



TOGNACCIOLI
A V O C A T

LA REFORME DU DROIT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTES

Ordonnances n°2014-326 du 12 mars 2014 & n°2014-1088 du 26 septembre 2014
Décret n°2014-736 du 30 juin 2014

La réforme du droit des entreprises en difficultés est entrée en vigueur le 1er juillet 2014. L'Ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014, son décret d'application n°2014-736 du 30 juin 2014 et l'Ordonnance n°2014-1088 du 26 septembre 2014 modifient les dispositifs de prévention et de traitement déjà existants :

- Le mandat ad hoc
- La conciliation
- Le règlement amiable agricole
- La sauvegarde et sa variante, la sauvegarde financière accélérée
- Le redressement et la liquidation judiciaire

Mais ce n'est pas tout. Deux nouveaux dispositifs sont créés :

- La sauvegarde accélérée. Il y a désormais 3 sauvegardes.
- Le rétablissement professionnel

La réforme ne s'applique pas aux procédures en cours à cette date à l'exception des dispositions relatives aux clôtures des liquidations judiciaires (643-9 et L643-13 du Code de Commerce).

L'objectif annoncé de la réforme est double : efficacité et réalisme. En matière d'entreprises en difficultés, être efficace c'est faire le choix de la prévention. Ce n'est pas nouveau : pour s'en convaincre, il faut rappeler que le mandat ad hoc ou la conciliation réussissent à près de 80% alors que 80% des plans de redressement se résolvent en liquidation judiciaire au bout de deux ans.

C'est la raison pour laquelle la réforme conforte considérablement les dispositifs d'anticipation des difficultés (Partie 1). En revanche, lorsque la situation du débiteur - de bonne foi - (débiteur malheureux), est irrémédiablement compromise ou lorsque les créanciers de l'entreprise n'ont rien à espérer d'une procédure collective lourde, longue et coûteuse, la réforme entend faciliter le nouveau départ de l'entrepreneur dans la vie des affaires. Ainsi nous assistons à la naissance du droit au rebond (Partie 2).

TABLEAU SYNOPTIQUE DES PROCEDURES DU LIVRE VI.....	3
PARTIE 1 – ANTICIPATION & EFFICACITE.....	5
1. Des dispositifs de prévention en synergie... ..	5
1.1 La prévention amiable consolidée.....	6
1.1.1 Le mandat ad hoc préservé en sa haute confidentialité	5
1.1.2 La conciliation, une procédure à géométrie variable.....	6
1.1.2.1 La conciliation classique.....	7
1.1.2.2 La conciliation préparatoire	7
1.1.2.2.1 Le préalable possible à une cession de l'entreprise	8
1.1.2.2.2 Le préalable obligatoire aux sauvegardes accélérées	8
1.2 La prévention judiciaire renforcée.....	8
1.2.1 La sauvegarde classique améliorée	8
1.2.2 Les sauvegardes spéciales à grande vitesse.....	9
1.2.2.1 La sauvegarde accélérée.....	10
1.2.2.2 La sauvegarde financière accélérée	10
2. ...et des procédures collectives plus collaboratives	10
2.1 Les saisines d'office en voie de disparition	11
2.2 La situation de tous s'améliore pendant la période d'observation	11
2.3 Une élaboration participative ou concurrente du plan	13
2.3.1 La participation des créanciers à l'élaboration du plan.....	13
2.3.2 La participation des associés ou actionnaires aux efforts du redressement	13
2.4 Le plan de cession davantage admis ?.....	13
PARTIE 2 – RETABLISSEMENT & REBOND	14
1. Le rétablissement professionnel inventé.....	14
1.1 Conditions d'ouverture : être un petit débiteur malheureux en grande difficulté	15
1.2 Effets de la mesure : effacement des dettes	15
2. ...et des liquidations judiciaires plus accélérées	16
2.1 La liquidation judiciaire simplifiée... encore plus simplifiée	16
2.2 La liquidation judiciaire... améliore le sort de l'entrepreneur de bonne foi	17

TABLEAU SYNOPTIQUE DES PROCEDURES DU LIVRE VI DU CODE DE COMMERCE

		PREVENTION DES DIFFICULTES				TRAITEMENT DES DIFFICULTES			
		MANDAT AD HOC A	CONCILIATION B	PROCEDURES DE SAUVEGARDE			REDRESSEMENT JUDICIAIRE F	LIQUIDATION JUDICIAIRE G	RETABLISSEMENT PROFESSIONNEL H
				FINANCIERE ACCELEREE C	ACCELEREE D	CLASSIQUE E			
		AMIABLE		SEMI COLLECTIVE	COLLECTIVES				
1	Nature de la procédure								---
2	Initiative	Dirigeant				Dirigeant Créancier	Dirigeant Créancier	Débiteur personne physique avec demande concomitante de liquidation judiciaire	
3	Extension de procédure	non applicable		Dirigeant ou organes de la procédure collective				non applicable	
4	Conditions d'ouverture	Absence de cessation des paiements				Cessation des paiements			
		Difficulté de toute nature	ou cessation des paiements de moins de 45 jours		Difficultés insurmontables	obligation de déclarer la cessation des paiements			
CONCILIATION PREALABLE									
5	Taille de l'entreprise	non applicable		20 salariés ou 3M€ de CA ou 1,5M€ au total du bilan		non applicable		Actif < 5.000 € et aucun salarié depuis 6 mois	
6	Confidentialité	Confidentialité totale	conservée si accord non homologué		Publicité légale				
			publication du jugement si accord homologué						
7	Effets sur le passif antérieur	Aucun	Aucun sauf décision du Président	Gel du passif bancaire uniquement	Gel du passif			Effacement des dettes	
8	Mandataires de Justice	Mandataire ad hoc sur proposition du dirigeant	Conciliateur sur proposition du dirigeant	Administrateur Judiciaire précédemment conciliateur		Administrateur Judiciaire sur proposition du dirigeant	Administrateur Judiciaire	Liquidateur	Mandataire Judiciaire
				Mandataire Judiciaire					
9	Pouvoirs du Mandataire de Justice	non applicable		Surveillance ou assistance		Assistance ou représentation		Représentation	Actes conservatoires

TABLEAU SYNOPTIQUE DES PROCEDURES DU LIVRE VI DU CODE DE COMMERCE (suite)

		PREVENTION DES DIFFICULTES				TRAITEMENT DES DIFFICULTES			
		MANDAT AD HOC	CONCILIATION	PROCEDURES DE SAUVEGARDE			REDRESSEMENT JUDICIAIRE	LIQUIDATION JUDICIAIRE	RETABLISSEMENT PROFESSIONNEL
				FINANCIERE ACCELEREE	ACCELEREE	CLASSIQUE			
		A	B	C	D	E	F	G	H
10	Coût de la procédure	Convention validée par le Président ---		Honoraires selon réglementation avec Ordonnance présidentielle de taxe et recours possibles					
11	Sort des cautions personnes physiques	Aucune incidence	Peuvent se prévaloir des délais et de l'accord	Suspension des poursuites y compris pendant le plan			Suspension des poursuites jusqu'au plan	Mise en jeu	Peuvent se prévaloir de l'effacement des dettes
12	Rémunération du dirigeant	Libre						Autorisation du juge commissaire	Subsides possibles (personne physique)
13	Licenciement	Droit commun						Autorisation du juge commissaire	Procédure dérogatoire
14	Prise en charge AGS	Aucune		sur demande de l'Administrateur Judiciaire			Totale		non applicable
15	Reprise par des tiers	Si accord de l'entreprise, du créancier et du Ministère public		non applicable		partielle	offres de cession d'entreprise ou d'actifs isolés		
16	Sanctions des dirigeants	non applicable						Patrimoniales, professionnelles ou pénales	
17	Durée de la procédure	Pas de durée maximum	5 mois maximum	2 mois maximum	3 mois maximum	12 mois voire 18 mois à titre exceptionnel		6 mois pour la liquidation simplifiée	4 mois
18	Sort des pénalités et majorations de retard	Négociation avec les organismes fiscaux et sociaux		Remise de plein droit des pénalités et majorations de retard (sauf majorations fiscales de mauvaise foi)					
19	Comités de créanciers	non applicable		Comité des établissements de crédit	Comité des établissements de crédit et Comité des Fournisseurs			non applicable	
20	Elaboration du plan de règlement du passif	Négociation		L'entreprise ou les comités de créanciers					
21	Acceptation du plan de règlement du passif	Conventionnelle		A la majorité des créanciers du comité	A la majorité des créanciers du comité représentant 2/3 du montant des créances ou simple consultation des créanciers en l'absence de comités				
22	Mentions au RCS après exécution du plan	non applicable		Disparition rétroactive de toutes mentions au RCS après exécution du plan depuis...			2 années		5 années

PARTIE 1 – ANTICIPATION & EFFICACITE

But de la réforme Faciliter le recours par le chef d'entreprise à ces dispositifs de prévention et inciter les créanciers à participer activement aux négociations.

Pouvoir d'alerte étendu au Président du TGI (L611-2-1) L'Ordonnance répare un oubli en attribuant au Président du Tribunal de Grande Instance un rôle comparable à celui du Président du Tribunal de Commerce puisqu'il pourra également convoquer les débiteurs relevant de sa compétence et obtenir communication d'un certain nombre d'informations. Les auxiliaires de justice bénéficient d'une protection, gage de leur indépendance, le Président du Tribunal de Grande Instance ne pourra qu'alerter l'Ordre professionnel. (même modus operandi qu'en matière de sanctions dont la mise en œuvre relève des entités disciplinaires de chaque Ordre).

1. Des dispositifs de prévention en synergie

Pour faciliter et rendre plus efficaces les démarches d'anticipation, l'Ordonnance consolide les dispositifs de prévention amiable (mandat ad hoc et conciliation) et innove ou corrige les procédures de prévention judiciaire notamment par une spécialisation : les procédures de sauvegarde sont désormais au nombre de 3 (classique, accélérée et financière accélérée).

La réforme consacre les innovations de la pratique, en organisant la synergie entre les procédures de prévention pour aboutir à des solutions sur mesure.

1.1 La prévention amiable consolidée

La rémunération des mandataires plus encadrée (L611-14) L'avis du ministère public est désormais requis pour la fixation de la rémunération du conciliateur, du mandataire à l'exécution de l'accord et le cas échéant de l'expert (pas pour le mandataire ad hoc). À l'issue de la mission de chacun des mandataires (y compris le mandataire ad hoc), la rémunération arrêtée est communiquée au ministère public. En outre, la rémunération ne peut être liée au montant des abandons de créances obtenus ni faire l'objet d'un forfait pour ouverture du dossier.

Interdiction des clauses contractuelles limitant les possibilités d'accords de prévention (L611-16)

+ Est réputée non écrite toute clause qui modifie les conditions de poursuite d'un contrat en cours en altérant les obligations du débiteur du seul fait de la désignation d'un mandataire ad hoc ou de l'ouverture d'une procédure de conciliation ou d'une demande formée à cette fin.

+ Est réputée non écrite toute clause mettant à la charge du débiteur, du seul fait de la désignation d'un mandataire ad hoc ou de l'ouverture d'une procédure de conciliation les honoraires du conseil auquel le créancier a fait appel dans le cadre de ces procédures pour la quote-part excédant trois quarts desdits honoraires.

1.1.1 Le mandat ad hoc préservé en sa haute confidentialité mais...

Information désormais du Commissaire aux Comptes (L611-3, al. 1^{er}) La décision nommant le mandataire ad hoc sera communiquée pour information au Commissaire aux Comptes lorsqu'il a été désigné.

1.1.2 La conciliation, une procédure à géométrie variable

Pourquoi à géométrie variable ?

- + Quatre issues possibles : l'accord (conciliation classique), la cession soit immédiate soit différée de l'entreprise et encore le préalable aux sauvegardes accélérées (conciliation préparatoire)
- + Un traitement du passif à la carte : traditionnellement conventionnel (esprit de la conciliation) et de plus-en-plus judiciaire (délais de grâce)

La durée adaptée (L611-6 al. 2) Plutôt que de prévoir une durée de 4 mois avec prorogation exceptionnelle d'1 mois, le nouveau texte prévoit un délai maximum de 5 mois, ce qui permettra de prévoir par exemple un premier délai de trois mois puis un second de deux.

Elargissement du droit de communication et du pouvoir d'investigation du juge de la conciliation auprès de personnes qualifiées (L611-6 al. 5) Après ouverture de la procédure de conciliation, soit directement soit par l'intermédiaire d'un expert qu'il désigne, le président du tribunal peut, nonobstant toute disposition législative ou réglementaire contraire, obtenir communication de tout renseignement lui permettant d'apprécier la situation économique, financière, sociale et patrimoniale du débiteur et ses perspectives de règlement, notamment par les commissaires aux comptes, les experts-comptables, les notaires, les membres et représentants du personnel, les administrations et organismes publics, les organismes de sécurité et de prévoyance sociales, les établissements de crédit, les sociétés de financement, les établissements de monnaie électronique, les établissements de paiement ainsi que les services chargés de centraliser les risques bancaires et les incidents de paiement En outre, il peut charger un expert de son choix d'établir un rapport sur la situation économique, financière, sociale et patrimoniale du débiteur.

Institution d'un mandataire chargé de la surveillance de l'exécution de l'accord (L611-8, III) Lorsque le président du tribunal constate l'accord ou que le tribunal homologue l'accord, il 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. En cas de difficulté faisant obstacle à l'exécution de sa mission, le mandataire désigné présente sans délai un rapport, selon le cas, au président du tribunal ou au tribunal, qui peut alors mettre fin à sa mission par décision notifiée au débiteur. Ce dernier peut également, à tout moment, solliciter la fin de cette mission.

1.1.2.1 La conciliation classique

Fin de l'anatocisme pour les créances de l'accord de conciliation (L611-10-1, al. 1^{er}) Nonobstant les dispositions de l'article 1154 du Code civil, les intérêts échus de ces créances ne peuvent produire des intérêts. **à** Protection accrue du débiteur.

Elargissement et encadrement des délais de paiement qui peuvent aussi être imposés aux créanciers récalcitrants (L611-7, al. 5, L611-10-1, al. 1er, L. 611-10-2, al. 1er, L. 611-10-3, dern. al.)

+ Pendant la négociation de l'accord, le juge de la conciliation auquel le débiteur demande des délais de paiement en cas de mise en demeure ou de poursuite de l'un de ses créanciers (y compris désormais antérieurement à la conciliation) peut subordonner la durée de la mesure ainsi prise à la conclusion de l'accord de conciliation. Dans ce cas, le créancier intéressé est informé de la décision selon des modalités fixées par décret en Conseil d'État (C. com., art. L. 611-7, al. 5).

+ Pendant désormais l'exécution de l'accord, si le débiteur est mis en demeure ou poursuivi par l'un des créanciers, dans le but d'obtenir le paiement d'une créance qui n'a pas fait l'objet de l'accord, le juge qui a ouvert la procédure de conciliation peut, à la demande du débiteur, et après avoir recueilli le cas échéant les observations du mandataire à l'exécution de l'accord, faire application des articles 1244-1 à 1244-3 du Code civil, en prenant en compte les conditions d'exécution de cet accord. Les dispositions du présent alinéa ne sont pas applicables aux créanciers publics. Les garants peuvent se prévaloir de ces délais (C. com., art. L. 611-10-2, al. 1er, modifié). Leur déchéance peut être prononcée en cas de résolution de l'accord (C. com., art. L. 611-10-3).

à la conciliation devient une procédure portant gel quasi-intégral du passif par traitement différencié (conventionnel ou judiciaire) et pour une durée qui ne peut excéder 24 mois pour les délais imposés

Le privilège de conciliation élargi et consolidé (L611-11, L626-20, I, 3^o) Le privilège de conciliation bénéficie aux créances nées « dans le cadre d'une procédure de conciliation ayant donné lieu à l'accord homologué » et non plus seulement aux créances consenties dans l'accord lui-même (L611-11, I, al. 1er). Ces créances ne pourront plus faire l'objet de remises ou de délais sans accord des créanciers dans le cadre des plans de sauvegarde ou de redressement.

1.1.2.2 La conciliation préparatoire

à Une étape facultative ou obligatoire

1.1.2.2.1 Le préalable possible à une cession de l'entreprise : le "prepack-cession"

Le conciliateur peut préparer une cession (L611-7, al. 1^{er}, L642-2, al. 2 et L812-8)

+ Conditions A la demande du débiteur et après avis des créanciers participants et du ministère public, le conciliateur peut être chargé d'une mission ayant pour objet l'organisation d'une cession partielle ou totale de l'entreprise.

+ Mise en œuvre de la cession Soit en exécution de l'accord de conciliation. Soit dans le cadre d'une procédure ultérieure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire. Après avis du ministère public, le tribunal pourra ne pas fixer de délai de dépôt des offres non seulement en cas d'offres reçues pendant le redressement judiciaire, mais aussi désormais lorsque des offres ont été " formulées dans le cadre des démarches effectuées par le mandataire ad hoc ou le conciliateur. "

à La synergie entre mesures de prévention s'étend aux procédures de traitement

1.1.2.2.2 Le préalable obligatoire aux sauvegardes accélérées : le "prepack-plan"

Le débiteur doit être engagé dans une procédure de conciliation en cours et doit justifier avoir élaboré un projet de plan visant à assurer la pérennité de l'entreprise et susceptible de recueillir un soutien suffisamment large de la part des créanciers à l'égard desquels l'ouverture de la procédure produira des effets pour rendre vraisemblable son adoption dans un délai permettant au tribunal d'arrêter le plan (L628-1).

1.2 La prévention judiciaire renforcée

1.2.1 La sauvegarde classique améliorée

Ces modifications complètent les améliorations déjà apportées par l'Ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008.

Contrat en cours (L622-13, II, al. 2) La nécessité de payer comptant la prestation en somme d'argent d'un contrat continué ne vaut plus que pour le redressement judiciaire et la liquidation judiciaire. à Cette obligation s'imposait en sauvegarde même si la convention n'exigeait pas un paiement comptant, de sorte que la trésorerie de l'entreprise en était artificiellement affectée. L'Ordonnance fait néanmoins peser sur l'Administrateur Judiciaire l'obligation de vérifier qu'en imposant la continuation du contrat il ne risque pas de créer un préjudice prévisible à l'intéressé.

Conversion facilitée en redressement judiciaire A défaut de plan adopté par les comités de créanciers et lorsque la clôture de la procédure conduirait à bref délai à la cessation des paiements, le tribunal pourra convertir la procédure de sauvegarde en redressement judiciaire à la demande non seulement du débiteur, mais également des mandataires de justice ou du ministère public, ce qui élargit les passerelles entre les procédures.

Choix et observations sur la désignation des organes de la procédure collective Alors que le débiteur n'intervenait que pour le choix de l'administrateur judiciaire, il peut formuler des observations lorsqu'est envisagée la désignation de plusieurs mandataires judiciaires ou plusieurs

administrateurs judiciaires, ainsi que lorsque le ministère public propose la désignation d'un ou plusieurs mandataires de justice.

La clause d'agrément retrouve son efficacité (L626-3) La disposition réputant non écrite les clauses d'agrément en cas de modification du capital social est supprimée alors qu'elle est conservée dans le cadre d'un redressement judiciaire (L628-39 II).

1.2.2 Deux sauvegardes spéciales... à grande vitesse

La sauvegarde accélérée est créée sur le modèle de la sauvegarde financière accélérée (issue de loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière) qui devient une simple variante (L628-1 à L628-10)

1.2.2.1 La sauvegarde accélérée

Seule procédure de sauvegarde susceptible d'être ouverte en présence d'un état de cessation des paiements de moins de 45 jours.

Conditions (L628-1 et R628-2) Le débiteur doit justifier de comptes certifiés par un commissaire aux comptes ou établis par un expert-comptable et dépasser certains seuils¹ quant au nombre de salariés (20) ou au montant du chiffre d'affaires (3.000.000 €) ou au total de bilan (1.500.000 €), à moins que le débiteur n'établisse des comptes consolidés. Le débiteur doit être engagé dans une procédure de conciliation en cours et doit justifier avoir élaboré un projet de plan visant à assurer la pérennité de l'entreprise et susceptible de recueillir un soutien suffisamment large de la part des créanciers à l'égard desquels l'ouverture de la procédure produira des effets pour rendre vraisemblable son adoption dans un délai permettant au tribunal d'arrêter le plan.

L'ouverture de la procédure (L628-2) Examinée en présence du ministère public, sur rapport du conciliateur, avec possibilité pour le tribunal d'obtenir des pièces de la procédure de conciliation et, le cas échéant du mandat ad hoc. Le conciliateur est nommé administrateur ou mandataire judiciaire.

La préparation du plan (L628-4) Constitution obligatoire des comités de créanciers (établissements de crédit, principaux fournisseurs et assemblée d'obligataires) même si les critères légaux [150 salariés et 20 millions d'euros de chiffre d'affaires (R626-52)] ne sont pas atteints
à Le tribunal ordonne néanmoins leur constitution.

Fin de la sauvegarde accélérée (L628-5) Le ministère public saisit le tribunal à l'effet de mettre fin à la procédure de sauvegarde accélérée s'il est établi que la date de la cessation des paiements est antérieure à 45 jours.

¹ La rédaction de l'article L628-1 issue de l'ordonnance du 12 mars 2014 semblait devoir être clarifiée. L'ordonnance n° 2014-1088 du 26 septembre 2014 précise que les seuils d'éligibilité à la procédure de sauvegarde accélérée sont chacun alternatifs. Il suffit que le débiteur remplisse l'un des seuils définis par l'article D. 628-3 du code de commerce (art. 3). Pour mémoire, les seuils précédents la réforme apportée par l'Ordonnance du 12 mars 2014 étaient bien plus élevés et cumulatifs (150 salariés et 20 millions d'euros de chiffre d'affaires).

Effets de la sauvegarde accélérée (L 628-6) L'ouverture d'une procédure de sauvegarde accélérée ne produit d'effet qu'à l'égard des créanciers mentionnés à l'article L. 622-24 et soumis à l'obligation de déclaration prévue par ce texte ainsi qu'à l'égard des cocontractants mentionnés aux articles L. 622-13 et L. 622-14

Admission des créances (L628-7) La procédure en est facilitée pour les créanciers ayant participé à la conciliation. Une liste des créances à la date de l'ouverture de la procédure de sauvegarde accélérée est établie par le débiteur et certifiée par le commissaire aux comptes ou, à défaut, l'expert-comptable. Cette liste est déposée au greffe du tribunal. Le mandataire judiciaire informe chaque créancier concerné des caractéristiques de ses créances figurant sur la liste en lui transmettant un extrait de la liste déposée. Ces créances sont réputées déclarées, sous réserve de leur actualisation, si les créanciers ne les déclarent pas eux-mêmes.

Arrêté du plan (L628-8) Le tribunal arrête le plan dans un délai de trois mois (non prorogeable) à compter du jugement d'ouverture. À défaut d'arrêté du plan dans ce délai, le tribunal met fin à la procédure. Aucun délai ne peut être imposé aux créanciers par le tribunal (à différent de la sauvegarde classique ou du RJ).

1.2.2.2 La sauvegarde financière accélérée

Conditions (L 628-9) Lorsque les comptes du débiteur font apparaître que la nature de l'endettement rend vraisemblable l'adoption d'un plan par les seuls créanciers financiers (membres du comité des établissements de crédit et de l'assemblée des obligataires) Dans ce cas, seuls ce comité et l'assemblée sont constitués.

Effets de la sauvegarde financière accélérée A l'égard des créanciers financiers exclusivement (à les fournisseurs ne déclarent pas et doivent être réglés normalement).

Sauvegarde à très grande vitesse (L628-10) Le délai minimum du prononcé du comité (et de l'assemblée d'obligataires) est réduit à huit jours et le délai d'arrêté du plan à un mois avec une prorogation possible d'un mois maximum

2. ...et des procédures collectives plus collaboratives

Pendant la période d'observation le sort du débiteur et des partenaires de l'entreprise s'améliore. De surcroît la recherche d'un plan doit passer par une plus grande implication des créanciers et des associés. Les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire, procédures collectives par excellence, deviennent moins autoritaires et plus participatives.

Rappel de la définition d'une procédure collective Procédure patrimoniale universelle, qui appréhende tous les actifs du patrimoine du débiteur et envisage le règlement de toutes ses dettes en soumettant les créanciers à une discipline collective.

2.1 Les saisines d'office en voie de disparition

Le redressement ou la liquidation judiciaire ne peuvent plus être ouverts sur saisine d'office. (L631-3, L631-3-1, L640-3, L640-3-1) Il en résulte deux nouveaux articles d'une rédaction similaire : « Lorsqu'il est porté à la connaissance du président du tribunal des éléments faisant apparaître que le débiteur est en état de cessation des paiements, le président en informe le ministère public par une note exposant les faits de nature à motiver la saisine du tribunal. Le président ne peut siéger, à peine de nullité du jugement, dans la formation de jugement, ni participer aux délibérés si le ministère public demande l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire à l'égard du débiteur ». L'Ordonnance supprime également la saisine d'office pour la demande d'extension (L621-2). En revanche, la saisine d'office pour la résolution du plan et l'ouverture de la procédure subséquente n'a pas été abrogée (contrairement à la décision du Conseil constitutionnel n° 2013-372 du 7 mars 2014).

Apport de l'Ordonnance n° 2014-1088 du 26 septembre 2014. Elles font suite aux décisions du Conseil constitutionnel en la matière dont l'ordonnance du 12 mars 2014 a déjà tiré les enseignements mais l'actuelle ordonnance en précise les effets et prend également en compte sa dernière décision du 6 juin 2014 (Cons. const., déc. n° 2014-399 QPC, 6 juin 2014) qui a validé, en période d'observation, la conversion d'office de l'article L 631-15 du code de commerce. Par conséquent, elle supprime la saisine d'office du tribunal en sauvegarde prévue par l'article L. 621-12 dans une hypothèse de conversion d'une procédure de sauvegarde en redressement judiciaire qui se rapproche d'une saisine ab initio (art. 2). La saisine d'office du tribunal en cas de reprise d'une procédure de liquidation judiciaire après sa clôture prévue par l'article L. 643-13 est également supprimée (art. 9). Les mesures sont applicables aux procédures en cours au 28 septembre 2014. L'ordonnance du 26 septembre modifie, ensuite, les articles L. 631-7 et L. 641-1 du code de commerce sur la faculté pour le juge d'exercer certains pouvoirs d'office dans le cadre d'une instance dont il est déjà saisi en vue de répondre aux exigences du Conseil constitutionnel. Le tribunal saisi en l'absence de demande subsidiaire, doit répondre aux exigences de l'intérêt général et du principe du contradictoire. L'ordonnance ajoute dans ce cas, qu'il invite le débiteur à présenter ses observations avant de statuer dans la même décision (art. 5 et 7). Ces dispositions sont applicables aux procédures en cours au 28 septembre 2014.

2.2 La situation de tous s'améliore pendant la période d'observation

Les créanciers publics et l'AGS, contrôleurs "s'ils en font la demande" (L 621-10, al. 2) « Les administrations financières, les organismes et les institutions mentionnées au premier alinéa de l'article L. 626-6 sont désignés contrôleurs s'ils en font la demande ; s'il est saisi de plusieurs demandes à ce titre, le juge-commissaire désigne un seul contrôleur parmi eux. »

Un débiteur plus actif

- + Le tribunal fixe la date de cessation des paiements après avoir sollicité les observations du débiteur. (L. 631-8, al. 1)
- + Le débiteur peut demander lui-même l'extension de procédure pour confusion des patrimoines. Le tribunal ayant ouvert la procédure initiale reste compétent (L621-2)

+ Le débiteur peut également demander la conversion de la sauvegarde en redressement judiciaire en cas de cessation des paiements avant l'ouverture (L621-12, dern. al)

+ En cas d'ouverture d'une procédure collective au cours d'une instance, le débiteur doit en informer le créancier poursuivant dans les dix jours (L622-22, al. 2), sous peine d'une interdiction de gérer en cas de mauvaise foi (L653-8, al. 2)

Des créanciers plus passifs ?

+ Déclaration de créances La déclaration de créance peut être ratifiée par le créancier jusqu'à ce qu'il soit statué sur cette dernière (L622-24, al. 2), elle est présumée en cas d'information sur elle par le débiteur au mandataire judiciaire (L622-24, al. 3 nouveau). Déclarer sciemment au nom d'un créancier une créance supposée est un nouveau cas de faillite personnelle (L653-5, 7°). La déclaration de créance interrompt la prescription jusqu'à la clôture de la procédure ; elle dispense de toute mise en demeure et vaut acte de poursuite (L622-25-1).

+ Relevé de forclusion Il peut être justifié par l'omission même involontaire du débiteur (L 622-26 al. 1^{er}). En cas d'impossibilité pour le créancier de connaître l'existence de la créance, le délai de demande de relevé de forclusion court de la date à laquelle il est établi qu'il ne pouvait ignorer l'existence de sa créance (L622-26, al. 3). En cas de relevé de forclusion, le délai de déclaration de la créance (qui est alors d'un mois) court de la notification de cette décision (L622-24, al. 1^{er}).

+ Vérification des créances Le débiteur doit faire ses observations au mandataire judiciaire dans un délai de 30 jours à compter de la date à laquelle il a été mis en mesure, par le mandataire judiciaire, de formuler ses observations. (R624-1) Le défaut de réponse par le créancier, dans le délai de trente jours à compter de l'avis du mandataire judiciaire de la discussion portant sur la déclaration de créance, interdit toute contestation ultérieure de la proposition du mandataire judiciaire, à moins que la discussion ne porte sur la régularité de la déclaration de créances. (L622-27).

+ Admission des créances (L624-2) Sauf contestation sérieuse, le juge commissaire a compétence pour statuer sur les créances dans les limites de la compétence matérielle d'attribution de la juridiction qui l'a désigné. ➔ Nouveaux pouvoirs du juge-commissaire, mais ce n'est pas pour autant dans certaines hypothèses une pleine juridiction.

Le sort des biens pendant la période d'observation

+ Acte de disposition (L622-7 II al. 1^{er}) Le ministère public doit donner son avis sur l'acte de disposition sollicité susceptible d'avoir une incidence sur l'issue de la procédure

+ Crédit-bail (L622-7, II, al. 2) Le paiement des créances antérieures pour la levée de l'option d'un crédit-bail peut être autorisé quel qu'en soit le montant. Dans le cadre d'un plan, le crédit preneur peut lever l'option d'achat avant l'expiration des délais prévus dans le plan. La levée de l'option ne peut intervenir qu'à l'échéance du contrat (L626-18)

+ Nouveau cas de nullité La déclaration notariée d'insaisissabilité constituée pendant la période suspecte est nulle de plein droit (L632-1). Elle est également annulable dans les six mois précédant la cessation des paiements (L632-1, II).

+ Rien de nouveau pour le revendiquant (dont le bien n'est pas objet d'un contrat publié)... Son sort reste peu enviable : non averti de la survenance de la procédure collective et de la nécessité de revendiquer.

2.3 Une élaboration participative ou concurrente du plan

2.3.1 La participation des créanciers à l'élaboration du plan

L'Ordonnance entend associer les créanciers, auxquels sont imposés des contraintes dérogatoires à la loi du contrat, à la recherche de solutions permettant la sauvegarde ou le redressement de l'entreprise. Elle permet donc à ces derniers d'être à l'initiative de projets de plan, en concurrence avec celui que peut proposer le débiteur (ou l'administrateur avec le concours du débiteur en redressement judiciaire). L'administrateur devra alors établir un rapport sur chaque projet et le tribunal statuera sur ces rapports. Cette possibilité n'existe cependant que lorsqu'ont été mis en place des comités de créanciers. Par ailleurs, la passivité du débiteur ne pourra plus faire obstacle à la réunion et au vote des créanciers qui se prononceront à une date fixée par l'administrateur.

2.3.2 La participation des associés aux efforts du redressement

L'Ordonnance veut favoriser les modifications du capital nécessaires au plan d'abord en facilitant la compensation, ensuite en permettant au tribunal de modifier les règles de majorité ou de quorum de l'assemblée compétente. En redressement judiciaire uniquement, d'une part, la reprise interne par un tiers est facilitée par l'inefficacité des clauses restrictives de cession, d'autre part, l'opposition à l'entrée d'un tiers dans la société pourra être contrée par la désignation d'un mandataire de justice chargé de convoquer l'assemblée et de voter la reconstitution des capitaux propres indispensable au redressement.

Les associés mis à contribution (L624-20) Le jugement d'ouverture rend immédiatement exigible le montant non libéré du capital social. Le mandataire judiciaire a qualité pour mettre en demeure l'associé ou l'actionnaire de verser les sommes restant dues sur le montant des parts et actions souscrites par lui (L622-20, al. 2).

2.4 Le plan de cession davantage admis ?

Le plan de cession peut être décidé en redressement judiciaire (L631-22, al. 1^{er}), si aucun plan de redressement n'est manifestement susceptible de permettre le redressement de l'entreprise.

Comparaison de textes L631-22 avant la réforme "A 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." L631-22 après la réforme "A la demande de l'administrateur, le tribunal peut ordonner la cession totale ou partielle de l'entreprise si le ou les plans proposés apparaissent manifestement insusceptibles de permettre le redressement de l'entreprise ou en l'absence de tels plans"

PARTIE 2 – RETABLISSEMENT & REBOND

Faciliter le nouveau départ ou « fresh start » du débiteur malheureux est une préoccupation inspirée par le droit communautaire. La Commission européenne a entendu promouvoir une politique de la seconde chance. Cette recommandation figure dans le « Small Business Act » adopté en décembre 2008 et devient un axe prioritaire s'agissant de l'action de Bruxelles en matière de procédures collectives dans les termes suivants : « Les États membres doivent veiller à ce que les entrepreneurs honnêtes qui ont déposé le bilan bénéficient rapidement d'une seconde chance. Les États membres sont invités à : (...) Veiller à ce que ceux qui retentent leur chance soient placés sur un pied d'égalité avec les entreprises nouvellement constituées, notamment dans le contexte des régimes de soutien ». Le droit des entreprises en difficulté s'humanise et tend définitivement à dissocier le sort du débiteur malheureux du débiteur malhonnête.

Les illustrations sont nombreuses depuis la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 Instauration de la liquidation judiciaire simplifiée, suppression du détournement systématique du courrier du débiteur personne physique, suppression rétroactive des mentions au RCS pour les plans de sauvegarde et de redressement en cours de réussite, suppression – depuis le 9 septembre 2013 - du code 040 de l'indicateur dirigeant établi par la Banque de France (dirigeant ayant connu une seule liquidation judiciaire depuis trois ans). Des initiatives sont prises de soutien psychologique du dirigeant : "le capital santé du chef d'entreprise, c'est le premier capital immatériel d'une PME".

1. Le rétablissement professionnel inventé...

L'Ordonnance institue un dispositif distinct des procédures collectives pour traiter de la situation des personnes physiques dont l'actif est d'une valeur telle que l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire, même simplifiée, serait une mesure disproportionnée.

Elle bénéficie au débiteur de bonne foi et toutes les mesures ont été mises en place pour éviter les fraudes des mauvais payeurs.

La question avait été posée de savoir si la solution à de telles situations devait être judiciaire ou bien si une radiation administrative ne suffisait pas (droit allemand). La garantie judiciaire a été privilégiée.

Il s'agit d'une mesure inspirée de celle connue du Code de la consommation dans le cadre du traitement du surendettement des consommateurs.

1.1 Conditions d'ouverture : être un petit débiteur malheureux en grande difficulté

Conditions (L645-1, L645-2 et R645-1) La procédure s'applique à la personne physique entrepreneur qui ne s'est pas instituée EIRL. Elle ne doit pas déjà être en procédure collective ni même avoir subi une liquidation judiciaire clôturée pour insuffisance d'actif ou un rétablissement professionnel clôturé depuis au moins cinq ans. Elle ne doit pas avoir de patrimoine immobilier, pas de salarié depuis six mois (ni de procédure prud'homale en cours) ni une valeur de réalisation d'actif supérieure à 5.000 €

Ouverture (L645-3 et L645-4) : la demande (volontaire) d'ouverture du rétablissement professionnel suppose de demander concomitamment la liquidation judiciaire. Si les conditions sont réunies, le tribunal ouvre la procédure pour 4 mois, après avis du ministère public. Il nomme alors un juge commis chargé de recueillir des renseignements sur la situation patrimoniale du débiteur (montant du passif et valeur des actifs) et nomme pour l'assister un mandataire judiciaire. La décision d'ouverture est susceptible d'appel de la part du ministère public (L661-11).

1.2 Effets de la mesure : effacement des dettes mais...

Effets de la procédure (L645-6, L645-7 et L645-8) L'ouverture de la procédure n'emporte pas d'arrêt des poursuites mais uniquement la possibilité, à la demande du débiteur en cas de mise en demeure ou de poursuite, de report de paiement et une suspension des procédures d'exécution jusqu'à la clôture de la procédure ou de l'ouverture éventuelle d'une liquidation judiciaire en cas de mise en demeure. Toute stipulation contraire à cette règle est réputée non écrite. Pendant cette période, le débiteur n'est pas dessaisi mais le juge commis peut autoriser le mandataire judiciaire à faire tous les actes nécessaires à la conservation des droits du débiteur. Par ailleurs, les créanciers ne procèdent pas à une déclaration de créances mais le mandataire judiciaire informe sans délai les créanciers connus de l'ouverture de la procédure et les invite à lui communiquer, dans le délai maximum de deux mois à compter de la réception de cet avis, le montant de leur créance avec indication des sommes à échoir et de la date de leurs échéances ainsi que toute information relative aux droits patrimoniaux dont ils seraient titulaires à l'égard du débiteur.

Clôture du rétablissement professionnel (L645-10 et L645-11) : c'est le Tribunal qui la prononce. La clôture emporte effacement des dettes à l'égard des créanciers soumis à l'obligation de déclarer leurs créances dans une procédure ordinaire et qui ont été portées à la connaissance du juge commis par le débiteur, avec les mêmes exceptions que celles mentionnées à l'article L. 643-11 (c'est-à-dire celles qui bénéficient de la reprise des poursuites). Les dettes effacées sont mentionnées dans le jugement de clôture. Des publicités légales sont réalisées.

Conversion en liquidation (L645-9) : à tout moment de la procédure de rétablissement professionnel, le tribunal peut, sur rapport du juge commis, ouvrir la procédure de liquidation judiciaire demandée simultanément à celle-ci, s'il est établi que le débiteur qui en a sollicité le bénéfice n'est pas de bonne foi ou si l'instruction a fait apparaître l'existence d'éléments susceptibles de donner lieu aux sanctions prévues par le titre V du Livre VI ou à l'application des dispositions des articles L632-1 à L632-3. La procédure de liquidation judiciaire est également ouverte s'il apparaît que les conditions d'ouverture de la procédure de rétablissement

professionnel n'étaient pas réunies à la date à laquelle le tribunal a statué sur son ouverture ou ne le sont plus depuis.

Le tribunal peut également être saisi en ouverture de la procédure de liquidation judiciaire sur requête du ministère public ou par assignation d'un créancier ou, dans le cas prévu au deuxième alinéa, par le débiteur. Le rétablissement professionnel est pris en compte dans la récidive autorisant la reprise des poursuites des créanciers après clôture (C. com., art. L. 643-11, III, 3°, modifié par Ord., art. 78).

Prise en charge des coûts de la procédure de rétablissement professionnel Lorsque le rétablissement professionnel fait l'objet d'un jugement de clôture entraînant effacement des dettes (C. com., art. L. 645-11), le Trésor public peut devoir prendre en charge certains coûts de la procédure autres que l'indemnité due au mandataire de justice qui assiste le juge commis chargé de l'enquête mise en œuvre dans le cadre de cette procédure, c'est ce que précise la nouvelle ordonnance (C. com., art. L. 663-1, V créé par art. 11). L'avance de ces frais par le Trésor génère alors à l'égard du débiteur une créance qui ne peut faire l'objet de l'effacement des dettes. En outre, lorsque le patrimoine du débiteur le permettra, le tribunal pourra limiter le montant de ces avances. Selon le rapport au Président de la république, le dispositif est jugé moins restrictif que le recours à l'aide juridictionnelle. Ces dispositions, contrairement aux précédentes, ne sont applicables qu'aux procédures ouvertes à compter du 28 septembre.

2. ... et des liquidations judiciaires plus accélérées

L'Ordonnance réduit la durée des procédures liquidatives, et a pour objectif de supprimer les obstacles à leur clôture qui ne peuvent être justifiés par l'efficacité de ces procédures ni les droits des créanciers.

Une société en liquidation judiciaire n'est plus dissoute (L641-9, II et C. civ., art. 1844-7, 7°) La société n'est plus dissoute au jour de la liquidation judiciaire mais à la clôture de celle-ci pour insuffisance d'actif (C. civ., art. 1844-7, 7°). Pendant la liquidation judiciaire, un mandataire peut être désigné en cas de nécessité en lieu et place des dirigeants sociaux par Ordonnance du Président d tribunal sur requête de tout intéressé, du liquidateur ou du ministère public (L641-9, II). L'ordonnance du 26 septembre précise que les obligations en matière d'arrêté et d'approbation des comptes annuels résultant du livre II du code de commerce incombent aux dirigeants de la personne morale débitrice. La désignation d'un mandataire ad hoc est prévue à la demande du liquidateur pour pallier l'inaction des dirigeants (C. com., art. L. 641-3, al. 3 mod. par art. 8).

2.1 La liquidation judiciaire simplifiée... encore plus simplifiée

La réforme abrège encore la durée de la procédure simplifiée en privilégiant l'efficacité des mesures propres à cette procédure (inventaire, opérations de réalisation, dépôt des propositions de répartition) et en la réduisant à six mois, avec une faculté de prorogation, au lieu d'un an.

2.2 La liquidation judiciaire... améliore le sort de l'entrepreneur de bonne foi

Amélioration de la situation du débiteur personne physique

- + Sont désormais payées à leur échéance, les créances nées régulièrement après le jugement de liquidation judiciaire, y compris celles nées pour les besoins de la vie courante du débiteur personne physique. (L641-13)
- + Le débiteur peut se voir octroyer des délais uniformes de deux ans maximum pour le paiement des créances postérieures utiles. Ces délais ne peuvent excéder deux ans. (L643-11, VIII) Ils ne peuvent être imposés aux créanciers publics.
- + Le liquidateur ne peut, sauf accord du débiteur réaliser les biens ou droits acquis au titre d'une succession ouverte après l'ouverture ou le prononcé d'une liquidation judiciaire, ni provoquer le partage de l'indivision pouvant en résulter (L641-9). Ils pourront le cas échéant être saisis après la clôture de la liquidation judiciaire par les créanciers qui n'auront pu être désintéressés par la liquidation judiciaire. (L643-11 I 1°)
- + Troisième cas de clôture de liquidation judiciaire lorsque l'intérêt de la poursuite de la procédure est disproportionné par rapport aux difficultés de réalisation des actifs résiduels. (L643-9, alinéa 2)
- + La liquidation peut être clôturée alors que des instances sont encore en cours : « Le tribunal peut également prononcer la clôture de la procédure en désignant un mandataire ayant pour mission de poursuivre les instances en cours et de répartir, le cas échéant, les sommes perçues à l'issue de celles-ci lorsque cette clôture n'apparaît pas pouvoir être prononcée pour extinction du passif » (L643-9, al. 3).
- + Les actifs du débiteur pourront être plus facilement vendus à ses proches. L'article L642-20 prévoit une dérogation à l'interdiction de céder aux proches (L642-3) : sur requête du ministère public, le juge-commissaire peut accorder des dérogations (disposition générale). Seuls sont exclus de la possibilité d'acquérir les contrôleurs et le débiteur au titre de l'un quelconque de ses patrimoines. Par ailleurs en cas de vente de sa maison d'habitation dans le cadre de la réalisation d'actif (ou résiliation du bail), le débiteur, devenu détenteur sans titre peut bénéficier d'un délai de grâce pour la quitter. (L642-18)

Tous ces outils déjà connus mais manifestement améliorés (les liquidations judiciaires accélérées) ou ces outils nouveaux (les sauvegardes spéciales... à grande vitesse ou encore le rétablissement professionnel... du petit débiteur de bonne foi en grande difficulté) sont à notre disposition.

Comptons sur les universitaires pour nous accompagner dans l'appréhension et l'interprétation de cette réforme. Quant aux acteurs des procédures collectives, mandataires de justices, experts-comptables, commissaires aux comptes, avocats, magistrats de la Chambre du Conseil, Ministère public, créanciers institutionnels privés et publics, la réforme nous invite :

- à coopérer davantage pour une plus grande information des chefs d'entreprises ;
- à collaborer étroitement pour conseiller la mesure optimale et la mettre en œuvre, avec imagination et pragmatisme,

Tout cela pour adapter en permanence le droit des entreprises en difficultés à l'exigence du réel, pour de meilleurs résultats.

Du droit des procédures collectives... au droit des procédures... collaboratives de prévention et de traitement des difficultés des entreprises.

Acceptons-en l'augure !

Jean-François Tognaccioli, 29 octobre 2014