

LES MISSIONS DE L'EXPERT DE JUSTICE DANS LE CADRE DES PROCÉDURES COLLECTIVES

CNEJGE – Présentation du 16 JUIN 2021
Dominique LEVÉQUE - Patrick LE TEUFF



1

LE GROUPE DE TRAVAIL

Les rédacteurs

Jean-François DARROUSEZ

Bruno DUPONCHELLE

Patrick LE TEUFF

Dominique LÉVÊQUE

PLAN DE L'OUVRAGE

1. Chapitre introductif : Le tribunal et les acteurs des procédures collectives – nature des missions confiées aux experts
2. Les missions d'assistance aux organes de la procédure
3. Les missions d'investigations (date de cessation des paiements, fautes de gestion, etc.)
4. Autres missions (cas de dessaisissement du débiteur, cession des titres forcée)
5. La rémunération de l'expert

ACTEURS DE LA PROCÉDURE

- × **L'ENTREPRISE,**
 - Le débiteur
 - Les salariés
 - Les créanciers
- × **LA JURIDICTION,** sous trois « formations »
 - Le président
 - La formation de jugement
 - Le juge-commissaire
- × **LE MINISTÈRE PUBLIC**
- × **LES ORGANES DE LA PROCÉDURE**
 - L'administrateur judiciaire
 - Le mandataire judiciaire.
 - Le contrôleur des créanciers
- × **LES AUTRES AUXILIAIRES DE JUSTICE ET LES CONSEILS** : commissaires-priseurs, huissiers, avocats, commissaire aux comptes, experts-comptables et bien sûr experts de justice

4

LES ACTEURS

L'ENTREPRISE, objet des procédures, sujet du livre VI du Code de commerce

Le débiteur et, sous ce vocable, on désigne, selon les circonstances, l'entreprise ou le dirigeant.

Les salariés, intervenant d'abord par le représentant élu pour la procédure et, notamment pour les plans sociaux, par leurs institutions représentatives.

Les partenaires de l'entreprise, particulièrement **les créanciers**

LA JURIDICTION, sous trois « formations »

Le président (ou son délégué) qui rend les ordonnances en prévention

La formation de jugement : à l'ouverture de la procédure, puis pour l'arrêté du plan ou la conversion en liquidation, et, le cas échéant, les actions en sanction et comblement de passif

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

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

Ses décisions prendront la forme d'ordonnance.

LE MINISTÈRE PUBLIC – ou le Parquet – est informé en cas de conciliation et est systématiquement présent dans toutes les procédures collectives. Il est destinataire de tous les rapports et actes de procédure, il peut assister à toutes les audiences et prendre des réquisitions. Son avis est obligatoirement requis dans certains cas. Il est garant du respect de l'ordre public économique.

LES ORGANES DE LA PROCÉDURE (qui comprennent également le juge-commissaire, déjà cité)

L'administrateur judiciaire est nommé par le tribunal dans le jugement d'ouverture de la procédure collective, sauvegarde ou redressement judiciaire, afin de surveiller, assister ou remplacer le dirigeant d'entreprise. Pendant la période d'observation, l'administrateur judiciaire doit éviter la création d'un passif nouveau qui serait généré par l'activité déficitaire.

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

Le mandataire judiciaire est obligatoirement désigné dans les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire et intervient alors en tant que représentant des créanciers. Il effectue la vérification du passif et, le cas échéant, donne son avis sur le plan soumis au tribunal. Dans la procédure de liquidation judiciaire, le mandataire judiciaire est à la fois représentant des créanciers et liquidateur. Il procède alors à la réalisation des actifs et à la répartition des fonds. Son rôle est particulièrement important puisqu'il doit gérer les avances éventuellement faites par l'AGS en garantie des salaires impayés à l'ouverture de la procédure, puis, le cas échéant, à l'occasion des licenciements et des congés payés.

Le contrôleur des créanciers est également un organe de la procédure : un ou plusieurs créanciers dans la limite de cinq peuvent demander sur requête au juge-commissaire à être désignés comme contrôleur. Ils auront alors accès à l'ensemble des éléments de la procédure.

LES AUTRES AUXILIAIRES DE JUSTICE ET LES CONSEILS : commissaires-priseurs, huissiers, avocats, commissaire aux comptes, experts-comptables et bien sûr experts de justice.

DIFFÉRENTS TYPES DE MISSION ET SPÉCIFICITÉS

✗ MISSIONS D'ASSISTANCE

- ✗ Dans les procédures amiables
- ✗ Préalablement à l'ouverture d'une procédure collective
- ✗ Pendant la période d'observation et à l'issue de la procédure
 - ✗ A la demande de l'administrateur judiciaire, et en l'absence de désignation d'un administrateur judiciaire
- ✗ Spécificité des missions d'assistance :
 - ✗ Rareté, urgence, absence de contradiction au sens du CPC

✗ MISSIONS D'INVESTIGATION

- ✗ Objet
- ✗ Spécificité des missions d'investigation : délai, contradiction

✗ MISSIONS D'ÉVALUATION, en cas de cession forcée des actions

- ✗ La modification du capital est nécessaire à l'arrêté du plan :
- ✗ La cession forcée des titres des dirigeants

5

Trois types de missions : Assistance, investigation, évaluation

MISSIONS D'ASSISTANCE

Dans les procédures amiables

Dans le domaine de la prévention des difficultés, après ouverture de la procédure de conciliation, **le président du tribunal peut « charger un expert** de son choix d'établir un rapport sur la situation économique, financière, sociale et patrimoniale du débiteur ».

Cette disposition est peu, voire pas, appliquée et il est rare que le président du tribunal soit à l'initiative de l'intervention d'un expert.

En revanche, pendant les procédures de conciliation et de mandat *ad hoc*, il est fréquent que le **mandataire ad hoc ou le conciliateur** fasse sécuriser par un **expert indépendant les prévisions** présentées par les services de l'entreprise ou par son expert-comptable habituel.

Cette pratique est souvent imposée par les **banques** soucieuses de connaître la situation active-passive de leur débiteur et les possibilités d'apurement des crédits déjà consentis ou des soutiens sollicités.

Si elle était régulièrement mise en œuvre, l'intervention du président de la juridiction à ce stade des opérations de prévention pourrait favoriser la régulation du « marché » de l'expertise indépendante en prévention, plus couramment intitulée IBR, pour *Indépendant Business Review*.

Préalablement à l'ouverture d'une procédure collective

Le **tribunal** peut, avant de statuer, commettre un juge pour recueillir tous renseignements sur la situation financière, économique et sociale de l'entreprise. Il peut se faire assister de tout expert de son choix. Le peu d'application de cette disposition par les tribunaux et donc l'absence de jurisprudence sur le contentieux de cette désignation ne permettent pas d'en exposer la pratique.

Pendant la période d'observation et à l'issue de la procédure

L'administrateur judiciaire, avec le concours du débiteur et l'assistance éventuelle d'un ou plusieurs experts, est chargé de dresser dans un rapport le bilan économique et social de l'entreprise (L623-1). L'administrateur reçoit du juge-commissaire tous renseignements et documents utiles à l'accomplissement de sa mission et de celle des experts.

En l'absence de désignation d'un administrateur judiciaire, l'article L.627-3 permet au tribunal de désigner un expert pour assister le dirigeant dans l'élaboration d'un projet de plan. Il s'agit alors d'une mission de conseil.

On peut relever que, sur la base de ces dispositions, plusieurs juridictions désignent des **experts en diagnostic** visés par l'article L.813-1 du Code de commerce.

Dans certains cas, par exemple de carence du mandataire social ou de soupçon grave à son encontre, le tribunal confie à **l'administrateur judiciaire une mission d'administration complète de l'entreprise** en vertu des dispositions de l'article L.631-12.

Certaines missions ordonnées par **les juges commissaires** peuvent être rangées dans les missions d'assistance (art. L.621-9 al.2, sauvegarde, L.631-9, redressement judiciaire). On citera comme exemples : l'appréciation des comptes présentés par l'entreprise pendant la période d'observation, l'examen de la situation de trésorerie et des besoins de financement, l'appréciation de la validité des prévisions, l'appréciation de la cohérence et de la vraisemblance des plans de restructuration ou de reprise de l'entreprise.

En résumé, la mission d'assistance de l'expert porte sur la préparation d'un plan d'affaires et de prévisions, voire d'analyse d'offres de reprise, outre, le cas échéant, la recherche de refinancement, et/ou d'adossement justifiant la possible continuation de l'entreprise.

Spécificité des missions d'assistance :

Rareté : Les désignations sont assez rares en raison de la stricte réglementation imposée par les articles L811-1 et L811-2 du Code de commerce, complétés par la circulaire de la Chancellerie CIV 2004-01 du 12 mars 2004, qui distinguent -les tâches relevant des missions confiées aux administrateurs et mandataires judiciaires, non déléguables sauf autorisation du président du tribunal sur requête motivée, et les tâches techniques rendues nécessaires par la procédure collective mais ne relevant pas de la mission des mandataires de justice. Ce sont ces tâches techniques qui peuvent être

confiées à l'expert sur ordonnance du juge commissaire.

Urgence : Ces missions d'assistance s'intègrent dans les différentes phases de la procédure elles-mêmes astreintes à un calendrier fixé par le tribunal : les travaux de l'expert vont contribuer directement à l'information qui permettra de mettre en œuvre des solutions appropriées.

L'absence de contradiction au sens du CPC : l'objet de l'intervention de l'expert n'étant pas du domaine de « l'administration judiciaire de la preuve » les dispositions des articles 232 et suivants du Code de procédure civile ne s'appliquent pas.

MISSIONS D'INVESTIGATION

Objet : ces missions d'investigation sont le plus souvent ordonnées par le juge-commissaire à la demande de l'administrateur judiciaire ou du mandataire judiciaire (elles peuvent l'être aussi par le tribunal) et avoir notamment pour objet :

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

Spécificité des missions d'investigation :

Délai : Le délai pour délivrer une citation aux fins de remonter la date de cessation des paiements est d'un an à compter du jugement d'ouverture de la procédure, l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif se prescrit par trois ans à compter du jugement qui prononce la liquidation judiciaire et les actions visant à l'application des sanctions non pécuniaires se prescrivent par trois ans à compter du jugement qui prononce l'ouverture de la procédure de redressement ou liquidation judiciaire.

La contradiction :

L'expertise contradictoire organisée par les articles 232 et suivants du Code de procédure civile est souvent **incompatible avec les contraintes de délai et de coût** des procédures collectives :

En assignant directement sans autre argument qu'une analyse intellectuelle fondée sur l'observation des derniers bilans ou sur les informations recueillies auprès des salariés par exemple, le mandataire risque de se voir objecter le

défaut de preuve ou, à l'extrême inverse, si la juridiction est convaincue par le raisonnement dans son principe, elle peut ordonner une expertise longue et coûteuse.

Dans le cadre d'une assignation en référé *in futurum*, telle qu'elle est prévue par l'article 145 du Code de procédure civile, on peut craindre que le juge rejette la demande au motif que l'expertise n'est pas là pour pallier la carence des parties ou, inversement, au motif que la demande est suffisamment argumentée, pour envoyer au fond directement

Les missions d'ordre comptable et financier ordonnées par le juge commissaire ont été exercées par des **professionnels non-inscrits** sur les listes de cours d'appel et, malencontreusement, pendant longtemps certains d'entre eux n'ont fait aucun cas du principe de contradiction, au point, quelquefois, de ne pas même convoquer le dirigeant.

La **doctrine** a d'abord soutenu l'absence de caractère contradictoire, confortée par la **jurisprudence**, puis celle-ci a évolué.

Dans un arrêt du 22 mars 2016, la Cour de cassation, impose désormais que les personnes susceptibles d'être visées par les investigations y soient quand même associées, même si elle exclut clairement l'obligation de communiquer un pré-rapport. En l'absence de référence aux règles du Code de procédure civile sur l'expertise judiciaire, l'arrêt donne au moins quelques exemples d'une possible association des personnes concernées, telles que l'organisation d'une ou plusieurs réunions, la possibilité de communiquer des éléments d'information en cours d'investigation, la référence à ces éléments par le technicien, la réponse de ce dernier aux observations des **personnes mises en cause**. Ce sont autant d'éléments démontrant **une réelle association** de celui-ci **aux opérations** qui ne se réduit pas, comme auparavant, à la simple prise de connaissance, au cours des débats ultérieurs, du contenu du rapport du technicien. La Cour de cassation appréciera, dans chaque cas, si les juges du fond, en validant ou non les opérations discutées d'investigation, ont légalement justifié leur décision.

Ainsi il apparaît clairement :

- que le juge-commissaire a compétence pour désigner un technicien, et ce sera le plus souvent sur requête du mandataire de justice,
- que la mission du technicien n'est pas soumise aux contraintes de l'expertise judiciaire, notamment pour ce qui concerne le déroulement contradictoire des opérations d'expertise,
- que le technicien n'est pas assimilable à un expert judiciaire,
- que les personnes visées par l'ordonnance – le plus souvent les dirigeants de droit ou de fait, doivent être associés aux mesures d'investigation.

L'exemple des missions d'expert dans les actions en comblement de passif sera traité

par Patrick

MISSIONS D'ÉVALUATION

Ces missions interviennent en cas de cession forcée des droits sociaux de l'entité soumise à la procédure collective, dans deux cas :

La modification du capital est nécessaire à l'arrêté du plan :

Dans les situations visées par l'article L.631-19-2 le tribunal peut, à la demande de l'administrateur judiciaire ou du ministère public, ordonner au profit des personnes qui se sont engagées à exécuter le projet de plan, la cession de tout ou partie de la participation détenue dans le capital par les associés ou actionnaires majoritaires.

Plusieurs conditions doivent être remplies :

- une entreprise d'au moins 150 salariés ou constituant une entreprise dominante d'une ou plusieurs entreprises dont l'effectif total est d'au moins 150 salariés,
- la cessation d'activité est de nature à causer un trouble grave à l'économie nationale ou régionale et au bassin d'emploi,
- la modification du capital apparaît comme la seule solution sérieuse après examen des possibilités de cession totale ou partielle de l'entreprise,
- les associés majoritaires ont refusé de céder leurs titres au(x) repreneur(s)
- un projet de plan de redressement a été présenté par des personnes qui se sont engagées à l'exécuter

En l'absence d'accord entre les intéressés sur la valeur des droits des associés ou actionnaires cédants et de ceux qui ont fait valoir leur volonté de se retirer de la société, cette valeur est déterminée à la date la plus proche de la cession par un expert désigné par le président du tribunal à la demande de la partie la plus diligente, de l'administrateur ou du ministère public.

Spécificité de la mission :

Elle est distincte de la mission prévue par l'article 1843-4 du Code civil, auquel l'article du Code de commerce ne renvoie pas.

L'expert désigné en application de l'article L.631-19-2 du Code de commerce n'est pas un expert judiciaire car sa désignation ne résulte pas d'un procès dans lequel deux ou plusieurs parties sont en litige : Les **articles 232 et suivants** du Code de procédure civile ne s'appliquent pas à ces missions de tiers évaluateur. Le Code de commerce ne régleme pas la conduite de cette nouvelle mission.

Mais le législateur a prévu expressément que « l'expert est tenu de respecter le principe du contradictoire », seule disposition qui le rapproche d'un expert judiciaire.

La cession forcée des titres des dirigeants

L'article L.631-19-1 du Code de commerce organise la cession forcée des titres des dirigeants de l'entreprise lorsque le tribunal, sur la demande du ministère public subordonne l'adoption du plan de continuation au remplacement de ses dirigeants, le prix de cession de leurs actions étant fixé à dire d'expert.

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

Spécificité de la mission :

La encore, elle est distincte de la mission prévue par l'article 1843-4 du Code civil, auquel l'article du Code de commerce ne renvoie pas et les **articles 232 et suivants** du Code de procédure civile ne s'appliquent pas **mais il est vivement recommandé** de respecter le principe de contradiction

LA MISSION DE L'EXPERT DANS LES ACTIONS EN COMPLEMENT DE PASSIF

Rappel historique

De la loi de 1867 à l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 :

Une sévérité accrue face à des abus de plus en plus nombreux.

De la réforme de la loi de 1985 à la loi du 9 décembre 2016 :

Retour à la modération.

6

La problématique sous-tendue par les actions dites en comblement de passif est celle de la **responsabilité limitée**.

Parmi les principes de base ayant sous-tendu la création des sociétés anonymes puis celle des sociétés à responsabilité limitée, il a été énoncé que les dirigeants de ces sociétés n'avaient pas la qualité de commerçant et n'engageaient donc par leurs actes que le patrimoine social. La question de la responsabilité de ces dirigeants n'était pas spécifiquement réglementée par ailleurs, les premiers textes y afférents (article 44 de la loi du 24 juillet 1867 pour les sociétés anonymes -article 25 alinéa 1er de la loi du 7 mars 1925 pour les sociétés à responsabilité limitée) renvoyant simplement aux règles du droit commun définies par les articles 1382 et suivants du Code civil.

Il est rapidement apparu que les créanciers de sociétés anonymes ou à responsabilité limitée en faillite désireux d'obtenir dédommagement de la part des dirigeants indécents éprouvaient les plus grandes difficultés pour établir la triple preuve exigée par le droit commun (faute, préjudice et lien de causalité), si bien qu'en pratique les administrateurs et les gérants de société étaient rarement inquiétés.

Devant la multiplication des abus, différents textes de loi se sont succédé (décret loi 8 août 1935, ...) pour culminer en sévérité avec le célèbre article 99 de la loi du 13 juillet 1967 qui stipulait.

« Lorsque le règlement judiciaire ou la liquidation des biens d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut décider, à la requête du syndic, ou

même d'office, que les dettes sociales seront supportées, en tout ou en partie, avec ou sans solidarité, par tous les dirigeants sociaux, de droit ou de fait, apparents ou occultes, rémunérés ou non, ou par certains d'entre eux. »

Il était donc institué une quasi présomption de responsabilité à l'encontre des dirigeants dès lors qu'il apparaissait une insuffisance d'actif. On observera toutefois que, dans la pratique, les juridictions ne se contentaient pas de cette présomption et prenaient soin de caractériser les fautes des dirigeants et leur influence sur l'insuffisance d'actif.

Cette jurisprudence a été entérinée par la réforme des procédures de redressement des entreprises en difficulté du 25 janvier 1985, qui par son article 180 est venu supprimer les présomptions de l'article 99 en introduisant la proposition : « *en cas de faute de gestion ayant contribué à (l') insuffisance d'actif* » , ramenant ainsi la procédure à un régime proche de celui du droit commun.

Ce retour de balancier s'est poursuivi jusqu'à la loi du 9 décembre 2016, qui a introduit dans l'article, désormais codifié L.651-2 du code de commerce, un nouveau tempérament en précisant :

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

LA MISSION DE L'EXPERT DANS LES ACTIONS EN COMPLEMENT DE PASSIF

- ✘ Les particularités de la responsabilité de l'article L651-2

- ✘ La caractérisation de la faute de gestion
 - Poursuite d'une activité déficitaire conduisant à une insuffisance d'actif
 - Dès lors que la poursuite de l'activité revêt un caractère fautif

7

L'article L.651-2 se distingue de la responsabilité délictuelle de droit commun essentiellement sur deux points.

En premier lieu, tandis que le droit commun impose la réparation de tout le préjudice causé à partir du moment où la responsabilité est établie, l'article L.651-2 laisse au tribunal la possibilité de condamner ou non les dirigeants et de les obliger à combler l'insuffisance d'actif dans des proportions qu'il détermine librement.

L'action en comblement de passif présente ainsi le double aspect d'une action en réparation d'un préjudice et d'une sanction civile.

En deuxième lieu, le législateur s'est gardé de définir la notion de faute de gestion, laissant donc à la jurisprudence une certaine marge d'appréciation en la matière et donc la possibilité d'infléchir dans un sens ou dans l'autre la sévérité de la sanction. La loi de 2016 a cependant encadré cette liberté en précisant que la « *simple négligence* » n'était pas de nature à caractériser une faute de gestion susceptible d'engager la responsabilité du dirigeant.

On notera enfin que l'initiative de l'action est limitée à un certain nombre d'organes : le mandataire liquidateur (c'est le cas général), le parquet et le ou les contrôleurs, s'il en a été désigné.

Le fondement type de l'action en comblement de passif est la poursuite d'une activité déficitaire dans un contexte de situation irrémédiablement compromise où toute

perspective de redressement est ainsi manifestement exclue.

Toute la question est dans le caractère abusif de la poursuite de l'activité et ce qu'il conviendra d'apprécier, c'est notamment :

- la gravité des difficultés,
- leur caractère patent,
- la motivation des dirigeants dans la décision de poursuivre l'activité,
- les efforts accomplis pour redresser la situation,
- etc.

On perçoit immédiatement la part de subjectivité de ce type d'appréciation et qu'une des fonctions de l'expert de justice sera précisément de réduire celle-ci autant que possible.

LA MISSION DE L'EXPERT DANS LES ACTIONS EN COMPLEMENT DE PASSIF

- ✘ L'apport de l'expert de justice dans l'appréciation de la faute de gestion
 - La recherche de la date de cessation des paiements
 - La recherche de la date d'épuisement des capitaux propres
 - L'appréciation du caractère fautif

- ✘ L'évaluation du préjudice

8

L'apport de l'expert résidera ainsi dans la recherche d'éléments factuels tels que

- la date de cessation des paiements
- la date d'épuisement des capitaux et la naissance corrélative de l'insuffisance d'actif
- le degré de gravité des pertes accumulées par l'entreprise,
- leur caractère plus ou moins apparent,
- leur caractère récurrent ou exceptionnel,

etc.

S'agissant de l'évaluation du préjudice, dont on appelle qu'il est laissé à l'appréciation de la juridiction, l'objectif de la mission de l'expert est double :

- l'évaluation du quantum imputable aux dirigeants
- sa répartition entre les différents responsables, notamment quand plusieurs dirigeants se sont succédé pendant la période litigieuse ou qu'il existe concomitamment des dirigeants de droit et des dirigeants de fait

C'est une mission délicate qui réclame, en raison des conséquences pour les personnes visées, toute la science et l'expérience de l'expert et bien entendu une parfaite impartialité.

CONCLUSION

- × Des missions très diverses au plus près « du terrain »
- × Des délais souvent très courts
- × Des conditions d'intervention difficiles
- × Nécessité de concilier pragmatisme, efficacité et respect des droits des personnes mises en causes