

LA REFORME DU DROIT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTES FINANCIERES

IMPACTS PROCÉDURAUX ET SOCIAUX

Ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014

Ordonnance n°2014-1088 du 26 septembre 2014

Loi « Macron » n°2015-990 du 6 août 2015

Loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016

Le droit des entreprises en difficulté a, ces dernières années, fait l'objet de différentes réformes. Tout d'abord, l'ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014, ayant été complétée par l'ordonnance n°2014-1088 du 26 septembre 2014, a notamment eu des impacts sur les aspects purement procéduraux ainsi que des incidences pour les acteurs des procédures collectives. Puis, la loi « Macron » n°2015-990 du 6 août 2015 est venue modifier certaines dispositions relatives à la compétence des tribunaux de commerce et aux aspects sociaux d'une procédure collective. Finalement, la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle est venue adapter certaines dispositions relatives au traitement des entreprises en difficulté.



Jochen Bauerreis

Avocat associé



Viviane Ebersold

Avocat

Département international & franco-allemand

I. Les incidences sur les procédures existantes et introduction de nouvelles procédures :

Par le biais des deux ordonnances de 2014 ainsi que d'une loi de 2016, le législateur est venu modifier certains aspects relatifs aux procédures amiables ainsi qu'à la sauvegarde et au redressement judiciaire.

A. Procédures amiables (mandat *ad hoc* et conciliation) :

L'un des objectifs de la réforme du droit des entreprises en difficulté introduite par les ordonnances n°2014-326 du 12 mars 2014 et n°2014-1088 du 26 septembre 2014 ainsi que la

loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 est de renforcer les procédures de prévention des difficultés des entreprises. A cette fin, le législateur est venu modifier les points suivants :

(1) Alerte du président du tribunal (article L. 611-2-1 C. com.) :

L'ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 (article 2) a créé un article L. 611-2-1 du Code de commerce, selon lequel les dispositions de l'article L. 611-2 I du Code de commerce, modifiées par la loi n°2015-1268 du 14 octobre 2015 (article 2), sont applicables, dans les mêmes conditions, aux personnes morales de droit privé et aux personnes physiques exerçant une activité professionnelle agricole ou indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé. Le législateur procède ainsi à un alignement du traitement des personnes physiques ou morales exerçant une activité professionnelle indépendante sur le régime prévu par l'article L. 611-2 I du Code de commerce, selon lequel les dirigeants d'une société commerciale, d'un groupement d'intérêt économique, ou d'une entreprise individuelle, commerciale ou artisanale qui connaît des difficultés de nature à compromettre la continuité de l'exploitation, peuvent être convoqués par le président du tribunal de commerce pour que soient envisagées les mesures propres à redresser la situation.

La seule particularité concerne les professions d'avocat, d'administrateur judiciaire, de mandataire judiciaire et d'officier public et ministériel, pour lesquelles, pour des raisons de confidentialité, le président du tribunal de grande instance est privé du pouvoir de convocation à un entretien.

(2) Information du commissaire aux comptes sur l'ouverture d'une procédure amiable (mandat *ad hoc* et conciliation) (articles L. 611-3 et L. 611-6 C. com.) :

L'article L. 611-6 alinéa 3 du Code de commerce disposait déjà avant sa modification par l'ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 (article 4) que la décision ouvrant une procédure de conciliation doit être communiquée au ministère public et, si le débiteur est soumis au contrôle légal des comptes, aux commissaires aux comptes.

L'article L. 611-3 alinéa 1 du Code de commerce tel que modifié par l'ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 (article 3) a étendu l'obligation d'information du commissaire aux comptes au mandat *ad hoc*, de sorte que la décision nommant le mandataire *ad hoc* est communiquée pour information aux commissaires aux comptes lorsqu'il en a été désigné.

(3) Absence d'obligation d'information du comité d'entreprise ou des délégués du personnel sur l'ouverture d'une procédure amiable (mandat *ad hoc* et conciliation) (articles L. 611-3 et L. 611-6 C. com.) :

Les articles L. 611-3 alinéa 3 et L. 611-6 alinéa 3 modifiés par la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 (article 99 IV et V) prévoient désormais expressément que le débiteur n'est pas tenu d'informer le comité d'entreprise ou les délégués du personnel de la désignation d'un mandataire *ad hoc* ou de l'ouverture d'une procédure amiable.

(4) Consécration du « pré-pack cession » (article L. 611-7 C. com.) :

Conformément à l'article L. 611-7 du Code de commerce tel qu'issu de l'ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 (article 5), le conciliateur peut se voir 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, le cas échéant, être mise en œuvre dans le cadre d'une procédure ultérieure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire.

Dans un tel cas, aux termes de l'article R. 611-26-2 du Code de commerce créé par le décret n°2014-736 du 30 juin 2014 (article 13), la demande du débiteur doit être accompagnée des éléments suivants :

- La demande d'avis adressée aux créanciers participants sur laquelle chaque créancier a mentionné son avis ou, à défaut, un document justificatif de la demande d'avis.
- L'accord du conciliateur pour prendre en charge la mission.
- L'accord du débiteur sur les conditions de la rémunération due au titre de cette mission.

En outre, l'ordonnance par laquelle le président fait droit à la demande et détermine ou modifie la mission du conciliateur fixe les conditions de rémunération de cette mission complémentaire.

La mise en œuvre du « pré-pack cession » est prévue à l'article L. 642-2 du Code de commerce modifié par l'ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 (article 70). Il convient de signaler que de nouvelles offres de reprise peuvent, conformément à l'article L. 642-1 alinéa 3 du Code de commerce modifié par la loi n°2014-1170 du 13 octobre 2014 (article 32), parvenir au liquidateur ou à l'administrateur, s'il en a été désigné un, jusqu'à, au plus tard, huit jours avant la date de l'audience.

Ce « pré-pack cession » est une opération confidentielle qui doit, néanmoins, être transparente. A cette fin, la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 (article 99 V) a modifié l'article L. 642-2 I du Code de commerce qui prévoit désormais qu'une fois la procédure ouverte, lorsque la mission du mandataire *ad hoc* ou du conciliateur a pour objet l'organisation d'une cession partielle ou totale de l'entreprise, celui-ci doit rendre compte au tribunal des démarches effectuées en vue de recevoir des offres de reprise.

(5) Demande de désignation d'un mandataire à l'exécution de l'accord (article L. 611-8 C. com.) :

L'article L. 611-8 alinéa 3 du Code de commerce modifié par l'ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 (article 6) prévoit désormais que, dans le cadre d'une procédure de conciliation, le président du tribunal peut, à la demande du débiteur, désigner le conciliateur en tant que mandataire à l'exécution de l'accord pendant la durée de cette exécution lorsqu'il constate ou homologue l'accord. Conformément à l'article R. 611-40-1 du Code de commerce créé par le décret n°2014-736 du 30 juin 2014 (article 18), le mandataire ne peut être désigné qu'après avoir exprimé son accord.

(6) Elargissement de l'attribution de délais de paiement (articles L. 611-10-1 et L. 611-10-2 C. com.) :

L'article L. 611-10-1 alinéa 2 du Code de commerce, modifié par l'ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 (article 8), dispose désormais que si au cours de la durée de l'exécution de l'accord de conciliation constaté ou homologué, le débiteur est mis en demeure ou poursuivi par l'un des créanciers appelés à la conciliation aux fins d'obtenir le paiement d'une créance qui n'a pas fait l'objet de l'accord, le juge peut, à la demande du débiteur et après avoir recueilli, le cas échéant, les observations du mandataire à l'exécution de l'accord, appliquer l'article 1343-5 du code civil issu de l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 (article 3) (anciennement articles 1244-1 à 1244-3 du code civil).

Ainsi, conformément à l'article 1343-5 du Code civil, le juge peut, sauf pour les dettes d'aliments :

- Dans la limite de deux années, reporter ou échelonner le paiement des sommes dues.
- Par décision spéciale et motivée, ordonner que les sommes correspondant aux échéances reportées porteront intérêt à un taux réduit au moins égal au taux légal ou que les paiements s'imputeront d'abord sur le capital.
- Subordonner ces mesures à l'accomplissement, par le débiteur, d'actes propres à faciliter ou à garantir le paiement de la dette.

En outre, selon l'article L. 611-10-2 alinéa 1^{er} du Code de commerce modifié par l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 (article 9), les personnes coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent se prévaloir :

- des mesures accordées au débiteur en application de l'article L. 611-7 alinéa 5 du Code de commerce, c'est-à-dire des délais de paiement accordés au cours de la procédure de conciliation conformément à l'article 1343-5 du Code civil,
- ainsi que des dispositions prévues par l'accord constaté ou homologué.

(7) Elargissement du privilège de *new money* (article L. 611-11 C. com.) :

Le privilège de *new money* confère en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'égard d'un débiteur une priorité de paiement aux personnes qui ont consenti de nouveaux apports en trésorerie dans le cadre d'une procédure de conciliation antérieure.

Aux termes de l'article L. 611-11 alinéa 1^{er} du Code de commerce tel que modifié par l'ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 (article 11), les personnes qui avaient consenti, dans le cadre d'une procédure de conciliation ayant donné lieu à un accord homologué, un nouvel apport en trésorerie au débiteur en vue d'assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise et sa pérennité, sont payées par privilège avant les autres créanciers en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire.

Auparavant, l'ancien article L. 611-11 alinéa 1^{er} du Code de commerce disposait que le privilège de *new money* était réservé aux personnes qui avaient consenti, dans l'accord homologué, un nouvel apport en trésorerie.

Ainsi, le privilège de *new money* est désormais accordé à toute personne ayant consenti un apport en trésorerie **pendant la procédure de conciliation**.

L'article L. 626-20 I 3° du Code de commerce modifié par l'ordonnance 2014-326 du 12 mars 2014 (article 40) introduit une exception à la règle des délais uniformes de paiement imposés aux créanciers récalcitrants et dont la créance n'excède pas la durée du plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire : les délais de paiement uniformes et remises prévus dans un plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire consécutifs à une conciliation ne peuvent pas être imposés aux créanciers bénéficiant du privilège de *new money*.

Cette exception est reprise à l'article L. 626-30-2 du Code de commerce modifié par la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 (article 99 V) selon lequel les créances garanties par ce privilège ne peuvent faire l'objet de remises ou de délais qui n'auraient pas été acceptés par les créanciers concernés.

(8) Encadrement de la rémunération du mandataire *ad hoc* et du conciliateur (article L. 611-14 C. com.) :

Aux termes de l'article L. 611-14 alinéa 1^{er} du Code de commerce modifié par l'ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 (article 13), le président du tribunal fixe, au moment de la désignation du mandataire *ad hoc* ou du conciliateur et en fonction des diligences qu'implique l'accomplissement de leur mission, les conditions de leur rémunération après avoir recueilli :

- l'**accord du débiteur** et,
- en cas de recours à la conciliation et au mandat à l'exécution de l'accord, l'**avis du ministère public**.

L'article R. 611-47-1 alinéa 1^{er} du Code de commerce créé par le décret n°2014-736 du 30 juin 2014 (article 24) prévoit que les propositions faites par le mandataire *ad hoc* ou le conciliateur au débiteur concernant les conditions de sa rémunération sont jointes à la demande de désignation d'un mandataire *ad hoc* ou à la requête aux fins d'ouverture d'une procédure de conciliation. Cette disposition précise, en outre, que les propositions faites par le conciliateur sont transmises sans délai par le greffier au ministère public.

L'article R. 611-47-1 alinéa 2 du Code de commerce précise que le président ne peut désigner un mandataire *ad hoc* ou un conciliateur dont la désignation ne lui a pas été proposée par le débiteur qu'à condition d'avoir préalablement obtenu l'accord du débiteur sur les conditions de la rémunération du mandataire *ad hoc* ou du conciliateur.

Enfin, l'article R. 611-47-1 alinéa 3 du Code de commerce dispose qu'en l'absence d'avis du ministère public sur la question, le président ne peut ouvrir la procédure de conciliation qu'après l'écoulement d'un délai de quarante-huit heures à compter de la transmission des propositions jointes à la demande de désignation d'un mandataire *ad hoc* ou à la requête aux fins d'ouverture d'une procédure de conciliation.

(9) Clauses décourageant le débiteur de solliciter un mandat *ad hoc* ou une procédure de conciliation réputées non écrites (article L. 611-16 C. com.) :

Conformément au nouvel article L. 611-16 du Code de commerce issu de l'ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 (article 14), est réputée non écrite :

- toute clause qui modifie les conditions de poursuite d'un contrat en cours en diminuant les droits ou en aggravant les obligations du débiteur du seul fait de la désignation d'un mandataire *ad hoc* en application de l'article L. 611-3 ou de l'ouverture d'une procédure de conciliation en application de l'article L. 611-6 ou d'une demande formée à cette fin ;
- toute clause mettant à la charge du débiteur, du seul fait de la désignation d'un mandataire *ad hoc* en application de l'article L. 611-3 ou de l'ouverture d'une procédure de conciliation en application de l'article L. 611-6, les honoraires du conseil auquel le créancier a fait appel dans le cadre de ces procédures pour la quote-part excédant la proportion fixée par arrêté du garde des sceaux, ministre de la justice. Aux termes de l'article 1^{er} de l'arrêté du 25 juillet 2014, la quote-part des honoraires du conseil auquel le créancier a fait appel dans le cadre d'un mandat *ad hoc* ou d'une procédure de conciliation qui peut être mise à la charge du débiteur est fixée à trois quarts.

B. La sauvegarde et le redressement judiciaire :

(1) Invitation du tribunal à demander une conciliation avant de statuer sur la sauvegarde (article L. 621-1 C. com.) :

L'article L. 621-1 alinéa 3 du Code de commerce modifié par la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 (article 99 V) précise désormais que lors de la demande d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, lorsque la situation du débiteur ne fait pas apparaître de difficultés qu'il ne serait pas en mesure de surmonter, le tribunal invite celui-ci à demander l'ouverture d'une procédure de conciliation au président du tribunal.

Par cette nouvelle disposition, le juge sort de sa mission juridictionnelle pour endosser un rôle de conseil.

(2) Le renouvellement de la période d'observation (article 621-3 C. com.) :

Bien que conformément à l'article L. 621-3 alinéa 1^{er} du Code de commerce modifié par la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 (article 99 V) la durée maximale de la période d'observation reste inchangée (18 mois), la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 a modifié l'article L. 621-3 alinéa 1^{er} du Code de commerce dans la mesure où celui-ci dispose désormais que « le jugement ouvre une période d'observation d'une durée maximale de six mois qui peut être renouvelée une fois, pour une durée maximale de six mois, par décision motivée à la demande de l'administrateur, du débiteur ou du ministère public. Elle peut en outre être exceptionnellement prolongée à la demande du procureur de la République par décision motivée du tribunal pour une durée maximale de six mois. »

(3) Conversion de la sauvegarde en redressement judiciaire (articles L. 621-12 et L. 622-10 C. com.) :

Les articles L. 621-12 et L. 622-10 prévoient, suite à leur modification par la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 (article 99 V), qu'en matière de conversion de la sauvegarde en redressement judiciaire, le tribunal peut modifier la durée de la période d'observation restant à courir ou la prolonger d'une durée maximale de six mois.

(4) L'adoption du plan de sauvegarde ou de redressement (article L. 626-3 C. com.) :

L'article L. 626-3 du Code de commerce modifié par la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 (article 99 V) ne vaut plus uniquement pour la modification du capital prévue par le projet de plan, mais désormais également pour toute autre modification des statuts.

Dans ce contexte, les articles L. 626-15 à L. 626-17 du Code de commerce relatifs au plan de continuation modifiant les statuts et à la libération du capital par les associés ou actionnaires ont été abrogés par la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 (article 99 V).

(5) La sauvegarde accélérée (articles L. 628-1 et s. C. com.) :

Les ordonnances n°2014-326 du 12 mars 2014 et n°2014-1088 du 26 septembre 2014 sont venues introduire la procédure de sauvegarde accélérée aux articles L. 628-1 et suivants du Code de commerce. Il s'agit ici d'une véritable passerelle entre la procédure de conciliation et la procédure de sauvegarde.

Cette procédure permet à un débiteur d'ores et déjà engagé dans une procédure de conciliation de faire rapidement voter, selon les règles de majorité de la procédure de sauvegarde, le plan proposé qui doit assurer la poursuite de son activité.

Cinq conditions cumulatives doivent être remplies pour qu'une procédure de sauvegarde accélérée puisse être enclenchée à l'initiative d'un débiteur :

- Le débiteur doit être engagé dans une procédure de conciliation.
- Le débiteur ne doit pas être en cessation des paiements depuis plus de 45 jours à compter de la demande d'ouverture de la procédure de conciliation.
- Le débiteur doit justifier avoir élaboré un projet de plan tendant à assurer la pérennité de l'entreprise et susceptible d'être approuvé de manière suffisamment large par les créanciers.
- Les comptes du débiteur doivent être certifiés par un commissaire aux comptes ou établis par un expert-comptable.
- Le débiteur doit avoir des comptes consolidés ou dépasser l'un des trois seuils suivants :
 - ✓ 20 salariés ;
 - ✓ 3 000 000,00 euros de chiffre d'affaires HT ;
 - ✓ 1 500 000,00 euros pour le total du bilan.

(6) Ouverture et déroulement du redressement judiciaire (article L. 631-9-1 C. com.) :

En matière de redressement judiciaire, l'article L. 631-9-1 du Code de commerce modifié par la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 (article 99 V) prévoit que le mandataire de justice vote la reconstitution du capital. Cette reconstitution du capital doit désormais être votée à concurrence du montant proposé par l'administrateur et non plus à hauteur du minimum prévu par l'article L. 626-3 du Code de commerce.

(7) L'appel du jugement d'ouverture d'une sauvegarde ou d'un redressement judiciaire (art. L. 661-1 II C. com.) :

Selon l'article L. 661-1 II du Code de commerce, l'appel du ministère public du jugement d'ouverture d'une sauvegarde ou d'un redressement judiciaire n'est pas suspensif. Toutefois, conformément à l'article L. 661-6 VI du Code de commerce modifié par la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 (article 99 V), cet appel devient suspensif lorsqu'il est limité à la nomination de l'administrateur, du mandataire judiciaire ou des experts.

C. Liquidation judiciaire : le rétablissement professionnel (articles L. 645-1 et s. C. com.) :

Les articles L. 645-1 à L. 645-12 du Code de commerce créés par l'ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 (article 85) et la loi n°2015-1702 du 21 décembre 2015 (article 93) et en partie modifiés par l'ordonnance n°2016-727 du 2 juin 2016 (articles 3 à 6) ainsi que la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 (article 99 V) ont introduit le rétablissement professionnel permettant au débiteur de bénéficier d'un effacement des dettes, sans recourir à une liquidation judiciaire.

Le rétablissement professionnel concerne toutes les personnes physiques exerçant une activité commerciale, artisanale, agricole ou une activité professionnelle indépendante, y compris les professions libérales. Les entrepreneurs individuels à responsabilité limitée (EIRL) ne peuvent pas en bénéficier.

Pour qu'un débiteur puisse solliciter le bénéfice d'un rétablissement professionnel, les conditions suivantes doivent être remplies :

- Le débiteur doit être en cessation des paiements.
- Le redressement doit être manifestement impossible.
- Le débiteur ne doit pas avoir cessé son activité depuis plus d'un an.
- Le débiteur ne doit pas faire l'objet d'une procédure collective ou d'un procès prud'homal en cours.
- Le débiteur ne doit pas avoir fait l'objet d'une liquidation judiciaire clôturée pour insuffisance d'actif ou d'une décision de clôture d'une procédure de rétablissement professionnel pendant les 5 années précédant sa demande.
- Le débiteur ne doit pas avoir employé de salarié au cours des six derniers mois.
- Le débiteur ne doit disposer que d'un actif inférieur à 5 000,00 euros.

II. Les incidences sur les juridictions et les acteurs de la procédure

La réforme du droit des entreprises en difficulté a également eu des répercussions sur les juridictions ainsi que sur les acteurs de la procédure :

A. Les incidences sur les juridictions :

Le législateur est venu concentrer la compétence des tribunaux de commerce pour connaître de certaines procédures et a supprimé la saisine d'office du tribunal.

(1) Tribunaux de commerce spécialisés (article L. 721-8 C. com.) :

L'ordonnance n°2014-1088 du 26 septembre 2014 et la loi « Macron » n°2015-990 du 6 août 2015 ont introduit un nouvel article L. 721-8 dans le Code de commerce applicable aux procédures ouvertes à compter du 1^{er} mars 2016.

Le décret n°2016-217 du 26 février 2016 a fixé la liste et le ressort des tribunaux de commerce spécialement désignés pour connaître des procédures les plus importantes en termes de nombre de salariés et de chiffre d'affaires. 18 tribunaux, dont notamment Paris, Lyon ou encore Strasbourg ont été désignés à cet effet.

(2) Suppression de la saisine d'office du tribunal :

Suite à l'ordonnance n°2014-1088 du 26 septembre 2014, pour les procédures en cours au 28 septembre 2014 ou ouvertes postérieurement, le tribunal ne peut dorénavant plus statuer d'office pour :

- convertir une sauvegarde en redressement judiciaire en cas de survenance de la cessation des paiements du débiteur pendant la période d'observation (article L. 621-12 2^e phrase du Code de commerce dernièrement modifié par la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 ; article 2 de l'ordonnance n°2014-1088 du 26 septembre 2014) ;
- rouvrir une liquidation judiciaire clôturée pour insuffisance d'actifs (article L. 643-13 alinéa 2 du Code de commerce ; article 9 de l'ordonnance n°2014-1088 du 26 septembre 2014).

(3) Le président du Tribunal de Grande Instance dispose des mêmes droits que le président du Tribunal de commerce en matière de procédure d'alerte (article L. 611-2-1 C. com.) :

Depuis la création de l'article L. 611-2-1 alinéa 1 du Code de commerce par l'ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 (article 2), le président du Tribunal de Grande Instance peut, pour les personnes physiques ou morales exerçant une activité professionnelle agricole ou indépendante, y compris les professions libérales, convoquer les dirigeants pour que soient envisagées les mesures propres à redresser la situation, lorsque l'entité connaît des difficultés de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. Ce pouvoir était jusqu'alors réservé au

président du Tribunal de commerce pour les sociétés commerciales, les groupements d'intérêt économiques et les entreprises individuelles.

(4) Incompatibilités destinées à assurer l'impartialité du traitement judiciaire (articles L. 621-14, L. 641-1 et L. 662-7 C. com.) :

Les articles L. 621-4 alinéa 1^{er}, L. 641-1 II et L. 662-7 du Code de commerce modifiés par la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 (article 99 V) disposent désormais que le président ayant connu d'une procédure amiable à l'égard d'un débiteur ne peut être ni juge-commissaire, ni membre de la formation de jugement dans la procédure collective ouverte à l'égard du même débiteur. Cela vaut également pour les juges commis (avant l'ouverture de la procédure ou lors d'un rétablissement professionnel) et le suppléant du juge-commissaire.

B. Incidences sur les acteurs de la procédure :

La réforme du droit des entreprises en difficulté a eu des incidences non seulement sur les créanciers, mais également sur les dirigeants, les salariés, les actionnaires et les commissaires aux comptes.

(1) Les créanciers :

(a) Faculté d'initiative des créanciers : droit de soumettre un projet de plan (article L. 626-30-2 alinéa 1^{er} C. com.) :

Avant la réforme de l'ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014, seul le débiteur, avec le concours de l'administrateur, pouvait formuler des propositions aux comités de créanciers en vue d'élaborer un projet de plan de sauvegarde.

Désormais, l'article L. 626-30-2 alinéa 1^{er} du Code de commerce modifié par l'ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 (article 43) ainsi que la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 (article 99 V) prévoit que tout créancier membre d'un comité de créanciers peut soumettre un projet de plan de sauvegarde qui fera alors l'objet d'un rapport de l'administrateur.

Aux termes de l'article L. 631-19 alinéa 1^{er} du Code de commerce, modifié par la loi n°2014-856 du 31 juillet 2014 (article 73), les dispositions de l'article L. 626-30-2 alinéa 1^{er} du Code de commerce sont également applicables au plan de redressement.

(b) Information par les créanciers de l'administrateur judiciaire de l'existence d'accords relatifs à l'exercice du droit de vote (article L. 626-30-2 alinéa 4 C. com.) :

Selon l'article L. 626-30-2 alinéa 4 du Code de commerce modifié par l'ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 (article 43) ainsi que la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 (article 99 V), chaque créancier membre d'un comité de créanciers institués en application de l'article L. 626-30 du Code de commerce doit, le cas échéant, informer l'administrateur de l'existence de toute convention soumettant son vote à des conditions ou ayant pour objet le paiement total ou partiel de la créance par un tiers ainsi que de l'existence d'accords de subordination.

Conformément à l'article L. 631-19 alinéa 1^{er} du Code de commerce, modifié par la loi n°2014-856 du 31 juillet 2014 (article 73), les dispositions de l'article L. 626-30-2 alinéa 4 du Code de commerce sont également applicables au plan de redressement.

(c) Modifications relatives à la déclaration de créance (article L. 622-24 C. com.) :

Il ressort de la nouvelle rédaction de l'article L. 622-24 du Code de commerce modifié par l'ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 (article 27) que les éléments suivants ont été modifiés concernant la déclaration de créance :

- Le créancier peut ratifier la déclaration faite en son nom par un préposé ou mandataire de son choix jusqu'à ce que le juge statue sur l'admission de la créance (alinéa 2). Dans un arrêt récent de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 3 novembre 2015 (n°14-11.020) il a été décidé qu'une déclaration de créance fait par un préposé sans délégation régulière peut être ratifiée.
- Lorsque le débiteur a porté une créance à la connaissance du mandataire judiciaire, il est présumé avoir agi pour le compte du créancier tant que celui-ci n'a pas adressé la déclaration de créance (alinéa 3).

(d) Modification relative au relevé de forclusion (article L. 622-26 alinéa 1^{er} C. com.) :

Selon l'ancienne rédaction de l'article L. 622-26 alinéa 1^{er} du Code de commerce, désormais modifié par l'ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 (article 29), à défaut de déclaration dans les délais prévus à l'article L. 622-24 du Code de commerce, les créanciers n'étaient pas admis dans les répartitions et les dividendes à moins que le juge-commissaire ne les relève de leur forclusion s'ils établissaient que leur défaillance n'était pas due à leur fait ou qu'elle était due à une omission volontaire du débiteur lors de l'établissement de la liste prévue au deuxième alinéa de l'article L. 622-6 du Code de commerce.

Désormais, concernant la seconde cause de relevé de forclusion, il n'est plus nécessaire de prouver le caractère « volontaire » de l'omission du débiteur de la créance lors de l'établissement de la liste des créances. Il suffit donc dorénavant d'avoir été omis par le débiteur pour pouvoir bénéficier d'un relevé de forclusion dans les conditions de l'article L. 622-26 du Code de commerce.

(e) Possibilité de nomination de créanciers publics en tant que contrôleur (article L. 621-10 C. com.) :

Depuis l'ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 (article 19), des créanciers publics tels que les administrations financières, les organismes de sécurité sociale, les institutions d'assurance chômage et d'autres peuvent demander à se faire nommer contrôleur.

(f) Modification de la notion de créances nées en exécution d'un contrat en cours (article L. 641-13 C. com.) :

L'article L. 641-13 du Code de commerce tel que modifié par la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 reformule la notion de créances nées en exécution d'un contrat en cours. En effet, auparavant, la loi prévoyait que constituaient des créances privilégiées les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture de la liquidation judiciaire en exécution d'un contrat en cours décidée par le liquidateur.

Or, cette référence au liquidateur pouvait mener à des situations absurdes dans les cas où la procédure de liquidation judiciaire résultait de la conversion d'un redressement ou d'une sauvegarde. En effet, les créances nées après le jugement d'ouverture du redressement ou de la sauvegarde ne pouvaient pas être privilégiées puisque leur poursuite n'avait pas été décidée par le liquidateur. Avec la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 (article 99 V), cette erreur a été rectifiée et la mention de liquidateur a été supprimée. L'article L. 641-13 I du Code de commerce dispose désormais que les créances privilégiées sont les créances nées en exécution d'un contrat en cours régulièrement décidée après le jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, s'il y a lieu, et après le jugement d'ouverture de la liquidation judiciaire.

(2) Le dirigeant :

(a) L'insaisissabilité de la résidence principale (article L. 526-1 alinéas 1 et 2 C. com.) :

Depuis la modification de l'article L. 526-1 alinéa 1 du Code de commerce par la loi « Macron » n°2015-990 du 6 août 2015 (article 206), la résidence principale du dirigeant est de droit insaisissable par les créanciers dont les droits naissent à l'occasion de l'activité de professionnelle de la personne.

Auparavant, cette disposition prévoyait la possibilité pour le dirigeant de procéder à une déclaration d'insaisissabilité pour sa résidence principale.

(b) La négligence n'entraînant plus la sanction de l'interdiction de gérer (art. L. 653-8 C. com.) :

L'article L. 653-8 du Code de commerce dans sa rédaction issue de la loi « Macron » n°2015-990 du 6 août 2015 (article 239) prévoit que la sanction de l'interdiction de gérer ne peut être prononcée contre un dirigeant uniquement si ce dernier est un débiteur ayant sciemment omis de demander l'ouverture d'une procédure collective dans le délai de 45 jours à compter de la date de cessation des paiements sans avoir, par ailleurs, demandé l'ouverture d'une procédure de conciliation.

La loi « Macron » a ainsi introduit la condition d'un élément intentionnel de la part du débiteur, ce qui n'était pas le cas dans l'ancienne rédaction de l'article L. 653-8 du Code de commerce. La Cour d'appel de Paris a récemment appliqué ce nouveau texte à une procédure collective en cours dans un arrêt en date du 24 novembre 2015 (n°14/23088, ch. 5-8).

(3) Les salariés :

(a) Information sur le contenu de l'accord dans le cadre d'une conciliation (article L. 611-8-1 C. com.)

Conformément au nouvel article L. 611-8-1 du Code de commerce issu de l'ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 (article 7), le débiteur doit informer le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel du contenu de l'accord issu d'une procédure de conciliation lorsqu'il en demande l'homologation.

(b) Modification du périmètre de l'obligation de reclassement dans le cadre d'un licenciement économique (articles L. 1233-4 et L. 1233-4-1 C. tr.) :

Les articles L. 1233-4 et L. 1233-4-1 du Code du travail modifiés par la loi « Macron » n°2015-990 du 6 août 2015 (article 290) limitent le périmètre de l'obligation de reclassement de salariés dans le cadre d'un licenciement économique à l'entreprise ou aux entreprises du groupe situées sur le territoire national.

Auparavant, l'obligation de recherche de reclassement s'étendait à toutes les entreprises du groupe, y compris celles situées à l'étranger. Désormais, lorsque l'entreprise ou le groupe dont l'entreprise fait partie, comporte des établissements en dehors du territoire national, un salarié ne peut recevoir des offres de reclassement à l'étranger uniquement s'il formule une demande expresse en ce sens.

(c) Modification du périmètre de mise en œuvre de l'ordre des licenciements (article L. 1233-5 C. tr.) :

La loi « Macron » n°2015-990 du 6 août 2015 (article 288) a modifié l'article L. 1233-5 du Code du travail qui prévoit dorénavant que pour les entreprises soumises à l'obligation d'établir un Plan de Sauvegarde de l'Emploi (PSE), le périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements peut être fixé :

- par l'accord collectif mentionné à l'article L. 1233-24-1 du Code du travail ou,
- par le document unilatéral mentionné à l'article L. 1233-24-4 du Code du travail.

Le législateur introduit ainsi la possibilité pour l'employeur d'établir un document unilatéral fixant le périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements, mais limite cette possibilité en précisant que le périmètre ne peut pas être inférieur à celui de chaque zone d'emploi dans laquelle sont situés un ou plusieurs établissements de l'entreprise concernés par les suppressions d'emplois.

(d) Modification des conditions de validation du Plan de Sauvegarde de l'Emploi (article L. 1233-58 C. tr.) :

La loi « Macron » n°2015-990 du 6 août 2015 (article 291) a ajouté un alinéa 2 à l'article L. 1233-58 II du Code du travail dernièrement modifié par la loi n°2015-994 du 17 août 2015

(article 18), selon lequel l'autorité administrative (Direccte) homologue le Plan de Sauvegarde de l'Emploi (PSE) au regard des seuls moyens de l'entreprise et non des moyens du groupe.

Il s'agit ici d'une dérogation au droit commun ne valant que dans le cadre d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire, mais non dans le cadre d'une procédure de sauvegarde.

(4) Les actionnaires : cession et dilution forcée (art. L. 631-19-2 C. com.)

Le nouvel article L. 631-19-2 du Code de commerce introduit par la loi « Macron » n°2015-990 du 6 août 2015 (article 238) permet désormais au tribunal d'ordonner une cession forcée ou une dilution forcée d'une entreprise de 150 salariés ou plus ou constituant une entreprise dominante d'une ou de plusieurs entreprises ayant un effectif total de 150 salariés ou plus qui font l'objet d'un redressement judiciaire.

(5) Le commissaire aux comptes : renforcement de son rôle dans la procédure d'alerte (article L. 234-1 et L. 234-2 C. com.) :

Les articles L. 234-1 alinéa 2 et 4 et L. 234-2 alinéa 1 du Code de commerce modifiés par la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 (article 99 V) autorisent le commissaire aux comptes à demander à être entendu par le président du tribunal dans le cadre de la procédure d'alerte, lorsque ses diverses démarches auprès du président du conseil d'administration ou du directoire restent sans suite. Il en va de même après réunion de l'assemblée générale.