

# SOMMAIRE

1. Transposition de la directive (UE) 2019/1023 du 20 juin 2019 sur le droit de procédure collective – Page 1
2. Création du Registre National des Entreprises – Page 1
3. Nouvelle procédure de traitement de sortie de crise des entreprises en difficulté – Page 2
4. Modification de la proportion de femmes devant composer les instances dirigeantes – Page 2
5. Jurisprudence – Page 3

# PBA LEGAL NEWSLETTER

## CORPORATE

Société d'avocats | 8, Place Vendôme | 75001 Paris | [www.pba.legal](http://www.pba.legal)  
Contact : Nicolas Blanchenay - [nblanchenay@pba.legal](mailto:nblanchenay@pba.legal)

N°1

### LEGISLATION :

#### 1° La transposition de la directive (UE) 2019/1023 du 20 juin 2019 sur le droit de procédure collective (Ordonnance n°2021-1193 du 15 septembre 2021)

L'ordonnance transposant la Directive « restructuration et insolvabilité » a été publiée au Journal Officielle du 16 septembre 2021.

La principale innovation de cette réforme est la **création de classes de créanciers** regroupés selon leurs intérêts et qui devront voter le projet de plan de restructuration du débiteur (*articles L.626-29 et suivants du Code de commerce*).

Les futures procédures de sauvegarde et de redressement seront donc marquées par une plus grande place laissée à la **négociation** avec les créanciers, sans pour autant qu'ils ne deviennent prééminents dans la procédure.

En effet, en cas de rejet du projet de plan par les classes de créanciers, **le tribunal conservera la possibilité d'arrêter le plan contre leur avis**.

Cette innovation concernera les procédures de sauvegarde, de sauvegarde accélérée et de redressement ouvertes à compter du 1<sup>er</sup> octobre 2021.

L'ordonnance pérennise, de plus, des mesures qui avaient été mises en place dans le cadre des mesures exceptionnelles applicables en période

Covid : la possibilité pour le commissaire aux comptes d'informer le président du tribunal si l'urgence de la situation du débiteur implique l'adoption de mesures immédiates et que le dirigeant refuse de les mettre en œuvre (*article L.611-2-2 du Code de commerce*), la possibilité de **demandeur la suspension des poursuites et le report des paiements durant la conciliation** (*article L.611-7 du Code de commerce*) et enfin l'ouverture de la procédure de liquidation simplifiée aux entrepreneurs individuels (*article L.641-2 du Code de commerce*).

De même, le **privilège « post money »** (c'est-à-dire le privilège des bailleurs de fonds nouveaux dans le cadre d'un apport en trésorerie consenti pour assurer la poursuite de l'activité durant la procédure, autorisés par le juge commissaire et faisant l'objet d'une publication) **est conservé** définitivement dans le cadre des procédures de sauvegarde et de redressement (*article L.622-17 du Code de commerce*).

#### 2° La création du Registre National des Entreprises (ord. n°2021-1189 du 15 septembre 2021)

A compter du 1<sup>er</sup> janvier 2023, le **Registre national des entreprises**, entièrement dématérialisé, remplacera :

- Le registre national du commerce et des sociétés
- Le répertoire des métiers
- Le registre des agents commerciaux

- Le registre spécial des entrepreneurs individuels à responsabilité limitée (EIRL)
- Le registre des actifs agricoles

Ce registre sera tenu par l'INPI et regroupera l'ensemble des informations et pièces relatives à la situation des entreprises exerçant leur activité sur le territoire à compter de leur immatriculation.

L'INPI a jusqu'au 31 décembre 2022 pour regrouper les données présentes sur les différents registres afin de constituer le nouveau **registre sans qu'une intervention des entreprises concernées ne soit nécessaire.**

**3° La nouvelle procédure de traitement de sortie de crise des entreprises en difficulté (art 13 de la loi n°2021-689 du 31 mai 2021, D.n°2021-1354, 16 octobre 2021)**

Une procédure spécifique a été mise en place par la loi du 31 mai 2021 au profit des débiteurs auxquels la procédure de sauvegarde est applicable mais qui, **même s'ils sont en cessation de paiement, disposent des fonds nécessaires pour payer leurs créances salariales et sont en mesure d'élaborer un projet de plan assurant la pérennité de l'entreprise dans un délai de 3 mois à compter de l'ouverture de la procédure.**

La procédure de traitement de sortie de crise est ouverte, jusqu'au 1<sup>er</sup> juin 2023, **à tout débiteur employant moins de 20 salariés au moment de la demande d'ouverture et ayant un bilan inférieur à 3 millions d'euros de total du passif hors capitaux propres.**

Durant les 3 mois que dure la période d'observation, le débiteur conserve la gestion son entreprise et doit élaborer, en concertation avec ses créanciers, un plan de sortie de crise.

Un mandataire est désigné comme organe unique de la procédure afin d'effectuer une mission de surveillance du débiteur.

De manière classique, l'ouverture de la procédure entraîne une interdiction de paiement des créances antérieures, un paiement prioritaire des créances utiles postérieures et un arrêt des actions individuelles.

Du fait de la rapidité de la procédure, la vérification du passif est largement allégée : le débiteur établit une liste des créanciers qui est vérifiée par le mandataire avant d'être transmise aux créanciers mentionnés.

Les créanciers omis ne pourront pas prendre part à l'élaboration du plan et ne seront donc, par conséquent, pas impactés par ses dispositions.

Si la procédure ne permet pas d'aboutir à la mise en place d'un plan dans les 3 mois, le tribunal ouvrira, à l'encontre du débiteur, une procédure classique de redressement ou de liquidation.

**4° Modification de la proportion de femmes devant composer les instances dirigeantes (L. n°2021-1774, 24 décembre 2021, art 14, JO 26 décembre 2021)**

Les sociétés ayant plus de 1.000 salariés durant 3 exercices consécutifs devront compter parmi leurs cadres dirigeants **au moins 30% de femmes en 2026 et 40% en 2029.**

**Dès le 1<sup>er</sup> mars 2022,** ces sociétés devront publier dans leurs rapports les écarts de représentation hommes/femmes dans les instances dirigeantes.

Cette obligation vise, d'une part, **les membres des instances dirigeantes** comme les comités exécutifs ou les comités de direction ou « *toute instance mise en place au sein d'une société, par tout acte ou toute pratique sociétaire, aux fins d'assister régulièrement les organes chargés de la direction générale dans l'exercice de leurs missions* » (article 23-12-1 nouveau du Code de commerce) mais aussi, d'autre part, **les cadres dirigeants** « *auxquels sont confiées des responsabilités dont l'importance implique une grande indépendance dans l'organisation de leur emploi du temps, qui sont habilités à prendre des décisions de façon largement autonome et qui perçoivent une rémunération se situant dans les niveaux les plus élevés des systèmes de rémunération pratiqués dans leur entreprise ou établissement* » (article L.3111-2 du Code du travail) conformément au nouvel **article L.1142-11 du Code du travail.**

En cas de non-respect du calendrier fixé par le législateur, les sociétés défailtantes s'exposent à des **sanctions financières**. Elles disposeront cependant d'un délai de 2 ans pour se mettre en conformité et devront publier au bout d'un an leurs objectifs de progression ainsi que les mesures de correction retenues.

*In fine*, le montant de la sanction ne pourra pas dépasser 1% de la masse salariale.

Les statistiques publiées par les sociétés soumises au dispositif à compter du 1<sup>er</sup> mars 2021 seront rendues publiques sur le site du ministère du travail dès le 1<sup>er</sup> mars 2023.

**Il conviendra de prendre en compte ces dispositions dans le cadre des renouvellements de mandats à intervenir dès 2022 afin de respecter le calendrier de cette réforme.**

### **JURISPRUDENCE :**

**5<sup>e</sup> Précision jurisprudentielle sur les clauses restreignant l'activité future du cédant (CA Paris 21 octobre 2021 n°18/21284. Ch.5-9, Com. 10 novembre 2021 n°21-11.975, Cass. com., 20 oct. 2021, n° 19-22.546)**

La jurisprudence a eu l'occasion de revenir dans trois arrêts récents sur le régime des clauses incluses dans les actes de cession et visant à protéger le cessionnaire d'une concurrence future du cédant (clause de non concurrence, clause de garantie d'éviction).

Ces clauses, pour être licites, doivent prévoir **une restriction à la charge du cédant proportionnée face à la protection des intérêts légitimes du cessionnaire**.

La Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 21 octobre 2021, a pu se pencher sur une clause de non-concurrence d'un pacte d'actionnaire prévoyant une interdiction, à la charge d'un actionnaire sortant, d'exercer directement ou indirectement une activité concurrente de celle de la société sur **tout le territoire de l'Union européenne durant 12 mois**.

A l'occasion de cet arrêt, la Cour a pu rappeler que l'analyse du caractère proportionné de la clause doit être menée **au regard de l'activité de la société**.

Ainsi, la clause empêchant l'actionnaire d'exercer une activité conforme à son domaine de compétence dans l'ensemble des 28 pays de l'Union alors que l'activité de la société se concentre sur la région parisienne est disproportionnée.

De plus, lorsque l'actionnaire vendeur soumis à la clause de non concurrence est également salarié de l'entreprise, la Cour d'appel de Paris a alors jugé que, **même si la clause se trouvait dans le pacte d'actionnaire, elle restait soumise au régime des clauses de non concurrence applicable aux salariés** et devait donc comprendre **une compensation financière qui ne pouvait pas résulter de la plus-value faite par l'actionnaire lors du rachat de ses parts**.

Sur le fondement de la garantie d'éviction prévue par l'article 1626 du Code civil à laquelle le vendeur de droits sociaux est tenu envers l'acquéreur, la Cour de cassation a pu se prononcer à son tour sur le caractère proportionnel de la restriction de concurrence imposée au vendeur dans un arrêt du 10 novembre 2021.

En l'espèce, deux fondateurs ont cédé leurs actions, deux ans plus tard, l'un deux crée une société concurrente et est rejoint l'année suivante par le second.

L'acquéreur des parts va alors invoquer la garantie d'éviction à la charge des deux vendeurs et les assigner en justice suite au débauchage d'une partie de son personnel.

Si les juges du fond ont pu caractériser un manquement à la garantie de non éviction de la part des deux fondateurs, la Cour de cassation casse l'arrêt rendu en avançant que la cour aurait dû rechercher si l'interdiction de se rétablir **se justifiait encore au moment de la création de la société concurrente au regard de l'activité de la société et du marché concerné**.

Elle avance alors que les prétendues violations ont eu lieu trois et quatre ans après la cession alors que les contrats en cours lors de la cession étaient tous conclus pour une durée déterminée inférieure.

Enfin, la Cour de cassation a pu appliquer, dans un dernier arrêt du 20 octobre 2021, le principe de proportionnalité aux clauses de non sollicitation de clientèle introduites dans un acte de cession de fonds commerce.

Dans cette affaire, l'acte de cession de fonds de commerce imposait au cessionnaire une obligation de loyauté lui interdisant de réaliser toute opération avec trois clients spécifiquement désignés dans l'acte pendant une durée de 36 mois après la cession en raison de contentieux en cours avec le cédant.

La Cour de cassation va, à l'occasion de cet arrêt, rappeler les conditions de validité d'une clause de non-sollicitation : **elle doit être limitée dans le temps, protéger un intérêt légitime et l'interdiction doit être proportionnée au dit intérêt.**

La Cour de Cassation approuve la décision de la cour d'appel déclarant cette clause non écrite au motif qu'elle est trop générale (interdiction de toute opération), qu'elle n'est pas justifiée (le but n'est pas de préserver le secteur d'activité du cédant mais d'empêcher les interférences avec une procédure l'opposant à ses anciens partenaires) et qu'elle constitue une atteinte à la liberté de commerce et d'industrie.

Ainsi, la Cour rappelle qu'il ne faut pas perdre de vue que l'objectif d'une telle clause reste de protéger l'activité du cédant d'une concurrence qui pourrait s'avérer déloyale ou tronquée par la position du cessionnaire.

**6° Les remboursements de comptes courants d'associés (Com. 20 octobre 2021 n°20-11.095, Com 20 octobre 2021 n°20-15.736)**

En l'absence de disposition particulière dans les statuts ou dans une convention, une société peut rembourser un compte courant d'associé à tout moment.

Cependant, la demande de remboursement d'un compte courant peut, selon la situation dans laquelle se trouve la société, engager la responsabilité du dirigeant.

Ainsi, et c'est ce que rappelle la Cour de cassation dans un arrêt du 20 octobre 2021, si le remboursement du compte courant intervient alors que **la société rencontre des difficultés financières** et que l'opération a pour conséquence **de la priver de la trésorerie nécessaire à son activité**, la demande de remboursement peut être qualifiée de faute de gestion.

Le fait que, en l'espèce, la société disposait, lors du remboursement, des liquidités nécessaires à l'opération ne fait pas obstacle à la qualification de faute de gestion dans la mesure où ce remboursement privait la société des fonds nécessaires pour rembourser ses autres créanciers.

En effet, dans ce cas particulier, le remboursement s'analyse comme **un paiement préférentiel en faveur de l'associé et au détriment de l'intérêt des créanciers mais surtout de la société.**

Cette limitation du droit au remboursement prend donc tout son sens lorsque celui-ci intervient alors que la société débitrice est en difficultés, voire déjà en cessation de paiements : le remboursement trop tardif est générateur d'une faute, mais le remboursement précoce est également susceptible de faire basculer la société vers la cessation de paiements.

Néanmoins, le remboursement d'un compte courant **ne peut pas être le fondement du prononcé d'une faillite personnelle à l'égard du gérant.**

En effet, un compte courant étant une dette sociale, son remboursement ne peut pas s'analyser comme un détournement d'actif et ce, même s'il intervient alors que la société connaît des difficultés financières (Com. 20 octobre 2021 n°20-15.736).