

BULLETIN JOLY

ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

ACTUALITÉ DU DROIT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

À LA UNE

DOSSIER

Loi *Macron* et procédure collective : réactions et perspectives → PAGE 395

Dossier sous la direction scientifique de Françoise PÉROCHON

DOCTRINE

Le notaire face à la vente du bien indivis en liquidation judiciaire → PAGE 384

Doctrine par Bernard SAINTOURENS et Myriam CAZAJUS

DROIT SOCIAL ET FISCAL

**Déclaration d'une créance fiscale : la délégation
de signature doit être publiée** → PAGE 382

Note par Gilles DEDEURWAERDER



lextenso éditions

112v3 Période suspecte, paiement anticipé et cession *Dailly* : revirement de jurisprudence ? PAGE 378

par Cécile LISANTI

Cass. com., 19 mai 2015, n° 14-11215, F-PB

Pour déterminer si la cession de créances professionnelles constitue un paiement anticipé au sens de l'article L. 632-1, I, 3, du Code de commerce, seule la date de la cession de créance doit être prise en compte, et non celle de la convention-cadre de cession de créance.

DROIT SOCIAL ET FISCAL

112t0 Responsabilité fiscale du dirigeant : mieux vaut ne pas déclarer qu'une déclaration mensongère PAGE 381

par Gilles DEDEURWAERDER

Cass. com., 12 mai 2015, n° 13-27507, F-PB

Le lien de causalité entre l'impossibilité pour l'Administration de recouvrer les impositions et pénalités dues par la société, d'une part, et la minoration par celle-ci du chiffre d'affaires indiqué dans les déclarations de TVA, d'autre part, est caractérisé sans qu'il puisse être reproché à l'Administration de n'avoir pas détecté suffisamment tôt ces insuffisances dans les déclarations.

112v4 Déclaration d'une créance fiscale : la délégation de signature doit être publiée PAGE 382

par Gilles DEDEURWAERDER

BOI-REC-EVTS-10-30, n° 300, 1^{er} juill. 2015 – Cass. com., 2 juin 2015, n° 14-11601, F-D – Cass. com., 2 juin 2015, n° 14-11596, F-D – Cass. com., 2 juin 2015, n° 14-11592, F-D

Le comptable public peut, pour la déclaration d'une créance fiscale, déléguer sa signature à tout collaborateur, mais en tant qu'acte de nature réglementaire, la délégation de signature n'est opposable aux tiers que si elle a fait l'objet d'une publicité suffisante.

À signaler également

PAGE 383

DOCTRINE

112v2 Le notaire face à la vente du bien indivis en liquidation judiciaire PAGE 384

par Bernard SAINTOURENS et Myriam CAZAJUS

Pour que le notaire accepte de régulariser la vente d'un bien en liquidation judiciaire, une ordonnance autorisant l'acte projeté doit lui être présentée. En pratique et lorsque le débiteur-vendeur détient un bien indivis, il arrive que ces ordonnances contrarient les règles de l'indivision. Cet article vise à attirer l'attention du praticien sur les critères lui permettant de juger de la régularité de l'ordonnance qui lui est communiquée ; sont également exposées les sanctions encourues par l'acte régularisé conformément à une ordonnance irrégulière.

112r3 Les risques du « prepack cession » PAGE 389

par Patricia GUYOMARC'H

La formalisation du « prepack cession » par l'ordonnance du 12 mars 2014 témoigne d'une volonté de faciliter la reprise d'une entreprise connaissant des difficultés et cela avant même l'ouverture d'une procédure de sauvegarde ou de redressement. Les modalités d'exercice de ce type de cession, qui peut intervenir au cours de la conciliation, rendent compte d'une privatisation de la négociation qui n'est pas sans incertitudes.

Patricia GUYOMARC'H

Avocat au barreau de Paris

Cabinet Guyomarc'h

Les risques du « *prepack cession* » 112r3

La formalisation du « *prepack cession* » par l'ordonnance du 12 mars 2014 témoigne d'une volonté de faciliter la reprise d'une entreprise connaissant des difficultés et cela avant même l'ouverture d'une procédure de sauvegarde ou de redressement. Les modalités d'exercice de ce type de cession, qui peut intervenir au cours de la conciliation, rendent compte d'une privatisation de la négociation qui n'est pas sans incertitudes.

Par une ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014, portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, le droit des procédures collectives a été modifié en profondeur. Cette ordonnance a été suivie d'un décret d'application n° 2014-736 publié le 30 juin 2014 et entré en vigueur le 1^{er} juillet de la même année.

L'une des innovations majeures de ces nouvelles dispositions est la consécration législative du « *prepack cession* ». Il s'agit d'une pratique inspirée du droit anglo-saxon consistant à négocier une cession de l'entreprise au cours d'une procédure préventive et à la faire constater dès l'ouverture d'une procédure collective. Pour la mise en place du « *prepack cession* », l'article L. 611-7 du Code de commerce, qui prévoit la mission du conciliateur, a été modifié afin de lui donner la possibilité d'organiser, à la demande du débiteur et après avis des créanciers participants, une cession partielle ou totale de l'entreprise « qui pourrait être mise en œuvre, le cas échéant, dans le cadre d'une procédure ultérieure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ».

Sous prétexte d'adapter les procédures collectives à la cession pré-négociée en phase préventive, l'article L. 642-2 du Code de commerce prévoit désormais : « si les offres formulées dans le cadre des démarches effectuées par le mandataire *ad hoc* ou le conciliateur (...) remplissent les conditions prévues au II du présent article et sont satisfaisantes », le tribunal peut décider de ne pas fixer de date limite de dépôt des offres. Si cet article a le mérite d'asseoir la possibilité, pour le mandataire *ad hoc*, de préparer une cession de l'entreprise à l'instar du conciliateur, on peut douter de l'opportunité de cette dérogation à la publicité normale de la cession judiciaire au regard des intérêts en présence et de l'atteinte portée à la libre concurrence.

Deux articles du décret d'application précisent le régime du « *prepack cession* ». D'une part, l'article R. 611-26-2 exige que la demande de mise en place d'une cession en phase de conciliation com-

porte l'accord des créanciers participants, celui du conciliateur et celui du débiteur. D'autre part, l'article R. 642-40 explicite la situation dans laquelle, en vertu de l'article L. 642-2, le tribunal pourra écarter la fixation d'une date limite de dépôt des offres : « Le tribunal s'assure que, compte tenu de la nature de l'activité en cause et les démarches effectuées par le mandataire *ad hoc* ou le conciliateur (...) ont assuré une publicité suffisante de la préparation de la cession ».

À première vue, l'avantage du régime décrit est certain puisque la cession est négociée en amont du jugement d'ouverture, ce qui permet de gagner un temps considérable et d'éviter la dépréciation de la valeur de l'entreprise au bénéfice des créanciers. Toutefois, ce régime existait déjà en pratique et les textes ne font que légaliser cette dernière. Le « *prepack cession* » participe de la contractualisation des procédures collectives en permettant au débiteur et à l'éventuel repreneur de négocier librement les modalités de reprise de l'affaire.

Mais de quoi parle-t-on ? De la cession amiable ou de la cession judiciaire ? Judiciaire à n'en pas douter. Or la pratique des procédures amiables est de rechercher d'abord une cession amiable de l'entreprise pour favoriser un meilleur prix, avant même d'envisager la cession judiciaire forcément dégagee de son passif. La base légale du « *prepack cession* » permet ainsi aux acteurs d'officialiser la cession judiciaire en amont et de ne pas effectuer d'appel d'offres *in fine*.

Son versant négatif est qu'elle opacifie la procédure de cession judiciaire de l'entreprise, empêchant d'autres repreneurs qui auraient pu être intéressés par la reprise de proposer un meilleur prix et qu'elle ouvre la porte à des risques de fraude entre le débiteur et le repreneur au détriment des créanciers.

En outre, quoique consacrée par les textes, préparer une cession de l'entreprise en amont paraît dénaturer la mission du conciliateur et du mandataire *ad hoc*, qui originellement consistait à trouver un accord avec les principaux créanciers et à assurer la pérennité de l'entreprise. Enfin, la procédure traditionnelle de la cession d'entreprise au cours d'une procédure collec-

tive ne sera-t-elle pas aussi remise en cause par l'instauration du « *prepack cession* » ?

La mission initiale du mandataire *ad hoc* et du conciliateur semble être substantiellement affectée par l'établissement du « *prepack cession* » (I). De plus, les dérogations apportées à la procédure classique de la cession d'entreprise dans le cadre d'une procédure collective semblent bien confuses (II).

I. Une remise en cause dommageable de la mission originelle du conciliateur et du mandataire *ad hoc*

Il est nécessaire de conserver la mission première du conciliateur et du mandataire *ad hoc* (A). La mission de cession de l'entreprise, concrétisée le cas échéant dans le cadre d'une procédure collective (C), ne doit être qu'un palliatif en cas de défaut d'accord entre les créanciers participant à la conciliation ou au mandat *ad hoc* (B).

A. La nécessité de conserver la mission première du conciliateur et du mandataire *ad hoc*

La mission originelle du conciliateur est précisée à l'article L. 611-7 du Code de commerce : « Le conciliateur a pour mission de favoriser la conclusion entre le débiteur et ses principaux créanciers ainsi que, le cas échéant, ses cocontractants habituels, d'un accord amiable destiné à mettre fin aux difficultés de l'entreprise. Il peut également présenter toute proposition se rapportant à la sauvegarde de l'entreprise, à la poursuite de l'activité économique et au maintien de l'emploi... ».

Le conciliateur a pour mission principale de restructurer l'entreprise dont le dirigeant reste à la tête tout en trouvant un accord avec les créanciers parties à la mission amiable. La mission du mandataire *ad hoc*, pour laquelle le Code de commerce n'est pas explicite est, en pratique, substantiellement la même, aussi nous parlerons indistinctement de ces deux institutions. Or l'article L. 611-7 est ainsi complété : « Il [le conciliateur] peut être chargé, à la demande du débiteur et après avis des créanciers participants, d'une mission ayant pour objet l'organisation d'une cession partielle ou totale de l'entreprise qui pourrait être mise en œuvre, le cas échéant, dans le cadre d'une procédure ultérieure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ».

La question est donc de savoir si la cession pourrait s'envisager dès la rédaction initiale de la requête en désignation du conciliateur, au risque d'anéantir la fonction même de la procédure de conciliation qui est

de mettre fin aux difficultés de l'entreprise. En effet, comment le conciliateur pourrait-il négocier si le créancier a connaissance de cette deuxième mission de cession ? L'effet de levier risque d'être réduit à néant.

Toutefois, les textes militent en ce sens. En effet, l'article L. 611-7 du Code de commerce ne parlerait pas de la demande d'avis adressée aux créanciers *participants* si ceux-ci n'étaient pas déjà parties à la conciliation. Ainsi cette recherche de cession ne pourra intervenir qu'après que le conciliateur aura échoué dans sa tentative de trouver un accord amiable aux fins de résoudre les difficultés de l'entreprise. Ce n'est que dans l'hypothèse où aucun accord n'est trouvé que les créanciers ayant participé à la première phase de la conciliation devront donner leur avis sur la demande du débiteur adressée au conciliateur, d'avoir à se charger d'une mission de la cession de l'entreprise.

À défaut d'accord avec les créanciers, il devient souhaitable de charger le conciliateur d'une mission de préparation de cession de l'entreprise.

B. Une mission bienvenue à défaut d'accord entre les créanciers

Comme il a été vu, l'article L. 611-7 dispose que le conciliateur peut être chargé d'une mission ayant pour objet l'organisation de la cession de l'entreprise. Cette mission nous semble devoir intervenir uniquement en cas d'impossibilité de réaliser la mission originelle sus-décrite du conciliateur ou du mandataire *ad hoc*, donc à défaut d'accord avec les créanciers dans la recherche d'une solution mettant fin aux difficultés de l'entreprise ; le débiteur pourrait demander au conciliateur, après avis des créanciers participants, d'organiser une cession de l'entreprise.

Aux termes de l'article R. 611-26-2, la demande d'avis reproduit les dispositions de l'article L. 611-7 et de l'article L. 642-2 et chaque créancier y mentionne en principe son avis. Il s'agit d'un simple avis et l'avis négatif n'a aucune incidence sur la suite. Si le créancier ne donne pas son avis, il faudra justifier de la demande d'avis.

Reste à savoir s'il ne faudrait pas aussi envisager de privilégier, en le précisant par écrit, la cession amiable à la cession judiciaire même si chacun sait que si le cessionnaire trouve la situation financière trop obérée, il attendra de reprendre judiciairement l'entreprise.

Toutefois, écrire que la cession amiable doit être privilégiée inciterait à revaloriser le prix de cession des sociétés en difficulté, devenues un marché lucratif pour certains. Ainsi, si la cession judiciaire de l'entreprise est négociée pendant la phase amiable, elle pourra être mise en œuvre, le cas échéant, dans le cadre d'une procédure collective.

C. Une concrétisation possible de l'accord après l'ouverture d'une procédure collective

Selon l'article L. 611-7 du Code de commerce, la cession pré-négociée en conciliation peut être « mise en œuvre, le cas échéant, dans le cadre d'une procédure ultérieure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ». Selon une partie de la doctrine, ces termes (« le cas échéant ») impliquent que les parties puissent finaliser la cession en cours de mandat *ad hoc* ou de conciliation sans passer par l'une des procédures collectives. En réalité, cette vision des choses ne semble pas raisonnable sauf à faire une distinction entre cession amiable et cession judiciaire. Il peut assurément en être ainsi en cas de cession amiable, mise en œuvre en cours de mandat *ad hoc* ou de conciliation.

Au demeurant, il serait même souhaitable qu'une mission de cession amiable puisse intervenir dès la requête initiale puisque celle-ci entraîne la reprise du passif de l'entreprise et ne porte pas atteinte aux droits des créanciers. Cette cession amiable devrait pouvoir être préparée y compris lorsque le conciliateur ne s'est pas vu charger expressément d'une mission d'organisation de cession partielle ou totale de l'entreprise.

Il nous semble toutefois que le « *prepack cession* » s'entend de la cession judiciaire de l'entreprise, qui porte dangereusement atteinte aux droits des créanciers puisqu'elle ne comporte pas de reprise du passif. Il est donc tout à fait inconcevable qu'une telle cession judiciaire puisse intervenir en cours de conciliation ou de mandat *ad hoc* dans la confidentialité la plus stricte, sans que la transparence et l'appel au marché de la concurrence n'aient été respectés. Une telle cession pourrait être en fraude des droits des créanciers non participants et en tout cas en violation des règles strictes de la cession judiciaire des articles L. 642-1 et suivants du Code de commerce.

Par conséquent, lorsque le conciliateur a préparé un plan de cession judiciaire, il paraît souhaitable de recourir à l'une des procédures collectives pour faire constater ce plan. Mais celles-ci n'offrent pas la même confidentialité que le mandat *ad hoc* ou la conciliation et c'est pourquoi les textes prévoient des dérogations afin de faciliter la constatation du plan de cession préparé en phase préventive.

Malheureusement, la clarté n'a pas été la qualité première des rédacteurs de ces dispositions et des dérives sont à craindre.

II. Des dérogations confuses au processus ordinaire de cession d'entreprise en cours de procédure collective

L'absence d'appel d'offres en cas de cession préparée en conciliation ou en mandat *ad hoc* (A) sera conditionnée par des exigences peu compréhensibles (B).

A. Une absence possible d'appel d'offres en cas de cession préparée au cours d'une conciliation ou d'un mandat *ad hoc*

En principe, et selon l'article L. 642-2 alinéa premier du Code de commerce : « I. Lorsque le tribunal estime que la cession totale ou partielle de l'entreprise est envisageable, il autorise la poursuite de l'activité et il fixe le délai dans lequel les offres de reprise doivent parvenir au liquidateur et à l'administrateur lorsqu'il en a été désigné ».

Ce même article prévoit cependant, dans son deuxième alinéa, une dérogation dans deux cas.

Premièrement, lorsqu'une offre est reçue pendant la période d'observation du redressement judiciaire par l'administrateur. Deuxièmement, ce qui nous intéresse, lorsque les offres ont été formulées dans le cadre des démarches effectuées par le mandataire *ad hoc* ou le conciliateur dès lors qu'elles sont satisfaisantes et remplissent les conditions de forme de toute offre de reprise. Dans ces deux cas, le tribunal peut décider de ne pas fixer le délai dans lequel les offres de reprise doivent parvenir au liquidateur et à l'administrateur. S'il est utile, pour la pérennité de l'entreprise, d'anticiper sa cession en amont de l'ouverture d'une procédure collective en ayant notamment recours à des banques d'affaires spécialisées dans la recherche d'investisseurs et d'éventuels repreneurs, il convient néanmoins de conserver la procédure des appels d'offres afin de ne pas porter préjudice aux autres personnes intéressées par la reprise de l'affaire et susceptibles de présenter un meilleur prix ou une meilleure reprise du personnel. L'appel d'offres a toujours été le principal garde-fou de la cession judiciaire « arrangée ».

Désormais, il semblerait que seul le repreneur issu de la phase de conciliation puisse être à même de racheter l'entreprise. Le risque est bien entendu la baisse du prix de cession au détriment des créanciers. En effet, malgré la possibilité pour toute personne de déposer une offre au plus tard huit jours avant l'audience d'examen des offres (C. com., art. R. 642-1, al. 3), il sera difficile à des tiers non présents au cours de la conciliation d'être au courant de cette faculté.

Cela entraîne un risque de connivence entre les participants à l'organisation de la cession, qui n'est pas sans rappeler l'époque précédant la vague de moralisation du droit des entreprises en difficulté où certains hommes d'affaires peu scrupuleux reprenaient à la barre du tribunal les sociétés débarrassées de leur passif dans une certaine opacité. Face aux critiques de la loi du 12 mars 2014, le décret du 30 juin 2014 est venu tempérer la possibilité, pour le tribunal, de ne pas faire application de la procédure d'appel d'offres, mais force est de constater que ces conditions sont particulièrement abstraites.

B. Une inintelligibilité manifeste des conditions permettant d'écarter le processus d'appel d'offres

L'article L. 642-2, alinéa 2, du Code de commerce dispose : « Toutefois, si les offres reçues en application de l'article L. 631-13 ou formulées dans le cadre des démarches effectuées par le mandataire *ad hoc* désigné en application des articles L. 611-3 ou L. 611-6 remplissent les conditions prévues au II du présent article et sont satisfaisantes, le tribunal peut décider de ne pas faire application de l'alinéa précédent. L'avis du ministère public est recueilli lorsque l'offre a été reçue par le mandataire *ad hoc* ou le conciliateur ».

Cet article de principe s'appliquera évidemment lorsque la cession préparée en phase préventive sera constatée durant une procédure de liquidation judiciaire. Ainsi, dans cette configuration, le tribunal pourra décider de déroger à la procédure d'appel d'offres. Lorsque la cession sera constatée en sauvegarde, l'appel d'offres pourra également être écarté puisque l'article L. 626-1 du Code de commerce, en son alinéa 3, applicable aux cessions effectuées en cours de sauvegarde, dispose que ces dernières sont soumises aux dispositions de l'article L. 642-1 et suivants du Code de commerce et donc au régime de la cession en liquidation judiciaire.

Toutefois, la dérogation précitée à la procédure d'appel d'offres ne pourra pas être mise en œuvre par le tribunal lorsque la cession préparée en phase amiable est constatée durant le redressement judiciaire. En effet, l'article L. 631-22 du Code de commerce dispose : « À la demande de l'administrateur, le tribunal peut ordonner la cession totale ou partielle de l'entreprise si le ou les plans proposés apparaissent manifestement insusceptibles de permettre le redressement de l'entreprise ou en l'absence de tels plans. Les dispositions de la section 1 du chapitre II du titre IV, à l'exception du I de l'article L. 642-2, et l'article L. 642-22 sont applicables à cette cession ».

Ce texte qui vise la cession en cas de redressement judiciaire exclut expressément l'application de la

dérogation à la procédure d'appel d'offres prévue à l'article L. 642-2 I, alinéa 2, du Code de commerce. Partant, lorsque la cession sera préparée en phase de conciliation ou de mandat *ad hoc* et constatée en redressement judiciaire, le tribunal devra, dans tous les cas, fixer le délai dans lequel les offres de reprise doivent parvenir au liquidateur et à l'administrateur. Cette solution nous semble opportune puisqu'elle nuance le danger induit par la dérogation possible à la procédure d'appel d'offres et conserve une certaine morale au sein du droit des procédures collectives. Cette obligation de procéder à l'appel d'offres en cas de cession en redressement judiciaire apparaît comme un garde-fou significatif.

Néanmoins, le risque existe que le tribunal, qui est censé ouvrir une procédure de redressement judiciaire dès lors qu'il demeure un espoir de sauvetage de l'entreprise, ne prononce l'ouverture d'une liquidation judiciaire chaque fois qu'un plan de cession aura été préparé en phase préventive. Il pourra ainsi contourner aisément l'obligation d'effectuer un appel d'offres et bénéficier de la dérogation à la procédure d'appel d'offres prévue à l'article L. 642-2 I, alinéa 2, du Code de commerce. Par conséquent, il est fort probable qu'en pratique la dérogation ne s'applique à chaque fois qu'un plan de cession aura été préparé en phase amiable.

Le tribunal devra donc apprécier, selon les cas, s'il est opportun ou non de déroger à l'appel d'offres. L'article L. 642-2 du Code de commerce, outre le respect des conditions de forme de l'offre, se fonde sur le critère des « démarches satisfaisantes » du conciliateur ou du mandataire *ad hoc* pour écarter le processus d'appel d'offres. Cette notion est particulièrement vague et ne permet guère de distinguer les cas dans lesquels une mise en concurrence devra avoir lieu et les autres cas profitant de la dérogation. Des critères plus précis auraient apporté une sécurité juridique au régime du « *prepack* cession ». Cette rédaction laissera une grande marge d'interprétation aux tribunaux qui devront recueillir, au sens de l'article L. 642-2, alinéa 2, l'avis du ministère public, dont l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 a renforcé ponctuellement le rôle dans les procédures préventives pour éviter les abus. Or, le ministère public n'a pas forcément les moyens d'assurer à lui seul la lutte contre les excès induits par la dérogation possible à la procédure d'appel d'offres.

En outre, les dispositions réglementaires censées expliciter l'article L. 642-2 ne sont guère plus précises. L'article R. 642-40, alinéa 4 du Code de commerce dispose : « pour l'application du deuxième alinéa de l'article L. 642-2, le tribunal s'assure que, compte tenu de la nature de l'activité en cause, les démarches effectuées par le mandataire *ad hoc* ou le conciliateur

(...) ont assuré **une publicité suffisante** de la préparation de la cession ».

Cette notion de « publicité suffisante » reste très laconique et n'explique pas l'article législatif, comme un texte réglementaire est censé le faire. En l'occurrence, il ne fait que rappeler que les démarches doivent assurer une publicité suffisante de la préparation de la cession au regard de la nature de l'activité en cause. Ces termes peu clairs sont sujets à tous types d'interprétation.

Que signifie « la publicité suffisante » au sens de l'article R. 642-40 ? Il semblerait qu'elle doive être assurée en cours de conciliation ou de mandat *ad hoc*, ce qui serait la négation de l'essence même de ces deux procédures, censées être confidentielles. Une solution pourrait être de reformuler les deux textes afin d'enca-

drer strictement la dérogation à la mise en concurrence, qui risque sinon de devenir la règle. Or la mise en concurrence est une garantie essentielle du caractère équitable de la cession judiciaire de l'entreprise. Elle assure une pluralité d'offres et permet au tribunal de choisir la mieux adaptée d'un point de vue tant social que financier.

Ainsi, l'exception devrait plutôt être fondée sur l'urgence manifeste lorsque la santé de l'entreprise risquerait de se dégrader gravement en raison des délais induits par la procédure d'appel d'offres. En dehors de ce cas, il est souhaitable que la procédure ordinaire de la cession judiciaire de l'entreprise continue de recevoir application. Car, même si l'officialisation du « *prepack* » entérine la pratique, ces dispositions vont trop loin et risquent de dévoyer le principe de transparence en matière de cession judiciaire d'entreprise.