

Les crypto-monnaies dans le cadre de procédures collectives en France : comment traiter les actifs volatils ?



Anja DROEGE GAGNIER
Associée, Avocat au Barreau de Paris



Léa MARLIERE
Avocat au Barreau de Paris

Nés au début des années 2010, les crypto-actifs sont de véritables ovnis dans le paysage juridique français. Définis par le Code monétaire et financier comme « *tout instrument contenant sous forme numérique des unités de valeur non monétaire pouvant être conservées ou être transférées dans le but d'acquérir un bien ou un service, mais ne représentant pas de créance sur l'émetteur* », ces crypto-actifs désignent en pratique deux types d'actifs digitaux :

- les crypto-monnaies, dont la création est permise par les technologies dites « *Blockchain* » ; et
- les *tokens*, créés par les sociétés faisant appel à des levées de fonds en monnaie numérique, plus communément désignées *Initial Coin Offerings (ICOs)*.

Initialement conçus comme des instruments d'échange dans le monde numérique, les crypto-actifs ont progressivement pris pied dans l'économie réelle, au travers de services permettant leur achat ou vente contre des monnaies légales, leur conservation, ou encore comme instrument de financement dans le cadre d'un *ICO*.

On dénombre aujourd'hui près de 1.600 crypto-monnaies, dont trois d'entre elles, *Bitcoin*, *Ethereum* et *Ripple* dominent les transactions et les capitalisations. Face à l'essor de ces actifs digitaux, les régulateurs et législateurs sont aujourd'hui appelés à mettre en place un cadre

• Article L.561-2 du Code monétaire et financier

réglementaire adapté, dans une démarche coordonnée à l'échelle européenne et mondiale.

Le droit français s'est d'ailleurs voulu pionnier en la matière. Tandis que le pouvoir réglementaire s'est attelé à permettre l'utilisation des technologies types « *Blockchain* » s'agissant de la transmission des titres financiers non cotés et des minibons, le pouvoir législatif quant à lui s'est très récemment intéressé au régime juridique des ICO et à la fiscalité des crypto-actifs. De ce constat il ressort que le législateur français n'envisage pas, à ce jour, d'adapter le droit des procédures collectives à l'appréhension de ces nouveaux actifs. Or, compte tenu du succès grandissant des crypto-actifs, il est probable qu'une procédure collective puisse être ouverte prochainement à l'encontre d'une société française détenant dans son patrimoine des actifs digitaux.

En conséquence, par le prisme de quelques hypothèses pratiques du droit français des entreprises en difficulté, il conviendra d'analyser par anticipation la qualification des crypto-monnaies et leur traitement dans le cadre des procédures collectives.

1. La qualification juridique des crypto-monnaies et ses conséquences

1.1 La crypto-monnaie, actif disponible au sens du livre VI du Code de commerce?

La notion de « cessation des paiements » est la pierre angulaire du droit des procédures collectives. Agissant tel un baromètre des difficultés, cette notion décisive permet notamment de déterminer la procédure qui devra être ouverte à l'égard d'une société.

En termes juridiques, la cessation des paiements correspond à la situation d'une société qui se trouve dans « l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible ». La détection de la cessation des paiements impose en conséquence une appréciation isolée et précise de l'actif disponible de la société en difficulté.

Ordonnances n° 2017-1674 du 8 décembre 2017 et n°2016-520 du 28 avril 2016 sur le « dispositif d'enregistrement électronique partagé » et leur décret d'application du 24 décembre 2018

Projet de loi relatif au plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises, dit « PACTE »

Loi de Finances 2019

Articles L.631-1 et L.640-1 du Code de commerce

Dans ce contexte, les crypto-monnaies détenues dans le patrimoine d’une société en difficulté doivent-elles être prises en compte dans la détermination du périmètre de l’actif disponible ?

La notion « d'actif disponible » d’une société comprend (i) l’ensemble des liquidités et (ii) les valeurs immédiatement réalisables, c’est-à-dire tout actif convertible facilement et rapidement en liquidités, tels que les effets de commerce échus et escomptables et les valeurs mobilières cotées en Bourse. Or, en pratique, tout comme les valeurs mobilières cotées, les crypto-monnaies sont des réserves de valeur pouvant être converties immédiatement en euro suite à leur revente sur des plateformes dédiées de *trading*, permettant d’effectuer des reventes au prix du marché. Leur revente pourra également s’effectuer sur des plateformes dites de séquestre, mettant directement en relation les acheteurs et les vendeurs.

Ainsi, les crypto-monnaies devraient donc à notre sens être prises en compte dans l’évaluation de l’actif disponible, ce qui emporterait deux conséquences.

Dans certaines procédures, les actifs digitaux viendront « gonfler » l’actif disponible, ce qui aura pour effet de faire échapper la société en difficulté de la cessation des paiements, au moins temporairement. Toutefois, dans l’hypothèse où le patrimoine d’une société serait en grande partie constitué de crypto-actifs, la moindre fluctuation de valorisation de ces derniers pourrait conduire brutalement à un état de cessation des paiements, en conséquence de quoi le représentant légal devra faire preuve d’une vigilance accrue. Il est vrai que du moment où la société dispose d’une trésorerie suffisante pour faire face aux charges courantes, l’état de cessation des paiements n’est pas constitué, et ce en dépit d’éléments d’actifs fortement dépréciés à un moment donné.

1.2 La crypto-monnaie, bien meuble incorporel ou monnaie?

Dans les mois suivants l’ouverture d’une procédure collective, les créanciers de la société débitrice sont conduits à déclarer entre les

- A savoir notamment les sommes en caisse, soldes créditeurs provisoires des comptes bancaires à vue, effets de commerce à vue, réserves de crédit ou moratoires accordés par les créanciers
- A titre d'exemple, le site  [coinbase](https://www.coinbase.com)
- A titre d'exemple, le site  [LocalBitcoins.com](https://localbitcoins.com)
- Dans le cas par exemple d’une plateforme d’échange spécialisée de crypto-monnaies
- Notamment au regard de son obligation légale de déclarer la cessation de paiement dans les 45 jours de son apparition (article L.631-4 du Code de commerce)

mains du mandataire judiciaire désigné leur créance due au jour du jugement d'ouverture. Cette déclaration de créance doit être réalisée en euro ou en devise étrangère, auquel cas la conversion en euro aura lieu selon le cours de change à la date du jugement d'ouverture de la procédure collective.

Dans ce contexte, peut-on assimiler les crypto-monnaies à des devises étrangères, de sorte qu'elles pourraient fonder une déclaration de créance ?

La doctrine majoritaire s'accorde à dire que la crypto-monnaie ne saurait constituer une monnaie officielle ayant cours légal, faute de rattachement étatique et de reconnaissance officielle en ce sens. Les nombreux rapports rendus par les autorités de régulation françaises et européennes vont dans le même sens, en considérant que les crypto-actifs ne remplissent « *pas ou que très partiellement* » les trois fonctions traditionnelles de la monnaie. A ce jour, le juge français n'a pas encore eu à se prononcer sur la qualification juridique des crypto-actifs. A notre sens, il sera opportun que la juridiction saisie de la question s'inspire de la décision rendue en date du 22 janvier 2016 par une Cour californienne, qui avait jugé notamment que le *Bitcoin* n'est pas une monnaie mais un bien.

En conséquence, il ne semble pas que dans le cadre d'une procédure collective française, un créancier puisse déclarer sa créance dont la valeur serait exprimée en crypto-monnaie.

Considérer les crypto-monnaies comme appartenant à la catégorie juridique des **biens meubles incorporels** emporterait plusieurs autres conséquences.

En effet, les propriétaires de crypto-monnaies seraient conduits à considérer ces actifs comme un moyen de constituer l'**assiette d'une sûreté réelle**. Or, à notre sens, la constitution d'une sûreté sur ces biens complexes semble peu envisageable. A titre d'exemple, la constitution d'un nantissement sans dépossession sur des crypto-monnaies offrirait une très faible garantie au créancier nanti, à supposer que l'on puisse considérer le nantissement valablement

• Article L. 622-25 du Code de commerce

• ESMA, ACPR, AMF, Banque de France, Focus n° 16 « L'émergence du bitcoin et autres crypto-actifs : enjeux, risques et perspectives », 5 mars 2018

• US Bankruptcy Court Northern District of California, Case n°14-30725, Aff. Hashfast c/ Mark Lowe

• Le gage, s'appliquant qu'aux biens corporels, ne saurait être retenu

constitué. De même, la constitution d'un nantissement avec dépossession nécessiterait le transfert des crypto-monnaies entre les mains du créancier nanti ou d'un tiers convenu, entraînant alors d'importantes difficultés pratiques.

Plus généralement, la complexité et la très forte volatilité de ces nouveaux actifs constituerait une réelle source d'incertitudes pour le créancier lors de la réalisation des garanties consenties. Il convient toutefois de se demander si les crypto-monnaies peuvent faire l'objet d'une clause de réserve de propriété, de sorte qu'elles pourraient être revendiquées par un créancier qui s'en estimerait le véritable propriétaire.

Pour que son action aboutisse, le créancier devra rapporter la preuve qu'il n'y a pas eu transfert de propriété des crypto-monnaies en faveur de la société débitrice, du fait du défaut de paiement ou du paiement partiel de ces derniers. A notre sens, une telle hypothèse ne saurait toutefois exister en pratique. En effet, la technologie *Blockchain* permettant la circulation des crypto-monnaies entraîne *de facto* une transmission de la propriété, de sorte qu'elle ne devrait pas permettre en principe la stipulation d'une clause de réserve de propriété ni un paiement différé de l'actif digital objet du bloc de transaction.

En conséquence, une société débitrice qui détiendrait dans son patrimoine des crypto-monnaies en aurait forcément la pleine propriété.

2. Le traitement des crypto-monnaies dans le cadre d'une procédure collective

2.1 Avant l'ouverture d'une procédure collective : Comment le dirigeant devrait-il traiter les crypto-monnaies ?

Afin d'empêcher la société débitrice de dilapider ses actifs pour organiser son insolvabilité, ou encore d'avantager indûment certains créanciers au détriment d'autres, le législateur français a mis en place le principe de la période dite « *suspecte* ». Au cours de cette phase,

• Son opposabilité aux tiers serait, nous semble-t-il, conditionnée par sa publicité sur un registre national

• A l'exception de certaines crypto-monnaies dites stables, telles que le « stable coin »

• Période courant entre la date de cessation des paiements et la date du jugement d'ouverture de la procédure

les organes d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire peuvent agir en nullité de certains actes considérés comme suspects afin de reconstituer l'actif de la société débitrice tel qu'il était avant la passation des actes litigieux.

Dès lors, les opérations réalisées en crypto-monnaies pourraient-elles être remises en cause dans le cadre des nullités de la période suspecte ?

Deux hypothèses peuvent être envisagées : les paiements effectués en crypto-monnaies et la conversion de crypto-monnaies en liquidités au cours de la période suspecte.

Selon les textes, peuvent être remis en cause pendant la période suspecte tous paiements pour dettes échues, fait autrement qu'en espèces, effets de commerce, virements, bordereaux de cession ou **tout autre mode de paiement communément admis dans les relations d'affaires.**

Nous pouvons raisonnablement considérer qu'à ce jour, les transactions en crypto-monnaies ne constituent pas (encore) un « *mode de paiement communément admis dans les relations d'affaires* ». En conséquence, d'un point de vue strictement juridique, les paiements réalisés en crypto-monnaies durant la période suspecte risqueront d'être remis en cause.

D'un point de vue pratique, il convient toutefois de se questionner sur l'opportunité d'une telle remise en cause. En effet, la difficulté tient à la forte volatilité des crypto-monnaies, puisqu'entre le moment où le paiement est réalisé et le moment où les actifs digitaux sont restitués du fait de la nullité de la transaction, leur valeur peut avoir sensiblement augmenté ou diminué.

En revanche, par interprétation des textes en vigueur, la simple conversion de crypto-monnaies en euro devrait échapper aux nullités de la période suspecte. Toutefois, un dirigeant qui, bien conscient des difficultés approchantes, procéderait à la vente rapide et à vil prix de ses crypto-monnaies, pourrait engager sa responsabilité à notre sens.

• Article L.632-1 du Code de commerce

En effet, l'on peut imaginer que ce dirigeant puisse être poursuivi en responsabilité pour insuffisance d'actif, dès lors que cette mauvaise opération de conversion pourrait être assimilée à une faute de gestion ayant contribué à aggraver le passif de la société en difficulté. Néanmoins, la preuve de la relation de cause à effet devrait être difficile à rapporter en pratique.

2.2 Au cours d'une procédure collective : Comment l'administrateur judiciaire devrait-il traiter les crypto-monnaies ? Difficultés d'évaluation pour le candidat repreneur.

Au cours de la procédure collective, la question prégnante est celle de la valorisation des crypto-monnaies. En cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, l'activité de la société débitrice se poursuit dans le cadre d'une période « d'observation ». Afin de dégager de la trésorerie pour la société, précieuse pour financer cette poursuite d'activité, l'administrateur judiciaire pourra procéder à la revente des crypto-monnaies. Pour ce faire, il devra compter sur la coopération du représentant légal de la société débitrice pour lui donner accès aux différents modes de stockage des crypto-monnaies détenues.

Il convient de s'interroger sur l'éventuelle mise en cause de la responsabilité de l'administrateur judiciaire qui, dans un souci de célérité, revendrait à vil prix les crypto-monnaies détenues par la société débitrice, au détriment des intérêts de la procédure collective. Néanmoins, ce risque nous semble théorique dans la mesure où l'administrateur judiciaire aura pris soin d'obtenir préalablement l'autorisation du juge-commissaire de procéder à la vente de ces crypto-monnaies.

Lorsqu'une société fait l'objet d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, deux hypothèses de sortie peuvent notamment être envisagées : la cession totale ou partielle de l'activité et/ou la cession isolée des différents actifs dont dispose la société.

• Permettant de faire un bilan détaillé de l'état de la société et de rechercher les mesures de restructuration nécessaires

• Sur autorisation du juge-commissaire

• Par exemple, une clef USB (« Hard Wallet ») ou les clefs permettant d'accès à un portefeuille dématérialisé

Dans le cadre d'une cession totale ou partielle, les candidats à la reprise devront proposer un prix au Tribunal, prenant en compte, entre autres, la valorisation de ces actifs digitaux. Or, compte tenu de leur forte volatilité, il est très probable qu'entre le moment où le candidat reprenneur dépose son offre au Tribunal, et le moment où ce dernier statuera sur une offre, la valorisation des crypto-monnaies ait fluctué. En conséquence, puisque l'offre de reprise déposée ne peut être modifiée jusqu'à la décision du Tribunal, le candidat reprenneur devra supporter le risque d'un krach sur la valeur des crypto-monnaies.

Dans le cadre de cessions isolées des actifs de la société débitrice, la question de la valorisation sera évitée grâce à l'intervention du juge-commissaire, lequel devra autoriser la vente des crypto-monnaies aux enchères publiques ou de gré à gré, aux prix et conditions qu'il déterminera. En conséquence, la valeur des crypto-monnaies pourra être débattue lors de la mise aux enchères, ou alors sera fixée en amont par le juge-commissaire.

Ainsi, force est de constater que le droit français des entreprises en difficulté fait preuve d'une certaine rigidité peu compatible avec la nature hautement volatile des crypto-monnaies. Dans un souci d'anticipation des premières procédures collectives françaises traitant de crypto-monnaies, les praticiens de la faillite devront se former à manipuler sans trop de risques ces actifs bien particuliers.

•Sauf dans un sens plus favorable

Ce qu'il faut retenir ?

Les crypto-monnaies sont *a priori* des biens meubles incorporels.

Elles doivent être prises en compte dans l'évaluation de l'actif disponible.

Pas de déclaration de créances en crypto-monnaies.

Tout paiement fait en crypto-monnaies au cours de la période suspecte devrait être nul.

La forte volatilité des crypto-monnaies met les acteurs devant un nouveau défi.