

BULLETIN JOLY

ENTREPRISES

EN DIFFICULTÉ

ACTUALITÉ DU DROIT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

À LA UNE

DOCTRINE

La portée de la norme anti-blanchiment sur les missions
des administrateurs et des mandataires judiciaires → PAGE 64

Soazig LEDAN-CABARROQUE

CRÉANCIERS ET PROPRIÉTAIRES

Le gage des stocks encore et toujours → PAGE 25

Laurent LE MESLE

DOCTRINE

De nouvelles missions pour les administrateurs
et les mandataires judiciaires : l'administration spéciale,
temporaire ou provisoire des entreprises financières → PAGE 61

Hélène BOURBOULOUX et Romain DU PLANTIER

Hélène BOURBOULOUX

Administrateur judiciaire
Associée gérante, FHB

Romain DU PLANTIER

Stagiaire FHB

De nouvelles missions pour les administrateurs et les mandataires judiciaires : l'administration spéciale, temporaire ou provisoire des entreprises financières ^{112y3}

L'ordonnance n° 2015-1024 du 20 août 2015, portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière financière, a modifié les articles L. 811-10 et L. 812-8 du Code de commerce et permet aux administrateurs et mandataires judiciaires d'être désormais mandatés aussi bien en tant qu'administrateur spécial dans le cadre d'une procédure de résolution, que d'administrateur temporaire ou provisoire dans le cadre du traitement administratif des entités financières.

1. Les articles L. 620-2, L. 631-2 et L. 640-2 du Code de commerce rendent applicables les procédures de sauvegarde, de redressement judiciaire et de liquidation judiciaire « à toute personne morale de droit privé ». À ce titre, les entreprises dites réglementées (établissements de crédit, entreprises d'investissement, établissements de paiement...), qui sont agréées et soumises au contrôle d'une autorité de supervision, devraient relever entièrement des mesures prévues par le livre VI du Code de commerce.

Toutefois, si certaines dispositions leur sont effectivement applicables, le législateur a instauré à leur égard des mécanismes dérogatoires au droit commun des entreprises en difficulté et ce, notamment en raison de l'existence d'un risque systémique attaché à leur défaillance. En effet, comme le souligne un auteur à propos de l'hypothèse de défaillance d'un établissement de crédit, « l'application des procédures classiques d'insolvabilité ne permet, ni d'éviter le risque systémique, ni de traiter de manière optimale la défaillance d'une banque, car le traitement judiciaire s'inscrit nécessairement dans la durée. Il ne traite pas de façon suffisamment réactive et rapide le risque systémique et préserve insuffisamment l'intérêt général, particulièrement celui de la stabilité financière »¹.

Les entreprises réglementées font l'objet d'une réglementation spécifique, exposée aux articles L. 613-24

à L. 613-31 du Code monétaire et financier dans une section relative au « traitement des établissements de crédit, des sociétés de financement, des établissements de monnaie électronique, des établissements de paiement et des entreprises d'investissement en difficulté ». À titre d'illustrations de ce droit propre aux entreprises financières, on peut notamment mentionner le fait que :

– les procédures collectives instituées par le Livre VI du Code de commerce ne peuvent être ouvertes à l'égard des entreprises susmentionnées « *qu'après avis conforme de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution* » (C. mon. fin., art. L. 613-27) ;

– l'état de cessation des paiements des établissements de crédit et sociétés de financement fait l'objet d'une définition spécifique, puisqu'il est caractérisé par l'impossibilité « *d'assurer leurs paiements, immédiatement ou à terme rapproché* » (C. mon. fin., art. L. 613-26) ;

– le fonds de garantie et les déposants sont dispensés de déclarer leurs créances dans le cadre de la procédure collective ouverte à l'égard d'un établissement de crédit ou d'une entreprise d'investissement (C. mon. fin., art. L. 613-30).

Outre ce traitement judiciaire dérogatoire, la loi française prévoit également un traitement administratif particulier qui repose sur les pouvoirs de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR), autorité administrative indépendante supervisant les secteurs de la banque et de l'assurance, et qui figure aux articles

¹ M. Douaoui-Chamseddine, « Aperçu rapide de la gestion spécifique et administrative du risque des défaillances bancaires : justifications et cadre légal » : Gaz. Pal. 20 déc. 2014, n° 354, p. 7.

L. 612-30 à L. 612-37 du Code monétaire et financier.

Ce régime de traitement des difficultés des entités financières, aussi bien administratif que judiciaire, a été modifié par la loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires. Ce texte a anticipé les réformes européennes en la matière, l'Union européenne n'ayant que récemment mis en place des règles harmonisées régissant la résolution des défaillances des entreprises financières.

Une directive a ainsi été adoptée le 15 mai 2014 aux fins d'établir « *un cadre pour le redressement et la résolution des établissements de crédit et des entreprises d'investissement* »². Ce texte devant être transposé en droit interne au plus tard le 31 décembre 2014, une loi n° 2014-1662 du 30 décembre 2014 a autorisé le Gouvernement à prendre par voie d'ordonnance les mesures relevant du domaine de la loi nécessaires à la transposition de la directive précitée.

C'est dans ce contexte qu'a été adoptée l'ordonnance n° 2015-1024 du 20 août 2015 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière financière, complétée par des mesures réglementaires prises en septembre 2015³.

2. L'ordonnance du 20 août 2015 introduit dans le Code monétaire et financier une centaine d'articles au sein d'une nouvelle section relative aux « *mesures de prévention et de gestion des crises bancaires* ». Sont ainsi prévues des mesures :

- de prévention des crises : des plans préventifs de rétablissement élaborés par l'entité financière, sous le contrôle du collège de supervision de l'ACPR⁴, et des plans préventifs de résolution établis par le collège de résolution de l'ACPR⁵ doivent être préparés dans le but d'identifier les mesures susceptibles d'être adoptées pour faire face à la situation dans laquelle l'entité rencontrerait des difficultés ;

- de gestion des crises : le collège de résolution applique des mesures de résolution lorsque (i) l'entité financière est défaillante ou susceptible de le deve-

nir, (ii) « *il n'existe aucune perspective raisonnable que cette défaillance puisse être évitée dans un délai raisonnable autrement que par la mise en œuvre d'une mesure de résolution* » et (iii) cette dernière est nécessaire au regard des objectifs de la résolution, qu'une procédure de liquidation judiciaire ne permettrait pas d'atteindre dans la même mesure (C. mon. fin., art. L. 613-49).

Dans le cadre de la gestion des crises bancaires, l'ordonnance de 2015 définit les objectifs de la résolution et la nature des mesures pouvant être décidées, en dotant le collège de résolution de l'ACPR de prérogatives très étendues lorsqu'une entité financière est défaillante.

Un article L. 613-51-1 est ainsi créé dans le Code monétaire et financier prévoyant, en cas de révocation des dirigeants d'une entreprise financière soumise à une procédure de résolution, la possible nomination par le collège de résolution d'un *administrateur spécial*, auquel sont transférés tous les pouvoirs d'administration, de direction et de représentation de l'entité ainsi que tous les pouvoirs des actionnaires.

Ces pouvoirs sont exercés par l'administrateur spécial sous le contrôle du collège de résolution.

La mission de l'administrateur spécial consiste à mettre en œuvre les mesures de résolution décidées par le collège de résolution, qui définit les limites du mandat de l'administrateur et peut soumettre à son accord préalable certaines de ses décisions.

En conséquence, l'administrateur spécial a l'obligation de communiquer selon une fréquence déterminée par le collège de résolution des rapports sur la situation économique des entreprises concernées et sur les mesures qu'il a prises dans l'exercice de ses fonctions. La durée du mandat de l'administrateur spécial ne peut excéder un an, mais peut être exceptionnellement renouvelée si les conditions de sa nomination restent remplies à l'issue de ce délai, sachant que le collège de résolution peut à tout moment décider de mettre fin à son mandat.

La rémunération de l'administrateur spécial est fixée par le collège de résolution. A ce sujet, l'article L. 613-51-1 IV du Code monétaire et financier crée une nouvelle exception à l'interdiction de payer les créances antérieures dans le cadre d'une procédure collective en disposant expressément qu'en cas d'ouverture d'une telle procédure, « l'interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture ne s'applique pas au paiement de la créance correspondant à la rémunération de l'administrateur spécial ».

Cet article crée également un privilège au profit de la créance de rémunération de l'administrateur spécial en prévoyant que, dans l'hypothèse d'une liquidation judiciaire, celle-ci doit être payée avant toutes les autres créances, à l'exception des créances salariales superprivilegiées et des frais de justice.

2 Dir. 2014/59/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 établissant un cadre pour le redressement et la résolution des établissements de crédit et des entreprises d'investissement et modifiant la directive 82/891/CEE du Conseil ainsi que les directives du Parlement européen et du Conseil 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE et 2013/36/UE et les règlements du Parlement européen et du Conseil (UE) n° 1093/2010 et (UE) n° 648/2012.

3 D. n° 2015-1160, 17 sept. 2015, portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière financière ; A. 11 sept. 2015 relatif aux critères d'évaluation de la résolubilité ; A. 11 sept. 2015 précisant les modalités d'intervention du fonds de garantie des dépôts et de résolution dans le cadre de la résolution.

4 Le collège de supervision de l'ACPR est présidé par le gouverneur de la Banque de France. Il comprend 19 membres.

5 Le collège de résolution de l'ACPR a été créé par la loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires. Il est présidé par le gouverneur de la Banque de France et est composé de six membres.

3. Outre la mise en place de mesures de prévention et de résolution des crises bancaires, l'ordonnance de 2015 complète le dispositif déjà en vigueur relatif au traitement administratif des entités financières.

Un article L. 612-34-1 est ainsi créé dans le Code monétaire et financier prévoyant la possibilité pour l'ACPR, lorsqu'elle estime que les mesures à sa disposition prévues à l'article L. 612-33 du même code sont insuffisantes (placement sous surveillance spéciale, limitation du nombre d'agences ou succursales...), de désigner un ou plusieurs *administrateurs temporaires* pour assister ou remplacer les dirigeants d'une entreprise financière et ce, pour une durée qu'elle détermine.

Comme pour l'administrateur spécial, cette durée ne peut toutefois excéder un an mais peut être prorogée exceptionnellement si les conditions de la nomination de l'administrateur temporaire restent remplies à l'issue de ce délai, sachant que l'ACPR peut seule, et à tout moment, modifier ou mettre fin à son mandat. L'ACPR peut exiger que l'administrateur temporaire élabore et lui communique selon une fréquence qu'elle détermine des rapports sur la situation financière des entreprises concernées et sur les mesures qu'il a prises à leur égard.

L'article L. 612-34-1 V prend soin de préciser que la désignation d'un administrateur temporaire ne porte pas atteinte aux droits des actionnaires. Cette disposition illustre l'une des différences majeures existant entre l'administrateur temporaire et l'administrateur spécial, dont la mission consiste à mettre en œuvre des mesures de résolution qui doivent affecter « *en premier lieu les détenteurs de titres de capital* » (C. mon. fin., art. L. 613-50).

Ce nouvel article prévoit également au profit de la créance de rémunération de l'administrateur temporaire des règles similaires à celles applicables à la créance de rémunération de l'administrateur spécial s'agissant tant de l'exception à l'interdiction du paiement des créances antérieures lors d'une procédure collective, que du privilège conféré dans l'hypothèse d'une liquidation judiciaire.

4. Il y a par ailleurs lieu de relever qu'antérieurement à l'ordonnance de 2015, dans le cadre du traitement administratif des entreprises financières, l'ACPR disposait déjà du pouvoir de désigner un *administrateur provisoire* auprès d'une entité qu'elle contrôle, afin que lui soient transférés l'ensemble des pouvoirs d'administration, de direction et de représentation de la personne morale.

Le Code monétaire et financier prévoit à ce titre qu'une telle désignation est effectuée (i) soit à la demande des dirigeants lorsqu'ils estiment ne plus être en mesure d'exercer normalement leurs fonctions, (ii) soit à l'ini-

tiative de l'ACPR « *lorsque la gestion de la personne contrôlée ne peut plus être assurée dans des conditions normales ou en cas de suspension de l'un ou de plusieurs de ses dirigeants* » (C. mon. fin., art. L. 612-34).

Cette prérogative de l'ACPR, loin d'être remise en cause, est maintenue par l'ordonnance de 2015.

5. À la question de savoir qui peut occuper ces différentes fonctions, l'ordonnance de 2015 apporte une réponse innovante en modifiant les articles L. 811-10 et L. 812-8 du Code de commerce⁶ afin de permettre aux administrateurs judiciaires et aux mandataires judiciaires d'être mandatés par l'ACPR aussi bien en tant qu'administrateur spécial dans le cadre d'une procédure de résolution, que d'administrateur temporaire ou provisoire dans le cadre du traitement administratif des entités financières.

Ce nouveau mandat d'administrateur provisoire pouvant être confié à un administrateur judiciaire doit être mis en perspective avec l'hypothèse d'une procédure collective ouverte à l'égard d'une entité financière, alors même qu'un tel administrateur aurait été précédemment désigné par l'ACPR.

En effet, afin d'éviter la mise en concurrence des organes de la procédure nommés par le tribunal et d'un organe préalablement désigné par l'ACPR, le législateur a organisé une répartition des compétences en prévoyant que, lorsqu'un administrateur provisoire a été désigné par l'ACPR, « le tribunal ne peut charger l'administrateur judiciaire que de la surveillance des opérations de gestion » telle que prévue par le Code de commerce (C. mon. fin., art. L. 613-28). Ainsi, l'administrateur judiciaire ne peut pas, en pareille situation, être investi d'une mission d'assistance ou d'administration de l'entreprise.

L'innovation consistant à ce qu'un administrateur judiciaire puisse être désigné en qualité d'administrateur provisoire conduit à s'interroger sur la pertinence et l'efficacité de la présence de deux organes distincts pour gérer l'entreprise financière en difficulté.

Le maintien de l'article L. 613-28 du Code monétaire et financier par l'ordonnance de 2015 révèle que la répartition des pouvoirs prévue par le législateur demeure. Ainsi, en présence d'un administrateur judiciaire accomplissant un mandat d'administrateur provisoire, le tribunal perd donc la faculté d'investir l'administrateur judiciaire qu'il désigne d'une mission d'assistance ou de représentation.

6 L'article L. 811-10 du Code de commerce prévoit désormais que : « La qualité d'administrateur judiciaire inscrit sur la liste ne fait pas obstacle (...) à l'accomplissement des mandats (...) d'administrateur en application des articles L. 612-34 (administrateur provisoire), L. 612-34-1 (administrateur temporaire) ou L. 613-51-1 (administrateur spécial) du Code monétaire et financier ». Une formulation similaire est insérée à l'article L. 812-8 du même code relatif à la profession de mandataire judiciaire.

Doctrine

Preuve, s'il en était besoin, que l'impérialisme parfois d'être absolu.
dénoncé du Livre VI du Code de commerce est loin