

LES ACTEURS DE LA RESTRUCTURATION EN DROIT FRANÇAIS

par **David LEMBERG**, doctorant en droit et chargé d'enseignements à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Passer au crible du droit comparé la question des acteurs de la restructuration est un exercice particulièrement stimulant. Il est en effet assez classique de mettre en perspective les différents droits des entreprises en difficulté selon qu'ils accordent leurs faveurs aux créanciers ou aux débiteurs. Les occasions de comparer la pratique des acteurs de la procédure sont plus rares. On sait pourtant que le crédit que les personnes concernées par la procédure accordent aux acteurs de la restructuration est un élément déterminant de la réussite de celle-ci. On ne peut donc que se féliciter de l'opportunité que donnent ces journées de rencontres franco-brésiliennes de réfléchir à cette question des acteurs. Une restructuration est possible quand les parties prenantes sont en capacité de s'entendre et les acteurs de la restructuration, que sont les syndics, ont un rôle tout particulier à jouer pour atteindre cet objectif. Pour être le facilitateur que l'on attend, le syndic doit avoir la confiance des parties.

Avant d'étudier spécifiquement le syndic français, il faut commencer par présenter le premier des acteurs de la restructuration qu'est le tribunal de commerce. En effet, en France, et comme dans de nombreux pays, c'est une juridiction qui a la charge d'organiser la procédure collective. En revanche, et c'est à cela que l'on perçoit l'originalité de la France, cette juridiction est composée uniquement de juges qui ne sont pas des magistrats professionnels. Contrairement aux juridictions ordinaires où les juges français sont des magistrats recrutés au terme d'un concours très exigeant et formés à l'École nationale de la magistrature, les juges des tribunaux de commerce, que l'on appelle également les juges consulaires, sont des commerçants, ou des personnes assimilées à des commerçants, élus par leurs pairs au terme d'un suffrage indirect.

Il s'agit d'une particularité française car une rapide approche comparatiste montre que de tels tribunaux spécifiques de commerce n'existent pas ailleurs. Dans les autres systèmes juridiques, une chambre commerciale est généralement en charge de ce contentieux au sein des juridictions de droit commun où siègent des magistrats professionnels.

Cette particularité française nous vient de l'histoire où le principe d'une formation de jugement de première instance spécifique pour juger des litiges commerciaux par des commerçants remonte à l'Ancien régime. Elle perdure encore, et ce, en dépit des discussions récurrentes sur l'opportunité d'introduire des magistrats professionnels au sein des tribunaux de commerce. La

présence de personnes exerçant une activité commerciale pour se prononcer sur des litiges commerciaux peut être un atout en raison de leur connaissance des enjeux pratiques des affaires à traiter. Cependant pour que le système fonctionne, il faut garantir la formation de ces juges qui ne sont pas nécessairement des juristes de formation. À cet égard, le choix tout récent du législateur¹ de confier à une dizaine de tribunaux le soin de se prononcer sur les procédures collectives les plus importantes semble une bonne chose². En comparaison, le modèle brésilien avec des tribunaux spécialisés composés de magistrats professionnels apporte un élément de réflexion stimulante. Il semble que l'on peut s'accorder, en toute hypothèse, sur la nécessité de confier le soin de la conduite de la procédure à des juges spécialement formés à cette tâche.

Comment fonctionnent les tribunaux de commerce dans les procédures collectives françaises ? À l'ouverture de la procédure, le tribunal désigne un juge commissaire qui est chargé de veiller au déroulement rapide de la procédure et à la protection des intérêts en présence³. S'opère ainsi la répartition des rôles. D'un côté, le juge commissaire, dont l'importance n'a de cesse de croître au fil des réformes, est là pour conduire la procédure au quotidien. Il est aujourd'hui en charge, par exemple, de statuer sur l'admission des créances⁴, se prononcer sur les actions en revendication⁵, sur l'opportunité de payer le créancier rétenteur⁶ ou encore d'autoriser les licenciements⁷. De l'autre côté, le tribunal, au sein duquel le juge commissaire ne siège pas, intervient pour les décisions comme l'adoption du plan, la modification de la durée de la procédure ou sa clôture. On relèvera qu'au regard de la technicité des procédures collectives, pour être nommé juge commissaire, le juge consulaire devra avoir au moins exercé pendant deux ans des fonctions au sein du tribunal de commerce. Il faut également mentionner la présence du ministère public. C'est le seul magistrat professionnel. Le législateur a souhaité sa présence pour exercer un droit de regard sur le fonctionnement des juridictions commerciales à la suite de certains scandales qui ont pu s'y dérouler.

Outre les tribunaux de commerce, on trouve les acteurs, au sens strict, de la restructuration à savoir les professionnels que sont les syndics français. Il n'est pas inintéressant d'évoquer très brièvement l'histoire car elle nous enseigne que la fonction de

¹ Pour connaître la compétence précise de ces tribunaux spécialisés, on se rapportera à l'article L. 721-8 du code de commerce.

² Sur ce sujet, V. P. ROSSI, « Au sujet des tribunaux de commerce spécialement désignés », *BJE*, nov. 2015, n° 1127, p. 423 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, « La loi Macron et la justice commerciale », *Rev. juris. Com.*, janv. 2016, p. 74 ; J.-L. VALLENS, « Création de tribunaux de commerce spécialisés : aspects de procédure », *RTD com.* 2015, p. 593.

³ Article L. 621-9 Code de commerce.

⁴ Article L. 624-2 Code de commerce.

⁵ Article L. 624-17 Code de commerce.

⁶ Article L. 624-16 Code de commerce.

⁷ Article L. 631-17 Code de commerce.

syndic n'a pas toujours été exercée par des professionnels dédiés à cette tâche en France⁸.

En droit romain, les créanciers qui avaient pris possession du patrimoine du débiteur, nommaient l'un des leurs pour administrer ce patrimoine. L'ancêtre du syndic était donc un créancier en charge de l'administration du patrimoine du débiteur. En droit féodal, il n'existait aucun personnage pouvant être assimilé au syndic. Cela nous rappelle que le droit des procédures collectives n'a pas toujours existé. Face à une pénurie de crédit, le désintéressement des créanciers se faisait au prix de la course sans organisation particulière de la procédure. Cependant, le développement du commerce a rendu indispensable la mise en place d'une technique collective de désintéressement des créanciers afin de garantir une certaine sérénité au commerce. On retrouve ainsi la présence d'un acteur spécifique émanant de la masse des créanciers dans les républiques italiennes de la Renaissance. Modèle que l'on retrouve dans les règlements de la ville de Lyon et étendu à l'ensemble du Royaume de France par l'ordonnance sur le commerce de 1673.

L'adoption du Code de commerce en 1807 fixe définitivement le principe du syndic de faillite en droit français. Cette fonction de syndic était initialement assumée par un créancier. Les rédacteurs du Code de 1807 estimaient que le créancier, intéressé par le résultat de la procédure, exercerait sa mission avec diligence. Le triomphe de l'individu rationnel au temps de la Révolution s'accompagnait par ailleurs d'une volonté farouche d'empêcher la formation d'une profession autonome assimilable aux corporations honnies à l'époque. Aucune personne n'était ainsi censée être nommée syndic plus de deux fois dans l'année et la mission devait être exercée à titre bénévole mais le système fonctionnait mal et a été abandonné dès 1838. La pratique a entraîné l'émergence de professionnels spécialisés. Les juridictions ont pris l'habitude de nommer les mêmes personnes, qui n'étaient pas des créanciers, pour exercer les fonctions de syndic. Alors que le système des syndics-créanciers présentait de nombreux inconvénients, confier au tribunal la possibilité de nommer des personnes de façon récurrente est apparu comme une manière efficace de sélectionner des acteurs compétents et contrôlables par les juridictions. Au risque d'éventuelles collusions frauduleuses d'intérêts entre les professionnels et les sujets de la procédure, on opposait la possibilité pour le tribunal de révoquer le syndic malhonnête. Ainsi est né, de la pratique, le modèle français du mandat de justice confié à des professionnels répertoriés sur des listes auprès des tribunaux qui demeure aujourd'hui.

La profession de syndic a connu plusieurs réformes d'envergure dont les dates importantes peuvent être rapidement

⁸ Sur l'histoire du syndic de faillite V. B. SOINNE, *Les mandataires de justice : administrateurs, mandataires judiciaires, experts en diagnostic d'entreprise*, Litec, 2003 ; R. SZRAMKIEWICZ, *Histoire du droit des affaires*, LGDJ, 2013.

mentionnées. D'abord, par une loi de 1955 a été mise en place la première réglementation du statut de syndic. Ensuite, la réforme de 1985 a essayé de favoriser à tout prix, y compris en sacrifiant lourdement les intérêts des créanciers, le maintien de l'activité économique et des emplois. Le législateur a alors estimé qu'un seul syndic ne pouvait défendre à la fois les intérêts du débiteur et celui des créanciers. Par conséquent, il a décidé la scission du syndic de faillite divisé entre mandataires judiciaires, en charge de l'intérêt collectif des créanciers et administrateurs judiciaires, en charge de l'administration de l'entreprise⁹. Enfin, le statut des administrateurs et mandataires judiciaires a été de nouveau modifié en 2003¹⁰ et 2016¹¹.

Ce statut¹² prévoit notamment l'obligation, pour le mandataire de justice, de déclarer ses liens avec les personnes concernées par la procédure afin de révéler d'éventuels conflits d'intérêts¹³.

La profession régit ensemble les administrateurs et les mandataires judiciaires. Il existe une commission nationale d'inscription et de discipline. Il faut souligner le fait que la majorité des personnes statuant sur ces deux questions ne sont pas des mandataires de justice.

Les mandataires de justice doivent passer deux examens, l'un permettant d'accéder au stage, l'autre, organisé à l'issue de ce stage, destiné à vérifier l'aptitude à exercer les fonctions d'administrateur ou de mandataire judiciaire.

Chaque profession présente une liste nationale sur laquelle les professionnels sont inscrits. Les mandataires de justice peuvent donc exercer auprès de toutes les juridictions. La désignation d'une personne hors liste est possible mais ne se fait que de manière exceptionnelle.

Les mandataires de justice sont obligés de cotiser à une Caisse de garantie chargée de garantir le remboursement des fonds reçus ou gérés par chaque professionnel en cas de non présentation des fonds par le professionnel.

Ils ont également l'obligation de souscrire une très large assurance qui couvre les conséquences pécuniaires de leur responsabilité civile, du fait de leurs négligences ou de leurs fautes ou de celles de leurs préposés, commises dans l'exercice de leurs mandats. La sous-traitance du mandat n'est autorisée qu'exceptionnellement et est très encadrée.

⁹ Le terme de mandataire judiciaire désignera la profession spécifiquement en charge de l'intérêt collectif des créanciers quand le terme de mandataire de justice sera employé comme terme générique renvoyant à tout professionnel nommé par le tribunal.

¹⁰ Sur la loi de 3 janvier 2003 V. F.-X. LUCAS, « Analyse de la loi du 3 janvier 2003 réformant le statut des administrateurs et mandataires judiciaires », *Dr. & patr. mensuel*, n° 117, p. 30.

¹¹ Sur la loi du 6 août 2016 V. F.-X. LUCAS, « Commentaire des dispositions de la loi du 6 août 2015 « pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques » intéressant le droit des entreprises en difficulté », *BJE* sept. 2015, n° 112-8, p. 317.

¹² Les dispositions tenant au statut se trouvent au livre VIII. Les dispositions propres aux administrateurs judiciaires aux articles L. 811-1 et suivants, aux mandataires judiciaires aux articles L. 812-1 et suivants et les dispositions communes aux articles L. 814-1 et suivants.

¹³ Article L. 621-4 Code de commerce.

Enfin, un Conseil national des administrateurs judiciaires et mandataires judiciaires est chargé d'assurer la défense des intérêts collectifs des deux professions, de contrôler les études, de veiller au respect par les professionnels de leurs obligations ou encore d'organiser leur formation professionnelle et de s'assurer qu'ils se conforment à leur obligation d'entretien et de perfectionnement des connaissances.

La présentation ne serait pas complète si l'on omettait de présenter quelques acteurs moins connus des procédures collectives.

D'abord, l'expert chargé d'établir un diagnostic de la situation de l'entreprise¹⁴. Il faut reconnaître que l'introduction de cet expert en diagnostic n'a jamais eu d'effet très important en pratique.

Ensuite, le représentant des salariés¹⁵ qui est désigné par ces derniers. Sa mission est cantonnée à l'expression de l'intérêt des salariés dans la procédure ce qui ne lui confère que peu de pouvoirs. Il est principalement compétent pour se prononcer sur ce qui a trait aux créances salariales et détient plus généralement un certain droit à l'information dans la procédure.

Autre acteur, introduit récemment, qui n'a pas un rôle institutionnel dans la procédure mais qui sert en quelque sorte d'agent de liaison avec l'administration : le commissaire au redressement productif¹⁶.

Enfin, le créancier nommé contrôleur. Cette institution assez ancienne est revenue en grâce lors de la réforme de 2005¹⁷. Le tribunal peut nommer jusqu'à cinq créanciers qui auront pour fonction de contrôler l'action du mandataire judiciaire. Les contrôleurs disposent d'une action en carence qu'ils peuvent exercer lorsque le mandataire judiciaire s'abstient de réaliser certaines actions dans la procédure.

La confiance accordée aux acteurs en charge de la procédure est d'une grande importance pour la réussite de la restructuration. C'est pourquoi, on insistera d'abord sur une première particularité du modèle français : l'indépendance des mandataires de justice (§ 1). Une autre spécificité très française sera ensuite étudiée : la distinction opérée entre la défense de l'intérêt des créanciers et ceux de l'entreprise (§ 2).

§ 1 – L'INDÉPENDANCE DES MANDATAIRES DE JUSTICE DANS LE MODÈLE FRANÇAIS

Le modèle français présente des garanties pour assurer l'indépendance du mandataire (A). Ces garanties ont cependant été remises en cause par les dernières innovations législatives (B).

¹⁴ Articles L. 813-1 et suivants Code de commerce.

¹⁵ Article L. 621-4 Code de commerce.

¹⁶ C. DELATTRE, « Le cadre d'intervention du commissaire au redressement productif dans les entreprises en difficulté », *BJE* mars 2014, n° 110z0, p. 130.

¹⁷ P. ROUSSEL-GALLE, « Les contrôleurs, gardiens de l'intérêt collectif », *Gaz. Pal.*, sept. 2005, vol. 252, p. 38.

A) Les garanties du modèle français

Depuis longtemps, le droit français a considéré l'indépendance du mandataire de justice comme une impérieuse nécessité. Il a été rejoint, sur ce point, par les institutions européennes qui font également preuve d'une attention toute particulière sur la question.

En effet, des objectifs d'harmonisation substantielle du droit des entreprises en difficulté au sein de l'Union européenne existent et passent notamment par une harmonisation des exigences quant aux compétences et à la mission du syndic. Ainsi, dans une résolution du 15 novembre 2011, le Parlement européen a émis une recommandation en vue d'une harmonisation des droits tendant à ce que « le syndic soit homologué par une autorité compétente d'un État membre ou mandaté par une juridiction compétente d'un État membre, jouisse d'une bonne réputation et dispose du niveau de formation nécessaire pour l'accomplissement de ses fonctions », « le syndic devant être indépendant des créanciers ainsi que des autres parties concernées par la procédure d'insolvabilité » et en cas de conflit d'intérêts, le Parlement européen préconise que le syndic démissionne de sa charge¹⁸. On constate que le modèle français est assez proche de la conception du syndic à laquelle le Parlement européen aspire¹⁹. Cette indépendance dans le modèle français se mesure d'abord à l'aune des rapports entre le juge et les mandataires de justice.

En premier lieu, choisir qui désigne les acteurs de la restructuration a une conséquence évidente sur leur indépendance. Tous les pays assurent, certes, un contrôle minimum des compétences de ces acteurs et le tribunal peut généralement révoquer un syndic qui présente un conflit d'intérêts patent. Cependant, certains droits prévoient et assument une influence directe des créanciers ou du débiteur sur la nomination du syndic.

C'est une solution autre que l'on trouve en droit français où le mandataire de justice est avant tout perçu comme un professionnel au service du tribunal. C'est le tribunal qui désigne le mandataire judiciaire et l'administrateur judiciaire pour la sauvegarde²⁰ ou le redressement²¹ et le liquidateur judiciaire le cas échéant²². Le ministère public, qui rappelons-le est le seul juge professionnel présent en première instance, peut soumettre à la désignation du tribunal le nom d'un ou de plusieurs administrateurs et mandataires judiciaires, sur lequel le tribunal

¹⁸ Résolution du Parlement européen du 15 novembre 2011 contenant des recommandations à la Commission sur les procédures d'insolvabilité dans le cadre du droit européen des sociétés (2011/2006(INI)).

¹⁹ Sur ces questions, V. *Étude comparative des procédures d'insolvabilité*, Sous la direction de Jean-Luc Vallens et Giulio Giorgini, Société de Législation Comparée, avr. 2015 ; D. Fasquelle, « Quelle réglementation pour l'activité des professionnels du traitement des entreprises en difficulté ? Le point de vue européen », *LPA*, 19 octobre 2006 n° 209, p. 44.

²⁰ Article L. 621-4 Code de commerce.

²¹ Article L. 631-9 Code de commerce.

²² Article L. 641-1 Code de commerce.

sollicite les observations du débiteur. Le rejet de la proposition du ministère public est spécialement motivé. Lorsque la procédure est ouverte à l'égard d'un débiteur qui bénéficie ou a bénéficié d'un mandat *ad hoc* ou d'une procédure de conciliation, qui sont des procédures préventives des difficultés, dans les dix-huit mois qui précèdent, le ministère public peut en outre s'opposer à ce que le mandataire *ad hoc* ou le conciliateur soit désigné en qualité d'administrateur ou de mandataire judiciaire. La jurisprudence est venue préciser que le tribunal peut passer outre cette opposition qui n'est donc pas contraignante.

Par ailleurs, le juge-commissaire est chargé de veiller au déroulement rapide de la procédure et à la protection des intérêts en présence. Il organise en quelque sorte la procédure. Les mandataires de justice rendent compte de leur mission au tribunal et non aux créanciers ou au débiteur. Ainsi, l'administrateur et le mandataire judiciaire doivent tenir informés le juge-commissaire et le ministère public du déroulement de la procédure. Ceux-ci peuvent à tout moment requérir communication de tous actes ou documents relatifs à la procédure²³.

Il en découle logiquement qu'il revient également au tribunal de remplacer un mandataire. Ce remplacement d'un organe est donc également exclu des compétences des créanciers ou du débiteur. C'est le tribunal qui peut, soit d'office, soit sur proposition du juge-commissaire ou à la demande du ministère public, procéder au remplacement de l'administrateur, de l'expert ou du mandataire judiciaire ou encore adjoindre un ou plusieurs administrateurs ou mandataires judiciaires à ceux déjà nommés. L'administrateur, le mandataire judiciaire ou un créancier nommé contrôleur peut demander au juge-commissaire de saisir à cette fin le tribunal. Cette faculté n'est donc pas reconnue aux créanciers et débiteur.

Enfin, s'agissant de la rémunération²⁴, le modèle français prévoit une tarification réglementée à l'acte des mandataires de justice. Ces derniers ne fixent donc pas leur rémunération contrairement aux avocats ou experts-comptables. Les mandataires doivent procéder à la reddition de leurs comptes auprès du tribunal afin que ce dernier les autorise à percevoir leur rémunération. Le tribunal se révèle ainsi être le véritable contrôleur du mandataire de justice.

Le mandataire apparaît indépendant des personnes concernées par la procédure et, si dépendance il y a, c'est envers le tribunal.

Encore faut-il que le mandataire de justice soit aussi structurellement indépendant des personnes intéressées par la procédure c'est-à-dire qu'il ne possède pas de liens avec ces dernières en dehors de la procédure à strictement parler. Cette

²³ Article L. 621-8 Code de commerce.

²⁴ Sur la question de la rémunération V. B. SOINNE, « La rémunération des mandataires de justice », *Rev. proc. coll.* 2008, étude 23.

indépendance structurelle se manifeste par une absence de clientèle.

Pour s'en assurer, le droit français a soumis les mandataires de justice à un strict régime d'incompatibilités. Incompatibilité d'abord avec l'exercice de toute profession commerciale. Incompatibilité ensuite, et surtout, avec les autres professions réglementées du droit qui possèdent une clientèle civile comme les huissiers ou les avocats.

Contrairement à la plupart des autres systèmes juridiques, les mandataires français exercent leur profession à titre exclusif. Le mandataire de justice français n'est que cela. Il n'est pas un avocat ou un expert-comptable spécialisé dans les procédures collectives. Il faut mentionner une exception notable s'agissant de l'administrateur judiciaire qui peut être avocat (en pratique seule une quinzaine cumule ces deux fonctions). C'est la seule exception mais d'importance à la règle. Elle peut être justifiée par l'insuffisance des mandats confiés pour garantir un fonctionnement rentable de l'installation de ces professionnels.

Notons, à ce propos, que l'on compte environ 350 mandataires judiciaires et une centaine d'administrateurs en France.

Le mandataire français est ainsi choisi et contrôlé par le juge et lorsqu'il intervient dans la procédure, il est structurellement et financièrement indépendant des parties.

Ce modèle du mandataire de justice indépendant fait cependant l'objet d'une remise en cause par les dernières réformes du droit des entreprises en difficulté.

B) Les remises en cause du modèle historique

Si en principe les personnes impactées par la procédure ne sont pas censées choisir leurs mandataires, il existe certaines exceptions sur lesquelles il convient désormais de s'interroger²⁵.

D'abord, dans la logique de l'objectif de dédramatisation de la sauvegarde, le débiteur peut proposer le nom de son administrateur²⁶. Il s'agit en quelque sorte de récompenser le débiteur qui anticipe au mieux le traitement de ses difficultés en lui permettant de choisir le professionnel qui va l'accompagner. Mais ce dernier devient alors en quelque sorte son client. Une difficulté pourra surgir si la sauvegarde est convertie en une autre procédure. En redressement, l'administrateur peut être conduit à proposer des solutions qui ne plairont pas forcément au débiteur comme un plan de cession.

De même l'administration en liquidation judiciaire se fait selon une logique bien différente de l'administration en sauvegarde.

Quelle sera la réaction de l'administrateur ? Il pourrait souhaiter développer une réputation pro débiteur afin de ne pas

²⁵ Sur la question des nominations, V. S. GORRIAS, « L'ordonnance du 12 mars 2014 et les modifications intéressant la nomination des organes de la procédure », *Gaz. Pal.* 8 avr. 2014, n° 174-2, p. 39.

²⁶ Article L. 621-4 Code de commerce.

compromettre des nominations futures alors que la situation commanderait de prendre des décisions moins conciliantes.

Une préoccupation identique apparaît pour les missions de mandat *ad hoc* ou de conciliation. Le mandataire judiciaire ou l'administrateur, désigné pour cette mission de traitement des difficultés très en amont, est choisi par le débiteur. Si la situation économique de ce dernier se dégrade, la même question se posera inmanquablement. Est-il souhaitable que le mandataire poursuive sa mission en procédure collective ? Il est vrai que le professionnel connaît le dossier ce qui est un avantage certain mais d'un autre côté il n'est plus tout à fait objectif et indépendant au regard de ses liens avec le débiteur.

Ces innovations ne sont pas forcément condamnables en elles-mêmes car elles permettent de poser la question de la compétence des mandataires de justice.

Rappelons que les tribunaux de commerce ne sont pas tenus de distribuer les mandats selon une égalité arithmétique entre les mandataires de justice. La jurisprudence est simplement venue préciser que le mandataire qui se voyait systématiquement refuser tout mandat de la part d'une juridiction pouvait être victime d'un dommage subi en raison de sa qualité de collaborateur du service public et pouvait ainsi, même en l'absence de faute, en demander réparation à l'État, dès lors que son préjudice est anormal, spécial et d'une certaine gravité²⁷.

Cette règle permet ainsi de poser la question du critère de sélection du mandataire par le tribunal. Les juges consulaires ne doivent-ils pas favoriser l'attribution de mandats selon la compétence des professionnels ?

À cet égard, la possible influence du tiers est intéressante et nous invite à revenir sur l'absence de clientèle. Certes le mandataire de justice n'a pas de clientèle, ce qui est une bonne chose pour son indépendance. Néanmoins, d'un point de vue économique, le client est aussi l'acteur qui permet, du moins théoriquement, l'identification des professionnels compétents. Cette influence du tiers dans la nomination peut justement contribuer à introduire une dose de concurrence entre les professionnels. Cette mise en concurrence aurait la vertu d'éviter les rentes de position. En effet, en permettant dans certaines circonstances au débiteur de choisir son mandataire, une émulation devrait se créer et pousser les professionnels à se démarquer les uns des autres par leurs compétences. Tout l'enjeu consiste alors à trouver un équilibre entre une saine concurrence et la remise en cause de l'indépendance des mandataires. Il ne faudrait pas qu'en introduisant des éléments stimulant la concurrence entre les mandataires ces derniers cherchent à plaire aux débiteurs remettant au final leur indépendance en cause.

Cette solution ne répond, cependant, que partiellement à l'objectif souhaité. Dans les procédures de redressement et de liquidation,

²⁷ Cass. civ. 1^{re}, 30 janv. 1996, n° 91-20.266, *JCP* 1996. II. 22608, rap. P. Sargos *Rev. proc. coll.* 1996, p. 337, n° 13, obs. Soinne ; *Garç. Pal.* 23-24 avr. 1997, concl. J. Sainte-Rose.

le débiteur n'est pas appelé à intervenir dans le choix de l'administrateur.

Qu'en est-il, par ailleurs, du choix du mandataire judiciaire ? Faut-il solliciter les créanciers en leur donnant également la possibilité de suggérer le nom d'un mandataire judiciaire ? On peut l'imaginer mais le problème de la remise en cause de leur indépendance demeure.

Il est donc peut-être nécessaire d'élever le débat au niveau supérieur. Si les débiteurs et créanciers peuvent jouer un rôle de sélection, ne doit-on pas confier aussi, et peut-être surtout, cette mission au tribunal ? L'idée serait d'assimiler, dans une certaine mesure, le juge à une sorte de client. Les juridictions consulaires tiennent déjà des statistiques quantitatives sur la distribution des mandats. Les tribunaux de commerce, ou le ministère public, ne devraient-ils pas également établir des statistiques qualitatives en évaluant la réussite du professionnel dans la conduite de sa mission ?

La question de l'indépendance est donc épineuse. Celle de la distinction des fonctions entre administrateur judiciaire et mandataire judiciaire ne l'est pas moins.

§ 2 – LA DISTINCTION DES FONCTIONS D'ADMINISTRATEUR JUDICIAIRE ET MANDATAIRE JUDICIAIRE

En ce qu'ils participent au fonctionnement de la procédure, les mandataires de justice sont parfois qualifiés d'organes de la procédure. Des missions spécifiques leurs sont confiées.

Durant la période d'observation des procédures de redressement et de sauvegarde, le mandataire judiciaire est en charge de l'intérêt collectif des créanciers et l'administrateur judiciaire en charge de la gestion du patrimoine du débiteur. Après l'adoption du plan est nommé un commissaire à l'exécution du plan qui a la charge de vérifier que ce plan est correctement appliqué. C'est le mandataire judiciaire, ou l'administrateur, qui opérait pendant la période d'observation qui est nommé commissaire à l'exécution du plan.

En cas de liquidation judiciaire, le liquidateur judiciaire réalise les opérations de liquidation et agit, à l'instar du mandataire judiciaire, dans l'intérêt collectif des créanciers.

On dénombre quatre missions dont il faudra identifier les tâches spécifiques. Les organes disposent d'actions spécifiques pour mener à bien ces missions.

Certaines de ces actions sont détenues exclusivement par certains organes (A) alors que d'autres sont partagées entre ceux-ci (B).

A) Les actions détenues exclusivement

1) Le mandataire judiciaire²⁸

La première tâche du mandataire judiciaire consiste à se prononcer sur l'admission des créances qu'il peut contester devant le juge commissaire²⁹. En effet, pour être admis dans la procédure les créanciers doivent déclarer leurs créances. Cela permet de comprendre que l'idée d'intérêt collectif des créanciers n'exclut pas que le mandataire judiciaire agisse contre un créancier en particulier. Le droit français s'est dernièrement adouci sur la question mais longtemps la déclaration de créance pouvait être vue comme un piège tendu aux créanciers³⁰. Par sa fonction, le mandataire judiciaire est ainsi conduit à agir, parfois, contre les créanciers.

Le mandataire judiciaire a ensuite qualité, sur le plan procédural, pour agir dans l'intérêt collectif des créanciers³¹. C'est lui qui va ainsi engager la responsabilité d'un tiers qui a contribué à l'aggravation du passif. Par exemple, l'expert-comptable qui, en commettant une faute dans la certification des comptes d'un débiteur, rend possible l'aggravation de la situation du débiteur. En cela, il compromet les chances des créanciers d'être payés et sa responsabilité pourra être engagée par le mandataire judiciaire.

Il est également compétent pour engager la responsabilité d'un créancier qui aura lui aussi contribué à l'aggravation du passif. C'est l'exemple du banquier qui a octroyé de manière inconsidérée un crédit au débiteur et qui aura ainsi concouru aux difficultés. Il s'agit d'une nouvelle illustration d'une action du mandataire judiciaire contre un créancier.

Le mandataire judiciaire est par ailleurs l'organe chargé de recueillir le consentement des créanciers lorsqu'il leur est demandé de procéder à des abandons de créances³². Pour toute

²⁸ Pour approfondir la question, V. F. AUBERT, « La responsabilité civile personnelle des mandataires de justice dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaires », *Rapp. C. cass.* 2003, p. 145 ; H. CROZE, « Les organes de la procédure », *Mél. R. Perrot*, Dalloz, 1995, p. 49 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Des professions à « haut risque », Les professions d'administrateurs et mandataires judiciaires », *Mél. A. Honorat*, éd. Frison-Roche, 2000, p. 193.

²⁹ Articles L. 624-1 et suivants Code de commerce.

³⁰ G. BERTHELOT, « Déclaration et vérification des créances – Une souplesse apparente dans un souci de célérité », *Cab. Dr. entr.* N° 4, juill./août 2016, p. 35 ; P.-M. LE CORRE, « Déclaration et vérification des créances : quels changements ? », *interv. Colloque Besançon* 10 oct. 2014 ; *Gaz. Pal.* 31 déc 2014, n° 365, 26. P. Pétel, « Déclaration de créance et représentation en justice », *Mél. R. Mouly*, t. II, Litec, 1998, p. 153 ; F. REILLE, « Déclaration, vérification et admission des créances : l'actualité en question », *Rev. proc. coll.* 2013, dossier 28.

³¹ Article L. 622-20 Code de commerce. Sur la question de l'intérêt collectif des créanciers V. F. DERRIDA, « Intérêt collectif et intérêts individuels des créanciers dans les procédures de redressement ou de liquidation judiciaires », *Etudes B. Mercadal*, EFL, 2002 ; A. MARTIN-SERF, « L'intérêt collectif des créanciers ou l'impossible adieu à la masse », *Mél. Honorat*, éd. Frison-Roche, 2000, p. 143 ; M. CABRILLAC, « L'impertinente réapparition d'un condamné à mort ou la métempsychose de la masse des créanciers », *Mél. Ch. Gavalda*, Dalloz, 2001, p. 69 ; J. VALLANSAN, « La notion d'intérêt collectif vue par la chambre commerciale de la Cour de cassation », *BJE* mai 2016, n° 113k9, p. 212.

³² Article L. 626-5 Code de commerce.

décision qui touche aux créances, le mandataire judiciaire est chargé d'interroger les créanciers.

2) L'administrateur judiciaire³³

Le but d'une procédure non liquidative est de restructurer l'entreprise. Cette restructuration passe notamment par un choix à opérer entre les contrats que l'on souhaite continuer et ceux qu'il faut interrompre³⁴. L'administrateur fait le choix de poursuivre ou non les contrats en cours selon leur utilité pour l'entreprise³⁵. Cet organe joue un rôle important en identifiant les contrats nécessaires au redressement de l'entreprise. Pour en demander la poursuite, l'administrateur doit s'assurer de disposer des fonds nécessaires afin de payer le créancier à l'échéance. À défaut, il engagera sa responsabilité professionnelle.

Par ailleurs, l'administrateur procède aux licenciements des salariés³⁶. Il le fait après avoir sollicité l'autorisation du juge commissaire qui contrôlera au préalable leur caractère urgent, inévitable et indispensable durant la période d'observation³⁷. Cette procédure accélérée de licenciement est impossible dans la procédure de sauvegarde. Le législateur a souhaité qu'il en aille ainsi dans la mesure où, dans cette procédure, la cessation des paiements n'est pas caractérisée.

En outre, une part importante de sa mission consiste à établir un bilan économique et social de l'entreprise³⁸ à partir duquel le plan pour l'entreprise sera bâti³⁹.

Enfin, dans les procédures dans lesquelles les comités de créanciers sont constitués, l'administrateur est chargé de veiller à leur bon fonctionnement⁴⁰. Lorsque ces comités sont constitués, leurs membres sont soumis à un vote collectif. Il est possible de s'étonner de ce que l'on ait confié cette tâche à l'administrateur

³³ Pour approfondir la question, V. H. SLIM, *La responsabilité professionnelle des administrateurs et liquidateurs judiciaires*, Litec, 2000 ; E. GAL-HENG, « La clarification des missions ou la reconnaissance des métiers », *LPA*, 17 févr. 2006, p. 109 ; E. ETIENNE-MARTIN et M.-A. LAFONTAINE, « L'administrateur judiciaire : du syndic au praticien de l'entreprise », *Rev. proc. coll.*, 2009, n° 3, p. 14 ; A. GENITEAU, « L'administrateur judiciaire et le nouveau livre VI du code de commerce », *Rev. proc. coll.*, 2006, n° 1, p. 1.

³⁴ Sur la question, V. S. BENILSI, « Contrats en cours : un équilibre enfin atteint ? », *BJE* mai 2014, n° 111c6 ; Y. GUYON, « Le droit des contrats à l'épreuve des procédures collectives », *Mél J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 405 ; P. LE CANNU, « La poursuite de l'activité », *Dr. et patr.*, déc. 2009, n° 187, p. 68.

³⁵ Article L. 622-13.

³⁶ Sur la question, V. A. BOYER, *Protection des salariés et sauvetage de l'entreprise : quête d'un équilibre*, PUAM, 2006 ; A. ARSEQUEL et Th. METEYE, « Les aspects sociaux de la procédure de sauvegarde », *Rev. proc. coll.*, 2008, n° 2, p. 117 ; A. DONNETTE, « Droit des entreprises en difficulté et droit du travail : tentative de clarifications », *BJE* juil. 2013, éclairage p. 207.

³⁷ Article L. 631-17.

³⁸ H. LECUYER, « De l'élaboration du bilan économique, social et environnemental », *LPA* n° sp., 8 févr. 2006, n° 28, p. 64 ; Ph. PEYRAMAURE, « Droit des entreprises en difficulté : le bilan économique et social dans la loi du 25 janvier 1985 », *JCP E* 1986. I. 15167 ; B. ROLLAND, « Le Guide 2012 à destination des administrateurs judiciaires, mandataires judiciaires et de l'inspection des installations classées », *Act. Proc. coll.* 2013, n° 7, comm. 85.

³⁹ Articles L. 623-1 et suivants.

⁴⁰ Article L. 626-30.

qui est censé administrer le patrimoine du débiteur au détriment du mandataire judiciaire qui a la charge de l'intérêt collectif des créanciers.

3) *Le commissaire à l'exécution du plan*

L'adoption du plan met en principe un terme à la mission du mandataire judiciaire et de l'administrateur⁴¹. Par conséquent, la première mission du commissaire à l'exécution du plan consiste à reprendre les instances qui ne sont pas terminées lors de l'adoption du plan. Comme mentionné précédemment, la personne nommée commissaire à l'exécution du plan est soit le mandataire judiciaire soit l'administrateur judiciaire en place pendant la période d'observation.

Le même professionnel continue donc la mission mais en vertu d'un mandat nouveau⁴².

Cela ne va pas sans poser certaines difficultés pratiques importantes⁴³. Les professionnels, comme les personnes intéressées, doivent porter une attention toute particulière à la qualité en laquelle est considéré le professionnel. En effet, l'assignation du commissaire à l'exécution du plan en sa qualité non pas de commissaire mais d'ancien mandataire judiciaire emportera l'opposition d'une fin de non-recevoir. Ces questions de qualité sont d'autant plus piègeuses que le mandataire judiciaire reste toujours en place en cette qualité pour terminer la vérification du passif et que la mission de l'administrateur continue également si le tribunal le charge d'effectuer les actes nécessaires à la mise en œuvre du plan.

Le commissaire à l'exécution du plan est également compétent s'il apparaît qu'une action dans l'intérêt collectif des créanciers n'a pas été réalisée avant l'adoption du plan. C'est donc à lui qu'incombera la charge d'introduire cette action. Cette solution est aujourd'hui bien établie mais longtemps le fait de savoir qui du mandataire judiciaire ou du commissaire était compétent n'était pas tranché. D'une part, la raison d'être du mandataire judiciaire est la défense de l'intérêt collectif des créanciers, d'une autre l'organe institué après l'adoption du plan est le commissaire à l'exécution du plan. La qualité a été reconnue au commissaire mais ce point révèle surtout des situations anormalement complexes si l'on se rappelle qu'il s'agit du même professionnel à l'œuvre.

Enfin, le cœur de sa mission consiste à surveiller l'exécution du plan⁴⁴. Il rend compte au tribunal et au ministère public du défaut de l'exécution du plan qui peut être alors résolu.

⁴¹ Articles L. 626-9 et suivants.

⁴² R. GOMEZ, « Réflexions sur la durée de la mission du commissaire à l'exécution du plan », *Rev. proc. coll.*, 2008, p. 28

⁴³ B. SOINNE, « Le nouveau Kafka (A propos de la répartition des pouvoirs entre les organes de la procédure après jugement d'arrêt du plan) », *Rev. proc. coll.*, 2001, p. 163

⁴⁴ F. PEROCHON, « Le contrôle du plan de redressement », *LPA* 22 déc. 1993, p 10.

4) Le liquidateur judiciaire

Le liquidateur judiciaire procédera à la réalisation des actifs⁴⁵. Il détient également les mêmes actions que le mandataire judiciaire s'agissant de la vérification du passif, la défense de l'intérêt collectif.

La nomination d'un administrateur judiciaire n'est pas obligatoire en liquidation. En son absence, le liquidateur joue aussi le rôle de l'administrateur judiciaire. Selon les mots du Professeur Vallens, le liquidateur est le Janus de la procédure collective en référence au Dieu romain à deux têtes⁴⁶.

Cette double fonction pose également question. Si l'on se rappelle que la distinction des professions a été souhaitée pour éviter les conflits d'intérêts, on ne peut que s'étonner qu'une procédure puisse se dérouler en l'absence d'administrateur, hypothèse pourtant la plus fréquente en pratique. En sauvegarde ou redressement, on peut le comprendre dans la mesure où le débiteur n'est pas toujours entièrement dessaisi de sa capacité de gérer son entreprise. Cependant, en cas de dessaisissement total ou de liquidation, on trouve alors un organe unique institué afin de favoriser à la fois le maintien de l'activité économique et d'assurer la défense de l'intérêt des créanciers. La distinction posée par la loi du 25 janvier 1985, qui institue l'une des spécificités du modèle français, semble donc à relativiser.

Le liquidateur exerce par ailleurs l'action pour insuffisance d'actif⁴⁷. Lorsque la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut en effet, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance, décider que son montant sera supporté, en tout ou en partie, par tous les dirigeants ayant contribué à la faute de gestion. Cette action peut être également exercée par le ministère public.

Outre ces actions détenues exclusivement par un organe, d'autres actions sont partagées.

B) Les actions partagées

L'action en extension de la procédure⁴⁸ en est un premier exemple. Elle consiste à étendre la même procédure collective à une autre personne en cas de confusion de son patrimoine avec celui du débiteur ou de fictivité de la personne morale⁴⁹. L'action a surtout vocation à assurer une sorte de police du marché économique. En effet, il est préférable que des entreprises dont il devient impossible de comprendre l'autonomie reçoivent un

⁴⁵ Articles L. 642-1 et suivants.

⁴⁶ J.-L. VALLENS, « Le mandataire judiciaire, Janus de la procédure de liquidation judiciaire », *RTD com.*, 2001, p. 979.

⁴⁷ Articles L. 651-1 et suivants.

⁴⁸ F. REILLE, *La notion de confusion des patrimoines, cause d'extension des procédures collectives*, « Bibl. dr. entr. », t. 74, Litec, 2006 ; F. DERRIDA, « A propos de l'extension des procédures de redressement ou de liquidation judiciaires », *Mél. M. Cabrillac*, Litec, 1999, p. 687.

⁴⁹ Article L. 621-2.

traitement unique en cas de procédure collective. Il en va de même lorsqu'une société n'a été constituée que par fictivité. Cette demande d'extension peut être faite par l'administrateur comme le mandataire judiciaire car il s'agit avant d'une bonne administration de la justice. Cette finalité de police économique permet d'expliquer ce partage de l'action.

La conversion de la procédure⁵⁰ permet de faire basculer une procédure de sauvegarde en redressement⁵¹ ou en liquidation ou un redressement en liquidation⁵². La conversion apparaît comme une nécessité au regard des critères des différentes procédures. Si la cessation des paiements advient, il n'est plus possible de maintenir la sauvegarde. De même si le redressement de l'entreprise devient manifestement impossible, il faut la liquider. À nouveau, ce partage de l'action s'explique par le fait que celle-ci s'impose à la procédure pour des raisons économiques. Tout mandataire de justice peut être ainsi habilité à la mener.

Dans le même ordre d'idée, le mandataire judiciaire et l'administrateur sont compétents pour demander la cessation partielle d'activité pendant le redressement⁵³. Il s'agit encore d'une nécessité économique d'où le partage des compétences.

La demande de sanctions pénales peut être aussi introduite par le mandataire judiciaire ou l'administrateur⁵⁴. En effet, lorsque l'on estime que le dirigeant a contribué fautivement à la situation il doit être sanctionné. Cette action est à nouveau partagée par les deux organes en raison de sa finalité de police économique. La sanction interdisant temporairement à un dirigeant d'exercer cette profession est destinée à purger le marché économique des dirigeants particulièrement incompétents ou malhonnêtes.

Enfin, l'action en nullité de la période suspecte permet d'obtenir la nullité d'actes passés qui ont anormalement appauvri le débiteur entre la cessation des paiements et l'ouverture de la procédure. Le mandataire judiciaire comme l'administrateur sont habilités à solliciter ces nullités⁵⁵. Il faut remarquer que la question ne se rattache plus, cette fois, à une quelconque police économique.

En obtenant la nullité, l'actif du débiteur est reconstitué ce qui profite à ce dernier. En récupérant davantage de fonds il peut espérer favoriser le redressement de son entreprise et donc maintenir son activité. En voyant reconstitué l'actif du débiteur, les créanciers peuvent aussi espérer de leur côté voir améliorées leurs chances d'être payés. L'action est ainsi partagée car elle peut profiter au débiteur comme aux créanciers.

⁵⁰ F.-X. LUCAS, « L'ouverture de la procédure collective », Interv. Colloque Crajeffe, Nice 27 mars 2004, *LPA* 10 juin 2004, n° 116, p. 4 ; T. MASTRULLO, « La conversion de la sauvegarde en redressement judiciaire », *Rev. proc. coll.*, 2008, p. 41.

⁵¹ Article L. 621-12 Code de commerce.

⁵² Article L. 631-7 Code de commerce.

⁵³ Article L. 631-15 Code de commerce.

⁵⁴ Article L. 654-17 Code de commerce.

⁵⁵ Article L. 632-4 Code de commerce.

CONCLUSION

La présentation de ces différentes actions partagées par le mandataire judiciaire et l'administrateur permettent de dégager quelques réflexions finales.

Le principe d'actions communes aux mandataires de justice est présenté comme une garantie de la mise en œuvre effective de ces actions⁵⁶. La multiplication des qualités à agir est une manière de s'assurer qu'au moins une personne prendra le soin de vérifier que ces actions nécessaires tantôt à la procédure tantôt à la police du marché économique soient réalisées. À cet égard, il apparaît quelque peu indifférent de savoir si les actions correspondent à l'intérêt du débiteur ou des créanciers, elles sont plus abstraitement réalisées dans l'intérêt de la procédure.

Cette première réflexion en appelle une seconde. S'il est vrai que les différents mandataires partagent des actions qui ne sont pas directement rattachées à un intérêt déterminé mais à celui plus abstrait de la procédure, c'est qu'il faut sûrement concevoir les mandataires de justice fondamentalement comme des auxiliaires de justice, avant toute autre chose, au service du tribunal.

À l'instar de ce qui a été montré dans un premier temps, les mandataires de justice sont des professionnels indépendants des personnes concernées par la procédure et sont, en outre, rigoureusement contrôlés par le tribunal. Leur véritable lien de rattachement s'établit donc avec la juridiction, quelle que puisse être l'éventuelle influence des autres acteurs. Il en découle que si l'on peut comprendre la volonté du législateur en 1985 d'assurer une défense séparée des intérêts de la procédure, la distinction des professions aura toujours une part d'artifice en raison de la nature profondément unitaire de ces professions à savoir : se mettre au service du tribunal.

Sur cette question de la défense des intérêts, il peut sembler en définitive assez vain de chercher l'équilibre des intérêts en la personne des acteurs de la restructuration. C'est davantage au regard des règles de fond, par exemple en se demandant jusqu'où peuvent aller les atteintes aux droits des différentes parties, qu'il faut trouver le délicat centre de gravité des intérêts qui permet d'obtenir une bonne procédure collective.

⁵⁶ P. CAGNOLI, *Essai d'analyse processuelle du droit des entreprises en difficulté*, LGDJ, 2002, p. 76.