



Haut Comité Juridique
de la Place financière de Paris

**RAPPORT SUR LES CLASSES
DE CRÉANCIERS POUR LA
TRANSPOSITION DE LA DIRECTIVE
DU 20 JUIN 2019 RELATIVE
AUX CADRES DE RESTRUCTURATION
PRÉVENTIVE**

*du Haut Comité Juridique
de la Place Financière de Paris*

Le 25 septembre 2020



RAPPORT SUR LES CASSES DE CRÉANCIERS POUR LA TRANSPOSITION DE LA DIRECTIVE DU 20 JUIN 2019 RELATIVE AUX CADRES DE RESTRUCTURATION PRÉVENTIVE¹

Introduction

1. La Directive du 20 juin 2019 relative aux cadres de restructuration préventive, à la remise de dettes, aux déchéances, et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes² (la « **Directive** ») est le premier texte de droit de l'Union européenne qui édicte les règles d'un droit substantiel des entreprises en difficulté européen. Ce premier jalon sera sans doute suivi par d'autres. Cette Directive a pour objectif le développement de cadres de restructuration préventive en faveur d'entreprises viables rencontrant des difficultés financières³ afin de leur offrir une seconde chance. Elle s'inscrit dans le domaine de la libre circulation des capitaux, du libre établissement et de l'achèvement du marché intérieur⁴.

2. Outre l'introduction de mesures préventives dans tous les États membres, la Directive recommande le raccourcissement des procédures. En effet, la longueur des procédures est souvent à l'origine de taux de recouvrement faible, les investisseurs pouvant par ailleurs se montrer réticents à investir dans les sociétés ayant leur siège dans les États membres où les procédures particulièrement longues. Cette durée excessive peut donc constituer une entrave à la libre circulation. Ainsi, la Directive prévoit un délai de quatre mois maximum pour la suspension des poursuites individuelles et de douze mois pour les situations les plus complexes⁵.

La lutte contre le « forum shopping » est un autre objectif de la Directive⁶. Sur ce point comme sur d'autres, la Directive entend compléter le règlement (UE) n° 2015/848 « insolvabilité »⁷, qui a pour objet de fixer des règles de conflit de lois et de conflits de juridictions pour les procédures d'insolvabilité.

¹ Mme Nadège Debeney et Mme Pauline Joly doivent être vivement remerciées pour leurs comptes rendus qui ont été extrêmement utiles à la rédaction de ce rapport d'étape.

² Directive (UE) 2019/1023 du Parlement européen et du Conseil 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, JOUE L 172/18, 26 juin 2019.

³ Le considérant 28 prévoit que les États membres peuvent étendre le champ d'application de la Directive à des difficultés autres que financières.

⁴ Considérant 11 de la Directive.

⁵ Considérant 35 et article 6 de la Directive.

⁶ Considérant 14 de la Directive : « L'avantage de l'application du règlement (UE) 2015/848 est qu'elle permet de mettre en place des garde-fous contre une relocalisation abusive du centre des intérêts principaux du débiteur pendant une procédure d'insolvabilité transfrontière. Certaines restrictions devraient également s'appliquer aux procédures ne relevant pas dudit règlement ».

⁷ Règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité, JOUE L 141 du 5.6.2015, p. 19.



3. L'innovation majeure de la Directive au regard du droit des entreprises en difficulté français est l'instauration de classes de créanciers. L'introduction de cette notion en droit français marque une rupture avec le classement actuel des créanciers répartis, selon leur qualité, en trois comités : le comité des établissements de crédit, celui des fournisseurs principaux et l'assemblée des obligataires.

La notion de classes de créanciers est un élément essentiel de la Directive. Elle s'est donc imposée au groupe de travail comme étant la première réflexion indispensable pour une transposition raisonnée de cette dernière. Elle impose l'adaptation des modalités d'adoption des plans de sauvegarde et de redressement tout en tenant compte des intérêts des créanciers, des débiteurs, des personnes affectées par les plans et des accords de subordination. Par conséquent, elle participe de la définition du périmètre de la transposition tant au regard des procédures que des débiteurs concernés. Une fois ce périmètre précisé, la notion de classes des créanciers doit être insérée dans les règles d'adoption des plans en tenant compte des spécificités du droit français des sûretés et des sociétés.

4. Les enjeux de la transposition de la Directive ne sont pas négligeables⁸.

D'abord, la Directive semble inciter les États membres à opter pour une approche économique davantage que juridique pour la constitution des classes de créanciers. En effet, elle semble exiger comme critère de regroupement des créanciers en une classe, le critère de la qualité de la créance et non de la qualité du créancier⁹.

Ensuite, au-delà du profond changement dû à l'introduction des classes de créanciers, la transposition de la Directive comporte un enjeu d'attractivité¹⁰ tant pour les débiteurs que pour les créanciers.

⁸ À noter qu'ensuite, à la différence du droit français qui connaît déjà les procédures préventives, d'autres États membres devront engager des réformes importantes pour adapter leurs droits nationaux aux exigences européennes.

⁹ Le considérant 44 semble également permettre le renvoi à une possible évaluation des sûretés : « Il devrait être possible pour les États membres de prévoir que les créances garanties peuvent être réparties en parties garanties et non garanties sur la base d'une évaluation des sûretés ».

¹⁰ L'article 196 de la loi Pacte : « I. - Dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement est autorisé à prendre par ordonnances, dans un délai de vingt-quatre mois à compter de la promulgation de la présente loi, dans des conditions favorisant la poursuite de l'activité, la sauvegarde de l'emploi, l'apurement du passif et le rebond des entrepreneurs honnêtes et permettant la réduction des coûts et des délais des procédures, les mesures relevant du domaine de la loi nécessaires pour rendre compatibles les dispositions des livres IV, VI et VIII du code de commerce avec le droit de l'Union européenne, notamment : 1° en remplaçant les dispositions relatives à l'adoption des plans de sauvegarde en présence de comités de créanciers par des dispositions relatives à une procédure d'adoption de ces plans par des classes de créanciers ; 2° en introduisant la possibilité pour le tribunal d'arrêter un plan malgré l'opposition d'une ou plusieurs classes de créanciers ; 3° en précisant les garanties et conditions nécessaires à la mise en œuvre des 1° et 2°, relatives notamment à la protection des intérêts du débiteur, des créanciers et des personnes concernées par les plans de sauvegarde ; 4° en imposant le respect des accords de subordination conclus avant l'ouverture de la procédure de sauvegarde ; 5° en aménageant les règles relatives à la suspension des poursuites ; 6° en développant les mesures destinées à favoriser le rebond de l'entrepreneur individuel faisant l'objet de procédures de liquidation judiciaire et de rétablissement professionnel ; 7° en modifiant les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire afin de les mettre en cohérence avec les modifications apportées en application du présent I ; 8° en modifiant en conséquence les dispositions de nature législative permettant d'assurer la mise en œuvre et de tirer les conséquences des modifications apportées en application du présent I ; 9° en rendant applicables dans les îles Wallis et Futuna, avec les adaptations nécessaires, les dispositions législatives prises en application du présent I pour celles qui relèvent de la compétence de l'État. II. - Un projet de loi de ratification est déposé devant le Parlement dans un délai de quatre mois à compter de la publication de l'ordonnance mentionnée au I. »



En 2017, le Haut Comité Juridique de la Place financière de Paris (« **HCJP** ») avait fourni une analyse préliminaire de la proposition de Directive et avait formulé à cet égard, certaines recommandations¹¹. Dans le prolongement de ces travaux, à la suite de la publication de la Directive et au vu des nombreuses options que celle-ci propose, il a été demandé au HCJP de formuler des recommandations quant à la transposition de celle-ci en droit français. Le HCJP a alors constitué un groupe de travail composé d'universitaires, d'avocats et d'administrateurs judiciaires, dont la composition figure en annexe du présent rapport.

Le groupe de travail s'est d'abord interrogé sur le périmètre de la transposition de la Directive en droit français (**I**), avant d'examiner les problématiques posées par la constitution de classes de créanciers en droit français (**II**), et leurs conséquences sur le plan de restructuration préventive (**III**).

¹¹ *Avis du Haut Comité Juridique de la Place Financière de Paris (HCJP) relatif à la proposition de directive du 22 novembre 2016 relative aux cadres de restructuration préventifs, à la seconde chance et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures de restructuration, d'insolvabilité et d'apurement et modifiant la directive 2012/30/UE, 7 juillet 2017 (<https://hcjp.fr/defaillances-entreprises/post/34445/d%C3%A9faillances-d'entreprises>).*



SOMMAIRE

Introduction	2
Sommaire	5
Synthèse des recommandations	6
I. Le périmètre de la transposition de la Directive en droit français	8
1.1 - Les procédures concernées	8
1.2 - Les débiteurs concernés	9
II. La constitution des classes de créanciers	11
2.1 - La notion de parties affectées	11
2.2 - Les critères constitutifs des classes de créanciers	13
2.3 - Les modalités de la constitution des classes	22
III. Le plan de restructuration préventive et les classes de créanciers	25
3.1 - Élaboration et vote du plan de restructuration préventive	26
3.2 - Voies de recours concernant les décisions validant le plan	31
3.3 - Échec du plan	31
Composition du groupe de travail	34



Synthèse des recommandations

Le groupe de travail du HCJP recommande de :

Sur le périmètre de la transposition :

- Préserver le mandat *ad hoc* et la conciliation dans leur état actuel, et transposer les classes de créanciers prévues par la Directive en sauvegarde accélérée (SA) et en sauvegarde financière accélérée (SFA), avec un parallélisme des formes à appliquer au redressement judiciaire.
- Préserver la sauvegarde de droit commun en la faisant échapper au périmètre de la transposition.
- Instaurer une procédure nouvelle regroupant la SA et la SFA dédiée à la transposition de la Directive.
- S'attacher tout particulièrement à l'articulation entre la conciliation et la sauvegarde nouvelle formule, de sorte que la partie publique (semi)collective de la procédure soit la plus courte et avec le moins d'impact possible pour le débiteur. Cela signifie :
 - une procédure de vérification du passif extrêmement rapide,
 - une ouverture de la procédure qui vaut reconnaissance par le tribunal (i) du choix des parties attirées à la procédure et (ii) de la constitution des classes telle que proposée/préparée par le conciliateur pendant la conciliation.

Sur les critères de constitution des classes de créanciers :

- confier la mission de constitution des classes à l'administrateur judiciaire, en lien avec le débiteur,
- faire reposer la constitution des classes sur des critères à la fois objectifs et souples pour les praticiens concernant, en particulier « la nature et le rang » de la créance ; les sûretés réelles devant être prises en compte pour procéder à ce classement.

Sur les détenteurs de capitaux :

- Créer une classe regroupant les détenteurs de capitaux afin que ceux-ci puissent se voir imposer un plan en cas de mécanisme d'application forcée interclasse, ce mécanisme ne pouvant être mis en œuvre qu'avec l'accord du débiteur en sauvegarde, mais sans son accord en redressement judiciaire.
- Prévoir que le débiteur donne son accord sur le plan avant le *cross-class cram-down* et que le vote des détenteurs de capitaux dans le cadre des classes vaudra vote en assemblée générale des associés. À noter que les actionnaires pourront faire partie d'une classe de créanciers pour leurs créances de comptes courants.



Sur les PME et TPE :

- Prévoir un dispositif simplifié pour les PME, reposant sur :
 - la faculté de faire voter ses créanciers en une classe unique (sans y inclure les détenteurs de capital) si le plan ne prévoit pas de modification du capital,
 - une règle de majorité des 2/3 du montant des créances,
 - un quorum de 40% pour s'assurer que la diversité des créanciers est suffisamment représentée.

Sur l'articulation avec le droit des sûretés :

- simplifier/fusionner certaines sûretés et privilèges pour que l'ordre liquidatif soit plus simple à établir, et par conséquent que les classes soient plus faciles à former.

Sur les voies de recours :

- en ce qui concerne la constitution des classes afin de purger au plus tôt ce contentieux et permettre à la procédure d'avancer avec plus d'efficacité vers l'élaboration et l'adoption du plan, ouvrir un recours à tous les créanciers affectés sur la constitution des classes devant le juge-commissaire, enfermé dans un délai préfix court (dix jours) à partir de l'information des créanciers (par notification individuelle ou publication au BODACC) de la constitution des classes par l'administrateur judiciaire.
- en ce qui concerne le vote du plan : maintenir les voies de recours actuelles en aménageant la tierce opposition pour tenir compte de l'intérêt de chaque classe de créanciers.

Sur les conséquences du rejet du plan :

- Prévoir que le rejet du plan, dans la procédure dédiée SA/SFA, par les classes de créanciers (ou la classe unique, pour les PME) vaut échec de la procédure, mais interdire toute passerelle vers la sauvegarde de droit commun, pour limiter autant que faire se peut l'instrumentalisation des procédures.



I- Le périmètre de la transposition de la Directive en droit français

5. Afin de mesurer l'impact de l'introduction des classes de créanciers en droit français, il convient de s'interroger sur le périmètre de transposition de la Directive, quant aux procédures puis aux débiteurs concernés.

1.1 - Les procédures concernées

6. La Directive vise les procédures « préventives », c'est-à-dire celles permettant au débiteur d'éviter l'insolvabilité au sens du droit national¹². Elle impose aux États membres de mettre à disposition des débiteurs en difficulté au moins un cadre de restructuration préventive « sans préjudice d'autres solutions visant à éviter l'insolvabilité »¹³. La notion d'insolvabilité n'est pas définie dans la Directive ; il est renvoyé aux États membres le soin d'en définir les critères, sous réserve que cette notion renvoie à un dessaisissement du débiteur et à la désignation d'un liquidateur¹⁴. Le droit français disposant de plusieurs procédures préventives, le législateur devra préciser quelles seront les procédures concernées.

7. Parmi les procédures préventives, le groupe de travail recommande, en premier lieu, de préserver le mandat *ad hoc* et la conciliation, du fait de leur caractère consensuel, de leur caractère confidentiel et de leur efficacité. Il recommande donc qu'ils ne soient pas intégrés dans le périmètre de la transposition.

8. La question s'est ensuite posée de savoir si, d'une part, la sauvegarde de droit commun et d'autre part, les sauvegardes accélérées (« SA ») et financières accélérées (« SFA ») - qui pourraient être considérées comme des procédures analogues aux *schemes of arrangement* - devaient être concernées par la transposition de la Directive. La SA et la SFA sont apparues adaptées au cadre de la Directive. Toutefois, dans un souci de lisibilité des procédures, le groupe de travail recommande de les fusionner en une seule procédure qui serait une procédure modulaire semi-collective (volet SFA) ou collective (volet SA) et qui pourrait porter le nom de « sauvegarde financière ».

Le groupe de travail a considéré que la sauvegarde de droit commun devait rester hors du champ de la transposition de la Directive¹⁵.

¹² La définition de la notion d'insolvabilité est laissée aux États membres (Art. 2. 2.), mais le considérant 24 vise « une procédure collective d'insolvabilité qui entraîne, normalement, un dessaisissement total du débiteur et la désignation d'un liquidateur », ce qui correspond, en droit français, à la procédure de liquidation judiciaire.

¹³ Article 4,1 de la Directive.

¹⁴ Considérant 24 : « une procédure collective d'insolvabilité qui entraîne, normalement, un dessaisissement total du débiteur et la désignation d'un liquidateur ».

¹⁵ La Directive impose seulement que les États membres disposent au moins d'une procédure de restructuration (article 4(1) de la Directive). Elle n'impose pas que, lorsque plusieurs procédures préventives existent déjà, qu'elle soit appliquée à toutes les procédures.



Dès lors, le débiteur devra choisir entre la sauvegarde de droit commun et la « sauvegarde financière » regroupant SA et SFA, sans possibilité de « passerelle » entre ces deux procédures. Cela signifie qu'en cas d'échec de la procédure de SA/SFA, le débiteur ne pourrait pas ouvrir une sauvegarde de droit commun. Cela étant, dans une telle situation, il est probable que le débiteur se retrouve en état de cessation des paiements, et donc qu'une telle procédure lui soit naturellement fermée.

L'exclusion de la sauvegarde de droit commun du périmètre de la transposition de la Directive ne rend pas moins indispensable une adaptation de ses dispositions pour remplacer les comités de créanciers par des classes de créanciers et pour modifier les modalités de vote du plan de sauvegarde.

9. Le redressement judiciaire et la liquidation judiciaire ne pouvant pas être considérées comme des procédures préventives, devraient être exclus du champ d'application de la Directive. Toutefois, le redressement judiciaire devra être modifié pour remplacer les comités de créanciers actuels par les classes de créanciers nouvelles aux fins d'harmoniser les conditions d'élaboration et d'adoption des plans.

1.2 - Les débiteurs concernés

10. Plusieurs questions se posent au sujet du sort des personnes physiques¹⁶, de la distinction entre les TPE/PME¹⁷ et les grandes entreprises, et enfin, de l'extension de la transposition aux endettements autres que financiers¹⁸.

11. Le groupe de travail a considéré qu'il n'était pas judicieux d'exclure par principe les personnes physiques du champ d'application de la transposition de la Directive, même si en pratique, peu d'entre elles devraient utiliser la faculté qui leur serait ouverte de recourir aux classes de créanciers, cette option paraît souhaitable pour augmenter la souplesse du droit français.

¹⁶ Le considérant 20 de la Directive explique : « Les États membres devraient également pouvoir réserver l'accès aux cadres de restructuration préventive aux personnes morales, étant donné que les difficultés financières des entrepreneurs peuvent être résolues de manière efficace non seulement au moyen des procédures de restructuration préventive, mais aussi par le recours aux procédures ouvrant la voie à une remise de dettes ou aux restructurations informelles sur la base d'accords contractuels. »

¹⁷ Au sens de la Directive il s'agit des micro, petites et moyennes entreprises, considérant 7. La définition en est confiée aux États membres mais il leur est suggéré de prendre dûment en compte la Directive 2013/34/UE du Parlement européen et du Conseil, (Directive 2013/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative aux états financiers annuels, aux états financiers consolidés et aux rapports y afférents de certaines formes d'entreprises, modifiant la Directive 2006/43/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant les Directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil JOUE L 182 du 29.6.2013, p. 19) ou la recommandation de la Commission du 6 mai 2003 concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises (Recommandation de la Commission du 6 mai 2003 concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises, JOUE L 124 du 20.5.2003, p. 36).

¹⁸ Voir Considérant 28.



12. Le groupe de travail suggère de faire usage de la possibilité offerte par la Directive¹⁹ de permettre un traitement dérogatoire et adapté pour les PME.

La Directive²⁰ laisse aux droits nationaux²¹ le soin de fixer les seuils permettant de définir la notion de PME.

Parmi les critères envisageables pour définir ces seuils, figure le chiffre d'affaires. Or, le chiffre d'affaires n'est pas considéré comme un critère révélateur de l'endettement de l'entreprise. Dans de nombreux dossiers, ce sont le niveau d'endettement et la structure de la dette qui s'avèrent pertinents. Dans certains cas des sociétés *holding*, sans activité opérationnelle, se retrouvent en dessous des seuils pour la création d'un comité de créanciers, alors même qu'elles sont très endettées avec une dette très structurée.

Il est important donc de prendre en compte le montant du passif. À la notion de passif comptable pourrait être substituée ou ajoutée la notion « d'engagements souscrits par le débiteur à l'égard des créanciers affectés par le plan ». On pense en particulier à tous les engagements hors bilan de crédit-bail, les garanties et cautionnements donnés, les solidarités d'associés en GIE, SNC etc. Si le groupe de travail a considéré que ce point ne peut pas être ajouté expressément dans un texte législatif à raison de sa complexité, il suggère que ces éléments puissent être utilement pris en compte, de manière facultative, par le praticien de l'insolvabilité pour choisir de constituer des classes en dessous des seuils fixés par la loi.

Le groupe de travail préconise aux fins d'harmonisation, d'instaurer un seuil qui fasse référence à un total de bilan, par référence aux seuils fixés pour les PME à l'article D. 123-200 du Code de commerce récemment modifié par le décret du 29 mai 2019²² ; la référence à la certification des comptes par un commissaire aux comptes pouvant être supprimée.

Toutefois, le critère du bilan ne doit pas être le seul critère, il faudrait conserver le critère du chiffre d'affaires et du nombre de salariés comme critère alternatif si le critère du total du bilan n'est pas rempli.

13. Pour ces PME, le groupe de travail considère qu'il conviendrait d'exploiter les possibilités offertes par la Directive introduire notamment, une certaine flexibilité dans la constitution des classes de créanciers. En effet, la Directive permet de ne constituer qu'une seule classe de créanciers, ce qui

¹⁹ Voir Considérants 17, 29, 45, 58.

²⁰ Article 2.2, c de la Directive.

²¹ En droit français, il existe actuellement trois seuils distincts pour (i) le passage de la SA à la SFA, (ii) les comités de créanciers et (iii) les PME.

²² Décret n° 2019-539 du 29 mai 2019. L'article D. 123-200 a été modifié en dernier lieu par le décret n°2020-101 du 7 février 2020.



pourrait devenir le principe. Néanmoins, il est possible que dans certaines situations, le débiteur choisisse de constituer plusieurs classes. Dans ce cas, le groupe de travail recommande que cette faculté soit laissée à la main du débiteur, de l'administrateur ou du mandataire judiciaire, en l'absence d'administrateur. La constitution des classes devrait être ensuite validée par le juge commissaire. Cette autorisation devrait pouvoir être une simple mesure d'administration judiciaire.

Par exemple, si en cours de discussion avec les créanciers, l'administrateur réalise qu'un créancier serait prêt à convertir sa créance en capital, conduisant à une augmentation de capital et une dilution des actionnaires existants qui, eux, ne seraient pas en mesure d'apporter du capital supplémentaire, l'administrateur devrait solliciter du juge la possibilité de constituer des classes ; en l'espèce, une classe de créanciers garantis, une classe de créanciers chirographaires, une classe des détenteurs de capitaux actuels (affectés par la dilution) et une classe distincte comprenant le ou les créanciers participant à l'augmentation de capital par conversion de leurs créances.

La conversion de dettes en capital conduit à s'interroger sur un nécessaire équilibre entre le droit de propriété constitutionnel des actionnaires et l'exigence d'efficacité promue par la Directive. En effet, si les actionnaires sont également titulaires de créances sur la société (notamment en raison de l'existence d'un compte courant) il est possible de prévoir la conversion de leurs créances en capital et ainsi accroître leur participation dans le capital social puis de la proposer au vote dans la classe des créanciers comprenant les actionnaires titulaires de créances sur la société.

II- La constitution de classes de créanciers²³

14. La constitution des classes de créanciers suppose d'étudier successivement la définition de la notion de parties affectées, la formation des classes, et les critères constitutifs des classes de créanciers.

2.1 - La notion de parties affectées

15. La définition de la notion de « partie affectée » est donnée par l'article 2.2 de la Directive : « les créanciers, y compris, si le droit national le prévoit, les travailleurs, ou les classes de créanciers, et, si le droit national le prévoit, les détenteurs de capital, dont les créances ou les intérêts, respectivement, sont directement affectés par un plan de restructuration »²⁴. Le point commun est l'affectation directe de leur situation par un plan de restructuration.

²³ Certaines des questions traitées concernent la SFA/SA, mais aussi la sauvegarde de droit commun et le redressement judiciaire qui seront concernés par la constitution des classes de créanciers.

²⁴ L'article 2.3 de la Directive précise encore concernant les détenteurs de capital : « 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 ».



La notion de « parties affectées » évoque un paiement de la créance selon des modalités prévues par le plan différentes de ce qui était contractuellement prévu.

À cet égard, les dispositions du dernier alinéa de l'article L. 626-5 du Code de commerce, qui permet de dispenser le mandataire judiciaire de consulter les créanciers pour lesquels « le projet de plan ne modifie pas les modalités de paiement ou prévoit un paiement intégral en numéraire à l'arrêté du plan ou dès l'admission de leur créance » apparaissent suffisantes et ne supposent pas de modification. Certains membres du groupe de travail ont cependant estimé, sans que cela influe sur le résultat du raisonnement, que cette référence à l'article L. 626-5 était peu pertinente dans la mesure où tous les créanciers affectés seront repartis en classes de créanciers et qu'il n'y aura plus de consultation individuelle.

16. En déclinant cette notion, par analogie avec le droit actuel, les bénéficiaires d'une fiducie constituée à titre de garantie ou d'un privilège dit de « *new money* »²⁵ ne seraient pas des parties affectées (pour la partie de la créance couverte par cette sûreté²⁶, notamment par la fiducie) et, partant, ne devraient ni être inclus dans les classes, ni voter pour cette partie de leurs créances, dès lors, en effet, qu'ils sont payés conformément aux dispositions contractuelles.

Plus généralement, les créanciers qui sont payés à l'arrêté du plan doivent être traités hors du plan et ne sont, par conséquent, pas « parties affectées ». L'avantage d'être hors plan pour les créanciers (banques par exemple) lorsqu'ils bénéficient du privilège de conciliation, est qu'en cas de difficultés de paiement du débiteur, les bénéficiaires du privilège peuvent agir directement sans passer par le commissaire à l'exécution du plan.

L'exclusion automatique, par une disposition légale, de certains créanciers des classes de créanciers pourrait cependant être inefficace et inadaptée à certains dossiers spécifiques. Ainsi, le bénéficiaire d'une fiducie-sûreté peut, par exemple, être affecté (selon la définition ci-dessus proposée), en acceptant des délais sur la partie de sa créance couverte par la valeur du bien transféré dans le patrimoine fiduciaire, lorsque la fiducie est constituée sans dépossession. La vraie distinction réside entre les sûretés réalisables immédiatement malgré l'ouverture de la procédure et les sûretés non réalisables. Il semble donc plus prudent que le législateur s'en tienne à des définitions générales et à la règle du *best interest of creditors' test*, plutôt que de régler *a priori* le sort de cas particuliers qui pourraient ensuite s'avérer impraticables dans certains dossiers.

²⁵ Il convient de souligner qu'ont récemment été introduits deux nouveaux privilèges de *new money*, un en période d'observation et un pour faciliter un plan (Ordonnance n° 2020-596 du 20 mai 2020 portant adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises et des exploitations agricoles aux conséquences de l'épidémie de covid-19).

²⁶ Articles L.626-30, L. 626-30-2 et L. 626-32 du code de commerce.



Une autre option pourrait être d'intégrer ces créanciers dans le plan à travers la constitution d'une classe qui leur serait propre, tout en garantissant leurs privilèges, d'une autre manière. En effet, les nouveaux outils de la Directive (*best interest of creditors' test* et règle de la priorité absolue) permettent de respecter leur privilège et droit d'exclusivité. Il convient de noter toutefois que si la règle de la priorité relative évoquée ci-après était retenue, l'efficacité de la protection de leur privilège serait moindre.

Dans tous les cas, il convient d'avoir à l'esprit qu'il est souvent intéressant pour le succès de la procédure qu'un créancier non-affecté soit tenu informé, sans droit de vote (par ex. un factor).

17. S'il était envisagé de constituer, une classe de créanciers pour les créances salariales (hors super privilège, payé, là aussi, à l'arrêté du plan) il s'agirait, pour l'immense majorité des cas, des sommes avancées par l'AGS qui se trouvera subrogée dans les droits des salariés et des salariés « plafonnés », c'est-à-dire pour le solde de ceux dont les créances salariales n'ont pas été intégralement avancées. On se heurte ici à la complexité induite par la coexistence d'un super privilège, d'un privilège général et de créances chirographaires. Dans la plupart des cas, une partie des créances sera donc remboursée et une autre partie sera manifestement irrécouvrable. Dès lors que la formation des classes devra reposer sur la nature des créances et non sur la qualité du créancier, il faudrait envisager que certains créanciers, dont l'AGS, voient leurs créances réparties dans plusieurs classes.

18. Le traitement des créanciers publics a été aussi examiné, car ils ont une communauté d'intérêts propre. Un choix doit être effectué entre une classe unique ou plusieurs classes de créanciers publics. La première option est préférable, sous réserve de quelques hypothèses particulières de sûretés intermédiaires dont le rang serait remis en cause par le traitement égalitaire en cas de classe unique (surclassement de l'URSSAF).

19. Un lien étroit unit la constitution des classes de créanciers et l'exercice par ces derniers de leur droit de vote en vue de l'adoption du plan de restructuration. Ce lien explique que la constitution des classes est influencée par l'opportunité d'un vote à la majorité²⁷ permettant d'éviter de recourir à l'application forcée interclasse²⁸.

2.2 - Les critères constitutifs des classes de créanciers

20. La formation des classes de créanciers est encadrée par l'article 9.1 de la Directive : « Les États membres veillent à ce que les parties affectées soient réparties dans des classes distinctes représentatives d'une communauté d'intérêt suffisante, sur la base de critères vérifiables, conformément au droit

²⁷ Article 9.6 de la Directive.

²⁸ Article 11 de la Directive.



national. Au minimum, les créanciers garantis et non garantis sont répartis en classes distinctes aux fins de l'adoption du plan de restructuration ». Parmi les critères constitutifs des classes de créanciers se trouvent les notions de communauté d'intérêt et de créanciers affectés par le plan, d'une part, et les règles du meilleur intérêt et de la priorité des créanciers.

2.2.1 - Les notions de communautés d'intérêt et de créanciers affectés par le plan

21. La notion de « communauté d'intérêt » peut s'entendre de deux façons : il peut s'agir de l'intérêt strict du créancier ou d'un intérêt plus large. Certaines catégories de créanciers n'ont pas pour unique intérêt le règlement de leur créance (ex : les créanciers publics). D'ailleurs, certains ont plus intérêt que d'autres à la restructuration et à la pérennisation de l'activité du débiteur, l'intérêt des fournisseurs pourra être, au-delà du paiement de la créance, la poursuite de la relation commerciale avec le débiteur. Le plus ou moins grand intérêt du créancier à la poursuite de l'activité du débiteur pourrait être un élément de la définition de la communauté d'intérêts. Il faut également noter que la Directive fait référence à des « créances ou intérêts ». Ainsi cette notion peut également inclure les détenteurs de capitaux qui peuvent être regroupés en une classe à part dont la communauté d'intérêt sera à définir et qui n'a rien à voir avec celle d'autres créanciers. Cette communauté d'intérêt pourrait, donc, s'avérer utile pour regrouper éventuellement les détenteurs de capital en une classe de créanciers et les impliquer dans l'élaboration et le vote du plan²⁹.

L'efficacité des sûretés pourrait également être un élément de la définition de la notion de communauté d'intérêts. Il a été pris l'exemple des cautions hypothécaires qui déclarent leurs créances. Une réflexion s'impose en raison du grand nombre de privilèges, de sûretés et du rang respectif qui caractérise le droit français. L'articulation du droit des sûretés avec le droit des entreprises en difficulté est cruciale mais elle dépasse la simple transposition des classes de créanciers dans le livre VI du Code de commerce.

La clause de réserve de propriété est une bonne illustration de la difficulté. La connaissance de la clause de réserve de propriété lors de la constitution de classes n'est pas toujours assurée. Son devenir en raison du succès ou de l'échec de la procédure de revendication n'est pas toujours facile à anticiper. En pratique, l'exercice d'une action en revendication pourra aboutir au paiement de la créance au cours de la période d'observation, de sorte que le créancier n'aura plus qualité pour voter. La réflexion sur le créancier titulaire d'une clause de réserve de propriété est à rapprocher de la notion de partie affectée : le créancier est en mesure de réaliser sa sûreté malgré l'ouverture de la procédure collective et donc d'exercer un droit exclusif sur la valeur du bien vendu avec réserve de propriété. Dès lors, il ne sera pas considéré comme une partie affectée pour la partie de sa créance

²⁹ Articles 9.6 et 11 de la Directive.



couverte par la clause de réserve de propriété. En revanche, si l'action en revendication a échoué, il sera considéré comme une partie affectée. La même solution devrait s'imposer si la revendication est en cours afin de préserver les droits du créancier. Ces attermolements suggèrent qu'il serait opportun de geler à un moment donné la composition des classes afin de l'assurer d'une certaine sécurité juridique.

22. La loi d'habilitation prévoit le respect des accords de subordination³⁰. À cet égard, il faut rappeler qu'il est d'ores et déjà tenu compte des accords de subordination dans le traitement des créanciers. La formulation de la loi d'habilitation paraît trop floue à certains membres du groupe de travail, tandis que d'autres craignent les effets indirects qui résulteraient du respect intégral obligatoire des accords de subordination.

Le risque réside notamment dans les accords de subordination qui prévoient tout, y compris l'élaboration d'un plan. Dans ce cas, il est nécessaire de préciser que s'il est « tenu compte » ou si l'on « respecte » les accords de subordination, dans la limite de leur effet relatif en tenant compte des dispositions législatives imposant le rang des créances.

23. Les détenteurs de capital ont retenu l'attention du groupe de travail notamment sur la question de savoir s'il était opportun de les réunir dans une classe ou non, dans le cas où ils sont affectés par le plan. À cet égard, il convient de garder à l'esprit qu'il n'est pas possible d'exclure arbitrairement les détenteurs de capitaux comme parties non affectées si, dans le même temps, une majorité de classes voudrait imposer des abandons de créances à des créanciers chirographaires / obligataires. Il convient en effet, que le tribunal fasse respecter l'*absolute priority rule*, avec la souplesse offerte par l'article 11.2 al. 2 de la Directive³¹.

La Directive définit les détenteurs 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 »³². Elle laisse donc le choix aux États membres de regrouper les détenteurs dans une ou plusieurs classes homogènes³³ ou de les exclure des classes³⁴. Dans le premier cas, ils sont soumis aux modalités de vote des plans des articles 9.6, 10 et 11. Dans le second, pour qu'ils ne puissent pas empêcher de façon déraisonnable, le vote, l'adoption des plans de restructuration, ils sont soumis à l'article 12 de la Directive.

³⁰ Loi Pacte, art. 196.

³¹ Voir n°27.

³² Article 2.3 de la Directive.

³³ Ce point soulève la question d'une classe unique ou d'une classe distinguant entre détenteurs de capital au sens propre et une autre réservée aux titulaires de comptes courant d'associés par exemple. En outre, en raison d'opérations de financement comme le LBO, les actionnaires peuvent appartenir à une classe de créanciers ainsi qu'à la classe des actionnaires. Il faut s'interroger sur les problèmes qui pourraient surgir de cette double appartenance. Le considérant 58 prévoit expressément la constitution possible de plusieurs classes de créanciers.

³⁴ Article 9.3 de la Directive.



La Directive prévoit à la fois une protection des intérêts des détenteurs de capital³⁵ et un encadrement de leur pouvoir de « nuisance » quant à l'adoption des plans de restructuration³⁶.

En matière de restructuration des sociétés cotées, plusieurs problématiques se posent, notamment en termes de protection des actionnaires *retail*³⁷ mais aussi d'attractivité de la bourse de Paris. En effet, il est rappelé que les actionnaires *retail* sont peu représentés dans les négociations, à la différence des actionnaires de contrôle. La question du marché de la dette secondaire doit être posée. Malgré les avis qui peuvent être divergents sur les *hedge funds*, ce marché est essentiel pour les banques françaises pour leur permettre de sortir de dossiers difficiles. Le traitement « défavorable » des actionnaires minoritaires nuit à l'attractivité de la bourse au profit d'autres sources de financement.

24. La question se pose de savoir s'il faut ou non prévoir une ou plusieurs classes de détenteurs de capital, la notion de partie affectée³⁸ définie par la Directive laissant l'option aux États membres d'intégrer ou non les actionnaires dans le plan.

Préalablement, un lien doit être établi entre la constitution d'une classe de détenteurs de capital et la notion de parties affectées. Cette classe ne s'impose que si le plan emporte une modification du capital ou modification statutaire, par exemple, un « coup d'accordéon ». Dans tous les autres cas, les détenteurs de capitaux ne sont pas des parties affectées appelées à voter le plan. Ainsi, en présence de TPE ou de PME, la constitution d'une classe de détenteurs de capital ne devrait pas se poser systématiquement, confirmant la possibilité de prévoir une classe unique de créanciers pour ces entreprises. Le groupe de travail considère qu'il convient de préserver une forme de flexibilité

³⁵ Voir les considérants 48 et spécialement 50 : « tandis que la conformité au critère du meilleur intérêt des créanciers ne devrait être examinée par l'autorité judiciaire ou administrative uniquement si le plan de restructuration est contesté sur ce motif afin d'éviter qu'une évaluation soit faite dans tous les cas, les États membres devraient être en mesure de prévoir que d'autres conditions de validation peuvent être examinées d'office. Les États membres devraient pouvoir ajouter d'autres conditions à remplir pour valider un plan de restructuration, par exemple afin de s'assurer que les détenteurs de capital sont adéquatement protégés. Les autorités judiciaires ou administratives devraient pouvoir refuser de valider des plans de restructuration qui n'offrent pas de perspective raisonnable d'éviter l'insolvabilité du débiteur ou de garantir la viabilité de l'entreprise. Les États membres ne devraient toutefois pas être tenus de veiller à ce que cette évaluation soit faite d'office.

³⁶ Cet encadrement est issu du mécanisme de vote des plans de restructuration s'ils sont regroupés en classe ou de l'article 12 dans le cas contraire :

« 1. Lorsque les États membres excluent les détenteurs de capital de l'application des articles 9 à 11, ils veillent par d'autres moyens à ce que ces détenteurs de capital ne puissent empêcher ou rendre difficiles, de façon déraisonnable, l'adoption et la validation d'un plan de restructuration.

2. Les États membres veillent aussi à ce que les détenteurs de capital ne puissent empêcher ou faire entrave, de façon déraisonnable, à la mise en œuvre d'un plan de restructuration.

3. Les États membres peuvent adapter la définition d'empêcher ou de créer un obstacle de façon déraisonnable en vertu du présent article à la prise en compte, entre autres, du fait que le débiteur est une PME ou une grande entreprise; des mesures de restructuration proposées ayant une incidence sur les droits des détenteurs de capital; du type de détenteur de capital; du fait que le débiteur est une personne morale ou physique; ou de la question de la responsabilité limitée ou illimitée des partenaires dans une entreprise. »

³⁷ Actionnaires individuels ou petits actionnaires.

³⁸ Article 2(1) 2.



pour l'administrateur judiciaire en lui permettant de constituer une classe de détenteurs de capitaux lorsque la situation peut le requérir.

Cependant, dans la majorité des cas, les procédures collectives n'appellent pas à une modification du capital social, ce qui limite le risque pour les actionnaires de se voir imposer la conversion de créances en capital.

Le droit français, contrairement à d'autres droits des États membres, considère que les actionnaires ne sont pas des créanciers mais des détenteurs d'un droit de propriété à part entière. L'actionnaire n'est ainsi créancier que si, après liquidation, un boni de liquidation est à partager. La Directive fait d'ailleurs bien la distinction entre créance et intérêts³⁹.

Il y a un risque de non-conformité à la Constitution et à la jurisprudence de la CEDH, d'un dispositif qui écarterait le contrôle du juge alors qu'il pourrait se concrétiser par une expropriation. Le regroupement des détenteurs de capital en classe permettrait d'échapper à ce dilemme car l'application de l'article 11 c'est-à-dire d'une application forcée interclasse ne constitue pas une expropriation au sens propre.

Les enjeux ont été mis en évidence dans l'hypothèse où des classes de créanciers, autres que les détenteurs de capital, consentent à des abandons de créances en faveur du débiteur. Dans ce cas, et si les actionnaires ne sont pas intégrés dans une classe, ils ne pourraient donc pas se voir imposer le plan par *cross-class cram-down*. Dès lors se poserait la question de leur obligation de contribuer aux pertes, qui se traduit par une réduction du capital à zéro sous condition suspensive d'une augmentation de capital social (coup d'accordéon). À cet égard, il faut garder à l'esprit que le *cross-class cram-down* contre une classe de détenteur de capitaux n'est possible qu'avec le consentement du débiteur⁴⁰.

25. Les actionnaires seraient réunis dans une ou plusieurs classes afin de tenir compte de leur possible qualité de créanciers (compte courant d'associés, etc.). La question se pose de l'opportunité de distinguer ; ne serait-il pas plus simple de regrouper les actionnaires sans distinction dans une classe unique ?

Dans le cas où les actionnaires seraient pris en compte pour leurs seules créances, ils ont seulement la qualité de créancier et les conditions du vote n'ont pas à être calquées sur les AG, puisqu'il s'agit de mesures individuelles. À noter que dans les faits, on n'impose pas des abandons de créances, mais des conversions en capital, ce qui a donc toujours un impact sur les actionnaires et nécessite toujours un vote en assemblée générale (AG).

³⁹ Article 2(1) 2) : « « parties affectées » : les créanciers, y compris, si le droit national le prévoit, les travailleurs, ou les classes de créanciers, et, si le droit national le prévoit, les détenteurs de capital, **dont les créances ou les intérêts**, respectivement, sont directement affectés par un plan de restructuration ».

⁴⁰ Voir le paragr. n°39.



26. De manière générale, une certaine prévisibilité concernant la constitution des classes apparaît souhaitable. Il convient cependant de laisser une flexibilité qui puisse opérer dossier par dossier. L'établissement d'une liste exhaustive des classes est donc à éviter.

Cette notion souple de communauté d'intérêts serait utile pour encadrer la constitution de classes mais elle ne saurait être la seule. D'ailleurs, la Directive vise des critères vérifiables pour définir la communauté d'intérêt en droit national et précise qu'au minimum deux classes s'imposent : celle des créances garanties et celle des créances non garanties.

2.2.2 - Les règles du meilleur intérêt et de la priorité

27. La constitution des classes de créanciers doit se faire en gardant à l'esprit les règles du meilleur intérêt des créanciers et de la priorité absolue ou relative. Elles supposent de tenir compte du rang des créanciers pour déterminer leur traitement et de veiller à ce que les créanciers d'une même classe soient traités de manière égalitaire, au moment de l'élaboration du plan.

La Directive⁴¹ impose *a minima* aux États membres l'introduction de la règle de la priorité relative selon laquelle une classe doit être traitée de manière plus favorable que toute classe de rang inférieur et de manière aussi favorable que toute classe de même rang.

Elle⁴² permet aux États membres d'introduire une règle plus stricte et plus encadrée dite « règle de priorité absolue » selon laquelle une classe doit être intégralement désintéressée par des moyens identiques ou équivalents pour qu'une classe de rang inférieur puisse avoir droit à un paiement ou conserver un intéressement. Cette règle très claire est assouplie par deux mécanismes. D'abord, les États membres disposent d'une marge d'appréciation en ce qui concerne la notion de « désintéressement intégral » et de « moyens identiques ou équivalents »⁴³. Ensuite, l'article 11.2 §2 et le considérant 56 de la Directive permettent de déroger à cette règle de priorité absolue lorsque de telles dérogations seraient « nécessaires afin d'atteindre les objectifs du plan de restructuration » et si elles ne portent pas une atteinte excessive aux droits des créanciers. Cette dérogation permet le paiement de fournisseurs essentiels ou la conservation de certains intérêts de détenteurs de capitaux. En revanche, cette dérogation n'est pas expressément autorisée pour la règle de priorité relative.

Toutes choses égales par ailleurs, la règle de la priorité absolue, avec l'exception prévue à l'article 11.2 §2 de la Directive, semble préférable.

28. Un constat s'impose toutefois **la règle de priorité absolue n'est pas adaptée aux restructurations non financières** (cependant, une dérogation est précisément possible pour les fournisseurs essentiels).

⁴¹ Article 11.1.c de la Directive.

⁴² Article 11.2 de la Directive.

⁴³ Considérant 33 de la Directive.



Pour la sauvegarde accélérée et la SFA, la règle de priorité absolue pourrait s'appliquer si elles traitent des restructurations financières. Pour ces procédures, il faudrait introduire de la souplesse dans la constitution des classes, en prévoyant une classe de créanciers munis de sûretés, une classe de créanciers chirographaires et une classe d'actionnaires. Cette souplesse pourrait être à la main de l'administrateur judiciaire tandis que le Tribunal de Commerce Spécialisé pourrait en contrôler l'usage. La règle de la priorité absolue ne paraît devoir s'appliquer qu'en l'absence de convention contraire entre les créanciers.

La possibilité de la mise en place de deux régimes distincts a été examinée : un régime serait dédié aux restructurations financières et un autre aux restructurations non financières. Le régime dédié aux restructurations financières s'appliquerait aux débiteurs dépassant certains seuils⁴⁴ et la règle de la priorité absolue pourrait être mise en œuvre. Mais il semble impossible de séparer efficacement les restructurations financières et non financières autrement que par une prédilection pour la SFA. La mise en place de deux régimes distincts induit toutefois une complexité accrue due à l'indéniable difficulté de prévoir des critères objectifs pour caractériser les restructurations financières.

Par ailleurs, si le test de la priorité absolue conduit au désintéressement intégral des créanciers prioritaires avant que les chirographaires puissent toucher le moindre euro, force est de constater que les fournisseurs seront sacrifiés au profit des créanciers financiers, qui sont les seuls à prendre des garanties. En ce qui concerne ces derniers, il faut préciser que, dans le cadre de la règle de la priorité absolue, l'article 11.2, § 2 de la Directive prévoit une exception utile : « Les États membres peuvent maintenir ou introduire des dispositions dérogeant au premier alinéa lorsqu'elles sont nécessaires afin d'atteindre les objectifs du plan de restructuration et si le plan de restructuration ne porte pas une atteinte excessive aux droits ou intérêts de parties affectées ».

Ainsi, par prudence, la règle de la priorité relative paraît s'imposer dans les sauvegardes accélérées sauf si elles sont financières. Pour les SFA, il serait possible de retenir le principe de la priorité absolue (solution légitime dès lors que la restructuration est strictement financière), même si, dans certains cas, la même règle qu'en sauvegarde accélérée puisse être préférable.

La règle de priorité relative est certes plus souple mais également plus incertaine. Elle laisse une marge de manœuvre telle au débiteur dans l'élaboration de son plan qu'il deviendra difficile aux créanciers d'anticiper leur traitement, conduisant à une insécurité juridique. De plus, la règle de priorité relative ne prévoit pas de dérogation pour les créanciers et actionnaires dont le traitement devrait ainsi être obligatoirement moins favorable que celui des créanciers financiers garantis. La règle de priorité relative pourrait ainsi conduire aux effets défavorables relevés plus haut là où la règle de la priorité absolue offre une sécurité juridique accrue aux créanciers financiers au détriment des créanciers chirographaires ou subordonnés pourtant

⁴⁴ Ils sont à préciser.



essentiels (fournisseurs, actionnaires...) à la survie de l'entreprise. Il reste que la règle de la priorité absolue en introduisant des correctifs pourrait, paradoxalement, être plus prévisible et moins perturbatrice. Enfin, dans la perspective d'un rapprochement franco-allemand, il convient de garder à l'esprit que le droit allemand a opté en faveur de l'*absolute priority rule*.

En définitive, il faut souligner une préférence pour la règle de la priorité absolue accompagnée de l'exception de l'article 11.2, § 2, précité.

29. Il y a une difficulté à appliquer le critère du *best interest test* dès la constitution des classes alors qu'il ressort d'une logique liquidative ou à tout le moins d'une logique alternative au plan proposé. Or, les classes de créanciers sont destinées à voter un plan de restructuration préventif. Toutefois, sa prise en compte est le moyen de former des classes susceptibles d'aboutir au vote du plan et d'écartier le recours à l'application forcée interclasse. Une autre difficulté, liée à la mise en œuvre de ce critère, est qu'elle sous-tend la valorisation des sûretés⁴⁵ pour répartir les créances garanties dans les différentes classes formées dans le cadre de la procédure.

Le critère du *best interest test* s'applique en restructuration préventive mais également dans le cadre des procédures d'apurement. La Directive prévoit dans la définition du *best interest test*, la prise en compte de l'ordre liquidatif mais également du meilleur scénario alternatif si le plan de restructuration n'est pas adopté. Le *best interest test* pose davantage de difficulté pour savoir à quelle hauteur, à quel montant de leurs créances les créanciers doivent être classés. Il reste qu'aucun créancier contestataire ne doit être moins bien traité dans un plan que dans une situation de liquidation (par cession d'actifs isolés ou plan de cession) ou dans le meilleur scénario alternatif si le plan n'est pas approuvé.

30. La prise en compte de la valeur liquidative des créances assorties de sûretés prive certains créanciers de toute prévisibilité sur le traitement de leurs sûretés car il leur est impossible de déterminer quelle sera cette valeur liquidative. À cet argument, il est possible d'opposer que pour les créanciers garantis, la valeur de la créance garantie c'est-à-dire de la sûreté repose nécessairement sur la valeur du bien remis en garantie. La valeur de ce bien a nécessairement une valeur de marché qu'il convient de prendre en compte. Il ne peut y avoir de « décorrélation » entre la valeur réelle du bien sur lequel est adossé la créance et la valeur de la part garantie de la créance. Prolongeant ce débat, l'opération d'évaluation de la valeur de la créance garantie c'est-à-dire de la sûreté peut-être particulièrement complexe et susceptible de générer un fort contentieux. En outre, il est mis en exergue que la logique de la prise en compte de la créance pour la valeur de la sûreté serait une négation de la notion de sûreté. Ce raisonnement ne serait pas aberrant mais difficile à mettre en œuvre. Il serait en effet paradoxal de permettre aux créanciers munis de sûretés de voter pour la totalité de la créance dans une classe de créanciers garantis si la sûreté ne vaut rien. Dans ce cas, c'est le critère du *best interest test* qui devrait déterminer la pertinence ou la validité du plan, mais, en amont il paraîtrait logique que le vote soit dépendant du montant facial de la créance.

⁴⁵ Le considérant 44 laisse le choix aux États membres de retenir ou non ce point.



Cette question paraît néanmoins devoir rester ouverte car une créance bénéficiant d'une sûreté qui manifestement ne vaut rien, ou pas grand-chose, ne peut pas être traitée comme une créance efficacement garantie et primer dans son traitement les créanciers chirographaires si elle n'a pas un meilleur rang. Ce serait la négation du concept même de « communauté d'intérêts », qui est le fondement même de la définition des classes de créanciers. Enfin, le droit français applique d'ores et déjà la valorisation des actifs transférés dans un patrimoine fiduciaire pour déterminer la participation des créanciers bénéficiant d'une fiducie-sûreté dans le cadre des comités des créanciers.

D'ailleurs, à bien lire le considérant 44 de la Directive il est précisé qu'« il devrait être possible pour les États membres de prévoir que les créances garanties peuvent être réparties en parties garanties et non garanties sur la base d'une évaluation des sûretés ». Cette prudente formulation laisse penser qu'il s'agit d'une option offerte aux États membres sans qu'il s'agisse d'un principe. Même si l'on peut penser que cette évaluation s'inscrit dans la logique de la Directive, elle n'est pas reprise dans les articles relatifs à la constitution des classes et à leur rôle.

Il est difficile de s'approprier une nouvelle logique pour la formation des classes de créanciers. La Directive importe des solutions et un système inspiré des droits anglo-saxon et germanique alors que le paradigme français est différent. Une option pourrait être de permettre d'effectuer ce test de valeur selon les cas en les laissant à l'appréciation du juge ou de l'administrateur judiciaire ou du mandataire judiciaire en l'absence d'administrateur. Il conviendrait de restreindre les voies de recours possibles contre la constitution de classes de créanciers pour conserver des procédures rapides et efficaces. Or, rien n'interdit de procéder au test de valeur en amont. Il est aussi possible de distinguer pour le test de valeur selon l'importance des dossiers au moyen de la fixation d'un seuil. Une question est posée sur le moment où le test de valeur doit être effectué et sur les critères sur lesquels il doit reposer. Il a été suggéré qu'un test de valeur pourrait être envisagé comme optionnel uniquement en cas d'absence d'accord ou de contestation du plan.

Il faut tenir compte de la difficulté des créanciers – étrangers notamment – à comprendre pourquoi les informations ne sont pas publiques sur le test de valeur, notamment quand la société en difficulté est une société cotée. Le test de valeur devrait, alors, être public par principe en introduisant une exception lorsqu'une telle information est considérée comme information privilégiée par la société et sous sa responsabilité.

Cette nouvelle logique ne semble pas convenir aux PME. D'ailleurs, la Directive elle-même permet une dérogation pour ces dernières⁴⁶. Le groupe de travail est favorable au traitement adapté des PME.

⁴⁶ Les États membres peuvent prévoir que les débiteurs qui sont des PME peuvent choisir de ne pas répartir les parties affectées en classes distinctes, article 9.4 de la Directive.



Une nouvelle fois, il est suggéré de distinguer les restructurations financières des autres en raison de la grande différence de structure de l'endettement. Or le mécanisme prévu par la Directive est pensé et réfléchi pour les restructurations financières, d'ailleurs le considérant prévoit son application au-delà de ce cadre comme une option⁴⁷.

31. Pour conclure, les classes pourraient être constituées par l'administrateur judiciaire en lien avec le débiteur à partir des éléments suivants :

- la communauté d'intérêt sur la base de critères vérifiables
- les critères complémentaires :
 - créanciers titulaires de sûretés réelles
 - créanciers chirographaires non subordonnés
 - créanciers chirographaires subordonnés
 - détenteurs de capitaux⁴⁸
 - obligataires

Pour le reste, l'administrateur judiciaire devrait tenir compte des caractéristiques du passif du débiteur.

Les sûretés personnelles ne sont pas prises en compte dans la constitution des classes puisqu'elles ne s'inscrivent pas dans une logique de rang : la mise en œuvre d'une sûreté personnelle aboutit simplement au changement de la personne du créancier par la voie du recours subrogatoire mais rien ne change dans les obligations du débiteur.

2.3 - Les modalités de la constitution des classes

32. La question des intervenants lors de la formation des classes a semblé importante même si la Directive est relativement discrète sur ce point. L'article 9.1 de la Directive dispose que c'est le débiteur qui présente le plan mais les États membres peuvent prévoir que les créanciers et praticiens dans le domaine de la restructuration ont le droit de présenter des plans concurrents.

Le groupe de travail propose que ce soit l'administrateur judiciaire, agissant en liaison avec le débiteur, qui constitue les classes de créanciers autour de la notion de rang des créanciers et de leur

⁴⁷ Considérant 28 de la Directive.

⁴⁸ Certains membres du groupe de travail proposent d'inverser les deux critères afin de souligner le fait que la Directive, comme d'ailleurs le droit allemand, raisonne en termes de rang de créanciers. Des classes additionnelles peuvent être créées en utilisant le critère de communauté d'intérêts (ex. créancier chirographaires fournisseurs et bancaires), cf. art. 10.2. b.



leur communauté d'intérêts. La définition de la communauté d'intérêt pourrait se référer à la notion de « critères objectifs et vérifiables ». Cette définition devrait être suffisamment large et souple pour permettre à l'administrateur judiciaire en charge de la constitution des classes, d'exercer son jugement en concertation étroite avec le débiteur et sous le contrôle du juge.

Il paraît opportun de proposer que l'avis du mandataire judiciaire soit également demandé. Ainsi il sera possible d'avoir la position d'un professionnel qui a une vision plus objective de la situation, ce qui pourrait avoir pour effet de donner davantage de confort au juge. De plus, cela pourrait également inciter l'administrateur judiciaire à consulter le mandataire judiciaire le plus en amont possible.

Le débiteur et l'administrateur judiciaire (ou à défaut d'administrateur judiciaire, le mandataire judiciaire) devraient constituer les classes de créanciers ensemble. Cette constitution résulterait d'un processus de codécision entre le débiteur et l'administrateur judiciaire (ou le mandataire judiciaire). En cas de désaccord entre le débiteur et l'administrateur judiciaire, le juge commissaire trancherait après consultation du mandataire judiciaire. Un recours en cas de désaccord persistant pourrait être ouvert au débiteur ou à l'administrateur judiciaire.

33. L'article 9.5 de la Directive⁴⁹ n'exige pas qu'il y ait un réexamen de la constitution des classes au stade de l'adoption du plan. Le contrôle devrait toutefois être réalisé en amont de la procédure pour purger le plus tôt possible les contestations. L'article 9.5 impose au moins un contrôle de la répartition par classe lorsqu'une demande de validation judiciaire du plan est nécessaire.

S'interroger sur les voies de recours lors de la constitution des classes conduit à déterminer le moment auquel celles-ci sont figées. Cela suppose de prendre en compte le caractère évolutif des créances après l'ouverture de la procédure. Certaines situations, comme la cession de créances ou la perte de la qualité de créancier (à la suite, par exemple, d'une revendication qui conduit au paiement du créancier), ont pour effet de modifier les classes de créanciers.

Il faudrait donc fixer une date (comme c'est le cas pour la constitution des comités de créanciers actuellement) à laquelle la constitution des classes est figée et prévoir un délai maximum pour que le créancier informe l'administrateur judiciaire de l'évolution de sa qualité.

Cependant, si la contestation de la constitution des classes et la répartition des droits de vote sont figées, il y a un risque que les créanciers fassent des recours systématiques pour préserver leurs droits.

⁴⁹ « Les droits de vote et la répartition en classes sont examinés par une autorité judiciaire ou administrative lorsqu'une demande de validation du plan de restructuration est présentée. Les États membres peuvent exiger qu'une autorité judiciaire ou administrative examine et valide les droits de vote et la répartition en classes à un stade antérieur à celui visé au premier alinéa », article 9(5) de la Directive.



À ce titre, il faudrait peut-être distinguer entre la constitution des classes et l'affectation des créanciers dans chacune des classes, car la répartition des droits de vote peut évoluer. Une telle démarche ne semble pas impossible puisque le considérant 46 de la Directive⁵⁰ ne traite que de la validation des classes.

Au vu de ce qui précède, il est proposé que le recours contre la constitution de classe soit encadré comme il suit.

- Le délai de constitution des classes

- Il a semblé que le délai actuel de constitution des comités de créanciers serait acceptable et il conviendrait de le maintenir. Cependant il est suggéré que si l'on veut faire preuve de souplesse, la constitution des classes soit encadrée dans un délai autre que celui de la période d'observation.

- Le délai de formation du recours

- Il doit être court ; il est proposé 10 jours.
- Ce délai doit courir à partir du moment où les créanciers connus sont informés de la constitution des classes et des critères retenus. Cette information serait double. Il reviendrait à l'administrateur judiciaire d'y procéder.

La première information serait une notification individuelle à chaque créancier des critères utilisés pour constituer les classes et de la classe dans laquelle il se trouve. Dans l'esprit de l'article 28 de la Directive qui exige de privilégier la communication électronique, il faudrait que les créanciers, parties affectées, soient tenus de transmettre une adresse e-mail de contact (dans les dossiers sans déclaration de créances, cette perspective est compliquée à envisager).

La seconde information consisterait en une publication au BODACC et au JAL. Cette modalité d'information n'est pas totalement satisfaisante compte tenu des délais assez longs⁵¹ qu'elle implique. Il serait cependant souhaitable qu'elle ne serve que de « filet de secours ».

⁵⁰ Considérant 46 : « Les États membres devraient en tout état de cause veiller à ce que leur droit national prévoit un traitement adéquat des questions revêtant une importance particulière aux fins de la répartition en classes, comme les créances des parties liées, et que leur droit national contienne des règles relatives aux créances éventuelles et aux créances contestées. Les États membres devraient être autorisés à régir la manière dont les créances contestées sont traitées aux fins de l'attribution des droits de vote. Les autorités judiciaires ou administratives devraient examiner la répartition en classes, y compris la sélection des créanciers affectés par le plan, lorsqu'un plan de restructuration est soumis pour validation. Toutefois, les États membres devraient être en mesure de prévoir que ces autorités puissent aussi examiner la répartition en classes à un stade antérieur, si l'auteur du plan demande une validation ou des orientations à l'avance. »

⁵¹ On peut cependant escompter que ces délais se raccourcissent également avec l'utilisation des moyens électroniques de transmission d'information entre le greffe et le BODACC.



Le point de départ du délai de 10 jours devrait pouvoir courir à partir de la première des dates ou de la notification de publication.

Au-delà de ce délai de 10 jours, le recours par tout créancier contre la constitution des classes ne serait plus possible.

- Nature du délai : ce délai est un délai préfix, dont la méconnaissance entraîne la forclusion.

- Qualité et intérêt à agir

- Chaque créancier (*partie affectée*) doit être en mesure de faire valoir ses droits, notamment dans l'hypothèse où un créancier n'a pas été inclus à la procédure en temps opportun. Le principe de représentation des créanciers par le mandataire judiciaire doit être maintenu, en dépit de la part croissante que prennent les créanciers dans la procédure ; les organes⁵² de la procédure auraient aussi qualité à agir.

- Procédure

- Le juge commissaire serait compétent en premier ressort, avec un recours possible devant la cour d'appel. Le choix du juge-commissaire s'explique en ce que les procédures qui lui sont présentées sont réputées être plus souples et rapides ; il est cependant nécessaire d'élargir ses pouvoirs (actuellement limités au quantum de la créance, élargir expressément les pouvoirs au fond pour trancher sur la constitution des classes).
- Chacune de ces formations devraient trancher dans un délai d'un mois. Le recours ne serait pas suspensif, à l'exception de celui exercé par le ministère public.

Les créanciers qui n'auraient pas contesté la composition des classes ne devraient plus pouvoir ensuite la contester au stade du plan.

III- Le plan de restructuration préventive et les classes de créanciers

34. La constitution des classes de créanciers emporte nécessairement une modification du droit français quant aux modes d'élaboration et de vote des plans de restructuration préventive en raison de la transposition des articles 9 à 12 de la Directive. En revanche, la Directive ne se prononce pas sur l'échec du plan, laissant le législateur national libre de prendre en compte cette éventualité. notion de parties affectées, la formation des classes, et les critères constitutifs des classes de créanciers.

⁵² L'exclusion du débiteur est posée car il constitue les classes avec le débiteur. Cependant, cette exclusion n'a pas été actée.



3.1 - Élaboration et vote du plan de restructuration préventive

35. L'article 9.1 prévoit que les plans sont proposés par le débiteur, par les créanciers et les praticiens. Le même article prévoit, aux paragraphes 6 et 7, les modalités de vote, les règles de majorité et la possibilité de remplacer le vote formel par un accord avec la majorité requise. Dans ce cadre, les États membres peuvent aménager les conditions d'élaboration et de vote du plan.

36. Pour les PME, en raison du risque d'absence et de désintérêt des créanciers et en présence d'une seule classe, le groupe de travail propose de faire usage de la possibilité ouverte par le considérant 47 de la Directive d'instaurer un quorum préalable au vote du plan. Ce quorum devrait être suffisamment élevé. Le groupe de travail propose que ce quorum soit fixé à 40% du montant des créances. Toutefois, si le législateur souhaite faire référence à des seuils existants et plus usités, le groupe de travail propose le seuil d'un tiers. Il est également proposé, afin de favoriser l'adoption du plan de maintenir la majorité des 2/3 du montant des créances. Un quorum de 40% pourrait être prévu pour s'assurer que la diversité des créanciers est suffisamment représentée.

Dès lors, deux cas de figure sont envisageables :

1- si le quorum n'est pas atteint, le tribunal arrêtera le plan. Dans un souci d'harmonisation avec les règles de droit des sociétés, il pourrait être prévu une deuxième tentative de réunir dans un délai très rapide, le quorum ;

2- si le quorum est atteint, le plan devra être préalablement proposé avec l'accord du débiteur et adopté à la majorité des 2/3 du montant des créances et, en cas de rejet, à une majorité simple (c'est-à-dire plus de 50%) des créances.

En ce qui concerne la procédure SA/SFA dédiée à la transposition, si le plan n'est pas adopté, le groupe de travail ne préconise pas de prévoir l'intervention du tribunal. En pratique, deux issues seraient possibles : soit le débiteur sort de la procédure *in bonis*, soit le débiteur devra ouvrir une procédure de redressement judiciaire. De façon générale, l'esprit de la Directive veut que le tribunal ne puisse plus imposer de plan contre le vote négatif des créanciers, selon les nouvelles modalités de vote au sein des classes.

37. En présence d'une pluralité de classes de créanciers, le groupe de travail est favorable au maintien des règles actuelles. Il considère qu'il n'y a pas lieu de prévoir de quorum et que la majorité de 2/3 du montant des créances détenues par les membres du comité (de la classe) ayant exprimé un vote (C. com., art. L 626-30-2) doit être reconduite. En ce qui concerne le calcul des droits de vote, il semble que la pratique actuelle pourrait être clarifiée et seule la valeur faciale de la créance devrait être retenue. Ce choix s'impose d'autant plus que le « *best interest test* » sert de modérateur pour tenir compte de la valeur et permet de déterminer si le créancier est encore « dans la monnaie ».



Une suggestion de suppression des dispositions de l'article L. 626-30-2 du Code de commerce est formulée : il conviendrait de supprimer l'appréciation des garanties par l'administrateur judiciaire qui devient inutile en raison de l'introduction du « *best interest test* ».

En ce qui concerne le vote du plan par les classes de créanciers, la difficulté posée par la contestation d'une créance a été évoquée. Si le montant de la créance est contesté, les membres du groupe de travail ont proposé de purger les aspects liés à la contestation du montant de la créance pour les besoins de la constitution des classes le plus tôt possible. En outre, il a été proposé de ne retenir que le montant en principal des créances et des intérêts échus au jour de l'ouverture de la procédure.

Les droits de vote attachés au montant de la créance seraient des droits de vote « provisoires ». Le juge pourrait donc être saisi (par l'administrateur judiciaire, par exemple) d'un recours portant sur le montant de la créance auquel est attaché un certain nombre de droits de vote pour la constitution des classes. Le recours serait porté devant le juge commissaire et devrait intervenir dans un délai de 10 jours (délai préfix)⁵³. Il a été souligné qu'il est plus prudent, en cas de contestation sérieuse d'une créance d'importance, d'attendre pour voter le plan. L'inconvénient du retard et le risque du dilatoire ne sont pas contestables. Toutefois, il ne semble pas opportun que ces considérations pratiques et factuelles soient prises en compte par la loi.

À l'occasion de ces échanges, les membres du groupe de travail ont considéré que le délai de 2 mois pour déclarer les créances (augmenté de 2 mois si le créancier est domicilié hors de France) est suffisamment court.

Par ailleurs, en ce qui concerne la prise en compte de toutes les créances déclarées pour l'élaboration du plan, le groupe de travail propose une nouvelle rédaction de l'article L. 626-10 du code de commerce pour introduire de la souplesse :

article L. 626-10

« Le plan désigne les personnes tenues de l'exécuter et mentionne l'ensemble des engagements qui ont été souscrits par elles et qui sont nécessaires à la sauvegarde de l'entreprise. Ces engagements portent sur l'avenir de l'activité, les modalités du maintien et du financement de l'entreprise, le **règlement du passif évalué sous réserve de son admission définitive** ainsi que, s'il y a lieu, les garanties fournies pour en assurer l'exécution. » La notion de montant évalué existe dans l'article L 622-24, 4^e alinéa, R.622-23, R.641-27.

38. Les modalités de vote dans la classe de détenteurs de capital et son articulation avec le droit des sociétés français doivent être étudiées.

⁵³ Il est renvoyé aux voies de recours prévues au n° 36.



Il serait envisageable de charger le dirigeant de faire le médiateur entre les actionnaires (qui ne seraient pas regroupés dans une classe) et les autres classes. Il pourrait faire le lien entre les actionnaires minoritaires et majoritaires. Les intérêts des actionnaires seraient préservés en ce que ceux-ci peuvent révoquer le dirigeant. Cette solution présente un avantage en terme de responsabilité car la responsabilité du dirigeant est plus facile à mettre en œuvre que celle des actionnaires.

Plusieurs hypothèses doivent être envisagées.

Si une classe de détenteurs de capital est constituée, il apparaît opportun, ainsi qu'il est dit plus haut, que le vote qui sera émis par cette classe puisse valoir décision d'assemblée générale pour éviter d'alourdir le processus d'adoption du plan. Ainsi, la démarche à adopter doit permettre, notamment, de réaliser les opérations classiques visées actuellement à l'article L. 626-3 du Code de commerce qui doivent être adoptées au cours d'assemblées générales.

Si l'option de constituer une classe de détenteurs de capital est retenue, ce qui semble être l'esprit de la Directive, le vote exprimé par les détenteurs de capital vaudra décision collective en assemblée générale et il ne sera pas nécessaire de procéder à un nouveau vote lors d'une assemblée générale. Ainsi, les règles du droit des sociétés pourront être intégrées dans le processus de vote de la classe.

La majorité retenue en application de la Directive - au maximum 75% du montant des créances - permet donc d'adopter, comme c'est le cas dans les comités de créanciers, une majorité des 2/3 qui correspond à celle du droit des sociétés pour approuver les résolutions soumises au vote lors d'une assemblée générale extraordinaire. Il y aura corrélation entre les modalités de vote entre les différentes classes de créanciers y compris celle des détenteurs de capital sauf en cas d'aménagement du droit de vote. En effet, le droit des sociétés comporte des dispositions autorisant des droits de vote pluraux pour les actionnaires. Si une telle option a été utilisée par la société, deux solutions sont envisageables. Soit aménager le droit de vote dans la classe de détenteurs de capital pour tenir compte des aménagements organisant des droits de vote pluraux. Soit, paralyser ces aménagements lors du vote dans la classe introduisant une différence entre les modalités de vote dans la ou les classes des détenteurs de capital et celles organisant le vote en l'assemblée générale extraordinaire. Pour assurer une certaine neutralité, il semble souhaitable de tenir compte des aménagements du droit de vote en assemblée générale lors du vote dans la ou les classes de détenteurs de capital.

Le refus des détenteurs de capital ne peut bloquer l'adoption forcée interclasse telle quelle résulte de l'article 11 de la Directive (considérant 57). Ainsi, même si les détenteurs de capital s'opposent à un plan qui prévoit l'entrée d'un tiers dans le capital social (augmentation de capital social réservée) ou des conversions de créances en capital, l'application forcée doit être admise, si la viabilité du débiteur en dépend.

39. En cas de constitution de classes de créanciers, la Directive énonce que le débiteur doit donner son accord pour le *cross-class cram-down*, mais elle prévoit la possibilité de déroger à cette condition



pour les sociétés les plus importantes. En outre, elle précise que c'est soit le conseil d'administration, soit les actionnaires, qui donnent leur accord pour le *cross-class cram-down* dans les sociétés. Pour les PME, le *cross-class cram-down* sera verrouillé par les détenteurs de capital. Le plan ne pourra pas aller à l'encontre du best interest test et de l'*absolute priority rule*. Cela nécessite d'adopter une logique en deux temps : l'évaluation des droits des actionnaires dans un premier temps ; la validation ou non du plan, avec application du *cram-down* le cas échéant.

Le groupe de travail préconise la constitution d'une ou plusieurs classes de détenteurs de capital, lesdites classes étant subordonnées. Ainsi, les actionnaires pourraient se voir imposer une conversion de créances en capital prévue dans le plan dans deux hypothèses différentes, soit en tant que actionnaires dans le cadre d'une classe de détenteurs de capital, soit en tant que créanciers intégrés dans une classe de créanciers, en raison de l'existence d'un compte courant. Le plan peut prévoir la conversion en capital de leurs créances, mais les conséquences du choix entre l'une ou l'autre classe regroupant les actionnaires seraient que regroupés dans une classe de créanciers en raison de la présence de compte courant d'associés, comme tous créanciers, les détenteurs de capital pourraient proposer un plan (art. 9.1).

Il convient de souligner les enjeux qui se cachent derrière cette possibilité offerte aux créanciers de présenter un plan sachant que l'article 9.1 offre une faculté aux États membres sans aucune obligation. Si on permet aux créanciers de présenter un plan, et qu'on empêche les actionnaires d'y faire obstacle, cela aura un effet massivement dissuasif de la SA/SFA nouvelle version. Or c'est une procédure volontaire. Elle doit être attrayante pour l'entreprise, et donc pour les actionnaires qui sont, dans 99% des dossiers, également dirigeants, et qui, dans le dernier pour-cent, nomment les dirigeants. Il va de soi qu'au regard des seuils actuels de la SFA ce pourcentage est moindre. La sauvegarde de droit commun devrait être préservée. Il est considéré comme essentiel que les créanciers ne soient pas autorisés à présenter un plan en sauvegarde, pour leur réserver cette faculté uniquement au stade du redressement judiciaire⁵⁴. Cette suggestion pourrait ne pas être retenue pour la SA/SFA dans la mesure où les créanciers ont la possibilité de proposer un plan alternatif selon la directive. Le débiteur, quant à lui, est protégé par son droit de veto en cas de *cross-class cram-down*. Le considérant 53 de la Directive permet aux États membres de préciser que s'agissant d'une personne morale, le débiteur en difficulté financière doit être considéré comme étant le conseil d'administration de la personne morale, toute instance collégiale représentant la société ou qui en a reçu délégation de représentation, par disposition contractuelle (statuts) ou légale.

Les membres du groupe de travail considèrent également que le débiteur devra donner son accord sur le plan avant le *cross-class cram-down* et que le vote des détenteurs de capitaux dans le cadre des classes vaudra vote en assemblée générale des actionnaires.

⁵⁴ Position du CNAJMI.



40. Sur la question de la validation du plan, le groupe de travail doit adopter une position sur la place qu'il recommande de donner au tribunal, l'article 10 de la Directive prévoyant un certain nombre de cas où son intervention est indispensable. Le groupe de travail considère qu'une rupture avec le droit positif français, favorable à un fort interventionnisme du tribunal capable d'imposer le plan, est envisageable dans le cadre strict de la nouvelle procédure SA/SFA, « sauvegarde financière » dédiée à la transposition. Ainsi la sauvegarde de droit commun serait préservée de ce changement.

Si l'on choisit la voie de la validation du plan par l'accord, se pose la question du créancier qui n'aurait pas été inclus à la procédure en temps utile. Dans cette hypothèse, le plan aurait été adopté par les autres créanciers, par un accord que le créancier oublié n'a pas validé. Pourtant, le plan s'imposerait à lui sans décision du tribunal. Or, en vertu de l'effet relatif des conventions, ce plan arrêté par accord ne pourrait pas s'imposer à ce créancier qui n'aurait pas donné son consentement. Cette éventualité rendrait obligatoire l'homologation judiciaire du plan pour lui conférer une application *erga omnes*.

Le groupe de travail propose d'étendre le principe d'une validation judiciaire du plan, y compris pour lui donner justement force exécutoire lorsqu'il y a accord des créanciers sur des délais, des abandons ou toutes autres modalités. Ce choix s'inscrit dans la continuité du droit français qui ménage une place interventionniste au tribunal. Il est le garant d'une sécurité juridique fort utile lorsqu'il est rappelé que la Directive, dans son article 16, impose de prévoir des voies de recours contre une décision validant ou rejetant le plan. Une réserve a été émise pour respecter l'esprit de la Directive. Le tribunal ne devrait pas être susceptible d'imposer des modalités contre le vote des créanciers dans le cadre de seules SA/SFA, c'est-à-dire, des procédures concernées par la transposition. Pour ces procédures, l'application forcée interclasse serait pleinement respectée et le plan ne pourrait pas être autrement arrêté par le tribunal.

41. Les modalités de consultation hors classe de créanciers ont été discutées. La question de la pertinence de permettre une consultation individuelle des créanciers en cas d'échec du vote par les classes de créanciers a été débattue. Cette consultation garde tout son sens dans la sauvegarde de droit commun qui échappe au périmètre de la transposition, mais elle ne semble pas pertinente pour la procédure SA/SFA fusionnée (sauvegarde financière) dédiée à la transposition de la Directive.

Pour la SA/SFA (sauvegarde financière) concernée par la transposition, il faut rappeler que la Directive ne permet pas de faire voter un plan « hors classe ». Le plan est forcément soumis au vote des créanciers, que ceux-ci soient répartis au sein de plusieurs classes ou d'une seule classe pour les PME. Une telle approche semble difficilement compatible avec le retour vers une consultation individuelle, elle devrait donc être écartée pour les SA/SFA concernées par la transposition.

Une question se pose dans les rares situations où il y a une classe unique de créanciers votant contre le plan dans le cadre d'une SA/SFA. Si les créanciers ne votent pas le plan, rien n'est prévu. Il serait



possible de prévoir un abaissement des règles de majorité de vote au sein d'une classe⁵⁵ pour adopter le plan ou bien permettre une consultation individuelle des créanciers. La réduction de la durée des plans (à moins de 10 ans) pourrait également être envisageable. Une interrogation subsiste, néanmoins, en ce qui concerne les conséquences d'un rejet du plan par les classes de créanciers. Toutefois, adopter un plan imposé contre la volonté des créanciers semble contraire à la Directive et cette solution devrait être écartée dans le cadre de la SA/SFA (sauvegarde financière) concernée par la transposition.

3.2 - Voies de recours concernant les décisions validant le plan

Le groupe de travail s'est prononcé sur deux points.

42. Le premier point concerne le maintien de la fiction de la représentation des créanciers par le mandataire judiciaire, même si l'introduction des classes de créanciers change la situation de ces derniers. Les intérêts propres à leur classe sont distincts de leur intérêt propre individuel tel que compris par la jurisprudence de manière restrictive (combinaison de L. 661-3 et 583 du code de procédure civile pour mettre en œuvre la tierce opposition ouverte aux créanciers). Cet aspect doit être pris en compte selon le groupe de travail, sans pour autant remettre en cause la défense de l'intérêt collectif des créanciers dans la procédure et pour protéger la célérité de cette dernière.

43. Le second point concerne le maintien de la tierce opposition comme voie de recours. Maintenu, elle devrait être adaptée - voir renommée pour prévoir une voie de recours proche de la tierce opposition mais spécifique au livre VI - pour dépasser la rectitude de l'article 583 du code de procédure civile (fraude, moyen propre) qui ne permet pas de qualifier l'atteinte aux intérêts d'une classe de créanciers de moyen propre. En effet, cet intérêt est commun à tous les créanciers d'une même classe et ne peut être qualifié d'intérêt propre à un créancier.

Cette voie de recours spécifique, dérivée de la tierce opposition, devrait également tenir compte de l'atteinte au critère du meilleur intérêt et de la règle de la priorité.

3.3 - Échec du plan

44. La Directive ne prévoit pas l'hypothèse d'un échec par absence de vote du plan de restructuration préventive. La logique de l'application forcée interclasse semble écarter la solution d'un plan imposé

⁵⁵ Voir paragr. n° 37.



par le tribunal aux créanciers. En principe, l'application forcée interclasse devrait rendre très exceptionnel un tel échec. Dans le cadre de la procédure SA/SFA, la question ne devrait donc pas se poser et quoiqu'il en soit, il ne devrait pas être possible d'envisager un plan imposé par le tribunal.

Le maintien de cette solution n'est envisageable que dans des conditions similaires à celles du droit positif actuel dans le cadre de la sauvegarde de droit commun, exclue de la transposition. S'agissant de cette dernière, le groupe de travail est favorable au maintien de l'interventionnisme du tribunal. En présence de deux classes de créanciers : en cas d'échec (en dépit de l'application forcée interclasse), la possibilité offerte au tribunal d'imposer le plan resterait intacte. En présence d'une seule classe, un vote majoritaire serait mis en œuvre et en l'absence d'application du *cross-class cram-down*, une intervention autoritaire du tribunal pour imposer le plan devrait être ménagée.

Ainsi en cas d'échec de l'adoption du plan, même après le mécanisme de l'application forcée interclasse, le tribunal devrait être en mesure d'imposer le plan comme aujourd'hui en droit positif. Cette solution continuerait à concerner 98% des dossiers visant les TPE/PME, dossiers pour lesquels une seule classe de créancier serait formée.

En outre, une telle possibilité pourrait être une alternative dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire qui pourrait servir « d'épouvantail » car elle est le cadre dans lequel un plan de cession pourrait être imposé par le tribunal.



Synthèse de la position du groupe de travail sur le périmètre de la transposition et ses conséquences

Inclusion dans le périmètre de la transposition	Étanchéité entre les procédures	Exclusion du périmètre de la transposition
<p>SFA/SA (fusionnées en une procédure « modulaire » qu'il est proposé d'appeler sauvegarde financière).</p> <p>Respect du caractère financier marqué de la directive pour cette nouvelle procédure dédiée à la transposition.</p> <ul style="list-style-type: none">• Seuils pour caractériser cette procédure dédiée (collective ou semi collective, en principe pour les restructurations financières).• Deux classes minimum en principe – en présence de créanciers garanties, à défaut une seule classe devrait rester envisageable.	<p>Absence de passerelle de cette nouvelle procédure (SFA/SA) vers la sauvegarde de droit commun.</p> <p>(Respect des conditions d'ouverture des procédures de redressement judiciaire et de sauvegarde).</p>	<p>Transposition mesurée de la directive pour la sauvegarde de droit commun.</p> <ul style="list-style-type: none">• Seuils pour prévoir une classe pour les TPE et PME et limiter la constitution des classes aux dossiers qui les justifient.• Adaptation à la création des classes de créanciers :<ul style="list-style-type: none">- constitution d'une ou de deux classes de créanciers- <i>best interest test</i>- règle de la priorité- application forcée interclasse.
<p>Logique de l'application forcée interclasse respectée.</p> <p>Absence d'intervention du tribunal pour imposer le plan en cas d'échec du vote du plan (hypothèse en principe rare).</p>		<p>Fort interventionnisme du tribunal :</p> <ul style="list-style-type: none">- en présence de deux classes de créanciers : en cas d'échec (en dépit de l'application forcée interclasse), possibilité offerte au tribunal d'imposer le plan,- en présence d'une seule classe, mis en œuvre du vote majoritaire, absence d'application du <i>cross-class cram-down</i>, possible intervention du tribunal pour imposer le plan.



COMPOSITION DU GROUPE DE TRAVAIL



COMPOSITION DU GROUPE DE TRAVAIL
« Rapport relatif à la transposition des classes de créanciers »

PRÉSIDENTE :

- **Caroline HENRY**, Avocat général en service extraordinaire à la Cour de cassation

MEMBRES :

- **Frédéric Abitbol**, Administrateur judiciaire, Vice-président du CNAJMJ

- **Anaïs Alle**, Avocat, Clifford Chance

- **Lionel Andreu**, Professeur, Université de Poitiers

- **Noam Ankri**, Avocat, Ashurst

- **Fabienne Beuzit**, Avocat, Jones Day

- **Dominique Borde**, Avocat, Paul Hastings

- **Fleur Chaignot**, Juriste, Société Générale

- **Côme Chombart de Lauwe**, Juriste, Fédération Bancaire Française

- **Gaël Couturier**, Administrateur judiciaire, CNAJMJ

- **Reinhard Dammann**, Avocat, Clifford Chance

- **Nathalie Darni**, Juriste, BNP Paribas

- **Nadège Debeney**, Avocat, Jones Day

- **Philippe Dubois**, Avocat, De Pardieu Brocas Maffei

- **Gérard Gardella**, Secrétaire général du HCJP

- **Pauline Joly**, Doctorante

- **Marie-Hélène Monsérié-Bon**, Professeur, Université Paris II

- **Thierry Montéran**, Avocat, UGGC

- **Jacques Ranchin**, Juriste, BNP Paribas

- **Lionel Spizzichino**, Avocat, Willkie Farr

- **Christophe Thevenot**, Administrateur judiciaire, CNAJMJ



REPRÉSENTANTS DES AUTORITÉS :

- **Stéphanie Cabossioras**, Direction des Affaires Juridiques, Autorité des Marchés Financiers
- **Guillaume Clément-Larosière**, Direction des Affaires Juridiques, Autorité des Marchés Financiers
- **Adeline-Lise Khov**, Direction Générale du Trésor
- **Julien Rosier**, Ministère de la Justice
- **Clément Tiret**, Direction Générale du Trésor