

ENTRETIEN

1 La procédure d'Administration anglo-saxonne : comparaison franco-britannique



Olivier Morel
Avocat associé du
cabinet Cripps Harries
Hall

Au Royaume-Uni, une entreprise en difficulté tente souvent dans un premier temps de s'entendre avec ses créanciers par la voie d'un CVA (Company Voluntary Arrangement). Si cet accord de gré à gré entre la société et ses créanciers pour le rééchelonnement des dettes est rejeté par ces derniers, la société est placée en « Administration ». Il arrive aussi parfois que la société soit placée directement sous ce statut, sans passer par un CVA, ou que l'Administration précède un CVA. Olivier Morel, avocat associé du cabinet Cripps Harries Hall, et Nicolas Sapir, avocat Counsel du cabinet Marvell, expliquent cette procédure, à comparer avec la procédure de redressement judiciaire française. Des idées à prendre ?



Nicolas Sapir
Avocat Counsel du
cabinet Marvell

Bulletin Joly Entreprises en difficulté :
Pouvez-vous nous présenter la procédure, applicable au Royaume-Uni, de placement en Administration ?

Olivier Morel et Nicolas Sapir : Il s'agit d'une procédure par laquelle une société qui est insolvable, ou a de fortes chances de le devenir, peut être réorganisée ou vendre ses actifs au profit de ses créanciers. Un membre d'une profession réglementée (*Licensed Insolvency Practitioner*) est nommé en qualité d'administrateur. Il prend le contrôle de la société en lieu et place de ses mandataires sociaux avec pour objectif de tenter d'assurer sa survie. Si ce premier objectif n'est pas réalisable il devra alors :

- obtenir pour les créanciers de la société dans son ensemble un meilleur résultat que ce qui serait obtenu si la société était mise en liquidation ;
- vendre des actifs de la société dans le but d'effectuer une distribution aux créanciers garantis ou privilégiés.

Bulletin Joly Entreprises en difficulté :
Comment entre-t-on en Administration ?

Olivier Morel et Nicolas Sapir : L'Administration d'une société peut se faire par le biais d'une requête auprès de la Cour ou par une procédure évitant la

Cour (*out-of-court route*). Cette deuxième option est moins coûteuse, plus rapide et moins lourde, alors que la requête auprès de la Cour est appropriée pour les Administrations plus complexes et de grande envergure.

Pour que la Cour puisse émettre une ordonnance d'administration judiciaire (*Administration Order*), le requérant devra démontrer que :

- la société n'est pas en mesure de payer ses dettes, ou il y a de fortes chances que ce soit le cas ;
- l'ordonnance d'administration judiciaire aura les effets escomptés.

La requête peut être effectuée par la société, par les mandataires sociaux (par décision du conseil d'administration prise à majorité simple) ou par le(s) créancier(s) - y compris les créanciers potentiels.

Le seul moyen par lequel un créancier pourra initier la nomination d'un administrateur sera par le biais de la requête à la Cour. Le créancier pourra se contenter d'avoir de solides arguments à l'appui de sa demande - pas forcément des preuves irréfutables que la société est insolvable ou a de fortes chances de le devenir. Une créance impayée suffit parfois à appuyer une telle requête.

Une ordonnance d'administration judiciaire sera prononcée si la Cour estime que la société est insolvable

NOS INTERVENANTS

Olivier Morel est avocat à la cour et *solicitor* anglais. Il a rejoint en 2005 le cabinet Cripps Harries Hall où il dirige le pôle « entreprises françaises », composé d'une dizaine d'avocats du cabinet qui conseillent leurs clients dans tous les aspects juridiques de leur investissement - droit immobilier, droit social, droit commercial, propriété intellectuelle, contentieux commercial. Olivier Morel est secrétaire général de la

section Royaume-Uni des conseillers du commerce extérieur de la France.

Nicolas Sapir est avocat au barreau de Paris depuis 2002. En tant que *Counsel* du département commercial du cabinet Marvell, il assiste, conseille et défend ses clients principalement dans les domaines des procédures collectives, des litiges entre associés, du contentieux commercial, du risque industriel et du droit immobilier.

ou a de fortes chances de le devenir ; et que l'ordonnance a de bonnes chances de voir l'*Administration* produire les effets escomptés.

La procédure simplifiée ou *out-of-court* est une option ouverte à la société ou à ses mandataires sociaux, ou au détenteur d'un nantissement préférentiel.

Il existe certaines restrictions à l'utilisation de cette procédure, pour empêcher que l'*Administration* ne soit utilisée comme un outil simple et rapide pour tenter de désintéresser les créanciers en période de difficulté. Toutefois, ces restrictions ne s'appliquent pas quand la requête à la Cour est effectuée par la société ou ses mandataires sociaux.

Dans une *Administration* de type *prepack*, la vente de l'activité et/ou des actifs est organisée *avant* que l'Administrateur ne soit formellement nommé. Typiquement, les mandataires sociaux d'une société en difficulté identifient un repreneur et un administrateur et concluent un accord tripartite pour garantir un futur à la société, puisque la simple mise en *Administration* de la société ne garantit pas que des repreneurs soient identifiés. Ces *prepack* sont quelque peu controversés, parce que les créanciers ordinaires n'ont pas à être alertés de sa mise en place, ce qui les écarte automatiquement d'un possible vote sur la proposition de le mettre en place. Il n'existe non plus aucune structure statutaire pour encadrer cet instrument ; l'administrateur n'a aucune obligation d'obtenir l'approbation préalable et formelle de la Cour ou des créanciers pour tous ses actes, comme ce serait le cas dans le cadre d'une *Administration* classique.

La principale critique adressée au *prepack* est que la société peut être assez facilement revendue à ses actionnaires d'origine, ce qui leur permet de se débarrasser de certains actifs « encombrants » ou de ses dettes. Cet expédient, qui permet certes de ne pas honorer des créances, ne résout souvent pas les problèmes de fond d'une société en difficulté. Une restructuration passant par une *Administration* formelle est souvent nécessaire si la société doit survivre sur le long terme.

Bulletin Joly Entreprises en difficulté : Comment se déroule la procédure ?

Olivier Morel et Nicolas Sapir : La période d'*Administration* d'une société ne doit pas dépasser une année calendaire, sauf si les créanciers ou la Cour accordent un délai supplémentaire. En pratique, une société peut rester en *Administration* pendant plusieurs années.

Bien qu'une société puisse sortir d'*Administration* une fois les actifs vendus par l'administrateur pour continuer à exercer une activité commerciale, en pratique, le produit de la vente des actifs est versé aux créanciers préférentiels de la société, souvent par un liquidateur nommé ultérieurement.

Dans ce cas, les créanciers ordinaires peuvent recevoir un pourcentage de leur créance, appelé *dividend*, mais

ce montant est souvent très faible, 1 % à 2 % de la créance, parfois rien. Les créanciers préférentiels, quant à eux, sont désintéressés grâce à la vente des actifs nantis. S'ils ne reçoivent pas la totalité de leur créance de cette manière, ils sont traités au même titre que les créanciers ordinaires pour le reliquat de cette créance.

Il est d'usage que la société en *Administration* continue d'exercer ses activités commerciales pendant un certain temps avant que l'administrateur n'en vende tout ou partie. Il s'agit alors de vendre la société *as a going concern* (entreprise en exercice).

Bien que le but principal de l'*Administration* soit la poursuite de l'activité de la société, en pratique, la société est parfois vendue *as a going concern*, souvent par le biais d'un *bive down* : l'activité commerciale est transférée à une filiale nouvellement créée, celle-ci est ensuite revendue à un acheteur. Cette procédure présente des avantages fiscaux ; elle permet aussi de laisser dans la société en *Administration* les actifs peu attractifs, et dans certains cas des passifs de la société, qui peut alors être dissoute.

Bulletin Joly Entreprises en difficulté : Quels sont les pouvoirs de l'administrateur ?

Olivier Morel et Nicolas Sapir : Un administrateur est membre d'une profession réglementée – il est un *Licensed Insolvency Practitioner*. Il est doté de pouvoirs importants lui permettant de poursuivre l'activité commerciale de la société et de vendre ses actifs. Les trois fonctions clés de l'administrateur sont les suivantes :

- contrôler les actifs de la société ;
- préparer des propositions pour approbation par les créanciers ;
- mettre en œuvre ces propositions une fois approuvées.

Il est tenu d'exercer ses fonctions dans l'intérêt de tous les créanciers, avec toute la diligence et l'efficacité que lui permettent les circonstances. Ses frais sont généralement couverts par la société qu'il administre.

Bulletin Joly Entreprises en difficulté : Quels conseils pratiques pourriez-vous donner aux créanciers ?

Olivier Morel et Nicolas Sapir : Le moratoire automatique imposé une fois que la société entre en *Administration* signifie qu'il n'est généralement pas possible pour un créancier d'entamer ou de continuer des poursuites contre la société ou ses actifs. Il existe des exceptions : les contentieux mettant en cause des actifs autres que purement monétaires obtiendront plus souvent gain de cause. Cela peut concerner par exemple des biens faisant l'objet d'une clause de réserve de propriété – un créancier a livré des produits à la société

et peut parfois les récupérer s'ils n'ont pas encore été vendus, même si la société est déjà en *Administration*.

Souvent, la meilleure option pour un créancier est de soumettre les détails de ses créances à l'administrateur par le biais d'un état des créances (*Proof of Debt*) et d'attendre que l'administrateur l'approuve. Toutefois, comme les délais de prescription sur les créances continuent de courir pendant la période d'*Administration*, il peut être judicieux pour un créancier :

- soit d'obtenir de l'administrateur une reconnaissance formelle des dettes de la société – qui a pour effet de redémarrer le délai ;
- soit d'obtenir une suspension totale du délai (*stay of limitation*), minimisant ainsi le risque que la créance devienne caduque car ayant dépassé la prescription.

Par ailleurs, il est parfois utile de se faire nommer comme membre du comité des créanciers, qui rassemble en général les créanciers les plus importants en valeur. Bien que l'administrateur ait un devoir légal de rendre compte régulièrement à tous les créanciers de la société de ses travaux, être membre d'un comité de créanciers permet d'accéder à des informations plus détaillées sur la gestion de l'*Administration*, voire de travailler plus étroitement avec l'administrateur et donc avoir une certaine influence auprès de lui.

Bulletin Joly Entreprises en difficulté :
Quels sont les principaux effets de l'*Administration* ?

Olivier Morel et Nicolas Sapir : L'*Administration* n'est qu'une des nombreuses procédures formelles impliquant une société en situation financière critique. Bien qu'elle puisse éventuellement mener à la liquidation de la société, celle-ci peut sauvegarder son activité commerciale, en tout ou partie, par la vente ou par un *hive down* (cession partielle des activités ou des actifs de l'entreprise) à un tiers.

L'*Administration* a aussi l'énorme avantage d'imposer un moratoire statutaire qui protège la société de la plupart des recours de ses créanciers, lui octroyant le temps nécessaire pour se rétablir et assurer une certaine pérennité à sa valeur commerciale. Aucune procédure d'insolvabilité ne pourra être engagée – ou continuée si elle est en cours – ni aucune procédure (poursuites judiciaires, exécution, saisie) entamée contre la société ou tout actif de la société, sans l'accord préalable de l'administrateur ou l'autorisation de la Cour.

L'administrateur pourra alors profiter du calme imposé par le moratoire pour mettre en place un CVA (*Company Voluntary Arrangement*) ou élaborer un plan d'action mûrement réfléchi pour disposer de certains actifs.

Attention, ce moratoire n'empêche pas la rupture d'un contrat qui incorporerait le droit pour le cocontractant de mettre fin au contrat si une société est placée en

Administration (clause standard dans les contrats commerciaux). L'administrateur peut alors avoir besoin de négocier avec les fournisseurs/clients importants qui disposeraient de tels contrats, pour les convaincre de continuer à traiter avec la société.

Cette procédure représente aussi une option pragmatique et attrayante dans de nombreux cas, car il est possible d'y accéder soit par recours à la Cour (utile pour une *Administration* complexe et d'envergure importante), soit par la voie plus informelle de l'*out-of-court* – solution rapide, flexible et moins coûteuse.

Bulletin Joly Entreprises en difficulté :
En quoi diffèrent-ils des procédures françaises ?

Olivier Morel et Nicolas Sapir : De manière schématique et synthétique, il apparaît que la procédure anglaise d'*Administration* emprunte des dispositions applicables à deux procédures du droit français des procédures collectives : la procédure de redressement judiciaire et la procédure de sauvegarde des entreprises.

En effet, l'étude ci-après explicitée, en matière d'objectifs du redressement judiciaire, de cas d'ouverture, de durée de la procédure, de relations avec les cocontractants, de paiement des créanciers antérieurs à l'ouverture de la procédure, de désignation et de missions des organes de la procédure, et enfin de cession d'actifs et de l'activité, montrera les différences entre la procédure de redressement judiciaire et la procédure d'*Administration*, cette dernière reprenant plusieurs dispositions applicables à la procédure de sauvegarde des entreprises.

“La procédure d'Administration emprunte des dispositions applicables à deux procédures du droit français : la procédure de redressement judiciaire et la procédure de sauvegarde des entreprises „

S'agissant tout d'abord des objectifs :

- la procédure de sauvegarde, tout comme la procédure d'*Administration*, a pour but de faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif. De ce chef, l'objectif est l'adoption d'un plan de sauvegarde ;
- la procédure de redressement judiciaire a pour finalité de permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif, mais elle peut très rapidement conduire à la liquidation judiciaire de l'entreprise si l'activité ne

peut pas, à l'évidence, être poursuivie. Si la liquidation est écartée, le redressement judiciaire doit obligatoirement donner lieu à un plan (de continuation, de cession), arrêté par le tribunal.

Concernant ensuite les cas d'ouverture :

- la procédure de sauvegarde peut être ouverte sur demande d'un dirigeant de société qui, sans être en état de cessation des paiements, justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter. Tout comme la procédure d'*Administration*, il n'est donc pas nécessaire de démontrer que l'état de cessation des paiements est avéré, puisqu'il convient seulement de justifier qu'il existe de fortes chances pour que les dettes de la société demeurent impayées ;
- le redressement judiciaire ne peut, quant à lui, être adopté qu'à l'égard d'une société dont l'état de cessation des paiements est démontré (impossibilité de faire face au passif exigible avec l'actif disponible). Cette sollicitation peut être diligentée à la demande de la société (son dirigeant) si l'entreprise est en cessation de paiement depuis moins de quarante-cinq jours, ou bien d'office par le tribunal, ou sur requête du ministère public, ou encore consécutivement à une assignation d'un créancier justifiant de vaines procédures pour recouvrer sa créance. Toutefois, une procédure de « conciliation » (autre procédure applicable en droit français en matière de difficulté des entreprises) ne doit pas être en cours au moment de la demande d'ouverture d'un redressement judiciaire ;
- à la différence de la procédure d'*Administration*, le redressement en droit français revêt donc obligatoirement un caractère judiciaire, puisqu'il ne peut être prononcé que par décision de justice, ce qui le distingue de l'*Administration* avec ses procédures *out-of-court* et *prepack*.

Quant à la durée, le délai de la procédure d'*Administration* est similaire à celui de la procédure de redressement judiciaire, pour laquelle une « période d'observation » (délai entre le jugement d'ouverture et le jugement arrêtant le plan de continuation ou de cession, ou encore de liquidation judiciaire) est limitée à six mois, renouvelable une fois par décision motivée à la demande de l'administrateur judiciaire, de la société redressée ou du ministère public. Toutefois, la durée du plan de sauvegarde ou de redressement est limitée à dix ans (quinze ans pour les sociétés à activité agricole), ce qui est là encore semblable à la procédure d'*Administration* qui, en pratique, peut durer plusieurs années.

S'agissant par ailleurs des relations avec les cocontractants, les contrats en cours (bail, contrat de distribution, contrat d'approvisionnement, etc.) ne sont nullement résiliés du seul fait de l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire. En effet, lesdits contrats ne peuvent être résiliés seulement dans les cas suivants :

- soit après une mise en demeure, de se prononcer sur la poursuite ou non du contrat, adressée par le

cocontractant à l'administrateur judiciaire, et restée plus d'un mois sans réponse,

- soit consécutivement à une réponse positive dudit administrateur quant à la poursuite dudit contrat, en cas de défaut de paiement d'une seule des échéances dues par la société redressée, au titre du contrat poursuivi, après le jugement d'ouverture.

Il s'agit donc là d'une différence notable avec la procédure d'*Administration*, qui permet de prévoir la rupture d'un contrat qui incorporerait le droit pour le cocontractant de mettre fin audit contrat si la société cocontractante est placée en *Administration*. Une telle clause serait déclarée inopposable à l'administrateur judiciaire, en droit français.

Sur le paiement des créanciers antérieurs à l'ouverture de la procédure collective :

- chaque créancier dont la créance est née antérieurement au jugement d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire doit déclarer sa créance au mandataire judiciaire dans le délai de deux mois à compter de la publication du jugement d'ouverture dans un journal d'annonces légales, ce délai étant rallongé de deux mois pour les créanciers se situant à l'étranger. Dans la procédure d'*Administration* de droit anglais, il revient à l'administrateur nommé par la Cour ou le conseil d'administration de faire toutes les diligences qui incombent à sa charge pour identifier les créanciers. Il leur communique sa nomination et leur demande formellement le montant de leur créance, pièces à l'appui, peu après sa nomination. Il doit également publier celle-ci formellement sous sept jours dans un journal d'annonces légales (*London Gazette*) et dans le même délai en informer le greffe des sociétés (*Companies House*), de sorte que tout tiers intéressé puisse se faire connaître ;

- le plan de redressement judiciaire, s'il est adopté, définit les modalités de règlement du passif et les garanties éventuelles que le débiteur doit souscrire pour en assurer l'exécution. Lors de l'élaboration de ce plan, des propositions sur les délais et remises sont communiquées au mandataire judiciaire afin qu'il consulte les créanciers. Un état des réponses faites par ces derniers est adressé à la société redressée, à l'administrateur et aux contrôleurs (créanciers désignés pour surveiller le déroulement de la procédure et assister le mandataire judiciaire). Après avoir entendu ou dûment appelé les différents organes de la procédure, le tribunal statue sur le projet de plan. En Angleterre, l'administrateur de droit anglais, une fois nommé, a tous les pouvoirs pour redresser l'entreprise pour le meilleur intérêt de celle-ci, telle la vente d'actifs ou même de toute la société. Il émet des rapports réguliers à destination des créanciers pour rendre compte de ses progrès dans le redressement de l'entreprise et le versement éventuel de tout ou partie des créances. En fin de mandat (il est nommé pour un an initialement, période qui peut être prolongée), il publie un rapport final détaillant

les résultats de son mandat. Tout tiers intéressé peut remettre en cause sa gestion d'*Administration* par voie judiciaire ;

- le mode de règlement des créanciers en cas de plan de continuation ou de cession est similaire à celui existant dans la procédure d'*Administration* dans la mesure où les créanciers privilégiés (détenteurs d'une sûreté) sont payés par priorité par rapport aux créanciers dits « chirographaires » (non munis de sûreté).

La différence entre la procédure française et l'*Administration* est encore plus flagrante en matière de désignation et missions des organes de la procédure de redressement judiciaire. À la différence de la procédure d'*Administration* où un seul administrateur est désigné, deux professionnels interviennent en effet dans le cadre de la procédure de redressement judiciaire :

- un administrateur judiciaire, qui est chargé de surveiller le débiteur dans sa gestion et/ou de l'assister pour tous les actes de gestion ou pour certains d'entre eux. L'administrateur est tenu de requérir du débiteur ou, selon le cas, de faire lui-même tous actes nécessaires à la conservation des droits de l'entreprise contre les débiteurs de celle-ci et à la préservation des capacités de production. Il convient de noter que lorsque le dossier l'exige, le ministère public peut nommer plusieurs administrateurs judiciaires. En outre, le dirigeant n'est pas nécessairement dessaisi de la gestion de l'entreprise. La nomination d'un administrateur judiciaire obéit aux mêmes conditions qu'en matière de procédure de sauvegarde. L'administrateur éventuellement désigné par le tribunal a pour mission d'assister le débiteur pour tous les actes de gestion ou certains d'entre eux, ou d'assurer seul, entièrement ou en partie, l'administration de l'entreprise ;
- un mandataire judiciaire, qui est lui le seul représentant des créanciers de la société redressée, de sorte qu'il agit au nom et dans l'intérêt collectif desdits créanciers. Ici encore, à la demande du ministère public, le tribunal peut désigner plusieurs mandataires judiciaires.

Enfin, concernant la cession d'actifs et de l'activité, en cas de redressement judiciaire, la société redressée continue à exercer sur son patrimoine les actes de disposition et d'administration, ainsi que les droits et actions qui ne sont pas compris dans la mission de l'administrateur judiciaire ; à la demande de l'administrateur, le tribunal peut ordonner la cession totale ou partielle de l'entreprise si le débiteur est dans l'impossibilité d'en assurer lui-même le redressement. Ainsi, la procédure d'*Administration* semble se rapprocher, sur cet aspect, davantage de la procédure de sauvegarde des entreprises qui peut prévoir, en cas de difficultés avérées, que l'activité ne soit cédée que partiellement (à moins que ladite procédure de sauvegarde soit convertie en procédure de liquidation judiciaire et qu'une cessation totale soit ordonnée dans le cadre d'un plan de cession après liquidation).

Bulletin Joly Entreprises en difficulté :

La procédure d'*Administration* présente-t-elle des avantages par rapport aux procédures françaises ? Lesquels ?

Olivier Morel et Nicolas Sapir : En ce qui concerne les cocontractants du débiteur placé dans les liens d'une procédure collective, l'avantage de la procédure d'*Administration*, par rapport au redressement judiciaire, réside principalement dans la possibilité de prévoir dans les contrats (de bail, de distribution, d'approvisionnement, etc.) une clause stipulant que ledit contrat sera résilié de plein droit en cas d'ouverture d'une procédure d'*Administration*. En effet, en cas de redressement judiciaire, les cocontractants de la société redressée sont souvent contraints par l'administrateur judiciaire de poursuivre l'exécution du contrat.

Du point de vue de la société en difficulté, le principal avantage de la procédure d'*Administration* consiste dans la possibilité de bénéficier de l'arrêt des poursuites individuelles et de la protection du régime même lorsque l'état de cessation de paiement n'est pas établi. Il est donc concevable d'envisager sereinement la cession de l'entreprise, en se protégeant des poursuites des créanciers, alors même que seules des difficultés de trésoreries sont établies, sans pour autant que l'état de cessation des paiements soit démontré.

Bulletin Joly Entreprises en difficulté :

Pensez-vous que certaines mesures ou certaines pratiques pourraient être transposées en droit français ? Lesquelles ?

Olivier Morel et Nicolas Sapir : La procédure de redressement judiciaire nécessite la saisine du tribunal et le prononcé d'un jugement. Dès lors, il pourrait être envisagé de transposer en droit français la procédure simplifiée *out-of-court* de la procédure d'*Administration*, bien que cette démarche permette, il est vrai, de désintéresser peut-être trop aisément les créanciers.

“Il pourrait être envisagé de transposer au droit français des procédures collectives la procédure dite going concern ,”

La possibilité d'inclure une clause dans les contrats stipulant que ledit contrat sera résilié de plein droit en cas de redressement judiciaire, ainsi que l'autorise le droit anglais pour la procédure d'*Administration*, présenterait, probablement, l'avantage de conclure un contrat avec une société qui subit des difficultés financières, et ainsi de permettre une reprise plus rapide de son activité.

ENTRETIEN

Il pourrait être envisagé de transposer au droit français des procédures collectives la procédure dite *going concern*, qui semble beaucoup plus pragmatique et moins contraignante que l'adoption d'un plan de cessation, qu'il soit partiel ou total, dans le cadre d'un redressement judiciaire.