc vous voyez que c'est dans l'air du temps. Et je vois l'intitulé d'aujourd'hui. Il n'y a pas de point d'interrogation : qualification et conséquences. C'est plus neutre, c'est plus pragmatique, et ça me convient. Pourquoi ? Parce que nous sommes d'accord sur le fait que la notion de cessation des paiements est sans doute très imparfaite. Mais il faut faire avec.

Je vous remercie.

~

Monsieur Frédéric MAZEL : Merci. Maître GOMEZ, je vous laisse la parole, notamment sur la problématique de la définition de l'état de cessation des paiements :



Allocution de

Maître Rémy GOMEZ

Avocat au barreau de Marseille

Bonjour à tous, et merci tout d'abord pour votre invitation.

On m'a demandé de vous livrer un témoignage pratique des problématiques que l'on peut rencontrer au sujet de la définition de l'état de cessation des paiements.

En pratique, on observe tout d'abord, qu'il y a presque autant de définitions de ce que recouvre la notion de cessation des paiements que d'interlocuteurs au chevet de l'entreprise en difficulté.

On a un texte, qui a été rappelé tout à l'heure, qui définit la notion d'état de cessation des paiements, par une comparaison entre actif disponible et passif exigible.

En revanche, les notions d'« actif disponible » et de « passif exigible » ne sont pas définies, et recouvrent un certain nombre de réalités, appréciées très diversement, selon le professionnel concerné, selon l'expérience de la personne qu'il faut convaincre, selon le contexte.

On se retrouve alors avec une question simple (l'entreprise est-elle ou non à date en situation de cessation des paiements ?), et plusieurs réponses possibles, en raison des sensibilités de ceux qui auront à se pencher sur ces deux notions.

Je vous donne quelques exemples, que j'ai pu rencontrer « dans la vraie vie », si j'ose

dire :

La problématique de savoir si les stocks peuvent entrer ou dans la définition de l'actif disponible.

Certains considèrent que les stocks ne font pas partie de l'actif disponible ;

D'autres considéreront qu'il convient de nuancer la réponse selon que les stocks sont immédiatement réalisables, ou rapidement réalisables, et les autres (par définition non tournants).

Sans caricaturer, trois experts-comptables interrogés dans la salle sur cette question pourraient parfaitement avoir trois visions différentes de cette même question.

De la même manière, on parlait tout à l'heure de passif exigible et aussi de passif contesté.

Ce passif contesté, n'entre pas, nous dit la Cour de cassation, dans la définition du passif exigible.

Dès lors, la vraie question, sera de savoir ce que recouvre le passif contesté ? S'agit-il du passif qui est opportunément contesté ? Ou du passif qui est légitimement contesté ?

On pourrait presque imaginer un dirigeant qui se présenterait à un entretien devant le Président d'une juridiction pour solliciter l'ouverture d'un mandat ad hoc, ou d'une

conciliation, et qui estimerait qu'une grosse partie de sa dette fournisseurs, non payée à échéance (et donc exigible), n'entre pas pour autant selon lui dans son passif exigible, parce qu'il considérerait que, la qualité des marchandises n'étant pas au rendez-vous, les sommes ne sont pas dues ; Le passif étant « contesté », n'aurait alors pas à rentrer dans la catégorie du passif exigible et, ...par magie..., la question de savoir s'il est, ou pas, en cessation des paiements, disparaîtrait !.

C'est ce qui fait tout l'intérêt, finalement, de cette notion d'état de cessation des paiements, qui est une notion mouvante, dynamique.

S'il y a une chose à retenir, c'est qu'il s'agit d'une notion avant tout de trésorerie, qui s'apprécie à un instant T. On peut donc théoriquement se trouver en état de cessation des paiements un lundi, et le mardi obtenir un moratoire de son principal créancier ou encaisser une somme d'argent d'un client, qui fait que, techniquement, nous ne sommes plus en cessation des paiements. Si la lecture du bilan peut permettre de se donner une idée sur l'état de santé de l'entreprise, le bilan ne renseignera pas en revanche sur l'absence d'état de cessation des paiements, par exemple lorsqu'il s'agira de solliciter l'ouverture d'une procédure de sauvegarde.

Dès lors que les notions d'actif disponible et de passif exigible ne sont pas expressément définies, cela permet une certaine liberté d'appréciation de la situation par le président de juridiction.

Cette liberté d'appréciation servira au professionnel qui conseille l'entreprise, comme au juge, selon le degré de gravité de la situation, pour apprécier si l'outil proposé par le livre VI du code de commerce est le bon.

Pour faire un parallèle avec la médecine, il conviendra de déterminer s'il convient de

soigner le malade avec du Doliprane ou avec une chirurgie lourde.

Parfois, la difficulté pourrait être résolue, parce qu'elle est ponctuelle. Parfois, la problématique est tellement grave qu'une discussion qui consisterait à aller chercher quelques mois de délais de paiement auprès de son créancier sera malheureusement insuffisante. Et, en réalité, une procédure collective sera sans doute la véritable solution.

Selon les cas, il est vrai que l'approche et la sensibilité du juge qu'il convient de convaincre va être très importante dans l'appréciation de la notion d'état de cessation des paiements.

Mais cette sensibilité de la notion d'état de cessation des paiements est également vraie pour le dirigeant lui-même !

Puisque nul n'est censé ignorer la loi, le dirigeant doit être avisé de la règle selon laquelle la non-déclaration de cessation des paiements dans les 45 jours est une potentielle faute de gestion pour lui.

Mais la réalité du terrain, c'est aussi parfois le dirigeant qui tantôt se refuse à envisager l'ouverture d'une procédure collective qu'il considérera comme la mort de son entreprise, et tantôt niera ses difficultés ou refusera de les affronter en recourant aux outils de la prévention.

Voilà pour ce premier point.

La loi ne précise pas nécessairement la forme que doit revêtir cette démonstration de l'absence de cessation des paiements. Et le débiteur doit simplement attester qu'il ne se trouve pas en cessation des paiements. Je parle ici de la prévention.

Quelque part, cette démonstration se fait donc sous une forme déclarative. Donc, le dirigeant se présente dans le cabinet du

Président du tribunal, et atteste qu'il ne se trouve pas en cessation des paiements. Ça, c'est le texte.

En revanche, dans la pratique, on observe que le Président de juridiction exigera, une attestation de l'expert-comptable de l'entreprise certifiant de l'absence de cessation des paiements.

Cette exigence bien que non prévue par les textes, se comprend aisément. Il s'agit pour le Président, comme pour le débiteur d'ailleurs, de s'assurer que la situation décrite est bien la réalité et que l'on se trouve bien dans la bonne voie de traitement des difficultés.

On procède ainsi par une sorte de faisceau d'indices. Cette exigence présente un intérêt dès lors que l'attestation ne constitue pas le seul et unique outil de démonstration de l'absence de cessation des paiements. Il apparaît indispensable de conjuguer l'exigence de se rapprocher au plus près de la réalité de l'état de santé de l'entreprise, et en même temps conserver cette approche pragmatique permettant de conforter le succès (statistique) de la prévention.

C'est là en effet que l'on peut rencontrer des problématiques très pratiques : Ainsi, toutes les entreprises qui rencontrent des difficultés n'ont pas nécessairement toutes une comptabilité à jour, tenue au cordeau. Et on se retrouve avec des situations dans lesquelles, si la comptabilité n'est pas saisie intégralement et à jour, on va placer l'expert-comptable en grande difficulté en lui demandant, « pour tout de suite », une attestation selon laquelle l'entreprise ne se trouve pas « à ce jour » en état de cessation des paiements alors que la comptabilité n'est pas arrêtée à « ce jour » ;

Exiger dans cette hypothèse une attestation de l'expert-comptable qui par définition est dans l'incapacité de la fournir, viendrait paradoxalement priver d'effet le recours à la

prévention, alors même que d'autres indices pourraient permettre de tâcher de convaincre le juge de l'absence de cessation des paiements ou de la cessation des paiements depuis moins de 45 jours.

Une nouvelle fois, s'agissant des documents qui servent à cette démonstration, je parlais tout à l'heure de l'attestation de l'expert-comptable. En réalité, évidemment, c'est un confort supplémentaire pour le juge. Ce n'est pas forcément un manque de confiance dans les déclarations du dirigeant mais, en réalité, puisqu'il n'y a pas de méthodologie décrite dans le code de commerce, le juge, quel qu'il soit, qu'il s'agisse du président de juridiction ou du tribunal lui-même lorsqu'il apprécie la question d'état de cessation des paiements ou l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, c'est-à-dire l'absence de cessation des paiements ou de redressement judiciaire, va se baser, en réalité, sur un faisceau d'indices.

La question, ensuite, qui doit se poser c'est celle de la charge de la preuve. Parce que, finalement, l'entreprise qui sollicite une mesure de prévention ou une procédure de sauvegarde, par exemple, évidemment, ça va de soi, c'est sur elle que pèse la charge de la preuve. C'est à elle d'aller démontrer, documents à l'appui, attestations diverses à l'appui, qu'elle ne se trouve pas en cessation des paiements.

A l'inverse, on rencontre aussi des cas de figure dans lesquels l'entreprise se trouve assignée en redressement judiciaire par son créancier, ou bien parce que le procureur de la république a saisi le tribunal d'une demande en redressement judiciaire, considérant que l'entreprise se trouvait en cessation des paiements. Si j'applique à la lettre les textes, la charge de la preuve pèse alors sur le demandeur. Il s'agit, par exemple, dans l'exemple du parquet, pour le ministère public, de rapporter la preuve

de ce que l'entreprise se trouve en cessation des paiements.

En réalité, dans la pratique, on s'aperçoit qu'il va plutôt s'agir de présomption de mauvaise santé financière de l'entreprise, qui se base sur – on peut appeler ça - des signaux faibles, régulièrement, parce que, par exemple, un dirigeant ne se sera pas présenté à l'entretien de prévention, parce que les comptes n'auront pas été déposés, parce que les inscriptions ont été prises par un créancier public divers, parce que des injonctions de payer sont intervenues. Bref, tout autant de signaux, ou d'alertes, par exemple. Ces signaux-là remontent jusqu'au procureur de la république, qui prend l'initiative de saisir le tribunal. Il s'agira d'une présomption de mauvaise santé financière de l'entreprise, mais celle-ci est néanmoins une présomption réfragable ; autrement dit, c'est au dirigeant de prouver qu'il est en bonne santé s'il veut s'opposer à une demande de redressement judiciaire formée contre lui. Même s'il y a un principe, il y a quand même une réalité.

C'est un petit peu comme si on se disait : Doit-on laisser repartir du service des urgences une personne déclarée très malade sans avoir fait le moindre examen ? Pas sûr. Dans ces conditions, il est donc assez normal que l'entreprise fasse l'exercice d'aller démontrer que tout va bien et qu'elle est en situation saine, si j'ose dire, et pour ce qui nous concerne ce soir, qu'elle n'est pas en cessation des paiements.

Ensuite, je voulais évoquer avec vous la date d'appréciation de l'état de cessation des paiements, selon la procédure.

En théorie, lorsqu'une entreprise se déclare en cessation des paiements, elle renseignera une date dans le formulaire de déclaration de cessation des paiements, qu'elle considère comme l'événement constitutif de son état de cessation des paiements.

Ce que l'on observe, le plus souvent, ce sont des jugements d'ouverture par lesquels il est indiqué une date provisoire d'état de cessation des paiements, qui reprendra le plus souvent la date renseignée sur le formulaire qui a été remis par le dirigeant et, parfois, le dirigeant ne sachant pas lui-même quelle date renseigner, il renseigne la date à laquelle il se présente au guichet du greffe ; comme ça, au moins, il se dit qu'il ne se trompe pas. Cette date est provisoire ... et comme l'a dit tout à l'heure Monsieur FAVARIO, cette date peut être utilement reportée jusqu'à un délai de dix-huit mois, si le tribunal est saisi d'une telle demande.

Il arrive aussi parfois que, comme je le disais tout à l'heure, le dirigeant ne soit pas forcément prompt à aller se placer sous la protection du tribunal ; Cela peut s'expliquer par la peur du tribunal, la peur de la publicité qui est attachée au jugement d'ouverture. Il y a le déni du dirigeant. La désorganisation interne. Il y a tout un tas de raisons qui peuvent expliquer qu'un dirigeant ne se présente pas en temps et en heure, et dans le délai de quarante-cinq jours devant un tribunal de commerce pour solliciter l'ouverture d'une procédure. Et quand il arrive, ce n'est pas forcément dans des conditions optimales. Et donc, le redressement judiciaire arrive à un moment donné où, évidemment, si l'entreprise arrive avec pas grand-chose en trésorerie, ce redressement judiciaire risque de ne pas avoir l'efficacité qu'on attendait, parce qu'on est arrivé un peu trop tard, voir beaucoup trop tard.

Lorsque le redressement arrive très tard, il est évidemment fréquent que l'état de cessation des paiements fût antérieur voire bien antérieur à celui de la déclaration de cessation des paiements.

Dans ce cas de figure, soit le débiteur « reconnaît » spontanément que la date de cessation des paiements est antérieure à la date de son formulaire, soit le tribunal

apprécie souverainement la date qu'il considère comme vraisemblable de l'état de cessation des paiements, soit enfin cette date peut être ultérieurement reportée en arrière jusqu'à 18 mois.

L'autre problématique, sur la date d'appréciation de l'état de cessation des paiements, que l'on peut observer : c'est la voie de recours : parce qu'on observe que, lorsqu'un appel est interjeté à l'encontre d'un jugement de redressement judiciaire, du fait de l'effet dévolutif, la Cour va statuer à nouveau en fait et en droit, et apprécier la question de l'état de cessation des paiements au moment où elle statue.

La difficulté pratique c'est que, lorsque l'entreprise se trouve en redressement judiciaire et qu'elle interjette appel, les effets de redressement judiciaire sont instantanés, mais aussi ses inconvénients attachés à la publicité.

Potentiellement l'environnement économique n'est pas forcément prompt à aider toujours l'entreprise, qui y est contrainte par l'effet de la loi. Et au moment où, quelques mois plus tard, on se retrouve à plaider devant la cour, on n'est pas forcément en meilleure santé. Du coup, l'appel n'est pas toujours (je ne parle pas de manière systématique) efficace car si l'entreprise n'était effectivement pas en cessation des paiements au jour où elle a été placée en redressement judiciaire (et donc à tort), elle éprouvera des difficultés à démontrer plusieurs mois plus tard en cause d'appel qu'elle est sortie d'affaires. Son appel n'est pas suspensif...

A l'inverse – c'est un exemple beaucoup plus rare mais, néanmoins, je le signale pour le principe – si une mesure de prévention est sollicitée, par exemple une demande de conciliation, par le président du tribunal, et que cette demande a été rejetée, dans ces cas-là, le dirigeant dispose encore d'une

voie de recours - cette fois-ci, c'est une voie de recours gracieuse – devant la cour d'appel. Mais lorsque la cour, elle, examinera cette demande, la cour devra apprécier cette demande, d'après la jurisprudence, au jour où la requête initiale avait été déposée. Donc, la règle n'est pas la même qu'en cas d'appel du jugement d'ouverture. C'était simplement cette subtilité, qui se rencontre très peu en pratique, je vous l'accorde, que je voulais vous signaler.

Je vous remercie pour votre attention.

~

Monsieur Frédéric MAZEL : Merci Maître, pour tous ces éléments. Chère Christine, je te passe la parole, concernant le regard de l'expert-comptable et celui du commissaire aux comptes :



Première allocution de

Madame Christine BLANC-PATIN

Expert-comptable et commissaire aux comptes

Merci.

Je vais essayer d'avoir une approche pragmatique, afin d'aider les consœurs et les confrères qui sont dans la salle et qui sont tous experts-comptables en principe et, la plupart du temps, commissaire aux comptes. Et ils sont, en plus, experts de justice.

Donc, il convient déjà de rappeler que l'expert-comptable, est un professionnel qui doit avoir un regard indépendant, mais qui a aussi un devoir de conseil vis-à-vis de son client. C'est très important, parce qu'il doit aider le chef d'entreprise à prendre conscience de la situation réelle de son entreprise. L'expert-comptable peut lui proposer une mission de production de comptes annuels, un suivi régulier de sa comptabilité ou la production de tableaux de bords ou d'états de gestion. Surtout, l'expert-comptable peut être un miroir pour le chef d'entreprise qui, souvent, se réfugie dans le déni en cas de difficultés financières. C'est-à-dire que, quelquefois, il ne s'aperçoit pas de la réalité et de la gravité de la situation.

En même temps, comme on l'a vu, c'est clair que la notion de cessation des paiements est une notion très fluctuante. Comme on l'a dit, on peut être en cessation des paiements lundi, et ne plus l'être le mardi. Par exemple, typiquement, ce sont les maintiens ou non de découverts, les maintiens des comptes courants d'associés ;

si l'associé maintient son compte courant, la société n'est pas en cessation des paiements ; s'il le retire, elle l'est. Donc, vous voyez, la situation peut être relativement difficile à apprécier.

Néanmoins, l'expert-comptable a quand même des normes professionnelles et des avis qui l'aident dans sa mission.

Jusqu'en 2019, il existait peu de textes et peu d'avis. Mais la Profession a quand même connu des évolutions positives depuis.

D'abord, il y a eu loi Pacte du 22 mai 2019, et surtout il y a eu la transposition de la directive européenne « Restructuration et insolvabilité ». Le conseil supérieur de l'ordre des experts-comptables, a publié – je vous le signale parce qu'il faut vraiment s'y référer à chaque fois – un guide en septembre 2022, qui s'appelle « Guide d'accompagnement des entreprises en difficulté par l'expert-comptable ».

Bien évidemment, aujourd'hui, il faut vraiment se référer à ce genre de guide.

Ensuite, il y a quelque chose qui, à mon avis, a été essentiel pour notre profession en tant qu'experts-comptables : c'est l'avis 2022-01 du 08 février 2022 : c'est un avis qui concerne les demandes d'attestations de non-cessation des paiements. Ces attestations sont très sensibles et peuvent engager le professionnel. Elles sont de plus

en plus demandées par les administrateurs judiciaires, les tribunaux de commerce, les banques et les clients eux-mêmes. Cet avis a le mérite d'exister, et je vous recommande de vous y reporter, lorsque vous devez produire une attestation de non-cessation des paiements.

Que faut-il retenir de cet avis ? Il donne des précisions sur l'attestation. Il reprend, dans son pied de page, des arrêts de cours d'appel qui sont très importants. Je les redonne :

- D'abord la cour d'appel de Paris, qui souligne : « *La preuve de l'impossibilité de faire face au passif exigible avec l'actif disponible ne saurait résulter la comparaison des éléments du seul bilan.* ».

- il y a un autre arrêt, de la cour d'appel d'Aix-en-Provence, du 05 juin 1987 (qui est un peu ancien, mais que je trouve très bien rédigé), qui reprend : « *Même la cessation des paiements n'est pas une notion comptable calculable à partir des éléments statiques d'un bilan. C'est une notion de trésorerie dans laquelle doivent être intégrés les éléments dynamiques de la vie de l'entreprise, dont aucune trace ne figure éventuellement au bilan, tels que les crédits temporaires, les découverts, les engagements au bilan.* ». On sait, nous, les professionnels du chiffre, combien les engagements hors bilan sont essentiels lorsqu'on cherche à démontrer s'il y a cessation des paiements ou pas.

Donc, quand vous attestez l'absence de cessation des paiements, essayez de ne pas faire une comparaison statique, à un instant T, de postes d'actifs par rapport à des postes de passifs parce que, souvent, cela peut conduire à une vision mathématique à un instant donné qui sera fautive.

Quels sont les postes comptables que l'on peut prendre ? Je vous rappelle aussi - on l'a dit mais je vais le redire encore une fois - c'est l'actif disponible, qui correspond à

tout ce qui peut être transformé immédiatement à très court terme, en disponibilités. Tout le reste, théoriquement, ce n'est pas de l'actif disponible. Le passif exigible, lui, bien sûr, est constitué par toutes les dettes qui sont arrivées à l'échéance, celles que les créanciers peuvent exiger : bien évidemment, les salaires, les fournisseurs, les dettes échues ; Quelquefois, cette interprétation peut être sujette à caution, puisqu'il faut, comme l'a dit Maître GOMEZ, que, ces mêmes dettes soient certaines, non litigieuses, et non contestées.

L'avis préconise d'utiliser une situation actualisée. Là, encore une fois, combien de fois l'expert-comptable n'a pas les derniers éléments financiers, parce que la comptabilité n'est pas à jour. Bien évidemment, il ne faut pas produire d'attestation d'absence de cessation des paiements si la comptabilité de l'entreprise n'est pas à jour. Je sais bien que ce que je dis, est plus facile à dire qu'à faire et, que dans la vraie vie, cela peut être plus compliqué parce que l'expert-comptable est soumis à une certaine pression de la part de la société qui est en grande difficulté mais il faut savoir rester professionnel et appliquer les recommandations et les normes.

Cet avis, aussi, donne des exemples concrets de ce qui doit être pris, même s'il prend des précautions en soulignant l'importance du jugement professionnel de ce qui doit être pris dans l'actif réalisable ou le passif disponible. Mais sont exclus les biens qui ne peuvent pas être cédés à court terme tels que, par exemple, le montant des travaux réalisés dans les locaux de l'entreprise, la valeur des stocks de marchandises – clairement, c'est très rare que les stocks puissent être pris dans l'actif réalisable.

De même, tout ce qui est créances : les créances, théoriquement, sont exclues de l'actif réalisable. Néanmoins, encore une fois, si l'on est sûr que la créance va être

payée dans la semaine, je pense que, dans l'attestation, rien ne vous empêche d'expliquer que vous avez pris telle et telle créance parce que vous considérez qu'elle allait être encaissée dans les jours qui viennent.

Comme on l'a vu aussi, et c'est clairement dit dans l'avis, tout ce qui est immobilisations n'est pas pris en compte. De même, si la société a des comptes bancaires à l'étranger, ils ne sont pas obligatoirement disponibles, car il faut bien vérifier qu'il n'y a pas de restrictions de remontée de ces comptes vers la France ; et donc, pour tous les comptes à l'étranger, il convient de vérifier que vous pouvez les transformer en trésorerie dans le siège social de l'entreprise.

Pour les avances en comptes courants d'associé, bien évidemment, il convient de vérifier si possible le pacte d'actionnaires ou d'associés ; vérifier si le compte courant est maintenu ou pas. Souvent, le compte courant est quelque chose d'essentiel : c'est lui qui maintient la continuité d'exploitation de l'entreprise. Donc, il convient d'expliquer dans votre attestation si vous le prenez ou si vous ne le prenez pas pour déterminer l'état de cessation de paiement.

Le découvert autorisé théoriquement ne fait pas partie du passif exigible. A condition qu'il reste autorisé. La plupart du temps, quelques semaines avant l'état de cessation de paiement, vous pouvez rencontrer des banques qui envoient un message ou une lettre qui met fin à l'autorisation du découvert. Donc il convient de faire attention, parce qu'un découvert non-autorisé redevient exigible.

Le modèle d'attestation : le conseil supérieur a proposé un modèle d'attestation dont je voudrais rappeler le niveau d'assurance dite « modérée » : le niveau d'assurance, jusqu'à présent, c'était une notion plutôt de commissariat aux comptes. On s'aperçoit, de plus en plus,

qu'elle concerne la profession d'expert-comptable.

Je vous rappelle que la notion de « modérée » est plus prudente que la notion de « raisonnable ». Donc, faire une opinion avec une assurance modérée, c'est donner une opinion avec une double négation : vous n'avez pas identifié d'éléments qui vous empêchent de penser que la société est en état de cessation des paiements. Tout cela, c'est de la dialectique, mais je crois que, malheureusement, dans un monde qui devient de plus en plus judiciaire, il faut prendre toutes les précautions lorsque l'on fait des affirmations oratoires et encore plus écrites.

Autre chose d'importance repris dans le modèle d'attestation, est le rappel du contexte dans lequel vous intervenez. Théoriquement, seul l'expert-comptable de l'entité peut faire une attestation. Pourquoi ? Parce que, d'abord, il connaît l'entreprise. C'est lui qui a produit les comptes annuels, les déclarations de TVA etc. Donc c'est lui qui est le plus à même de savoir si la société est en cessation des paiements ou pas. Dans tous les cas, il vaut mieux que vous soyez l'expert-comptable de l'entreprise. Si c'est à la demande d'un administrateur judiciaire par exemple, qui vous demande de vous prononcer sur un état de cessation des paiements, encore une fois, prudence. Bien rappeler, dans votre attestation, dans quel cadre vous produisez cette attestation. Comme je le disais tout à l'heure, il vaut mieux faire des attestations longues, où vous expliquez le contexte et les diligences accomplies. D'abord, parce que ça va éventuellement éclairer le magistrat, qui va disposer d'une opinion qui est étayée, et qui va permettre aussi, si vous êtes mis en cause à justifier votre position si par la suite, on s'aperçoit que la société était en état de cessation des paiements quand vous avez fait votre attestation.

Encore une fois, regardez le modèle d'attestation. Décrivez les diligences le plus

possible. Expliquez aussi, si vous avez des conditions suspensives qui sont nécessaires pour apprécier l'état de non-cessation des paiements comme le maintien de comptes courants d'associés, maintien du découvert, etc ; Pour ma part, je pense qu'il est préférable d'expliquer les diligences et le raisonnement, plutôt que de faire une attestation sèche.

Je vais vous dire aussi quelques mots sur ce qu'on appelle l'« Independent Business Review » (IBR) :

Je ne sais pas si vous connaissez ce que ce terme recouvre. Ces diligences proviennent du monde anglosaxon. En français dans le texte, cela se traduit plutôt par « revue du plan d'affaires ».

Les IBR sont de plus en plus demandés par les administrateurs judiciaires. Il s'agit d'un rapport par des cabinets spécialisés (souvent très gros cabinets de réseau anglosaxons) qui ont des départements qui sont spécialisés dans ce type de rapports, et qui, à la demande de l'entité et surtout des banquiers et des bailleurs de fonds, demandent qu'un cabinet s'engage sur la réalité des plans d'affaires (des business plans en anglais), pour vérifier que la procédure peut continuer.

Donc, il faut être prudent si on vous demande un IBR, même si, théoriquement, n'importe quel expert-comptable peut le faire, puisque ça pourrait s'apparenter à une opinion sur des données prévisionnelles. Néanmoins, là, encore une fois, prudence, parce qu'il faut avoir des collaborateurs qui sont spécialisés dans les domaines du prévisionnel et qui sont aussi compétents dans le secteur d'entreprise de la société. Mais, si jamais cela vous arrive en tant qu'expert-comptable que la société vous demande d'attester un Business Plan ou un plan d'affaires, il convient de se rappeler qu'il existe des normes de l'Ordre auxquelles il conviendra de se référer. Se rappeler que les BP doivent toujours être

approuvés par la société, donc vous devez rappeler le contexte, décrire les hypothèses qui ont été prises pour la construction du BP et indiquer que vous les avez revues, c'est que vous avez contrôlé leur cohérence, les calculs et l'aspect raisonnable de ces prévisions. Et, là encore, soyez prudents : par exemple, voici une conclusion possible : *« sur la base de notre examen des éléments corroborant les hypothèses retenues, nous n'avons pas relevé de faits de nature à remettre en cause ces hypothèses pour établir ces prévisions budgétaires, étant précisé que nous ne pouvons apporter l'assurance sur leur réalisation. »*.

Donc, encore une fois, de plus en plus de prudence lorsqu'on vous demande de faire des rapports sur des prévisionnels.

Voilà ce qu'il m'a semblé important de signaler.

Je pourrais dire encore beaucoup plus de choses sur le rôle de l'expert-comptable, mais il me semblait nécessaire de mettre l'accent sur cette prudence en ce qui concerne cette attestation de l'absence de cessation des paiements d'une entreprise.

Quelques mots aussi sur le rôle du commissaire aux comptes. Nous avons vu que l'expert-comptable est celui qui accompagne l'entité tout au long de l'année. Le commissaire aux comptes intervient moins souvent que l'expert-comptable, et a l'interdiction de s'immiscer dans la gestion ; donc il ne peut pas conseiller le client. Néanmoins, il peut dialoguer avec lui sur les indices de continuité de l'exploitation qu'il peut avoir relevés. Et, dans ce cas-là, il y a une procédure, qui est connue depuis de longues années, qui est la procédure d'alerte, que vous connaissez tous, en tout cas pour ceux qui sont commissaire aux comptes.

Il faut bien connaître cette procédure d'alerte et ne pas hésiter à la déclencher, car vous savez bien que son absence ou son

retard de déclenchement constitue une des principales raisons des mises en causes des commissaires aux comptes.

Je ne vais pas faire un résumé détaillé de la procédure d'alerte car nous n'en avons pas le temps mais se rappeler les points essentiels :

Pour les sociétés qui ont un conseil d'administration, la procédure est en quatre phases :

- la phase une, c'est la phase où vous demandez au président des explications sur la nature des faits qui peuvent compromettre la continuité de l'exploitation. Se rappeler que ces procédures d'alerte sont très normées, à la fois dans la façon de communiquer avec l'entité, puisque vous devez communiquer avec lettres avec accusés de réception, avec des délais très courts ; donc, encore une fois, bien documenter votre dossier.

- étape deux : si vous n'êtes pas satisfait de la réponse ou en cas d'absence de réponse dans le délai imparti, demandez au président de convoquer un conseil d'administration pour décider de la poursuite de l'activité.

- étape trois : si la réponse n'est toujours pas satisfaisante, vous devez demander que l'assemblée générale soit convoquée et vous faites, lors de cette assemblée générale, un rapport spécial d'alerte où vous expliquez aux actionnaires l'état de la société et les faits qui vous ont conduit à faire ce rapport d'alerte ;

- étape quatre : c'est le rendez-vous avec le président du tribunal de commerce.

Il convient également d'informer le Président du Tribunal de commerce du lancement de la Procédure d'alerte.

Lors de la pandémie de covid, il avait été mis en place une phase, la phase zéro qui, à

l'époque, nous allait bien, nous les commissaires aux comptes, parce qu'elle était relativement facile à mettre en place : Cette phase 0 était, au départ, destinée à aider les entreprises en difficulté, en raison des problèmes liés à la pandémie. Mais il faut savoir que le code de commerce l'a internalisée maintenant, c'est-à-dire que le commissaire aux comptes prévient, dès qu'il pense l'entreprise en difficulté, le président du tribunal de commerce. Alors qu'auparavant, on pouvait considérer que la phase une était confidentielle et ne devait pas donner lieu à une information du président du tribunal de commerce vous pouvez, dès la phase une, si vous considérez que c'est nécessaire, prévenir le président du tribunal de commerce.

Pour rappel, vous pouvez bien sûr arrêter la procédure d'alerte à chaque phase. Vous pouvez dans les six mois, reprendre la procédure d'alerte à la phase à laquelle vous vous êtes arrêté. Mais si vous dépassez le délai de six mois, il faut recommencer au début de la procédure. Je vous invite à regarder la note d'information de la CNCC sur la procédure d'alerte qui est très bien faite et qui reprend tous les cas possibles.

Mon conseil aussi - et c'est le lien avec l'état de cessation des paiements - est que, théoriquement et c'est évident, il faudrait avoir lancé la procédure d'alerte avant l'état de cessation des paiements. Et je dirais, bien avant l'état de cessation des paiements et ceci d'autant plus si, par la suite, la date de l'état de cessation des paiements est avancée dans le temps. Dans ce cas-là, le commissaire aux comptes qui a tardé à lancer la procédure d'alerte va être dans une position difficile, parce qu'il n'a pas lancé la procédure assez tôt. Donc, encore une fois, il faut être auprès de l'entité que l'on contrôle et lancer dès que cela est nécessaire la procédure d'alerte, pour essayer de faire prendre conscience à l'entité qu'il est temps de prendre des mesures pour redresser la situation.

Voilà pour ce que je pouvais dire en quelques mots pour le commissaire aux comptes.

~

Monsieur Frédéric MAZEL : Merci Christine pour cet éclairage sur vos métiers d'expert-comptable et de commissaire aux comptes.

Je me tourne désormais à ma gauche, auprès de Maître AVAZERI, qui va nous éclairer sur la gravitation des procédures amiables et judiciaires autour de l'état de cessation des paiements.



Première allocution de

Maître Frédéric AVAZERI

Administrateur judiciaire

Merci de m'avoir invité.

Juste, avant, je voudrais rebondir sur quelques sujets évoqués :

Sur les attestations d'absence d'état de cessation des paiements, une petite précision : ce n'est jamais, ou rarement, l'administrateur judiciaire qui le demande. C'est le tribunal. Dans certaines circonstances. Nous, ce que nous avons l'habitude de demander, ce sont les attestations d'absence de dettes nées au cours de la période d'observation. Mais on n'est jamais confrontés à une difficulté d'obtenir ou de ne pas obtenir cette attestation et, d'une manière générale, contrairement à ce que j'ai entendu (c'est juste pour vous taquiner), les administrateurs judiciaires aiment les attestations courtes. Plus elles sont courtes, mieux on se porte. Quand elles sont trop longues, quand il y a deux pages, on a beaucoup de mal à tourner la première page, parce qu'on sent que la plume est lourde. Et on s'inquiète.

Autre sujet, sur les I.B.R. (Independent Business Review) : évidemment que je vous invite tous à vous plonger dans cet exercice ; mais attention, c'est un exercice qui est difficile, parce que ce n'est pas que la revue des BP, c'est bien plus. C'est la revue historique de comptes, c'est l'analyse des causes des difficultés. C'est l'analyse de la pertinence des mesures de restructuration qui sont mises en place par le dirigeant, et leur modélisation. C'est également l'analyse du marché, et sur certains secteurs

d'activité, il faut être très équipé, surtout quand on est sur des dossiers à connotation internationale, pour être certain qu'on a une bonne approche du marché, que l'entreprise est bien positionnée sur son marché, que les mesures qui sont prises sont adaptées à l'évolution du marché. Donc, dans certains cas, c'est un exercice extrêmement complexe, qui nécessite, comme vous le disiez, d'avoir des équipes plus que structurées.

Sur la notion de cessation des paiements, je crois que vous avez à peu près tout dit. Je rajouterai juste, quand même, une précision : c'est qu'elle a un peu évolué dans le temps : on a fait état de l'actif disponible et du passif exigible, mais cette notion a évolué : le législateur a ensuite précisé qu'il fallait prendre en compte les réserves de crédits et les moratoires (les moratoires, vous en avez parlé). Evidemment, les moratoires ne rentrent pas dans le calcul du passif exigible. Mais les réserves de crédits aident souvent à se sortir, en apparence en tout cas, de la notion de cessation des paiements.

Qu'est-ce qu'une réserve de crédit ? C'est justement la partie du découvert qui n'a pas été tirée ; quand bien même serait-elle dénoncée, elle est toujours disponible, et donc c'est une réserve de crédit qui vient agrémente la trésorerie disponible.

Et ça peut aller au-delà, même. Vous évoquiez les comptes courants, qui sont pour moi du passif exigible (à partir du moment où il n'y a pas, effectivement, un

accord écrit, c'est du passif exigible – le compte courant est exigible par nature). En revanche, vous pouvez très bien demander à un actionnaire d'apporter, par un écrit, un engagement de réserves de crédits qui vont venir agrémente la trésorerie disponible et donc écarter la notion de cessation des paiements et permettre d'avoir accès à certaines procédures et pas à d'autres.

C'était la précision que je voulais apporter.

La notion de cessation des paiements est compliquée, dans son approche, parce qu'elle est exclusivement juridique. Elle aurait été comptable, elle aurait été beaucoup plus simple, me semble-t-il. Mais elle est juridique donc, du coup, elle est bien plus complexe. Et la question qu'on se pose, que vous devez vous poser, que les chefs d'entreprises doivent se poser, c'est : en fonction de ma situation, est-ce que j'ai accès à telle ou telle procédure ? Et il y a beaucoup de procédures. Plus ça va, plus il y en a. Donc, on va commencer par la première :

1- Le mandat ad hoc :

Est-ce qu'une entreprise en état de cessation des paiements peut avoir accès au mandat ad hoc ?

J'ai entendu - et je sais que les professeurs de droit aiment à dire - qu'une entreprise qui est en état de cessation des paiements pourrait avoir recours au mandat ad hoc, parce que, sur le principe, me semble-t-il, tout ce qui n'est pas expressément interdit est autorisé. Et, à partir du moment où la notion n'est pas visée dans le texte (L 611-3 du code de commerce), a priori, la société pourrait avoir la possibilité de viser cette procédure en cessation des paiements. Je pense tout le contraire, pour deux raisons :

- D'abord, une raison de lecture du livre VI (c'est quand même une lecture graduée) :

on part de la procédure la plus light, qui est le mandat ad hoc ; on bascule ensuite sur la conciliation où, là, la notion de cessation des paiements apparaît (on l'est ou on ne l'est pas) ; ensuite, il y a la procédure de sauvegarde, qui vient un peu bouleverser cette gradation ; puis le prepack cessation ; la sauvegarde accélérée ; le redressement judiciaire ; la liquidation judiciaire.

Et j'ai la faiblesse de penser que, pour qu'une entreprise puisse bénéficier du mandat ad hoc, elle doit - ou devrait - justifier ne pas être en cessation des paiements.

- Mais la raison pratique - et c'est celle que je constate depuis que le mandat ad hoc existe, c'est qu'une entreprise en cessation des paiements ne doit pas aller au mandat ad hoc ; parce qu'elle n'est pas protégée - ni l'entreprise ni le dirigeant - et que, aux premières difficultés apparues, immédiatement, il va falloir basculer du mandat ad hoc vers la procédure de conciliation. Et, en pratique, on ne voit jamais un chef d'entreprise qui irait voir un président de juridiction, en cessation des paiements, vous dire : « je crois que je vais plutôt opter pour le mandat ad hoc ; ça me paraît plus approprié, parce que plus souple, avec des délais moins contraints ». Je ne crois pas qu'en pratique - en tout cas moi je n'y ai jamais été confronté - c'est la raison pour laquelle je pense que le mandat ad hoc, que ce soit pour des raisons juridiques ou économiques, est exclusivement réservé à des entreprises qui ne sont pas en état de cessation des paiements. Mais c'est un point de vue très personnel.

2 – En conciliation :

On vous l'a dit, on est en cessation des paiements, ou on n'est pas en cessation des paiements, ou depuis moins de quarante-cinq jours si on l'est. Et, évidemment, pour avoir accès à cette procédure, qui est plus contraignante, comme vous le savez, que le mandat ad hoc, d'abord parce qu'elle est

enfermée dans des délais (quatre mois + un mois maximum, alors que le mandat ad hoc est renouvelable à volonté) mais, en revanche, elle est beaucoup plus protectrice de l'entreprise que ce que peut l'être le mandat ad hoc dans de pareilles circonstances.

3 – Ensuite vous avez le **prepack cession** :

Là aussi, il y a, à mon avis, une faille dans le dispositif législatif : est-ce qu'une entreprise en cessation des paiements peut avoir accès au **prepack cession** ? En d'autres termes, est-ce que, en mandat ad hoc, on peut orienter l'entreprise vers un **prepack cession** ?

Je pense que non. Et d'ailleurs, quand on lit les articles L 611-3 et 611-4 du code de commerce, on voit bien que le **prepack cession** apparaît dans la procédure de conciliation. Sauf que, quand on se projette dans la lecture du texte plus loin, et donc en redressement judiciaire. Quand on vient dénouer un **prepack cession**, le texte fait référence au mandataire ad hoc, ou au conciliateur. Je pense qu'il y a probablement une erreur de plume, parce que je ne vois pas comment un **prepack cession** pourrait être initié dans le cadre d'une procédure de mandat ad hoc. Peut-être pourrait-elle l'être, mais de toute façon, il me semble que la lecture des textes oblige à formaliser le **prepack cession** en conciliation, donc en cessation des paiements ou pas, pour se référer à la notion de conciliation.

4 - Et puis vous avez cette procédure un peu hybride, qui est la **sauvegarde accélérée** :

Je ne suis pas sûr que vous la connaissiez tous parce que, avant, c'était la **sauvegarde financière accélérée**. Je sais que, sur Marseille, pour ne citer que Marseille, il y en a eu une seule. J'en étais à l'origine.

La procédure de **sauvegarde** est exclusive de l'état de cessation des paiements. Mais

dans cette procédure, on peut l'être, puisque l'ex-sauvegarde financière accélérée, ou la **sauvegarde accélérée**, n'est que la résultante d'une discussion qui a eu lieu en procédure de conciliation, en cessation des paiements ou pas, qui tourne mal, ou pas suffisamment bien pour sortir par un constat ou une homologation. Et donc, vous allez contraindre un des créanciers récalcitrants devant le tribunal pour faire adopter, à la majorité, le plan de restructuration qui a été proposé.

On pourrait considérer que, comme elle est très peu utilisée, elle n'a pas d'intérêt. C'est tout le contraire : je prends souvent cette image de toutes ces procédures qui, en fait, sont regroupées dans une commode. Dans cette commode, vous avez autant de tiroirs que de procédures. Vous avez une clé. Cette clé, elle ouvre tous les tiroirs, mais qu'une fois. Donc, il ne faut pas se tromper. Et une fois que vous avez ouvert un tiroir, c'est beaucoup plus difficile d'en ouvrir un autre.

Donc, je pense que la **sauvegarde accélérée** nous a permis, bien souvent, nous, praticiens, de convaincre des banquiers – pour ne parler que d'eux – de faire en sorte d'accepter la restructuration qui est proposée dans le cadre d'une procédure amiable.

5 – Et puis, vous avez ensuite, évidemment, le **redressement judiciaire** et la **liquidation judiciaire** qui, évidemment, nécessitent d'être en état de cessation des paiements. Et, quelquefois, on se retrouve dans des situations paradoxales – ça a été mon cas il y a très peu de temps sur un dossier d'une taille significative sur Marseille, encore une fois, où l'entreprise était en état de cessation des paiements avérée, ce qui nécessitait de la placer en redressement judiciaire. Mais cette entreprise avait une société holding dans laquelle il y avait aussi beaucoup de personnel. Et il fallait nécessairement, considérant que nous allions vers un appel d'offres, placer l'ensemble sous la

protection du tribunal. Sauf que la holding n'était pas du tout en cessation des paiements. Et donc, le texte prévoit, comme vous le savez, lorsqu'une difficulté surgit, de bénéficier de la procédure de sauvegarde quand on n'est pas en cessation des paiements. Et, une fois que vous êtes en procédure de sauvegarde, soit, effectivement, comme vous le disiez, professeur, vous constatez l'état de cessation des paiements et vous basculez en redressement judiciaire, soit, prévoit le texte, vous ne pouvez pas envisager un plan de sauvegarde, auquel cas vous avez la faculté de basculer en redressement judiciaire. Donc voilà encore un cas où, sans être en cessation des paiements, on peut tout de même, grâce aux passerelles qui ont été imaginées par le législateur, se retrouver en redressement judiciaire.

Le plus important, dans toute cette analyse, c'est que vous, en tant que conseils, experts-comptables, commissaires aux comptes et avocats (puisque'il y en a au moins un ici), donniez le bon conseil aux chefs d'entreprises. Et ce n'est pas souvent facile. Parce qu'en fonction de la situation (évidemment, quand les dettes sont très importantes, que la trésorerie est exsangue et que toutes les facilités de caisse ont été dénoncées, c'est beaucoup plus facile, mais on est rarement dans ce genre de situation), il va vous appartenir de faire une appréciation fine de la situation parce que, selon le cas, vous pouvez priver le dirigeant d'une procédure beaucoup plus protectrice de ses propres intérêts. Je me souviens d'un cas, lorsque la procédure de sauvegarde est arrivée dans le panel des procédures, il y avait une vraie différence entre la procédure de sauvegarde et le redressement judiciaire, qui a été largement estompée depuis par le législateur - et donc on avait plutôt envie de conduire le chef d'entreprise vers la procédure de sauvegarde plutôt qu'au redressement judiciaire. Et donc, le conseil du débiteur avait suggéré une procédure de conciliation. Il était venu me voir, avec son conseil, et aux vues de la situation, il était

apparu que le redressement judiciaire était incontournable. Donc, c'était un deuxième avis qu'il était venu chercher. Moi, j'étais plutôt pour le redressement judiciaire. Et, en définitive, après être allé voir le président du tribunal dans le cadre de la prévention, à l'époque, c'est la procédure de sauvegarde qui a été retenue. Donc, trois personnes différentes, trois conseils différents. Malheureusement, la sauvegarde a mal tourné, et ça s'est terminé en liquidation judiciaire. Et je pense encore aujourd'hui que le redressement judiciaire était beaucoup plus adapté.

Donc, tout ça pour vous dire que vous faites partie, de ceux qui sont en mesure de détecter, le plus en amont possible, les difficultés de l'entreprise ; et vous faites partie de ceux qui peuvent aiguiller, par la connaissance que vous avez des procédures, les chefs d'entreprises vers les procédures amiables, qui sont évidemment largement plus favorables aux entreprises que les procédures judiciaires.

Et, pour terminer ces propos introductifs et je reviendrai ensuite sur la pratique. La notion de cessation des paiements fait peur, mais ce n'est pas tant la notion de cessation des paiements qui fait peur, mais ce sont les conséquences de la cessation des paiements. En effet, alors que le dispositif législatif nous paraît – personnellement – quasi parfait, avec toutes les procédures qui sont proposées au chef d'entreprise, c'est un véritable parcours du combattant pour le chef d'entreprise qui, après avoir traversé la procédure collective, être sorti par un plan de procédure collective, l'avoir mené à son terme, au bout de sept ans, ou de huit ans, neuf ans, dix ans, et, à l'issue, continue à être rayé de toutes les banques, de tous les assureurs crédits, puisque'il n'y a guère que la Banque de France qui a un regard bienveillant sur les entreprises en difficulté, se référant aux bilans simplement, plus qu'à l'environnement ou au pedigree de l'entreprise, on peut alors comprendre que les dirigeants ne soient pas enclins à aller

spontanément vers une procédure collective. D'où, effectivement, la nécessité absolue de les aiguiller, le plus en amont possible, vers des procédures amiables, qui sont bien plus efficaces.

~

Monsieur Frédéric MAZEL : Merci Maître pour ces éléments. Avant d'entendre nos intervenants magistrats sur la seconde partie des enjeux, je me tourne vers la salle.

Si vous avez, dès à présent, certaines questions, sur cette première partie, n'hésitez pas. Le micro est ouvert :

~

Monsieur Thierry BOREL : *J'aurais une question pour Maître Frédéric AVAZERI : quel est le regard de l'administrateur judiciaire sur la procédure d'alerte du commissaire aux comptes ?*

Maître Frédéric AVAZERI : Il y a un commissaire aux comptes, qui est dans la salle, qui un jour m'appelle et me dit : « je veux te parler d'un dossier : je me demande si je ne devrais pas déclencher la procédure d'alerte. ». Avant qu'il me parle du dossier, je lui dis : « A mon avis, si tu me poses la question, c'est qu'a priori, il faut déclencher la procédure d'alerte ». Il se reconnaîtra.

Je trouve que les dernières évolutions, avec cette fameuse alerte qui permet tout de suite d'aller voir le président du tribunal, c'est plutôt une bonne initiative. Je regrette, probablement tout comme vous, qu'on ait augmenté les seuils, parce que force est de constater que le commissaire aux comptes veille à l'évolution de la situation financière de l'entreprise. Il est là pour protéger l'intérêt des créanciers, des associés. Et globalement, je regrette que les seuils aient été relevés, mais il faut s'adapter. Globalement, il me semble qu'à part quelques dossiers, les procédures sont déclenchées dans les conditions dans

lesquelles elles doivent l'être. Après, il y a évidemment des dossiers où on se demande pour quelles raisons la procédure n'a pas été déclenchée. On nous donne souvent des bonnes raisons, ou moins bonnes ... Mais bon, on fait avec.

La difficulté est probablement celle résultant du temps qui enracine la relation avec le client et qui rend le déclenchement de l'alerte plus difficile. Je crois que ce qu'il faut retenir, c'est que quand vous déclenchez la procédure d'alerte, vous aidez le chef d'entreprise à prendre des décisions. Voilà ma perception.

~

Monsieur Christian VIANO : *J'ai une question, qui est peut-être une question de droit, à savoir : qui fixe la date provisoire de cessation des paiements ? A quel moment elle est fixée par le tribunal à la demande des parties ?*

Monsieur Thierry FAVARIO : *Juste une petite mise au point, en deux éléments :*

- *Le premier point : nous sommes bien d'accord : je n'ai jamais dit que le mandat ad hoc peut être ouvert par une entreprise. Nous sommes d'accord sur ce point.*

- *En revanche, ce que je sais, c'est la pratique de certains présidents de tribunaux de commerce : il y a un président de tribunal de commerce qui m'est particulièrement cher, c'est le président du tribunal de commerce de Lyon qui, effectivement, a eu une vision, on va dire, maximaliste (et, à mon sens, fausse), consistant à dire : voilà, rien n'est prévu dans le texte, donc on peut le faire, ce qui a été évoqué. C'est vrai. C'est tout à fait exact. Attention, le président du tribunal de commerce n'a pas pris de liberté avec la loi. C'était extrêmement pragmatique. Ça consistait à dire : voilà, si on règle ce problème-là tout de suite, la cessation des paiements disparaît. Donc, après tout,*

pourquoi, finalement, ne pas demander un mandat ad hoc, et obtenir la résolution des difficultés, qui va mettre fin à une cessation des paiements.

Donc, une vision assez pragmatique. Encore une fois, c'est une pratique. Maintenant, est-elle conforme au texte ? Ça, c'est la vraie question.

L'article L. 611-3 du code de commerce, effectivement, ne prévoit rien. Nous sommes d'accord. Peut-on en déduire que l'on peut le faire ? Il y a quand même l'obligation de déclarer la cessation des paiements dans les quarante-cinq jours. Si bien qu'à mon sens, la vraie question devient la suivante : peut-on susciter un mandat ad hoc dans le délai de quarante-cinq jours ? Je dirais que la réflexion devient ouverte. Donc, à mon avis, le problème ce n'est pas simplement de savoir si, oui ou non, on peut le faire. C'est : y-a-t-il une attitude, à un moment, où éventuellement on pourrait le faire ? Je pense qu'il faut resserrer la problématique, tout simplement. Et sur ce point-là, encore une fois, l'article L. 631-4 du code de commerce, emporte l'obligation de déclarer dans les quarante-cinq jours ; c'est quand même le butoir, et ce serait faire prendre un très grand risque au dirigeant que de demander un mandat ad hoc, même si c'est avec les meilleures intentions du monde. Donc c'est pour ça que je voulais clarifier ce point, car il se peut que j'aie dit quelque chose – même si je ne pense pas l'avoir dit.

~

Monsieur Patrick LESBROS, Président du tribunal de commerce de Marseille : Une intervention complémentaire sur l'attestation : Maître GOMEZ, je pense que votre remarque m'était en partie destinée, puisque, lorsqu'on s'est vus, je vous ai dit que je souhaitais, pour l'ouverture des procédures amiables, disposer de cette attestation. Ce n'est pas un effet de zèle. Pour moi, c'est plutôt éclairer sur la bonne décision. C'est ce que vous disiez, Maître

AVAZERI.

J'ai trois exemples, en très peu de temps :

- Premier exemple : quelqu'un qui vient avec son conseil, non pas pour ouvrir une procédure amiable, mais pour me dire : « je pense que je vais ouvrir une sauvegarde ». Je lui dis : « vous n'êtes pas en cessation des paiements ». Il me dit : « J'en suis certain. Je vous fournirai une attestation de l'expert-comptable. ». L'attestation de l'expert-comptable arrive et, en fait, il était en cessation des paiements. Et donc, ça, ça a permis d'éviter une sauvegarde. Mais, par contre, on a pu basculer en conciliation.

- Le deuxième, : je demande l'attestation parce que j'étais certain qu'il y avait une situation de cessation des paiements, au regard de dettes fiscales, financières et sociales. Et j'ai une attestation de l'expert-comptable me disant : « Je certifie que la société X est à jour de ses dettes sociales. ».

Vous savez aussi que, lorsqu'on nomme une conciliation, on soumet, pour avis, au procureur de la république, la convention de l'administrateur judiciaire. En principe, l'avis du procureur de la république ne doit porter que sur la rémunération de la convention. Certains procureurs peuvent prendre la liberté de regarder ce qu'il en est sur l'état de cessation des paiements. Et ça peut permettre aussi d'éviter une perte de temps et des frais générés par un appel qui viendrait du procureur de la république qui, lui, pense à la cessation des paiements et qui vous dit très clairement : de toute façon, si vous l'ouvrez, je ferai appel. Donc, au moins, en joignant l'attestation, ça permet de gagner du temps.

Voilà pourquoi on peut demander l'attestation en question.

~

Maître Frédéric AVAZERI : Le sujet, pour revenir sur ce point puisqu'on y est - et moi

je trouve que le fait de demander l'attestation, c'est plutôt une bonne initiative parce que ça facilite quand même l'appréciation du dossier – mais si on se réfère aux textes de la conciliation, le paradoxe, c'est qu' :

- il n'y a absolument rien de prévu dans le cadre de l'ouverture quant à la délivrance d'une attestation,

- et pire, à la sortie, que ce soit le constat ou l'homologation, c'est le dirigeant qui doit attester que les accords mettent fin à la cessation des paiements, ou qu'il n'a jamais été en cessation des paiements. C'est-à-dire que le texte ne prévoit même pas qu'un tiers expert vienne attester l'absence d'état de cessation des paiements.

~

Monsieur Frédéric MAZEL : D'autres remarques dans la salle ? Donc, Monsieur DELMOTTE, je vous laisse la parole.



Allocution de

Monsieur Philippe DELMOTTE

*Président de chambre, pôle commercial, chambre 3-3,
à la Cour d'Appel d'Aix-en-Provence*

On m'a demandé de traiter les effets de la fixation et/ou du report de la date de cessation des paiements, ce qui va me permettre de répondre à la question qui a été posée, parce que je vais faire trois petites observations liminaires.

Sur la fixation de la date de cessation des paiements, ça revient au tribunal qui, dans le jugement d'ouverture, doit fixer cette date de cessation des paiements. Et là, je dois dire que, moi, j'ai toujours été très réservé sur cette expression : « fixons provisoirement la date de cessation des paiements à telle date ».

Parce que le texte n'a jamais exigé qu'on dise : fixation provisoire. Le texte vous dit : oui, ça peut être reporté plusieurs fois. Mais, normalement, le jugement doit fixer cette date.

Naguère (je parle sous le contrôle de Dominique, que je connais), la Cour de Cassation, justement, était toujours gênée quand elle visait les dispositifs des arrêts ou des jugements qui étaient attaqués, de voir cette expression « fixation provisoire ».

Et puis, j'ai vu, dans certains arrêts récents, qu'on mettait quand même la date de fixation provisoire.

Pourquoi je suis réservé ? Parce qu'en fait, quand le tribunal fixe la date de cessation des paiements, même « à titre provisoire », le provisoire devient très souvent définitif, parce qu'il n'y a pas d'action en report de la

date de cessation des paiements.

Cette date, elle est extrêmement importante ; elle est capitale pour le débiteur, personne physique, ou le dirigeant, parce que si elle n'est pas contestée par le dirigeant ou le débiteur, si elle n'est pas remise en cause par une action en report de la date de cessation des paiements, elle devient définitive, et cela va avoir des effets, qui sont les plus connus :

- sur les nullités de la période suspecte,
- sur les sanctions qui pourront être prises contre le débiteur personne physique ou le dirigeant (Madame KEROMES traitera cet aspect sanctions).

Ce qui explique pourquoi, quand vous avez des actions en report de la date de cessation des paiements, c'est une action attitrée ; la plupart du temps, c'est le liquidateur qui va agir en report de la date de cessation des paiements, parce que son intérêt stratégique, c'est de :

- pouvoir récupérer quelquefois un gage pour les créanciers,
- ou, deuxième objectif, ça préfigure une action en matière de sanctions.

Ce qui explique aussi que, en matière de report de la date de cessation des paiements, la Cour de Cassation a toujours exercé un contrôle très strict en la matière ; c'est-à-dire qu'il faut que les Cours d'Appel précisent véritablement qu'à la date où on veut voir retenir la date de cessation des paiements, vous avez cessation des paiements.

Ce qui veut dire que les motivations qui diraient : dans la période autour de cette date, il y avait cessation des paiements, vous serez irrémédiablement cassés. Et là (je parle sous le contrôle de Dominique), ça n'a pas changé. Il y a une constante.

On voit aussi, et c'est là le hiatus de la notion de cessation des paiements, nous on a une vision, certes, normative, mais on n'est pas complètement hors sol. Mais il est vrai que c'est une notion juridique, mais ce n'est pas une notion comptable. Et c'est là aussi une constante de la Cour de Cassation.

J'ai trouvé un arrêt récent, qui confirme ce point de vue. C'est un arrêt du 14 juin 2023, où la cour d'appel, pour reporter la date de cessation des paiements, s'était exclusivement fondée sur un examen comparatif des bilans. Et là, la réponse de la Cour de Cassation, nette et sans bavure, qui vous dit : « ... *En se déterminant ainsi, alors que la référence à l'insuffisance d'actif, telle qu'elle ressort de la comparaison de l'actif et du passif du bilan de la société au titre des exercices comptables visés, ne suffisait pas à caractériser l'état de cessation des paiements de la société, à telle date.* ».

C'est constant sur trente ans. Vous pouvez regarder tous les arrêts de la Cour de Cassation, ça n'a pas bougé sur ce contrôle.

D'où l'importance, de cette date de fixation de cessation des paiements. Pourquoi ? Parce que ça va entraîner (c'est un effet traditionnel du droit des faillites en tant que sens large) l'ouverture de la période suspecte. Et nombre d'actes, qui ont été commis pendant cette période suspecte, c'est-à-dire entre la date de cessation des paiements et le jugement d'ouverture, vont pouvoir être annulés.

Alors, on parle de nullités automatiques, et de nullités facultatives.

Alors là, je mets une réserve, parce que,

quand on entend « nullité automatique », ça ne veut pas dire qu'automatiquement, on va appuyer sur un bouton et le juge dit « C'est nul ». Il y a quand même une marge de manœuvre, c'est-à-dire qu'il doit constater que les conditions :

- il faut d'abord qu'il soit saisi : c'est une action, également, attitrée ; la plupart du temps, c'est le mandataire judiciaire, le liquidateur, qui va saisir le tribunal pour voir annuler tels types d'actes. Ce n'est pas parce que telle date pourrait être critiquée qu'il va être nul de plein droit s'il n'y a pas d'action.

- le juge va devoir contrôler qu'on est bien dans la période suspecte ; S'il constate, en revanche, que les conditions sont réunies, il n'a pas de marge de manœuvre, c'est-à-dire qu'il est obligé d'annuler. C'est là qu'on sent, en cela, qu'on parle de nullité de plein droit.

Et puis vous avez des nullités facultatives. Je n'en parlerai pas, parce que le temps qui m'est dévolu n'est pas suffisant.

Dans les nullités de plein droit, je voudrais revenir sur deux exemples, parce que là-dessus, on a des conséquences quelquefois terribles pour le débiteur personne physique, ou la société mise en procédure collective :

Ces actes, ils sont définis par l'article L 632-1-1, et il y a toute une énumération. Je vais en tirer deux exemples : les actes à titre gratuit, et les paiements pour dettes échues par des moyens qui ne sont pas communément admis en matière commerciale.

« Les chemins de l'enfer sont pavés de bonnes intentions. »

Or, l'expérience le montre : nombre de tribunaux fixent d'emblée la date de cessation des paiements (c'est « retour vers le futur ») en remontant dans le temps (ils peuvent remonter jusqu'au dix-huit mois),

et ils le font quelquefois d'emblée.

Je vous le dis d'expérience. Ce n'est pas quelque chose de théorique. Croyant peut-être servir le débiteur personne physique. Or, ça a des conséquences terribles : parce que, comme l'a dit Monsieur le professeur, vous pouvez être en cessation des paiements sans le savoir. Or, si vous avez fait une donation à vos enfants, dix-huit mois avant, en étant convaincu et en n'y pensant même pas, que vous n'êtes pas en cessation des paiements. Si on vient vous rechercher pour voir annuler cet acte de donation, consenti en période suspecte, la donation tombera automatiquement. Et je vous précise que le texte est encore plus redoutable parce que, par voie d'exception en matière de donation, il permet au tribunal de revenir six mois avant la date à laquelle ça a été reporté ! L'expérience, là encore, me montre que les juges consulaires (je l'ai vu ; ce n'est pas pour désigner telles cibles) ne prennent pas conscience de cette conséquence. Et là, c'est dramatique, parce que, évidemment, ça a un intérêt pour le mandataire, parce qu'il va élargir l'action des créanciers, mais la nullité en période suspecte a ça de terrible – le droit des procédures collectives, c'est un droit « immoral », on ne parle pas de liquidités ; mais là, en la matière, peu importe la bonne ou mauvaise foi de la personne ; ça ne rentre pas en considération. C'est-à-dire que, souvent, on a quelquefois des défenses d'avocats qui disent : « Ha mais, mon client n'était pas au courant, il est de bonne foi. ». On ne peut même pas l'entendre. Si le grief est inopérant, ça ne peut pas fonctionner.

J'ai trouvé un exemple récent, qui ne vise pas une donation, mais c'est pour vous dire comment ça peut atteindre d'autres actes : il s'agit d'une société qui, sans doute (alors là, pour le coup, je ne pense pas que c'était empreint d'une totale bonne foi), a fait un versement à une autre société. Mais, il se révèle, par l'analyse des juges, qui a été approuvée par la Cour de Cassation, que ce versement était fait absolument sans aucune

contrepartie. C'est-à-dire que la société n'était pas du tout créancière de l'autre. Alors, on peut deviner, après, que, en fait, c'est pour extraire du patrimoine qui va être soumis à procédure collective, qu'on a fait le versement.

La Cour de Cassation approuve les premiers juges d'avoir requalifié cet acte en acte à titre gratuit.

Deuxième observation : deuxième exemple d'annulation en période suspecte : c'est l'exemple d'un paiement pour dette échue, mais par des moyens anormaux.

On a, de temps à temps, cette illustration. J'ai trouvé un exemple récent de la cour de cassation, là également, qui illustre en matière de compensation.

Alors, je sais que les experts-comptables n'aiment pas la compensation. Elle est prévue, en matière de procédure collective : c'est un paiement qui est autorisé en matière de compensation, pour créances connexes.

Vous avez une jurisprudence qui est, on en voit des illustrations – je dirais – à peu près depuis une trentaine ou quarante ans devant la Cour de Cassation ; cela illustre de temps en temps.

C'est l'hypothèse où vous avez une compensation provoquée, c'est-à-dire que vous avez deux parties qui, de manière artificielle, provoquent une compensation, pour effectuer un paiement. Un paiement qui, évidemment, favorise celui qui en bénéficie, mais qui est normalement interdit, puisque vous savez que là, c'est un des aspects (même la règle de l'illégalité est largement bafouée dans le droit actuel des procédures collectives), mais là c'est encore un résidu de légalité. Vous ne pouvez pas profiter. Vous êtes dans la même galère. Vous ne pouvez pas profiter d'un paiement prioritaire. Là, la Cour de Cassation approuve les premiers juges,

d'avoir annulé le paiement, en considérant que c'était une compensation provoquée. A partir du moment où c'était artificiel, on ne peut pas dire que c'est un mode communément admis de paiement. Donc, on fait tomber le paiement. Et là, vous avez un intérêt pour les associés.

Je terminerai mon propos sur une procédure qui est un peu différente de la cessation des paiements, mais je me permets de l'indiquer :

On a parlé des attestations pour établir les cessations des paiements, ou l'absence des cessations des paiements. Evidemment, c'est quelque chose de très dangereux, parce que la notion de cessation des paiements, encore une fois, a un aspect artificiel ; parce que vous prenez l'état d'une société ou d'un dirigeant à un moment T. Et comme l'un d'entre nous l'a dit, le lendemain, ça peut être complètement différent. Et là, je dirais d'autant plus que ce n'est pas parce qu'un expert-comptable va faire une attestation qu'il va avoir dit parole d'évangile. Parce que c'est un moyen de preuve parmi d'autres. Le juge a une liberté totale.

Et je vous indique, à ce propos, un arrêt qui n'est pas spécialement en action de report de la date de cessation des paiements, mais qui a un intérêt pour vous, experts-comptables :

On est en matière d'action en extension de procédure collective. Et j'en parle parce que j'ai eu à en connaître, comme rapporteur, au niveau de la Cour d'Appel. Dans cette affaire, on voulait voir étendre une procédure collective d'une société à une autre. Et un décompte, dans la société contre laquelle une procédure collective était ouverte, avait été certifié par un commissaire aux comptes. La Cour d'Appel avait quand même étendu la procédure collective de cette société à une autre.

La Cour de Cassation, c'était un moyen nouveau que la Cour de Cassation a dû considérer comme de plein droit mais, à mon avis, elle s'est fait plaisir ce jour-là, mais ça avait une volonté didactique – a approuvé l'extension prononcée par la Cour d'Appel, mais elle rajoute que les comptes de la société d'origine, fussent-ils certifiés par un commissaire aux comptes, cela n'empêche pas l'action en extension d'une procédure collective.

Tout cela pour dire, pour rejoindre notre sujet, qu'une attestation est un élément de preuve parmi d'autres, mais il ne reste que parmi d'autres.

~

Monsieur Frédéric MAZEL : Merci
Monsieur DELMOTTE. Madame
KEROMES :

Allocution de

Madame Gwenaël KEROMES

Présidente de chambre, pôle commercial, chambre 3-2 « Procédures Collectives » à la cour d'appel d'Aix-en-Provence

Merci Monsieur MAZEL.

J'attaque le dernier étage de la fusée, qui est celui du traitement des conséquences sur l'ordre public économique, à savoir les sanctions qui seront attachées aux fautes de gestion. Sanctions, qu'elles soient patrimoniales ou personnelles, et qui pèsent sur les dirigeants, personnes morales, ou les dirigeants des personnes morales qui sont dirigeantes d'autres personnes morales, mais également, depuis 2022, les entrepreneurs individuels, en procédure collective.

Ces sanctions sont patrimoniales : c'est la fameuse responsabilité en insuffisance d'actif. Mais elles sont aussi personnelles. Et, pour me limiter volontairement à la thématique d'aujourd'hui, c'est-à-dire l'état de cessation des paiements et les enjeux qui y sont attachés, uniquement l'interdiction de gérer.

Ces sanctions patrimoniales : d'abord, il faut caractériser la faute de gestion.

Jusqu'à une loi du 09 décembre 2016, toute faute même d'imprudence ou de négligence, pouvait entraîner la mise en cause de la responsabilité patrimoniale du dirigeant, dès lors qu'on pouvait considérer qu'elle avait un lien de cause à effet avec le préjudice, qui est l'insuffisance d'actif.

Donc, nous sommes au niveau de la liquidation judiciaire et, une fois l'insuffisance d'actif qui s'établit à la différence de l'actif réalisé et du passif admis, ce dirigeant pouvait tout-à-fait voir

sa responsabilité engagée.

La loi de 2016 a exclu de la mise en cause de la responsabilité du dirigeant la simple négligence. Ce sont des notions de droit, mais c'est une notion de fait, la négligence, la faute de gestion, qu'il appartient au juge de caractériser, sous le contrôle de qualification de la cour de cassation, qui exerce un contrôle extrêmement précis.

Lorsqu'il y a omission, ou retard apporté par le dirigeant d'une personne morale, par un entrepreneur individuel, dans la déclaration de cessation des paiements, ce dirigeant risque d'engager sa responsabilité patrimoniale. C'est un contentieux qui est important devant les cours d'appel. Actuellement, pour notre chambre, la chambre des procédures collectives, en 2003, ce contentieux représentait, avec celui des sanctions personnelles, près de 30 % des appels traités en procédures à bref délai.

Donc c'est un contentieux dans lequel tout le monde va jeter ses dernières forces. Le mandataire liquidateur, le débiteur ; et vont se régler à la barre, toutes les mécontentes, les récriminations qui ont eu maille tout au long de la procédure collective.

Ce contentieux concerne – je le rappelle :

- les dirigeants de droit ou de fait de personnes morales de droit privé soumises à procédures collectives,
- les personnes physiques, représentants permanents d'une personne morale dirigeante (donc ça touche les holdings, les groupes de sociétés, mais également les

entrepreneurs individuels, les anciens à responsabilité limitée, les nouveaux entrepreneurs individuels).

Le défaut de déclaration, ou le retard apporté dans la déclaration de cessation des paiements, est-elle une négligence ou une faute de gestion ? Là est le problème.

Pour cela, la cour de cassation a pris, au gré des arrêts qu'elle a rendus, une position qui fait que, dans un arrêt du 3 février 2021, elle a effectivement écarté le fait que, même si le dirigeant avait eu connaissance de l'état de cessation des paiements de la société qu'il gérait, mais n'a, en réalité, déclaré celui-ci que quelques mois plus tard, le fait que cette connaissance ait été établie n'entraînait pas pour autant une faute de gestion, dans la mesure où il avait, néanmoins, par ailleurs, développé tout un tas d'actions destinées à redresser l'entreprise, notamment en injectant des fonds propres, en essayant d'obtenir des délais de paiement auprès de l'URSSAF, ou de renégocier des dettes, ou d'obtenir un échéancier auprès de la CIF, au niveau de la dette fiscale, qui permettaient d'écarter, pour ce dirigeant, à tout le moins, la sanction d'insuffisance d'actif.

Au gré des décisions, la cour de cassation exige néanmoins que les juges du fond, c'est-à-dire les tribunaux de commerce, tribunaux judiciaires et nous, cours d'appel, nous caractérisions, à partir des éléments propres à chaque espèce, en général par un faisceau d'indices graves et concordants, la mauvaise foi ou la volonté de retarder l'ouverture d'une procédure collective pour avantager une autre société, ou pour avantager sa propre situation, c'est-à-dire maintenir le versement de sa rémunération, qui sera jugée excessive par ailleurs.

Cette intentionnalité se décrit à travers le terme « sciemment ». Et il nous appartient à nous, juges du fond, de la caractériser, c'est-à-dire que le simple retard n'est pas, en soi, révélateur de la mauvaise foi. Il faut qu'à

partir des éléments de chaque espèce, nous puissions établir un tableau, qui s'appelle le faisceau d'indices, qui permet de dire, par exemple : il ne pouvait pas ignorer :

- qu'il avait fait l'objet d'un contrôle de sa comptabilité, qui a abouti à une proposition de redressement ;
- qu'il a manqué à ses obligations déclaratives au niveau des impositions, par exemple IS, TVA ;
- qu'il sait très bien qu'il n'a pas fait ses déclarations auprès de l'URSSAF ;
- qu'il a un contrôle de cotisation de l'URSSAF ;
- ou qu'il sait qu'il a reçu un commandement de payer de la part de son bailleur, parce qu'il ne règle plus les échéances du local commercial.

Ce sont tous ces éléments-là qui caractérisent la déclaration tardive intentionnelle du chef d'entreprise.

A partir de là, la voie est ouverte.

Qu'est-ce qu'il encourt ?

D'abord, il faut moduler l'impact. Parce que, s'il n'y avait que cette faute de gestion, il ne pourrait, en tout état de cause, être redevable que du passif mais, entre la date à laquelle l'état de cessation des paiements est fixé et la date à laquelle il a effectivement demandé l'ouverture d'une procédure, ou il a été assigné en procédure collective par un créancier, puisque, comme c'est une responsabilité pour faute, il faut qu'il y ait un lien de causalité.

Ce lien de causalité peut n'être que partiel, sur le résultat qui est l'insuffisance d'actif, c'est-à-dire le préjudice, pour la masse des créanciers, de ne pas pouvoir être payés sur la liquidation. C'est pour ça que, très rarement, nous avons des mises en cause de responsabilités pour insuffisance d'actif sur le seul fondement du retard ou de l'omission apportée à la déclaration de

cessation des paiements.

En général, elle s'accompagne d'autres fautes de gestion, bien plus compliquées, bien plus embêtantes, pour le chef d'entreprise, et je dirais que c'est surtout au niveau de la sanction personnelle, qui est l'interdiction de gérer, que ça va avoir plutôt des conséquences.

L'interdiction de gérer, c'est l'article L 653-8 alinéa 4 du code de commerce, qui vise très précisément le cas où le dirigeant a omis sciemment de demander l'ouverture d'une procédure collective, redressement judiciaire ou liquidation judiciaire, dans le délai de quarante-cinq jours à compter de la cessation des paiements, sans avoir, par ailleurs, demandé l'ouverture d'une conciliation.

Ce caractère volontaire du retard apporté dans le déclenchement de l'ouverture de la procédure collective nécessite, depuis une loi du 6 août 2015, de démontrer l'intention de retarder cette ouverture.

Donc, la loi exige qu'il faille avoir sciemment omis de demander l'ouverture d'une procédure collective, et je vous renvoie donc à ce que j'ai dit précédemment sur le retard apporté, la faute de gestion.

Dans un cas très spécifique, la cour de cassation, dans un arrêt du 12 janvier 2022 – puisqu'on parlait du mandat ad hoc – avait donné raison à la cour d'appel, d'avoir prononcé l'interdiction de gérer à l'égard d'un dirigeant qui n'avait pas forcément conscience de l'état de cessation des paiements à la date à laquelle celle-ci avait été reportée par le tribunal, et à qui il était néanmoins reproché d'avoir omis sciemment de demander l'ouverture d'une procédure collective ; dès lors qu'il était établi qu'il n'avait pas été en capacité de payer des charges d'exploitation, qu'il a demandé un mandat ad hoc mais qui n'avait pour d'autres motifs que de régler des

difficultés avec un certain nombre de créanciers, et que ce mandat ad hoc n'avait pas été sollicité pour, justement, faire face à cet état de cessation des paiements. L'arrêt avait retenu que : « ... *Monsieur H ne pouvait invoquer la désignation d'un administrateur ad hoc par une ordonnance qui était quelques mois avant l'ouverture de la procédure collective, dès lors que la désignation avait pour seul but de rechercher une conciliation entre les différentes parties aux vues des difficultés sociales, juridiques et financières que rencontrait la société, et non de faire face à la cessation des paiements ...* ».

Donc, on est quand même dans du terrain mouvant, c'est vrai. Mais dans du terrain mouvant où il n'est pas toujours évident pour le chef d'entreprise, comme vous l'avez rappelé, d'avoir un parapluie suffisant pour se protéger de ces sanctions personnelles.

Donc, il faut aller chercher, dans chaque cas d'espèce, à partir des éléments qui nous sont produits, ce qui va caractériser cet élément intentionnel chez le dirigeant. Parfois c'est sain. Parfois c'est cousu de fil blanc. Parfois c'est complexe, et il faut aller voir dans une analyse plus comptable, et notamment lorsqu'il s'agit de groupes de sociétés, avec une holding, qui ont contracté des prêts, et dont ces prêts sont remboursés par remontée de dividendes par les sociétés filles, et dans lequel le dirigeant, qui est à la fois le président de la SAS holding, mais également président de certaines filiales, le directeur général, ou directeur exécutif dans des SAS où il faut aller regarder dans les statuts qui dirige, qui prend les décisions, qui est le véritable gérant, parce que, parfois, ce n'est pas le président et c'est dans les statuts. Il faut aller regarder là-dedans. Ce qui nous amène, effectivement, à, parfois, du travail de lecture de pièces pour lesquelles, parfois, les attestations étayées des experts-comptables ou les rapports au parquet des commissaires aux

comptes lorsqu'ils font un niveau 2 de stade d'alerte, où ils saisissent le parquet et le tribunal de commerce, nous permettent d'avoir des éléments qui nous donnent des « billes » pour pouvoir, effectivement, faire cette analyse. Je ne sais pas quelle est la terminologie exacte, mais nous avons, parfois, effectivement, des recours aux écrits des professionnels du chiffre, qui vont nous permettre de décrypter les remontées de dividendes, les compensations, les affectations de sommes pour tel client, pour telle société qui va gérer l'exploitation d'une activité, les remontées de clients pour telle autre société, qui va gérer les marchés d'une autre activité, puisque groupes de sociétés et, parfois, effectivement, on peut se demander s'il n'y a pas une comptabilité un peu difficile à suivre. Et, pour cela, au stade où nous sommes, au niveau de la cour d'appel, nous n'allons pas commettre un expert ; si cela avait dû être fait, ça aurait dû être au niveau du juge-commissaire sur le déroulé de la procédure collective, ou par le tribunal de commerce lorsqu'il a été saisi d'une action en sanction, ou d'une action en extension de la procédure collective. A ce niveau-là, nous sommes assez tributaires au niveau de la cour d'appel, des éléments qui ont déjà été débattus en première instance de part et d'autre.

Ce que je voulais dire, c'est un petit peu la limite de ces sanctions, c'est-à-dire que, d'abord, ça vient plusieurs années après ; concernant la responsabilité financière, effectivement, le dirigeant, dès lors qu'il commet une faute qui est à l'origine, même partiellement, de l'insuffisance d'actif, peut se voir condamner à un certain montant, que la juridiction fixe. Et là, il y a un pouvoir souverain d'appréciation. Sous réserve d'une certaine proportionnalité, encore eut-il fallu que les parties soulèvent le caractère disproportionné de la condamnation patrimoniale, qui fixe la contribution du dirigeant, à combler l'insuffisance d'actif. Nous sommes tenus d'y répondre, pour autant que cela nous est demandé.

S'agissant de l'interdiction de gérer, ce n'est jamais une obligation : le tribunal peut, c'est une possibilité, et nous fixons la durée de cette interdiction en fonction de la gravité de fautes, de leur nombre, de leur répétitivité, de l'importance du préjudice résultant de ces fautes sur la société et les créanciers, avec un souci de proportionnalité. Toujours la proportionnalité, qui veut que, lorsque nous avons en face un dirigeant, bien qu'il ait commis des erreurs, et qu'il ait fait toutes les fautes possibles (abus de biens sociaux, parfois banqueroute, parfois paiements douteux, parfois il a ponctionné dans la trésorerie d'une société sans faire de contrat de prêt, sans qu'il y ait de conventions de trésorerie, etc), si on voit qu'il a injecté des fonds, qu'il a accordé des sûretés (hypothèques sur des biens personnels, nantissements sur des parts sociales dans d'autres sociétés), on tient compte de son comportement, de la part qu'il a eu, aussi, dans la procédure collective, c'est-à-dire s'il a participé, s'il a vraiment aidé le mandataire judiciaire, puis ensuite le liquidateur judiciaire, à mener à bien toutes les opérations de vérification du passif etc, il est vrai que la sanction sera plus ou moins importante selon ça.

Pour l'interdiction de gérer, elle est beaucoup plus douce que la faillite personnelle, dont je ne parlerai pas, puisqu'effectivement nous avons, parfois, tendance, dans des motivations regroupées, à dire, au vu des éléments qui précèdent, la faillite personnelle est justifiée, alors que nous devrions dire, au vu des fautes, et les énumérer, fautes justifiant le prononcé d'une faillite personnelle, etc ; nous nous faisons casser. C'était des erreurs de rédaction. Des rédactions maladroitement. Ce qu'il faut dire, c'est qu'une fois que la sanction d'interdiction de gérer est terminée, le dirigeant reprend, de plein droit, sa capacité à gérer. Il peut demander un relèvement, également (c'est l'article L 653-11), par une requête en relèvement. Il peut demander qu'elle soit abrégée, sous

certaines conditions. Et effectivement, c'est au tribunal d'apprécier les garanties qu'il apporte quant à ses capacités de gérer une entreprise.

Nous n'en avons jamais eu, de décisions de ce type-là, devant la cour (soit de rejet, soit de relèvement).

Et puis, concernant les autres interdictions, il suffira qu'il apporte une contribution suffisante au paiement du passif résiduel. Sachant que, pour la responsabilité pour insuffisance d'actif, donc pour la responsabilité pécuniaire, il n'y a jamais de relèvement possible mais, bien souvent, les mandataires liquidateurs arrivent à transiger sur des sommes qui leur semblent proportionnées par rapport à ce que peuvent verser ces dirigeants.

Je suis prêt à répondre à toutes les questions.

~

Monsieur Frédéric MAZEL : Madame KEROMES, je vous remercie. Je passe la parole, rapidement, à Thierry FAVARIO, si vous voulez réagir :

~

Monsieur Thierry FAVARIO : Je vous remercie.

Quelques observations. Deux observations, en réalité, sur l'intervention de Monsieur DELMOTTE, extrêmement intéressante.

L'action en report : lorsque vous avez évoqué le fait que c'était principalement, et vous avez entièrement raison, le liquidateur qui l'exerçait. Et là, on voit qu'il y a une espèce de solidarité objective entre le dirigeant et le liquidateur, parce que, finalement, on doit réintégrer dans le patrimoine du débiteur, des actifs. Ça diminue, en principe, l'éventuel montant d'insuffisance d'actif.

En revanche, c'est quand même l'article L. 632-1 du code de commerce : on est dans le redressement judiciaire. Et on voit que, si c'était dans le cadre du redressement, le report en vue d'une action en période suspecte permet aussi de caractériser, sans le dire, la faute de gestion. Et là, on a, si vous voulez, un effet dérivé. Et là, il y a peut-être un petit quelque chose. Mais c'est juste un constat. La solidarité objective dans un premier cas. Et en revanche, une espèce de contradiction d'intérêts, éventuellement, dans le deuxième.

~

Monsieur Philippe DELMOTTE : Mais c'est ce qui explique, d'ailleurs, cette notion de stratégie, je n'en ai pas parlé, effectivement. Puis avoir une stratégie commune entre ce dirigeant liquidateur. Mais vous avez un peu une réponse du berger à la bergère : parce que, dernièrement, vous avez un arrêt de la cour de cassation qui a indiqué que le débiteur qui ne peut pas agir lui-même en report de la date de cessation des paiements, ne peut pas non plus, par force de conséquence, contester la décision qui a rejeté l'action en report de la date de cessation des paiements.

Alors, il y a un peu une réciprocité, c'est-à-dire que s'il a entendu, stratégiquement, obtenir cette action, il ne peut pas le contester.

C'est une subtilité qui est assez curieuse. Et qui est logique.

~

Monsieur Thierry FAVARIO : C'est parfaitement logique.

La seconde observation sur votre intervention, c'est que vous n'avez pas traité des nullités facultatives. C'était un choix.

Simplement, ce qui est intéressant, pour les nullités facultatives, c'est le fait qu'on

retrouve la cessation des paiements, puisqu'il faut que la personne qui a bénéficié du paiement ait eu connaissance de la cessation des paiements. Et là, c'est extrêmement intéressant, parce que ça nous renvoie à un débat qu'on a eu au tout début, avec mon cher voisin, c'est la question : comment un tiers peut-il connaître l'état de cessation des paiements ? Quel degré de preuve peut-on exiger de lui ? Sachant qu'en plus, dans le cas précis de la nullité facultative, la Cour de cassation, de manière parfaitement logique, veut une appréciation *in concreto*. Il y a une décision du 19 novembre 2013 (Cass. com., 19 nov. 2013, n°12-25.925, B) qui énonce clairement que la qualité de dirigeant ne suffit pas à établir à elle-seule la connaissance de la cessation des paiements. Le refus de lier la connaissance de la cessation des paiements à la qualité de dirigeant montre qu'il faut une appréciation *in concreto*. Et ce *in concreto*, c'est vraiment la grande question : quel est le degré de preuve qu'on doit exiger de la part d'un tiers ? Comment fait-on, quand on est tiers, pour démontrer qu'on savait ou qu'on ne savait pas le cas échéant ? Et c'est pour ça que, quand vous dites (ça me fait penser à ce qui a été dit tout à l'heure par Maître GOMEZ), moi ça ne me choque pas, qu'on dise qu'un procureur de la république saisisse le tribunal en disant : voilà, il n'y a pas eu de dépôt des comptes ; il a été convoqué et il n'est pas venu à la convocation ; j'estime que c'est un faisceau d'indices suffisant qui permet de caractériser.

C'est une question, finalement : où met-on le curseur ?

~

Monsieur Philippe DELMOTTE : Oui, mais là, alors, il y aura une question de rédaction de la décision, parce qu'à mon sens, la saisine du Procureur a été initiée et développée par la loi, parce qu'on a supprimé la saisine d'office du tribunal. Mais, à mon sens, quand le procureur, le ministère public, saisit le tribunal, il est une

partie. La charge de la preuve ne change pas. Cela pèse toujours sur lui.

J'entends bien qu'on dise : oui, regardez, il y a un ensemble d'éléments, mais, à mon sens, si vous mettez dans le jugement ou dans un arrêt, appelez un faisceau de présomptions qui fait qu'on peut penser qu'il y a cessation des paiements, vous encourez la sanction de la cour de cassation. C'est dans la manière de le dire : vous êtes obligé de dire : vous rapportez la preuve à partir des éléments que vous lui donnez. Et là, c'est une manière de le présenter.

Mais là où je vous rejoins, c'est toujours la difficulté de la charge de la preuve, parce que, quand vous avez le dirigeant ou le débiteur personne physique, qui demande l'ouverture de la procédure collective, on peut penser qu'il est le mieux à même de connaître sa situation. Mais, dans la majorité des cas, ce sont ou les organismes sociaux, ou le trésor public, qui vont demander l'ouverture. Et là, de manière constante, la charge de la preuve est sur le demandeur, donc sur eux.

Et c'est vrai que, là, ils ont quelquefois, par exemple le trésor public, souvent, des éléments, eux, dans leur dossier. La difficulté ne vient pas tant de la preuve du passif exigible que de l'actif disponible. Parce que, là, le tiers n'a pas forcément connaissance de ce cas de débiteur. Et on se retrouve dans une situation assez curieuse, où c'est le débiteur (on en a parlé tout à l'heure avec Maître GOMEZ) qui se retrouve à devoir justifier qu'il n'est pas en cessation des paiements. La preuve négative, c'est la *probatio diabolica*.

~

Monsieur Thierry FAVARIO : Je ne suis pas certain que ce soit une question de charge de la preuve. Je me demande si ce n'est pas un problème de risque de la preuve. Mais c'est encore une autre question.

~

Monsieur Philippe DELMOTTE : les deux, mon capitaine !

~

Monsieur Thierry FAVARIO : C'était donc une remise en perspective. Ça remet en perspective la question de la connaissance, par le tiers. Comment on fait pour démontrer ?

S'agissant de la seconde intervention de Madame KEROMES : si on prend votre point de départ, c'est-à-dire la cessation des paiements, on peut envisager les choses en amont et en aval.

En amont, la mère des batailles, c'est la comptabilité. Parce que, en définitive, on se rend compte que, la plupart du temps, il n'y a pas de comptabilité, ou elle est mal tenue, ou elle est incomplète. Et comment fait-on pour savoir quelle est la situation de l'entreprise ?

~

Madame Gwenaël KEROMES : Forcément. Si le dirigeant n'a pas de comptabilité. C'est souvent le cas. Il est poursuivi pour défaut de tenue d'une comptabilité, alors que la loi lui fait obligation.

D'ailleurs, il ne peut pas savoir où il en est. Parce que la comptabilité, c'est un instrument d'analyse fine de la situation financière. Et que, comme vous dites, pour le tiers, il ne peut pas le savoir. Donc, il se base sur des éléments extrinsèques, comme il vérifie l'état des nantissements. S'il a fait des voies d'exécution, il va bien voir ce qu'il y a sur le compte bancaire. L'huissier va le savoir.

L'administration fiscale va avoir un état exécutoire. L'URSSAF va avoir des contraintes non contestées, qui n'ont pas

fait l'objet d'oppositions. Donc, dans ces cas-là, effectivement, on se retrouve avec un débiteur acculé, qui n'a pas fait ses obligations déclaratives au regard de la déclaration de cessation des paiements, et on sait très bien que, de toute façon, « les carottes sont cuites ». Comme, en plus, le tribunal, parfois ce n'est pas du tout le motif, au niveau du tribunal de commerce : attendu qu'il ressort des débats que le débiteur est dans l'incapacité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible. Point. On ne sait pas sur quoi ils se sont déterminés.

D'ailleurs, c'est peut-être l'intervenant qu'il faudrait questionner aujourd'hui.

Donc, nous, quand on reprend les choses, c'est avec plusieurs mois de décalage. Nous devons apprécier l'état de cessation des paiements au moment où nous statuons. La cour d'appel statue.

Alors, les débiteurs qui ont été, souvent, attirés à la demande du ministère public, qui va demander au président du tribunal de convoquer le débiteur, parce que le débiteur ne s'est pas présenté devant le juge des préventions, parce que les comptes ne sont pas déposés, parce qu'il y a cinq ordonnances d'injonction de payer de plusieurs fournisseurs, dont on ne sait même pas, d'ailleurs, si elles ont été exécutées ou pas ; mais, enfin, il en a quatre ou cinq.

Le ministère public, et tu as raison, c'est une partie principale. C'est à elle, c'est à lui, qu'incombe la démonstration de la preuve de l'état de cessation des paiements. Quand le débiteur ne vient pas - parce que, souvent, il s'amuse à faire l'autruche, il fait la politique de la chaise vide - c'est catastrophique. C'est plié.

Et d'ailleurs, s'il fait appel, il viendra et on lui dira : mais, vous en êtes où ? Ha, et bien, le passif déclaré a triplé, parce que, dès lors qu'il y a redressement, et pas liquidation

immédiate, à ce moment-là, s'il avait un petit passif, tout tombe : il n'a plus de lignes de crédits, il n'a plus de crédits fournisseurs, il n'a plus de délais. Donc, là, il est cuit. La messe est dite.

S'il est quand même de bonne foi et qu'il est bien conseillé, il va peut-être saisir le premier président d'une assignation en référé pour arrêt de l'exécution provisoire. Et quand il viendra devant la cour, sa société aura peut-être repris un peu de santé, il va dire : Monsieur le procureur a eu tort : certes, je ne suis pas venu au rendez-vous du juge de la prévention - ça nous est arrivé deux fois, de devoir déclarer qu'il n'y avait pas d'état de cessation des paiements.

Alors, c'est peut-être, comme vous dites, une notion qui est un peu artificielle parfois. On ne sait pas trop sur quoi les juges du fond s'appuient. Elle est évolutive : quelques mois après, il est dans une excellente situation financière. Il nous montre son dernier relevé de comptes, ses états comptables etc. Nous avons l'attestation, circonstanciée ou pas, de l'expert-comptable qui nous dit qu'il n'est pas en cessation des paiements. Alors, très souvent, cette attestation, en tout cas dans la chambre où je suis, nous l'écartons, parce qu'elle n'est pas circonstanciée. Elle ne permet pas de caractériser les éléments constitutifs de cette notion juridique qu'est le passif exigible et l'actif disponible. Elle serait caractérisée en indiquant tous les éléments, les lignes de crédits, le crédit fournisseurs à deux mois, les traites payables à trois mois, etc. Nous pourrions être plus à l'aise, mais parfois ça ne l'est pas.

Donc, c'est une notion qui n'est pas facile, mais on est obligés de faire avec. Et cela permet aussi de limiter, parfois, des situations qui pouvaient s'aggraver inutilement.

~

Monsieur Frédéric AVAZERI : simplement, un cas pratique, très rapidement, pour dire que je vais dans votre sens :

C'est un procureur de la république, sur une juridiction, suite à une convocation d'un dirigeant dans le cadre de la prévention pour non-dépôt des comptes et avec une inscription aux privilèges de 4 235 Euros - de mémoire – auprès d'une caisse de retraite.

Le procureur de la république, sur la base de ces seuls éléments, assigne en redressement judiciaire.

Le dirigeant – puisque j'ai eu à le connaître ensuite parce que j'ai été désigné administrateur judiciaire – lorsqu'il a été convoqué, avec le motif de la convocation, a déposé ses comptes, et s'est dit : j'ai déposé mes comptes, je ne vais pas à l'entretien de prévention. Première erreur.

Deuxième erreur : évidemment, la prévention ne voyant pas le dirigeant informer le président du tribunal, a informé le ministère public. Le ministère public, sur la base de ces informations, et de l'inscription du privilège de 4 235 Euros, sans disposer d'aucun élément sur l'actif disponible, assigne en redressement judiciaire.

Le dirigeant ne vient pas. Troisième erreur.

Et je suis désigné. Toujours est-il que la charge de la preuve, qui incombe à celui qui demande la procédure collective, elle n'était pas remplie. Et je me retrouve avec un chef d'entreprise qui gérait un restaurant sur Marseille, qui réalisait un chiffre d'affaires de trois millions et demi d'Euros, avec un million d'Euros de trésorerie, zéro dette. Et donc, il a fallu prendre les rames, monter dans la barque, et ramer jusqu'au tribunal pour demander à sortir du redressement judiciaire, puisque, grâce aux dispositions de la loi, on a pu démontrer que

l'actif dont nous disposions permettait de payer les 4 235 Euros de dette et les quelques autres, qui ont été déclarées dans le redressement judiciaire.

Evidemment, ça permettait de nettoyer beaucoup d'entreprises moribondes, cette procédure, qui consiste, par le biais du procureur de la république, à assigner en redressement judiciaire mais, de temps en temps, il y a des trous dans la raquette.

~

Madame Gwenaël KEROMES : Sachant que l'ouverture de la procédure collective, c'est presque la « peine capitale ». C'est-à-dire que le débiteur est cuit.

Alors après, il faut que l'administrateur intervienne pour demander à la banque de maintenir, pendant la période d'observation, le compte en banque, les facilités, l'accès banque à distance au compte, etc. Nous avons des contentieux là-dessus, pas fréquents mais il y en a quelques-uns.

Mais comme dit, c'est une notion qui ne permet pas tout, mais qui a le mérite, quand même, d'être circonscrite et aujourd'hui bien connue.

~

Monsieur Frédéric MAZEL : Maître AVAZERI, dernière partie de ce colloque :



Deuxième allocution de

Maître Frédéric AVAZERI

Administrateur judiciaire

Très rapidement, parce que je crois qu'on a un peu dépassé le temps convenu.

Juste une chose : les mandataires judiciaires n'ont pas l'exclusivité de l'action en report de cessation des paiements, loin de là. Il m'arrive assez fréquemment d'en faire, et j'ai d'ailleurs deux exemples en tête, juste pour colorer ce que peut être la connaissance de la cessation des paiements par deux décisions que j'ai obtenues devant le tribunal de commerce de Marseille, confirmées par la cour d'appel d'Aix-en-Provence en 2018 et 2019 :

Premier cas de figure : l'administration fiscale procède à une vérification de comptabilité. Rectification très importante : une dette qui représente la moitié du chiffre d'affaires. Assignation en liquidation judiciaire. Finalement, le dirigeant rentre en contact avec l'administration fiscale, essaie de trouver un accord. L'administration fiscale répond qu'en l'état de la situation de l'entreprise, l'accord n'a aucune chance de prospérer. Entre temps, une créance client est recouvrée par l'entreprise débitrice. L'administration fiscale délivre un ATD, et recouvre sa créance. Redressement judiciaire. J'ai demandé d'abord amiablement à l'administration fiscale de restituer les sommes prélevées (c'était plus de cent mille Euros). Refus catégorique. J'ai fait remonter la période suspecte de quelques mois. Et j'ai obtenu une décision, qui a été confirmée par la cour d'appel d'Aix-en-Provence, en l'état des éléments factuels du dossier et des éléments de réponse de l'administration fiscale, qui

nous a restitué les sommes recouvrées au titre de l'ATD.

Deuxième cas de figure : mandat ad hoc. Je suis désigné. Je demande à la banque de suspendre le recouvrement des échéances (c'était une holding, donc c'était une dette senior). Échéance tombée, le Crédit Lyonnais ne répond pas positivement à ma demande, prélève l'échéance, qui revient impayée. Je reprends les discussions. Et, en définitive, comme ça se passe plutôt mal, j'indique qu'à défaut, on sera contraints de passer en procédure collective. Et là, un crédit d'impôt tombe sur le compte, et la banque prélève. Redressement judiciaire. Je fais remonter la période suspecte d'un petit mois. Cela suffisait. Et donc, la cour d'appel, là encore, a indiqué que la banque ne pouvait ignorer l'état de cessation des paiements, considérant que l'échéance de crédit avait été rejetée pour défaut de provision et que, par conséquent, le prélèvement opéré alors que le mandataire ad hoc avait informé de la situation, sans que j'évoque la notion de cessation des paiements d'ailleurs, suffisait à caractériser la nullité, qui est une nullité facultative, de l'opération.

Après, quand on est en procédure amiable, comment on neutralise la cessation des paiements ? Que ce soit en mandat ad hoc ou en conciliation.

Evidemment, ça commence par une négociation standard : on rentre en contact avec les principaux créanciers, qu'ils soient

des banques ou des administrations fiscales et sociales. On réclame un stand still. Le temps des discussions, jusqu'à la prochaine réunion, ou jusqu'à la fin du mandat. Cela dépend des dossiers et des établissements bancaires. Ce qui fait que, comme on a quasiment tout le temps un avis favorable, on peut considérer qu'on a une suspension *technique* de l'état de cessation des paiements.

Technique, j'insiste, parce que si la procédure se termine mal, que le dirigeant tarde, derrière, à régulariser une déclaration de cessation des paiements, tout ce qu'on aura négocié avant, qui n'aura pas été formalisé après, neutralise toute conception de la suspension de l'état de cessation des paiements ; c'est-à-dire que l'entreprise pourra être considérée en cessation des paiements pendant toute cette période, parce qu'on n'a pas formalisé un accord en bonne et due forme. Donc, on neutralise, de manière amiable, l'état de cessation des paiements, et on continue les discussions.

D'ailleurs, à cette occasion, lorsqu'on est en conciliation (donc cinq mois), souvent ça ne suffit pas. Souvent, on utilise la passerelle pour passer en mandat ad hoc, pour continuer les discussions. Me concernant, j'exige des banques qu'elles me confirment le stand still, et donc le passage en mandat ad hoc. Ce qui continue à neutraliser l'état de cessation des paiements. Après, vous savez, ou pas, qu'il y a trois mois de délai entre deux conciliations. On poursuit les discussions. Et on rebascule en conciliation pour formaliser un accord.

Ça, c'est la négociation amiable.

Il y a des négociations « musclées » : ça, c'est, en conciliation : la banque refuse, ou les créanciers sociaux ou fiscaux. On a la faculté, avec les dispositifs prévus dans le cadre de la conciliation, là encore, de neutraliser la cessation des paiements et le recours forcé, en assignant – c'est le paradoxe – le créancier poursuivant du

débiteur devant le président qui a ouvert la procédure.

Et on obtient, quasiment systématiquement, douze mois, dix-huit mois, vingt-quatre mois, de délai ou de report pur et simple, ce qui permet, là encore, de neutraliser la date de cessation des paiements. Et c'est une décision qui est un peu hybride, parce qu'elle est suspendue à l'issue de la procédure de conciliation.

Ce qu'il faut retenir aussi, c'est que, lorsqu'on est en conciliation, il y a quatre manières d'en sortir :

- un échec, pur et simple ; là, tout dirigeant normalement constitué va en redressement judiciaire,
- le prepack cession, qu'on va chercher dans le cadre de la conciliation, c'est prévu par le texte ; on va chercher les solutions externes, et on bascule, ou pas, en redressement judiciaire ;
- le constat : on obtient des accords, on saisit le président du tribunal, qui va constater le accords, va donner force exécutoire aux accords par une ordonnance, qui reste confidentielle et, a priori, au regard d'attestations du dirigeant, l'état de cessation des paiements est techniquement neutralisé ; là encore, je dis techniquement, je l'emploie à bon escient, parce qu'il pourrait être remis en cause s'il s'avérait qu'on était dans une période suspecte, ou qualifiée de suspecte ultérieurement, s'il y avait un report de cessation des paiements.
- Le seul moyen juridique de protéger le dirigeant et les créanciers contre la remontée de la cessation des paiements, c'est l'homologation : donc on ne passe plus devant le président du tribunal ; on passe devant le tribunal, c'est un jugement qui est rendu, et qui va figer la date de cessation des paiements au jour du jugement. C'est-à-dire que personne ne pourra faire remonter, sauf cas de fraude, la cessation des paiements au-delà du jugement qui a homologué les accords. Et là, pour le coup, c'est une vraie protection

technique et juridique, du dirigeant.

Je continue rapidement, pour indiquer qu'on peut être confrontés à des difficultés en se disant : vous savez, lorsque la comptabilité est soit mal tenue (ça, ce n'est pas un cas très favorable), soit parce qu'elle est retenue par un des associés, et que le dirigeant, qui a la charge de prendre des décisions, va devant le président et va demander le bénéfice d'une mesure de conciliation. Le président demande une attestation de l'expert-comptable justifiant l'absence de cessation des paiements, le dirigeant et l'expert-comptable, ni l'un ni l'autre, ne sont en mesure de délivrer cette attestation, parce qu'elle n'a pas la main sur la comptabilité. Donc c'est un cas difficile et, pour autant, on peut difficilement envisager de priver l'entreprise de la protection du tribunal et du président du tribunal, parce qu'elle n'a pas les éléments en mains.

On a trouvé des subterfuges qui permettent au président du tribunal d'ouvrir la conciliation et de demander au conciliateur, dans un délai de trente jours, quarante-cinq jours, d'apprécier l'état de cessation des paiements dans le strict respect de la loi.

Si le conciliateur (ça m'est arrivé il n'y a pas très longtemps) constate que l'état de cessation des paiements était caractérisé. Il met fin immédiatement à mon mandat. Et cela permet, effectivement, à mon avis, de manière pragmatique, de faire bénéficier de la procédure à une entreprise qui le mérite, mais qui n'est pas en mesure d'attester cette absence de cessation des paiements.

Je terminerai par le rôle des experts-comptables, des commissaires aux comptes et des experts de justice dans cette procédure s'agissant de la caractérisation, ou pas, de la cessation des paiements.

Nous avons un besoin, évidemment, très important dans le cadre de cette procédure amiable, pour neutraliser la cessation des paiements, pour nous aider à faire en sorte qu'on trouve des accords, de sortir de cet état de cessation des paiements, de prévisionnels, que l'on vous demande de manière toujours très urgente, toujours très détaillée, avec un mode de présentation particulier, parce que les banques sont habituées à des modes de présentation particuliers. Et donc, vous avez compris que vous jouez un rôle déterminant dans cette procédure amiable. Et il nous arrive aussi d'avoir recours, évidemment, soit aux techniciens, soit aux experts de justice, dans le cadre des procédures collectives, pour fixer la date de cessation des paiements. Et je rejoins ce qui a été dit précédemment : il faut être extrêmement précis et méticuleux sur la manière de présenter l'état de cessation des paiements, parce que les cours d'appel sont extrêmement attentives à la manière dont a été fixée la date de cessation des paiements.

~

Monsieur Frédéric MAZEL : Je vous remercie. Christine, concernant la mission de l'expert de justice :



Deuxième allocution de

Madame Christine BLANC-PATIN

Expert-comptable et Commissaire aux comptes

L'expert de justice : quand est-ce qu'on est nommés ?

Il faut savoir qu'on peut être nommés par n'importe quelle cour de juridiction, telles que les juridictions commerciales, administratives, voire pénales, justement, pour déterminer la date de l'état de cessation des paiements. Donc, ça, clairement, on ne va pas y revenir.

C'est clair que quand on est nommés en tant qu'expert-comptable, bien évidemment, il faut, déjà, prendre la date à laquelle on va intervenir, puisque, comme on a vu, c'est que c'est une notion fluctuante et c'est une photo à l'instant T, donc, évidemment, la date est importante, aussi, pour avoir les informations chiffrées.

On va essayer de rentrer le maximum d'informations, et dans le rapport que l'on va faire à la cour qui nous a nommé, on va donner le maximum d'informations pour soit donner la date de l'état de la cessation des paiements, soit, quelque part, souvent on est aussi nommés pour valider la date qui a été choisie, et donc essayer de dire : est-ce que c'était la bonne date ? Donc, on va essayer d'avoir une vision la plus juste possible, en fonction des éléments que l'on a.

Un petit bémol là aussi : se rappeler qu'on est toujours nommés des mois après les faits, voire des années. Donc, l'expert de justice a en mains des informations qu'à l'époque le dirigeant d'entreprise, ou son conseil, son

expert-comptable, son commissaire aux comptes, n'avaient pas. Donc même si, là aussi - ces recommandations que je donne à mes confrères, c'est-à-dire que même si ce n'est pas demandé dans les chefs de la mission de la désignation de l'expert de justice, répondre bien sûr aux chefs de mission, puisqu'en tant que professionnel du chiffre, on peut éclairer le magistrat sur l'étendue de notre mission.

Faire un chapitre, quand même, pour savoir ce qu'aurait dû faire le dirigeant ou l'expert-comptable, avec les éléments qu'il avait à l'époque. Parce que c'est vrai que c'est vraiment quelque chose d'essentiel, et aussi lorsqu'on parle des sanctions, puisqu'aussi il faut se placer à la date où les choses ont été faites.

Il y a peut-être plus d'autres choses : quelquefois, aussi, on est nommés en tant qu'expert de parties. Expert de parties, vous savez qu'on est expert de justice, mais on est nommés soit pour aider une partie mise en cause, soit un dirigeant qui cherche à avoir un autre regard sur soit un rapport d'une cour, voire d'un autre expert de justice. Donc, là encore, restons prudents.

Bien évidemment, se rappeler que lorsqu'on est nommés pour valider, ou invalider, des positions d'un autre expert-comptable, se garder de tout corporatisme et de rester indépendant, évidemment, vis-à-vis de la profession. Mais, en rappelant aussi aux magistrats, aux administrateurs judiciaires, qui peuvent aussi nous nommer

en tant que techniciens, l'étendue de nos missions. Alors, soit - on a vu rapidement – en tant qu'expert-comptable, soit en tant que commissaire aux comptes, on est là aussi pour éclairer le magistrat sur la réalité du terrain, sur la réalité de la mission.

Et surtout, se rappeler qu'il faut juger en fonction des éléments qui étaient connus à une date.

Est-ce que vous avez des questions là-dessus ? Est-ce qu'on développe davantage ?

~

Madame Gwenaël KEROMES : Je pense que, dans la mission de l'expert-comptable, si le tribunal la rédige, en général il y a toujours une indication « entendre toute personne », et ça c'est important aussi. Même le dirigeant, ou l'expert-comptable, ou le comptable de l'entreprise.

~

Monsieur Frédéric MAZEL : Eventuellement, on va prendre quelques questions, s'il y a des questions.

Interventions dans l'assemblée



I - Madame Carole BOLLANI-BILLET,
Expert-comptable, expert de justice, ex-présidente de la Compagnie Nationale des Experts-Comptables de Justice, section Aix-Bastia, prend la parole :

« Ce n'est pas une question. C'est plutôt pour avoir, éventuellement, vos avis : il m'arrive, pour ma part, d'être désignée en tant que technicien par des liquidateurs, justement dans ce type d'affaires, pour effectivement, fixer la date de la cessation des paiements ; mais souvent aussi, derrière, il y a cette notion de responsabilité du dirigeant et d'éventuelles fautes qu'il a pu commettre. Que pensez-vous du respect du contradictoire dans ces affaires-là ? Puisque, justement, le technicien n'est pas tenu à œuvrer dans le respect du contradictoire. Pour ma part, j'ai tendance à penser que c'est quand même toujours utile de le faire, d'abord pour que le dirigeant ou l'ex-dirigeant puisse être mis en cause dans des affaires. Et c'est vrai que, en tout cas les mandataires liquidateurs qui me désignent, la tendance que je vois c'est effectivement de demander quand même à du contradictoire dans ces affaires-là.

Je voulais avoir votre avis sur ce point. ».

~

Monsieur Philippe DELMOTTE : Il faut s'entendre sur le terme de « techniciens » : c'est-à-dire qu'il y a un technicien qui peut être désigné par le tribunal de la procédure collective, mais quand il emploie ce terme,

le technicien n'est pas expert. Il n'est pas soumis aux règles de procédure civile, qui sont beaucoup plus strictes, en matière d'expertise.

Ce qui fait que, si l'avocat vient à contester en disant : vous n'avez pas respecté tel article du code de de procédure civile, le grief est inopérant, parce que le technicien peut s'abstraire des règles de l'expertise.

Il y a une jurisprudence, qui est assez constante, qui considère qu'à partir du moment où le rapport du technicien est versé au débat et soumis au principe du contradictoire, le contradictoire a été respecté.

Cela étant, c'est vrai que c'est un peu une pirouette, parce que, si je me place du côté des avocats, c'est quelquefois très raide. Parce qu'il n'aura pas pu faire valoir, comme dans une expertise, certains moyens, si le technicien ne lui a pas demandé.

Vous me direz : il peut toujours le demander après, le faire valoir après, dans un débat contradictoire devant le juge. Mais, c'est vrai qu'on peut penser – je n'irais pas jusqu'à dire que ça crée une inégalité, mais je trouve quand même que ça place celui qui est poursuivi, parce que, souvent, on désigne un technicien qui va réunir un certain nombre d'éléments, et ça préfigure une action en responsabilité pour insuffisance d'actifs.

Alors, si vous, par contre, de vous-mêmes,

dans ce cadre-là, vous prenez l'initiative d'entendre le dirigeant, à mon avis c'est une bonne initiative ; parce qu'après, vous respectez quand même un minimum de principe du contradictoire. Moi, ça me semble logique. Ça, c'est le technicien désigné par le tribunal.

Si c'est le liquidateur qui fait appel à vous, c'est plus qu'un consultant, à ce moment-là. Là, j'allais dire : vous êtes, par nature, partial, parce que vous êtes le liquidateur. Je le vois comme ça. C'est une partie. Donc vous allez obligatoirement faire une consultation qui est demandée par une partie, qui va ensuite poursuivre en responsabilité pour insuffisance d'actif.

Votre position, là, ce n'est pas qu'elle soit plus fragile. Vous pouvez, en conscience, faire quelque chose qui soit objectif. Mais là, le contradicteur pourra parfaitement apporter la preuve contraire en disant : mais, attendez, c'est quelqu'un qui est désigné par le liquidateur.

Madame Carole BOLLANI-BILLET : Ma question était vraiment dans le cadre de la désignation d'un technicien par le tribunal ou le juge-commissaire.

Monsieur Philippe DELMOTTE : Alors là, moi, à mon sens, je pense que c'est une bonne pratique que de recueillir les observations du dirigeant.

Madame Carole BOLLANI-BILLET : C'est ce que je fais, habituellement, effectivement, avec l'accord aussi ...

Monsieur Philippe DELMOTTE : Ça, c'est pour le technicien au sens strict. En revanche, si vous êtes désigné en qualité d'expert, alors là c'est *incontournable*. Vous êtes obligé de recueillir les observations du dirigeant, et si vous ne le faites pas, vous vous exposez à une nullité du rapport d'expertise.

Le principe essentiel, pour moi, ça aurait pu

être l'interdiction. Mais je pense que c'est une bonne pratique d'entendre le dirigeant, même quand vous êtes désigné en qualité de technicien.

Madame Gwenaël KEROMES : Oui, tout à fait.

Dans un dossier sur lequel on a statué tout récemment, effectivement, le chef d'entreprise reprochait au technicien de ne pas avoir rendu de pré-rapport. Donc on a estimé qu'il n'avait pas à le faire. Par contre, il avait pris la précaution de l'entendre sur tous les frais de déplacement, et les utilisations qu'il avait fait de la carte bancaire de la société à des fins personnelles. Donc, il a été quand même entendu. Donc ça a permis, quand même, de requérir ses observations et, effectivement, de constater que les frais qu'il avait engagés n'étaient pas dans l'intérêt de la société, notamment les frais de golf, les week-ends etc ...

Parfois, les écritures comptables, c'est sec. On n'a rien. Une facture. Ça ne dit rien. Donc si, effectivement, vous pouvez le faire, c'est tout à fait apprécié.

~

Monsieur Frédéric MAZEL : Une dernière question, avant de clôturer ce colloque ?

Non ? Et bien, je tiens à remercier tous les intervenants pour l'ensemble des échanges, la qualité des débats. Merci à tous. Le colloque est clos et je vous propose qu'on se retrouve autour d'un verre.

REMERCIEMENTS

La chambre régionale de la section Aix-en-Provence - Bastia de la Compagnie Nationale des Experts Comptables de Justice remercie :

- Les conférenciers pour leur implication et la qualité de leurs prestations,
- L'ensemble des magistrats, avocats, qui nous ont honorés de leur présence,
- Les consœurs et confrères pour leur participation.

Nous remercions également tous les partenaires qui ont apporté leur soutien, leur aide matérielle et financière à l'organisation du colloque, principalement :

- Le centre de formation de l'union des compagnies d'experts près la cour d'appel d'Aix-en-Provence,
- Le conseil régional de l'ordre des experts-comptables Provence Alpes Côte d'azur,
- La compagnie régionale des commissaires aux comptes,
- Le journal « Les nouvelles publications ».

