

Université Panthéon-Assas (Paris II)

Master 2 Recherche Droit des affaires

Dirigé par Monsieur le Professeur Daniel COHEN

MÉMOIRE DE RECHERCHE

Année universitaire 2021 – 2022



PANTHÉON-ASSAS
UNIVERSITÉ
PARIS

LES CLASSES DE CRÉANCIERS

Narindo CHIV

Sous la direction de **Monsieur le Professeur Jean-Jacques ANSAULT**

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

AVERTISSEMENT

L'Université n'entend donner ni approbation, ni improbation aux idées émises dans les mémoires. Les opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Abus de langage. – Nous utiliserons indifféremment les termes de classes de créanciers pour désigner les classes de parties affectées. De même, la notion d'associé sera usitée afin de désigner indifféremment l'actionnaire et l'associé.

Ce mémoire est à jour des réformes au 20 juin 2022.

À ma grand-mère,
À ma mère,

Mes remerciements vont d'abord au Professeur Jean-Jacques Ansault pour sa disponibilité, ses conseils et l'opportunité qui m'a été donnée de réaliser ce mémoire sous sa direction.

Ils vont également au Professeur Daniel Cohen, directeur du Master 2 Droit des affaires de l'Université Paris-Panthéon-Assas dans le cadre duquel s'inscrit ce mémoire, ainsi qu'au Professeur France Drummond, directrice de l'Institut de Recherche en Droit des Affaires de Paris (IRDA) qui m'a permis tout le long de l'année par les activités organisées d'échanger avec les docteurs et les doctorants de l'Institut.

Merci Roger Welter pour ta relecture rigoureuse. Enfin, je souhaite remercier tous ceux qui ont contribué, de près ou de loin, à la réalisation de celui-ci.

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

A.P.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Act. prat.	Actes pratiques et ingénierie sociétariaire
APC	Actualité des procédures collectives et commerciales
APD	Archives de philosophie du droit
Al.	Alinéa
AN	Assemblée nationale
Art. préc.	Article précité
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles (I, II, III), commerciale (IV) et sociale (V)
BJE	Bulletin Joly Entreprises en difficulté
BJS	Bulletin Joly Sociétés
BJT	Bulletin Joly Travail
BRDA	Bulletin rapide de droit des affaires
CA	Cour d'appel
C. assur.	Code des assurances
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
Cah. dr. entr.	Cahiers de droit de l'entreprise
Cah. soc.	Cahiers sociaux
CC	Conseil constitutionnel
CCC	Contrats concurrence consommation
CGI	Code général des impôts
Chron.	Chronique
CMF	Code monétaire et financier
Civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Comm.	Commentaire
Comp.	Comparer
Concl.	Conclusions
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
D.	Recueil Dalloz
D. aff.	Dalloz affaires
DH	Dalloz (hebdomadaire)
Defr.	Defrénois
Dir.	Sous la direction de
Dr. & pat.	Droit & patrimoine
Dr. soc.	Revue de droit des sociétés
Éd.	Édition
Égal.	Également
Et al.	Et alii (et autres)
Fasc.	Fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Ibid.	Ibidem (au même endroit)
JCI.	JurisClasseur
JCI. Proc. coll.	JurisClasseur Procédures collectives
JCI.Soc.	JurisClasseur Sociétés Traité
JCP E	La Semaine juridique Entreprises et affaires
JCP G	La Semaine juridique Édition générale
JCP N	La Semaine juridique – Édition notariale et immobilière

JCP S	La Semaine juridique – Social
JS	Journal des sociétés
JSL	Jurisprudence Sociale Lamy
L.	Loi
LEDEN	L'essentiel Droit des entreprises en difficulté
LPA	Les Petites affiches
Mél.	Mélanges
Not.	Notamment
Obs.	Observations
Op. cit.	Opere citato (dans l'ouvrage cité)
Ord.	Ordonnance
P.	Page
Préc.	Précité
Préf.	Préface
PU	Presses universitaires
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
Rappr.	Rapprocher
RDBF	Revue de droit bancaire et financier
RDC	Revue des contrats
RDT	Revue de droit du travail
Régl.	Règlement
Rép. civ.	Répertoire Dalloz de droit civil
Rép. com.	Répertoire Dalloz de droit commercial
Rép. min.	Réponse ministérielle
Rép. trav.	Répertoire de droit du travail
Rép. soc.	Répertoire Dalloz de droit des sociétés
Rev. soc.	Revue des sociétés
RFC	Revue Française de Comptabilité
RG AMF	Règlement général de l'Autorité des marchés financiers
RJC	Revue de jurisprudence commerciale
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RPC	Revue de procédures collectives
RSC	Revue de science criminelle et de droit comparé
RTD. civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD. Com.	Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique
RTD. eur.	Revue trimestrielle de droit européen
S.	Et suivants
SA	Société anonyme
SARL	Société à responsabilité limitée
SAS	Société par actions simplifiée
SASU	Société par actions simplifiée unipersonnelle
SCA	Société en commandite par actions
SE	Société européenne
Spéc.	Spécialement
Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
Somm.	Sommaire
SSL	Semaine Sociale Lamy
T.	Tome
TASS	Tribunal des affaires de sécurité sociale
TC	Tribunal de commerce
T. corr.	Tribunal correctionnel
TGI	Tribunal de grande instance
TJ	Tribunal judiciaire
Th.	Thèse
V.	Voir
Vol.	Volume

SOMMAIRE

INTRODUCTION GÉNÉRALE

PREMIÈRE PARTIE. – UNE CONSTRUCTION DIRIGÉE PAR L'INTÉRÊT DE L'ENTREPRISE VIABLE

Titre I. – La reconstruction nécessitée

Chapitre I. – De l'ancienne construction insuffisante

Chapitre II. – De l'équilibre recherché

Titre II. – La construction consacrée

Chapitre I. – Des classes constituées

Chapitre II. – Des classes actionnées

SECONDE PARTIE. – UNE CONSTRUCTION ARTICULÉE AVEC LES INTÉRÊTS DES PARTIES PRENANTES

Titre I. – L'articulation cohérente avec le droit des sociétés

Chapitre I. – D'une vision nouvelle de l'associé

Chapitre II. – D'une évolution inévitable

Titre II. – L'articulation complexe avec le droit des sûretés

Chapitre I. – D'une appréhension inégale des sûretés réelles

Chapitre II. – D'une harmonisation inachevée

CONCLUSION GÉNÉRALE

INTRODUCTION GÉNÉRALE

« Une démonstration est une déduction destinée à prouver la vérité de sa conclusion en s'appuyant sur des prémisses reconnues ou admises comme vraies »

André LALANDE, *Vocabulaire Technique et Critique de la Philosophie*, Presses universitaires de France, 1926, p. 215

1. L'équilibriste. Tel un funambule qui ne tient que sur un fil, l'entreprise est celle qui est placée sur ce fil. Les enjeux sont importants dès lors que la chute peut lui être fatale. Elle peut mettre fin à son existence. Si l'entreprise ne veut pas tomber, elle doit tenir sur ce fil et trouver un équilibre entre la diversité des intérêts en présence qui pèsent sur elle. Lorsque l'entreprise se trouve en difficulté, c'est bien qu'elle n'arrive plus à trouver cet équilibre. Alors, le droit des entreprises est-il un droit de l'équilibre ? Si tel est le cas, le droit des entreprises en difficulté est un droit du déséquilibre et il est sûr que l'instauration d'un mécanisme de classes de créanciers au sein du droit des entreprises en difficulté français devrait correspondre à une construction contribuant à la recherche du rétablissement de l'équilibre. Voilà l'objet de notre démonstration.

2. L'entreprise. La notion, bien que courante, est difficile à appréhender dans le domaine juridique. Elle est polysémique. Un auteur a pu énoncer que *« l'approche juridique de l'entreprise conduit à distinguer deux sens principaux. Le premier insiste sur l'activité [...]. Le second sens qui caractérise l'approche juridique invite à examiner l'entreprise avant tout commun groupement ou une organisation »*¹. Ainsi, en droit des sociétés, la notion d'entreprise renvoie volontiers à l'activité économique sous-jacente de la structure sociétaire. En revanche, le droit de la concurrence appréhende l'entreprise comme *« toute entité, indépendamment de sa forme juridique et de son mode de financement, qui exerce une activité économique »*².

3. L'entreprise en difficulté. En droit des entreprises en difficulté, l'entreprise prend une nouvelle tournure. Il s'agit à la fois de l'activité économique mais également de l'organisation

¹ VERKINDT (P.-Y.), « L'entreprise », in B. TEYSSIE (dir), *Les notions fondamentales du droit du travail*, Éditions Panthéon-Assas, 2009, p.43, spéc. n° 64, p. 45.

² CJCE, 23 avril 1991, C-41/90, *Höfner*

servant de support à cette activité³. En effet, le droit des entreprises en difficulté se traduit par la volonté d'appréhender le patrimoine de la structure ou de la personne physique en difficulté⁴, ainsi que la gestion de l'entreprise. Finalement, lorsque l'on se situe dans le cadre du droit des entreprises en difficulté, la finalité des procédures de restructuration est la réorganisation de l'entreprise, en tant qu'organisation, afin de permettre la poursuite de son activité, le maintien de l'emploi et l'apurement de son passif⁵.

4. Procédures de restructuration. Lorsque l'entreprise est en difficulté, des solutions doivent être recherchées pour mettre fin à ses difficultés et éviter sa liquidation. Selon le droit de l'Union européenne, la restructuration correspond alors à « *des mesures qui, aux fins de restructurer l'activité du débiteur, comprennent une modification de la composition, des conditions ou de la structure de l'actif et du passif d'un débiteur ou de toute autre partie de la structure financière d'un débiteur, telles que la vente d'actifs ou de parties de l'activité et, si le droit national le prévoit, la cession de l'entreprise en activité, ainsi que tout changement opérationnel nécessaire, ou une combinaison de ces éléments* »⁶. Dans le cadre des procédures collectives, par opposition à la procédure de liquidation judiciaire, les procédures de restructuration correspondent à la procédure de sauvegarde⁷ ainsi qu'à la procédure de redressement judiciaire⁸.

5. L'ouverture des procédures de restructuration est possible pour « *toute personne exerçant une activité commerciale, artisanale ou une activité agricole définie à l'article L. 311-1 du code rural et de la pêche maritime et à toute autre personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, ainsi qu'à toute personne morale de droit privé* »⁹. Alors que la sauvegarde est ouverte au débiteur qui, sans être en état de cessation des paiements, justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter¹⁰, le redressement judiciaire est ouvert au débiteur en état de cessation des paiements caractérisé par l'impossibilité de faire face

³ BARBIÉRI (J.-B.), *L'Ordre sociétaire*, LGDJ-Lextenso, « Bibliothèque de droit des entreprises en difficulté », tome 26, 2021, Not. §354

⁴ MONSÉRIÉ-BON (M.-H.), « *L'effet réel* », in P.-M. LE CORRE (dir.), *Les grands concepts du droit des entreprises en difficulté*, Dalloz, 2018, p. 63

⁵ L. 620-1 C. com. ; L. 631-1 C. com.

⁶ Art. 2, §1, 1) de la Dir. (UE) 2019/1023 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 relative aux cadres de restructuration préventive.

⁷ L. 620-1 C. com. s.

⁸ L. 631-1 C. com. s.

⁹ L. 620-2 C. com.

¹⁰ L. 620-1 C. com.

au passif exigible avec son actif disponible¹¹. L'impertinence du critère de la cessation des paiements aux yeux de certains auteurs les conduit à s'interroger¹² sur l'utilité d'avoir dans le livre VI du code de commerce deux procédures similaires notamment depuis la réforme du 15 septembre 2021 alignant la situation des coobligés, personnes ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie en sauvegarde et en redressement¹³.

6. Élaboration d'un plan de restructuration. Lors de la période d'observation, au cours de laquelle les causes de la défaillance de l'entreprise vont être identifiées, un plan de restructuration sera conçu afin d'y remédier. Ce plan devra notamment contenir les mesures de restructurations proposées, leur durée, ainsi que les conséquences sur l'emploi. La bonne exécution du plan de restructuration doit remettre l'entreprise sur pied et ainsi rétablir l'équilibre des intérêts en présence.

7. La protection des intérêts en présence. La procédure de restructuration intéresse tout d'abord le débiteur, l'entreprise au cœur de la procédure. Elle intéresse également les détenteurs de l'entreprise qu'il s'agisse d'un entrepreneur, c'est-à-dire la personne physique exerçant une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale¹⁴, ou de toute personne participant au capital du débiteur (associés, actionnaires). La procédure de restructuration intéresse également et évidemment les cocontractants du débiteur, les créanciers.

8. Ainsi, le droit des entreprises en difficulté doit prendre en compte non seulement les intérêts du débiteur mais également les intérêts des associés, des salariés et des créanciers de l'entreprise. La raison résulte du fait que l'activité économique n'est possible que grâce à ces tiers à la société – s'il s'agit d'une structure sociétariaire –, qui finalement ne sont pas tiers absolus mais parties prenantes de l'entreprise¹⁵.

9. La protection des intérêts en présence est justifiée de manière simple : si l'on ne protège pas les intérêts des parties prenantes, l'entreprise n'existe plus. Il est indéniablement nécessaire

¹¹ L. 631-1 C. com.

¹² LUCAS (F.-X.), *Manuel de droit de la faillite*, PUF, coll. Fondamental, 3^e éd., 2021, p. 317 et s.

¹³ Ord. n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 sur la réforme du droit des sûretés

¹⁴ Art. 2, §1, 9) de la Dir. 2019/1023 du 20 juin 2019, préc.

¹⁵ BARBIÉRI (J.-B.), *L'Ordre sociétariaire*, préc., Not. §365 : « La notion d'entreprise englobe tout ce qui pourrait servir de support à l'activité économique. Nous y retrouvons une définition économique : l'entreprise sert à centraliser les facteurs de production. L'entreprise doit prendre en compte tous les facteurs de production qui seront les parties prenantes. Dans une vision stricte, les facteurs de production sont le travail et le capital. La partie prenante la plus évidente est celle représentant les salariés. Mais une partie du capital est aussi fournie par les créanciers de la société (le crédit bailleur, le prêteur, etc.). L'activité économique n'est donc possible que grâce à ces tiers à la société, mais parties prenantes à l'entreprise. »

de protéger les intérêts du débiteur en tant qu'entreprise afin de favoriser la poursuite de l'activité, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif. Il est indéniablement nécessaire de protéger également les intérêts des parties prenantes. Effacer totalement l'efficacité des sûretés des créanciers prêteurs nuit au crédit et au financement de l'entreprise. Exproprier radicalement un associé porte gravement atteinte à son statut de propriétaire de droits sociaux. Un équilibre doit être trouvé.

10. L'équilibre est recherché. Depuis que la faillite n'est plus vue comme une procédure infamante¹⁶ et qu'a été dissocié le sort de l'homme du sort de l'entreprise¹⁷, le législateur n'a eu de cesse que de réformer le droit des entreprises en difficulté à la recherche d'un équilibre entre les intérêts en présence. Les réformes sont nombreuses¹⁸. L'étude portera plus précisément sur l'élaboration, l'adoption et la validation du plan de restructuration.

11. La Directive (UE) n° 2019/1023 du 20 juin 2019 relative à la restructuration et l'insolvabilité. Le 20 juin 2019 est entrée en vigueur la Directive (UE) du Parlement européen et du Conseil relative aux cadres de restructuration préventive.

La Directive vise à garantir « *que les entreprises viables et les entrepreneurs en difficulté financière ont accès à des cadres de restructuration préventive efficaces au niveau national, qui leur permettent de poursuivre leurs activités ; que les entrepreneurs honnêtes insolubles ou surendettés peuvent bénéficier d'une remise de dettes totale au terme d'un délai raisonnable, ce qui leur offrirait une seconde chance ; et que l'efficacité des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes est améliorée, notamment afin de raccourcir leur durée* »¹⁹.

12. La recherche de l'équilibre apparaît clairement dans les objectifs de la Directive. Ces cadres de restructuration préventive devraient « *permettre aux débiteurs de se restructurer efficacement à un stade précoce [...] d'éviter l'insolvabilité, limitant ainsi la liquidation inutile*

¹⁶ L. n°57-693 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes

¹⁷ HOUIN (R.), « *Permanence de l'entreprise à travers la faillite* », in Baron L. FRÉDÉRICQ, *Liber amicorum*, 1965, p.609

¹⁸ L. du 1^{er} mars 1984 et 25 janvier 1985 ; L. du 10 juin 1994 ; L. de sauvegarde des entreprises du 16 juillet 2005 ; Ord. du 18 décembre 2008 ; L. du 22 octobre 2010 ; Ord. du 12 mars 2014 ; Règlement n°2015/848 du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité ; L. du 6 août 2015 ; Directive 2019/1023 du 20 juin 2019 ; L. du 22 mai 2019 dite Loi PACTE ; Ord. n°2021-1192 et 2021-1193 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés et modification du livre VI du code de commerce ; D. n° 2021-1218 du 23 septembre 2021 portant modification du livre VI du code de commerce.

¹⁹Considérant 1, Directive (UE) n°2019/1023, préc.

d'entreprises viables »²⁰. Ils devraient aussi « aider à prévenir les suppressions d'emplois [...], optimiser la valeur totale pour les créanciers – par rapport à celle qu'ils recevraient en cas de liquidation des actifs de l'entreprise ou dans le cas de la meilleure solution alternative en l'absence de plan – ainsi que pour les propriétaires et l'économie dans son ensemble »²¹.

De manière explicite, la Directive intègre les parties prenantes dans la procédure en énonçant que « *Toute opération de restructuration, en particulier celle de grande ampleur qui a des effets importants, devrait reposer sur un dialogue avec les parties prenantes. Ce dialogue devrait porter sur le choix des mesures envisagées au regard des objectifs de l'opération de restructuration, et des autres options, et il devrait y avoir une participation appropriée des représentants des employés conformément au droit de l'Union et au droit national »²².*

13. Contenu de la Directive. Par cette directive, l'Union européenne édicte ainsi pour la première fois un texte de règles matérielles en matière de droit européen de l'insolvabilité, là où auparavant elle n'avait édicté que des textes essentiellement de règles de conflit²³. La Directive pose ainsi des règles en matière de cadres de restructuration préventive, de remises de dettes et déchéances ainsi que de suivi des procédures de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes. Plus précisément, la Directive consacre la **construction des classes de créanciers**.

14. La consultation des créanciers dans le cadre de l'élaboration du plan. La loi du 16 juillet 2005²⁴, modifiée par l'ordonnance du 18 décembre 2008²⁵, avait consacré les comités de créanciers, d'inspiration américaine²⁶, afin de permettre une plus grande implication des créanciers dans le processus de réorganisation²⁷. Les comités de créanciers étaient perçus comme des moteurs possibles de l'adoption négociée du plan de sauvegarde ou de redressement²⁸.

²⁰ Considérant 2, Directive (UE) 2019/1023, préc.

²¹ Ibidem.

²² Considérant 10, Directive (UE) 2019/1023, préc.

²³ Règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité

²⁴ L. n° 2005-845 du 26 juillet 2005

²⁵ Ord. n° 2008-1345 du 18 décembre 2008

²⁶ PÉROCHON (F.), *Entreprises en difficulté*, LGDJ, 10^e éd., 2014, p.394 : « inspirés de façon assez lointaine du droit américain »

²⁷ DEHARVENG (J.), *Bull. actual. Lamy comm*, n°182, nov. 2005, p.5

²⁸ PÉROCHON (F.), *Entreprises en difficulté*, préc., p.395 : « si les deux comités et, le cas échéant, l'assemblée des obligataires [...] adoptent le projet de plan, il doit en principe être arrêté par le tribunal, qui le rend obligatoire

15. À défaut de comités de créanciers, l'article L. 626-5 ancien du code de commerce impose que les créanciers soient consultés sur les propositions que formule le débiteur en vue du paiement de leur créance et la mise en œuvre de la restructuration. L'article L. 625-5 ancien du code de commerce ne s'applique donc que dans les cas suivants : lorsqu'aucun comité n'est créé en raison de la taille trop faible de l'entreprise ou en cas de refus du juge-commissaire de répondre favorablement à la demande éventuelle du débiteur ou de l'administrateur de les constituer ; pour consulter les créanciers, autres que des établissements de crédit et établissements assimilés, qui ne sont pas membres du second comité, consacré aux seuls principaux fournisseurs. Dans la version initiale du texte, toutefois, dans ce cas, les créanciers étaient consultés par l'administrateur, et non par le mandataire judiciaire. Mais l'ordonnance du 18 décembre 2008 est opportunément venue unifier les deux régimes, supprimant cette particularité qui n'était pas justifiée²⁹ ; en cas d'échec d'un des deux comités pour se prononcer sur le projet de plan dans les délais fixés – l'échec étant en principe exclu par les règles de majorité, ou, sans que l'article L. 626-34 le mentionne explicitement, si les deux comités divergent dans leurs conclusions et n'aboutissent pas à un projet de plan unique ; si le tribunal refuse d'arrêter le projet de plan qui lui est proposé, notamment si les intérêts de tous les créanciers ne sont pas suffisamment protégés³⁰.

16. La transposition de la Directive. En application de la double habilitation de la loi PACTE du 22 mai 2019³¹, l'ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 modifiant les dispositions du Livre VI du code de commerce a transposé en droit français la directive (UE) n° 2019/1023 du 20 juin 2019. La transposition marque la disparition des comités de créanciers qui sont désormais remplacés par la construction des classes de créanciers. La réforme est entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2021. Elle n'est pas applicable aux procédures en cours.

pour tous les membres des comités, et pour eux seuls, s'agissant des conditions de règlement des créanciers. Ce rôle quasi décisionnel des comités est accentué par le fait que le contenu de ces conditions est soustrait à l'encadrement de droit commun pour être librement négocié et accepté par les comités, selon une inspiration nouvelle. L'adoption du plan est également favorisée par le processus majoritaire retenu pour déterminer la volonté de chaque comité ».

²⁹ V. Art. L. 626-33 ancien C. com.

³⁰ Art. L. 626-31 ancien C. com.

³¹ Art. 60, 14° et 196 de la loi n°2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises (dite loi « PACTE »).

17. Cette transposition est concomitante à la réforme du droit des sûretés réalisée par l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021³² qui tend notamment à éclaircir l'articulation du droit des sûretés avec le droit des entreprises en difficulté selon un triple objectif de simplification du droit des sûretés, de renforcement de son efficacité et de préservation des intérêts en présence³³. La finalité de l'ordonnance s'inscrit dans l'attractivité du droit français qui se verrait ainsi renforcée par la meilleure lisibilité des droits des créanciers titulaires de sûretés en procédure collective et par la satisfaction d'un objectif général d'équilibre entre les intérêts des créanciers et ceux du débiteur et de ses garants³⁴.

18. Intérêt de l'étude. Plus de 54 000 procédures collectives par an avec une part de liquidations judiciaires avoisinant toujours les 70%³⁵ et tout autant de créanciers impayés.

Le Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 portant modification du Livre VI du Code de commerce affiche nettement les objectifs de la transposition et ses enjeux : *« avec la transposition de la directive, les créanciers, répartis en classes sont appelés à voter sur le projet de plan de restructuration ; en cas de divergence entre les classes, qui peuvent être comparées à des collèges électoraux organisés en fonction de critères économiques, la réforme assure aux créanciers garantis une réelle sécurité juridique qui résulte du respect de leurs garanties. [...] »³⁶. « Le cadre de restructuration préventive prévu par la directive est [...] un moyen de **prévenir l'accumulation des prêts dits non performants**, ainsi nommés parce qu'ayant une probabilité de ne pas être remboursés ou de connaître un retard de paiement important. Il a aussi pour objet de permettre aux entreprises de **poursuivre leur activité et de prévenir les suppressions d'emplois et les pertes de savoir-faire**. Les enjeux d'attractivité de la transposition sont donc particulièrement forts, tant pour les créanciers que les entreprises (les débiteurs). **Les enjeux de respect équilibré des intérêts en cause le sont tout autant** »³⁷.*

La réforme intègre également les détenteurs de capital dans le cadre de la restructuration préventive. En effet, depuis plusieurs années, le législateur a porté une attention toute

³² Rapp., v. BLANDIN (Y.), « Le nouveau paysage des sûretés au sein des procédures collectives », Gaz. Pal. 2 nov. 2021, n°428j3, p. 16

³³ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2021-1193 du 15 septembre 2021 portant modification du livre VI du code de commerce.

³⁴ Ibidem.

³⁵ Rapport Altarès-Deloitte, L'entreprise en difficulté en France en 2018. Une fin de cycle ? mars 2019, spéc. p. 3).

³⁶ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2021-1193 du 15 septembre 2021 portant modification du livre VI du code de commerce.

³⁷ Ibidem.

particulière aux associés dont le rôle était moindre dans le cadre de la procédure collective de la société en raison de dispositions « *éparses et peu nombreuses* »³⁸. À tel point que certains ont qualifié les associés de « *pâles figurants* » et de « *parents pauvres de la procédure* »³⁹.

Finalement, l'enjeu de la réforme pourrait être formulé en ces termes : l'instauration de classes de créanciers permet-elle la restauration de l'équilibre au sein de l'entreprise ?

19. Problématique. L'équilibre des intérêts en présence est-il rétabli dans le cadre de la nouvelle construction des classes de créanciers ? Telle est la question qui nous animera tout au long de notre démonstration. Il a déjà été introduit que la réussite d'un plan nécessite des efforts de la part des différentes parties en présence. Ainsi, si l'objectif est la restructuration de l'entreprise, celle-ci doit se faire dans le respect des droits des créanciers sous peine d'atteindre au crédit. Cependant, la trop grande efficacité des sûretés peut gêner la procédure collective si bien que si l'on réalise tous les biens du débiteur, la restructuration devient impossible. Enfin, l'associé ne peut rester à la marge de la procédure collective tout en profitant des bienfaits de celle-ci. Il faut pouvoir écarter l'associé qui bloquerait la restructuration de la société sans y participer.

20. Annonce de plan. Ainsi, l'articulation de cette construction au sein du droit français devra prendre en compte les spécificités de notre droit (**Partie II**) afin de pleinement asseoir l'intérêt de l'entreprise qui dirige cette construction (**Partie I**).

21. Méthodologie. L'étude portera sur l'examen de la Directive (UE) n° 2019/1023 du 20 juin 2019 et sur sa transposition par l'Ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021. Les textes seront analysés à partir du droit positif et l'examen sera fait de l'insertion de la Directive par sa transposition en droit français. Ils seront étudiés comparativement avec les influences étrangères. Enfin, nous analyserons ces textes en les articulant avec les spécificités du droit des sociétés et du droit des sûretés français. Nous ne traiterons pas de la sauvegarde financière accélérée dans le cadre duquel les analyses tenues à propos du régime général seront valables.

³⁸ MARAUD (O.), Les associés dans le droit des entreprises en difficulté, LGDJ-Lextenso, « Bibliothèque de droit des entreprises en difficultés », tome 22, 2021

³⁹ LUCAS (F.-X.), « Les associés et la procédure collective », Colloque CRAJEFDP, 19 mai 2001, LPA n° spéc. 9 janvier 2002, p. 7, spéc. n°2

PREMIÈRE PARTIE. – UNE CONSTRUCTION DIRIGÉE PAR L'INTÉRÊT DE L'ENTREPRISE VIABLE

22. Objectif clair. L'objectif est clair et répété. La construction doit permettre l'efficacité de la procédure de restructuration. L'objet de la procédure de restructuration est de permettre la réorganisation de l'entreprise en favorisant la poursuite de l'activité, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif. En outre, il s'agit d'agir dans l'intérêt de l'entreprise afin de la sauvegarder, de la redresser, pour lui éviter la liquidation. Dans le cadre de l'élaboration, de l'adoption et de la vérification du plan de restructuration, la Directive comme la ratio legis de l'ordonnance transposant la directive insiste bien sur une chose : **il faut impérativement tenter de sauver cette entreprise dès lors qu'elle apparaît viable et qu'il est possible de lui éviter la liquidation⁴⁰.**

23. Annonce de plan. Nous avons bien eu une ancienne construction qui a précédé celle qui fait l'objet de notre étude. L'ancienne construction est apparue bien insuffisante (**Titre I**), si bien qu'il a fallu en consacrer une nouvelle (**Titre I**).

⁴⁰ Directive (UE) 2019/1023, préc., considérant 2 : « *Les cadres de restructuration préventive devraient, avant tout, permettre aux débiteurs de se restructurer efficacement à un stade précoce et d'éviter l'insolvabilité, limitant ainsi la liquidation inutile d'entreprises viables* » ; V. égal. Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2021-1193, préc.

TITRE I. – LA RECONSTRUCTION NÉCESSITÉE

24. Annonce de plan. Depuis la loi du 26 juillet 2005, le législateur s'est efforcé d'impliquer plus activement les parties prenantes de l'entreprise aux fins de l'aboutissement d'un plan de restructuration permettant de faire face aux difficultés de l'entreprise⁴¹. À l'examen du respect de l'équilibre des intérêts en présence, ces mesures sont apparues insuffisantes (**Chapitre I**). Si bien qu'il a fallu repenser une nouvelle construction plus équilibrée (**Chapitre II**).

Chapitre I. – De l'ancienne construction insuffisante

25. Annonce de plan. Tant sur le terrain de la consultation des créanciers (**Section I**) que sur celui de l'implication des associés (**Section II**) dans le cadre de l'adoption du plan de restructuration, les insuffisances se sont fait sentir, facteurs d'échec de la restructuration de l'entreprise et à la liquidation de celle-ci.

Section I. – Des comités de créanciers lacunaires

26. Délais de paiement, remises de dettes et conversion en titres donnant ou pouvant donner accès au capital. La restructuration ne peut fonctionner que si les créanciers effectuent certains sacrifices à l'égard du débiteur dont l'activité est encore viable afin de lui éviter la liquidation. Les propositions pour le règlement des dettes des créanciers « *peuvent porter sur des délais, remises et conversions en titres donnant ou pouvant donner accès au capital* »⁴².

27. Comités de créanciers. Afin de favoriser l'acceptation des propositions de règlement des dettes par les créanciers, la loi du 26 juillet 2005 a misé sur les négociations entre le débiteur et les créanciers en instaurant des comités de créanciers⁴³. L'idée a été de concevoir des

⁴¹ Loi du 16 juillet 2005 introduisant les comités de créanciers ; Loi du 6 août 2015 rééquilibrant les rapports de force entre les créanciers et les actionnaires de la société débitrice.

⁴² Art. L. 626-5 al.1 ancien C. com

⁴³ Art. L. 626-29 ancien et s. C. com.

« *moteurs possibles de l'adoption négociée du plan de sauvegarde ou de redressement* »⁴⁴. L'idée a été de donner à ces comités un rôle quasi décisionnel en favorisant l'adoption du plan par le processus majoritaire retenu pour déterminer la volonté de chaque comité⁴⁵.

28. Version simplifiée des comités américains. Ces comités sont inspirés du droit américain⁴⁶ et des orientations préconisées par la Commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI)⁴⁷. Cependant, selon les auteurs, il s'agit d'une inspiration bien lointaine du droit américain puisque « *outré leur nom [creditors' committee], ils lui empruntent surtout la possibilité d'un rôle collectif et différencié par catégories d'intérêts des créanciers dans la négociation du plan, mais non, et on peut le regretter, leur composition* »⁴⁸.

29. Annonce de plan. Peut-être trop simplifiée lors de sa consécration, la construction des comités de créanciers pose des difficultés tant sur la constitution (§1) que sur son fonctionnement (§2) entraînant un déséquilibre entre les intérêts du débiteur et ceux des créanciers.

§1. – Des comités constitués

30. Annonce de plan. Il convient d'éclairer le propos en rappelant les règles posées (A) avant d'examiner les difficultés qui ont pu être suscitées (B).

A- Les règles posées

31. Le domaine de la constitution des comités. La constitution des comités est obligatoire lorsque les comptes du débiteur sont certifiés par un commissaire aux comptes ou établis par un expert-comptable et qu'il emploie plus de 150 salariés ou réalise un chiffre d'affaires supérieur à 20 millions d'euros⁴⁹. En deçà de ces seuils, il est possible de constituer les comités

⁴⁴ PÉROCHON (F.), *Entreprises en difficulté*, préc., not. §904 ; v. aussi SAINT-ALARY-HOUIN (C.), MONSÉRIÉ-BON (M.-H.) et HOUIN-BRESSAND (C.), *Droit des entreprises en difficulté*, LGDJ-Lextenso, coll. Précis Domat, 12^{ème} édition, 2020

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ V. TANGER (M.), *La faillite en Droit Fédéral des États-Unis*, Economica, 2002, préf. J. LARRIEU, spéc. p. 95 s. et 382 s.

⁴⁷ VALLENS (J.-L.), RLDA, sept. 2005, p. 13, n°11, et D. 2004, p. 2420 ; DAMMANN (R.), RLDA mars 2006, p. 65 ; BRÉMOND (G.) et SCHOLASTIQUE (E.), JCP E 2006. 1405.

⁴⁸ PÉROCHON (F.), *Entreprises en difficulté*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2014, p. 394

⁴⁹ Art. L. 626-29 ancien C. Com; R. 626-52 ancien C. Com.

de créanciers en recourant à la procédure de sauvegarde accélérée ou si le juge-commissaire l'autorise à la demande du débiteur ou de l'administrateur.

32. Institution des comités. Deux comités distincts doivent être constitués par l'administrateur judiciaire : l'un réunit les établissements de crédit, l'autre les principaux fournisseurs du débiteur⁵⁰. Dans les deux cas, seules les créances antérieures sont prises en compte⁵¹. Lorsqu'il existe des obligataires, ils doivent être réunis en vue de constituer l'assemblée générale unique des obligataires⁵² qui équivaut pratiquement à un troisième comité⁵³.

Le comité des établissements de crédit. Le comité des établissements de crédit réunit les sociétés de financement, les établissements de crédit et ceux assimilés, ainsi que tous les titulaires d'une créance acquise auprès de ceux-ci ou d'un fournisseur de biens ou de services⁵⁴. En est également membre de droit, « toute entité auprès de laquelle le débiteur a conclu une opération de crédit »⁵⁵, formule qui permet de faire siéger au comité des établissements de crédit l'actionnaire au titre de son compte courant dans la société débitrice⁵⁶.

Le comité des fournisseurs. Quant au comité des fournisseurs, il réunit tous les fournisseurs de biens ou services dont la créance représente plus de 3 % du total des créances des fournisseurs, étant précisé que l'administrateur peut aussi proposer à d'autres fournisseurs d'être membres du comité, sans qu'ils soient tenus d'accepter.

33. Une fois les comités constitués, les personnes réunies sont membres de droit, ce qui signifie qu'elles ne peuvent décliner l'invitation à y siéger, leur absence le jour de la délibération risquant de leur être préjudiciable car la décision qui sera votée s'appliquera à tous les membres, y compris aux absents⁵⁷.

⁵⁰ Art. L. 626-30 ancien C. Com.

⁵¹ Ibid.

⁵² Art. L. 626-32 ancien C. Com.

⁵³ LE CORRE (P.-M.), Droit et pratique des procédures collectives, Dalloz Action, 10^{ème} édition, 2018 ; JACQUEMONT (A.), Droit des entreprises en difficulté, LexisNexis, 9^{ème} édition, 2020 ; LUCAS (F.-X.), Manuel de droit de la faillite, préc., p. 318 s.

⁵⁴ Art. L. 626-30 ancien C. Com.

⁵⁵ Art. R. 626-55 ancien C. Com.

⁵⁶ CA Paris, 11 mai 2016, Ludendo, BJE 2016, n°98 ; V. LUCAS (F.-X.), Manuel de droit de la faillite, préc., p. 318 s.

⁵⁷ LUCAS (F.-X.), Manuel de droit de la faillite, préc., p. 318 s

34. Il est prévu une exception à cette obligation de participer aux comités, au bénéfice des créanciers ou des obligataires bénéficiaires d'une fiducie constituée à titre de garantie par le débiteur⁵⁸.

35. Dans le cas où une créance a été transféré, la loi prévoit que la qualité de membre d'un comité constitue un accessoire de la créance et se transmet de plein droit à ses titulaires successifs, à condition toutefois que ce transfert ait été porté à la connaissance de l'administrateur⁵⁹. Quant au créancier dont la créance est éteinte ou transmise, il perd la qualité de membre du comité⁶⁰.

B- Les difficultés engendrées

36. La première difficulté résulte de la dualité de genres des consultations. Tout le monde ne participe pas aux comités. Dans le cadre où des comités de créanciers sont constitués, selon des critères qui sont soit leur qualité à l'égard du débiteur, soit leur qualité et le montant de leur créance à l'égard du débiteur, les uns seront consultés dans le cadre des comités, tandis que les autres seront consultés individuellement selon la procédure prévue par les articles L. 626-5 et suivants du code de commerce.

À cet égard, l'institution de comités conduit à diviser la procédure de consultation. Ce qui ne va pas forcément, selon nous, dans le sens d'une pleine favorisation de la négociation et d'une plus grande fluidité dans la consultation des créanciers. Il a été justifié que les comités ont été institués pour contraindre les plus gros créanciers à accorder des délais de paiement, des remises de dettes, ou encore une conversion en capital⁶¹. Schématiquement, il s'agit de placer au sein des comités les créanciers les plus à même de changer la donne afin de leur appliquer le fait majoritaire. Cependant, il aurait, selon nous, été possible de prévoir la représentation des autres créanciers dans le cadre d'un ou plusieurs comités, sans pour autant nuire à la procédure, ce qui aurait permis d'inclure tous les créanciers listés par le débiteur au sein de comités et de favoriser la discussion avec tous les créanciers.

Il apparaît que la difficulté résulte de la transposition simplifiée des « *creditors' committees* » en droit français. À notre sens, il y a peut-être eu un amalgame entre les comités

⁵⁸ Art. L. 626-30 al. dernier ancien C. Com.

⁵⁹ Art. L. 626-30 al. 1 ancien C. Com.

⁶⁰ Art. L. 626-30 al. dernier ancien C. Com.

⁶¹ PÉROCHON (F.), *Entreprises en difficulté*, préc., p. 397

de créanciers de droit américain et les classes de créances de droit américain⁶². Alors que les comités de créanciers sont des institutions de la faillite en droit américain possédant une mission de surveillance⁶³, d'agir dans l'intérêt de ses membres⁶⁴ et de consultation dans l'élaboration du plan de restructuration⁶⁵, les classes de créances sont les instances de créanciers réparties selon une communauté d'intérêt qui votent le plan proposé⁶⁶. Alors que les comités de créanciers ne sont pas constitués de tous les créanciers, les différentes classes représentent absolument tous les créanciers du débiteur. En réalité, il semble que le comité de créanciers à l'américaine correspond plutôt à nos organes de contrôle dans le cadre de la procédure qui ont le pouvoir d'agir en cas de manquement du mandataire. Pourtant, nous en avons fait une instance de consultation des créanciers.

37. Une deuxième difficulté résulte du mode de désignation des créanciers dans les comités. En effet, les créanciers désignés dans les comités le sont par référence à un critère personnel qui est leur qualité de créancier et non pas la qualité de leurs créances⁶⁷. L'absence de prise en compte de la qualité des créances dans les classes conduit à ce que des sacrifices considérables peuvent être imposés aux titulaires de sûretés réelles. Ainsi, des titulaires de sûretés efficaces votent à côté de potentiels créanciers chirographaires au sein des comités⁶⁸.

En ce qui concerne spécifiquement la désignation des membres du comité des principaux fournisseurs. Elle consiste en la possibilité pour le débiteur ou l'administrateur de laisser à l'écart certains fournisseurs en raison du montant trop faible de leurs créances certains fournisseurs. La justification est celle du nombre potentiellement élevé de fournisseurs qui nuirait au principe des comités de créanciers⁶⁹. Les deux limites à la désignation des membres,

⁶² Sur la distinction : V. TANGER (M.), La faillite en Droit Fédéral des États-Unis, préc., spéc. p. 95 s. sur les comités de créanciers et p. 382 sur les classes de créances.

⁶³ KLEE, SHAFFER, art. précit., p.995 : « Le comité est à la fois les yeux, les oreilles et la bouche des créanciers chirographaires ».

⁶⁴ TANGER (M.), La faillite en Droit Fédéral des États-Unis, préc., spéc. p. 95 s. : « *Le comité est aussi habilité à exercer toute action dans l'intérêt de ses membres. Il peut s'opposer à l'admission au passif de la procédure d'une créance née postérieurement à l'ouverture de celle-ci. Il en est de même pour les créances chirographaires.* »

⁶⁵ TANGER (M.), La faillite en Droit Fédéral des États-Unis, préc., spéc. p. 95 s. : « *Le Congrès a entendu, en effet, en faire le principal organe de négociation des conditions du plan, en sa qualité de mandataire des différentes classes de créanciers et d'actionnaires. Il s'est, en effet, vu attribuer des prérogatives importantes en matière de plan, où il est considéré comme un collaborateur privilégié de l'organe de gestion. A ce titre, il peut entendre le débiteur ou le syndic, sur toutes les questions relatives au plan, et participer à l'élaboration du projet.* »

⁶⁶ TANGER (M.), La faillite en Droit Fédéral des États-Unis, préc., spéc. p. 382 s.

⁶⁷ Art. L. 626-30 ancien C. com;

⁶⁸ HOUIN-BRESSAND (C.), PÉROCHON (F.), « Quelle efficacité pour l'hypothèque unique dans le droit des procédures collectives ? », RDBF mars-avril 2016, dossier 16, n°26 : « *faisant voter les chiens avec les chats et les grenouilles, [la composition du comité] soumet le créancier bardé de sûretés réelles autres que fiduciaires au risque de les voir anéantir par le diktat d'un comité dominé par des créanciers chirographaires* ».

⁶⁹ Rapp. AN., n° 2095, p. 319

concernant l'obligation d'inclure les fournisseurs titulaires d'une créance supérieure à 3% du passif du débiteur (1) et la faculté pour l'administrateur d'inclure à sa guise d'autres fournisseurs qui n'atteindraient pas le seuil de 3% (2), contribuent à alimenter la difficulté.

Cette situation, déjà peu conforme au principe d'égalité des créanciers, est susceptible d'emporter une manipulation par le débiteur, dans le but d'obtenir la majorité requise pour la validation du projet de plan par le comité des principaux fournisseurs. En effet, il suffirait que celui-ci constitue le comité de telle sorte qu'il serait assuré, avec l'aide de créanciers sympathisants, de faire valider le projet de plan sans négociation. L'insécurité qui résulte de cette ouverture entraîne nécessairement un déséquilibre manifeste entre l'intérêt des créanciers à être payé et l'intérêt du débiteur à être restructuré. Sur ce point, le droit français penche grandement du côté du débiteur.

38. Une autre difficulté est celle des recours. Dans le silence des textes, s'est posée la question de savoir si les décisions issues de la constitution des comités de créanciers étaient susceptibles de recours. Si le législateur est venu préciser que la décision du juge-commissaire d'instituer des comités de créanciers est une mesure d'administration judiciaire non susceptible de recours⁷⁰, il n'en est pas de même concernant les décisions prises par l'administrateur judiciaire dans le cadre de la désignation des membres des comités. Dans le silence des textes, la doctrine est partagée.

Pour certains, le juge-commissaire pourrait être saisi sur le fondement de la disposition générale de l'article R. 621-21⁷¹ ; tandis que d'autres, sans s'y opposer vraiment, font observer que ce recours, qui permettrait aussi de contester la décision du juge-commissaire devant le tribunal, puis la cour d'appel, ralentirait le vote des comités⁷².

L'absence de clarification à ce propos n'est également pas de nature à conforter l'intérêt des créanciers dans le cadre de la procédure de restructuration⁷³.

⁷⁰ Art. R. 626-54 ancien. C. Com.

⁷¹ En ce sens, v. BREMOND (G.) et SCHOLASTIQUE (E.), *Réflexions sur la composition des comités de créanciers dans les procédures de sauvegarde et de redressement*, préc., n°34).

⁷² RÉMÉRY, *L'appel dans la loi de sauvegarde des entreprises*, JCP 2008. I. 103, n° 19.

⁷³ Pour une autre analyse de la constitution des comités de créanciers : V. PÉROCHON (F.), *Réflexions sur la constitution des comités de créanciers*, BJE 2017. 447.

§2. – Des comités actionnés

39. Annonce de plan. Il nous faut envisager le fonctionnement des comités institués (A) avant d'en identifier les dysfonctionnements (B).

A- Le fonctionnement envisagé

40. Le fonctionnement des comités - Les comités ainsi que, le cas échéant, l'assemblée des obligataires, constituent le cadre au sein duquel le projet de plan va être négocié. Avec le concours de l'administrateur, le débiteur leur présente des propositions, même s'il n'est plus le seul à pouvoir le faire puisque, depuis l'ordonnance du 12 mars 2014, tout créancier membre d'un comité peut également soumettre un projet de plan qui fera l'objet d'un rapport de l'administrateur⁷⁴.

41. La négociation et l'acceptation du plan dans le cadre des comités sont caractérisées par une grande liberté, l'article L. 626-30-2 du code de commerce faisant échapper le projet de plan négocié en comité à toutes les contraintes qui s'appliquent à l'occasion d'une consultation individuelle⁷⁵. N'importe quelle proposition peut être adressée aux comités, qu'il s'agisse de délais de paiement – qui n'ont pas à être limités à la durée du plan –, de remises de dette partielles ou totales, de conversions de créances en actions voire de toute autre modalité imaginée par les concepteurs du plan, telle par exemple la suppression d'une sûreté garantissant une créance, la modification d'un taux d'intérêt ou encore la modification de stipulations contractuelles gouvernant les rapports d'un créancier et du débiteur⁷⁶.

42. Le projet de plan présenté aux comités ne doit pas nécessairement réserver aux créanciers un traitement uniforme⁷⁷. Il peut au contraire établir un traitement différencié entre les créanciers à la condition toutefois que des différences de situation le justifient. Cette prise en compte des situations particulières est expressément prévue en présence d'accords de

⁷⁴ Art. L. 626-30-2 ancien C. com.

⁷⁵ Art. L. 626-18 ancien C. com.

⁷⁶ LUCAS (F.-X.), Manuel de droit de la faillite, préc., p. 318 et s.

⁷⁷ Ibidem.

subordination entre créanciers⁷⁸, que le projet de plan doit « *prendre en compte* »⁷⁹. Ainsi, les créanciers subordonnés (créanciers juniors) sont moins bien traités que les créanciers non subordonnés (créanciers seniors).

43. Dans un délai de vingt à trente jours suivant la transmission des propositions du débiteur, les comités puis, le cas échéant, l'assemblée des obligataires doivent se prononcer sur chaque projet qui leur est présenté, par un vote à la majorité des deux tiers du montant des créances détenues par les membres ayant exprimé un vote⁸⁰. Lorsque l'un ou l'autre des comités ou l'assemblée des obligataires ne s'est pas prononcé dans les six mois du jugement d'ouverture ou si le tribunal n'a pas arrêté le plan, la procédure est reprise pour préparer un plan dans les conditions de droit commun, c'est-à-dire en procédant à une consultation individuelle des créanciers sauf à ce que, à la demande de l'administrateur, le tribunal fixe aux comités un nouveau délai pour voter, dans la limite de la durée de la période d'observation, le cas échéant renouvelée⁸¹.

44. Modalités du vote - Si le principe est que chaque créancier membre d'un comité ou de l'assemblée des obligataires y exprime un vote à la mesure du montant de sa créance, plusieurs aménagements n'en sont pas moins prévus⁸². Ainsi, l'article L. 626-30-2, alinéa 4, permet à l'administrateur judiciaire de modifier le nombre de droits de vote dont dispose le créancier membre d'un comité, qui lui signale que sa créance fait l'objet d'une convention de vote, d'une convention de subordination ou d'une convention ayant pour objet son paiement par un tiers.

45. Un autre aménagement, prévu par le dernier alinéa de l'article L. 626-30-2, consiste à ne pas faire voter les créanciers pour lesquels le projet de plan ne prévoit pas de modification des modalités de paiement ou prévoit un paiement intégral en numéraire dès l'arrêté du plan ou dès l'admission de leurs créances.

46. La décision du tribunal - Une fois voté dans les mêmes termes par les deux comités et, s'il y a lieu, par l'assemblée des obligataires, le ou les projets de plan vont pouvoir être soumis

⁷⁸ Pour une analyse des accords de subordination à l'épreuve des procédures collectives : V. HOUSSIN (M.), *La subordination de créance. Analyse de la subordination à l'épreuve de la procédure collective*, LGDJ-Lextenso, « Bibliothèque de droit des entreprises en difficulté », Tome 15, 2018

⁷⁹ Art. L. 626-30-2 ancien et L. 626-32 ancien C. com.

⁸⁰ Art. L. 626-30-2 anc. C. Com.

⁸¹ Ibidem.

⁸² LUCAS (F.-X.), *Manuel de droit de la faillite*, préc., p. 318 et s.

au tribunal, auquel il revient d'adopter le plan ou de le rejeter. À cette fin, les créanciers qui ne sont pas membres des comités, c'est-à-dire ceux qui ne sont ni établissement de crédit ni fournisseur significatif ou encore ceux dont la créance est garantie par une fiducie sont interrogés individuellement sur le projet de plan dans les conditions de droit commun (hors comités), prévues par les articles L. 626-5 et L. 626-6. Le tribunal peut alors statuer sur le projet de plan voté par les comités ainsi que – semble-t-il – sur le projet de plan proposé par le débiteur, si ce n'est pas celui qu'ont retenu les comités.

47. Pour arrêter le plan, « **le tribunal doit s'assurer que les intérêts de tous les créanciers sont suffisamment protégés** »⁸³ et vérifier que l'approbation de l'assemblée ou des assemblées mentionnées à l'article L. 626-3 a été obtenue. La décision du tribunal rend applicable à tous leurs membres les propositions acceptées par les comités.

48. Dans le but d'accélérer la consultation des comités, il est prévu que les contestations relatives à leur constitution ne sont pas tranchées au fil de l'eau mais le sont par le jugement qui statue sur l'arrêté du plan. Ainsi, l'administrateur peut-il faire voter les comités en dépit de contestations relatives à leur constitution sans avoir à purger ces difficultés au fur et à mesure qu'elles se présentent, avec le risque de retarder le cours des opérations.

B- Les dysfonctionnements constatés

Plusieurs difficultés peuvent être soulevées. Nous en soulèverons trois.

49. La première difficulté résulte de l'organisation du vote par l'administrateur. L'administrateur dispose d'un pouvoir particulier dans la définition du déroulement du vote et son mode d'expression. Il est totalement libre. Pourtant alors qu'il aurait apparu normal d'avoir une certaine défiance à l'égard de l'administrateur, représentant du débiteur, dans le cadre de l'organisation du vote des comités de créanciers, la loi est restée muette. La doctrine a pu qualifier la problématique de l'organisation du vote par l'administrateur de « royaume de l'arbitraire »⁸⁴. D'autres auteurs ont pu énoncer que l'essentiel était de respecter quelques principes directeurs, faute de pouvoir s'appuyer sur les textes, tels que la nécessité que les règles

⁸³ Art. L. 626-31 anc. C. com.

⁸⁴ LE CORRE (P.-M.), Droit et pratique des procédures collectives, 9^e éd., Dalloz Action, n°513.42

soient connues de tous les créanciers par l'élaboration d'un règlement intérieur, la nécessité que ces règles soient objectives et justifiables juridiquement, qu'elles s'appliquent à tous les créanciers dans une situation objectivement identique ou encore qu'elles ne puissent être modifiées en cours de vote⁸⁵. Si finalement, on peut compter sur la neutralité de l'administrateur judiciaire en principe pour assurer efficacement le bon déroulement de la procédure, des précisions textuelles n'auraient pas été surabondantes afin de protéger les créanciers de l'arbitraire.

50. La deuxième difficulté résulte des larges pouvoirs de l'administrateur en matière de calcul des droits de vote. Le code de commerce prévoit expressément la reconnaissance à l'administrateur du pouvoir de moduler le poids de certains créanciers dans le calcul des majorités afin de tenir compte d'éventuelles conventions de vote ou accords de subordination⁸⁶. La doctrine est restée perplexe quant à cette règle⁸⁷, laissant à l'administrateur la liberté de moduler les droits de vote ce qui, nécessairement, fait pencher la balance de l'équilibre des intérêts soit dans un sens favorable au débiteur, soit dans un sens défavorable à celui-ci. La difficulté résulte ici non pas de la faculté de l'administrateur de décider du calcul des droits de vote mais de la possibilité de faire une chose et son contraire. Là encore, les textes auraient pu prévoir des limites.

51. La troisième difficulté relève de la vérification du plan par le tribunal. Il est précisé dans le cas des comités que le tribunal « s'assure que les intérêts de tous les créanciers sont suffisamment protégés »⁸⁸. Qu'est-ce que cela signifie ? L'adverbe « suffisamment » laisse une telle marge de manœuvre au tribunal qu'il en est difficile d'en déceler les tenants et les aboutissants. Ainsi, le tribunal pourrait rejeter un plan qui impose aux créanciers membres des comités, qui subissent la loi de la majorité des modalités trop défavorables, et il pourrait également rejeter un plan trop favorable aux membres des comités ou trop défavorable aux créanciers hors comités. Il est difficile de qualifier l'excès dans ce cadre de sorte que cela peut facilement conduire à de l'arbitraire.

⁸⁵ FARGES (J.-P.), Complexité dans l'organisation et la constitution des comités de créanciers : le cas d'école de la sauvegarde de CGG, BJE juill. 2018, n°116c0, p.293.

⁸⁶ Art. L. 626-30-4 anc. C. com et R. 626-58 al. 2 anc. C. Com.

⁸⁷ LE CORRE (P.-M.), Droit et pratique des procédures collectives, 9e éd., Dalloz Action, n°513.42

⁸⁸ Art. L. 626-31 anc. C. Com.

52. Conclusion de la section I. – Ainsi, les comités de créanciers tels qu’institués en droit français tendent à un déséquilibre des intérêts en présence. Les règles énoncées nous donnent le sentiment que la version française des comités de créanciers penche en faveur du débiteur plus que du côté des créanciers conduisant la doctrine à affirmer que les créanciers disposent dans le cadre des comités d’un pouvoir « *plus consultatif que délibératif* »⁸⁹. Nous ne pouvons que regretter l’absence de sécurisation des droits des créanciers dans le cadre des comités de créanciers sujets à manipulation. Finalement, il a même été observé que « *réunir des banquiers et des fournisseurs en vue de leur soumettre un projet de plan n’avait guère de sens lorsque leurs créances présentaient des caractéristiques profondément différentes* »⁹⁰.

Section II. – La place recherchée des associés

53. Annonce de plan. Alors que l’implication des associés d’une société en difficulté peut s’avérer nécessaire (§1), la faiblesse des dispositions textuelles ne leur permet qu’une implication insatisfaisante (§2).

§1. – L’implication nécessaire

54. Lorsque la société est en difficulté, il est attendu de l’associé qu’il soit « *force de proposition et aide aux négociations et à la mise en œuvre de la restructuration à mener, notamment en refinançant l’entreprise ou en s’écartant au projet de nouveaux financeurs* »⁹¹.

55. Annonce de plan. La restructuration de l’entreprise en difficulté implique l’action de l’associé sous deux modalités que sont la modification du capital (**A**) ou la modification des statuts (**B**).

⁸⁹ BONHOMME (R.), « La place des établissements de crédits dans les nouvelles procédures collectives, in Mél. à Bernard BOULOC, Dalloz, 2007, n°31, p.74

⁹⁰ LUCAS (F.-X.), Les plans de sauvegarde et de redressement adoptés par les classes de parties affectées, BJE200k9, p.50

⁹¹ LAROCHE (M.), L’implication des associés, BJE200m9, p. 66

A- Une modification du capital

56. Lorsque le projet de plan prévoit une modification du capital, *« l'assemblée générale extraordinaire ou l'assemblée des associés ainsi que, lorsque leur approbation est nécessaire, les assemblées spéciales mentionnées aux articles L. 225-99 et L. 228-35-6 ou les assemblées générales des masses visées à l'article L. 228-103 sont convoquées dans des conditions définies par décret en Conseil d'État. Le tribunal peut décider que l'assemblée compétente statuera sur les modifications statutaires, sur première convocation, à la majorité des voix dont disposent les associés ou actionnaires présents ou représentés dès lors que ceux-ci possèdent au moins la moitié des parts ou actions ayant le droit de vote. Sur deuxième convocation, il est fait application des dispositions de droit commun relatives au quorum et à la majorité »*⁹².

57. La modification du capital peut être nécessaire pour plusieurs raisons. La première, évidente, est celle du financement de la société qui n'a plus de trésorerie. Une autre raison peut être celle de l'exigence de reconstitution des capitaux propres inférieurs à la moitié du capital social⁹³. Enfin, il peut être exigé une modification de capital dans le cadre de l'opération du coup d'accordéon⁹⁴. On peut estimer que cette troisième voie est et sera souvent demandée aux associés d'une entreprise en difficulté. Le nouveau financeur n'ayant pas vocation à absorber toutes les pertes de la société va demander à ce que soit votée une réduction du capital à zéro provoquant l'éviction de l'associé avant de procéder immédiatement après à une augmentation de capital permettant l'apport de financement à la société en difficulté.

B- Une modification des statuts

58. De la même manière, lorsque le projet de plan prévoit une modification des statuts, *« l'assemblée générale extraordinaire ou l'assemblée des associés ainsi que, lorsque leur approbation est nécessaire, les assemblées spéciales mentionnées aux articles L. 225-99 et L. 228-35-6 ou les assemblées générales des masses visées à l'article L. 228-103 sont convoquées dans des conditions définies par décret en Conseil d'État. Le tribunal peut décider que*

⁹² Art. L. 626-3 al. 1 C. com.

⁹³ Art. L. 626-3 al. 2 C. com.

⁹⁴ La Cour de cassation admet la licéité du coup d'accordéon avec réduction du capital à zéro (Com, 17 mai 1994, Usinor, n°91-21.364).

l'assemblée compétente statuera sur les modifications statutaires, sur première convocation, à la majorité des voix dont disposent les associés ou actionnaires présents ou représentés dès lors que ceux-ci possèdent au moins la moitié des parts ou actions ayant le droit de vote. Sur deuxième convocation, il est fait application des dispositions de droit commun relatives au quorum et à la majorité »⁹⁵.

59. En effet, la modification des statuts peut s'avérer nécessaire, notamment en cas de changement de forme sociale ou de nationalité, de changement de gérant dans une société à responsabilité limitée, de transmission universelle de patrimoine ou, tout simplement, d'entrée d'un nouvel actionnaire lorsqu'il existe un agrément statutaire.

§2. – L'implication insatisfaisante

60. Annonce de plan. Il arrive, pour des raisons diverses, que l'associé ne souhaite pas voter la modification du capital ou à la modification des statuts. Or, sans pour autant sortir de la société, ces associés ne daignent effectuer quelconques sacrifices tout en profitant de ceux des créanciers contribuant à essayer de restructurer l'entreprise. Le déséquilibre est manifeste. Dans ce cas, le droit des sociétés **(A)**, comme le droit des entreprises en difficulté **(B)**, paraissent impuissants face au pouvoir de blocage de l'associé récalcitrant⁹⁶.

A- L'insuffisance du droit des sociétés

61. De la contribution aux pertes à l'obligation à la dette. Selon la forme sociale de la société, les associés vont soit seulement contribuer seulement aux pertes⁹⁷, soit également être tenus à l'obligation de désintéresser tous les créanciers sociaux⁹⁸. Finalement, si l'associé est celui d'une société à responsabilité limitée, il n'aura point à faire d'efforts puisqu'il ne sera tenu qu'à la contribution aux pertes. Celui-ci ne pourra être tenu à plus que ce qu'il a apporté en vertu du principe de prohibition des augmentations des engagements⁹⁹.

⁹⁵ Art. L. 626-3 al. 1 C. com.

⁹⁶ En ce sens, v. DUMONT-LEFRAND (M.-P.), « Les plans : quelle place pour les actionnaires », RPC 2014, dossier 20

⁹⁷ Art. 1832 C. civ.

⁹⁸ Le code de commerce prévoit la possibilité d'ordonner des mesures conservatoires : V. Art. L. 651-4, al. 3 C. com.

⁹⁹ Art. 1836 C. civ.

62. L'absence de devoir financier de soutien. Selon Romain Dumont, « *de la compréhension restrictive de la contribution aux pertes de l'actionnaire se déduit l'absence de ce qui est communément appelé « devoir de soutien » : il n'existe pas d'exigence d'un apport supplémentaire ou, plus largement, d'un financement supplémentaire au profit de la société* »¹⁰⁰. La jurisprudence est claire, « *il n'y a pas de devoir général de prudence qui obligerait une société mère à soutenir sa filiale tout au long de sa vie sociale au-delà des engagements souscrits* »¹⁰¹. Dans l'affaire Sodimédical¹⁰², une cour d'appel avait refusé l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire dans une situation où la cessation des paiements d'une société résultait d'une demande de remboursement par sa société mère d'une avance en compte courant. La Cour de cassation a cassé l'arrêt d'appel en énonçant que la cessation des paiements est une situation qui s'apprécie selon des critères objectifs.

63. Selon un auteur, l'absence de devoir financier de l'associé est justifiée car remettre en cause la prévisibilité des conséquences qu'aurait pour un associé la défaillance d'une société est contraire à la logique sociétaire et nuisible à l'investissement¹⁰³.

B- L'insuffisance du droit des entreprises en difficulté

64. Pendant longtemps, le droit des entreprises en difficulté a simplement ignoré les associés de la société en difficulté¹⁰⁴. En plus d'ignorer, le droit des entreprises en difficulté est contraint par deux règles que sont « *d'une part, la double interdiction de modifier le pacte social sans l'accord collectif et d'augmenter leurs engagements sans l'accord individuel*¹⁰⁵ *et, d'autre part, le caractère absolu de leur propriété sur leurs droits sociaux* »¹⁰⁶.

65. Mesures d'incitation. Face à l'absence d'appréhension de l'associé manifeste en procédures collectives, le législateur est venu créer la possibilité de diluer ou d'exclure les

¹⁰⁰ DUMONT (R.), *Les devoirs de l'actionnaire*, thèse, Paris I, novembre 2021

¹⁰¹ Paris, 17 septembre 2013, n°12/02203

¹⁰² Com, 3 juillet 2012, n°11-18.026 ; V. ROBINE (D.), L'associé de la société en difficulté : à la recherche du point d'équilibre, in Mélanges Alain COURET, 2020, p.779 ; Paris, 17 septembre 2013, n°12/02203

¹⁰³ ROBINE (D.), L'associé de la société en difficulté : à la recherche du point d'équilibre, in Mélanges Alain COURET, 2020, p.779

¹⁰⁴ LAROCHE (M.), L'implication des associés, préc., p.66 ; ROBINE (D.), L'associé de la société en difficulté : à la recherche d'un point d'équilibre, préc., p.779 ; ROUSSEL GALLE (Ph.), L'introuvable droit des sociétés en difficulté, in Mélanges Philippe MERLE, 2013, p. 607.

¹⁰⁵ Art. 1836 C. civ.

¹⁰⁶ LAROCHE (M.), L'implication des associés, préc.

associés de sociétés de taille au moins intermédiaire qui refusent une augmentation du capital au profit de personnes qui s'engagent à financer l'entreprise¹⁰⁷. Ainsi, les associés qui ne s'impliquent pas eux-mêmes dans le refinancement, voire l'empêchent, risquent, au mieux, de perdre leur pouvoir de décision, au pire, d'être expropriés¹⁰⁸.

66. Conclusion de la Section II. « Une réforme s'impose car le pouvoir de blocage qu'offre le droit français à l'associé de la société en difficulté est souvent injustifié et mal compris à l'étranger »¹⁰⁹. Nous l'avons vu, l'appréhension des associés dans le cadre de la restructuration de la société n'est pas satisfaisante. Ainsi, l'associé, sans le moindre effort, par le biais des règles du droit des sociétés et du droit des entreprises en difficulté, va pouvoir profiter de la bonne exécution du plan lorsqu'elle a lieu, tandis que d'autres créanciers auront acceptées des délais de paiement, des remises de dettes, révélant une certaine injustice à l'égard des créanciers de la société en difficulté.

67. Conclusion du Chapitre I. – L'ancienne construction s'avérant insuffisante, il convient réfléchir à une nouvelle construction plus respectueuse de l'équilibre des intérêts en présence.

¹⁰⁷ Art. L. 631-19-2 du code de commerce introduit par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques ; v. aussi BOURBOULOUX (H.), « L'éviction des actionnaires d'une société en redressement judiciaire », BJE 2016, p.287

¹⁰⁸ LAROCHE (M.), L'implication des associés, préc., p.68 : selon l'auteure, l'article reste essentiellement de l'ordre de la menace en raison des garanties qui l'entourent.

¹⁰⁹ ROBINE (D.), L'associé de la société en difficulté : à la recherche du point d'équilibre, préc., p. 779.

Chapitre II. – De l'équilibre recherché

68. La recherche. Si le droit français se montre lacunaire, il nous faut nous tourner vers les droits étrangers. De même, l'Union européenne peut avoir son mot à dire dans la recherche de cet équilibre. Si la recherche est aujourd'hui achevée (**Section II**), elle a été influencée notamment par le droit anglo-américain et le droit allemand (**Section I**).

Section I. – La recherche influencée

69. Annonce de plan. L'étude portera sur l'examen de deux systèmes de consultation de créanciers, l'un résultant du droit anglo-américain (§1), l'autre du droit allemand (§2).

§1. – Le système anglo-américain

70. Annonce de plan. La démonstration est destinée à rendre compte de la tendance du droit américain (A) et faire ressortir les mesures qui découlent de cette tendance quant à l'adoption du plan de restructuration (B).

A- La tendance américaine

71. Priorité à l'intérêt du débiteur. Le droit américain de la faillite est définitivement pro-débiteur¹¹⁰. La tendance se retrouve tant dans l'accès à la procédure que dans le renforcement des prérogatives du débiteur durant la procédure¹¹¹.

72. Accès facilité à la procédure. L'ouverture de la procédure d'insolvabilité, au choix du débiteur, ne requiert aucun jugement d'ouverture, simplement une demande¹¹². Les conditions d'ouverture sont également souples. D'une part, il existe une condition territoriale de lien entre

¹¹⁰ STANKIEWICZ-MURPHY (S.), *L'influence du droit américain de la faillite en droit français des entreprises en difficulté : vers un rapprochement des droits ?* Thèse dact., Strasbourg, 2011 ; TANGER (M.), *La faillite en droit fédéral des États-Unis*, thèse, Economica, Paris, 2002

¹¹¹ V. STANKIEWICZ-MURPHY (S.), *L'influence du droit américain de la faillite en droit français des entreprises en difficulté : vers un rapprochement des droits ?* Thèse dact., Strasbourg, 2011 : « Chapitre 1. Encourager la réorganisation, une procédure pro-débiteur », p. 21 s.

¹¹² Chapitre 11 du droit américain de la faillite.

le demandeur et le territoire des États-Unis : il suffit que le débiteur réside ou exerce une activité économique sur le sol américain¹¹³. D'autre part, aucune condition financière préalable n'est requise¹¹⁴ : il suffirait, logiquement, que le débiteur soit en défaut de paiement pour justifier l'ouverture d'une procédure.

73. Renforcement des prérogatives durant la procédure. Le débiteur demeure à la tête de son entreprise dès lors qu'il est honnête, et possède de nombreuses prérogatives¹¹⁵. Le débiteur conserve ainsi ses pouvoirs de gestion. Il peut continuer à effectuer des actes de disposition. Il a un rôle accru dans la procédure telle que la mission du syndic de la faillite, « *le trustee* ».

B- L'équilibre des mesures quant à l'adoption du plan de restructuration

74. La protection du débiteur. Le droit américain de la faillite étant plutôt favorable au débiteur, la protection des intérêts des créanciers se fait par contrepoids. En effet, les chances sont primordialement données au débiteur afin de réorganiser son entreprise quitte à ce que certains sacrifices soient imposés aux créanciers. Dans ce cadre, les créanciers sont notamment contraints à un rapprochement avec le débiteur, pour l'adoption d'une solution rapide dans l'intérêt commun, en conférant au débiteur l'exclusivité du projet de plan pendant deux mois renouvelables¹¹⁶.

75. Le contrepoids des créanciers. Les intérêts des créanciers ne pas sont complètement subordonnés à ceux de l'entreprise. Le législateur américain cherche à assurer un certain équilibre des intérêts en présence par l'instauration de « *classes de créances* »¹¹⁷, par l'information qui est délivrée aux créanciers¹¹⁸, de l'aménagement de règles régissant les

¹¹³ Section 109 du titre II du code de la faillite des États-Unis

¹¹⁴ STANKIEWICZ-MURPHY (S.), *L'influence du droit américain de la faillite en droit français des entreprises en difficulté : vers un rapprochement des droits ?*, préc., p. 24

¹¹⁵ STANKIEWICZ-MURPHY (S.), *L'influence du droit américain de la faillite en droit français des entreprises en difficulté : vers un rapprochement des droits ?*, préc., p. 33

¹¹⁶ TANGER (M.), *La faillite en droit fédéral des États-Unis*, préc., p. 399

¹¹⁷ TANGER (M.), *La faillite en droit fédéral des États-Unis*, préc., p. 382

¹¹⁸ TANGER (M.), *La faillite en droit fédéral des États-Unis*, préc., p. 401 : « Chacun, quelle que soit sa qualité, la nature et le montant de sa créance, bénéficie d'une information individuelle rétrospective et prospective sur la situation économique et financière du débiteur ainsi que sur le projet de plan. La communication de tous ces éléments est destinée à leur permettre de prendre une décision éclairée lors du vote du plan ».

modalités du vote du plan par les créanciers en classes¹¹⁹ ainsi que par le contrôle minimal exercé sur le plan accepté par les créanciers¹²⁰. Une ou plusieurs institutions de représentation et de défense des intérêts des créanciers sont aussi prévues, à savoir les « *creditors' committees* »¹²¹.

76. Constitution des classes. La composition des classes se fait selon la nature de la créance de chacun. Il doit exister autant de classes que de créances et intérêts substantiellement similaires¹²².

77. Exemple du « best interest test of creditor ». Une fois le plan adopté par les classes, le juge va procéder à la vérification du plan. « *Le meilleur intérêt des créanciers est considéré comme satisfait, dès que le plan stipule que ces créanciers recevront une somme au moins équivalente aux dividendes qu'ils auraient perçus dans une liquidation judiciaire. Pour déterminer le montant de la distribution dans l'hypothétique liquidation, le juge des faillites prend en compte, selon le cas, la valeur de actifs à la date de l'ouverture de la procédure et le prix qui serait obtenu si les actifs étaient vendus, soit par cession de l'unité de production, soit en détail. La méthode qui prédominera sera celle qui s'avérera la plus lucrative* »¹²³.

§2. – Le système allemand

78. Annonce de plan. La démonstration est destinée à rendre compte de la tendance du droit allemand (A) et faire ressortir les mesures qui découlent de cette tendance quant à l'adoption du plan de restructuration (B).

¹¹⁹ TANGER (M.), *La faillite en droit fédéral des États-Unis*, préc., p. 401 : « Ainsi la décision quant au sort du débiteur leur appartient-elle, en principe, même si les conditions de majorité requises par la loi ne tiennent pas toujours compte des choix individuels exprimés. Le législateur veille, en effet, à ce que le droit de vote du plan par les créanciers ne se transforme pas en droit de veto et qu'un plan de réorganisation raisonnable puisse être confirmé, même si l'intégralité des votants ne se prononce pas en sa faveur ».

¹²⁰ TANGER (M.), *La faillite en droit fédéral des États-Unis*, préc., p. 401 : « Dans tous les cas, l'homologation judiciaire du plan est soumise à un sévère contrôle du sort qui est réservé individuellement aux créanciers et du respect de leurs droits dans la procédure. De sorte que les qualités économiques du plan pour l'entreprise et même la collectivité en général ne sont pas les critères déterminants de l'homologation du plan. L'intérêt des créanciers est aussi un facteur important pouvant supplanter les deux premiers ».

¹²¹ HAZARD (J.), « Les procédures d'insolvabilité aux États-Unis », LPA 2005, n°119, p.12, spéc. 1, concernant du *creditors' committee* : « Au-delà des actions qu'il peut mener dans l'intérêt de ses membres, il a un rôle essentiel de surveillance : suivi de la procédure, mais aussi exercice d'un droit de regard sur l'administration et la gestion de l'entreprise ».

¹²² En ce sens, v. LACROIX (E.), « La communauté d'intérêt suffisante ou le nœud gordien de la constitution des classes de créanciers », BJE sept. 2021, n°200c7, p.42.

¹²³ TANGER (M.), *La faillite en droit fédéral des États-Unis*, préc., p. 410

A- La tendance allemande

79. Priorité aux créanciers. Contrairement au droit anglo-américain de la faillite, la loi allemande de l'insolvabilité¹²⁴ est pro-créanciers. L'objectif des procédures d'insolvabilité en Allemagne est de désintéresser prioritairement les créanciers par l'apurement du passif et non pas de réorganiser l'entreprise en favorisant la poursuite de l'activité et le maintien de l'emploi. Ainsi, ce n'est qu'éventuellement que la loi allemande de l'insolvabilité prévoit « *la possibilité pour le débiteur, en étroite concertation avec le praticien de l'insolvabilité et ses principaux créanciers d'élaborer un plan de restructuration de son endettement, au lieu de vendre l'entreprise dans le cadre d'un plan de cession* »¹²⁵.

80. L'absence de procédures amiables. L'un des signes révélateurs du caractère prioritaire de protection de l'intérêt des créanciers en droit allemand de l'insolvabilité se retrouve dans l'inexistence de procédures amiables de traitement des difficultés. Ce ne sera que sous l'impulsion du droit européen que l'Allemagne daignera développer de telles procédures¹²⁶

B- L'équilibre des mesures quant à l'adoption du plan de restructuration

81. La protection des créanciers. Comme en droit américain, le droit allemand prévoit l'instauration de classes de créanciers dont il s'est d'ailleurs inspiré¹²⁷. Mais contrairement à la version américaine où tout est construit pour obtenir des créanciers des délais de paiement et des remises de dettes, dans la version allemande tout est construit afin de permettre aux créanciers d'espérer plus que si l'entreprise était liquidée. Cette constatation se retrouve à travers les catégories de créanciers qui doivent former une classe, à travers la situation des titulaires de sûretés, le test du meilleur intérêt des créanciers ainsi que l'application forcée interclasse prévue par la loi allemande.

¹²⁴ Insolvenzordnung (InsO)

¹²⁵ DAMMANN (R.), L'introduction des classes de créanciers dans l'optique d'une harmonisation franco-allemande des procédures d'insolvabilité, in Mél. Claude WITZ, LexisNexis, novembre 2018, p.22.

¹²⁶ Dans le cadre de la transposition de la Directive (UE) 2019/1023 du 20 juin 2019 ; en ce sens, v. DELZANT (E.), « Le nouveau régime de la restructuration préventive en Allemagne », BJE 2021, n°2, p.64

¹²⁷ EHRET (P.), « Les groupes de créanciers (et assimilés) en droit allemand de l'insolvabilité », RPC mai-juin 2019, dossier 18.

82. Catégories de créanciers. La loi allemande impose de distinguer en classes¹²⁸: les créanciers bénéficiant de sûretés réelles consenties par le débiteur (1), les créanciers chirographaires (2), les créanciers subordonnés en fonction de leur rang (3) et les détenteurs de capital (4). La loi allemande prévoit que les détenteurs de capital doivent être impérativement affectés par le plan de restructuration sans quoi la procédure de restructuration ne pourra aboutir¹²⁹. Ainsi, on en déduit que le plan de restructuration doit impérativement proposer des sacrifices de la part des détenteurs de capital tels qu'une modification du capital ou encore une modification des statuts.

83. Situation des titulaires de sûretés réelles. En principe, la loi allemande prévoit que les titulaires de sûretés réelles ne sont pas affectés par le plan¹³⁰. Ils n'effectuent ni délais de paiement, ni remises de dettes. C'est dire la protection accordée aux créanciers titulaires de sûretés en droit allemand. Dans le cas où ces mêmes créanciers seraient affectés par le plan, il est prévu que la valeur de marché des sûretés réelles doit être déterminée afin de pouvoir comparer leur valeur en cas de liquidation judiciaire aux droits accordés aux créanciers affectés dans le cadre du plan (« *going concern* »)¹³¹. Par déduction, il apparaît que ces créanciers seront probablement désintéressés lors de la vérification du meilleur intérêt des créanciers.

84. *Best-interest-test-of-creditors*. Il s'agit du même mécanisme qu'en droit américain à ceci près que le droit allemand ne prévoit pas seulement l'examen au regard du montant en cas de liquidation des actifs mais permet également, si celle-ci est plus avantageuse, un examen au regard du montant en cas de cession de l'entreprise¹³².

85. *Cross-class cram-down*. La loi allemande prévoit la possibilité de passer outre le vote négatif d'une classe par le mécanisme du « *cross-class cram-down* » dans le cas où une classe supérieure voterait en faveur du plan. Dans ce cas, la classe inférieure devrait être désintéressée d'un montant similaire à ce qu'elle obtiendrait en cas d'absence de plan¹³³. Pour résumer, dans le cas où une classe de créanciers subordonnés ou de détenteurs de capital voterait en défaveur du plan, celle-ci ne touchera rien.

¹²⁸ V. §222, alinéa 1 InsO

¹²⁹ V. UHLENBRUCK InsO, 14e éd. 2015 (LÜER/STREIT), §222 Obstruktionsverbot, n°2

¹³⁰ V. UHLENBRUCK InsO, 14e éd. 2015 (LÜER/STREIT), §222 Obstruktionsverbot, n°12

¹³¹ DAMMANN (R.), L'introduction des classes de créanciers dans l'optique d'une harmonisation franco-allemande des procédures d'insolvabilité, préc.

¹³² Ibidem.

¹³³ Ibidem.

86. Conclusion de la section I. – Alors que le droit anglo-américain de l’insolvabilité semble être d’une influence pro-débiteur, le droit allemand de l’insolvabilité semble être quant à lui pro-créancier. Chacun des deux droits a ses contrepoids. Le droit américain, principalement protecteur du débiteur, a des contrepoids pour protéger les intérêts des créanciers notamment l’existence de « *creditors’ committees* » et du « *best-interest-test-of-creditors* ». Le droit allemand, principalement protecteur des créanciers, a des contrepoids pour protéger les intérêts du débiteur. L’Union européenne, dans le cadre de l’élaboration de sa directive, a probablement cherché à trouver un équilibre entre ces deux tendances.

Section II. – La recherche achevée

87. Annonce de plan. Par l’adoption de la Directive (UE) n° 2019/1023 du 20 juin 2019¹³⁴, l’Union européenne s’est dotée de cadres de restructuration préventive. Elle a surtout consacré les classes de créanciers en droit européen. La recherche ainsi achevée nous conduit à apprécier plus minutieusement les objectifs, désormais harmonisés en droit européen (§1), ainsi que la construction de classes de créanciers proposée par la Directive (§2).

§1. – Les objectifs harmonisés

88. Prise en compte des intérêts des parties prenantes. La Directive énonce clairement que « *toute opération de restructuration, en particulier celle de grande ampleur qui a des effets importants, devrait reposer sur un dialogue avec les parties prenantes. Ce dialogue devrait porter sur le choix des mesures envisagées au regard des objectifs de l’opération de restructuration, et des autres options, et il devrait y avoir une participation appropriée des représentants des employés conformément au droit de l’Union et au droit national* »¹³⁵.

89. Annonce de plan. Le droit européen a donc tranché en faveur de l’intérêt de l’entreprise en prenant en compte l’intérêt des parties prenantes. D’une part, la Directive énonce clairement

¹³⁴ Rapp., v. PÉROCHON (F.), DELZANT (E.), BOCHÉ-ROBINET (M.), CARAMALLI (D.), « Améliorer les restructurations d’entreprises : approche comparée des droits et meilleurs pratiques en France et en Allemagne », BJE juill. 2019, p.55

¹³⁵ Considérant 10 de la Directive (UE) n°2019/1023, préc.

l'objectif de favoriser le rebond du débiteur (A). D'autre part, elle prône la sécurisation du financement de l'entreprise et du crédit (B).

A- Favoriser le rebond du débiteur

90. Favoriser la restructuration de l'entreprise viable. La Directive affiche la volonté de permettre à toute entreprise viable d'éviter la liquidation. **Il s'agit de l'objectif premier qui se trouve symboliquement dans le considérant premier** : « *Sans préjudice des droits et libertés fondamentaux des travailleurs, la présente directive vise à lever de tels obstacles en garantissant que les entreprises viables et les entrepreneurs en difficulté financière ont accès à des cadres de restructuration préventive efficaces au niveau national, qui leur permettent de poursuivre leurs activités; que les entrepreneurs honnêtes insolvable ou surendettés peuvent bénéficier d'une remise de dettes totale au terme d'un délai raisonnable, ce qui leur offrirait une seconde chance; et que l'efficacité des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes est améliorée, notamment afin de raccourcir leur durée* »¹³⁶.

91. La viabilité. La Directive accorde une grande importance à la notion de viabilité de l'entreprise.

De l'étude du texte, il apparaît que la viabilité est le pivot de la restructuration. En effet, si l'entreprise est viable alors la restructuration paraît possible. Dans ce cas, il faut concilier les parties prenantes et trouver un équilibre entre les intérêts de chacun, notamment entre la possibilité de rebond du débiteur et le droit au paiement des créanciers, ceci en favorisant la restructuration de l'entreprise viable tout en garantissant l'efficacité des sûretés. Inversement si l'entreprise n'est pas viable alors il n'y a plus d'intérêt à protéger l'intérêt de l'entreprise et à chercher un équilibre des intérêts de sorte que l'intérêt des créanciers à être désintéressé doit primer.

La Directive ne définit pas la viabilité mais énonce que les États membres devraient prévoir un test de viabilité nécessaire afin d'évaluer les chances de rebond¹³⁷.

¹³⁶ Considérant 1 de la Directive 2019/1023, préc.

¹³⁷ Considérant 26 de la Directive (UE) n°2019/1023, préc. : « *Les États membres devraient pouvoir introduire un test de viabilité qui constituerait une condition d'accès à la procédure de restructuration préventive prévue par la présente directive. Ce type de test devrait être réalisé sans porter préjudice aux actifs du débiteur, ce qui pourrait prendre, entre autres, la forme de l'octroi d'une suspension provisoire ou la réalisation du test sans retard injustifié. Toutefois, l'absence de préjudice ne devrait pas empêcher les États membres d'exiger que les débiteurs prouvent leur viabilité à leurs propres frais* ».

B- Sécuriser le crédit

92. Assurer l'efficacité des titulaires de sûretés. Directement après, la Directive rappelle que l'intérêt de l'entreprise doit être concilié avec l'intérêt des créanciers dans le cadre de la réorganisation de l'entreprise. **Par son considérant 2, la Directive énonce à juste titre que les deux intérêts, d'un côté assurer la poursuite de l'activité et de l'autre le paiement des créanciers, ne sont pas inconciliables :** « *Les cadres de restructuration préventive devraient, avant tout, permettre aux débiteurs de se restructurer efficacement à un stade précoce et d'éviter l'insolvabilité, limitant ainsi la liquidation inutile d'entreprises viables. Ces cadres devraient aider à prévenir les suppressions d'emplois et les pertes de savoir-faire et de compétences, et optimiser la valeur totale pour les créanciers – par rapport à celle qu'ils recevraient en cas de liquidation des actifs de l'entreprise ou dans le cas de la meilleure solution alternative en l'absence d'un plan – ainsi que pour les propriétaires et l'économie dans son ensemble* »¹³⁸.

93. Implication des détenteurs de capital. La disposition est bienvenue, **la Directive implique les détenteurs de capital dans les classes de créanciers :** « *Bien que les intérêts légitimes des actionnaires ou autres détenteurs de capital doivent être protégés, les États membres devraient veiller à ce qu'ils ne puissent déraisonnablement empêcher l'adoption de plans de restructuration qui permettraient au débiteur de retrouver la viabilité. Les États membres devraient être en mesure d'utiliser différents moyens pour y parvenir, par exemple en ne donnant pas aux détenteurs de capital le droit de vote sur un plan de restructuration et en ne subordonnant pas l'adoption d'un plan de restructuration à l'accord des détenteurs de capital qui, lors de la détermination de la valeur de l'entreprise, ne recevraient aucun paiement ni autre rémunération si le classement normal des priorités de liquidation était appliqué* »¹³⁹.

§2. – La construction européenne proposée

94. Annonce de plan. Le cadre à transposer prévoit un socle de dispositions impératives (A) et des options laissées aux États (B).

¹³⁸ Considérant 2 de la Directive 2019/1023, préc.

¹³⁹ Considérant 57 de la Directive 2019/1023, préc.

A- Un socle impératif

95. Les mesures impératives. Parmi les mesures impératives, la Directive prévoit que les débiteurs doivent avoir accès à au moins un cadre de restructuration préventive leur permettant de se restructurer en vue de prévenir l'insolvabilité et d'assurer leur viabilité¹⁴⁰.

Les caractéristiques essentielles du cadre de restructuration préventive sont l'application d'un principe de suspension des poursuites individuelles, l'organisation, avec un certain nombre de dérogations, des créanciers en classes pour leur permettre de voter sur le projet de plan de restructuration et la possibilité pour le tribunal d'arrêter le plan en dépit du vote négatif d'une ou plusieurs classes tout en vérifiant lors du contrôle du juge le critère du meilleur intérêt des créanciers¹⁴¹.

B- Des options laissées aux États

96. Les options. Dans le cadre de l'adoption du plan de restructuration, la Directive laisse les États libres de décider de certaines modalités de constitution des classes et de fonctionnement des classes.

97. Constitution des classes¹⁴². À cette occasion, la Directive n'impose pas un cadre strict de classes à constituer : ces classes doivent être construites selon une communauté d'intérêts suffisante¹⁴³. Par ailleurs, la Directive laisse le choix aux États membres d'inclure ou non les travailleurs ainsi que les détenteurs de capital au sein des classes de créanciers. À ceci près que si des classes de détenteurs de capital sont instaurées, le mécanisme d'application forcée interclasse (cross-class cram-down) devra s'appliquer¹⁴⁴. Dans le cas contraire, les États membres doivent veiller à ce que les détenteurs de capital ne puissent pas empêcher ou rendre difficiles, de façon déraisonnable, l'adoption et la validation d'un plan de restructuration¹⁴⁵.

¹⁴⁰ Art. 4, 1 de la Directive (UE) n°2019/1023, préc.

¹⁴¹ En ce sens, pour une vision critique, v. PICOD (N.), LA directive Restructuration et insolvabilité du 6 juin 2019 : tout changer pour que rien ne change, R.A.E. – L.E.A. 2019/3, p.585

¹⁴² Art. 9 de la Directive (UE) n° 2019/1023, préc.

¹⁴³ La proposition de directive du 22 novembre 2016 envisageait le critère de la titularité de « droits suffisamment similaires » (art. 9.2) mais qui n'a pas été retenu.

¹⁴⁴ Art. 11 de la Directive (UE) n°2019/1023 préc.

¹⁴⁵ Art. 12 de la Directive (UE) n°2019/1023 préc.

98. Fonctionnement des classes. La Directive laisse libre les modalités de vote et le calcul des votes dans le cadre des classes de créanciers¹⁴⁶.

99. Ainsi, il apparaît, au regard des options proposées par le droit de l'Union, que chaque pays pourra transposer la directive spécifiquement selon ses préférences, à tel point qu'il n'est pas possible d'énoncer si la directive permet un respect de l'équilibre des intérêts en présence. Par exemple, il ne nous apparaît pas impossible que le droit allemand reste un droit profondément protecteur de l'intérêt des créanciers. De même en fonction des choix effectués par la France, notre droit pourra rester principalement protecteur des intérêts du débiteur.

100. Conclusion de la Section II. Ainsi, le droit de l'Union européenne a fait ressortir, par le biais de la Directive 2019/1023, la volonté de privilégier l'intérêt de l'entreprise en conciliant du mieux que possible les intérêts des différentes parties prenantes lorsque celle-ci est viable. Les options laissées par la Directive dans le cadre de la transposition en droit national vont conduire néanmoins à un paysage européen hétérogène puisqu'en fonction des options choisies, le droit national de chaque État membre pourra être plutôt équilibré entre les intérêts en présence, plutôt pro-créanciers ou plutôt pro-débiteurs.

101. Conclusion du Chapitre II. La recherche a abouti à la construction de classes de créanciers. Cette construction s'inspire à la fois de la construction américaine primordialement favorable aux débiteurs et de la construction allemande primordialement favorable aux créanciers. Dorénavant la restructuration de l'entreprise devra être favorisée dès lors que celle-ci est viable. Pour cela, le respect de l'équilibre des intérêts en présence est de vigueur.

102. Conclusion du Titre I. La reconstruction était nécessitée. En apprenant du passé, en fixant des objectifs clairs, l'Union européenne a achevé la construction de sa vision des classes de créanciers destinées à maintenir l'équilibre des intérêts en présence dans le cadre de l'adoption du plan de restructuration. La question est de savoir à présent si la consécration des classes de créanciers en France va conduire à atteindre le but voulu du respect de l'équilibre des intérêts.

¹⁴⁶ Art. 9 de la Directive (UE) n° 2019/1023, préc.

TITRE II. – LA CONSTRUCTION CONSACRÉE

103. Ordonnance n°2021-1193 du 15 septembre 2021¹⁴⁷. L'ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 a transposé en droit français la Directive (UE) 2019/1023 du 20 juin 2019. À ce titre, l'ordonnance a réécrit l'ensemble des dispositions de la section III du chapitre VI du titre II du livre VI, intitulée « Des classes de parties affectées ». Ces dispositions sont contenues aux articles L. 626-29 à L. 626-34 nouveaux, applicables aux procédures ouvertes à compter du 1^{er} octobre 2021.

104. Nouvelle construction ou révolution. L'instauration des classes de créanciers met fin à l'ère des comités de créanciers dont les dispositions sont désormais abrogées. La nouvelle construction du système de consultation collectif, que certains qualifient de révolution¹⁴⁸, interroge autant sur la constitution des classes (**Chapitre I**) que sur son fonctionnement (**Chapitre II**).

Chapitre I. – Des classes constituées

105. Obligation de constituer des classes de créanciers. Les procédures avec classes sont destinées aux entreprises qui atteignent certains seuils, soit à un double seuil cumulatif de 250 salariés et 20 millions d'euros de chiffre d'affaires net, soit à un seuil unique de chiffre d'affaires alors porté à 40 millions d'euros¹⁴⁹. Les classes s'appliquent également aux sociétés qui en contrôlent une autre dès lors que l'ensemble des sociétés concernées atteint les seuils d'effectifs salariés et de chiffre d'affaires¹⁵⁰.

106. Une réflexion aurait lieu quant aux seuils prévus dans le cadre de l'obligation de constituer des classes de créanciers. **Aurait-on pu imaginer d'autres seuils ?** Selon notre

¹⁴⁷ V. nombreux commentaires : BORGHA (N.) et THÉRON (J.), « Ordonnance du 15 septembre 2021 réformant le droit des entreprises en difficulté, un tournant ? », D. 2021. 1773 ; BUISINE (O.), « Des classes de créanciers », BJE nov. 2021, n°200i3, p. 44 ; FAVRE-ROCHEX (C.), « Une nouvelle réforme du livre VI du Code de commerce ! », BJE sept. 2021, n°200g9, p.37 ; HOUSSIN (M.), LEDEN, n°9, Octobre 2021, 200h4, 200h5, & 200h6

¹⁴⁸ VALLENS (J.-L.), « L'avènement des classes de créanciers, une révolution pour les sûretés réelles ? », RPC, n°4, dossier 17 ; BONDAT (D.), « Menaces par ordonnance. À propos des articles 16 et 64 du projet de loi relatif à la croissance et à la transformation des entreprises », Dr. Soc. 2019, p. 35 s., n°14 : « L'avènement des classes de créanciers pourrait bien constituer une petite révolution ».

¹⁴⁹ Art. R. 626-52 C. com.

¹⁵⁰ Art. L. 626-29 C. com.

opinion, même s'il avait été possible d'imaginer d'autres seuils qui colleraient peut-être plus à la réalité économique, il est heureux que ces seuils bien connus¹⁵¹ en droit des entreprises en difficulté aient été maintenus. En effet, en raison des exigences d'accessibilité et d'intelligibilité du droit, il n'est pas bon de multiplier des seuils dans un droit où il en existe déjà de multiples.

107. Faculté de constituer des classes de créanciers. La constitution des classes peut aussi résulter du choix du débiteur de s'y soumettre. Dans ce cas, le juge-commissaire autorise que la procédure donne lieu à la constitution des classes alors que les seuils ne sont pas atteints¹⁵². Cette décision qui autorise la constitution des classes en-deçà des seuils est une mesure d'administration judiciaire¹⁵³, qui ne peut faire l'objet d'aucun recours. Si une telle demande d'autorisation de constituer les classes est formulée dans le cadre d'une procédure de sauvegarde, la demande ne peut plus émaner que du seul débiteur¹⁵⁴, là où auparavant la constitution facultative des comités pouvait être demandée au juge-commissaire par le débiteur ou par l'administrateur. En redressement judiciaire, la demande de se soumettre aux classes demeure une prérogative partagée par le débiteur et l'administrateur¹⁵⁵. Enfin, l'option pour la constitution des classes, en-deçà des seuils peut découler du choix du débiteur de recourir à la procédure de sauvegarde accélérée, qui donne lieu nécessairement à la constitution des classes.

Il est à remarquer qu'en dépit de la faculté de constituer des classes qui ne correspondent pas aux seuils fixés, les auteurs sont majoritairement en accord pour énoncer que les classes de créances ne seront constituées que dans de rares cas au vu des seuils en France¹⁵⁶.

Cela s'explique également en raison du tissu économique français composé principalement de TPE-PME, ces entreprises ayant rarement un nombre important de créanciers justifiant l'utilisation des classes de créanciers¹⁵⁷.

108. L'administrateur judiciaire aura la charge de constituer les classes de parties affectées étant précisé qu'il est assujéti à une obligation de motiver ses décisions¹⁵⁸.

¹⁵¹ Seuils prévus pour entraîner la compétence des tribunaux de commerce spécialisés par la loi n°2015-990 du 6 août 2015 (dite loi Macron)

¹⁵² Art. L. 626-29 C. com.

¹⁵³ Art. R. 626-54 C. com.

¹⁵⁴ Art. L. 626-29 C. com.

¹⁵⁵ Art. L. 631-1, al. 2 C. com.

¹⁵⁶ LUCAS (F.-X.), Les plans de sauvegarde et de redressement adoptés par les classes de parties affectées, BJE200k9, p.45

¹⁵⁷ Dans le secteur marchand non agricoles et non financiers, les microentreprises représentent 96,1% des entreprises et les PME représentent 3,8% des entreprises (Insee, É sane 2018)

¹⁵⁸ Art. R. 626-58, I al. 2 C. com.

109. Annonce de plan. Les classes de parties affectées, issues de la transposition, intègrent, à côté des créanciers, d'autres parties affectées telles que les actionnaires et autres détenteurs de capital. Le droit français a opté pour la constitution de classes de créanciers au sens strict (**Section I**) et la constitution des classes de détenteurs de capital (**Section II**).

Section I. – Les intérêts des créanciers pris en compte

110. Annonce de plan. Afin que les classes de créanciers soient constituées dans le but de se prononcer sur le plan, les créanciers doivent être affectés (§1) et doivent être répartis selon le critère de la communauté d'intérêts suffisante (§2).

§1. – L'affectation des créanciers

111. Annonce de plan. L'affectation conduit à distinguer ceux qui le sont (**A**) et ceux qui sont exclus (**B**).

A- Les créanciers affectés

112. Qu'est-ce qu'une partie affectée ? La loi énonce que seules les parties affectées se prononcent sur le projet de plan¹⁵⁹. Constituent des parties affectées celles dont les droits (créances ou intérêts) sont directement affectés, c'est-à-dire susceptibles d'être modifiés d'une manière quelconque par le plan de restructuration¹⁶⁰.

Sont ainsi visés les créanciers dont les créances et droits nés antérieurement à l'ouverture de la procédure de restructuration. L'affectation de ces créanciers résultera des délais de paiement, des remises de dettes ou encore des conversions de créance en capital qu'ils pourraient être susceptibles d'accorder¹⁶¹.

De la même manière que dans les comités de créanciers, le droit d'une partie affectée de voter dans une classe constitue un accessoire de la créance née antérieurement au jugement

¹⁵⁹ Art. L. 626-30, I, al. Dernier C. com.

¹⁶⁰ Art. 2, 1, 2) de la Directive (UE) 2019/1023, préc.

¹⁶¹ Art. L. 626-5 C.com.

d'ouverture et se transmet de plein droit à ses titulaires successifs¹⁶². Bien évidemment, le créancier dont la créance est éteinte ou transmise perd la qualité de partie affectée¹⁶³.

B- Les créanciers exclus

113. Mis à part les créances non affectées, certains créanciers sont tenus à l'écart des classes de parties affectées et dès lors protégés des atteintes à leurs droits qu'une participation à ces classes pourrait permettre de leur imposer¹⁶⁴. C'est le cas pour « les droits à pension acquis au titre d'un régime de retraite professionnelle et les créances alimentaires »¹⁶⁵.

114. La loi prévoit également l'exclusion « des créances résultant du contrat de travail »¹⁶⁶. En effet, il a toujours été admis que le risque de l'entreprise ne peut pas porter sur les salariés¹⁶⁷.

Selon le Rapport au Président de la République, « l'AGS, subrogée dans les droits des créanciers bénéficiant d'une avance, n'est pas une partie affectée, ne participe pas aux classes de créanciers et ne peut donc pas être concernée par une application forcée interclasse »¹⁶⁸.

Selon le Professeur François-Xavier Lucas, la règle étant expéditive, il convient de distinguer. Afin de savoir si l'AGS peut être une partie affectée, il convient de distinguer les créances qui résultent du contrat de travail qui ne peuvent faire l'objet d'une modification par le plan de restructuration et les créances qui ne résultent pas du contrat de travail telles que les créances indemnitaires dues aux salariés au titre de la rupture du contrat de travail qui peuvent faire l'objet d'une modification dans le cadre du plan de restructuration¹⁶⁹.

¹⁶² Art. L. 626-30-I.

¹⁶³ Ibidem.

¹⁶⁴ LUCAS (F.-X.), Les plans de sauvegarde et de redressement adoptés par les classes de parties affectées, préc., p.50

¹⁶⁵ Art. L. 626-30-2, IV C. com.

¹⁶⁶ Ibidem.

¹⁶⁷ L'interdiction de faire supporter les risques de l'entreprises aux salariés est un effet de l'application du droit du travail, il s'agit d'une règle de protection impérative (DOCKÈS (E.), Notion de contrat de travail, Semaine sociale Lamy, n°1494).

¹⁶⁸ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2021-1193, préc.

¹⁶⁹ LUCAS (F.-X.), Les plans de sauvegarde et de redressement adoptés par les classes de parties affectées, préc., p.50

115. D'autres créanciers ne sont pas expressément tenus à l'écart des classes mais il est précisé qu'ils « ne peuvent faire l'objet de remises ou de délais, qu'ils n'auraient pas acceptés »¹⁷⁰. Il s'agit des titulaires de créances nées au cours d'une procédure antérieure et garanties par les différents privilèges de procédure : privilège de la conciliation¹⁷¹, privilège de procédure¹⁷² et privilège de post money¹⁷³.

Selon un auteur¹⁷⁴, « la formulation est surprenante car on pourrait suggérer qu'il reste possible de réunir de tels créanciers dans une classe en vue de porter atteinte à leur créance, pourvu que ce ne soit pas sous forme de remises ou de délais ». L'auteur conclut en énonçant qu'il serait alors possible de leur « imposer une conversion de créance en actions à ces créanciers que le législateur a manifestement entendu protéger, ce qui serait paradoxal ».

116. Enfin, « dans la limite de 5 % du passif estimé », les « petites créances », d'un montant inférieur à 500 euros, doivent être remboursées sans remise ni délai¹⁷⁵.

117. Fiducie. Pour les parties affectées bénéficiaires d'une fiducie constituée à titre de garantie par le débiteur, sont seuls pris en compte les montants de leurs créances non assorties d'une telle sûreté¹⁷⁶.

§2. – La répartition des créanciers

118. Rôle central de l'administrateur. C'est l'administrateur qui constitue les classes et qui, au vu du montant des créances et des droits nés antérieurement à la date du jugement d'ouverture de la procédure, soumet à leurs membres les modalités de calcul des voix qui vont leur permettre d'exprimer un vote¹⁷⁷. Ce rôle central reconnu à l'administrateur judiciaire n'aboutit pas pour autant à lui reconnaître une liberté totale de constituer les classes. Si l'on fait pour le moment abstraction des détenteurs de capital, l'administrateur devra

¹⁷⁰ Art. L. 626-30-2 C. com.

¹⁷¹ Art. L. 611-11, al. 1 C. com.

¹⁷² Art. L. 622-17, III, 2° C. com.

¹⁷³ Art. L. 626-10 C. com.

¹⁷⁴ LUCAS (F.-X.), Les plans de sauvegarde et de redressement adoptés par les classes de parties affectées, préc., p.50

¹⁷⁵ Art. L. 626-20, II C. com.

¹⁷⁶ Art. L. 626-30, V. C. com. ; pour un commentaire, v. infra Partie II, Titre II, Chapitre I, Section II.

¹⁷⁷ Art. L. 626-30, V C. com.

respecter une dualité minimale de classes (A) et constituer autant de classes qu'il n'existe de communauté d'intérêt économique suffisante (B).

A- Une dualité minimale

119. Article L. 626-30, III du code de commerce. La loi prévoit que « *l'administrateur répartit, sur la base de critères objectifs vérifiables, les parties affectées en classes représentatives d'une communauté d'intérêt économique suffisante en respectant les conditions suivantes :*

1° Les créanciers titulaires de sûretés réelles portant sur les biens du débiteur, pour leurs créances garanties, et les autres créanciers sont répartis en classes distinctes ;

2° La répartition en classes respecte les accords de subordination conclus avant l'ouverture de la procédure ;

3° Les détenteurs de capital forment une ou plusieurs classes »¹⁷⁸.

120. Dualité. Ainsi, l'administrateur doit répartir en au moins deux classes de créanciers distinctes les créanciers chirographaires et les créanciers « *titulaires de sûretés réelles portant sur les biens du débiteur, pour leurs créances garanties* ».

121. Une première réflexion consiste en l'examen de la disposition « titulaires de sûretés réelles portant sur les biens du débiteur, pour leurs créances garanties ». Quel sens accorder à l'exigence que la créance soit garantie ?

Selon le Professeur François-Xavier Lucas, deux interprétations peuvent être proposées.

« La première revient à considérer qu'il suffit de constater que la créance est assortie d'une sûreté réelle pour en déduire qu'il s'agit d'une créance garantie. La distinction à opérer ne concernerait alors que le créancier qui a plusieurs créances sur le débiteur, les unes chirographaires, les autres ayant donné lieu à la constitution d'une sûreté, et qui devraient être alors réparties en, au minimum, deux classes distinctes. La lettre de l'article L. 626-30, III, 1°, invite à retenir cette première analyse lorsqu'elle se borne à évoquer une créance garantie, exigence qui paraît remplie lorsque la créance est assortie d'une sûreté, que celle-ci soit ou

¹⁷⁸ Art. L. 626-30, III C. com.

non efficace. Ce n'est pas un paiement qui est garanti au créancier mais sa créance qui doit être garantie, ce qui est différent »¹⁷⁹.

« Mais une autre lecture peut être proposée, plus restrictive, consistant à ne considérer comme garantie que la créance assortie d'une sûreté qui, compte tenu de la valeur du bien engagé, confère une véritable assurance de paiement au créancier. Selon cette conception, il ne suffirait pas alors que le créancier soit muni d'une sûreté, il faudrait encore que l'assiette grevée par cette sûreté ait une valeur suffisante pour véritablement garantir un paiement au créancier. Cela suppose de procéder à l'évaluation du bien grevé de la sûreté, de façon à être en mesure de préciser quelles sont les perspectives de paiement que procure au créancier sa sûreté. Une telle interprétation est sans doute plus conforme à la logique de classement qui gouverne la constitution des classes et qui implique de distinguer entre les créanciers selon qu'ils sont « dans » ou « hors » la monnaie. Or une sûreté réelle prise sur un actif qui ne vaut rien ne confère aucune garantie de paiement à son bénéficiaire, de sorte que l'approche très économique qui caractérise les classes doit aboutir à considérer que ne pas être garanti par une sûreté réelle ou l'être par une sûreté réelle assise sur un bien sans valeur est équivalent, ce qui commande d'assimiler à un créancier chirographaire le créancier titulaire de sûreté dont le droit de préférence s'exerce sur un actif dépourvu de valeur »¹⁸⁰.

Le Professeur François-Xavier Lucas conclut en énonçant que *« s'il est probable que cette seconde interprétation va prévaloir, on peut regretter que le législateur n'ait pas été plus explicite à cet égard. Une telle conception de la notion de « créance garantie » aura pour conséquence qu'il faudra évaluer chaque bien du débiteur grevé d'une sûreté réelle, de façon à être en mesure de dire si cette sûreté procure au créancier une véritable garantie de paiement. Les évaluations livrées par les experts vont ainsi revêtir une importance considérable dès l'ouverture de la procédure et les contestations ne vont pas manquer de se multiplier, particulièrement lorsque la valorisation des biens sera sujette à discussion »¹⁸¹.*

La même interrogation a été soulevée par le Professeur Jean-Jacques Ansault : *« À s'en tenir à la lettre de l'article L. 626-30, III, 1°, du code de commerce, la créance garantie par la sûreté en question semble être intégralement intégrée dans la [classe de partie affectée], et*

¹⁷⁹ LUCAS (F.-X.), Les plans de sauvegarde et de redressement adoptés par les classes de parties affectées, préc., p.52

¹⁸⁰ LUCAS (F.-X.), Les plans de sauvegarde et de redressement adoptés par les classes de parties affectées, préc., p.52

¹⁸¹ LUCAS (F.-X.), Les plans de sauvegarde et de redressement adoptés par les classes de parties affectées, préc., p.50

ce, sans égard à la valeur de la sûreté constituée. En effet, la formule employée par le texte vise « Les créanciers titulaires de sûretés réelles portant sur les biens du débiteur, pour leurs créances garanties (...) ». Or une telle interprétation de la loi est, à l'évidence, susceptible d'entraîner des abus dès lors qu'elle permet de sécuriser efficacement le traitement à venir d'une créance dans son intégralité en affectant en garantie de son paiement un actif d'une valeur faible, voire dérisoire au regard de son montant »¹⁸².

122. Une autre réflexion que l'on pourrait avoir sur cette dualité minimale concerne l'articulation entre cette dualité et le critère de la communauté d'intérêt économique suffisante. S'agit-il d'une disposition impérative décorrélée du critère de communauté d'intérêt économique suffisante ou bien de l'illustration de la distinction entre deux communautés d'intérêt économique suffisantes ? Dans tous les cas, l'administrateur ne pourra pas confondre les créanciers titulaires de sûretés réelles et les créanciers chirographaires ce qui était permis avec les comités de créanciers.

S'il s'agit d'une disposition impérative décorrélée du critère d'intérêt économique suffisante alors l'administrateur pourra, une fois les créanciers titulaires de sûretés réelles distingués des chirographaires, procéder à la constitution de classes selon les critères qu'ils souhaitent dès lors qu'ils respectent, in fine, le critère de la communauté d'intérêt économique suffisante, in fine, qu'il interprétera à sa guise tout en se fondant sur des critères objectifs vérifiables. Par exemple, l'administrateur pourrait classer les créanciers titulaires de sûretés réelles selon leur qualité de créanciers peu important l'efficacité de la sûreté de chacun dans le classement prévu à l'article L. 643-8 du code de commerce dans le contexte liquidatif. Mais peut-on ranger au sein d'une même classe des titulaires de sûretés d'une efficacité différente ? Un autre exemple serait que de pouvoir constituer des classes en fonction du montant de la créance de chacun, encore une fois en ne tenant pas compte de l'efficacité des sûretés. La pertinence de cette méthode est fortement douteuse dès lors que l'objectif de la directive était précisément de tenir compte de l'efficacité des sûretés des créanciers afin de protéger leur intérêt¹⁸³.

En revanche, s'il s'agit d'une illustration de la distinction de deux communautés d'intérêt économique suffisantes, l'administrateur qui pourrait manquer d'imagination pourrait s'en tenir à classer les créanciers de manière binaire puisque proprement dit il aura

¹⁸² ANSAULT (J.-J.), MAULÉON (A.), De quelques difficultés d'interprétation relatives aux classes de créanciers, D. 2022, p. 305

¹⁸³ Considérant 2 de la Directive (UE) 2019/1023

distingué des communautés d'intérêt économique suffisantes. Il s'agirait d'une exigence minimum. Encore une fois, la pertinence d'uniquement séparer deux communautés d'intérêts économique suffisantes peut se poser dès lors que l'on est en présence de plusieurs titulaires de sûretés réelles d'une efficacité différente ne serait-ce qu'au regard du classement prévu dans le cadre liquidatif à l'article L. 643-8 du code de commerce.

La lettre de la loi nous paraît maladroite. Il aurait été bon, selon nous, de préciser selon nous que la condition de séparation des titulaires de sûretés réelles des créanciers chirographaires est une illustration de la distinction de deux communautés d'intérêt économique mais que cette distinction n'est pas suffisante en présence de créanciers titulaires de sûretés d'efficacité variable.

B- Une multiplicité requise

123. Nous avons vu que l'administrateur doit se fonder sur des « critères objectifs vérifiables » et faire en sorte que les classes de parties affectées soient « représentatives d'une communauté d'intérêt économique suffisante ». La dualité minimale est une exigence minimum et un nombre plus important de classes pourra accueillir les titulaires de sûretés réelles afin de mieux restituer la diversité de leurs droits et la hiérarchie existant entre eux.

124. **La notion de communauté d'intérêt économique suffisante est difficile à cerner tant les éléments constitutifs de cette communauté ne sont pas précisés**¹⁸⁴. Aucune définition n'est donnée par les textes.

Selon le Haut Comité de Place¹⁸⁵, **la notion pourrait s'entendre de deux manières.** Selon eux, il pourrait s'agir « *de l'intérêt strict du créancier ou d'un intérêt plus large* ». Par ces notions, il semble que le Haut Comité de Place entende distinguer les créanciers qui ont seulement trait au paiement de leur créance tels que les établissements de crédit des autres créanciers – l'intérêt du créancier au sens strict –, qui ont une ambition plus grande que celui du paiement, l'intérêt du créancier au sens large. Par exemple, l'intérêt du créancier au sens

¹⁸⁴ DUPICHOT (Ph.), « Les sûretés réelles à l'épreuve des procédures collectives, Entre passé, présent et avenir », in Mél. Laurent AYNÈS, LGDJ, 2019, n°27 : la notion de communauté d'intérêt suffisante est une « *notion anglo-saxonne passablement flottante* ».

¹⁸⁵ HCJP, Rapport sur les classes de créanciers pour la transposition de la directive du 20 juin 2019 relative aux cadres de restructuration préventive, 25 septembre 2020 ; v. aussi VERMEILLE (S.), JAUFFRET (T.), et OUDIN (P.), Commentaire du rapport du Haut Comité Juridique de la Place Financière de Paris sur les « classes de créanciers pour la transposition de la directive du 20 juin 2019 relative aux cadres de restructuration préventive », RTDF, n°4, 2020

large serait celui du fournisseur qui aurait un intérêt à poursuivre ses relations commerciales avec le débiteur. Un autre exemple donné par le rapport est celui du créancier public qui pour mission la défense de l'intérêt général probablement intérêt à ce que l'activité se poursuive pour l'économie ou encore le maintien de l'emploi pour lutter contre le chômage.

Bien que séduisante, cette proposition du Haut Comité de Place ne nous paraît pas suffisante à elle seule pour plusieurs raisons.

D'abord, la construction ainsi faite, selon les intérêts strict et large, nous rappelle très fortement les comités de créanciers dont nous avons démontré les insuffisances. Bien qu'il soit imposé de distinguer entre les créanciers titulaires de sûretés réelles et les chirographaires en amont, la proposition ne garantit par la prise en compte de l'efficacité de sûretés dans l'intérêt du créancier d'être payé. La prise en compte de cette seule proposition pourrait conduire à mélanger des créanciers dont la sûreté n'est pas de la même efficacité.

Ensuite, l'idée est intéressante dans le cas où il serait effectivement possible d'inclure les créanciers publics dans les classes. Mais peut-on imposer des remises de dettes et des délais de paiement aux créanciers publics ? Le code de commerce prévoit que « les administrations financières, les organismes de sécurité sociale, les institutions gérant le régime d'assurance chômage prévu par les articles L. 351-3 et suivants du code du travail et les institutions régies par le livre IX du code de la sécurité sociale peuvent accepter de remettre tout ou partie de ses dettes au débiteur dans des conditions similaires à celles que lui octroierait, dans des conditions normales de marché, un opérateur économique privé placé dans la même situation »¹⁸⁶. **Les conditions des remises sont fixées par décret**¹⁸⁷ : l'examen de la demande est effectué en tenant compte des efforts consentis par les créanciers autres que les créanciers publics concernés ; des efforts financiers consentis par les actionnaires et les dirigeants ; de la situation financière du débiteur et des perspectives de son rétablissement pérenne ; du comportement habituel du débiteur vis-à-vis des créanciers publics concernés ; des éventuels autres efforts consentis par des créanciers portant sur les cessions de rang de privilège ou d'hypothèque ou l'abandon de ces sûretés ou les délais de paiement déjà accordés. **La loi est silencieuse concernant la constitution d'une classe de créanciers publics, ceux-ci n'étant pas expressément exclus par les textes.** Selon notre opinion, il apparaît fort probable que les créanciers publics ne puissent pas être constitués en classe. En effet, il nous paraît que dans le silence des articles L. 626-29 et suivants, la procédure particulière prévue par l'article L. 626-6 du code de commerce doit s'appliquer. Les conditions de remises strictement prévues par les

¹⁸⁶ Art. L. 626-6 C. com.

¹⁸⁷ D. 626-15 C. com.

textes empêchent d'imposer au créancier public une remise de dettes ou un délai de paiement dès lors que l'une des conditions n'est pas remplie. **L'avis du Professeur François-Xavier Lucas va en ce sens en ce que** « les titulaires de créances visées par l'article L. 626-6 du code de commerce, qualifiées par raccourci « *créances publiques* », se voient également réserver un sort particulier puisque, s'ils peuvent consentir délais et remises, c'est seulement dans les conditions prévues par cet article »¹⁸⁸.

Enfin, si la proposition devait principalement s'appliquer afin de distinguer les différentes communautés d'intérêt économique suffisantes, celle-ci se heurterait à la volonté de la directive (UE) 2019/1023. D'une part, parce que le critère de la communauté d'intérêt est un critère matériel économique par opposition au critère personnel. Or, revenir à distinguer les intérêts large et strict reviendrait très logiquement à distinguer les communautés selon la qualité des créanciers et non pas selon leur intérêt économique. En effet, si les établissements de crédit ont la seule volonté de se faire payer, les principaux fournisseurs ont toujours la volonté de poursuivre des relations commerciales. D'autre part, l'objectif de la directive, encore une fois, est celui de garantir l'efficacité des sûretés afin de garantir le respect de l'intérêt des créanciers¹⁸⁹.

125. Il apparaît alors indéniablement que l'efficacité des sûretés réelles doit être un critère principal aux fins de répartir les créanciers en classe.

Une première solution pourrait être de constituer autant de classes de créanciers qu'il existe de sûretés différentes. La solution paraît arbitraire et inefficace dès lors que l'on sait qu'il existe un grand nombre de privilèges, de sûretés et de rangs en droit français rendant par ailleurs complexe l'articulation entre le droit des sûretés et le droit des entreprises en difficulté.

Une seconde solution serait de constituer les classes en fonction du classement des sûretés prévu en liquidation judiciaire¹⁹⁰. Selon le Professeur François-Xavier Lucas, il est

¹⁸⁸ LUCAS (F.-X.), Les plans de sauvegarde et de redressement adoptés par les classes de parties affectées, préc., p.50

¹⁸⁹ Considérant 2 de la directive (UE) 2019/1023

¹⁹⁰ L. 643-8 C. com : Sans préjudice du droit de propriété ou de rétention opposable à la procédure collective et des dispositions des articles L. 622-17 et L. 641-13, le montant de l'actif distribuable est réparti dans l'ordre suivant Les subsides (1) ; Les créances garanties par le privilège établi aux articles L. 3253-2, L. 3253-4 et L. 7313-8 du code du travail (2) ; Les frais de justice nés régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure restés impayés à l'échéance (3) ; Les créances garanties par le privilège prévu par l'article L. 624-21 (4) ; Les créances garanties par le privilège de conciliation établi par l'article L. 611-11 (5) ; Les créances garanties par des sûretés immobilières classées entre elles dans l'ordre prévu au code civil (6) ; Les créances de salaires restées impayées à l'échéance dont le montant n'a pas été avancé en application des articles L. 3253-6, L. 3253-8 à L. 3253-12 du code du travail, dans les conditions prévues à l'article L. 641-13 (7) ;

clair que les classes de créanciers seront constitués en tenant compte du rang de leur créance et des perspectives de paiement qu'elle leur offre dans un cadre liquidatif¹⁹¹. La communauté d'intérêt économique suffisante existerait ainsi selon les différentes probabilités que le créancier soit payé dans le cadre de la liquidation judiciaire. La procédure de restructuration va donc devenir ainsi un processus au service des sûretés réelles « *car les droits reconnus aux créanciers par le plan vont être à la mesure du droit préférentiel que leur confère leur sûreté, ce qui renvoie au classement institué par le nouvel article L. 643-8 du Code de commerce* »¹⁹².

126. Toutefois, une attention particulière devra être prise lors de la constitution des classes de créanciers. Si le critère de la communauté d'intérêt économique suffisante peut conduire à opter pour une répartition en fonction du classement en liquidation judiciaire, il apparaît qu'elle ne peut uniquement se fonder sur ce classement sous peine de favoriser excessivement l'intérêt des créanciers au détriment de l'intérêt du débiteur. En effet, il ne faut pas perdre de vue que la constitution des classes de créanciers a pour objectif de favoriser la négociation du plan de restructuration en impliquant les parties prenantes à la discussion. Si la constitution de ces classes venait à être uniquement dirigée par l'efficacité des sûretés des créanciers, et se faisait donc dans l'intérêt strict des créanciers au paiement si l'on reprend la terminologie du Haut Comité de Place, il est difficile d'imaginer qu'une discussion pourrait avoir lieu puisque les créanciers d'une même classe, qui auraient les mêmes chances d'être payés, voteraient tous dans le même sens. Cette solution pourrait défavoriser la possibilité d'une restructuration de l'entreprise. Finalement la construction des classes de créanciers en France pourrait n'être qu'une copie de la version allemande des classes de créanciers protégeant prioritairement les intérêts des créanciers. Pourtant, en France, ce que nous recherchons est bien le respect de l'équilibre des intérêts en présence¹⁹³.

Les créances garanties par le privilège établi au 2° du III de l'article L. 622-17 restées impayées à l'échéance et par le privilège établi à l'article L. 626-10 **(8)** ; Les créances résultant de l'exécution des contrats mentionnées au 3° du III de l'article L. 622-17 restées impayées à l'échéance **(9)** ; Les sommes dont le montant a été avancé en application du 5° de l'article L. 3253-8 du code du travail, dans les conditions prévues à l'article L. 641-13 **(10)** ; Les autres créances non soumises à l'interdiction énoncée au premier alinéa de l'article L. 622-7, restées impayées, selon leur rang **(11)** ; Les créances garanties par le privilège du Trésor établi à l'article 1920 du code général des impôts, à l'exception des créances de toutes natures en matière de contributions indirectes et de celles mentionnées à l'article 379 du code des douanes **(12)** ; Les créances garanties par un nantissement, par le privilège du bailleur prévu à l'article 2332 du code civil dans la limite de six mois de loyers et celles garanties par le privilège prévu aux articles L. 141-5 et suivants **(13)** ; Les créances de toutes natures en matière de contributions indirectes et celles mentionnées à l'article 379 du code des douanes **(14)** ; Les créances chirographaires, en proportion de leur montant **(15)**. Le tout sans préjudice des autres droits de préférence.

¹⁹¹ Art. L. 643-8 C. com.

¹⁹² LUCAS (F.-X.), Les plans de sauvegarde et de redressement adoptés par les classes de parties affectées, préc., p.50

¹⁹³ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance 2021-1193, préc.

127. Une solution nous paraît être que si dans le cadre de la constitution des classes de créanciers l'efficacité des sûretés selon le classement prévu en liquidation peut être un critère principal dans la détermination de communautés d'intérêt économique suffisantes, l'administrateur pourra néanmoins prendre en compte d'autres critères accessoires afin de constituer des classes aptes à la discussion. Dans ce cadre, l'administrateur judiciaire, praticien de l'insolvabilité, pourrait avoir à tenir compte d'autres critères tels que celui préconisé par le Haut Comité de Place dans la répartition des créanciers affectés. Peut-être qu'à efficacité de la sûreté égale, l'administrateur pourra différencier les banques et les fournisseurs afin d'effectuer des propositions pour le règlement de dettes différentes.

128. En tout état de cause, la complexité de la constitution des classes de créanciers au regard du respect de l'équilibre des intérêts de l'entreprise et des créanciers conduira probablement à porter une intention toute particulière à la viabilité de l'entreprise. Indéniablement, il apparaît que les créanciers seront plus enclins à jouer le jeu s'ils peuvent espérer obtenir un meilleur règlement qu'en cas d'ouverture d'une liquidation.

129. Conclusion de la Section I. Les créanciers affectés seront donc répartis en classes selon un critère économique et non plus un critère principalement personnel peu pertinent dans la protection des intérêts des créanciers. Plus pertinent mais aussi plus complexe, tant sur l'affectation que sur la répartition, la technicité du processus de constitution des classes de créancier va conduire l'administrateur à être bien diligent dans sa mission afin de maintenir le respect de l'intérêt des créanciers dans ce processus de consultation.

Section II. – Les intérêts des détenteurs de capital remis en cause

130. Annonce de plan. À côté des classes de créanciers, la transposition consacre, d'une part, la notion de détenteur de capital (§1), et d'autre part, la mesure dans laquelle les détenteurs de capital vont s'inscrire dans les classes de créanciers (§2).

§1. – La notion nouvelle de détenteur de capital

131. Annonce de plan. Si la définition résulte du droit européen (A), l'imprécision a conduit le législateur français à interpréter la notion en droit français (B).

A- La définition

132. La Directive définit le détenteur de capital « **comme toute personne détenant une participation au capital d'un débiteur ou de son entreprise, y compris un actionnaire, dans la mesure où cette personne n'est pas un créancier** »¹⁹⁴. La formule n'est pas sans ambiguïté. S'il est aisé d'entendre ce qu'est une personne détenant une participation au capital d'un débiteur – il s'agit de l'associé ou de l'actionnaire –, la notion de personne détenant une participation au capital d'une entreprise est floue. De même, la précision « y compris un actionnaire, dans la mesure où cette personne n'est pas un créancier » n'est pas sans interrogation.

133. Qu'est-ce que le capital de l'entreprise ?

Le capital de l'entreprise ne peut pas être la globalité des actifs et du passifs de l'entreprise c'est-à-dire le patrimoine du débiteur appréhendé par la procédure. Si tel était le cas alors tous les créanciers seraient des détenteurs de capital.

Le capital de l'entreprise pourrait correspondre au capital détenu par des détenteurs de titres, non pas du capital social puisqu'il ne s'agit pas du capital du débiteur, mais pouvant avoir un lien direct avec le capital du débiteur. Ainsi, il s'agirait vraisemblablement des titulaires de valeurs mobilières donnant accès au capital. Le terme de participation au capital ne nous permet cependant pas de distinguer entre les actions donnant accès au capital et les obligations donnant accès au capital de telle sorte que les deux pourraient être incluses dans la définition.

134. Une autre curiosité résulte de la précision : « y compris l'actionnaire, dans la mesure où cette personne n'est pas un créancier ».

La première réflexion concerne l'utilité d'avoir précisé « y compris l'actionnaire ». Cette précision ne paraît pas utile.

¹⁹⁴ Art. 2, 1, 3) de la Directive (UE) 2019/1023, préc.

La seconde réflexion que l'on pourrait avoir concerne la proposition « dans la mesure où cette personne n'est pas un créancier ». Cela signifie-t-il qu'aux yeux du droit européen, le détenteur de capital n'est pas un créancier ? Est-ce que la mention de créancier ici est relative à la notion de créancier en droit des obligations ou à la notion de créancier par opposition aux détenteurs de capital dans le cadre des classes de parties affectées ? L'analyse de cette phrase n'est pas sans difficulté en raison de la double signification que peut avoir « dans la mesure où ». Cette locution conjonctive signifie, dans un premier sens, « puisque » c'est à dire une relation de causalité, dans un second sens, « seulement si » c'est-à-dire une relation conditionnelle.

Dans une première interprétation, il serait tout à fait possible, d'entendre que le détenteur de capital est l'associé, l'actionnaire ou encore le titulaire de valeur mobilière, qui ne détient pas un autre droit de créance sur l'entreprise. À défaut, peut-être que le législateur a voulu exclure cette personne des classes de détenteurs de capital dans le cas où il pourrait se trouver affecté en vertu d'un autre droit de créance et se verrait réparti dans les classes de créanciers.

Dans une seconde interprétation, le législateur a entendu affirmer que le détenteur de capital n'est pas un créancier. S'il ne détient pas en vertu de sa participation au capital du débiteur ou à l'entreprise d'un droit de créance, comment caractériser son droit ? Il pourrait être caractérisé de propriétaire. Cela justifierait que parmi les parties affectées sont séparés, d'une part, les créanciers, d'autre part les détenteurs de capital.

135. La définition posée par la Directive n'est pas claire. Pourtant, la distinction entre les créanciers et les détenteurs de capital est claire. Dans le cadre de la procédure de restructuration, les créanciers vont être ceux à qui l'administrateur proposera des remises de dettes, des délais de paiement ou une conversion en capital, alors que les détenteurs de capital vont être ceux à qui l'administrateur va demander de voter une modification du capital ou une modification des statuts. Ainsi, la distinction selon la titularité du droit n'est pas opportune, peut-être aurait-il fallu opter pour une définition fonctionnelle ?

136. Dans l'obscurité de la Directive, le droit français a dû interpréter la Directive. L'interprétation a abouti à par une énumération exhaustive des détenteurs de capital en droit français.

B- L'interprétation française

137. Dans le cadre de la transposition en droit français, la notion de détenteurs de capital a été précisée. Ainsi, les détenteurs de capital en droit français correspondent limitativement¹⁹⁵ : aux membres de l'assemblée générale extraordinaire ou de l'assemblée des associés, aux membres des assemblées spéciales mentionnées aux articles L. 225-99 (assemblées spéciales de titulaires d'actions de catégorie déterminées) et L. 228-35-6 (actions à dividendes prioritaires sans droit de vote), ainsi qu'aux membres des assemblées générales de masses visées à l'article L.228-103 (valeurs mobilières donnant accès au capital).

138. Le critère retenu en droit français semble donc être la qualité de membre d'une assemblée. Ce critère de la participation aux assemblées pourra soulever quelques incertitudes.

Une première difficulté concerne les décisions collectives prises dans les sociétés par actions simplifiées (SAS). Dans les SAS, « les statuts déterminent les décisions qui doivent être prises collectivement par les associés dans les formes et conditions qu'ils prévoient »¹⁹⁶. Ainsi, les décisions relatives à la modification du capital ou des statuts ne sont pas forcément prises dans le cadre d'une assemblée. Elles peuvent être prises par exemple par consultation écrite. Il peut ne pas exister d'assemblée dans les statuts. Dans ce cadre, le critère retenu en droit français ne semble pas adapté aux SAS. De lege lata, l'administrateur pourrait se trouver dans l'impossibilité de constituer une classe de détenteurs de capital dans le cadre de la SAS en raison de l'absence d'assemblées dans cette SAS. Il pourrait alors se trouver confronter à l'impossibilité de proposer une modification du capital ou des statuts dans le cadre des classes de créances.

Une seconde difficulté résulte de la possibilité de démembrer les droits sociaux¹⁹⁷. La loi prévoit que « si une part est grevée d'un usufruit, le nu-proprétaire et l'usufruitier ont le droit de participer aux décisions collectives. Le droit de vote appartient au nu-proprétaire, sauf pour les décisions concernant l'affectation des bénéfices, où il est réservé à l'usufruitier. Toutefois, pour les autres décisions, le nu-proprétaire et l'usufruitier peuvent convenir que le

¹⁹⁵ Art. L. 626-30 C. com.

¹⁹⁶ Art. L. 227-9 C.com.

¹⁹⁷ Art. 1844 C. civ.

droit de vote sera exercé par l'usufruitier ». Il conviendra de déterminer qui de l'usufruitier ou du nu-propiétaire sera titulaire du droit de vote. À défaut de disposition statutaire ou de convention, il semble que ce pouvoir reviendra au nu-propiétaire. Selon le professeur François-Xavier Lucas, « *on pourrait régler la difficulté en faisant valoir que, si l'usufruitier d'actions ne vote pas en assemblée générale extraordinaire (AGE), il conserve un droit de participer aux décisions collectives permettant, au prix d'une conception généreuse de cette qualification, d'y voir un « membre » de l'assemblée générale extraordinaire, certes un membre non votant mais un membre participant* »¹⁹⁸.

139. Ainsi l'interprétation par le législateur français n'est pas sans difficulté. Un auteur souligne qu'il aurait pu tout simplement être fait référence à la détention de titre de capital¹⁹⁹. D'autres ont avancé qu'il est regrettable que le législateur n'ait pas désigné comme tels les associés au lieu de passer par le critère de membre d'une assemblée²⁰⁰.

140. L'interprétation française a assimilé aux détenteurs de capital les membres « des assemblées générales des masses visées à l'article L. 228-103 », c'est-à-dire des titulaires de valeurs mobilières donnant accès à terme au capital. Selon le Professeur François-Xavier Lucas ces titulaires de valeurs mobilières « *qui sont fondamentalement des obligataires et qu'il est abusif d'assimiler par principe à des détenteurs de capital sans, au minimum, distinguer selon que l'accès au capital est pour eux une faculté ou au contraire une issue inéluctable du dénouement de leur investissement. La question ne se pose évidemment pas dans les mêmes termes pour un titulaire d'obligations remboursables en actions ou pour un titulaire d'obligations à bon de souscription d'actions, l'un étant voué à devenir actionnaire et l'autre pas. Ce choix de traiter tous ces obligataires comme des actionnaires, que beaucoup ne deviendront jamais, prend des libertés avec la directive pour qui la qualité de détenteur de capital suppose la détention d'une « participation au capital d'un débiteur ou de son entreprise, y compris un actionnaire, dans la mesure où cette personne n'est pas un créancier* », définition

¹⁹⁸ LUCAS (F.-X.), Les plans de sauvegarde et de redressement adoptés par les classes de parties affectées, préc., p.49

¹⁹⁹ DUMONT (R.), *Les devoirs de l'actionnaire*, préc., §255, p. 138 : « *L'ordonnance ne définit pas la notion de détenteurs de capital à partir du critère de la détention de titre de capital. Elle préfère un détour par le droit des sociétés* ».

²⁰⁰ LUCAS (F.-X.), Les plans de sauvegarde et de redressement adoptés par les classes de parties affectées, préc., p.49

qui devrait exclure tous les titulaires de valeurs mobilières donnant accès à terme au capital que connaît notre droit »²⁰¹.

Il apparaît une interprétation extensive du domaine des détenteurs de capital par le législateur européen. L'intrusion d'obligataires, qui sont des créanciers de la société, devrait donc être limitée, comme l'énonce le Professeur François-Xavier Lucas, à ce qui a réellement vocation à entrer au capital du débiteur. Cette interprétation extensive pourrait entraîner un déséquilibre des intérêts en présence en faveur des créanciers.

§2. – La participation des détenteurs de capital

141. Annonce de plan. Tout comme les créanciers, les détenteurs de capital pour participer à l'adoption du plan doivent être affectés par le plan **(A)** et répartis en classes **(B)**.

A- L'affectation des détenteurs de capital

142. Les détenteurs de capital, comme les autres créanciers, se prononceront sur le projet de plan seulement s'ils sont des parties affectées²⁰². L'affectation du détenteur de capital se caractérise si sa participation au capital du débiteur, les statuts ou ses droits sont modifiés par le projet de plan²⁰³.

B- La répartition en classes

143. Dans une telle situation, une ou plusieurs classes de détenteurs de capital devront être constituées en retenant les critères prévus à l'article L. 626-30 II du code de commerce. Ainsi, une communauté d'intérêt économique suffisante devra être caractérisée pour regrouper des détenteurs de capital en une ou plusieurs classes²⁰⁴.

144. La Directive (UE) n° 2019/1023 du 20 juin 2019 précise que « **plusieurs classes de détenteurs de capital peuvent être nécessaires lorsqu'il existe différentes classes de**

²⁰¹ Ibidem.

²⁰² Art. L. 626-30, I, 2° C. com.

²⁰³ Ibidem.

²⁰⁴ Art. L. 626-30, III C. com.

participations associées à différents droits »²⁰⁵. Selon un auteur, cela signifie « *qu'il est possible, entre autres, de créer des classes pour la société mère, pour les associés dirigeants, pour les titres donnant accès au capital ou encore pour les actions dotées de droits de vote multiples* »²⁰⁶. Dès lors, on peut également imaginer que les titres nés d'émission d'actions de préférence pourront conduire, notamment, à la constitution de plusieurs classes en fonction des droits conférés aux titulaires qui peuvent être d'une grande diversité. La charge complexe d'opérer ces classements revient encore une fois à l'administrateur judiciaire.

145. Conclusion de la Section II. – La constitution des classes de détenteurs de capital, notion nouvelle, posera forcément des interrogations nombreuses. Le critère usité en droit français pour qualifier les détenteurs de capital aurait pu être plus pertinent.

146. Conclusion du Chapitre I. – La nouvelle construction des classes de parties affectées va inévitablement provoquer des complexités en pratique concernant la constitution, autant des classes de créanciers, que des classes de détenteurs de capital.

Chapitre II. – Des classes actionnées

147. Annonce de plan. Une fois les classes constituées, les classes doivent être actionnées aux fins de se prononcer sur le plan de restructuration et de l'adoption du plan. Le but est alors d'aboutir à un plan de restructuration qui pourra être exécuté (**Section I**). Des modalités doivent être prévus dans le cadre du fonctionnement des classes de créanciers afin de régler les contestations qui pourraient en résulter (**Section II**).

Section I. – La restructuration arrêtée

148. En sauvegarde, désormais seul le débiteur peut présenter aux classes des propositions en vue d'élaborer le projet de plan²⁰⁷. Alors que dans le cadre des comités, tout

²⁰⁵ Considérant 52 de la Directive (UE) 2019/1023, préc.

²⁰⁶ LECOURT (B.), Transposition de la directive « Restructuration et insolvabilité » : le pouvoir souverain des associés désormais sacrifié par les impératifs de restructuration de leur société en difficulté, *Rev. sociétés* 2022, p. 126

²⁰⁷ L. 626-30-2 C. com.

créancier membre d'un comité pouvait également soumettre un projet de plan, cela n'est plus possible avec les classes, ce qui écarte le risque d'expropriation du débiteur du fait de l'adoption par les classes. **Toutefois en redressement judiciaire, ce risque réapparaît**²⁰⁸.

149. « *Sous ces quelques réserves, la liberté des concepteurs du plan de proposer des atteintes aux droits des membres d'une classe de parties affectées est la plus large. Comme ceux auparavant soumis aux comités, les plans soumis au vote des classes de parties affectées définissent librement les sacrifices demandés aux créanciers qui peuvent être « notamment » des délais, des remises ou des conversions de créances en titres de capital et ce sans subir les contraintes des articles L. 626-5, L. 626-12 et L. 626-18 du code de commerce* »²⁰⁹.

150. Annonce de plan. Avec les classes de créanciers, l'adoption du plan se fera soit naturellement lorsque toutes les classes ont voté favorablement (§1), soit en passant outre le refus d'une ou plusieurs classes (§2).

§1. – Par l'équilibre naturel

151. Annonce de plan. Le déroulement de la procédure nous amène à examiner les modalités de vote des classes (**A**) dans le cadre du processus d'adoption du plan (**B**).

A- Les modalités de vote

152. Le rôle de l'administrateur. Il a une compétence exclusive pour décider des modalités de convocation des classes qu'il a composées et pour décider des modalités de déroulement du vote²¹⁰, à la réserve près que les détenteurs de capital devront statuer conformément aux dispositions du droit des sociétés gouvernant l'assemblée dont ils sont membres²¹¹.

²⁰⁸ L. 631-19 al. 3 C. com. : « Toute partie affectée peut soumettre un projet de plan qui fera l'objet d'un rapport de l'administrateur et sera soumis, ainsi que celui proposé par le débiteur, au vote des classes »

²⁰⁹ LUCAS (F.-X.), Les plans de sauvegarde et de redressement adoptés par les classes de parties affectées, préc., p.50

²¹⁰ Art. R. 626-60 C. com.

²¹¹ Art. L. 626-30-2 C. com.

153. Au moins 21 jours avant la date du vote, l'administrateur fait savoir à chaque partie affectée qu'elle est membre d'une classe et il lui notifie les modalités de répartition en classes et les modalités de calcul des voix retenues, au sein de la ou des classes auxquelles elle est affectée. Par le même acte, l'administrateur précise les critères retenus pour la composition des classes de parties affectées et dresse la liste de celles-ci.

154. Annonce de plan. Ainsi, après avoir constitué les classes, l'administrateur, au vu du montant des créances et droits nés antérieurement à la date du jugement d'ouverture de la procédure, va soumettre aux membres des classes les modalités de calcul des voix qui vont leur permettre de voter **(1)** en tenant compte de la spécificité des classes de détenteurs de capital **(2)**.

1) Le vote des classes de parties affectées

Le montant des créances pris en compte est celui indiqué par le débiteur et certifié par le commissaire aux comptes.

155. Le vote des classes – La décision est prise par chaque classe à la majorité des deux tiers des voix détenues par les membres ayant exprimé un vote²¹². La différence notable avec les anciens comités de créanciers repose sur le fait que désormais, il n'est plus fait référence au montant des créances des parties affectées qui vont avoir à voter mais à leurs voix détenues.

156. Les conventions de vote. Alors que le droit des comités de créanciers imposait à chaque créancier membre d'un comité d'informer l'administrateur de l'existence « de toute convention soumettant son vote à des conditions »²¹³, l'ordonnance 2021-1193 est restée silencieuse à ce propos. Selon un auteur, le silence de la loi n'empêche pas que de tels accords soient pris en compte dès lors qu'aucune règle ne permet de remettre en cause la validité²¹⁴.

157. Possibilité d'un accord remplaçant le vote. Le projet de plan peut être remplacé « par un accord ayant recueilli, après consultation de ses membres, l'approbation des

²¹² Art. L. 626-30-2 C. com.

²¹³ Art. L. 626-30-2 al. 4 ancien C. com.

²¹⁴ LUCAS (F.-X.), Les plans de sauvegarde et de redressement adoptés par les classes de parties affectées, préc., p.53

deux tiers des voix détenues par ceux-ci »²¹⁵. Ainsi, il sera possible d'anticiper l'ouverture d'une procédure de restructuration avec classes et le sens du vote lors d'une procédure amiable préalable. Un accord pourra être conclu à l'avance entre membres d'une même classe. Selon un auteur, « *le débiteur lui-même pourra y trouver avantage puisque, si cette pratique de l'accord valant vote est mise en œuvre, elle interdira de fait à un membre de la classe, minoritaire par hypothèse puisque la majorité des membres s'est accordée pour soutenir le plan, de formuler une proposition concurrente dans les conditions de l'article L. 631-19, alinéa 3* »²¹⁶.

2) Les classes de détenteurs de capital

158. Les modalités de participation des détenteurs de capital. L'originalité concernant les détenteurs de capital est que le texte opère une combinaison pour le vote des détenteurs de capital entre les règles issues de l'ordonnance et celles qui existent en droit des sociétés pour les assemblées. Ainsi la loi prévoit que « *la ou les classes de détenteurs de capital statuent conformément, selon le cas, aux dispositions applicables aux assemblées générales extraordinaires, aux assemblées des associés ainsi qu'aux assemblées spéciales mentionnées aux articles L. 225-99 et L. 228-35-6 ou aux assemblées générales des masses visées à l'article L. 228-103* »²¹⁷.

159. Convocation et inscription à l'ordre du jour. Il est prévu des aménagements aux règles de convocation des assemblées en droit des sociétés²¹⁸. Le délai entre la convocation et la date du vote des classes de détenteurs de capital est de 10 jours, au lieu de 15. Il est précisé en détail les modalités de convocation. La possibilité de demander l'inscription d'un point ou d'un projet de résolution à l'ordre du jour de l'assemblée est maintenue. Il doit être envoyé au siège social au moins 15 jours avant la date de la réunion de la classe des détenteurs de capital.

160. Majorité. Les modalités de vote sont celles des classes de parties affectées, à savoir une majorité des deux tiers des voix détenues par les membres ayant exprimé un vote²¹⁹.

²¹⁵ Art. L. 626-30-2 al. dernier C. com.

²¹⁶ LUCAS (F.-X.), Les plans de sauvegarde et de redressement adoptés par les classes de parties affectées, préc., p.53

²¹⁷ Art. L. 626-30-2 al. 6 C. com.

²¹⁸ Art. R. 626-62

²¹⁹ Art. L. 626-30 C. com.

Une remarque peut être faite à propos de cette majorité. En principe, la consultation en classes de créanciers est prévue afin de favoriser la négociation et profiter du fait majoritaire afin d'obtenir l'accord des parties au plan dans des conditions plus souples qu'en consultation individuelle. Cependant, il est remarqué que cette souplesse devient finalement une condition plus contraignante dans les SAS où les majorités sont librement fixées dans les statuts²²⁰.

Quant aux autres sociétés, la majorité prévue par rapport à celles qui existent pour les assemblées extraordinaires n'est pas plus souple. En effet, celle-ci est prévue à la majorité des deux tiers des voix exprimées par les actionnaires présents ou représentés²²¹. Elle l'est néanmoins pour les sociétés où l'unanimité est prévue.

161. Vote en classe ou vote en assemblée. Une réflexion peut porter sur les relations entre le vote en comité de parties affectées et le vote en assemblée lorsque le plan implique une modification du capital ou une modification des statuts. La question est notamment de savoir si le vote en classe devra être suivi d'un vote en assemblée. Pour la doctrine, le vote en classe n'a pas à être suivi d'un vote en assemblée.

En effet, les auteurs énoncent que « *le ou les classes de détenteurs de capital statuent selon les modalités prévues aux assemblées, ce qui permet au rapport au président de la République de préciser que les détenteurs de capital « votent en assemblées générales [...], ce vote valant vote en classes* ». Il n'est nécessaire, à la suite du vote en classes, de réunir une assemblée pour entériner, par exemple, une augmentation de capital social. Ce n'est donc plus l'assemblée générale qui statue sur la restructuration, mais une ou plusieurs classes de détenteurs de capital, ainsi que d'autres classes de parties affectées, comme celle des créanciers »²²².

Un auteur précise qu'il « *faudra toutefois veiller à ce que cette classe soit composée exactement comme le serait l'assemblée compétente pour modifier les statuts, c'est-à-dire qu'elle réunisse tous les associés investis du droit de voter une modification statutaire et qu'elle réunisse seulement ces associés, et pas d'autres détenteurs de capital qui pourraient ne pas*

²²⁰ Conduisant même certaines sociétés à prévoir que « les décisions collectives des associés sont adoptées à la majorité du tiers des droits de vote des associés, présents ou représentés » ce qui a conduit la Cour de cassation à restreindre la liberté de rédaction des statuts de la SAS en énonçant qu'a minima la majorité statutaire devra être une majorité simple (Com., 19 janvier 2022, n° 19-12.696).

²²¹ Art. L. 225-96 C. com.

²²² LECOURT (B.), Transposition de la directive « Restructuration et insolvabilité » : le pouvoir souverain des associés désormais sacrifié par les impératifs de restructuration de leur société en difficulté, Rev. sociétés 2022, p. 126

avoir la qualité d'associé puisque, on l'a vu, les textes reconnaissent la qualité de détenteur de capital à des titulaires de valeurs mobilières donnant accès à terme au capital social »²²³.

B- Le processus d'adoption

162. Suite aux votes des classes et à l'adoption du plan par chacune des classes, le tribunal se chargera d'arrêter le plan. Ainsi débute la procédure de vérification et de contrôle du plan. Dans le cas où toutes les conditions sont remplies, la décision du tribunal vaudra approbation du plan de restructuration.

1) La vérification du plan

163. **En présence d'un plan voté par chacune des classes.** La loi précise l'objet du contrôle auquel se livre le tribunal²²⁴. Il doit s'assurer que les intérêts de toutes les parties affectées sont suffisamment protégés, le cas échéant, rendre les dispositions opposables à tous²²⁵.

164. **Conditions.** Le tribunal va ainsi vérifier la réunion de cinq conditions :

Première condition. *« Le plan a été adopté conformément aux règles gouvernant la composition et le fonctionnement des classes »²²⁶.*

Deuxième condition. *« Les parties affectées, partageant une communauté d'intérêt suffisante au sein de la même classe, bénéficient d'une égalité de traitement et sont traitées de manière proportionnelle à leur créance ou à leur droit ».*

Troisième condition. *« La notification du plan a été régulièrement effectuée à toutes les parties affectées ».*

Quatrième condition. Procéder au test du meilleur intérêt des créanciers (v. ci-dessous).

Cinquième condition. *« Le cas échéant, tout nouveau financement est nécessaire pour mettre en œuvre le plan et ne porte pas une atteinte excessive aux intérêts des parties affectées ».*

²²³ LUCAS (F.-X.), Les plans de sauvegarde et de redressement adoptés par les classes de parties affectées, préc., p.58

²²⁴ Art. L. 626-31 C. com.

²²⁵ Art. L.626-31 al. dernier C. com.

²²⁶ Les règles de l'article L. 626-30 C. com

2) Le contrôle d'équité ou test du meilleur intérêt des créanciers

165. Quatrième condition : le test du meilleur intérêt des créanciers (best-interest-test-of-creditors). « Lorsque des parties affectées ont voté contre le projet de plan, aucune de ces parties affectées ne se trouve dans une situation moins favorable, du fait du plan, que celle qu'elle connaîtrait s'il était fait application soit de l'ordre de priorité pour la répartition des actifs en liquidation judiciaire ou du prix de cession de l'entreprise en application de l'article L. 642-1, soit d'une meilleure solution alternative si le plan n'était pas validé »²²⁷.

La quatrième condition est un contrôle de l'équité du plan. « Les modalités de ce contrôle diffèrent selon qu'il s'agit de s'inquiéter du sort de créanciers minoritaires dissidents qui n'ont pas été en mesure de s'opposer utilement au vote du plan par les classes ou du sort d'une ou plusieurs classes dissidentes qui, ayant rejeté le plan, ont empêché qu'il soit voté. Dans les deux cas un nouveau test d'équité du plan fait son apparition, celui du meilleur intérêt des créanciers (Best interest of creditors' test), exprimé par l'article L. 626-31, 4° [...].

Cette nouvelle méthode d'appréciation de la légitimité des plans de sauvegarde et de redressement revient à apprécier la légitimité du refus exprimé par le créancier, en la faisant dépendre du point de savoir si le plan le traite ou non moins bien que si les actifs du débiteur étaient vendus dans le cadre d'une liquidation judiciaire ou dans le cadre d'un plan de cession [...] ou encore si était retenue une meilleure solution alternative concurrençant le plan, laquelle peut être un plan de continuation concurrent présenté par un tiers en redressement judiciaire ou une solution de restructuration hors procédures collectives[...].

Si le créancier n'est pas « dans la monnaie » en suivant l'ordre des répartitions, il ne peut se plaindre du plan et il y a lieu de passer outre son opposition »²²⁸.

166. Le contrôle d'équité ainsi présenté est le contrepois des créanciers leur permettant de protéger leurs intérêts dans le cadre de la consultation en classes de créanciers caractérisée par le fait majoritaire. Existant en droit américain et en droit allemand de l'insolvabilité, il apparaît que le droit français et donc le droit européen aient opté pour

²²⁷ Art. L.626-31, 4° C. com ; pour une analyse concernant l'application aux titulaires de sûretés, v. Partie II, Titre II, Chapitre I, Section I, §2.

²²⁸ LUCAS (F.-X.), Les plans de sauvegarde et de redressement adoptés par les classes de parties affectées, préc., p.54

l'élaboration de ce mécanisme du modèle allemand caractérisé par la double possibilité d'évaluation selon l'ordre de priorité pour la répartition des actifs en liquidation judiciaire ou du prix de cession de l'entreprise.

§2. – Par l'équilibre restauré

167. Annonce de plan. Toujours en raison de l'objectif de favoriser la restructuration de l'entreprise, la réforme a consacré la possibilité d'un dépassement du rejet du plan, prévue par la directive transposée, par une ou plusieurs classes à travers le mécanisme de l'application forcée interclasse (A), le même mécanisme étant prévu pour les classes de détenteurs de capital (B).

A- La dissidence des créanciers affectés

168. La validation du plan par le tribunal est désormais possible malgré le refus d'une ou plusieurs classes de créanciers. Le mécanisme est celui de l'application forcée interclasse (*cross-class cram-down*)²²⁹. Il convient d'étudier le mécanisme de l'application forcée interclasse (1) et la justification avancée de ce mécanisme en droit français (2).

1) L'application forcée interclasse

169. Dans le cadre de sa transposition, le droit européen donnait le choix entre soumettre l'application forcée interclasse à l'accord du débiteur pour toutes les procédures ou alors seulement pour les procédures où le débiteur serait une PME²³⁰. Lors de la transposition, le choix a été fait de maintenir l'accord du débiteur²³¹. Ainsi, le plan pourra être arrêté par le tribunal sur demande du débiteur ou de l'administrateur judiciaire avec l'accord du débiteur et être imposé aux classes ayant voté contre le plan²³². Plusieurs conditions sont prévues pour imposer le plan aux classes qui ont voté contre le projet²³³.

²²⁹ Art. 9 de la Directive (UE) 2019/1023, préc. ; v. BONNEAU (T.), « Le mécanisme dit du cross-class cram-down », RPC 2020, étude 11

²³⁰ Art. 9, 1, a) et d) de directive (UE) 2019/1023 préc.

²³¹ Art. L. 626-32 C. com. ; L. L. 631-19, I al. 5 C. com.

²³² Art. L. 626-32, I C. com. En redressement judiciaire, la demande peut également émaner d'une partie affectée (Art. L. 631-19, I, al. 5).

²³³ Art. L. 626-32 C. com.

170. Première condition²³⁴. Le plan doit respecter les conditions liées à la vérification et au contrôle d'équité du plan prévu à l'article L. 626-31 du code de commerce que nous avons précédemment examiné.

Pour rappel, le plan doit avoir été régulièrement adopté et notifié ; une communauté d'intérêt suffisante doit exister entre les parties affectées au sein de la même classe ; le plan doit assurer une égalité de traitement des parties affectées au sein d'une classe et un traitement proportionnel à leur créance ou à leur droit ; le plan doit passer le test du meilleur intérêt des créanciers ; et enfin tout nouveau financement doit être nécessaire pour mettre en œuvre le plan et ne pas porter une atteinte excessive aux intérêts des parties affectées. Bien sûr, le tribunal peut refuser d'arrêter le plan si celui-ci n'offre pas une perspective raisonnable d'éviter la cessation des paiements du débiteur ou de garantir la viabilité de l'entreprise.

171. Deuxième condition²³⁵. « Le plan doit être approuvé par une majorité de classes de parties affectées autorisées à voter, à condition qu'au moins une de ces classes soit une classe de créanciers titulaires de sûretés réelles ou ait un rang supérieur à celui de la classe des créanciers chirographaires »²³⁶.

Si cette condition d'approbation du plan par une majorité de classes n'est pas remplie, le tribunal pourra encore imposer le plan dans le cadre d'une application forcée interclasse. Il faudra pour cela que le plan ait été voté par au moins une des classes de parties affectées autorisée à voter qui soit « dans la monnaie », au sens où cette classe qui a soutenu le plan ne doit pas être « une classe de détenteurs de capital ou toute autre classe dont on peut raisonnablement supposer, après détermination de la valeur du débiteur en tant qu'entreprise en activité, qu'elle n'aurait droit à aucun paiement, si l'ordre de priorité des créanciers pour la répartition des actifs en liquidation judiciaire ou du prix de cession de l'entreprise en application de l'article L. 642-1, était appliqué »²³⁷. À la différence du test du meilleur intérêt des créanciers, prévu par l'article L. 626-31, 4°, la question de savoir si les créanciers de la classe sont ou non

²³⁴ Art. L. 626-32, 1° C. com.

²³⁵ Art. L. 626-32, 2° C. com.

²³⁶ Art. L. 626-32, 2°, a) C. com

²³⁷ Art. L. 626-32, 2°, b) C. com.

dans la monnaie se pose en prenant en compte « la valeur du débiteur en tant qu'entreprise en activité »²³⁸.

172. Troisième condition – Règle de la priorité absolue. Les créanciers affectés d'une classe qui a voté contre le plan doivent être intégralement désintéressés « **par des moyens identiques ou équivalents lorsqu'une classe de rang inférieur a droit à un paiement ou conserve un intéressement dans le cadre du plan** »²³⁹.

Cette exigence consacre la règle de la priorité qui n'est pas d'une clarté absolue. En effet, la formulation de la règle ne permet pas de dire précisément si la priorité doit s'apprécier qualitativement, en assurant au créancier supérieur un paiement plus important, ou chronologiquement, en leur assurant un paiement préalable. Selon le Professeur François-Xavier Lucas, deux lectures sont possibles²⁴⁰.

Des dérogations peuvent y être apportées à la demande ou avec l'accord du débiteur lorsqu'elles « sont nécessaires afin d'atteindre les objectifs du plan et si le plan ne porte pas une atteinte excessive aux droits ou intérêts de parties affectées »²⁴¹.

173. Quatrième condition. Dans le cadre du plan, « aucune classe de parties affectées ne doit recevoir ou conserver plus que le montant total de ses créances ou intérêts »²⁴².

²³⁸ LUCAS (F.-X.), Les plans de sauvegarde et de redressement adoptés par les classes de parties affectées, préc., p.54.

²³⁹ Art. L. 626-32, 3° C. com. ; pour une analyse de la règle de priorité absolue appliquée aux titulaires de sûretés, v. infra Partie II, Titre II, Chapitre I, Section I, §1.

²⁴⁰ LUCAS (F.-X.), Les plans de sauvegarde et de redressement adoptés par les classes de parties affectées, préc., p.56. : « **Une première lecture peut être retenue pour interdire à un créancier junior de recevoir le moindre paiement tant que les créanciers plus seniors que lui n'ont pas été intégralement désintéressés.** Le terme « lorsque » serait ainsi interprété comme signifiant que le paiement d'une classe de créanciers juniors ne peut commencer qu'une fois que toutes les classes de créanciers plus seniors ont été intégralement désintéressées. Le plan ne devrait alors pas payer tous les créanciers simultanément d'une partie de leurs créances mais les payer successivement, le créancier d'un rang inférieur ne pouvant commencer à être payé que lorsque les créanciers qui le précèdent dans l'ordre des répartitions l'auront été intégralement. Une telle analyse aboutit à retarder l'amortissement des créances les plus juniors, dont la mise en paiement pourra ne débiter que bien des années après l'arrêté du plan, lequel n'offrira à ces créanciers juniors aucune perspective de paiement pendant une période pouvant être très longue, étant rappelé que la durée du plan voté par les classes de parties affectées n'est pas limitée.

Une autre analyse nous paraît devoir être préférée, conduisant à assurer la prééminence du créancier le plus senior en lui garantissant le paiement intégral de sa créance, sans pour autant s'interdire de commencer à payer les créanciers d'une classe plus junior dès le début de l'exécution du plan. Le plan pourrait alors commencer à payer tous les créanciers auxquels il impose des délais, pourvu que ce soit dans le respect d'un ordre de priorité et donc en assurant un paiement intégral, mais pas nécessairement préalable, à une classe de créanciers seniors lorsque des juniors conservent une vocation à être payés. Les termes de l'article L. 626- 32, I, 3°, du Code de commerce invitent à retenir une telle lecture puisque, dans une telle situation, ils se bornent à poser l'exigence d'un désintéressement intégral des créances des créanciers affectés d'une classe senior dissidente. »

²⁴¹ L. 626-32 II C. com.

²⁴² Art. L. 626-32, 3° C. com.

174. Le rôle de l'administrateur dans le cadre de la constitution des classes de créanciers sera déterminant au vu du fonctionnement de l'application forcée interclasse. En effet, celui-ci peut, par la modulation du nombre de classes, créer des conditions de soutien apporté au plan, *« étant précisé que le montant des créances détenues par chaque classe n'est pas pris en compte, de sorte que cette majorité de classes soutenant le plan pourra ne détenir qu'un faible montant du passif et ne manifester ainsi que l'adhésion d'une minorité de créanciers, du moins si on les appréhende par référence au montant que représentent leurs créances rapportées à l'endettement total du débiteur »*²⁴³.

175. Un auteur s'est demandé s'il était possible de prévoir *« une clause par laquelle le débiteur s'interdirait, pour le cas où il serait soumis à une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire avec constitution des classes de parties affectées, de demander l'application forcée interclasse »*²⁴⁴.

Il énonce ainsi que *« si une telle stipulation, destinée à tenir en échec une pièce maîtresse du nouveau dispositif de restructuration introduit par la réforme, paraît difficilement admissible, il n'est pas évident pour autant de trouver le moyen de la priver d'effets. Lorsque le législateur entend réputer non écrites des clauses qui portent atteinte à l'efficacité des procédures amiables ou collectives, il le prévoit expressément*²⁴⁵. Or rien n'est prévu en matière de mise en œuvre de l'application forcée interclasse »²⁴⁶.

Ainsi, dans le silence de la loi, il paraît possible de prévoir une telle clause qui pourrait pourtant empêcher la restructuration de l'entreprise encore viable. L'auteur relativise en énonçant que *« si le débiteur passe outre l'engagement qu'il a pris de ne pas demander l'application forcée interclasse, ce manquement à ses obligations contractuelles ne pourra se résoudre qu'en dommages et intérêts, que les créanciers devront déclarer au passif, sans que cela n'affecte le pouvoir juridictionnel du tribunal d'arrêter le plan dans le cadre de cette application forcée interclasse qui lui aura été demandée »*²⁴⁷.

²⁴³ LUCAS (F.-X.), Les plans de sauvegarde et de redressement adoptés par les classes de parties affectées, préc., p.56.

²⁴⁴ LUCAS (F.-X.), Les plans de sauvegarde et de redressement adoptés par les classes de parties affectées, préc., p.55.

²⁴⁵ Art. L.611-6

²⁴⁶ LUCAS (F.-X.), Les plans de sauvegarde et de redressement adoptés par les classes de parties affectées, préc., p.55.

²⁴⁷ Ibidem.

2) La justification

176. L'application forcée interclasse ne déséquilibre-t-elle pas les intérêts en présence en faveur du débiteur ? En effet, à première vue, il serait légitime de se demander s'il n'est pas illégitime d'imposer à une classe de créanciers un plan qu'elle ne souhaitait pas. La réponse doit être négative.

En effet, la justification, qu'on pouvait deviner, est clairement énoncée dans le considérant 49 de la directive (UE) 2019/1023 du 20 juin 2019²⁴⁸. Lorsque le plan de restructuration est arrêté par le tribunal, au vu des mécanismes que l'on a présenté, c'est que ce plan prévoit des droits pour les créanciers dissidents plus favorables que dans le cadre d'un scénario alternatif liquidatif sans quoi ils seraient désintéressés. Ainsi, c'est l'absence de légitimité des classes dissidentes ayant rejeté le plan qui est soulevée lorsque l'application forcée interclasse est effective.

En revanche, l'utilisation du mécanisme de l'application forcée interclasse est susceptible d'emporter un malaise du fait de la possible instrumentalisation du découpage des classes de créanciers lors de la constitution, aux seules fins de rendre l'application forcée interclasse possible, ce en pratiquant un découpage des classes dans le but de remplir les conditions de l'article L. 626-32 du code de commerce. Dans ce cas, il y aura une atteinte manifeste à l'intérêt des créanciers dans le cadre de la procédure. Heureusement, l'administrateur judiciaire, praticien de l'insolvabilité soumis à une déontologie honorable, se doit de constituer les classes selon des critères objectifs vérifiables de sorte qu'on devrait pouvoir déceler une erreur ou un abus.

Dans le cas où la constitution des classes est irrégulière ou abusive, il faudra, pour protéger l'intérêt des créanciers, prévoir des modalités de contestation telles que des recours.

²⁴⁸ Considérant 49 de la Directive 2019/1023, préc. : « Les États membres devraient veiller à ce qu'une autorité judiciaire ou administrative soit en mesure de rejeter un plan lorsqu'il a été établi qu'il réduit les droits des créanciers ou des détenteurs de capital dissidents, [...] lorsque le plan est validé au moyen d'une application forcée interclasse, il conviendrait de faire référence au mécanisme de protection utilisé dans le cadre de ce scénario. Lorsque les États membres choisissent de procéder à une évaluation de la valeur du débiteur en tant qu'entreprise en activité, la valeur de l'entreprise en activité devrait tenir compte de la valeur de l'entreprise du débiteur à plus long terme, par opposition à la valeur de liquidation. La valeur d'exploitation est, d'une manière générale, supérieure à la valeur de liquidation parce qu'elle est fondée sur l'hypothèse selon laquelle l'entreprise poursuit ses activités avec le moins de perturbation possible, a la confiance des créanciers financiers, des actionnaires et des clients, continue de générer des revenus et limite l'impact sur les travailleurs ».

B- La dissidence des détenteurs de capital

177. Annonce de plan. De la même manière que pour les classes de créanciers, le refus du plan par les classes de détenteurs de capital pourra être dépassé par l'application forcée interclasse sous respect d'une cinquième condition particulière tenant à ces détenteurs **(1)**, le législateur ayant à cette occasion consacré le jugement valant vote pour les besoins de ce mécanisme **(2)**.

1) L'application forcée interclasse à l'égard des détenteurs de capital

178. En plus des conditions énoncées précédemment concernant l'application forcée interclasse, une cinquième condition concerne les détenteurs de capital lorsqu'une ou plusieurs classes ont été constituées pour les réunir et qu'elles n'ont pas approuvé le plan²⁴⁹. Elle est relative à la protection des intérêts des détenteurs de capital²⁵⁰. Pour qu'il soit possible de leur imposer le plan, cette cinquième impose le respect de quatre règles²⁵¹.

179. Il faut en premier lieu **être en présence d'une entreprise de dimension importante atteignant les seuils de déclenchement de la procédure avec classes des parties affectées (a)**. L'application forcée interclasse ne s'applique donc pas aux procédures déclenchées sur usage de la faculté d'opter pour la constitution de classe²⁵² ainsi que dans le cadre de la sauvegarde accélérée d'une entreprise ne rentrant pas dans ces seuils²⁵³.

180. Il faut aussi que les actionnaires ne soient plus dans la monnaie. Cette condition consiste « *après détermination la valeur en tant qu'entreprise en activité, que les détenteurs de capital de la ou des classes dissidentes n'auraient droit à aucun paiement ou à ne conserver aucun intéressement si l'ordre de priorité des créanciers pour la répartition des actifs en liquidation judiciaire ou du prix de cession de l'entreprise était appliqué* » **(b)**. En principe, les détenteurs de capital sont classés au rang des chirographaires et n'ont droit à aucun paiement. Ainsi, la comparaison des droits des détenteurs de capital dans l'hypothèse d'une

²⁴⁹ Art. L. 626-32, 5° C. com.

²⁵⁰ En conformité avec la volonté énoncée au considérant 49 de la Directive (UE- 2019/1023, préc. : « *Les États membres devraient veiller à ce qu'une autorité judiciaire ou administrative soit en mesure de rejeter un plan lorsqu'il a été établi qu'il réduit les droits des créanciers ou des détenteurs de capital dissidents.* »

²⁵¹ Art. L. 626-32, 5°, a), b), c) et d) C. com.

²⁵² Art. L. 626-30 al. 4 C.com.

²⁵³ Art. L. 628-1 et s. C. com.

entreprise encore en activité avec leurs droits dans l'hypothèse où une liquidation serait ouverte conduit logiquement à la réunion systématique de cette deuxième condition systématiquement.

181. Il faut enfin que certaines garanties soient offertes à ces détenteurs de capital qui n'ont pas approuvé le projet de plan, d'abord en veillant à ce que le plan ne prévoie pas la cession de tout ou partie de leurs droits (c) et ensuite en leur reconnaissant un droit préférentiel de souscription dit DPS (d). Précisément, si le projet de plan prévoit une augmentation de capital « souscrite par apport en numéraire », les actions qui vont être émises doivent être « offertes par préférence aux actionnaires, proportionnellement à la partie du capital représentée par leurs actions ».

Ce sont ces dernières règles qui vont rendre compliquée l'application forcée interclasse puisqu'elles empêchent les cessions de contrôle de la société. Tout particulièrement, la dernière règle qui condamne probablement la possibilité d'effectuer un coup d'accordéon dans le cadre d'une procédure de restructuration avec classes. En effet, dans le cadre de l'opération d'accordéon, un nouvel entrant va accepter de renflouer la société par une opération de réduction de capital à zéro avant de procéder immédiatement après à une augmentation de capital. Cette opération permet ainsi d'évincer les actionnaires de la société en difficulté puisque l'opération de réduction de capital à zéro va permettre d'engager les apports des associés afin d'absorber une partie du déficit au nom du principe de la contribution aux pertes et l'opération d'augmentation du capital par apport en numéraire sera réalisée ensuite afin d'injecter de la trésorerie dans la société pour absorber le reste du déficit. L'intérêt du nouvel entrant dans le cadre de cette opération est qu'elle permet la cession de contrôle de la société. Elle va ainsi être réalisée le plus souvent sans maintien du DPS.

Selon un auteur, il serait tout de même possible de prévoir la cession de contrôle dans le cadre du plan de restructuration même en cas de refus des détenteurs de capital par la réalisation d'une augmentation de capital non pas en apport en numéraire mais en apport en nature privant nécessairement les détenteurs de capital du DPS. L'auteur précise cependant que l'opération est plus complexe et plus coûteuse dès lors qu'un certain formalisme doit être respecté et nécessite l'intervention d'un commissaire aux apports chargé de les évaluer.

182. Si ces conditions sont réunies, les détenteurs de capital ne pourront pas s'opposer à la modification des statuts que requiert l'adoption du plan.

Cependant, dans le cas où la composition des classes de détenteurs de capital est calquée sur la composition des assemblées votant les modifications statutaires, en raison des conditions strictes de l'application forcée interclasse à l'égard des détenteurs de capital, il est probable que celle-ci ne sera pas plus facile à réaliser que la consultation des détenteurs de capital en assemblée qu'on a voulu détourner puisque logiquement seul change le nom : un vote en assemblée devient un vote en classe. Il faudrait ainsi compter sur la conscience des détenteurs de capital, voulant faire primer l'intérêt de l'entreprise sur leur intérêt individuel²⁵⁴, pour accepter la cession de contrôle volontairement.

En revanche, dans le cas où la composition des classes de détenteurs de capital n'a pas à être calquée sur la composition des assemblées votant les modifications statutaires mais est laissée au libre choix de l'administrateur sous réserve de respecter les conditions d'objectivité et de communauté d'intérêt économique suffisante, peut-être que l'habileté de l'administrateur permettra de créer des classes plus propices à la discussion.

Selon l'une ou l'autre option, l'impact du droit européen sur le rééquilibrage de l'intérêt de l'entreprise par rapport à l'intérêt des associés sera relativement constaté.

2) Le jugement valant vote

183. Pour les besoins de l'application forcée interclasse imposée aux détenteurs de capital, l'article L. 626-32 du code de commerce consacre la pratique du jugement valant vote. La décision du tribunal arrêtant le plan et l'imposant aux associés « vaut approbation des modifications de la participation au capital ou des droits des détenteurs de capital ou des statuts prévus par le plan »²⁵⁵. Ainsi, un mandataire de justice pourra être désigné afin d'accomplir les actes nécessaires à la réalisation de ces modifications²⁵⁶.

²⁵⁴ En ce sens, v. BARBIERI (J.-B.), *L'Ordre sociétaire*, préc., §369 s. de manière plus générale sur l'appréhension de la société via l'entreprise : « *Cela n'est en définitive rien d'autre que le combat entre les intérêts privés des associés, donc leur liberté d'entreprendre, et l'intérêt général tel que défini par le législateur ou l'administration* ».

²⁵⁵ L. 632, I.C com.

²⁵⁶ LECOURT (B.), Transposition de la directive « Restructuration et insolvabilité » : le pouvoir souverain des associés désormais sacrifié par les impératifs de restructuration de leur société en difficulté, préc., p. 126

184. Il s'agit de la consécration du jugement valant vote en droit français qui avait auparavant toujours été refusé²⁵⁷ notamment en matière de sanction de l'abus de minorité en droit des sociétés²⁵⁸.

185. Conclusion de la section I. Les classes de parties affectées ont ainsi vocation à permettre à toutes les parties affectées par le plan de restructuration de participer à la négociation et au vote du plan de restructuration selon un principe de vote à la majorité. Des contreponds dans le cadre de la vérification du plan par le juge sont prévus afin d'assurer la protection des intérêts des parties affectées. Il est également prévu un mécanisme permettant de dépasser le refus d'une ou plusieurs classes dans le cadre où ce refus ne serait pas légitime afin de ne pas empêcher une restructuration de l'entreprise viable dont le plan est respectueux des intérêts des créanciers.

Cependant, le fonctionnement des classes de créanciers ne manque pas de complexité. Notamment, à travers l'examen du fonctionnement des classes de détenteurs de capital, il a été observé que de nombreuses incertitudes existent. L'implication des détenteurs de capital plus soutenue à travers l'institution des classes n'est pas apparente. Mise à part, la possibilité de passer outre l'unanimité pour voter les décisions dans certaines formes sociales, l'efficacité des autres mesures interrogent.

La grande liberté accordée à l'administrateur judiciaire, qui détient le rôle central dans la procédure avec classes, peut tout autant conduire à l'équilibre des intérêts en présence tout comme provoquer un déséquilibre de ces intérêts ce qui nécessite de prévoir des modalités de contestation afin d'assurer l'effectivité des droits de chacun.

Section II. – La restructuration contestée

186. Annonce de plan. Afin d'assurer l'effectivité de la protection des intérêts de l'entreprise et des créanciers, les parties à la procédure de restructuration doivent disposer de

²⁵⁷ Art. 32 de la Directive (UE) n°2019/1023, préc., qui a modifié la Directive (UE) n°2017/1132 pour permettre une dérogation à l'article 68 qui interdit au juge d'imposer une modification statutaire.

²⁵⁸ Com., 9 mars 1993, 91-14.685, Flandin : la Cour de cassation avait énoncé que « le juge ne pouvait se substituer aux organes sociaux légalement compétents et qu'il lui était possible de désigner un mandataire aux fins de représenter les associés minoritaires défailants à une nouvelle assemblée et de voter en leur nom dans le sens des décisions conformes à l'intérêt social mais ne portant pas atteinte à l'intérêt légitime des minoritaires ».

recours afin de contester les mesures inappropriées²⁵⁹. Ces recours sont d'autant plus nécessaires du fait des incertitudes relevant du fonctionnement des classes (§1). Dans le cas où un consensus est impossible à trouver dans le cadre de la procédure de restructuration avec classes, il faut prononcer l'échec du plan (§2).

§1. – La remise en cause

187. Annonce de plan. L'obligation de prévoir un recours contre la validation ou le rejet du plan est imposée par le droit européen (A). La réforme en a tenu compte lors de la transposition de la Directive (UE) n°2019/1023 en droit français (B). Ces précisions, bienvenues, pallient l'absence de précisions concernant les modalités de recours du temps des comités de créanciers.

A- Les ambitions de l'article 16 de la Directive (UE) n° 2019/1023

188. L'article 16 de la Directive (UE) n°2019/1023 prévoit expressément la nécessité d'introduire dans les droits nationaux des recours contre la décision validant ou rejetant le plan de restructuration. Ce recours doit être porté devant une autorité judiciaire²⁶⁰.

Fidèles à leurs objectifs, ces recours, qui permettent de garantir les droits des parties affectées, doivent faire l'objet d'un examen efficace en vue d'un traitement rapide²⁶¹, afin de ne pas entraver la possibilité de sauvegarde ou de redressement de l'entreprise viable. Ce recours n'a pas d'effet suspensif en raison des objectifs poursuivis²⁶².

Si le recours est bien-fondé, le pouvoir judiciaire devrait pouvoir soit annuler le plan de restructuration, soit valider le plan de restructuration, en y apportant des modifications, lorsque

²⁵⁹ Considérant 48 de la Directive (UE) n° 2019/1023, préc. : « *La validation d'un plan de restructuration par une autorité judiciaire ou administrative est nécessaire pour garantir que la réduction des droits des créanciers ou des intérêts des détenteurs de capital est proportionnée aux avantages de la restructuration et qu'ils ont accès à un recours effectif* ».

²⁶⁰ Art. 16, 1 de la Directive (UE) n° 2019/1023, préc.

²⁶¹ Art. 16, 2 de la Directive (UE) n° 2019/1023, préc.

²⁶² Considérant 65 de la Directive (UE) n°2019/1023 : « Les parties affectées intéressées devraient avoir la possibilité d'introduire un recours contre une décision portant validation d'un plan de restructuration par une autorité administrative. [...]. *Toutefois, pour garantir l'efficacité du plan, réduire l'incertitude et éviter les retards injustifiables, les recours ne devraient, en principe, pas avoir d'effet suspensif et ne devraient dès lors pas empêcher la mise en œuvre d'un plan de restructuration.* Les États membres devraient pouvoir déterminer les motifs de recours et les restreindre.

le droit national le prévoit, ou sans modifications, ainsi que prévoir qu'une indemnisation est accordée à toute partie qui a subi des pertes financières et dont le recours a été accueilli²⁶³.

Pour le reste, la liberté est laissée aux États membres de prévoir des modalités complémentaires.

B- Les voies de recours en droit français

189. L'absence de recours contre la décision de constituer des classes de créanciers. Comme au temps des comités de créanciers, la décision par laquelle le juge-commissaire autorise la constitution de classes de créanciers étant une « mesure d'administration judiciaire, elle est insusceptible de recours²⁶⁴.

190. Les recours dans le cadre de la vérification et de l'application forcée interclasse. L'ordonnance n°2021-1193 du 15 septembre 2021 a consacré les voies de recours contre les décisions validant ou rejetant les plans de restructuration pris en classes. Ainsi, lorsque la contestation par une partie affectée, qui a voté contre le plan, porte sur le non-respect du test du meilleurs intérêts des créanciers²⁶⁵ – le non-respect du test tendant à caractériser si le créancier ou le détenteur de capital est dans la monnaie²⁶⁶ (v. supra, n°182) –, la valeur de l'entreprise du débiteur est déterminée suivant des modalités prévues par décret en Conseil d'État²⁶⁷.

En vertu de l'article L. 633, II, du code de commerce, la décision prise par le tribunal, en application de l'article L. 626-31 ou de l'article L. 626-32 et le cas échéant du I du présent article, est susceptible de recours suivant des modalités prévues à l'article R. 626-58-1 du code de commerce²⁶⁸.

191. Les modalités de recours prévues par l'article R. 626-58-1 du code de commerce. Peuvent être contestées par chaque partie affectée, le débiteur, l'administrateur, le

²⁶³ Art. 16, 2 de la Directive (UE) n° 2019/1023, préc.

²⁶⁴ Art. R. 626-54 C. com. En ce sens, v. BREMOND (G.) et SCHOLASTIQUE (E.), *Réflexions sur la composition des comités de créanciers dans les procédures de sauvegarde et de redressement*, préc., n°34).

²⁶⁵ Art. L. 626-31, 4° C. com.

²⁶⁶ Art. L. 626-32, I, 2°, b) et L. 626-32, I, 5°, b) C. com.

²⁶⁷ Art. L. 633, I C. com.

²⁶⁸ Art. L. 626-33, II C. com.

mandataire judiciaire ou encore le ministère public, la qualité de partie affectée et les modalités de répartition en classes et de calcul des voix correspondant aux créances ou droits permettant d'exprimer un vote²⁶⁹. Sont prévues les modalités de convocation²⁷⁰, les modalités de l'examen de la demande par le juge-commissaire et le tribunal²⁷¹, les modalités de la décision du juge-commissaire et du tribunal²⁷², ainsi que la possibilité de saisir un second degré de juridiction²⁷³. Enfin, « *dès qu'il a été statué par décision devenue définitive sur la contestation, et au moins trois jours avant la date du vote, l'administrateur actualise, s'il y a lieu, les modalités de constitution des classes et de répartition des droits de vote. Il en informe les parties affectées, le mandataire judiciaire et le ministère public* »²⁷⁴.

192. La prévision de telles voies de recours est heureuse. D'une part, s'agissant des conditions prévues sans ambiguïté prévues par le droit des classes de créanciers, elle permet aux parties affectées d'exercer efficacement leurs droits. D'autre part, pour les conditions moins précises du droit des classes de créanciers ou laissées à l'interprétation discrétionnaire de l'administrateur judiciaire, les recours permettent aux créanciers ou au débiteur de défendre leurs intérêts dans un objectif de meilleur rééquilibrage des intérêts en présence.

§2. – L'échec de la procédure d'adoption avec classes

193. Si le plan est rejeté du fait de l'absence de consensus des classes, du non-respect de la protection des intérêts des créanciers ou détenteurs de capital par le juge, ou encore suite

²⁶⁹ Art. R. 626-58-1, al. 1 C. com. : « *La qualité de partie affectée et les modalités de répartition en classes et de calcul des voix correspondant aux créances ou droits permettant d'exprimer un vote peuvent être contestées par chaque partie affectée, le débiteur, l'administrateur, le mandataire judiciaire et le ministère public. Le juge-commissaire est saisi de cette contestation par requête dans un délai de dix jours à compter de la notification prévue au premier alinéa de l'article R. 626-58, à peine d'irrecevabilité* »

²⁷⁰ Art. R. 626-58-1 al. 2 C. com. : « *Le débiteur, l'administrateur, le mandataire judiciaire, même dans le cas où ils ne sont pas demandeurs, et la partie affectée, si elle est l'auteur de la contestation ou si ses droits font l'objet de celle-ci, sont convoqués par tout moyen et sans délai par le greffe* »

²⁷¹ Art. R. 626-58-1 al. 3 C. com. : « *Le juge-commissaire recueille les observations de l'administrateur et l'avis du ministère public. Si le juge-commissaire ne statue pas dans un délai de dix jours à compter de sa saisine, le tribunal peut être saisi par requête par toute personne mentionnée au premier alinéa ainsi que par le ministère public. Dans ce cas, le tribunal exerce les pouvoirs du juge-commissaire et statue dans un délai de dix jours à compter de sa saisine* ».

²⁷² Art. R. 626-58-1 al. 4 C. com. : « *La décision du juge-commissaire ou du tribunal est notifiée par le greffe aux parties convoquées à l'audience. Elle est communiquée au ministère public* ».

²⁷³ Art. R. 626-58-1 al. 5 C. com. : « *Un appel peut être formé par les parties mentionnées à l'alinéa précédent à l'encontre de cette décision, dans un délai de cinq jours à compter de sa notification. Le ministère public peut également interjeter appel dans le même délai à compter de la communication de cette même décision. La cour d'appel statue dans un délai de quinze jours à compter de sa saisine. L'appel est formé, instruit et jugé suivant les modalités prévues par les premier au sixième alinéas de l'article R. 661-6, à l'exclusion du 2° de cet article* ».

²⁷⁴ Art. R. 626-58-1 al. Dernier C. com.

à une contestation du plan ayant entraîné l'annulation du plan, les conséquences doivent être prévues en sauvegarde (A) et en redressement (B).

194. À titre de remarque préliminaire, nous pouvons déduire à ce stade de notre étude que, finalement, la réussite ou l'échec de la procédure de restructuration dépendra grandement de la viabilité de l'entreprise. Si l'entreprise est viable, le plan aboutira, si l'entreprise ne l'est pas, celle-ci sera condamnée à être liquidée.

A- En sauvegarde

195. La Directive (UE) n°2021-1023 ne prévoit pas l'hypothèse d'un échec. Sous l'empire du droit des comités de créanciers, dans l'hypothèse où le plan avait été rejeté par l'un des deux comités, la solution était de retourner à une consultation individuelle de chaque créancier prévu à l'article L. 626-5 du code de commerce. Il en était de même dans le cas où le tribunal avait refusé le projet de plan qui lui était proposé notamment si les intérêts de tous les créanciers ne sont pas suffisamment protégés.

196. En sauvegarde accélérée, lorsque les classes de parties affectées n'approuvent pas le plan dans un délai de 4 mois à compter de l'ouverture de la procédure, le tribunal y met fin (*C. com., art. L. 628-8*).

197. En sauvegarde, l'article L. 626-34 du Code de commerce, qui permettait de reprendre la procédure via une consultation individuelle, a été supprimé par l'ordonnance. Ainsi, en cas d'échec d'adoption du plan notamment par l'application forcée interclasse, la seule alternative semble désormais être la conversion de la procédure de sauvegarde en redressement judiciaire (*C. com., art. L. 631-19, I, al. 7*).

Ainsi, *exit* la favorisation de la négociation et la possibilité d'un fait majoritaire : l'administrateur devra consulter les créanciers individuellement²⁷⁵. De la disparition du contre-poids résultant du fait majoritaire, les principaux outils afin de faire accepter des sacrifices aux créanciers sont la menace de l'imposition de délai de paiement ou encore le privilège de post-money quand ceux-ci apportent de l'argent frais dans le cadre de la procédure d'adoption du plan. Quant aux détenteurs de capital, ils seront consultés, si le projet prévoit une

²⁷⁵ Selon la procédure prévue à l'article L. 626-5 du code de commerce.

modification du capital ou une modification statutaire, selon la procédure prévue à l'article L. 626-3 du code de commerce.

Il est fort probable que l'entreprise, quand bien même la procédure n'est pas encore convertie en liquidation, finira par être liquidée puisque l'échec de la procédure avec classes constitue la preuve de l'absence de viabilité de l'entreprise.

B- En redressement

198. Dans le cadre du redressement judiciaire, en l'absence d'adoption du projet de plan conformément aux dispositions L. 626-31 ou L. 626-32 et L. 631-19, un nouveau plan doit être élaboré dans les conditions prévues par les articles L. 631-1 et suivants²⁷⁶.

Le temps était compté, l'entreprise en redressement qui se trouve en cessation des paiements, dont les difficultés ne permettent plus qu'elle puisse être redressée, devra basculer en procédure de liquidation judiciaire. Ainsi, l'échec du processus d'adoption entraînera probablement dans la majorité des cas l'ouverture de la liquidation judiciaire de l'entreprise en état de cessation des paiements.

199. Conclusion de la Section II. Ainsi, l'instauration de modalités de recours contribue à l'effectivité de la protection des intérêts en présence. Dans le cas où l'entreprise venait à ne plus être viable, les conséquences de l'échec de l'adoption du plan seront nécessairement le quasi-anéantissement de la protection de l'intérêt du débiteur – celle-ci n'étant plus nécessaire puisque l'échec est causé par l'absence de viabilité de l'entreprise qui ne peut ou ne pourra que difficilement être restructurée –, et ce, afin de protéger l'intérêt des créanciers, seul intérêt valant encore la peine d'être protégé.

200. Conclusion du Chapitre II. Le fonctionnement des classes de parties affectées est complexe. Des modalités sont prévues afin d'assurer l'équilibre des intérêts en présence. Cependant, les incertitudes qui résultent des textes pourraient conduire à l'effet inverse si bien que des modalités de recours sont nécessaires pour sécuriser les droits des intérêts en présence.

²⁷⁶ Art. L.631-19, I, al. 7 C. com.

201. Conclusion de la Partie I. Il convient de rappeler la problématique qui nous a guidé tout au long de cette première partie de l'étude : **l'équilibre des intérêts en présence est-elle retrouvée dans le processus d'adoption des plans de restructuration ?**

Nous avons déconstruit le système des comités des créanciers pour reconstruire un nouveau système des classes de créanciers. En effet, le système des comités des créanciers était insatisfaisant tant il était utilisé comme un instrument afin de permettre au débiteur d'obtenir des délais de paiement, remises de dettes au détriment des droits des créanciers bafoués. De plus, le droit français prévoyait bien peu de mesures pour encourager les associés à voter une modification du capital ou une modification des statuts parfois nécessaire à la restructuration de la société en difficulté de sorte que cela pouvait être vu comme un frein au crédit.

S'inspirant à la fois du droit anglo-saxon et du droit allemand dont les procédures de restructuration connaissent originellement un système de classes de créanciers, le droit européen s'est approprié sa propre vision du système de classes de créanciers. Alors que la construction des classes de créanciers en droit américain consiste en un contrepois en faveur des créanciers dans des procédures favorisant principalement le rebond du débiteur, la construction des classes de créanciers en droit allemand consiste quant à lui en une exception à la liquidation du débiteur en difficulté pour permettre la restructuration du débiteur dans le cas unique où les créanciers pourraient obtenir de meilleurs droits au paiement qu'en liquidation.

Quant à la Directive (UE) n°2019-1023 du 20 juin 2021, l'objectif est de favoriser le rebond du débiteur lorsque cela est possible, c'est-à-dire lorsque l'entreprise est viable. Dans ce cas, le mécanisme des classes de créanciers dans la procédure de restructuration est perçu comme un vecteur de conciliation entre les intérêts du débiteur et les intérêts des parties prenantes qui sont notamment les intérêts des créanciers et ceux des détenteurs de capital. Plus objectivement, il s'agit de favoriser le rebond du débiteur tout en sécurisant le crédit. La sécurisation du crédit passant par la protection de l'effectivité des sûretés et par la maîtrise des détenteurs de capital. La transposition de la directive en droit français offre de nouveaux outils au droit des entreprises en difficulté pour respecter l'équilibre des intérêts en présence.

En examinant plus concrètement le fonctionnement des classes de créanciers en droit français, il serait juste de conclure que ces classes ne penchent ni du côté de l'intérêt du débiteur ni du côté de l'intérêt des créanciers. Tout dépendra de la manière dont le mécanisme des classes de créanciers sera actionné par l'administrateur judiciaire dont on peut espérer qu'il en fera bon usage. Il est bien heureux que l'administrateur judiciaire détienne le premier rôle dans cette procédure de restructuration de l'entreprise viable lorsque des classes sont constituées. En effet,

c'est sur l'administrateur qu'il faudra compter et sur sa neutralité dont il doit faire preuve en tant que praticien professionnel, pour promouvoir le respect de l'équilibre des intérêts en présence.

Finalement, outre la complexité du fonctionnement des classes qui entraînera des interrogations, dont certaines que nous avons soulevées, il apparaît que le droit des entreprises en difficulté est en mouvance. En effet, alors que les critères bien connus de difficultés insurmontables et de cessation des paiements régnaient en maître dans le cadre des procédures collectives, le droit européen provoque un changement de paradigme. Effaçant la distinction entre les procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidation, le droit européen impose sa classification : l'entreprise en difficulté fera l'objet soit d'une procédure de restructuration soit l'objet d'une procédure de liquidation. Le critère désormais est la viabilité de l'entreprise, que l'on a encore du mal à cerner.

Le paysage du droit des entreprises en difficulté, par le levier des classes de créanciers, est voué à être modifié. Le changement est enclenché.

SECONDE PARTIE. – UNE CONSTRUCTION ARTICULÉE AVEC LES INTÉRÊTS DES PARTIES PRENANTES

202. Le droit des classes de créanciers, partie intégrante du droit des entreprises en difficulté, par les acteurs, qu'il touche, influe plus largement sur notre droit positif²⁷⁷. Alors qu'il s'agissait dans la première partie d'examiner l'intérêt de l'entreprise en difficulté et notamment l'équilibre entre le droit au rebond et le droit au crédit, il s'agit dorénavant d'examiner la protection de l'intérêt de l'entreprise en difficulté par rapport à celui de ses parties prenantes, tout particulièrement, l'associé et le titulaire de sûretés.

203. Cette partie, plus courte, sera consacrée à l'étude plus précise de l'impact du droit des classes de créanciers sur le droit des sociétés (**Titre I**) ainsi que sur le droit des sûretés (**Titre II**) dans un contexte de restructuration de l'entreprise.

²⁷⁷ SAINT-ALARY-HOUIN (C.), « De la faillite au droit des entreprises en difficulté – Regards sur les évolutions du dernier quart de siècle », in J. Krynen et M. Hecquard-Théron (dir.), *Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit*, T. 1, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2005, p. 389 et s., n° 105 : « Par ses objectifs économiques et ses visées impérialistes, le droit des entreprises en difficulté oblige les autres branches du droit à s'interroger sur leurs propres concepts. Il joue un peu un rôle de révélateur de leurs incertitudes. Le droit des faillites n'a pas nécessairement les vertus de l'exemplarité ou de la juste analyse, mais sans aucun doute, il a pour intérêt de conduire à un approfondissement des notions et à la prise de conscience des insuffisances de certaines réflexions ».

TITRE I. – L’ARTICULATION COHÉRENTE AVEC

LE DROIT DES SOCIÉTÉS

204. Par le biais de l’analyse des détenteurs de capital en première partie de cette étude, nous avons d’ores et déjà commencé à analyser l’articulation du droit des classes de créanciers avec le droit des sociétés notamment parce que les classes de créanciers doivent être insérées dans les règles d’adoption des plans en tenant compte des spécificités du droit des sociétés notamment en matière d’assemblées de détenteurs de capital. Nous n’y reviendrons pas.

205. Annonce de plan. Par l’appréhension du détenteur de capital au sein du droit des classes de parties affectées, le droit européen a entendu consacrer une nouvelle vision de l’associé (**Chapitre I**). Le changement est encore plus spectaculaire lorsqu’il est examiné sous l’angle de la confrontation du droit européen des sociétés et du droit européen nouveau de l’insolvabilité (**Chapitre II**).

Chapitre I. – Une vision nouvelle de l’associé

206. Annonce de plan. Par la consécration du droit des classes de créanciers en droit européen, le législateur de l’Union a entendu se positionner sur les droits que détiennent les associés à l’égard du débiteur en difficulté (**Section I**), et en précise les obligations à l’égard de celui-ci (**Section II**).

Section I. – Les droits de l’associé précisés

207. Annonce de plan. L’associé est-il propriétaire ou créancier ? Telle est la question à laquelle le droit européen a tenté de répondre (§2) tant les conséquences sont juridiquement fondamentales (§1).

§1. – Le fond du débat

208. Si la qualification du droit détenu par l'associé à l'égard de la société a toujours été sujette à discussion (A), la qualification du droit détenu par l'associé à l'égard de l'entreprise est encore plus obscure (B). Pourtant les conséquences sont lourdes.

A- Les droits de l'associé sur la société

209. **L'associé est indubitablement propriétaire de ses titres sociaux mais est-il propriétaire de la société ?** Sans avoir l'ambition de trancher sur le fait de savoir si fondamentalement les droits sociaux sont des créances ou des biens, voire les deux²⁷⁸, notons simplement que la qualification retenue aura des conséquences différentes sur la société en difficulté selon que l'on considère l'associé comme un propriétaire ou un créancier²⁷⁹. Dans le cadre des classes de créanciers, la question posée renvoie à la possibilité d'exproprier ou d'évincer l'associé de ses droits envers la société en difficulté aux fins de la restructuration de l'entreprise.

210. **L'associé propriétaire.** Si l'associé est considéré comme un propriétaire, il détient alors un droit de propriété sur la société, de telle sorte que l'expropriation devient difficilement concevable et extrêmement encadrée. En effet, le droit de propriété est un droit

²⁷⁸ En ce sens, v. GINOSSAR (S.), *Droit réel, propriété et créance : élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Paris, LGDJ, 1960 : sur l'assimilation des droits personnels aux droits réels, l'idée étant que les créances peuvent faire l'objet d'un droit de propriété selon Ginossar, autrement dit les créances revêt les caractéristiques d'un bien puisqu'elle a une valeur économique et est transmissible.

²⁷⁹ Rappr., v. CERATI-GAUTHIER (A.), *La société en procédure collective et son associé : entre indépendance et influence*, thèse, PUAM, 2002

fondamental protégé aux niveaux constitutionnel²⁸⁰, conventionnel²⁸¹, et législatif²⁸². L'expropriation n'est qu'exceptionnellement admise, notamment dans le cas où il existe une cause d'utilité publique en contrepartie d'une juste et préalable indemnité.

211. L'associé créancier. Si l'associé est considéré comme un créancier, il détient alors un droit de créance sur la société qui est un rapport d'obligation entre l'associé et la société. Dans ce cas, l'obstacle du droit fondamental n'existe pas pour évincer l'associé.

212. Protection de l'associé. Propriétaire ou créancier, la protection de l'associé n'est donc pas identique. S'il est plus facile d'admettre que l'associé, considéré comme créancier, puisse évincé, il l'est moins lorsque l'associé, considéré comme propriétaire, se fait exproprier²⁸³. En droit des sociétés, la Cour de cassation admet que l'associé soit évincé lorsqu'un coup d'accordéon est réalisé. Elle n'y voit toutefois pas une expropriation mais simplement la réalisation de la contribution aux pertes²⁸⁴. En droit des entreprises en difficulté, il existe deux textes dans le cadre du redressement qui permettent d'évincer l'associé²⁸⁵. Cependant, l'un est cantonné à l'hypothèse où l'exigence légale de reconstitution des capitaux propres n'est pas respectée et l'autre n'a jamais été appliqué depuis son introduction en 2015²⁸⁶.

²⁸⁰ L'art. 2 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 qualifie le droit de propriété comme faisant parti « *des droits naturels et imprescriptibles* » ; L'art. 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 qualifie la propriété de « *droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé si ce n'est lorsque la nécessité publique légalement constatée l'exige évidemment et sous la condition d'une juste et préalable indemnité* ».

²⁸¹ Art. 17 de la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne : « *Toute personne a le droit de jouir de la propriété des biens qu'elle a acquis légalement, de les utiliser, d'en disposer et de les léguer. Nul ne peut être privé de sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, dans des cas et conditions prévus par une loi et moyennant en temps utile une juste indemnité pour sa perte. L'usage des biens peut être réglementé par la loi dans la mesure nécessaire à l'intérêt général* ». : L'article 1 du Protocole n°1 à la Convention Européenne des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales : « *1. Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. 2. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par les lois et les principes généraux du droit international. 3. Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte aux droits que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'il juge nécessaire pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou amendes.* »

²⁸² Art. 545 C. civ : « *nul ne peut être contraint de céder sa propriété si ce n'est pour cause d'utilité publique et moyennant une juste et préalable indemnité* ».

²⁸³ LUCAS (F.-X.), « L'associé face à la dette », Revue Droit & Affaires, 18^{ème} édition, 2021 : Selon le François-Xavier Lucas, l'associé est fondamentalement un créancier. Cependant, il reconnaît qu'en droit français, on n'est guère à l'aise avec l'idée de l'exproprier.

²⁸⁴ Com., 17 mai 1994, n° 91-21.364, Usinor, préc.

²⁸⁵ L. 631-9-1 C. com. (issu de l'ordonnance n°20-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives) : permet qu'un mandataire ad hoc vote la reconstitution des capitaux propres à hauteur de la moitié du capital social à la place des associés qui n'y procède pas eux-mêmes ; L. 631-19-2 C. com. (issu de la loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances) : possibilité de diluer ou d'exclure les associés de sociétés de taille au moins intermédiaire qui refusent une augmentation du capital au profit de personnes qui s'engagent à exécuter le plan.

²⁸⁶ LUCAS (F.-X.), « L'associé face à la dette », Revue Droit & Affaires, 18^{ème} édition, 2021

Selon un auteur, ces deux textes restent essentiellement des menaces plus que des textes permettant effectivement d'évincer les associés²⁸⁷.

B- Les droits de l'associé sur l'entreprise

213. Les associés sont-ils propriétaires de l'entreprise ? Si la situation de l'associé à l'égard de la société, structure sociétaire maîtrisée par le droit des sociétés, de l'associé est difficile à cerner, elle l'est d'autant plus à l'égard de l'entreprise qui est l'entité prise en compte par le droit des entreprises en difficulté et tout particulièrement par le droit européen de l'insolvabilité.

214. Selon le Professeur Alain Couret, si les associés n'ont déjà pas de droit direct relatif au patrimoine de la société, ils en ont encore moins s'agissant de l'entreprise, de sorte qu'*« il serait sans doute plus opportun de dire que l'entreprise ne peut être considérée comme la propriété exclusive des associés »*²⁸⁸.

215. Considérer que l'associé est propriétaire plutôt que créancier de l'entreprise contribue à lui conférer une protection « excessive » selon un auteur²⁸⁹. En effet, celui-ci pourrait se placer sous la protection d'une procédure collective, attendre que le plan soit adopté, que les créanciers effectuent des sacrifices, sans daigner accorder de modification du capital ou de modification statutaire par l'usage de son pouvoir de blocage. Pourquoi les associés feraient-ils des efforts s'ils ne risquent rien ? La doctrine a soulevé que le pouvoir de blocage de l'associé est souvent mal compris à l'étranger, qu'il existe un risque que les prêteurs prennent le droit français en grippe²⁹⁰.

²⁸⁷ LAROCHE (M.), L'implication des associés, préc., p. 66 : en parlant des textes L.631-9-1 et L. 631-19-2 énonce « qu'elles restent essentiellement des menaces ».

²⁸⁸ COURET (A.), « L'entreprise est-elle réfractaire au droit de propriété ? », D. 2019, p.249 : « « L'entreprise n'appartient à personne, lit-on [...]. La démonstration participe d'un enseignement basique de droit des sociétés : les associés n'ont pas de droit direct dans le patrimoine social mais des droits sur des titres représentatifs d'une fraction du capital. Certes, mais, dans cette formulation techniquement indiscutable, le bon sens finit par s'égarer quelque peu. Le langage commun tout comme le langage managérial parlent bien de cessions d'entreprises. Une sorte de consensus passif semble s'être établi sur ces idées politiquement correctes. Il serait sans doute plus opportun de dire que l'entreprise ne peut être considérée comme la propriété exclusive des associés ».

²⁸⁹ LUCAS (F.-X.), « L'associé face à la dette », préc.

²⁹⁰ ROBINE (D.), « L'associé de la société en difficulté : à la recherche du point d'équilibre », préc. p.779

§2. – L’issue du débat

216. La consécration du droit des classes en droit français a permis d’asseoir la vision européenne de la qualité d’associé vis-à-vis du débiteur. En effet, le droit européen de l’insolvabilité prend position concernant la nature des droits de l’associé vis-à-vis du débiteur en difficulté par le biais de la Directive (UE) 2019/1023 dans le cadre de l’institution des classes de créanciers.

217. Il est procédé en deux étapes. D’abord, la Directive (UE) 2019/1023 identifie les associés comme des détenteurs de capital²⁹¹. Ensuite, elle vient distinguer selon que le détenteur de capital est celui d’une PME ou des autres entreprises hors PME et vient énoncer que *« les détenteurs de capital de PME qui ne sont pas de simples investisseurs, mais les propriétaires de l’entreprise et qui contribuent à cette dernière d’une autre manière, par exemple à travers leur expertise en matière de gestion, pourraient ne pas être incités à restructurer dans de telles conditions »*²⁹².

Ainsi par déduction, selon le droit européen de l’insolvabilité, si l’on est en présence d’un détenteur de capital d’une PME, alors il s’agit d’un propriétaire de l’entreprise. A contrario, si le détenteur de capital n’est pas celui d’une PME mais d’une grande entreprise, le détenteur de capital n’est pas un propriétaire de l’entreprise mais un investisseur donc un créancier.

218. Quelles conséquences peuvent être tirées de la distinction ? Les conséquences, selon que le détenteur de capital est un propriétaire ou un créancier, que nous avons précédemment exposés, trouvent à s’appliquer.

Si le détenteur de capital est un créancier – c’est le cas de l’associé d’une grande entreprise –, il est permis de l’évincer plus facilement. Dès lors, la Directive (UE) n°2019/1023 prévoit que le droit national pourra appliquer l’application forcée interclasse à ces détenteurs de capital

²⁹¹ Art. 2, I, 3) de la Directive (UE) 2019/1023 que nous avons déjà analysé dans la partie I.

²⁹² Considérant 58 de la Directive (UE) 2019/1023, préc. : *« Plusieurs classes de détenteurs de capital peuvent être nécessaires lorsqu’il existe différentes classes de participations associées à différents droits. Les détenteurs de capital de PME qui ne sont pas de simples investisseurs, mais les propriétaires de l’entreprise et qui contribuent à cette dernière d’une autre manière, par exemple à travers leur expertise en matière de gestion, pourraient ne pas être incités à restructurer dans de telles conditions. Pour cette raison, l’application forcée interclasse devrait rester facultatif pour les débiteurs qui sont des PME ».*

dans le cas où le droit national choisirait de constituer des classes de détenteurs de capital²⁹³, afin de leur imposer une modification de leurs droits. À défaut, le droit national doit veiller à d'autres moyens pour que ces détenteurs de capital n'empêchent pas la restructuration²⁹⁴. Ce pourrait être par exemple un mécanisme d'éviction visant les actionnaires qui ne seraient pas affectés par le plan et qui ne proposeraient aucune solution ni financement dans le cadre de la restructuration.

Si le détenteur de capital est un propriétaire – c'est le cas de l'associé d'une PME –, il est nettement plus protégé. La Directive (UE) n°2019/1023 prévoit ainsi que l'application forcée interclasse devrait rester facultative. Par ailleurs, même dans le cas où cet associé ne proposerait pas de nouveaux financements, la Directive (UE) n°2019/1023 prévoit que ces propriétaires de l'entreprise peuvent contribuer aux classes de parties affectées « d'une autre manière, par exemple à travers leur expertise en matière de gestion »²⁹⁵.

Ainsi le droit européen de l'insolvabilité met un point d'honneur à trouver un équilibre entre, d'un côté, la nécessité de pouvoir contraindre les actionnaires qui se mettraient de manière trop favorable sous la protection d'une procédure collective mais sans rien proposer et sans financer la restructuration, et de l'autre côté, le risque d'exproprier des actionnaires qui ne le méritent pas, qui sont investis dans la restructuration.

219. Le droit français tirant les conséquences de cette distinction prévoit ainsi un sort plus favorable aux associés des sociétés débitrices qui ne dépassent pas les seuils de constitution obligatoire des créanciers puisque, s'ils sont affectés par le projet de plan, ils « peuvent apporter une contribution non monétaire à la restructuration, notamment en mettant à profit leur expérience, leur réputation ou leurs contacts professionnels ».

220. Conclusion de la section I. Le droit européen, par le droit des classes de créanciers, vient influencer sur le droit des sociétés en apportant une réponse quant à la nature des droits des associés à l'égard du débiteur. Ainsi, les associés qui sont, soit des créanciers, soit des propriétaires, en fonction d'un critère économique.

²⁹³ Art. 9 et 11 de la Directive (UE) n°2019/1023, préc.

²⁹⁴ Art. 12 de la Directive (UE) n°2019/1023, préc.

²⁹⁵ Considérant 58 de la Directive (UE) 2019/1023, préc.

Section II. – Un devoir de l’associé explicite

221. Un nouveau devoir. En plus d’avoir apporté une précision quant à la nature des droits des associés à l’égard du débiteur, le droit européen vient consacrer un nouveau devoir de l’associé²⁹⁶. La Directive (UE) n°2019/1023 impose également sa vision sur les devoirs de l’associé. Là où en droit positif, on a toujours refusé d’imposer à l’associé un devoir de soutien de la société²⁹⁷, la Directive vient ouvrir la voie à un tel devoir²⁹⁸. **Ce devoir peut être qualifié de « devoir explicite de restructurer » la société en difficulté²⁹⁹.** Il s’agit d’un changement de paradigme, en ce qu’il sera désormais possible de réduire, voire d’écarter le pouvoir de blocage de l’associé et de lui imposer des sacrifices dans des conditions qui n’existaient pas jusqu’alors.

222. Ce devoir de restructurer la société semble se décliner en deux aspects³⁰⁰. Les détenteurs de capital ne doivent pas pouvoir déraisonnablement empêcher l’adoption des plans de restructuration, la volonté restant celle d’éviter la liquidation d’une entreprise viable.

Empêcher de s’opposer. Plusieurs pistes sont données par la Directive. D’abord, lors de la constitution des classes, les détenteurs de capital qui ne sont pas affectés par le plan ne doivent pas participer à l’adoption du plan, la consultation n’est pas systématique³⁰¹. Ensuite, dans le cadre du fonctionnement des classes, le vote en classe selon une majorité permet de surpasser l’opposition de détenteurs de capital dissidents³⁰². Enfin, le test du meilleur intérêt des créanciers permet à l’égard des détenteurs, au stade de la vérification par le juge, de confirmer

²⁹⁶ En ce sens v. DUMONT (R.), *Les devoirs de l’actionnaire*, thèse, Paris I, novembre 2021, §218 s., p.117 s. ; LECOURT (B.), Transposition de la directive « Restructuration et insolvabilité » : le pouvoir souverain des associés désormais sacrifié par les impératifs de restructuration de leur société en difficulté, *Rev. sociétés* 2022, p. 126 ; Rapp. COURET (A.) « Les devoirs de l’actionnaire et le droit des sociétés », in « Les devoirs de l’actionnaire », *Gaz. Pal.* 6 juin 2016, p. 14, n°11

²⁹⁷ Paris, 17 septembre 2013, n°12/02203 ; Com, 3 juillet 2012, n°11-18.026, Sodimédical ; en ce sens v. ROBINE (D.), *L’associé de la société en difficulté : à la recherche du point d’équilibre*, préc., p.779

²⁹⁸ Considérant 57 de la Directive (UE) n°2019/1023, préc. : « *Bien que les intérêts légitimes des actionnaires ou autres détenteurs de capital doivent être protégés, les États membres devraient veiller à ce qu’ils ne puissent déraisonnablement empêcher l’adoption de plans de restructuration qui permettraient au débiteur de retrouver la viabilité.* »

²⁹⁹ DUMONT (R.), *Les devoirs de l’actionnaire*, préc., §246 s., p. 133 s.

³⁰⁰ Ibidem. Selon Romain Dumont, il s’agit, d’une part, de l’interdiction expresse d’empêcher la restructuration, d’autre part de la restructuration forcée du capital

³⁰¹ Art. L. 630, I, 2° C. com.

³⁰² Art. L. 626-31 C. com.

la modification du capital ou des statuts³⁰³ étant précisé qu'en cas de liquidation, les détenteurs de capital, créanciers hypo-chirographaires, n'obtiendront rien.

Forcer à contribuer. La pièce maîtresse de la réforme permettant d'imposer aux détenteurs de capital une modification des statuts ou du capital est bien évidemment le mécanisme de l'application forcée interclasse³⁰⁴ que nous avons déjà présenté.

223. Le devoir est cependant cantonné³⁰⁵. En effet, la Directive (UE) n°2019/1023 prévoit que certaines sociétés sont exclues du champ d'application de la Directive³⁰⁶. Selon la thèse de Romain Dumont, l'opportunité d'un devoir général de tout associé de restructurer la société en difficulté pourrait être envisagée en l'érigeant en principe³⁰⁷.

224. Conclusion de la Section II. Ainsi, l'approche du droit européen de l'insolvabilité à l'égard de l'associé, qui conduit à impliquer l'associé au sein de la procédure de la société en difficulté, est désormais consacrée par un devoir de restructurer la société en difficulté.

225. Conclusion du Chapitre I. Afin de favoriser la restructuration de l'entreprise, le droit des classes de créanciers fait primer l'intérêt de l'entreprise sur la protection des associés en modulant leurs droits à l'égard du débiteur et en leur imposant un devoir de restructurer la société en difficulté.

³⁰³ Art. L. 626-31, 4° C. com.

³⁰⁴ Art. L. 626-32 C. com.

³⁰⁵ DUMONT (R.), *Les devoirs de l'actionnaire*, préc., §279 s., p. 149

³⁰⁶ Art. 1 de la Directive (UE) 2019/1023, préc.

³⁰⁷ DUMONT (R.), *Les devoirs de l'actionnaire*, préc., §279 s., p. 149

Chapitre II. – Vers un nouveau droit de l’insolvabilité

226. Annonce de plan. Par le droit des classes de créanciers, le droit européen a ouvert la porte du droit matériel européen de l’insolvabilité. Ce droit nouveau impose sa vision de l’entreprise. Cette entreprise, objet du droit de l’insolvabilité semble devoir primer sur la société, structure sociétaire objet du droit des sociétés (**Section I**). Le droit de l’insolvabilité se conçoit comme supplantant le droit des sociétés, tant les enjeux sont plus fondamentaux et primaires (**Section II**).

Section I. – La société appréhendée par l’entreprise

227. Traditionnellement respectueux du droit des sociétés, le droit des entreprises en difficulté fait dorénavant primer l’objectif de restructuration de la société en difficulté en élaborant ses propres règles³⁰⁸. Il a déjà été exposé dans le Chapitre précédent, l’appréhension par le droit européen de l’insolvabilité du sort de l’associé d’une société en procédure de restructuration par la construction des classes de créanciers.

228. Ce nouveau droit de l’insolvabilité doit-il primer sur le droit des sociétés ?³⁰⁹ Si tel était le cas, alors il apparaît que le droit de l’insolvabilité constituerait un droit spécial par rapport au droit des sociétés. Dès lors, les deux droits devraient s’appliquer mais dans le cas où l’un serait contraire à l’autre, le droit de l’insolvabilité devrait dès lors déroger au droit des sociétés selon l’adage « *specialia generalibus derogant* »³¹⁰.

Il nous semble que l’exemple de l’appréhension du sort de l’associé d’une société en difficulté par le droit européen de l’insolvabilité ne suffit pas à énoncer un tel principe. En effet, concernant les droits de l’associé, le droit de l’insolvabilité a simplement donné son

³⁰⁸ Rapp., v. COUTURIER (G.), *Droit des sociétés et droits des entreprises en difficulté*, LGDJ-Lextenso, « Bibliothèque de droit des entreprises en difficulté », Tome 2, 2013

³⁰⁹ LECOURT (B.), Transposition de la directive « Restructuration et insolvabilité » : le pouvoir souverain des associés désormais sacrifié par les impératifs de restructuration de leur société en difficulté, préc.6 : « *le droit européen des sociétés et le droit européen de l’insolvabilité étaient susceptibles d’être en conflit puisque, s’agissant des sociétés anonymes, il existe des dispositions européennes posant des obligations de convocation d’une assemblée générale, notamment en cas d’augmentation du capital social. Ces obligations sont prescrites par la directive n° 2017/1132 du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés, qui codifie les règles de la directive n° 77/91 du 13 décembre 1976 sur la constitution de la société anonyme, ainsi que le maintien et les modifications de son capital social* ».

³¹⁰ Les lois spéciales dérogent aux lois générales.

interprétation de la nature des droits que détient l'associé sur la société selon un critère économique. Concernant le devoir de restructurer la société en difficulté, il a été consacré par le droit de l'insolvabilité mais rien n'empêche encore le droit des sociétés de suivre la marche.

229. Le considérant 96 de la Directive (UE) n° 2019/1023 conduit à aller vers une telle interprétation³¹¹. En effet, le considérant énonce explicitement que « *les États membres devraient pouvoir déroger aux exigences de la directive (UE) 2017/1132 du Parlement européen et du Conseil³¹² concernant les obligations de convocation d'une assemblée générale et d'offre d'actions par préférence aux actionnaires existants, dans la mesure et pour la période nécessaire pour garantir que les actionnaires ne font pas obstacle aux efforts de restructuration en exerçant de façon abusive les droits que leur confère ladite directive* ».

Tendant vers la conception d'une société véritablement appréhendée par l'entreprise, un auteur³¹³, explique que « *les États membres devraient alors pouvoir déroger aux exigences sociétaires dans les cas où des mesures urgentes doivent être prises pour préserver les actifs de*

³¹¹ Considérant 96 de la Directive (UE) 2019/1023, préc. : « *L'efficacité de la procédure d'adoption et de mise en œuvre du plan de restructuration ne devrait pas être mise en péril par le droit des sociétés. En conséquence, les États membres devraient pouvoir déroger aux exigences de la directive (UE) 2017/1132 du Parlement européen et du Conseil (21) concernant les obligations de convocation d'une assemblée générale et d'offre d'actions par préférence aux actionnaires existants, dans la mesure et pour la période nécessaire pour garantir que les actionnaires ne font pas obstacle aux efforts de restructuration en exerçant de façon abusive les droits que leur confère ladite directive. Les États membres pourraient, par exemple, devoir déroger à l'obligation de convoquer une assemblée générale des actionnaires ou aux délais habituels, dans les cas où des mesures urgentes doivent être prises par la direction pour préserver les actifs de l'entreprise, par exemple en demandant une suspension des poursuites individuelles et en cas de perte grave et soudaine du capital souscrit et lorsqu'il existe une probabilité d'insolvabilité. Des dérogations au droit des sociétés pourraient également être requises lorsque le plan de restructuration prévoit l'émission de nouvelles actions qui pourraient être offertes en priorité aux créanciers à titre d'échange de créances contre des participations, ou prévoit la réduction du montant du capital souscrit en cas de transfert de parties de l'entreprise. De telles dérogations devraient être limitées dans le temps, dans la mesure où les États membres considèrent de telles dérogations nécessaires à l'établissement d'un cadre de restructuration préventive. Les États membres ne devraient pas être tenus de déroger au droit des sociétés, totalement ou partiellement, pendant une durée indéterminée ou une durée limitée, s'ils veillent à ce que les exigences énoncées par le droit des sociétés ne mettent en péril l'efficacité du processus de restructuration ou s'ils disposent d'autres outils, tout aussi efficaces, garantissant que les actionnaires n'empêchent pas déraisonnablement l'adoption ou la mise en œuvre d'un plan de restructuration qui rétablirait la viabilité de l'activité. Dans ce contexte, les États membres devraient accorder une importance particulière à l'efficacité des dispositions liées à la suspension des poursuites individuelles et à la validation du plan de restructuration, qui ne devrait pas être indûment affaiblie par des convocations ou des résultats des assemblées générales des actionnaires. Il y a donc lieu de modifier la directive (UE) 2017/1132 en conséquence. Les États membres devraient disposer d'une marge d'appréciation afin de déterminer quelles dérogations il y a lieu de prévoir dans le droit national des sociétés pour mettre effectivement en œuvre la présente directive et devraient également être en mesure de prévoir des dérogations similaires à la directive (UE) 2017/1132 dans le cas de procédures d'insolvabilité non visées par la présente directive mais qui autorisent l'adoption de mesures de restructuration.* »

³¹² Directive (UE) 2017/1132 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés (JO L 169 du 30.06.2017 p. 46)

³¹³ LECOURT (B.), Transposition de la directive « Restructuration et insolvabilité » : le pouvoir souverain des associés désormais sacrifié par les impératifs de restructuration de leur société en difficulté, préc.

l'entreprise. De même, lorsque le plan de restructuration prévoit l'émission de nouvelles actions, ces dernières pourraient être offertes en priorité aux créanciers à titre d'échange de créances. Par conséquent, la directive « Restructuration et insolvabilité » a ajouté, en son article 32, un article 84 à la directive n° 2017/1132 permettant aux États membres de déroger » sur certains points³¹⁴.

230. Conclusion de la Section I. Ainsi, par la porte du droit des classes de créanciers, le législateur européen semble affirmer la possibilité que le droit des sociétés soit supplanté lorsque l'intérêt de l'entreprise viable en difficulté, supérieur à l'intérêt privé des associés, l'exige. En ce sens, le droit de l'insolvabilité se présente comme un droit spécial des sociétés insolubles.

Section II. – Les évolutions annoncées

231. Les portes ouvertes par la Directive (UE) n°2019/1023 nous conduisent à nous interroger sur la trajectoire du droit européen. Non seulement le droit de l'insolvabilité touche le droit des sociétés par le prisme de l'associé, mais il apparaît que celui-ci peut déroger au droit des sociétés quand des intérêts supérieurs l'exigent.

232. La consécration du droit des classes de créanciers annonce-t-elle une influence du droit de l'insolvabilité sur l'évolution du droit des sociétés ? Va-t-il exister un droit des sociétés en difficulté ?³¹⁵ D'emblée, il peut paraître un peu surprenant que le droit européen prenne l'initiative d'influer sur notre droit national des sociétés par le droit de l'insolvabilité. Mais une fois la réflexion mûrie, la proposition ne paraît plus si surprenante que cela. D'abord, il apparaît que l'activité économique s'exerce désormais principalement sous la forme sociétale³¹⁶. Et le débat n'est pas récent : de nombreuses difficultés résultent de la

³¹⁴ LECOURT (B.), Transposition de la directive « Restructuration et insolvabilité » : le pouvoir souverain des associés désormais sacrifié par les impératifs de restructuration de leur société en difficulté, préc., sur la Directive (UE) n°2017/1132, préc. : « *La convocation d'une assemblée générale des actionnaires en cas de perte grave du capital souscrit* » (art. 58, §1), « *la compétence de l'assemblée générale pour décider une augmentation* » (art. 68), « *ou la réduction du capital* » (art. 73 et 74), « *l'existence du droit préférentiel de souscription* » (art. 72, §1), « *et la compétence de l'assemblée pour le retrait forcé d'actionnaires* » (art. 79, §1, b) ; art. 80, §1 et art. 81).

³¹⁵ En ce sens, v. MARAUD (O.), *Les associés dans le droit des entreprises en difficulté*, LGDJ-Lextenso, « Bibliothèque de droit des entreprises en difficulté », tome 22, 2021

³¹⁶ En ce sens, v. DONDERO (B.), *Les sociétés par les nombres*, D.2022, p. 611 : de nombreuses sociétés créées chaque année en France.

confrontation du droit des entreprises en difficulté au droit des sociétés³¹⁷. Bien que la situation de l'associé ait été éclairée, il ne s'agit pas du seul point de difficulté qui provoque des frictions entre le Livre II et le Livre VI du Code de commerce. Pour ne citer qu'un seul exemple, des débats ont été soulevés concernant la personnalité morale de la société, en cas d'extension de procédure pour cause de confusion de patrimoines ou de fictivité de la personne morale : qu'elle sera la répartition des pouvoirs des organes dirigeants après une extension intervenue en redressement ? La question pose des complexités pratiques avérées pour lesquelles aucune solution n'a encore été trouvée³¹⁸.

233. Conclusion de la Section II. Maintenant que le législateur européen a ouvert la boîte de Pandore en éclairant sur le point particulier de l'associé d'une société en difficulté par le droit des classes de créanciers, il paraît inévitable de marcher vers la construction d'un droit des sociétés en difficulté.

234. Conclusion du Chapitre II. Que ce soit parce que la société est appréhendée par le biais de l'entreprise en droit de l'insolvabilité ou parce que le droit des sociétés doit être articulé avec le droit de l'insolvabilité, il est indéniable que le droit des classes de créanciers est la première étape vers un nouveau droit de l'insolvabilité.

235. Conclusion du Titre I. – Le droit des classes de créanciers entraîne un changement de paradigme. Afin d'assurer la restructuration de l'entreprise viable et de lui éviter la liquidation, le droit européen fait primer le droit de l'insolvabilité sur le droit des sociétés au détriment de l'associé. Ainsi existe-t-il un déséquilibre dans la protection de l'intérêt de l'entreprise et de l'intérêt de l'associé, ce déséquilibre étant justifié par les enjeux qui pèsent sur la protection de ces intérêts : alors que la protection de l'intérêt de l'associé relève de la protection d'un intérêt individuel privé, la protection de l'intérêt de l'entreprise relève de la protection d'un intérêt plus grand et plus général³¹⁹. Il s'agit là de faire primer l'activité

³¹⁷ En ce sens, v. ROUSSEL-GALLE (Ph.), « L'introuvable droit des sociétés en difficulté », préc. ; ROBINE (D.), « L'associé de la société en difficulté : à la recherche du point d'équilibre », préc.

³¹⁸ En ce sens, v. LE CANNU (P.), La société et les groupes de sociétés pendant la période d'observation, in, Le droit des sociétés à l'épreuve des procédures collectives, Colloque CRAJEFDP, 19 mai 2001, LPA n° spéc. 9 janvier 2002, p. 48, spéc. n°34 ; p. 55 ; MONSÉRIÉ-BON (M.-H.), in, Le droit des sociétés à l'épreuve des procédures collectives, colloque préc., débats spéc., p. 61.

³¹⁹ En ce sens, v. BARBIERI (J.-B.), *L'Ordre sociétaire*, préc., §369 s. de manière plus générale sur l'appréhension de la société via l'entreprise : « *Cela n'est en définitive rien d'autre que le combat entre les intérêts privés des associés, donc leur liberté d'entreprendre, et l'intérêt général tel que défini par le législateur ou l'administration* ».

économique, l'emploi et le crédit, quitte à atteindre aux droits de l'associé. Plus encore, le droit des classes de créanciers consacre un devoir financier de l'associé caractérisé par l'obligation de ne pas empêcher la restructuration de l'entreprise viable. L'entreprise étant l'objet du droit des classes de créanciers, elle entraîne l'effacement de la structure sociétaire au profit de cette notion économique. Nul doute que l'atteinte au droit des sociétés par le biais du droit des classes de créanciers n'est qu'une première étape annonçant une modification du droit des sociétés par la porte du droit de l'insolvabilité.

TITRE II. – L’ARTICULATION COMPLEXE

AVEC LE DROIT DES SÛRETÉS

236. Conflit entre droit des sûretés et procédures collectives. Nous l’avons vu, une trop grande efficacité des sûretés peut poser problème dans le cadre d’une procédure collective dès lors que si l’on réalise tous les biens du débiteur, la restructuration devient impossible. À l’inverse, rendre inefficace les sûretés nuit à l’accès au crédit. L’articulation entre le droit des sûretés et le droit des entreprises en difficulté est une tâche délicate qu’il convient d’examiner dans ce dernier titre.

237. Alors que l’on traitait précédemment de l’équilibre entre l’intérêt de l’entreprise viable à être restructurée et l’intérêt des créanciers à être payés par l’examen de l’équilibre entre le droit au rebond et la garantie de l’efficacité des sûretés, il convient de traiter ici de l’équilibre entre les titulaires de sûretés. En effet, l’appréhension des sûretés est inégale dans le cadre du droit des classes de créanciers (**Chapitre I**), ce qui interroge sur la possibilité d’une harmonisation à venir entre le droit des sûretés et le droit des classes de créanciers (**Chapitre II**).

Chapitre I. – D’une appréhension inégale des sûretés

238. Annonce de plan. Alors que la situation de certains titulaires de sûretés est appréhendée par le droit des classes de créanciers tout en posant des difficultés (Section I), les bénéficiaires de fiducie-sûreté en sont exclus (Section II), ce qui amène à en examiner les tenants et les aboutissants.

Section I. – Des intérêts inclus dans la construction

239. Annonce de plan. Lorsque les titulaires de sûretés sont affectés par le plan, deux règles issues du droit des classes de créanciers méritent une attention particulière lorsqu’elles sont appliquées aux titulaires de sûretés : il s’agit, d’une part, de la règle de la priorité absolue

(§1), d'autre part, de la règle du meilleur intérêt des créanciers ou *best-interest-test-of-creditors* (§2).

§1. – Les difficultés liées à la règle de la priorité absolue

240. Pour rappel, lorsque le tribunal impose l'application forcée interclasse, l'une des conditions est le respect de la règle de la priorité absolue³²⁰. La règle impose que « les créances des créanciers affectés d'une classe qui a voté contre le plan sont intégralement désintéressées par des moyens identiques ou équivalents lorsqu'une classe de rang inférieur a droit à un paiement ou conserve un intéressement dans le cadre du plan ».

241. La règle de priorité absolue n'est pas sans difficulté lorsqu'il s'agit de l'appliquer aux titulaires de sûretés³²¹. En effet, la formulation repose sur un classement hiérarchique des créanciers qui ne restitue pas la réalité de la situation des titulaires de sûretés spéciales³²². Il est donc en principe difficile de dire quelle classe de titulaires de sûretés réelles est d'un rang préférable à un autre.

242. Ainsi, à défaut de convention de subordination entre créanciers, la règle de la priorité absolue aux titulaires de sûretés réelles rencontre beaucoup de difficultés à s'appliquer.

³²⁰ Art. L. 626-32, I, 3° C. com. ; pour un commentaire de la règle de priorité absolue, v. DEBEINE (O.), ROSIER (E.), *La règle de priorité absolue, catalyseur des négociations*, RPC, n°2, spéc. 3.

³²¹ FAVRE-ROCHEX (C.), *Sûretés et procédures collectives*, LGDJ-Lextenso, « Bibliothèque de droit des entreprises en difficulté », tome 19, 2020, 441 : « *C'est en effet en cas de concours, dans le cadre de la distribution des deniers issus de la réalisation du bien grevé, que le classement des bénéficiaires de sûretés réelles trouve son terrain d'élection. En d'autres termes, le créancier titulaire d'une sûreté réelle de rang inférieur ne consent nullement, hors de l'hypothèse d'un concours, à obtenir le paiement de sa créance après que le créancier plus favorablement classé a obtenu son paiement. Organiser le paiement des créanciers, dans le cadre du plan de restructuration, en fonction du classement des droits de préférence, aboutirait ainsi à ne désintéresser les titulaires de sûretés bénéficiant d'un rang médiocre qu'au terme du plan* ».

³²² LUCAS (F.-X.), *Les plans de sauvegarde et de redressement adoptés par les classes de parties affectées*, préc., p.50 : « *cette formulation repose sur un classement hiérarchique entre les créanciers, qui ne restitue pas la réalité de la situation des titulaires de sûretés spéciales, dont le droit de préférence s'exerce sur une assiette qui diffère d'un créancier à un autre, celle que constitue le bien grevé par chacune de ces sûretés. Il n'est donc pas toujours possible de dire quelle classe de créanciers titulaires d'un certain type de sûreté réelle est d'un rang préférable à un autre. Le rang d'une classe de créanciers hypothécaires n'est pas comparable à celui d'une classe de créanciers nantis sur le fonds de commerce puisque le droit de préférence que confèrent ces sûretés ne s'exerce pas sur la même assiette, de sorte qu'il n'est pas possible de dire laquelle de ces deux classes à un « rang inférieur »* ».

§2. – Des difficultés liées au test du meilleur intérêt des créanciers

243. Le test du meilleur intérêt des créanciers consiste « *lorsque des parties affectées ont voté contre le projet de plan, aucune de ces parties affectées ne se trouve dans une situation moins favorable, du fait du plan, que celle qu'elle connaîtrait s'il était fait application soit de l'ordre de priorité pour la répartition des actifs en liquidation judiciaire ou du prix de cession de l'entreprise en application de l'article L. 642-1, soit d'une meilleure solution alternative si le plan n'était pas validé* »³²³.

244. Concernant les titulaires de sûretés, le test du meilleur intérêt des créanciers n'a pas la même portée selon que le titulaire est celui d'un droit préférentiel ou d'un droit exclusif. Dans le second cas, il subsiste un risque manifeste que le droit exclusif ne permette pas seulement au titulaire de la sûreté une garantie de paiement mais un véritable pouvoir sur l'issue de la procédure³²⁴.

245. En effet, lorsqu'il s'agit d'un réservataire³²⁵, d'un rétenteur³²⁶, ou encore d'un cessionnaire Dailly³²⁷, qui sont les mieux traités en liquidation judiciaire, il se peut que ces titulaires de droits exclusifs utilisent systématiquement la méconnaissance du test du meilleur intérêt des créanciers pour s'opposer au plan de restructuration. Dans ce cas, l'échec du plan pourrait conduire l'entreprise, qui aurait pu être restructurée, en liquidation où l'efficacité de l'ensemble des sûretés sera pleinement restaurée.

246. Ainsi, le titulaire de droits exclusifs, s'il est affecté par le plan de restructuration, disposera d'un pouvoir manifestement excessif dès lors où son opposition peut entraîner la liquidation de la société. Ici subsiste un rapport déséquilibré entre les intérêts de l'entreprise à être restructurée et celui du créancier à se faire payer puisque l'efficacité de la sûreté du titulaire de droit exclusif ne sert plus seulement à garantir le paiement de sa créance mais également à décider du sort de l'entreprise³²⁸.

³²³ Art. L. 626-31, 4°.

³²⁴ En ce sens, v. FAVRE-ROCHEX (C.), *Sûretés et procédures collectives*, préc., §447 ; BONDAT (D.), « Menaces par ordonnance. À propos des articles 16 et 64 du projet de loi relatif à la croissance et à la transformation des entreprises » préc.

³²⁵ Art. 2367 C.civ. : sur la clause de réserve de propriété.

³²⁶ Art. 2286 C. civ. : sur le droit de rétention.

³²⁷ Art. L.313-24 CMF. : sur la cession Dailly

³²⁸ DUPICHOT (Ph.), « Les sûretés réelles à l'épreuve des procédures collectives, Entre passé, présent et avenir », préc. : « *La sûreté réelle renfermerait alors certes une préférence de paiement – d'ordre substantiel – mais*

247. Il n'y a plus qu'à espérer que les plans proposés prendront soin de ne pas affecter le titulaire de sûretés exclusives puisque le bénéfice d'une sûreté conférant une exclusivité immunisera le créancier contre tout risque d'atteinte par le plan à ses droits.

248. Conclusion de la section I. L'appréhension des sûretés des titulaires affectés par le plan dans le cadre d'une procédure avec classes de créanciers pose des difficultés manifestes en raison de l'articulation complexe entre le droit des sûretés et le droit des entreprises en difficulté.

Section II. – Des intérêts exclus de la construction

249. La loi prévoit expressément que les bénéficiaires de fiducie-sûreté sont écartés de la procédure des classes de créanciers. En effet, « pour les parties affectées bénéficiaires d'une fiducie constituée à titre de garantie par le débiteur, sont seuls pris en compte les montants de leurs créances non assorties d'une telle sûreté »³²⁹.

250. La fiducie-sûreté étant une sûreté exclusive puisque le créancier n'est en concours avec personne lorsqu'il la met en œuvre³³⁰, au vu des développements ci-dessus, il est aisé de comprendre pourquoi le législateur a voulu écarter la fiducie-sûreté³³¹. À ce titre, il faut préciser si la fiducie est constituée avec ou sans dépossession, puisque dans le second cas, l'efficacité de la sûreté est neutralisée³³².

251. Une première réflexion peut résulter de la mention par le législateur « pour les parties affectées bénéficiaires d'une fiducie à titre de garantie ». Les bénéficiaires d'une

aussi une aptitude pour le créancier à rester maître de son destin, sans subir le vote majoritaire d'une classe "inférieure" ni voir sa volonté de consentir des remises ou délais par trop contrainte – soit une préférence d'ordre procédural ».

³²⁹ L. 626-30 C. com.

³³⁰ Rapp., v. FAHRI (S.), *Fiducie-sûreté et droit des entreprises en difficulté*, LGDJ-Lextenso, « Bibliothèque de droit des entreprises en difficulté », Tome 6, 2016

³³¹ LLEDO (C.), *Essai d'une théorie générale des sûretés réelles : Plaidoyer d'une théorie générale des sûretés réelles*, préc., §720 : « Si les bénéficiaires de fiducie n'étaient pas exclus des classes de créanciers : « l'apparition d'un pouvoir de veto au profit de créanciers – essentiellement les titulaires de droits exclusifs, aujourd'hui quasiment assurés de percevoir le montant de leur créance en cas d'ouverture d'une liquidation judiciaire – qui auraient tendance à opter en faveur de la liquidation afin de percevoir rapidement une portion de leur créance, au détriment des chances de redressement de l'entreprise en difficulté. »

³³² Art. L. 622-23-1 C. com.

fiducie-sûreté sont-ils des parties affectées ? La réponse est évidemment négative, il semble que ce que le législateur a voulu énoncer est que dans le cas où un créancier est affecté par le plan pour l'une de ses créances qui ne sont pas garanties par une fiducie-sûreté et qu'il détient également une créance garantie par une fiducie-sûreté alors seule sa créance non garantie par une fiducie-sûreté pourra être affectée par le plan.

252. Une seconde réflexion revient à se demander pourquoi avoir affirmé l'exclusion de la fiducie-sûreté et pas des autres sûretés exclusives ? Il s'agit d'une curiosité, la portée de ces sûretés semblant conduire à la même solution à chaque fois, c'est-à-dire l'immunité pour le créancier contre tout risque d'atteinte par le plan à ses droits. Il est à remarquer que l'interrogation existait déjà à l'époque des comités de créanciers.

253. Conclusion de la section II. Finalement, le problème avec ces sûretés exclusives n'est pas tant qu'elles protègent le créancier car là est l'objet d'une sûreté : garantir le paiement de la créance. Le problème est davantage qu'en tout état de cause, il est peu probable que le titulaire de sûretés exclusives soit enclin à s'investir dans la procédure ce qui n'ira pas dans un sens favorable au rebond du débiteur.

254. Conclusion du chapitre I. L'articulation entre le droit des sûretés et le droit des entreprises en difficulté est d'une complexité avérée. Outre les difficultés techniques liées à l'application des règles de priorité absolue et de meilleur intérêt des créanciers aux titulaires de sûretés, c'est l'essence même de ces deux droits qui rendent l'articulation difficile³³³. Alors que les titulaires de sûretés préférentielles seront enclins à s'investir dans la procédure afin de favoriser la restructuration de l'entreprise viable et espérer obtenir un meilleur paiement qu'en cas d'ouverture d'une liquidation judiciaire, le constat inverse est effectué pour les titulaires de sûretés exclusives.

³³³ LE CORRE (P.-M.), La situation contrastée des créanciers titulaires de sûreté, BJE200m3, p. 78 : « *il n'y a guère en réalité de finalités plus éloignées que celles du droit des sûretés et celles du droit des entreprises en difficulté. Les premières ont pour objet d'assurer une protection maximale au bénéficiaire de la garantie en lui assurant un paiement plus certain. Les secondes cherchent à placer le bénéficiaire de la procédure collective dans la situation la meilleure pour assurer son sauvetage. La satisfaction individuelle est au cœur du droit des sûretés ; le sauvetage de l'entreprise au centre du droit des entreprises en difficulté, à moins qu'il ne soit question de procédure liquidative* ».

Chapitre II. – D’une harmonisation inachevée

255. Annonce de plan. Après avoir évoqué les difficultés relatives à l’articulation entre le droit des sûretés et le droit des classes de créanciers, peut-être peut-on évoquer une possible harmonisation tant sur la cohérence technique (Section I) que sur la cohérence politique (Section II) ?

Section I. – Pour une cohérence technique

256. Il convient de formuler deux réflexions dans ce cadre. La première concerne l’application de la règle de la priorité absolue (§1). La seconde concerne le sort des titulaires de sûretés exclusives dans le cadre du droit des classes de créanciers (§2).

§1. – Permettre l’application de la règle de la priorité absolue

257. Nous l’avons vu, la règle de la priorité absolue pose des interrogations. Il serait bon que le législateur fixe ce qu’il entend par le désintéressement intégral d’une classe supérieure avant une classe inférieure qui a droit à un paiement.

258. Ensuite et surtout, le législateur doit proposer une méthode adéquate afin de classer les titulaires de sûretés réelles affectées dans un ordre hiérarchique. Il pourrait par exemple prévoir l’obligation de constituer des accords de subordination permettant d’identifier clairement la hiérarchie des classes.

§2. – Fixer uniformément le sort des titulaires de sûretés exclusives

259. La loi ne précise que le sort des bénéficiaires d’une fiducie-sûreté constitué par le débiteur qui ne peuvent être affectés par le plan de restructuration lorsque celui-ci est élaboré en classes. Ils n’y participent pas et n’y votent pas. Pour les autres titulaires de sûretés exclusives, la loi est silencieuse. Afin de faire prévaloir la cohérence technique, il serait bon que le législateur décide de préciser le sort des autres titulaires de sûretés exclusives. Il pourrait par exemple les exclure de la même manière qu’il le fait pour les bénéficiaires de fiducie-sûreté.

Section II. – Pour une cohérence politique

260. Un seul point retiendra notre attention et concerne les sûretés exclusives. De la réserve de propriété en 1980 à la cession de créance à titre de garantie en 2021 en passant par la cession Dailly en 1981 et la fiducie en 2007, le législateur n'a eu de cesse de permettre l'efficacité de sûretés exclusives concomitamment à la paralysie des sûretés préférentielles. Dans le même temps, le législateur, en droit des entreprises en difficulté, n'a eu cesse que d'essayer de favoriser le rebond du débiteur. Il va falloir choisir. Les sûretés réelles exclusives, si elles protègent l'intérêt des créanciers de manière efficace, sont incompatibles avec la protection de l'intérêt de l'entreprise viable en difficulté qui cherche à réorganiser son activité, maintenir ses emplois. En favorisant les droits exclusifs, la sauvegarde ou le redressement de l'entreprise devient moins probable, il contribue même à l'inverse.

261. Dès lors que l'entreprise en difficulté a des chances de rebondir, son intérêt ne doit-il pas primer sur l'intérêt du créancier ? L'intérêt plus général de favoriser l'activité économique, maintenir les emplois ne doit-il pas primer sur l'intérêt privé du créancier d'obtenir paiement ? « Si le législateur désire toujours sauver les entreprises en difficulté, l'efficacité de l'exclusivité doit nécessairement être battue en brèche »³³⁴.

262. Conclusion du chapitre II. Finissons ce chapitre par une citation du Professeur Pierre-Michel Le Corre : « *En fait il est plutôt question de touches subtiles dans cette construction née de la confrontation entre le droit des sûretés et le droit des entreprises en difficulté, qui relèverait plus de la mosaïque que d'un édifice homogène. Cela ne ressemble pas à l'homogénéité d'une cathédrale gothique, mais fait plutôt penser à une sorte de cathédrale de Cordoue, construite sur une mosquée et qui serait modifiée façon Sagrada Familia de Barcelone, pour les aspirations d'une certaine modernité. L'édifice est-il beau ? On ne sait pas ! Est-il stable ? Assurément non !* »³³⁵.

263. Conclusion du Titre II. L'articulation du droit des sûretés avec le droit des classes de créanciers soulève des interrogations tant techniques que politiques. Si le droit des

³³⁴ LLEDO (C.), Essai d'une théorie générale des sûretés réelles : Plaidoyer d'une théorie générale des sûretés réelles, préc., §720

³³⁵ LE CORRE (P.-M.), La situation contrastée des créanciers titulaires de sûreté, préc., p.78

sûretés et le droit des entreprises en difficulté semblent défendre des intérêts fondamentalement opposés, peut-être que le droit des classes de créanciers pourra servir de point de jonction entre les deux droits.

264. Conclusion de la Partie II. Un équilibre existe-t-il entre les objectifs prônés par le droit des classes de créanciers et les objectifs prônés par le droit des parties prenantes ?

Concernant l'articulation avec le droit des sociétés, le droit des classes de créanciers entraîne un changement de paradigme. Afin d'assurer la restructuration de l'entreprise viable et de lui éviter la liquidation, le droit européen fait primer le droit de l'insolvabilité sur le droit des sociétés au détriment de l'associé. Alors que la protection de l'intérêt de l'associé relève de la protection d'un intérêt individuel privé, la protection de l'intérêt de l'entreprise relève de la protection d'un intérêt plus grand et plus général³³⁶. Il s'agit là de faire primer l'activité économique, l'emploi et le crédit, quitte à atteindre aux droits de l'associé. L'entreprise étant l'objet du droit des classes de créanciers, elle entraîne l'effacement de la structure sociétaire au profit de cette notion économique.

Concernant l'articulation avec le droit des sûretés, si le droit des classes de créanciers permet le respect de l'intérêt du titulaire de sûretés dans le cadre de la procédure d'adoption du plan de restructuration de l'entreprise viable, il le fait dans le cadre d'un maintien de l'équilibre des intérêts en présence, dans un objectif de négociation et de favorisation de la participation des parties prenantes. Ainsi, l'effectivité des sûretés est assurée par différents mécanismes de vérification et de contrôle. Il ne faut pas perdre de vue que tout cela est construit primordialement pour favoriser la restructuration de l'entreprise viable et lui éviter une liquidation inutile. Si dans ce cadre, les titulaires de sûretés sont libres de prendre les décisions les concernant, ces décisions ne doivent pas excessivement impacter la procédure. Ainsi, les sûretés permettant un droit exclusif sont profondément incompatibles avec la procédure de restructuration. Le déséquilibre créé est insatisfaisant. Il faudra choisir. Favoriser le rebond ou développer les sûretés exclusives, faire les deux relève de l'impossible.

³³⁶ En ce sens, v. BARBIERI (J.-B.), *L'Ordre sociétaire*, préc., §369 s. de manière plus générale sur l'appréhension de la société via l'entreprise : « *Cela n'est en définitive rien d'autre que le combat entre les intérêts privés des associés, donc leur liberté d'entreprendre, et l'intérêt général tel que défini par le législateur ou l'administration* ».

CONCLUSION GÉNÉRALE

265. L'équilibre des intérêts en présence est-il rétabli dans le cadre de la nouvelle construction des classes de créanciers ? Voilà la problématique que nous avons posée au début de cette étude.

Le premier équilibre qui a été confronté par notre étude est l'intérêt de l'entreprise viable, qui a la volonté de favoriser sa restructuration, par rapport à l'intérêt des créanciers, qui ont la volonté d'obtenir le paiement de leurs droits. Dans ce cas, le mécanisme des classes de créanciers dans la procédure de restructuration est perçu comme un vecteur de conciliation entre les intérêts du débiteur et les intérêts des parties prenantes qui sont notamment les intérêts des créanciers et ceux des détenteurs de capital. Plus objectivement, il s'agit de favoriser le rebond du débiteur tout en sécurisant le crédit. La sécurisation du crédit passant par la protection de l'effectivité des sûretés et par la maîtrise des détenteurs de capital. La transposition de la directive en droit français offre de nouveaux outils au droit des entreprises en difficulté pour respecter l'équilibre des intérêts en présence.

Le deuxième équilibre qui a été confronté par notre étude est l'intérêt de l'entreprise viable par rapport à l'intérêt des associés de la société. Le droit des classes de créanciers entraîne un changement de paradigme. Afin d'assurer la restructuration de l'entreprise viable et de lui éviter la liquidation, le droit européen fait primer le droit de l'insolvabilité sur le droit des sociétés au détriment de l'associé. Ainsi existe-t-il un déséquilibre justifié dans la protection de l'intérêt de l'entreprise et de l'intérêt de l'associé. Ce déséquilibre étant justifié par les enjeux qui pèsent derrière la protection de ces intérêts. Alors que la protection de l'intérêt de l'associé relève de la protection d'un intérêt individuel privé, la protection de l'intérêt de l'entreprise relève de la protection d'un intérêt plus grand et plus général. Il s'agit là de faire primer l'activité économique, l'emploi et le crédit, quitte à atteindre aux droits de l'associé.

Le troisième équilibre qui a été analysé est celui de l'intérêt de l'entreprise par rapport à l'intérêt du titulaire de sûretés. Si dans ce cadre, les titulaires de sûretés sont libres de prendre les décisions les concernant, ces décisions ne doivent pas excessivement impacter la procédure. Ainsi, les sûretés permettant un droit exclusif sont profondément incompatibles avec la procédure de restructuration. Le déséquilibre créé est insatisfaisant. Il faudra choisir. Favoriser le rebond ou développer les sûretés exclusives, faire les deux relève de l'impossible.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES GÉNÉRAUX, MANUELS, TRAITÉS

BORGA (N.), JACQUEMONT (A.) et MASTRULLO (T.), Droit des entreprises en difficulté, LexisNexis, 9^{ème} édition, 2020

LE CORRE (P.-M.), Droit et pratique des procédures collectives, Dalloz Action, 9^{ème} édition

LUCAS (F.-X.), Manuel de droit de la faillite, PUF, coll. Droit fondamental, 3^{ème} édition, 2021

PÉROCHON (F.), Entreprises en difficulté, LGDJ, 10^{ème} édition, 2014

SAINT-ALARY-HOUIN (C.), MONSÈRIÉ-BON (M.-H.) et HOUIN-BRESSAND (C.), Droit des entreprises en difficulté, LGDJ-Lextenso, coll. Précis Domat, 12^{ème} édition, 2020

II. OUVRAGES SPÉCIAUX, THÈSES, MONOGRAPHIE

THÈSES

BARBIERI (J.-B.), *L'Ordre sociétaire*, LGDJ-Lextenso, « Bibliothèque de droit des entreprises en difficulté », tome 26, 2021

CERATI-GAUTHIER (A.), *La société en procédure collective et son associé : entre indépendance et influence*, thèse, PUAM, 2002

COUTURIER (G.), *Droit des sociétés et droits des entreprises en difficulté*, LGDJ-Lextenso, « Bibliothèque de droit des entreprises en difficulté », Tome 2, 2013

DUMONT (R.), *Les devoirs de l'actionnaire*, thèse, Paris I, novembre 2021

FAHRI (S.), *Fiducie-sûreté et droit des entreprises en difficulté*, LGDJ-Lextenso, « Bibliothèque de droit des entreprises en difficulté », Tome 6, 2016

FAVRE-ROCHEX (C.), *Sûretés et procédures collectives*, LGDJ-Lextenso, « Bibliothèque de droit des entreprises en difficulté », tome 19, 2020

GINOSSAR (S.), *Droit réel, propriété et créance : élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Paris, LGDJ, 1960

HOUSSIN (M.), *La subordination de créance. Analyse de la subordination à l'épreuve de la procédure collective*, LGDJ-Lextenso, « Bibliothèque de droit des entreprises en difficulté », Tome 15, 2018

LLEDO (C.), *Essai d'une théorie générale des sûretés réelles : Plaidoyer d'une théorie générale des sûretés réelles*, Thèse Paris II, soutenue le 30 novembre 2020

MARAUD (O.), *Les associés dans le droit des entreprises en difficulté*, LGDJ-Lextenso, « Bibliothèque de droit des entreprises en difficulté », tome 22, 2021

STANKIEWICZ-MURPHY (S.), *L'influence du droit américain de la faillite en droit français des entreprises en difficulté : vers un rapprochement des droits ?* Thèse dact., Strasbourg, 2011

TANGER (M.), *La faillite en droit fédéral des États-Unis*, thèse, Economica, Paris, 2002

III. ARTICLES, NOTES, ÉTUDES ET CHRONIQUES

ANSAULT (J.-J.), MAULÉON (A.), De quelques difficultés d'interprétation relatives aux classes de créanciers, D. 2022, p. 305

BLANDIN (Y.), « Le nouveau paysage des sûretés au sein des procédures collectives », Gaz. Pal. 2 nov. 2021, n°428j3, p. 16

BONDAT (D.), « Menaces par ordonnance. À propos des articles 16 et 64 du projet de loi relatif à la croissance et à la transformation des entreprises », Dr. Soc. 2019, p. 35 s., n°14

BONNEAU (T.), « Le mécanisme dit du cross-class cram-down », RPC 2020, étude 11

BONHOMME (R.), « La place des établissements de crédits dans les nouvelles procédures collectives, in Mél. à Bernard BOULOC, Dalloz, 2007, n°31, p.74

BORGA (N.) et THÉRON (J.), « Ordonnance du 15 septembre 2021 réformant le droit des entreprises en difficulté, un tournant ? », D. 2021. 1773.

BOURBOULOUX (H.), « L'éviction des actionnaires d'une société en redressement judiciaire », BJE 2016, p.287

BRÉMOND (G.) et SCHOLASTIQUE (E.), Réflexions sur la composition des comités de créanciers, JCP E 2006, n°10, p.466

BUISINE (O.), « Des classes de créanciers », BJE nov. 2021, n°200i3, p. 44.

COURET (A.),

- « Les devoirs de l'actionnaire et le droit des sociétés », in « Les devoirs de l'actionnaire », Gaz. Pal. 6 juin 2016, p. 14, n°11

- « L'entreprise est-elle réfractaire au droit de propriété ? », D. 2019, p.249

DAMMANN (R.),

- RLDA 2006, n°3, p.65

- L'introduction des classes de créanciers dans l'optique d'une harmonisation franco-allemande des procédures d'insolvabilité, in Mél. Claude WITZ, LexisNexis, novembre 2018, p.22

DEBEINE (O.), ROSIER (E.), La règle de priorité absolue, catalyseur des négociations, RPC, n°2, spéc. 3.

DEHARVENG (J.), Bull. actual. Lamy comm, n°182, nov. 2005, p.5

DELZANT (E.), « Le nouveau régime de la restructuration préventive en Allemagne », BJE 2021, n°2, p.64

DIESBECQ (A.), LAROCHE (M.), « Le nouveau rôle des parties prenantes : les détenteurs de capital », JCP E 2021. 1530.

DOCKÈS (E.), Notion de contrat de travail, Semaine sociale Lamy, n°1494

DONDERO (B.), Les sociétés par les nombres, D.2022, p. 611

DUMONT-LEFRAND (M.-P.), « Les plans : quelle place pour les actionnaires », RPC 2014, dossier 20

DUPICHOT (Ph.), « Les sûretés réelles à l'épreuve des procédures collective, entre passé, présent et avenir », in Mélanges Laurent AYNÈS, décembre 2019

EHRET (P.), « Les groupes de créanciers (et assimilés) en droit allemand de l'insolvabilité », RPC mai-juin 2019, dossier 18.

FARGES (J.-P.), Complexité dans l'organisation et la constitution des comités de créanciers : le cas d'école de la sauvegarde de CGG, BJE juill. 2018, n°116c0, p.293

FAVRE-ROCHEX (C.), « Une nouvelle réforme du livre VI du Code de commerce ! », BJE sept. 2021, n°200g9, p.37

FLEURY (B.), ROBÉ (J.-P.), FARGES (J.-P.) et FENDER (P.-M.), Les classes de créanciers dans le nouveau droit des procédures collectives : pistes de réflexion, Fusions & Acquisitions Magazine, Septembre-Octobre 2019

HAZARD (J.), « Les procédures d'insolvabilité aux États-Unis », LPA 2005, n°119, p.12, spéc. 1

HOUIN (R.), « Permanence de l'entreprise à travers la faillite », in Baron L. FRÉDÉRICQ, Liber amicorum, 1965, p.609

HOUIN-BRESSAND (C.), PÉROCHON (F.), « Quelle efficacité pour l'hypothèque unique dans le droit des procédures collectives ? », RDBF mars-avril 2016, dossier 16, n°26

HOUSSIN (M.),

- « La notion de partie affectée », LEDEN, n°9, Octobre 2021, 200h4
- « La constitution des classes de parties affectées », LEDEN, n°9, Octobre 2021, 200h5
- « L'adoption du plan par les parties affectées », LEDEN, n°9, Octobre 2021, 200h6

LACROIX (É.), La « communauté d'intérêt suffisante » ou le nœud gordien de la constitution des classes de créanciers, BJE sept. 2021, n°200c7, p.42

LAFURIE (K.), « Cadres de la restructuration préventive – Aspects de droit des sociétés », APC 2019, alerte 201.

LAROCHE (M.), L'implication des associés, BJE200m9, p. 66

LE CANNU (P.), La société et les groupes de sociétés pendant la période d'observation, in, Le droit des sociétés à l'épreuve des procédures collectives, Colloque CRAJEFDP, 19 mai 2001, LPA n° spéc. 9 janvier 2002, p. 48, spéc. n°34 ; p. 55

- La situation contrastée des créanciers titulaires de sûreté, BJE200m3, p. 78

LECOURT (B.), « Transposition de la directive « Restructuration et insolvabilité » : le pouvoir souverain des associés désormais sacrifiés par les impératifs de restructuration de leur société en difficulté », Rev. Sociétés, 2022. 126.

LUCAS (F.-X.),

- « Les associés et la procédure collective », Colloque CRAJEFDP, 19 mai 2001, LPA n° spéc. 9 janvier 2002, p.7, spéc. n°2
- « L'associé face à la dette », Revue Droit & Affaires, 18^{ème} édition, 2021
- « Transposition de la directive insolvabilité », LEDEN, n°9, Octobre 2021, 200h0
- Les plans de sauvegarde et de redressement adoptés par les classes de parties affectées, BJE200k9, p.45

MONSÈRIÉ-BON (M.-H.),

- Le droit des sociétés à l'épreuve des procédures collectives, , in, Le droit des sociétés à l'épreuve des procédures collectives, Colloque CRAJEFDP, 19 mai 2001, LPA n° spéc. 9 janvier 2002, p. 61.
- « L'effet réel », in P.-M. LE CORRE (dir.), *Les grands concepts du droit des entreprises en difficulté*, Dalloz, 2018, p. 63

PÉROCHON (F.), Réflexions sur la constitution des comités de créanciers, BJE 2017. 447.

PÉROCHON (F.), DELZANT (E.), BOCHÉ-ROBINET (M.), CARAMALLI (D.),
« Améliorer les restructurations d'entreprises : approche comparée des droits et meilleurs pratiques en France et en Allemagne », BJE juill. 2019, p.55

- PICOD (N.)**, LA directive Restructuration et insolvabilité du 6 juin 2019 : tout changer pour que rien ne change, R.A.E. – L.E.A. 2019/3, p.585
- RÉMÉRY**, L'appel dans la loi de sauvegarde des entreprises, JCP 2008. I. 103, n° 19
- ROBINE (D.)**, « L'associé de la société en difficulté : à la recherche du point d'équilibre », in Mél. Alain COURET, 2020, p.779
- ROUSSEL-GALLE (Ph.)**, « L'introuvable droit des sociétés en difficulté », in Mél. Philippe MERLE, 2013, p. 607
- SAINT-ALARY-HOUIN (C.)**, « De la faillite au droit des entreprises en difficulté – Regards sur les évolutions du dernier quart de siècle », in J. Krynen et M. Hecquard-Théron (dir.), *Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit*, T. 1, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2005, p. 389 et s., n° 105
- VALLENS (J.-L.)**,
- RLDA, sept. 2005, p. 13, n°11, et D. 2004, p. 2420
 - « L'avènement des classes de créanciers, une révolution pour les sûretés réelles ? », RPC, n°4, dossier 17 ;
- VERKINDT (P.-Y.)**, « L'entreprise », in B. TEYSSIÉ (dir), *Les notions fondamentales du droit du travail*, Éditions Panthéon-Assas, 2009, p.43, spéc. n° 64, p. 45
- VERMEILLE (S.)**, **JAUFFRET (T.)**, et **LOUDIN (P.)**, Commentaire du rapport du Haut Comité Juridique de la Place Financière de Paris sur les « classes de créanciers pour la transposition de la directive du 20 juin 2019 relative aux cadres de restructuration préventive », RTDF, n°4, 2020

IV. RÉPERTOIRES, RECUEILS, CODES ET DICTIONNAIRES

CODES

- Code des procédures collectives**, annoté et commenté, Dalloz, 19^{ème} édition, 2021
- Code des procédures collectives**, annoté et commenté, Dalloz, 20^{ème} édition, 2022
- Code des sociétés**, annoté et commenté, Dalloz, 37^{ème} édition, 2021
- Code des sociétés**, annoté et commenté, Dalloz, 38^{ème} édition, 2022

V. RAPPORTS ET DIVERS

RAPPORTS

Rapport Altarès-Deloitte, L'entreprise en difficulté en France en 2018. Une fin de cycle ?, mars 2019

Rapport du Haut Comité de la place financière de Paris (HCJP) du 25 septembre 2020 sur les classes de créanciers pour la transposition de la directive du 20 juin 2019 relative aux cadres de restructuration préventive

Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés

Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2021-1193 du 15 septembre 2021 portant modification du livre VI du code de commerce

VI. TEXTES

Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789

L. du 13 juillet 1967

L. du 1^{er} mars 1984 et 25 janvier 1985

L. du 10 juin 1994

L. de sauvegarde des entreprises du 16 juillet 2005

Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne

Ord. du 18 décembre 2008 ; L. du 22 octobre 2010

Ord. du 12 mars 2014

Règlement n°2015/848 du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité

L. du 6 août 2015

Directive (UE) n°2019/1023 du 20 juin 2019 relative aux cadres de restructuration préventive, à la remise de dettes et aux déchéances, et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes, et modifiant la directive (UE) 2017/1132 (directive sur la restructuration et l'insolvabilité)

L. du 22 mai 2019 dite Loi PACTE

Ordonnance n°2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés

Ordonnance n°2021-1193 du 15 septembre 2021 portant modification du livre VI du code de commerce

Décrets d'application du 23 septembre 2021

VII. JURISPRUDENCES

CJCE, 23 avril 1991, C-41/90, *Höfner*

Com., 9 mars 1993, 91-14.685, *Flandin*

Com., 17 mai 1994, *Usinor*, n°91-21.364

Cass. Com, 3 juillet 2012, *Sodimédical*, n°11-18.026

Paris, 17 septembre 2013, n°12/02203

CA Paris, 11 mai 2016, *Ludendo*, BJE 2016, n°98

VIII. DOCTRINES ÉTRANGÈRES

OUVRAGES

PRACTICAL LAW BANKRUPCY & RESTRUCTURING AND PRATICAL LAW FINANCE, Chapter 11 Creditors' Committees, Pratical Law Praticce Note 1-508-8252 (2019)

ARTICLES

J.-C. ANDERSON, Classification of Claims and Interests in Reorganisation Cases under the New Bankruptcy Code, 58 AM. BANKR. L.J. 99 (1984)

Peter C. BLAIN & Diane H. O'GAWA, Creditors' committees under chapter 11 of the united states bankruptcy code: creation, composition, powers and duties, 73 Marq. L. Rev. 581 (1990)

Steven A. FRIEZE, Creditors' committee in a Chapter 11 case – compared with the UK system, *Insolv. Int.* 2014, 27(2), 28-31 (2014)

Greg M. ZIPES & Lisa L. LAMBERT, Creditors' committee formation dynamics: issues in the real world, 77 Am. Bankr. L.J. 229 (2003)

TABLE DES MATIÈRES

AVERTISSEMENT	3
PRINCIPALES ABRÉVIATIONS	7
SOMMAIRE	9
INTRODUCTION GÉNÉRALE	11
PREMIÈRE PARTIE. – UNE CONSTRUCTION DIRIGÉE PAR L’INTÉRÊT DE L’ENTREPRISE VIABLE	19
TITRE I. – LA RECONSTRUCTION NÉCESSITÉ	20
Chapitre I. – De l’ancienne construction insuffisante	20
Section I. – Des comités de créanciers lacunaires	20
§1. – Des comités constitués	21
A- Les règles posées	21
B- Les difficultés engendrées	23
§2. – Des comités actionnés	26
A- Le fonctionnement envisagé	26
B- Les dysfonctionnements constatés	28
Section II. – La place recherchée des associés	30
§1. – L’implication nécessaire	30
A- Une modification du capital	31
B- Une modification des statuts	31
§2. – L’implication insatisfaisante	32
A- L’insuffisance du droit des sociétés	32
B- L’insuffisance du droit des entreprises en difficulté	33
Chapitre II. – De l’équilibre recherché	35
Section I. – La recherche influencée	35
§1. – Le système anglo-américain	35
A- La tendance américaine	35
B- L’équilibre des mesures quant à l’adoption du plan de restructuration	36
§2. – Le système allemand	37
A- La tendance allemande	38
B- L’équilibre des mesures quant à l’adoption du plan de restructuration	38
Section II. – La recherche achevée	40
§1. – Les objectifs harmonisés	40
A- Favoriser le rebond du débiteur	41
B- Sécuriser le crédit	42
§2. – La construction européenne proposée	42

A-	Un socle impératif.....	43
B-	Des options laissées aux États.....	43
TITRE II. – LA CONSTRUCTION CONSACRÉE.....		45
Chapitre I. – Des classes constituées.....		45
Section I. – Les intérêts des créanciers pris en compte.....		47
§1. – L’affectation des créanciers.....		47
A-	Les créanciers affectés	47
B-	Les créanciers exclus	48
§2. – La répartition des créanciers.....		49
A-	Une dualité minimale.....	50
B-	Une multiplicité requise	53
Section II. – Les intérêts des détenteurs de capital remis en cause.....		57
§1. – La notion nouvelle de détenteur de capital.....		58
B-	L’interprétation française.....	60
§2. – La participation des détenteurs de capital		62
A-	L’affectation des détenteurs de capital.....	62
B-	La répartition en classes.....	62
Chapitre II. – Des classes actionnées.....		63
Section I. – La restructuration arrêtée		63
§1. – Par l’équilibre naturel		64
A-	Les modalités de vote.....	64
1)	Le vote des classes de parties affectées.....	65
2)	Les classes de détenteurs de capital	66
B-	Le processus d’adoption.....	68
1)	La vérification du plan	68
2)	Le contrôle d’équité ou test du meilleur intérêt des créanciers.....	69
§2. – Par l’équilibre restauré		70
A-	La dissidence des créanciers affectés.....	70
1)	L’application forcée interclasse	70
2)	La justification.....	74
B-	La dissidence des détenteurs de capital.....	75
1)	L’application forcée interclasse à l’égard des détenteurs de capital	75
2)	Le jugement valant vote	77
Section II. – La restructuration contestée.....		78
§1. – La remise en cause.....		79
A-	Les ambitions de l’article 16 de la Directive (UE) n° 2019/1023.....	79
B-	Les voies de recours en droit français	80
§2. – L’échec de la procédure d’adoption avec classes.....		81
A-	En sauvegarde	82
B-	En redressement	83

SECONDE PARTIE. – UNE CONSTRUCTION ARTICULÉE AVEC LES INTÉRÊTS DES PARTIES PRENANTES	86
TITRE I. – L’ARTICULATION COHÉRENTE AVEC LE DROIT DES SOCIÉTÉS	87
Chapitre I. – Une vision nouvelle de l’associé	87
Section I. – Les droits de l’associé précisés	87
§1. – Le fond du débat	88
B- Les droits de l’associé sur l’entreprise	90
§2. – L’issue du débat	91
Section II. – Un devoir de l’associé explicité	93
Chapitre II. – Vers un nouveau droit de l’insolvabilité	95
Section I. – La société appréhendée par l’entreprise	95
Section II. – Les évolutions annoncées	97
TITRE II. – L’ARTICULATION COMPLEXE	100
AVEC LE DROIT DES SÛRETÉS	100
Chapitre I. – D’une appréhension inégale des sûretés	100
Section I. – Des intérêts inclus dans la construction	100
§1. – Les difficultés liées à la règle de la priorité absolue	101
§2. – Des difficultés liées au test du meilleur intérêt des créanciers	102
Section II. – Des intérêts exclus de la construction	103
Chapitre II. – D’une harmonisation inachevée	105
Section I. – Pour une cohérence technique	105
§1. – Permettre l’application de la règle de la priorité absolue	105
§2. – Fixer uniformément le sort des titulaires de sûretés exclusives	105
Section II. – Pour une cohérence politique	106
CONCLUSION GÉNÉRALE	109
BIBLIOGRAPHIE	111
TABLE DES MATIÈRES	119