

Lorsque la société cotée appartient à un groupe, l'information sur la rémunération du mandataire porte sur les sommes versées, par toutes les sociétés de la chaîne de contrôle, en lien avec le mandat exercé dans la société cotée.

– **Jetons de présence et autres rémunérations exceptionnelles** : sont visés ici les mandataires sociaux non dirigeants recevant uniquement des jetons de présence ou d'autres rémunérations exceptionnelles.

– **Contrat de travail, retraites spécifiques, indemnités de départ et clause de non-concurrence** : les sociétés présentent, de manière claire et détaillée, le nom et la fonction de chacun des dirigeants mandataires sociaux de la société ainsi que, le cas échéant, le cumul éventuel de ce mandat avec :

- un contrat de travail.
- un régime supplémentaire de retraite ;
- des engagements pris par la société correspondant à des indemnités ou des avantages dus ou susceptibles d'être dus à raison de la cessation ou du changement de ces fonctions ou postérieurement à celles-ci ;
- des indemnités dues au titre de clauses de non-concurrence.

Par ailleurs, conformément aux recommandations émises par l'AMF dans son rapport sur le contrôle interne et le gouvernement d'entreprise, l'émetteur doit veiller, s'il y a lieu, à ce que les investisseurs soient informés de toutes les dispositions figurant dans le contrat de travail pouvant avoir une incidence sur la rémunération des dirigeants.

– **Attributions de titres de capital, de titres de créance, d'options d'achat ou de souscription d'actions, BSA et BSPCE** : toute attribution d'options, de titres de capital, de titres de créance ou de titres donnant accès au capital, à quelque titre que ce soit, entre dans le champ d'application des rémunérations visées par la recommandation.

S'agissant des actions de performance, les émetteurs reprennent dans le document de référence l'autorisation du conseil d'administration ou du conseil de surveillance diffusée par la société sur son site Internet et précisent les critères d'attribution et, s'il y a lieu, les circonstances au regard desquelles elles ont été attribuées.

Par ailleurs, les sociétés continueront à donner une information synthétique sur les différents plans d'options attribués ainsi que sur les dix premiers attributaires salariés non mandataires sociaux.

● Textes

par Jean-François TOGNACCIOLI, avocat au barreau de Nice, président de la Commission Droit des entreprises en difficultés de l'Union des avocats européens

2 L'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté

Source : Ord. n° 2008-1345, 18 déc. 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté : JO 19 déc. 2008, p. 19462

Après trois d'années d'application de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, il est apparu opportun à l'exécutif de rendre plus attractives les procédures de prévention et d'associer davantage ces dispositifs à l'exigence du réel.

La loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, a donc habilité le Gouvernement à prendre par voie d'ordonnance les mesures législatives nécessaires pour atteindre ces objectifs.

Tel est l'objet de l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté. Acceptons-en l'augure.

PARTIE 1 – QUESTIONS PROCÉDURALES

A. – Entrée en vigueur de la réforme

L'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté entrera en vigueur le 15 février 2009(1).

Elle s'appliquera aux seules procédures ouvertes à compter du 15 février 2009 à l'exception de deux dispositions applicables aux procédures en cours à cette date(2) :

- possibilité d'ouvrir un redressement judiciaire et non plus seulement une liquidation judiciaire à la suite de la résolution d'un plan de sauvegarde ;
- abrogation de l'obligation aux dettes sociales.

B. – Simplification des règles de compétence matérielle

Le tribunal compétent est le Tribunal de commerce si le débiteur exerce une activité commerciale ou artisanale. Le Tribunal de grande instance le sera dans les autres cas.

C. – La proposition de nomination de certains organes de la procédure

Le débiteur peut désormais soumettre expressément au Président du Tribunal, le nom du mandataire *ad hoc* (C. com., art. L. 611-3), du conciliateur (C. com., art. L. 611-6) et en matière de sauvegarde, de l'administrateur judiciaire de son choix (C. com., art. L. 621-4).

Le ministère Public pourra proposer le nom d'un liquidateur, avec obligation pour le Tribunal de motiver un choix différent (C. com., art. L. 641-1).

PARTIE 2 – LA CONCILIATION

Le ministère Public peut désormais relever appel de la décision ouvrant la procédure de conciliation.

Pendant la procédure de conciliation, le Président du Tribunal pourra accorder des délais de paiements au débiteur ayant fait l'objet

d'une simple mise en demeure(3) (C. com., art. L. 611-7). Il est désormais précisé que les délais de paiement ne sont pas applicables aux créanciers non parties à l'accord.

Le délai dans lequel le Tribunal statue sur l'homologation de l'accord est exclu du calcul de la durée maximale de la conciliation(4).

Les effets de l'accord constaté se rapprochent de ceux de l'accord homologué(5). (C. com., art. L. 611-10-1 à L. 611-10-3).

PARTIE 3 – LA SAUVEGARDE

Sous partie 1 – La situation du débiteur

A. – Condition d'ouverture élargie

La procédure de sauvegarde s'adresse au débiteur qui, sans être en cessation des paiements, justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter (C. com., art. L. 620-1). Il ne sera plus nécessaire de démontrer que ces difficultés sont de nature à le conduire à la cessation des paiements.

B. – La préservation des pouvoirs du dirigeant

1° Évaluation de l'actif

Le dirigeant pourra procéder lui-même à l'inventaire de son patrimoine dans le délai fixé par le Tribunal (6). En cas de carence, le Juge commissaire devra désigner un officier public (C. com., art. L. 621-4 et L. 622-6-1). L'obligation de réaliser une prise de vue disparaît.

2° Actes étrangers à la gestion courante

Seul le débiteur pourra solliciter du juge-commissaire l'autorisation de procéder à des actes de disposition étrangers à la gestion courante de son entreprise (C. com., art. L. 622-7-II), proposer aux créanciers une substitution de garanties (C. com., art. L. 622-8) ou saisir le Tribunal afin qu'il ordonne la cessation partielle de l'activité de l'entreprise (C. com., art. L. 622-10).

3° Issue de la procédure

Il revient au débiteur, avec le concours de l'administrateur, de préparer le projet de plan de sauvegarde et de proposer celui-ci aux créanciers (C. com., art. L. 626-2 et L. 626-8). Le Tribunal ne pourra plus subordonner l'adoption du plan de sauvegarde à l'éviction des dirigeants ou encore ordonner l'incessibilité ou la cession forcée de leurs titres.

Le débiteur pourra désormais saisir le Tribunal d'une demande de conversion de la sauvegarde en redressement judiciaire, si l'adoption d'un plan de sauvegarde est manifestement impossible et si la clôture de la procédure conduirait, de manière certaine et à bref délai, à la cessation des paiements (C. com., art. L. 622-10)(7).

4° Exécution ou résolution du plan

Le commissaire à l'exécution du plan sera le seul habilité pour procéder au recouvrement des dividendes impayés.

En cas de résolution du plan, un redressement judiciaire pourra être ouvert si le redressement du débiteur est possible malgré la cessation des paiements.

C – L'extension à d'autres tiers de l'effet protecteur de la sauvegarde

À l'instar des personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle, ceux ayant affecté ou cédé un bien en garantie pourront se prévaloir de l'arrêt du cours des intérêts, de la suspension des poursuites et des dispositions du plan de sauvegarde (C. com., art. L. 622-28 et L. 626-11).

Sous-partie 2 – La situation du créancier

A. – Les droits individuels

Le créancier bénéficiant d'un gage sans dépossession, désormais titulaire du droit de rétention(8), ne peut opposer celui-ci pendant la période d'observation et pendant l'exécution du plan de sauvegarde, sauf si le bien objet du gage est compris dans une cession d'activité.

Le paiement exceptionnel de créances antérieures au jugement d'ouverture, sur autorisation du juge-commissaire est désormais expressément ouvert aux hypothèses où ce paiement permettra d'obtenir le retour de biens et droits remis en gage ou transférés à titre de garantie dans un patrimoine fiduciaire, ou encore de lever l'option d'achat d'un contrat de crédit-bail (C. com., art. L. 622-7).

Les créances nées postérieurement au jugement d'ouverture de la procédure comprendront celles qui sont nées en raison d'une prestation fournie au débiteur personne physique pour ses besoins personnels(9). Le rang du privilège des frais de justice est clarifié (C. com., art. L. 622-17).

Les remises automatiques des frais de poursuite et pénalités fiscales déjà prévues en redressement judiciaire et en liquidation judiciaire s'étendent à la sauvegarde(10).

L'opposabilité de la créance non déclarée au débiteur pendant l'exécution du plan de sauvegarde, s'étend désormais à son issue, si les engagements mentionnés dans le jugement arrêté et le plan ont été respectés(11). Pendant l'exécution du plan, cette mesure est étendue aux personnes physiques coobligées et à celles ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie(12) (C. com., art. L. 622-6).

B. – Les droits collectifs : la rénovation des comités de créanciers

1° Composition des comités

Le comité des établissements de crédit est étendu aux établissements assimilés y compris certains investisseurs.

Le seuil de participation au comité des fournisseurs est abaissé de 5 % à 3 % du total des créances des fournisseurs.

Les créanciers titulaires de créances initialement détenues, selon les cas, par un établissement de crédit ou assimilé, ou par un fournisseur sont désormais inclus dans les comités de créanciers.

La composition des comités pourra être adaptée en fonction des transferts de créances intervenus après le jugement d'ouverture (C. com., art. L. 626-30-1)(13).

2° Fonctionnement des comités

Les comités de créanciers devront adopter un projet de plan dans les six mois de l'ouverture de la procédure (C. com., art. L. 626-34). La majorité des deux tiers sera désormais calculée à partir du seul montant des créances et en ne prenant en compte que les votes exprimés (C. com., art. L. 626-30-2).

Tout créancier membre d'un comité pourra faire des propositions de plan au débiteur et à l'administrateur.

Il pourra être décidé un traitement différencié entre les créanciers si des différences de situation le justifient.

Les contestations relatives aux comités de créanciers seront tranchées dans le jugement statuant sur l'arrêt du plan(14) (C. com., art. L. 626-34-1).

Sous-partie 3 – Contrats, revendication & droit de préemption

A. – Contrats en cours

L'administrateur a désormais la possibilité de demander au juge-commissaire qu'il prononce la résiliation d'un contrat en cours si la sauvegarde du débiteur le requiert et si cette rupture ne porte pas une atteinte excessive aux intérêts de son cocontractant (C. com., art. L. 622-13-IV).

Le contrat de fiducie est expressément exclu du champ d'application de l'article L. 622-13.

La nouvelle rédaction de l'article de L. 622-14 semble désormais empêcher le bailleur des locaux affectés à l'activité de l'entreprise de mettre en demeure l'administrateur, d'opter pour la continuation du bail. Toutefois ce texte qui apparaît comme fixant un régime

autonome à celui des contrats en cours reste d'interprétation délicate alors que l'objectif affiché était de clarifier les règles applicables à la continuation du bail. Aussi face à une mise en demeure du bailleur, la prudence conduira à opter pour la poursuite du bail, si celle-ci s'avère opportune.

B. – Action en revendication

Le point de départ du délai de revendication est unifié en supprimant son report pour les biens faisant l'objet d'un contrat en cours au jour de l'ouverture de la procédure. En revanche la restitution effective du bien n'aura lieu qu'à la fin du contrat (C. com., art. L. 624-9 et L. 624-10-1).

C – Droits de préemption urbains et ruraux

Institués par le Code rural ou le Code de l'urbanisme, ces droits de préemption sont inapplicables en cas de cession d'une ou de plusieurs activités prévue par le plan de sauvegarde (C. com., art. L. 626-1)(15).

PARTIE 4 – REDRESSEMENT JUDICIAIRE

L'article L. 631-1 du Code de commerce précise que n'est pas en cessation des paiements le débiteur qui établit que les réserves de crédit ou les moratoires dont il bénéficie lui permettent de faire face à son passif exigible avec son actif disponible.

À défaut de désignation à l'ouverture de la procédure alors qu'une cession totale ou partielle de l'entreprise est envisageable, un administrateur judiciaire devra être désigné afin de préparer la cession.

PARTIE 5 – LIQUIDATION JUDICIAIRE

A. – Dispositions communes

Les arrêtés et approbations des comptes annuels cessent dès l'arrêt de l'activité de la personne morale soumise à une liquidation judiciaire (C. com., art. L. 641-3).

La possibilité d'exiger la poursuite des contrats en cours en liquidation judiciaire est consacrée, même en dehors d'un maintien provisoire de l'activité (C. com., art. L. 641-11-1).

La nouvelle rédaction de l'article de L. 641-12 peut s'interpréter comme empêchant le bailleur des locaux affectés à l'activité de l'entreprise de mettre en demeure le liquidateur, d'opter pour la continuation du bail. (C. com., art. L. 641-12, 1^{er} al.). Face à l'ambiguïté du texte et dans l'attente de la jurisprudence, il est préférable de considérer comme toujours valable une telle mise en demeure(16).

Sont désormais cessibles les éléments incorporels du patrimoine du débiteur personne physique, lorsque celui-ci exerce une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé(17) (C. com., art. L. 642-1).

Le débiteur ou ses proches pourront obtenir une dérogation à l'interdiction d'acquiescer un actif cédé au cours de la liquidation judiciaire, lorsqu'il s'agit d'un actif mobilier de faible valeur mais nécessaire aux besoins de leur vie courante (C. com., art. L. 642-20).

B. – Liquidation judiciaire simplifiée

Le but recherché est d'accroître le recours à la liquidation judiciaire simplifiée en rendant son prononcé immédiat et obligatoire dans certaines hypothèses (C. com., art. L. 641-2 et L. 641-2-1)(18) et en allégeant considérablement le formalisme de la procédure(19).

PARTIE 6 – SANCTIONS

L'obligation aux dettes sociales disparaît. Seule subsiste la responsabilité en comblement de passif dont le montant maximum de la condamnation est limité à l'insuffisance d'actif (C. com., art. L. 651-2)(20).

(1) À l'exception d'une disposition entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009 et applicable aux procédures en cours à cette date eu égard à la réforme de la carte judiciaire : la procédure de remplacement du juge-commissaire empêché.

(2) *Ord.*, 18 déc. 2008, art. 63, al. 5 et 133 à 135.

(3) Il s'agit d'une extension du pouvoir du Président qui jusqu'alors ne pouvait accorder de délais que dans l'hypothèse d'une action en justice déjà intentée par le créancier.

(4) La durée de la conciliation reste fixée 4 mois éventuellement prolongée d'un mois.

(5) – L'article L611-10-1 étend à l'accord constaté les dispositions déjà applicables à l'accord homologué et prévoyant que, pendant son exécution, les créanciers ne peuvent agir en justice à l'encontre du débiteur pour obtenir le paiement de leur créance ;

– L'article L. 611-10-2 élargit les catégories de garants du débiteur autorisés à se prévaloir de l'accord de conciliation homologué et étend cette protection à l'accord constaté ;

– L'article L. 611-10-3 étend à l'accord constaté les dispositions organisant les effets de l'inexécution de l'accord homologué et supprime le caractère automatique de la déchéance des délais de paiement accordés judiciairement, dont le prononcé devient une faculté soumise à l'appréciation du juge.

(6) Sous réserve que celui-ci soit certifié par un commissaire aux comptes ou attesté par un expert-comptable.

(7) Hypothèse de conversion opportune si la cession totale de l'entreprise est la solution de la poursuite de l'activité.

(8) Consacré par l'article 2286-4° du Code civil.

(9) Cette extension du privilège de procédure s'applique également en liquidation judiciaire (*C. com.*, art. L. 641-13).

(10) *CGI*, art. 1756.

(11) Cette suspension des poursuites étendue à l'issue du plan qui revient à accorder – uniquement au débiteur et non pas à la caution – les effets de la créance éteinte sous l'empire du droit antérieur, permettra de prévenir la fraude du créancier qui aurait pu tirer un avantage à ne pas déclarer sa créance pour poursuivre son recouvrement dès l'issue du plan.

(12) Ces personnes pouvant se prévaloir des dispositions du plan de sauvegarde à l'égard des créanciers qui y sont soumis, il aurait été incohérent de permettre qu'elles soient poursuivies par des créanciers ayant omis de déclarer leurs créances.

(13) La faculté de participer aux comités de créanciers, présentée comme accessoire de la créance, est transmise de plein droit à ses titulaires successifs.

(14) Les créanciers ne pourront contester que les décisions adoptées par le comité dont ils sont membres.

(15) Disposition également applicable en liquidation judiciaire (*C. com.*, art. L. 642-5).

(16) Voir nos commentaires dans la partie concernant la continuation des contrats en cours en procédure de sauvegarde.

(17) Le droit de présentation de la clientèle civile sera désormais réalisable par le liquidateur.

(18) Le régime simplifié toujours réservé aux débiteurs ne possédant aucun bien immobilier deviendra obligatoire en deçà de seuils définis par décret en Conseil d'État en fonction du chiffre d'affaires hors taxe et du nombre de salariés.

(19) Si le régime simplifié est d'application obligatoire, il devra être ordonné dès le jugement d'ouverture de la liquidation judiciaire si le Tribunal est suffisamment éclairé. À défaut, le président du Tribunal sera compétent pour statuer ultérieurement. Les biens du débiteur seront vendus sans intervention du juge par le liquidateur soit de gré à gré, soit aux enchères publiques dans les trois mois suivant le jugement de liquidation judiciaire.

Si le régime simplifié est appliqué facultativement, seul le président du Tribunal sera compétent pour statuer.

(20) Le dirigeant de la personne morale condamné au titre de l'insuffisance d'actif et qui serait par ailleurs créancier de cette personne morale, ne pourra pas participer aux répartitions de l'actif résultant de sa condamnation.