

UNIVERSITÉ PARIS I PANTHÉON-SORBONNE

ÉCOLE DE DROIT DE LA SORBONNE

MÉMOIRE

L'influence des règles posées par le projet de directive insolvabilité

n° 2016/0359 sur le fonctionnement des comités de créanciers



À jour du 1^{er} juin 2019

Par Éloïse LACROIX

sous la direction du Professeur François-Xavier LUCAS,

dans le cadre du Master II Indifférencié Droit des Affaires de l'Université Paris I

Panthéon-Sorbonne dirigé par le Professeur Hervé LE NABASQUE

L'Université Paris I Panthéon-Sorbonne n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les mémoires de ses étudiants. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Si l'auteur a entendu publier son mémoire en ligne, en vertu des articles L. 111-1 et suivants du Code de la propriété intellectuelle, ce dernier demeure protégé par les droits d'auteur et toute reproduction qu'elle soit intégrale ou partielle, faite sans le consentement de son auteur est illégale.

REMERCIEMENTS

Par ordre chronologique :

À Hervé Le Nabasque, pour toujours, encore, nous transmettre la recherche du détail, de l'absurde, du caractère ludique du droit, et pour m'avoir permis d'étudier au sein de son Master ;

À vous, François-Xavier Lucas, pour avoir dirigé mon mémoire, pour vos conseils francs, avisés, vos encouragements et pour la considération que vous avez accordée à mon travail ;

Enfin, à Reinhard Dammann, pour m'avoir permis, ce semestre, en parallèle de la rédaction de ce mémoire, d'appréhender une vision plus pratique des procédures collectives ;

MERCI.

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

Al.	Alinéa
Art.	Article
Avr.	Avril
Bankr.	<i>Bankruptcy</i>
BJE	Bulletin mensuel Joly Entreprises en difficultés
BJS	Bulletin mensuel Joly sociétés
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)
CA.	Cour d'appel
Cass. com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
CDS	<i>Credit Default Swap</i>
Circ.	<i>Circuit</i>
Cons. constit.	Conseil constitutionnel
D.	Recueil Dalloz
D.	<i>District</i>
Déc.	Décembre
Del	Delaware
Dir.	Directive
Éd.	Edition
Feb.	<i>February</i>

Févr.	Février
Ill.	Illinois
InsO.	<i>Insolvenzordnung</i>
JCP E	Jurisclasseur périodique, édition Entreprise
Janv.	Janvier
Journ. sociétés	Journal des sociétés
Juil.	Juillet
Kan.	Kansas
Med. Ctr	<i>Medical center</i>
NSWCA	<i>New South Wales Court of Appeal</i>
Obs.	Observation
Op. cit.	<i>Opus citatum</i>
Prop.	Proposition
Rev. Proc. Coll	Revue des procédures collectives
Rev. sociétés	Revue des sociétés
Sept.	Septembre
ss.	sous
T. com.	Tribunal de commerce
UE	Union Européenne
US	<i>United States of America</i>
V.	Voir

MÉTHODOLOGIE

Le 17 décembre 2018, le Parlement européen et le Conseil de l'Union ont arrêté la dernière version de la directive n° 2016/0359. Ce mémoire a été rédigé avant la publication du texte final de la directive qui devrait intervenir le 6 juin 2019 et s'est donc uniquement référé à la version de la directive du 17 décembre 2018, qui constituera la base certaine du texte définitif.

Ainsi, ce mémoire se réfèrera à "**la directive**" lorsqu'il s'agira simplement de se référer à la proposition de directive n° 2016/0359 telle qu'arrêtée par le Parlement européen et le Conseil de l'Union le 17 décembre 2018. Cette précision semble nécessaire afin de se référer à la bonne numérotation et afin de prendre en compte le fait que, ce mémoire ne peut citer la lettre définitive du texte de la directive, d'autant plus qu'aucune traduction en français de la version du 17 décembre 2018 n'a été rendue disponible jusqu'alors.

INTRODUCTION GÉNÉRALE

Chapitre préliminaire : Les actuels comités de créanciers en droit français

PREMIÈRE PARTIE : LES CRITÈRES DE CONSTITUTION DES CLASSES DE CRÉANCIERS

Titre I : Échantillon de critères étrangers de constitution des classes de créanciers

Chapitre I : Les critères généraux d'adoption des classes de créanciers

Chapitre II : La différence de traitement de certains créanciers au regard de leur qualité

Titre II : Les possibilités de constitution des classes de créanciers « à la française »

Chapitre I : L'obligation de prise en compte du critère de la nature de la créance

Chapitre II : Le maintien du critère de la qualité du créancier

SECONDE PARTIE : LA MISE EN PLACE DU *CROSS-CLASS CRAM-DOWN*

Titre I : Le *cross-class cram-down* à l'allemande et à l'américaine

Chapitre I : L'origine du *cross-class cram-down*

Chapitre II : Le *best-interest-of-creditors test*

Titre II : L'introduction du *cross-class cram-down* en France

Chapitre I : La règle originelle d'égalité de traitement des créanciers

Chapitre II : Les possibilités de transposition du mécanisme de *cross-class cram-down* en droit français

CONCLUSION GÉNÉRALE

INTRODUCTION GÉNÉRALE

« La faveur que la démocratie n'a jamais cessé de témoigner aux faibles lui fait depuis longtemps considérer le débiteur comme le seul digne de la protection des lois. »

Georges Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, 1936¹

Le **6 juin 2019** le Conseil de l'Union arrêtera officiellement le texte de la **directive « restructuration » n° 2016/0359** dont la dernière version avait été arrêtée le **17 décembre 2018**². Cette directive a pour objectif d'harmoniser les « *cadres de restructuration préventifs* », la « *seconde chance* » et les « *mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures de restructuration, d'insolvabilité et d'apurement* »³, au sein de l'Union Européenne. Cette directive, est actuellement en cours de traduction et devra être transposée dans les vingt-quatre mois après l'arrêt du texte définitif.

Aux fins de permettre une transposition des plus rapides, l'article 196 de la **loi pour la croissance et la transformation des entreprises (loi PACTE) du 22 mai 2019**, habilite le Gouvernement à transposer la directive. Alors qu'il était saisi sur la **constitutionnalité de la loi PACTE**, le **Conseil constitutionnel, dans sa décision du 16 avril 2019**⁴, ne s'est pas prononcé sur la conformité à la Constitution de l'article habilitant le Gouvernement à transposer une directive non encore définitivement arrêtée.

Cette directive, qui intervient après l'adoption du **règlement UE 2015/848 du 20 mai 2015** ayant permis d'**uniformiser les règles de droit international privé relatif aux procédures d'insolvabilité dans l'Union européenne**, a pour objectif d'**harmoniser les règles matérielles** dans le domaine de l'insolvabilité en s'inspirant grandement du droit français.

En effet, lorsque l'article 196 de la loi PACTE permet la transposition des règles concernant la **suspension des poursuites**, ce dernier se réfère à l'article 6 de la directive, imposant la création d'une procédure de suspension des poursuites à tous les États-membres de l'Union

¹ RIPERT G., *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, 1936, n° 69 et s. p. 133 et s.

² DAMMANN R., *Les incidences de la Loi PACTE sur la loi de sauvegarde*, EFE, à paraître.

³ Proposition de directive n° 2016/0359 telle qu'arrêtée par le Parlement européen et le Conseil de l'Union le 17 décembre 2018.

⁴ Cons. constit., 16 mai 2019, DC n° 2019-781.

européenne, **sur le modèle du droit français**⁵. Ainsi, sur ce point, la directive ne devrait pas impliquer de grand changement dans l'Hexagone, même si la **durée de la suspension devra en revanche, être réduite afin de respecter le délai de quatre mois⁶ renouvelable** sous condition dans une limite de douze mois⁷, imposée par la directive.

De même, l'article prévoit la transposition de la directive sur les points concernant "*les mesures destinées à favoriser le rebond de l'entrepreneur individuel faisant l'objet de procédures de liquidation judiciaire et de rétablissement professionnel*". Toutefois, sur ce point encore, le droit français fait figure de modèle en ce qu'il prévoit déjà une procédure d'effacement des dettes des entrepreneurs surendettés, telle que l'article 19 de la directive prévoit d'en instaurer.

La véritable révolution du droit français s'opèrera sur **l'institution des classes de créanciers, prévue par l'article 9, § 2 de la future directive**. Alors qu'aujourd'hui, le droit français connaît **deux comités de créanciers**, devant rassembler les **principaux fournisseurs**, les **établissements de crédits et assimilés**⁸, ainsi qu'un troisième comité, de fait, réunissant les **obligataires**⁹, la transposition de la directive modifiera nécessairement en profondeur cet ordre établi.

En effet, **l'article 9, § 2 de la directive**¹⁰ prévoit que les comités de créanciers seront remplacés par les **classes de créanciers**. Ce mécanisme est connu des droits allemand et états-unien, deux droits qui ont, tout comme le droit français, largement influencé les négociations de la directive. Les principes du droit américain ont été mis en avant notamment par l'Allemagne et les Pays-Bas, qui ont permis la reconnaissance par la directive, du principe selon lequel les **créanciers affectés par le plan devront être réunis dans des classes différentes reflétant la similarité de leurs intérêts**.

Contrairement à ce qui s'opère aujourd'hui en droit français, la **qualité du créancier** n'a plus vocation à être prise en compte, laissant place au critère de la **nature de sa créance**. L'article 9, § 2 de la directive prévoit, en effet, une séparation a minima, des **créanciers garantis** et **chirographaires**.

En outre, contrairement au système actuel du droit français, l'instauration de classes de créanciers impliquera de **classer tous les créanciers** et donc, d'empêcher le traitement individuel de ces derniers, qui pourront se voir écrasés, lors du vote, par la majorité des

⁵ DAMMANN R., ROTARU V., Premières réflexions sur la transposition de la future directive sur les restructurations préventives, D. 2018, p.2195 et s.

⁶ Art. 6, § 4 de la directive n° 2016/0359.

⁷ Art. 6, § 5 et 7 de la directive n° 2016/0359.

⁸ C. com. art. L. 626-30.

⁹ C. com. art L. 626-32.

¹⁰ DAMMANN R., L'introduction des classes de créanciers dans l'optique d'une harmonisation franco-allemande des procédures d'insolvabilité, Mélanges Claude WITZ, 2018, LexisNexis p.221 et s.

créanciers, qui ne devra **pas correspondre à une majorité de plus de 75 % du montant des créances ou des intérêts**¹¹.

Cette classification des créanciers aux fins de **permettre un vote sur le plan de restructuration de l'entreprise** répond à un objectif, qui constituera une réelle nouveauté en droit français : le "*cross-class cram-down*". Soit, une possibilité de passer outre le vote des classes dissidentes s'étant prononcées en défaveur du projet de plan et de permettre **l'adoption d'un projet de plan de restructuration par une majorité des classes de créanciers**.

Ce mécanisme, qui impliquera la soumission à un plan et donc, par exemple, à des remises de dettes et délais, des créanciers s'étant initialement opposés au plan, comporte toutefois un grand risque pour les créanciers dissidents qui pourraient se voir moins bien traités dans le cadre du plan voté que dans la situation qui aurait été la leur en l'absence de tout plan. C'est la raison pour laquelle, aux États-Unis, pays pionnier dans l'instauration de ce mécanisme, le *Chapter 11* du Code américain de la faillite¹², instaure un **test du "best-interests-of-creditors"** soit, une vérification d'un bon traitement par le plan, des créanciers dissidents.

Ainsi, la transposition de la directive européenne en droit français constituera un réel enjeu, en ce que ce défi imposera un total remaniement des procédures collectives qui seront touchées par l'obligation de modification. Sur ce point, la directive prévoit son champ d'application à son article 1, § 1, (a), disposant que les procédures de restructuration préventive disponibles pour les débiteurs en difficulté financière s'appliquent en présence d'une **probabilité d'insolvabilité**¹³. Or, **l'article 2, § 1a, a) de la directive** prévoit que la notion d'insolvabilité devra **trouver sa définition dans la loi de chaque État membre**.

En droit français, la notion d'**insolvabilité** se comprend comme l'« *état d'une entreprise dont l'ensemble du passif est supérieur à l'ensemble des éléments d'actif* »¹⁴. Or cette notion n'est pas celle qui est couramment utilisée afin de délimiter les procédures préventives des difficultés des procédures de traitement des difficultés. En effet, le droit français ne requiert pas l'insolvabilité, mais la cessation des paiements.

La définition de ce terme est présente à l'article **L. 631-1 du Code de commerce**, qui prévoit que la cessation des paiements se caractérise par la situation dans laquelle un débiteur est "*dans*

¹¹ Art. 9, § 4 de la directive.

¹² Code américain de la faillite, *Chapter 11*, art. 1129 (b).

¹³ Traduction libre.

¹⁴ Infogreffe, Dossier : La cessation des paiements, consulté le 10 juin 2019, lien : [<https://www.infogreffe.fr/informations-et-dossiers-entreprises/dossiers-thematiques/cessation-activite/dossier-la-cessation-des-paiements.html>].

*l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible*¹⁵. Ainsi, une condition **d'immédiateté** des capacités de paiement est imposée. Ce principe constituant le socle de tout le droit de l'insolvabilité français, il semble peu approprié d'en modifier la définition. Ainsi, il semble que le droit français conservera sa notion de cessation des paiements au lieu et place de la probabilité d'insolvabilité qui doit pourtant définir le champ de modification du droit interne.

Concernant la nécessaire modification du droit des Etats-membres, il faut prendre en compte le fait que le droit français est l'un des droits européens qui accorde **le plus d'importance à la prévention des difficultés** des entreprises¹⁶, et ce dernier connaît plusieurs procédures préventives des difficultés qui pourraient, selon la directive, être modifiées.

Tout d'abord, en droit français, existent deux procédures confidentielles : le mandat *ad hoc*, et la conciliation. En théorie, ces procédures **ne permettent pas d'imposer un quelconque accord aux créanciers**, qui doivent pouvoir négocier librement¹⁷. Ainsi, l'instauration de classes de créanciers impliquant nécessairement l'introduction successive d'un *cram-down* et d'un *class-cross cram-down*, dans ces procédures, serait absurde en qu'elle transformerait leur identité, leur structure et leur raison d'être.

En effet, ces procédures reposent sur la volonté de s'engager et non sur un principe de soumission à un plan. Permettre d'imposer un plan aux créanciers, dans le cadre ces procédures, n'aurait fait qu'amoindrir leur utilité, en les amputant de leurs spécificités. La seule justification qui aurait pu permettre l'application de la directive à ces procédures, aurait pu être déduite de leur rôle dans le cadre du **prepackaged plan**¹⁸. L'instauration des classes de créanciers dès les procédures de mandat *ad hoc* ou de conciliation auraient permis, en cas d'ouverture ultérieure d'une procédure de sauvegarde, d'en accélérer le processus. Néanmoins, ce n'est pas la solution retenue par l'article 196 de la loi PACTE et il faut s'en réjouir.

En effet, la loi PACTE habilite le Gouvernement à transposer la directive « *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*

¹⁵ GUINCHARD S., DEBARD T., Lexique des termes juridiques 2018-2019, Lexiques Dalloz, éd. 27, p. 585 : cette définition de la cessation des paiements est d'ailleurs parfois confondue avec celle de l'insolvabilité : « Situation de la personne dont l'actif disponible est insuffisant pour faire face à son passif exigible ».

¹⁶ DEGENHARDT E., Le droit français est-il conforme à la proposition de directive européenne du 22 novembre 2016 visant à harmoniser le droit des procédures collectives ?, BJE mars 2017, n° 114h2, p. 153.

¹⁷ LIENHARD, A., Procédures collectives 2019-2020, Delmas, 8e édition, p. 19, n° 11.14 et p. 61, n° 22.16.

¹⁸ BESSE A., MORELLI N., Le prepackaged plan à la française : pour une saine utilisation de la procédure de sauvegarde, JCP E, n° 25, 18 Juin 2009, 1628 ; LUCAS F.-X., Le plan de sauvegarde apprêté ou le *prepackaged plan* à la française, CDE, n° 5, sept.-oct. 2009, p. 35.

*créanciers*¹⁹ ». La loi impose donc de manière explicite, au Gouvernement, **l'introduction des classes de créanciers dans le cadre de la sauvegarde judiciaire**. En effet, aujourd'hui, les articles L. 626-29 et suivants du Code de commerce instituent les comités de créanciers uniquement dans les procédures de sauvegarde. Toutefois, l'article **L. 631-19 du Code de commerce**, procède, de manière logique, à un renvoi aux dispositions du chapitre VI du titre II du livre VI du Code de commerce, **permettant ainsi l'application des comités de créanciers au redressement judiciaire**.

Cette similarité de procédure se justifie par le fait que le redressement peut constituer, en cas de cessation des paiements, la continuation logique de la sauvegarde. Ainsi, alors que la procédure de sauvegarde se trouvera modifiée, **il semble nécessaire de pouvoir modifier la procédure de redressement judiciaire dans les mêmes termes**. Pourtant, la lettre de l'article 196 de la loi PACTE est peu claire sur ce point. L'article précise, à son alinéa numéro sept, qu'il habilite le Gouvernement à modifier « *les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire afin de les mettre en cohérence avec les modifications apportées en application du présent I* » soit, avec les modifications concernant notamment la constitution de classes de créanciers²⁰ et celles tenant à l'instauration d'un *cross-class cram-down*²¹.

Selon l'interprétation que l'on adopte de l'alinéa, il est possible de considérer que l'introduction des classes de créanciers ne feront pas figure d'exception à l'article L. 631-19 du Code de commerce et **s'appliqueront au redressement judiciaire**, ce qui serait heureux. Ainsi, la directive ayant **vocation à s'appliquer aux « cadres de restructuration préventifs » en présence d'une simple probabilité d'insolvabilité**²², trouvera, en France, à **modifier une procédure devant être ouverte après la cessation des paiements**. Toutefois, cette mesure semble nécessaire afin de conserver la cohérence des procédures et leur efficacité, en pratique.

Une précision s'avère nécessaire. Si l'introduction des classes de créanciers en droit français constituera une grande révolution, il faut cependant **relativiser** sa portée pratique. Aujourd'hui, les comités de créanciers s'appliquent seulement aux entreprises de grande taille²³, puisque leur constitution comporte un coût certain. Or, en France, **la majorité des procédures judiciaires concerne les petites et moyennes entreprises**. Ainsi, en 2017, seulement 11 % des procédures judiciaires ont concerné des entreprises de plus de 20 salariés et seulement 92 procédures judiciaires ont été ouvertes à l'encontre de sociétés ayant un chiffre d'affaires annuel de plus

¹⁹ Article 196 de la loi PACTE.

²⁰ Article 196, I, 1° de la loi PACTE.

²¹ Article 196, I, 2° de la loi PACTE.

²² Article 1, § 1, (a), de la proposition de directive : « *likelihood of insolvency* », de plus, l'article 2, § 1a, a) de la directive prévoit que la notion d'insolvabilité devra trouver sa définition dans la loi de chaque État membre.

²³ Selon les articles L. 626-29 et R. 626-52 du Code de commerce, l'entreprise doit notamment comporter 150 salariés et réaliser un chiffre d'affaires supérieur à 20 millions d'euros.

de 15 millions d'euros, sur 55 175 procédures ouvertes²⁴. On peut donc imaginer que les statistiques concernant la conciliation ne sont pas totalement déconnectées, à moins de considérer que les grosses entreprises se voient éviter l'entrée en procédure judiciaire grâce à des conciliations plus efficaces.

Quoiqu'il en soit, on remarque qu'aux États-Unis, le **Chapter 11** du Code américain de la faillite ne prévoit **aucune limitation quant à la taille minimale de l'entreprise** à laquelle le **système des classes de créanciers**²⁵ s'applique. Cependant, dans les faits, le système du **Chapter 11** est si **coûteux** que les petites entreprises, les plus susceptibles de bénéficier d'une faible trésorerie, se tournent vers la **liquidation du Chapter 7** dudit code.

C'est pour éviter cet écueil que la **proposition de directive**, prévoit la **possibilité pour les États membres, de permettre aux « micro, petites et moyennes entreprises de choisir de ne pas traiter les parties concernées dans des classes distinctes**²⁶ ». La France pourra donc conserver son exception pour les petites et moyennes entreprises, en leur laissant cependant le **choix d'être soumises à l'application des classes de créanciers**.

L'introduction des classes de créanciers serait, de plus, à relativiser puisque la directive n'a pas vocation à s'appliquer à tous les créanciers puisqu'elle restreint son propre champ d'application. En effet, son **article 1, § 2**, dispose qu'elle ne devra **pas s'appliquer aux entreprises d'assurance et de réassurance, ni aux établissements de crédit, aux entreprises d'investissements et de placement collectif, aux contreparties centrales et dépositaires centraux, ni à d'autres entités pour lesquelles la directive 2014/59/UE s'applique, ou encore aux organismes publics ou personnes physiques, autres que les entrepreneurs**.

Ainsi, la directive aura simplement vocation à s'appliquer à certaines entreprises. Toutefois, l'intérêt n'est pas des moindres. Si seules les « grosses entreprises » auront vocation à se voir obligatoirement appliquer l'exigence de création de classes de créanciers, c'est aussi le lieu où ces classes trouvent le plus leur justification, en raison du **grand nombre de salariés, et souvent, de créanciers**. En réalité, la constitution de classes ne se justifie qu'en présence d'une pluralité

²⁴ V. sur ce point l'étude Deloitte Altares, *L'entreprise en difficulté en France en 2017*, une présence plus marquée des acteurs publics, avril 2018, p. 12 et 18.

²⁵ V. chapitre 11, § 109 du Code américain de la faillite.

²⁶ V. l'introduction, d), du dossier interinstitutionnel 2016/0359(COD) du 24 septembre 2018. V. le considérant n° 13 de la proposition de directive du 1^{er} octobre 2018 ; V. l'article 9, § 2, al. 2 de la proposition de directive du 17 décembre 2018. Selon l'article 2, 1a (c) de la proposition de directive du 17 décembre 2018, la définition des petites et moyennes entreprises sera telle qu'issue du droit des États membres.

De plus, si le considérant n° 13 de la proposition de directive du 17 décembre 2018 incite fortement (« *could give due consideration* ») les États membres à respecter la directive 2013/34/UE du 26 juin 2013, la France ne sera pas incitée à revoir sa définition actuelle puisque l'article 3, § 3 de ladite directive prévoit un seuil maximal de 40 000 000 euros de chiffre d'affaires net, et de 250 salariés en moyenne au cours de l'exercice.

de créanciers, possédant des créances de différentes natures et nécessitant d'être regroupées au sein de classes, afin de favoriser les négociations.

En tout état de cause, pour les établissements compris dans le champ d'application de la directive, la France devra importer des mécanismes issus des droits étrangers au sein de son droit des procédures préventives des difficultés des entreprises. Il s'agira tout d'abord de **modifier la constitution de ses comités de créanciers** (Partie I) afin **d'introduire le mécanisme, encore inconnu du droit français, du *cross-class cram-down*** - ou d'application forcée interclasse du plan de restructuration (Partie II). Toutefois, un bref rappel sur la constitution des actuels comités de créanciers sera nécessaire afin d'éclaircir le propos (Chapitre préliminaire).

Chapitre préliminaire : Les actuels comités de créanciers en droit français

Le droit français prévoit aujourd'hui des **règles de constitution** strictes régissant l'applicabilité des comités de créanciers, qui ont vocation à être remplacés par les classes de créanciers (section I). Une fois ces comités créés, les créanciers doivent **voter sur le plan** de restructuration de l'entreprise (section II).

Section I – La constitution des comités de créanciers

La possibilité de constituer des comités de créanciers requiert de **répondre à certaines exigences**, mais la constitution de comités est obligatoire pour certains débiteurs (sous-section 1). Toutefois, lorsque l'obligation est présente ou que le débiteur a opté pour, **trois comités de créanciers doivent être obligatoirement constitués** (sous-section 2).

1. Les conditions requises pour la constitution de comités de créanciers

Afin de permettre la création de comités de créanciers ayant vocation à faciliter l'adoption d'un plan de restructuration, il faut **vérifier que le débiteur s'est régulièrement soumis à ses obligations comptables** (A) et qu'il constitue, sauf exceptions, une **grande ou moyenne entreprise** (B).

A. Les obligations comptables

En France, les comités de créanciers, qui se verront remplacés lors de la transposition de la directive n° 2016/0359, ont été institués aux **articles L. 626-29 et L. 626-30 du Code de commerce**. Le premier article prévoyait, et prévoit toujours dans les mêmes termes, un critère tenant à la **sincérité des comptes** du débiteur. Ainsi, pour que des comités de créanciers puissent être constitués, il faut que les comptes du débiteur aient été **certifiés par un commissaire aux comptes** ou été **établis par un expert-comptable**. Cela permet en pratique d'assurer la fiabilité des montants des créances détenues sur le débiteur afin de pouvoir **calculer les majorités** au sein des comités de créanciers. Dans la même optique, la proposition de directive prévoit une possibilité pour les États membres, de **limiter l'accès aux procédures de restructuration préventive aux débiteurs ayant été sanctionnés, selon le droit national, pour non-respect des obligations comptables**. Ces derniers ne pourront y accéder, sous l'unique réserve qu'ils aient pris les mesures nécessaires afin de se soumettre aux obligations comptables, dans le but de donner des **informations fidèles** aux créanciers qui pourront alors prendre des décisions au cours de la phase de négociation de la restructuration de l'entreprise²⁷.

²⁷ V. art. 4, § 1a de la proposition de directive, dans sa rédaction du 17 décembre 2018.

B. La prise en compte de la taille de l'entreprise afin de limiter les coûts de la restructuration

De plus, en ce qui concerne l'actuel droit national applicable, les articles L. 626-29 et R. 626-52 du Code de commerce prévoient que pour que l'obligation d'instituer des comités des créanciers soit applicable, le débiteur doit dépasser un seuil de **150 salariés** et réaliser un **chiffre d'affaires supérieur à 20 millions d'euros**. Par conséquent, les petites et moyennes entreprises ne sont pas concernées par l'obligation de constitution de comités de créanciers, ce qui aurait constitué un coût démesuré pour ces dernières. Toutefois, sur autorisation du juge-commissaire, demandée à l'initiative du débiteur ou de l'administrateur judiciaire, il est possible d'instituer des comités de créanciers en deçà de ces seuils²⁸. La proposition de directive ne modifiera pas ces règles de constitution de groupes de créanciers. En effet, elle prévoit que **les États membres pourront offrir une option aux petites et moyennes entreprises, sur la constitution de classes de créanciers**²⁹. Cette option s'avère très intéressante afin de limiter les coûts de la restructuration.

Une fois les conditions requises remplies, des comités de créanciers peuvent être constitués.

2. Les différents comités devant être constitués

Tout d'abord, deux comités de créanciers doivent être constitués : le **comité des principaux fournisseurs**, et le comité des **établissements de crédit et assimilés** (A). Cependant, un troisième comité, de fait, doit être constitué en présence d'emprunts obligataires : **l'assemblée générale unique des obligataires** (B).

A. L'évolution des comités initiaux

En droit français, les deux comités de créanciers pouvant ou devant, aujourd'hui encore, obligatoirement être constitués, selon les cas, sont le **comité des établissements de crédit** et le **comité des principaux fournisseurs**. Toutefois, par une réforme du 18 décembre 2008, l'article **L. 626-30 du Code de commerce** a été modifié afin que le comité des établissements de crédit comprenne également les établissements **assimilés** soit, par exemple, les fonds d'investissements.

Alors que le comité des établissements de crédit permet à tous les établissements de crédits et assimilés d'être intégrés au comité, le comité des principaux fournisseurs, quant à lui, impose une condition supplémentaire tenant au pourcentage que représente la créance du fournisseur dans le montant total des créances des créances des fournisseurs. Ainsi, la loi de sauvegarde

²⁸ V. C. com. R. 626-53 et R. 626-54.

²⁹ V. art. 9, § 2 de la directive, dans sa rédaction du 17 décembre 2018. Il faut noter que l'article 2, § 1a (c) de la directive prévoit que la définition des petites et moyennes entreprises est celle donnée par le droit national de l'État membre considéré.

considérerait que le fournisseur détenant une **créance de 5%** de ce montant était un principal fournisseur, qui devait participer au comité de créanciers correspondant. Toutefois, l'ordonnance du 18 décembre 2008 a abaissé cette exigence à **3% du montant total des créances des fournisseurs**.

La même ordonnance a aussi changé les modalités de calcul, considérant que le montant ne devait plus être hors taxe, mais **taxes comprises**, afin de simplifier le calcul et éviter les erreurs, le montant des taxes n'étant pas similaire pour toutes les créances, elle est aussi venue préciser que seules les créances **nées antérieurement au jugement d'ouverture** étaient prises en compte pour la constitution des comités créanciers, rendant ainsi obsolète tout débat sur la possible admission des créances postérieures non éligibles au traitement préférentiel. L'ordonnance de 2008 est intervenue deux ans après la possible mise en place effective de comités de créanciers. Elle a donc eu pour objectif de pallier les défauts et imprécisions de la loi de 2005 entrée en vigueur en 2006. Par exemple, c'est en réaction à l'affaire Eurotunnel qu'elle est venue préciser, à l'article **L. 626-30 alinéa 2 du Code de commerce**, que tout **titulaire d'une créance acquise** auprès d'un établissement de crédit ou assimilé fera partie du comité des établissements de crédit.

Toutefois, un troisième comité, de fait, vient s'ajouter aux deux comités prévus par la loi.

B. L'assemblée générale unique des obligataires, troisième comité de fait

Un troisième comité de créanciers, même s'il n'a pas été initialement désigné comme tel dans la loi, est à prendre en considération : c'est l'**assemblée générale unique des obligataires**, qui peut être considérée comme un troisième comité depuis l'ordonnance de 2008, venant pallier les difficultés législatives ayant émergé au cours de l'affaire Eurotunnel. Ainsi, « *lorsqu'il existe des obligataires, une assemblée générale constituée de l'ensemble des obligations émises en France ou à l'étranger est convoquée [...] afin de délibérer sur le projet de plan adopté par les comités de créanciers* », dispose dorénavant l'article **L. 626-32 du Code de commerce**.

Ce sont précisément à ces trois comités de créanciers que la France devra substituer des classes de créanciers alors qu'elle transposera la directive issue de la proposition de directive n° 2016/0359. De plus, lors de la transposition, il s'agira de prendre en considération toutes les évolutions des comités, afin de limiter au maximum les défauts et imprécisions dans la constitution des classes de créanciers et de, toujours dans un même objectif, faciliter l'adoption du plan de restructuration de l'entreprise.

Section II – Le vote du plan de restructuration de l'entreprise

Tout d'abord, le plan de restructuration est **encadré tant par les personnes** pouvant le proposer, **que par les délais** permettant son vote (sous-section 1). De plus, les créanciers participant au vote doivent répondre à de strictes **conditions** (sous-section 2).

1. L'encadrement des possibilités de voter un plan

Aujourd'hui, en France, l'initiative du plan est strictement encadrée (A), tout comme les délais dans lesquels le plan de restructuration peut être voté (B).

A. L'initiative du plan

La constitution de comités de créanciers vise à permettre le vote d'un plan de restructuration, qui était initialement à l'unique **initiative du débiteur**, mais qui peut aujourd'hui, et depuis l'ordonnance du **12 mars 2014**, être soumis par « **tout créancier membre d'un comité** » afin qu'il fasse l'objet d'un rapport de l'administrateur, selon l'article **L. 626-30-2 du Code de commerce**. La proposition de directive instaure d'ailleurs une **possibilité pour les États membres, de prévoir que les créanciers et les praticiens du domaine de la restructuration pourront proposer des plans de restructuration**³⁰.

Toutefois, il semble opportun de limiter cette possibilité afin qu'elle ne soit pas utilisée à des fins dilatoires.

B. Les délais d'encadrement du vote du plan de restructuration

À l'heure actuelle, la procédure de consultation des créanciers est enfermée dans un délai de six mois, ce qui peut paraître court, et les dossiers les plus complexes devraient avoir utilement recours aux *prepackaged plans* connus de la pratique américaine. La transposition de la proposition de directive devrait amplifier le recours à ces plans, puisqu'elle prévoit de **raccourcir cette période à quatre mois, reconductibles, sans toutefois dépasser douze mois**³¹.

Concernant les autres délais, au cours de la consultation des créanciers, l'administrateur judiciaire arrête, 8 jours avant la date du vote, le montant des créances tel qu'il a été indiqué par le débiteur et certifié par le commissaire aux comptes, ou établi par l'expert-comptable. **L'administrateur judiciaire, dans l'assemblée générale unique des obligataires calcule le**

³⁰ V. art. 9, § 01, de la proposition de directive du 17 décembre 2018.

³¹ V. art. 6, § 4, et § 7 de la proposition de directive du 17 décembre 2018 : si cette période concerne a priori la suspension des poursuites individuelles, en pratique la période d'adoption du plan devrait correspondre, en ce que la suspension des poursuites individuelles a vocation à favoriser l'adoption des plans de restructuration.

De plus, il faut noter que ce délai sera limité à quatre mois, non renouvelables en cas de déplacement du siège social de l'entreprise d'un État membre à un autre, dans les trois mois précédant la demande d'ouverture d'une procédure préventive. L'objectif étant de limiter le *forum shopping*.

montant des créances qui ouvre le droit à participer au vote. Dans le cadre de la transposition de la directive n° 2016/0359, **le rôle de l'administrateur n'en sera que renforcé** puisqu'il devra, non seulement établir le montant des créances, mais aussi, **catégoriser les créanciers** au sein de classes de créanciers, et ce, toujours dans les meilleurs délais.

Toutefois, afin de permettre le vote des créanciers, le plan doit respecter certaines exigences les concernant.

2. Les conditions liées aux créanciers

Il faut tout d'abord prendre en considération le fait que les créanciers placés dans des situations différentes peuvent se voir **affectés par le plan de manière différenciée (A)**. Ensuite, les créanciers peuvent **voter selon les conditions de majorité applicables**, à la condition de se voir affectés par le plan de restructuration (B). Enfin, ces conditions sont aussi applicables au sein de **l'assemblée générale unique des obligataires (C)**.

A. Le possible traitement différencié des créanciers

Aujourd'hui, le vote des comités peut porter sur des « *délais de paiement, des remises et, lorsque le débiteur est une société par actions dont tous les actionnaires ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports, des conversions de créances en titres donnant ou pouvant donner accès au capital* » comme le précise l'article L. 626-30-2 alinéa 2 du Code de commerce, avant de préciser que le plan « *peut établir un **traitement différencié entre les créanciers si les différences de situation le justifient*** » et qu'il « *prend en compte les **accords de subordination*** ». Demain, on imagine que ces différentes possibilités seront conservées par le législateur, puisqu'elles n'entrent pas en contradiction avec ce que prévoit la directive³².

B. La majorité de vote, limitée par la condition d'affectation par le plan

Concernant le vote des créanciers, la loi de sauvegarde de 2005 prévoyait initialement une double condition de majorité. Ainsi, comme dans les concordats, les comités devaient voter à la majorité de leurs membres représentant aux moins les deux tiers du montant des créances de l'ensemble des membres du comité³³. Depuis lors, l'ordonnance du 28 décembre 2008 a modifié les conditions de majorité qui sont aujourd'hui exprimées à l'article **L. 626-30-2 alinéa 4 du Code de commerce**. Selon les termes de cet article, « *la décision est prise par **chaque comité à la majorité des deux tiers du montant des créances détenues par les membres ayant exprimé un vote, tel qu'il a été indiqué par le débiteur et certifié par son ou ses commissaires aux comptes ou, lorsqu'il n'en a pas été désigné, établi par son expert-comptable*** », ainsi la condition de double majorité a été supprimée. L'article poursuit en considérant que « *pour les créanciers*

³² V. art. 2, § 1, 2 prop. dir. du 17 déc. 2018.

³³ L. 626-30 alinéa 3 du Code de commerce, dans sa rédaction issue de la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005.

bénéficiaires d'une *fiducie constituée à titre de garantie par le débiteur, sont seuls pris en compte les montants de leurs créances non assorties d'une telle sûreté* », en parfaite coordination avec l'article L. 626-30 al. 4 du Code de commerce. L'article prévoit encore que « *chaque créancier membre de l'un des comités institués en application de l'article L. 626-30 informe, s'il y a lieu, l'administrateur de l'existence de toute convention soumettant son vote à des conditions ou ayant pour objet le paiement total ou partiel de la créance par un tiers ainsi que de l'existence d'accords de subordination.* » La loi a en effet intégré les problématiques soulevées dans l'affaire Thomson-Technicolor.

L'objectif est de faire en sorte que seuls les créanciers réellement concernés par le plan puissent prendre part au vote. Ainsi, l'article poursuit en précisant que « *l'administrateur soumet à ce créancier les modalités de calcul des voix correspondant aux créances lui permettant d'exprimer un vote* ». L'alinéa suivant du même article précise d'ailleurs logiquement que « *ne prennent pas part au vote les créanciers pour lesquels le projet de plan ne prévoit pas de modification des modalités de paiement ou prévoit un paiement intégral en numéraire dès l'arrêté du plan ou dès l'admission de leurs créances* ». Seuls les créanciers ayant un intérêt au plan peuvent donc prendre part à son vote et ainsi influencer sur la possibilité d'imposer le plan au tiers des créanciers membres du comité, qui aurait pu voter contre le plan, et qui devra, malgré tout, l'appliquer. Cette même **logique est conservée dans la proposition de directive, et son article 9, § 1 prévoit que les États membres devront veiller à ce que seules les parties affectées par le plan puissent voter sur son adoption.**

C. Le vote au sein de l'assemblée générale unique des obligataires

Des principes similaires s'appliquent au sein de l'assemblée unique des obligataires, troisième comité de créanciers, de fait. Ce comité se voit sauf exceptions, appliquer les mêmes règles et majorités que les autres comités de créanciers. Le comité des obligataires peut délibérer uniquement **lorsque les deux comités ont voté favorablement au projet de plan**. Alors, une délibération portant sur le projet de plan et sur l'avenir des obligations peut intervenir. L'objectif est, comme pour les autres créanciers, que les obligataires consentent à accorder des délais de paiement, des abandons de créances, des conversions de créances en capital et traitements différenciés des obligataires permettant au débiteur d'accéder à une **situation plus favorable** permettant sa sauvegarde ou son redressement.

Toutefois, il est certain que ces comités ont vocation à disparaître. **L'article 9, §2 de la directive impose aux États-membres une division des créanciers dans des classes séparées, prenant en compte la nature de la créance et non plus uniquement la qualité du créancier**, comme cela est aujourd'hui effectué. Les changements qui seront impliqués en droit français sont les bienvenus, la séparation des créanciers selon leur qualité ne prenait pas suffisamment en considération les différences de nature de leurs créances et menait à un vote au cours duquel des créanciers garantis pouvaient voir leur créance être affectée par le vote majoritaire de créanciers non-garantis. De plus, en transposant la directive, la France et les autres États-

membres ne connaissant pas ce modèle, s'aligneront sur le régime d'autres États connaissant déjà ce système de répartition des créanciers, **harmonisant ainsi les règles au sein de l'Union européenne**. Toutefois, ce système est aussi celui connu et utilisé aux États-Unis, par exemple. Il convient donc d'étudier les systèmes étrangers de classification des créanciers afin de déterminer quels seront les critères devant être retenus par le droit français lors de la transposition de la directive.

PREMIÈRE PARTIE : LES CRITÈRES DE CONSTITUTION DES CLASSES DE CRÉANCIERS

Aux fins d'établir un plan de restructuration, que ce soit dans le mécanisme de la sauvegarde ou du redressement judiciaire, le droit français connaît aujourd'hui des comités de créanciers. Au sein de ces comités, les créanciers sont classés par l'administrateur judiciaire en fonction de leur qualité. Toutefois, aujourd'hui, **la directive 2016/0359**, impose une séparation des parties affectées par le plan de restructuration selon des classes de créanciers **prenant en considération la nature de la créance**. Ainsi, les comités de créanciers du droit français devront s'adapter lors de la transposition de la directive. En revanche, la directive laisse une marge de manœuvre aux États membres qui, semble-t-il, disposent de **larges possibilités de transposition**. A cet égard, le droit français pourrait **s'inspirer des classes de créanciers, telles que connues par les pays étrangers** (Titre I), afin de transposer la directive et **d'instaurer des classes de créanciers respectant le cadre imposé par la directive** (Titre II).

Titre I : Échantillon de critères étrangers de constitution des classes de créanciers

Le droit des pays étrangers, et particulièrement les droits allemand et états-unien, ayant inspiré la directive, imposent des **critères généraux**, dans la constitution des classes de créanciers (chapitre I). Ces derniers permettent d'établir les contours des classes de créancier, telles qu'elles doivent être constituées théoriquement. Toutefois, en pratique, il peut s'avérer compliqué de définir des classes de créanciers, et certains créanciers, au regard de leur position particulière doivent être **traités de manière indépendante** (chapitre II).

Chapitre I : Les critères généraux d'adoption des classes de créanciers

Tout d'abord, les classes de créanciers doivent être créées en fonction de la **similarité des intérêts économiques** qu'ont les créanciers dans le plan de restructuration (section I). En effet, le plan a pour objectif de séparer les créanciers afin qu'ils puissent **voter de la manière la plus homogène possible**. Toutefois, une certaine **flexibilité doit être laissée dans la création des classes de créanciers** (section II).

Section I : La nécessaire similarité des intérêts économiques d'une classe de créanciers

L'objectif de la création des comités de créanciers est de les **catégoriser de manière homogène afin de permettre un *cram-down***, et ainsi, de faciliter l'adoption du plan de restructuration (sous-section 1). Pour que cette catégorisation ait une réelle efficacité, encore faut-il qu'elle regroupe les créanciers aux **intérêts fortement similaires** (sous-section 2).

1. Une classification devant faciliter l'adoption du plan de restructuration

La classification a pour objectif de permettre à une majorité de créanciers de **passer outre le désaccord de possibles créanciers minoritaires dissidents** (A), toutefois, comme en droit français, les créanciers pouvant voter sur le plan, sont uniquement les **créanciers affectés par le plan de restructuration** (B).

A. La création de classes de créanciers permettant un cram-down

L'objectif ultime de la création de classes de créanciers demeure avant tout **l'adoption d'un plan permettant la restructuration** de l'entreprise. Les classes de créanciers ne constituent qu'un moyen de parvenir à ce plan, elles doivent donc être les plus **homogènes** possible, afin qu'un accord puisse être trouvé entre les membres de la classe, et qu'un vote à la majorité puisse intervenir.

En France, cette majorité est de **deux tiers du montant des créances détenues par les membres ayant exprimé un vote**³⁴, en présence de comités de créanciers, et donc dans la sauvegarde et dans le redressement judiciaire. Cependant, en cas de **conciliation**, l'accord est amiable et aucun *cram-down* des autres créanciers n'est possible, on ne peut passer outre leur accord concernant leurs créances. D'ailleurs, l'accord de conciliation « *ne doit pas porter atteinte aux intérêts des créanciers non-signataires*³⁵ ». Ainsi, si la réforme avait prévu de transposer la directive à la conciliation, ce qui aurait pu être possible³⁶, puisque la directive vise avant tout les procédures de prévention des difficultés en cas de probabilité d'insolvabilité³⁷, c'est toute sa logique qui se serait vue renversée.

En effet, la constitution des classes, elle-même vise à permettre un vote majoritaire permettant d'écartier les possibles créanciers dissidents. Par exemple, dans les classes de créanciers américaines, le plan doit être approuvé, comme en droit français, par des créanciers qui détiennent au **moins les deux tiers du montant des créances autorisées dans la classe et détenues par les membres ayant exprimé un vote**. De plus, une double majorité est prévue, puisque cette majorité doit aussi correspondre à au moins la **moitié, en nombre des créances autorisées** dans la classe de créanciers³⁸.

³⁴ V. C. com., art. L. 626-30-2.

³⁵ V. C. com., art. L. 611-8.

³⁶ DAMMANN R., BOCHÉ-ROBINET M., Transposition du projet de directive sur l'harmonisation des procédures de restructuration préventive en Europe, D. 2017, 1364 : « *L'article 2, § 1, de la directive définit la procédure d'insolvabilité comme une « procédure d'insolvabilité collective entraînant le dessaisissement partiel ou total du débiteur et la désignation d'un liquidateur ».* On retrouve ici les quatre critères classiques dégagés par la Cour de Justice dans l'arrêt Eurofood caractérisant une procédure d'insolvabilité au sens du règlement CE 1346/2000 ».

³⁷ Article 2, § 1a, (b) de la proposition de directive : « *likelihood of insolvency* ».

³⁸ V. chapitre 11, § 1126 (c) du Code américain de la faillite.

En Allemagne, ce vote est effectué, à main levée³⁹, et le plan doit être approuvé à la double majorité constituée de la **moitié des membres** et de la **moitié des créances admises** dans la classe⁴⁰.

B. La condition d'affectation par le plan

Comme en droit allemand, la proposition de directive prévoit l'instauration de majorités, qui ne doivent pas dépasser **75% du montant total des créances ou des intérêts** de chaque classe, et optionnellement le **nombre de parties affectées dans chaque classe**⁴¹.

Ainsi, la directive prévoit que **seules les parties affectées par le plan de restructuration peuvent avoir un droit de vote concernant son adoption** et que les parties non affectées ne devraient pas avoir de droit de vote concernant le plan⁴². Cette condition est directement reprise des droits américain⁴³ et allemand⁴⁴. D'ailleurs, le droit français avait déjà repris cette exigence concernant les comités de créanciers⁴⁵.

Toutefois, si seuls les créanciers affectés par le plan peuvent voter, cette condition n'est pas suffisante afin de créer des classes de créanciers et il convient donc de déterminer quelles sont les similarités d'intérêts entre ces créanciers.

³⁹ Concernant le futur régime, dans l'Union européenne, l'article 9, § 5 de la directive prévoit qu'au-delà du vote, les États-membres pourront aussi permettre l'adoption du plan de restructuration au moyen d'un contrat signé par la majorité requise des créanciers, pour le vote du plan.

⁴⁰ V. § 244 InsO ; DAMMANN R., L'introduction des classes de créanciers dans l'optique d'une harmonisation franco-allemande des procédures d'insolvabilité, Mélanges Claude WITZ, 2018, LexisNexis p.221 et s.

⁴¹ V. prop. dir. Art. 9, § 4 ; prop. dir. considérant n° 26.

⁴² V. prop. dir. Art. 9, § 1.

⁴³ V. *Chapter 11*, § 1126 (f) du Code américain de la faillite.

⁴⁴ V. § 237, (2), InsO ; toutefois, cette condition d'affectation par le plan n'est pas si limpide qu'elle le laisserait entendre : R. Dammann met en évidence qu'il existe une différence d'appréhension du *reinstatement* d'une convention de crédit entre les droits allemand et américain. Le droit américain ne reconnaît pas le droit de vote aux créanciers ayant confirmé à l'identique les termes d'une convention de crédit qui aurait dû arriver à échéance, v. DAMMANN R. op. cit.

⁴⁵ V. C. com., art. L. 626-30-2, al., 7, « *ne prennent pas part au vote les créanciers pour lesquels le projet de plan ne prévoit pas de modification des modalités de paiement ou prévoit un paiement intégral [...]* ».

2. Une classification devant rechercher la similarité d'intérêts des créanciers

Tout d'abord, le **regroupement des créanciers selon leurs similarités est nécessaire afin de les classer (A)**, mais il est toutefois possible de classer un créancier **à part s'il est affecté par le plan** et ne se trouve **pas dans une situation de similarité d'intérêts avec les autres créanciers (B)**.

A. La condition de similarité des intérêts de créanciers

La constitution de classes de créanciers ne peut se comprendre que par la recherche de critères permettant de les répartir. Ainsi, pour qu'une classe puisse être constituée, il faut que les créances ou intérêts offrent des similarités, ce que prévoit l'article **§ 1122 (a) du Chapter 11 du Code américain de la faillite**. Basiquement, trois classes de créanciers sont donc reconnues par le droit américain : la classe des créancier **garantis**, la classe des créanciers **chirographaires** et la classe des **actionnaires**⁴⁶.

Le droit allemand impose, d'ailleurs, la même condition de similarité des intérêts, *Gleichartige wirtschaftliche Interessen*, dans la constitution des classes de créanciers. L'article **§ 222 alinéa 1 InsO** impose la constitution d'au moins quatre groupes de créanciers. Ainsi, les **créanciers bénéficiant de sûretés réelles** doivent être séparés des créanciers **chirographaires**, des créanciers **détenteurs de capital**, et des créanciers **subordonnés** qui doivent être classés en fonction de leur rang.

Alors qu'en France, une similarité d'intérêts économiques est présumée découler de la qualité des créanciers (fournisseurs, établissements de crédits et assimilés, obligataires), en Allemagne et aux États-Unis, ont été adoptées des visions plus pragmatiques. Par exemple, des **créanciers doivent être traités dans deux classes différentes si une fraction de leur dette est garantie et qu'une autre ne l'est pas**⁴⁷.

Cette solution semble être préférable à la solution française. En effet, la qualité du créancier ne devrait pas importer. La seule prise en compte de la nature de la créance suffit et est recommandée afin d'éviter des situations pour le moins saugrenues, permises par l'actuel droit français, dans lesquelles des **fournisseurs garantis peuvent voir leurs droits bafoués par le vote de fournisseurs non-garantis avec lesquels ils ont été regroupés**. De même, si ces fournisseurs non-garantis sont minoritaires, il n'est pas logique qu'ils disposent d'un **pouvoir de nuisance**, permettant de ne pas voter le plan, alors qu'ils sont subordonnés par rapport aux créanciers garantis. C'est la raison pour laquelle la directive reprend à son **article 9, § 2**, la nécessité de traiter les parties affectées par le plan dans des classes séparées reflétant une communauté

⁴⁶ V. BAXTER, M. S. P., La faillite à l'américaine : une introduction au chapitre 11 du Code des faillites des États-Unis, présentation Covington & Burling, nov. 2003, p. 27 ; il est toutefois possible de considérer qu'une quatrième classe de salariés, pour une « fraction plafonnée des salaires impayés avant la procédure » doit être constituée, v. LIENHARD A., PISONI P., Code des procédures collectives 2019, 17^e édition, Dalloz, commentaire ss. l'article L. 626-30 du Code de commerce.

⁴⁷ V. DAMMANN R. *op. cit.*

d'intérêts basée sur des **critères vérifiables**, et séparant *a minima* les créanciers garantis et non-garantis.

Cependant, il peut arriver qu'un créancier garanti ou non, ne se retrouve en situation de similarité d'intérêts avec nul autre créancier.

B. L'utilité des classes au créancier unique

Si les créanciers doivent être classés selon leurs intérêts, et donc en fonction de la nature de leur créance, il peut arriver qu'un créancier ait des intérêts si particuliers qu'il doive être mis à l'écart, dans une **classe dont il constituera l'unique créancier**. Cela est reconnu par le droit allemand et américain⁴⁸. De plus, la directive n'impose pas de nombre minimum de créanciers devant composer une classe, mais impose une obligation de communauté d'intérêts entre ses membres. Ainsi, des classes au créancier unique devraient pouvoir être créées, comme le prévoit d'ailleurs expressément le considérant n° 25 de la directive, lorsqu'il dispose que les **autorités fiscales** ou de **sécurité sociale** pourront être classées dans une classe à part.

Si la condition de similarité des intérêts des créanciers au sein des classes est nécessaire, les classes de créanciers doivent être adaptées à chaque espèce et ne peuvent être standardisées. C'est pourquoi, il est nécessaire de reconnaître une certaine flexibilité dans la constitution des classes de créanciers.

⁴⁸ V. DAMMANN *op. cit.* « AG München, 17 juill. 2006, ZInsO, 1337, note HINGERL. V. MüKo-InsO (EIDENMÜLLER), *op. cit.*, § 222, n° 31. – BRÜNKMANS/THOLE (BECK/PECHARTSCHECK), *op. cit.*, § 9, n°63. La situation est identique aux États-Unis. »

Section II : La relative flexibilité dans la création des classes de créanciers

Il est tout d'abord nécessaire de **conserver une flexibilité** dans la création des classes de créanciers. En effet, tous les débiteurs ne se ressemblent pas, et il est souhaitable de ne pas imposer de nombre de classes de créanciers, par exemple (sous-section 1). Toutefois, la flexibilité dans l'adoption des classes se heurte à une limite : celle de **l'impossibilité de discriminer des créanciers placés dans une situation similaire** (sous-section 2).

1. La nécessaire flexibilité dans la constitution des classes de créanciers

La constitution des classes de créanciers se doit d'être flexible. En effet, il s'agit de **s'adapter à tous les débiteurs** qui ne possèdent pas la même structure d'endettement, et donc pas les mêmes créanciers (A). De plus, s'il s'agit de conserver une certaine flexibilité, c'est que **la détermination de la similarité des intérêts n'est pas évidente** (B).

A. Une nécessité d'adaptation à tous les débiteurs

Tous les débiteurs n'ont pas des créanciers de même nature. C'est la raison pour laquelle il convient d'adapter le plan, et donc, la constitution des classes de créanciers, à chaque cas d'espèce. Les droits allemand et américain **n'imposent pas un nombre de classes de créanciers prédéfini**, mais un nombre suffisant de classes afin de tenir compte des similarités particulières de chaque créancier. Ainsi, l'on retrouve des classes de créanciers chirographaires, garantis, ou d'actionnaires. Néanmoins, en présence de débiteurs à la **structure d'endettement complexe**, lorsqu'il y a de nombreux créanciers n'ayant pas les mêmes droits (soit qu'ils disposent de droits issus de différentes sûretés, par exemple, soit qu'ils disposent de droits sur la même sûreté, mais selon un rang différent), il peut être nécessaire de constituer de **nombreuses classes** de créanciers afin de respecter la similarité des intérêts de ces derniers au sein d'une classe.

Toutefois certaines questions restent en suspens. Jusqu'où faut-il permettre la subdivision des classes ? Quand peut-on considérer que des intérêts sont similaires ? Dans certains cas, les créanciers entrent en concours et disposent de droits égaux. Il semble donc simple de considérer, de manière objective, qu'ils ont les mêmes intérêts. Néanmoins, par exemple, les bénéficiaires d'une hypothèque sur le même bien, qui sont donc bénéficiaires d'un rang différent, ont-ils des intérêts similaires ?

B. Une difficile détermination des similarités

Dans l'une de ses décisions⁴⁹, la Cour d'appel australienne du New South Wales a apporté une réponse très pédagogique à ces questions. Ainsi, pour déterminer la composition des classes de créanciers, et la similarité de leurs intérêts, il convient de se poser trois questions. La première consiste à se demander **quels sont les droits détenus par les créanciers**, à l'encontre

⁴⁹ V. First Pacific Advisors LLC v Boart Longyear Limited [2017] NSWCA 116, p. 7.

du débiteur et **dans quelle mesure ils diffèrent entre eux**. La deuxième, à se demander **dans quelle mesure ces droits seront inégalement affectés** par le plan de restructuration. Enfin, la troisième impose de se demander si la différence dans les droits ou le traitement des droits des créanciers, implique une **impossibilité pour les créanciers, d’être traités dans une classe unique**. La décision précise que ces questions doivent être posées **dans le contexte de l’insolvabilité**, qu’il faut **considérer l’ensemble des droits détenus** par le créancier, et que **la différence entre des créances à terme ou non** n’empêche pas la création d’une classe commune.

Si ces questions doivent permettre la détermination de la similarité des intérêts, et de la possibilité de réunir des créanciers au sein de la même classe, il importe qu’une grande **flexibilité** soit conservée, afin que la personne qui a vocation à créer les classes - l’*Office of the United States Trustee* aux États-Unis, le *Sachwalter* en Allemagne⁵⁰, ou l’administrateur judiciaire en France – puisse mettre en place les classes les plus justifiées en vue de l’adoption du plan. Toutefois, dans les faits, cette flexibilité n’est que relative.

⁵⁰ V. DAMMANN R., *op. cit.* : « La doctrine allemande s’accorde à dire que la conception du plan de sauvegarde requiert une grande flexibilité », « il résulte des travaux parlementaires que le législateur a souhaité accorder à l’architecte du plan la plus grande flexibilité ». Cette règle s’inspire du modèle du Chapter 11 américain (§ 1222 [a] du Code américain de la faillite).

2. L'impossible discrimination des créanciers

Dans certains cas, une nécessité de séparation des créanciers intervient afin de **prévenir le risque de discrimination entre créanciers aux intérêts divergents** (A). Toutefois, de manière assez étonnante, certaines **réunions de créanciers pouvant avoir des intérêts différents ne sont pas considérées comme discriminantes** (B).

A. Une nécessaire séparation face au risque de discrimination

Si l'on pourrait tout d'abord considérer qu'il est relativement simple de regrouper les **créanciers chirographaires** au sein d'une unique classe, il faut noter qu'en droit américain, **plusieurs classes sont possibles** afin de traiter ces créanciers. L'objectif reste toujours le même : ne pas traiter des créanciers de manière discriminatoire. Pour déterminer s'il y a discrimination ou non, les **intérêts du créancier en tant que tel** sont considérés, mais aussi ses **autres intérêts, qui ne résulteraient pas - ou non exclusivement - d'un calcul économique**⁵¹.

Concernant les **créanciers hypothécaires** évoqués précédemment, il peut être difficile de déterminer préalablement si le plan aura pour effet d'affecter inégalement les droits des créanciers bénéficiaires d'hypothèques sur le même bien, selon un rang différent. Ainsi, en droit américain, il a pu être considéré qu'il devait être constitué des **classes différentes** pour les créanciers bénéficiant de mêmes droits sur un bien, mais d'un **rang différent**⁵².

B. Une étonnante réunion occasionnelle de créanciers

Au contraire, le droit anglais, lors de la constitution des classes de ses *schemes of arrangements* permet de réunir tous les **créanciers obligataires** au sein d'une **unique classe** pour des obligataires issus d'émission différentes. Le droit français a d'ailleurs repris cette solution dans **l'affaire Eurotunnel** - allant même jusqu'à mélanger des obligataires disposant d'obligations dans des devises différentes – avant de la transposer dans le Code de commerce, à l'article L. 626-32⁵³. Toutefois, il n'est **pas évident que tous les créanciers obligataires aient une similarité d'intérêts**, et encore moins alors que leur obligation a été stipulée en devises étrangères. Il serait donc bienvenu que la transposition de la directive n° 2016/0359 permette de prendre en compte la possible divergence d'intérêts entre les obligataires et réinstaure une flexibilité dans la création des classes de créanciers, en droit français.

⁵¹ V. *Teamsters Nat'l Freight Indus. Negotiating Comm. v. U.S. Truck Co., (In re U.S. Truck Co) Inc.*, 800 F.2d 581, 587 (6th Cir. 1986) : ce sont des « intérêts qui pourraient inciter à voter pour d'autres raisons que des raisons économiques » (traduction libre) ; par exemple, cela peut résulter d'un intérêt à ne pas voir le débiteur entrer dans de nouveaux procès, sans que ces derniers ne soient même, liés à l'une des créances du débiteur.

⁵² V. *In re Holthoff*, 58 Bankr. 216, 219 (Bankr. E.D. Ark. 1985), cité dans RIESENFELD, S. A., Classification of claims and interests in chapter 11 and 13 Cases, California Law review, Janvier 1987, Volume 75, Issue 1, Article 16, p. 402.

⁵³ Par l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014.

Ainsi, s'il semble nécessaire de classer les créanciers selon la **nature de leur créance** (privilégiée, chirographaire), la **qualité du créancier** importe grandement et les droits allemand et américain l'ont reconnu alors qu'ils ont instauré une classe pour les actionnaires, détenteurs de capital.

Chapitre II : La différence de traitement de certains créanciers au regard de leur qualité

Les critères généraux de la constitution des classes de créanciers ne peuvent toutefois pas s'appliquer à tous les créanciers. En effet, tous les créanciers n'occupent pas la même place organique et historique au sein de l'entreprise devant être restructurée. Certains créanciers peuvent être considérés comme plus **vulnérables et doivent être protégés**, comme c'est le cas des salariés par exemple. Toutefois l'on peut aussi considérer que ces derniers doivent être protégés au regard de leur utilité pour le débiteur, (section I). D'autres créanciers sont d'une autre nature, comme les associés. On peut vouloir considérer qu'ils doivent être traités à part au regard de leur lien avec le débiteur et de leur forte **propension à vouloir continuer déraisonnablement son activité** (section II).

Section I : La nécessité de protection des créanciers les plus vulnérables

Les droits américain et allemand prévoient la possibilité de créer des sous-catégories de classes de créanciers afin de prendre en compte la qualité de certains créanciers, dans l'objectif de mieux les protéger. C'est ainsi que les **créances salariales**, par exemple, peuvent être traitées dans une classe à part (sous-section 1). Cette prise en compte de la qualité du créancier dans le but de le protéger a été **conservée par la directive** et il faut s'en réjouir (sous-section 2).

1. Une classification pouvant prendre en compte la qualité des créanciers

Afin de mieux les protéger, il peut être intéressant de classer les créanciers vulnérables dans **une classe à part (A)**, ce qui est appliqué par exemple, **pour les salariés (B)**.

A. La stricte stratégie de classement des créanciers les plus vulnérables

En France, dans l'actuel système de comités de créanciers, les salariés ne sont pas constitués en comité afin de les protéger, ainsi que leurs créances. Cela permet d'éviter qu'il soit passé outre leur décision dans le cadre d'un *cram-down*. Toutefois, dans les droits étrangers connaissant les classes de créanciers, **tous les créanciers doivent être classés**.

Ainsi, dans ces systèmes juridiques, la seule manière de protéger certains créanciers qui seraient plus vulnérables, est de les rassembler selon leurs particularités qui constituent la cause de leur vulnérabilité. Cette solution permet d'éviter qu'ils se retrouvent minoritaires face à d'autres créanciers ayant des intérêts divergents et qui pourraient approuver un plan portant atteinte à leurs droits. Dans ce contexte, un plan bien construit permet d'éviter qu'il soit passé outre les intérêts des **créanciers les plus vulnérables** dans le cadre d'un *cram-down*, car il regroupe efficacement les créanciers ayant des intérêts similaires.

Néanmoins, des dispositions expresses permettent de prendre en compte les intérêts de classes de créanciers qui ont été jugés particulièrement vulnérables.

B. L'exemple des salariés

En droit allemand, l'article **§ 222, alinéa 3 InsO** prévoit que les **salariés détenteurs d'une créance importante envers le débiteur** doivent créer une classe à part⁵⁴. En effet, en Allemagne, les salariés doivent être particulièrement intéressés au plan puisque le système de garantie des salaires, indemnités ou autre revenus liés à l'ancienneté n'existe pas. Seuls trois mois de salaires, finançant la période d'observation peuvent être garantis. Les salariés sont donc des **créanciers particulièrement vulnérables** qu'il faut protéger en les classant spécifiquement, dans une classe à part, ce qui est prévu en droit allemand, quand les salariés ont une créance d'un montant important. De plus, plusieurs classes peuvent être créées en fonction des différentes créances salariales.

Aux États-Unis, une telle séparation des classes de débiteurs garantis et non-garantis, en prenant en compte la qualité du débiteur, et donc l'origine de sa créance, est possible⁵⁵. En effet, si le contraire a pu être considéré⁵⁶, la cour américaine du Delaware en matière de droit des entreprises en difficultés a affirmé dans l'affaire *In re Coram Healthcare Corp*, la **possibilité de créer différentes classes de créanciers parmi les créanciers chirographaires**.

L'argumentation est telle que l'article **§ 1222(a) du Code américain de la faillite** requiert de placer les créances qui ne sont pas substantiellement similaires dans des classes différentes, sans toutefois interdire de séparer des créances substantiellement différentes dans des classes de créanciers différentes. Cette séparation avait déjà pu être effectuée notamment dans un arrêt *In re Jersey City Med. Ctr.*⁵⁷, permettant de **séparer notamment les créances des salariés portant sur leurs avantages sociaux, de créances issues d'erreurs médicales**, par exemple. Ainsi, la séparation des classes de créanciers garantis ou non, en « sous-classes » n'est pas illégale *per se*, ce qui permet d'éviter des *cram-downs* entre créanciers vulnérables ayant des intérêts divergents, raison pour laquelle cette solution a été reprise par la suite⁵⁸.

La seule limite posée à cette prise en compte de la qualité du créancier dans la classification, semble donc résulter de la **discrimination injuste** (« *unfair discrimination* »), *or il n'y aura pas de*

⁵⁴ V. DAMMANN R., *op. cit.*, p. 232.

⁵⁵ *In re Coram Healthcare Corp.* 315 B.R. 321 (Bankr. D. Del. 2004)

⁵⁶ FGH Realty Credit Corp. v. Newark Airport/Hotel Ltd. P'ship, 155 B.R. 93, 99 (D.N.J.1993) ; *In re* 266 Washington Assocs., 141 B.R. 275, 282 (Bankr.E.D.N.Y.1992)

⁵⁷ *In re Jersey City Med. Ctr.*, 817 F.2d 1055, 1061 (3d Cir.1987) ; v. également : *In re* U.S. Truck Co., Inc., *op. cit.* ; *Barnes v. Whelan*, 689 F.2d 193, 200-01 (D.C.Cir.1982) ; *In re LeBlanc*, 622 F.2d 872, 879 (5th Cir.1980).

⁵⁸ *In re Burcam Capital II, LLC* Quotes KeyCited case 2013 WL 593709, *3, Bkrtcy.E.D.N.C.; *In re Abengoa Bioenergy Biomass of Kansas, LLC* 2018 WL 812941, *12, Bkrtcy.D.Kan. ; *In re Nuverra Environmental Solutions, Inc.* 590 B.R. 75 (2018), 96+, D.Del.

*discrimination injuste lorsque la **différence de traitement est motivée et justifiée**, en particulier lorsqu'elle est **nécessaire** au succès de la restructuration »⁵⁹.*

La qualité du créancier est aussi prise en compte aux États-Unis, afin de séparer des créanciers ayant des pouvoirs de négociation différents⁶⁰.

⁵⁹ HOUSSIN M., La subordination de créance – analyse de la subordination à l'épreuve de la procédure collective, thèse, 2018, Lextenso, préf. LUCAS F.-X, p. 361, n°572.

⁶⁰ LOPUCKI L. M., MIRICK C. R., *Strategies for creditors In Bankruptcy Proceedings*, Wolters Kluwer, 6e ed. 2015, spec. n° 10.11[C], cité dans HOUSSIN M., La subordination de créance – analyse de la subordination à l'épreuve de la procédure collective, thèse, 2018, préf. LUCAS F.-X, p. 361, n° 572, note 1914.

2. La conservation de la qualité du créancier vulnérable par la directive

Si aujourd'hui, la directive conserve la possibilité de créer une classe de créanciers réservée aux salariés, elle ne semble pas indiquer si elle permet de subdiviser cette classe (A). Il serait donc souhaitable que la transposition de la directive vienne préciser la directive sur ce point (B).

A. La limitation à une seule classe de salariés ?

Il apparaît aujourd'hui que la directive n° 2016/0359 reprend la possibilité de créer une classe de créanciers de salariés afin d'éviter qu'il soit passé outre leur volonté au sein d'une même classe composée d'autres créanciers. Ainsi, l'article 9, § 2 de la directive dispose que les États-membres peuvent prévoir que les créances des salariés soient traitées dans une classé séparée, « *in a separate class of their own* ». Une interprétation littérale du texte ne laisse pas présager une possible création de plusieurs classes de créanciers salariés. En effet, l'article « a » semble impliquer une **singularité de cette classe de créanciers salariés**. Toutefois, l'article 10, § 2 (a) de la directive, qui prévoit une confirmation des plans de restructuration par une autorité judiciaire ou administrative (voir infra) implique que l'article 9 de la directive soit respecté. Cet article prévoit notamment la répartition des créanciers affectés par le plan dans des classes différentes reflétant une **communauté d'intérêts suffisante** et basée sur des critères vérifiables. De plus, l'article 10, § 2 (aa) de la directive prévoit que le plan de restructuration ne peut être confirmé par l'autorité judiciaire ou administrative qu'en présence d'un **traitement équivalent de chaque créancier**, en proportion de sa créance. Or, **toutes les créances salariales ne sont pas équivalentes** et s'il faut traiter de manière équivalente les créances classées dans la même unité, afin de limiter les possibilités de discrimination, il semble qu'*a contrario*, il soit requis de **classer dans des classes différentes, des créances n'ayant pas une communauté d'intérêts suffisante ou vérifiable** pour pouvoir leur appliquer un **traitement différencié et adapté à leurs différences**. Une telle création de classes distinctes permettant de séparer les créances de créanciers salariés constituerait une barricade afin d'éviter toute discrimination indirecte.

B. Le souhaitable éclaircissement par la transposition de la directive

Certains salariés disposent d'une **créance résultant d'une indemnité** faisant suite à la rupture du contrat de travail, d'autres, de **sommes résultant de l'exigibilité des intéressements et des participations**, ou encore, par exemple, des **rémunérations de toute nature** dues aux salariés et apprentis. Doit-on alors considérer que la communauté d'intérêts est suffisante entre un créancier qui aurait quitté l'entreprise et qui disposerait d'une indemnité résultant de la rupture de son contrat de travail, et le salarié se trouvant toujours dans l'entreprise et ayant vocation à continuer d'y travailler ? Il semble que le second ait des intérêts différents de ceux du premier, en ce qu'il pourrait avoir un **plus grand intérêt dans l'adoption d'un plan de restructuration permettant le maintien de son activité**. Il ne semble pas que l'intention du législateur soit de classer des créances salariales dans la même classe et d'ainsi créer une classe comportant des divergences d'intérêts. Ainsi, la future transposition de la directive en droit

français, devra éclaircir ce point afin de renforcer la prévisibilité juridique. Il semble que les possibilités de **séparations des créanciers disposant de créances salariales** existantes dans les droits allemands et américains doivent être reprises. Les créanciers salariés, qui sont vulnérables au regard de la nature de leur créance, se verront donc, ainsi que leurs intérêts, mieux protégés d'un *cram-down*.

Toutefois, la possibilité de différencier les créanciers ne doit pas se limiter aux créanciers les plus vulnérables, comme, les salariés. En effet, des créanciers qui pourraient avoir une trop forte aversion au risque doivent être traités à part.

Section II : Le traitement différencié des créanciers à la faible aversion au risque

Tout d'abord, les **associés** sont les preneurs de risques à l'origine de la création du débiteur, ils peuvent vouloir croire « à tout prix » dans le rétablissement de l'entreprise et ainsi avoir une faible aversion au risque, ce qui peut être néfaste pour la collectivité des créanciers (sous-section 1). De plus, d'autres créanciers, **assurés** en cas de défaut de paiement de l'entreprises sont assurés contre le risque et doivent recevoir un traitement différencié par rapport aux autres créanciers (sous-section 2).

1. Le traitement des détenteurs de capital

La nécessité de traiter différemment les créanciers associés des autres créanciers résulte directement de leur position initiale dans la société. C'est pourquoi il a **toujours été considéré que ces créanciers pouvaient être traités différemment** des autres créanciers (A). Demain, la **directive européenne permettra aussi**, logiquement, de différencier le traitement de ces créanciers (B).

A. La logique actuelle du traitement des associés

Certains créanciers, comme les associés, **preneurs de risques**, à l'initiative de la société, ont un rapport particulier avec cette dernière. En effet, les associés qui ont créé la société, s'ils détiennent toujours une participation dans son capital, peuvent vouloir croire de manière aveugle dans le rétablissement de la société, ce qui peut s'ériger comme un lourd obstacle lors des négociations. De plus, les associés sont considérés comme des preneurs de risques à qui les **difficultés de l'entreprises peuvent être imputées**, c'est pourquoi les détenteurs de capital sont placés en **dernier rang dans l'ordre des paiements**.

Ainsi, en droit allemand ou états-unien, il est possible de les **regrouper dans une classe à part**⁶¹ afin de limiter leur influence sur les autres créanciers et afin d'éviter qu'il puisse être passé outre les intérêts des autres créanciers d'une même classe, par le vote des associés. De plus, cela peut faciliter un vote de **debt equity swap** menant à une dilution de leur participation dans le cadre d'un *cross-class cram-down*⁶². L'objectif est tel qu'il ne faut pas permettre aux créanciers détenteurs de capital de peser de manière trop importante dans les choix portants sur la restructuration de l'entreprise, afin que ces derniers, qui ont peu de chances de se voir remboursés, au regard de leur classement dans l'ordre des paiements, n'influent pas sur le plan de restructuration en faisant prendre des risques inconsidérés au débiteur.

La directive offre d'ailleurs une possibilité de traitement différencié pour ces créanciers détenteurs de capital social.

⁶¹ V. art. § 222 alinéa 1 InsO.

⁶² V. infra.

B. La différenciation du traitement des associés au sein de la directive

La directive n° 2016/0359 prévoit aujourd'hui à son article 9, § 1a (a), la possibilité pour les États-membres de l'Union européenne **d'exclure les détenteurs de capital du droit de voter au sein des classes de créanciers**. Ainsi, les créanciers ne se voient pas exclus de la classification, comme cela est prévu en droit français, pour les salariés par exemple, mais se voient uniquement retirer le droit de vote. Il ne s'agit donc plus de les catégoriser dans une classe à part pour les protéger, mais pour les priver de leur pouvoir de nuisance dans le vote du plan.

De ce fait, la directive offre une **option** aux États-membres, qui peuvent **exclure les détenteurs de capital du droit de vote** au sein des comités de créanciers. Cette dernière définit d'ailleurs le détenteur de capital à son **article 2, § 3a** comme « *toute personne détenant une participation au capital d'un débiteur ou de son entreprise, y compris les actionnaires, dans la mesure où ladite personne n'est pas un créancier*⁶³ ». De plus, l'exclusion se situe juste après la précision de l'article 9, § 1 de la directive, selon laquelle les parties non-affectées par le plan de restructuration ne doivent pas avoir le droit de voter sur l'adoption d'un tel plan⁶⁴. Les détenteurs de capital pourraient-ils donc être considérés **per se comme des parties non affectées par le plan** en cas de levée l'option par l'État-membre sous la loi duquel la restructuration est effectuée ? C'est en effet ce que semble implicitement confirmer le considérant n° 24 de la proposition de directive lorsqu'il prévoit que « *les créanciers concernés par le plan de restructuration et, lorsque le droit national le permet, les détenteurs de capital devraient avoir le droit de voter pour ou contre l'adoption dudit plan* ». En effet, lorsque le droit national ne le permettra pas, les détenteurs de capital seront exclus du droit de vote sur le plan de restructuration, alors que l'article 9, § 1 de la directive prévoit que les États-membres doivent s'assurer que les parties affectées ont un droit de vote sur l'adoption du plan de restructuration. L'article 2, § 3 de la directive envisage d'ailleurs que les détenteurs de capital pourront être **considérés comme des parties affectées, uniquement lorsque le droit national le prévoit**.

Toutefois, la possibilité de considérer que les détenteurs de capital ne sont pas affectés par le plan n'est pas la seule considération pour le moins étonnante. En effet, alors que l'article 2, § 3a de la directive définissant le détenteur de capital ne prévoit la possibilité de le qualifier comme tel, uniquement lorsqu'il n'est **pas créancier**, l'article **9, § 1a (a)** prévoit la possibilité de **leur retirer le droit de vote au sein même de leur classe de créanciers**. La qualification du créancier reste donc incertaine, tout comme son affectation par le plan, et le détenteur de capital se voit toutefois traité différemment si l'on compare son traitement à celui des autres créanciers. Malgré tout, d'autres créanciers sont aussi traités différemment pour des raisons similaires.

⁶³ Directive dans sa version du 1^{er} octobre 2018, traduite en français.

⁶⁴ Directive dans sa rédaction du 17 décembre 2018, traduction libre.

2. Le traitement des créanciers « assurés »

Tout d'abord, certains créanciers ont souscrit une **assurance de protection** (A), cela les incite donc à ne pas avoir les mêmes intérêts que le débiteur, raison pour laquelle **il faut les exclure** de la possibilité de voter les plans de restructuration (B).

A. L'assurance contre le risque

L'exemple des **Credit Default Swap** (CDS) est parlant. Ces derniers permettent de **transférer le risque** de crédit d'une entreprise, d'une contrepartie à une autre. La protection est mise en mouvement lorsqu'un événement de crédit intervient, et il peut s'agir de la faillite du débiteur. Ainsi, le créancier qui achète un CDS se protège contre le risque de crédit. Dans tous les cas, il sera assuré de se voir remboursé, soit par le débiteur, soit par son assureur.

Ainsi, le créancier garanti par des CDS se retrouve dans une situation ressemblant à celle du détenteur de parts sociales ou du créancier détenant des titres **super-subordonnés**. En effet, il pourrait sembler qu'il n'a qu'un **faible intérêt au plan de restructuration**, puisqu'il bénéficiera d'un remboursement de son prêt dans toute situation. C'est la raison pour laquelle l'article **L. 626-30-2 du Code de commerce** prévoit actuellement que "*chaque créancier membre [d'un comité doit informer], s'il y a lieu, l'administrateur de l'existence de toute convention soumettant son vote à des conditions ou ayant pour objet le paiement total ou partiel de la créance par un tiers ainsi que l'existence d'accord de subordination*". En effet, cette règle qui a été instaurée à la suite de l'affaire Technicolor, permet aujourd'hui à l'administrateur de moduler les droits de vote du créancier concerné.

Néanmoins, le créancier qui se voit garanti se trouve dans une situation différente de celle dans laquelle se trouvent les associés et porteurs de titres super-subordonnés en ce qu'il peut avoir un intérêt dans la faillite du débiteur.

B. Des intérêts contraires à ceux du débiteur

Le créancier bénéficiaire de CDS a tout d'abord intérêt à **ne pas s'investir dans la négociation du plan de restructuration**, puisque le temps qu'il y pourrait consacrer ne lui apporterait aucune satisfaction de plus grande ampleur que celle qu'il aurait obtenue en restant **passif et désintéressé**⁶⁵. Ce raisonnement est applicable, dans une moindre mesure aux créanciers et détenteurs de sous-participations, qui ne possèdent que de faibles chances d'être désintéressés.

⁶⁵ LUBBEN S. J, dans Gregoriou G. N., ALI P. U., *Credit Derivatives Handbook: Global Perspectives, Innovations, and Market Drivers*, Chapitre 3, *Credit Derivatives and the Resolution of Financial Distress* McGraw-Hill, 2008.

Toutefois, contrairement à ces derniers, le détenteur de CDS peut avoir **intérêt à ce que le plan de restructuration échoue**, afin que le débiteur soit placé en liquidation. Dans ce cas, le détenteur de CDS pourrait être remboursé plus vite et de manière certaine, puisqu'il est garanti par le vendeur de CDS. Si ce risque a été mis en avant par S. Lubben dans le cadre du plan prévu au **Chapter 11**⁶⁶, le même raisonnement est transposable aux plans de restructuration en droit français, ou aux plans de restructuration qui résulteront de la directive.

Il serait donc dans l'intérêt du débiteur et du vendeur de CDS de pouvoir **exclure les créanciers couverts** par un CDS du vote du plan de restructuration. Cependant, il ne semble pas que la directive exclue expressément du droit de vote sur le plan de restructuration, les porteurs de *credit default swap*. Deux options semblent toutefois envisageables.

La première serait de considérer que le bénéficiaire du CDS se trouve dans une **situation de conflit d'intérêts** selon le droit français. Ainsi **l'article 9, § 1a (c) de la directive** pourrait s'appliquer et empêcher le créancier de voter. Toutefois, il est peu probable que cette possibilité soit retenue, la situation de conflit d'intérêts semblant plutôt avoir vocation à s'appliquer pour un concurrent, par exemple.

La seconde option qui pourrait alors être envisagée serait le fait de considérer que les porteurs de CDS ne se voient finalement **pas affectés par le plan** et ne doivent tout simplement **pas voter en vertu de l'article 9, § 1 de la directive**. De plus, le **considérant n° 26 de la directive** prévoit que les États-membres peuvent prévoir des règles dérogatoires pour les parties affectées par le plan, qui n'exercent pas leur droit de vote « d'une manière correcte ». Ainsi, il pourrait-être possible d'**exclure des créanciers nocifs** pour le plan de restructuration, afin de permettre le rétablissement du débiteur et le remboursement de ses dettes, au plus grand bonheur du vendeur de CDS.

⁶⁶ LUBBEN S. J., *op. cit.*

La directive imposera donc de nouvelles règles inconnues du droit français, auxquelles il faudra adapter le droit français. Cette dernière est grandement influencée par les droits étrangers, et le Gouvernement, lequel est habilité par la loi PACTE à transposer la directive. Le Gouvernement devra donc s'inspirer des droits étrangers, tout en prenant en compte le paysage français, y compris sa politique en matière d'insolvabilité, dans le but de parvenir à une **transposition efficace, équilibrée et logique de la directive**, ce qui n'est pas chose simple.

En effet, aujourd'hui, il n'existe pas encore de méthode de constitution de classes de créanciers qui s'impose indubitablement, au regard de son efficacité et de la **préservation des droits des créanciers qu'elle permet**. Ainsi, le travail de création de règles de constitution des classes de créanciers idéales, dans le respect de la directive, s'avèrera être une étape délicate de la transposition de la directive, et devra donc être effectué prudemment.

Titre II : Les possibilités de constitution des classes de créanciers « à la française »

L'article 9, § 2 de la proposition de directive n° 2016/0359 prévoit que les parties affectées par le plan devront être traitées dans des classes séparées. La proposition impose comme exigence minimale, une **séparation des créanciers garantis et chirographaires** (Chapitre I). Ainsi, les critères de constitution des comités de droit français ne peuvent être conservés. Toutefois, **le critère de la qualité du créancier n'est pas totalement exclu**. En effet, l'article 9, § 2 de la directive prévoit une possibilité pour les États membres, de prévoir que les « travailleurs » constitueront une classe de créanciers à part. De plus, l'article 11, § 1, (b), (ii) de la directive prend en compte la qualité du créancier alors qu'il évoque la classe des créanciers des détenteurs de capital (Chapitre II).

Chapitre I : L'obligation de prise en compte du critère de la nature de la créance

La directive introduira une nouveauté dans le droit français. Il s'agit de la catégorisation des créanciers selon la nature de leur créance. Ainsi, l'article 9, § 2 de la directive prévoit l'**obligation de reconnaître au minimum deux classes de créanciers** (section I). De plus, l'article impose aux États membres de vérifier que les parties affectées sont traitées dans des classes séparées qui reflètent une **communauté d'intérêts suffisante et basée sur des critères vérifiables**, en accord avec la loi française. Ce prérequis pourrait imposer la création de **plus de deux classes de créanciers**, afin de respecter la communauté d'intérêts des créanciers qui ne pourraient être classés, ni dans la classe des créanciers chirographaires, ni dans celle des créanciers garantis, au regard de la nature particulière de leur créance (section II).

Section I : L'introduction de l'exigence minimale d'une dualité de classes de créanciers en droit français

La directive de l'Union européenne impose aux États-membres de structurer la séparation des créanciers au sein de classes de créanciers déterminées selon la **nature de la créance**. Toutefois, ce n'est pas ce qui est adopté aujourd'hui en droit français, qui devra nécessairement s'adapter (sous-section 1). Néanmoins, une telle modification semble logique et **pourra s'insérer de manière cohérente dans le droit français** (sous-section 2).

1. La nécessaire modification du droit français imposée par la directive

Demain, la transposition de la directive imposera la constitution **d'au moins deux classes de créanciers, catégorisées selon la nature des créances (A)**, ce qui nécessitera une **totale modification des comités de créanciers actuels, regroupés selon la nature des créanciers (B)**.

A. L'exigence minimale d'une dualité de créanciers selon la nature de la créance

L'objectif de la création de classes de créanciers est de faciliter le vote d'un plan de restructuration. Ce dernier, selon **l'article 2, § 1 (2) de la directive**, doit permettre des mesures incluant la **modification** de la composition, des conditions ou **de la structure de l'actif et du passif du débiteur** ou de tout autre partie de sa structure capitalistique. Il peut s'agir de la vente de ses actifs, de branches d'activité ou de la cession de l'entreprise ou tout autre changement, ces mesures pouvant être combinées.

L'article 9 de la directive impose, pour le vote de ce plan de restructuration, que les **parties affectées**⁶⁷ soient classées dans des classes séparées reflétant une communauté d'intérêts basée sur des critères vérifiables, dans le respect des droits nationaux. De plus, l'article précise les modalités, en ajoutant que ce classement doit séparer, au minimum les **créances garanties et les créances non-garanties**⁶⁸. Le considérant n° 26 de la directive précise que l'objectif de la classification est de traiter équitablement les détenteurs de droits substantiellement similaires et de faire en sorte que les plans de restructuration ne portent pas atteinte de manière injuste aux droits des créanciers affectés. De plus, le considérant n° 25b de la directive prévoit que les États-membres devront veiller à créer des règles spéciales concernant les créances éventuelles, les créances contestées et celles des parties liées.

La transposition de la directive imposera donc une séparation des créanciers dans **deux classes différentes, a minima**. Ces dernières devront séparer les créanciers **selon la nature de leur créance**, et non selon leur qualité. Sur ce point, le droit français devra être modifié.

B. La nécessaire et profonde modification de la logique de catégorisation des créanciers, en France

Le chapitre préliminaire exposait les règles actuelles de la constitution des comités de créanciers en droit français. Ces derniers sont donc aujourd'hui créés pour des créanciers attitrés qui sont catégorisés selon leur qualité. De plus, à l'heure actuelle, tous les créanciers ne sont pas concernés par la constitution de comités, puisque seules les créanciers obligataires, les établissements de crédits et assimilés, ainsi que les principaux fournisseurs peuvent faire partie de ces comités. Tous les autres créanciers se voient donc **consultés individuellement**.

Aujourd'hui, la directive ne prévoit plus une telle consultation individuelle. **Tous les créanciers devront être classés** afin de voter sur le plan. La logique du droit français se trouvera donc fortement remise en cause. De plus, il devra classer ses créanciers selon la **nature de leurs créances**. Cette classification qui n'était pas possible jusqu'alors en droit français implique le

⁶⁷ V. art. 9, § 1 de la proposition de directive.

⁶⁸ V. art. 9, § 2 de la proposition de directive.

fait qu'un même créancier pourra **faire partie de différentes classes de créanciers** s'il dispose de plusieurs créances différemment garanties ou d'une seule et même **créance non-garantie dans sa totalité**, comme cela est le cas dans certains droits étrangers (voir supra). Ainsi, certains créanciers pourront **faire partie d'une classe pour une partie de leur créance, et d'une autre classe, pour une autre partie, ou bien voir une partie de leur créance non-affectée à une classe, car non affectée par le plan**, ce qui n'est pas encore possible en droit français⁶⁹.

Cette solution semble être la bienvenue en droit français, en ce qu'elle rétablira un réel ordre logique, évitant des situations compliquées ou des **créanciers non-garantis majoritaires peuvent imposer leur volonté à des créanciers garantis**, avec lesquels ils votent selon des droits de vote équivalents. De plus, le droit français pourra facilement intégrer cette modification.

⁶⁹ MONTÉLAN T., MIEULLE M., De la pratique du plan de sauvegarde prénégocié à la procédure de sauvegarde financière accélérée, Journ. sociétés. nov. 2010, p. 36, spéc. P. 43.

2. Un droit français aisément modulable

Le droit français ne connaît pas la distinction entre créanciers garantis et non-garantis pour la constitution des comités de créanciers, mais il semble qu'il ne soit **pas totalement étanche à cette distinction** (A) voire même qu'il l'utilise dans certains cas. Ainsi, son introduction dans le droit français ne devrait pas en changer drastiquement la logique (B).

A. Un droit français connaissant la distinction entre créancier garanti et non garanti

Si aujourd'hui, le droit français ne connaît pas la distinction entre créancier garanti et non-garanti, afin de constituer des comités de créanciers, cette distinction n'est pas totalement inconnue du droit français. A titre d'exemple, **l'article 2285 du Code civil** précise que « [l]es biens du débiteur sont le gage commun du créancier ; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des **causes légitimes de préférence** ». Ainsi, l'article reconnaît une distinction entre les créanciers garantis et non-garantis, afin de favoriser les créanciers les plus diligents s'étant fait consentir une garantie.

Toutefois, M. Houssin met en évidence le fait que l'article 2285 du Code civil vise les biens du débiteur, et ne traite donc de ce fait, que des **sûretés réelles**⁷⁰. L'article 2285 vise en effet les « *causes légitimes de préférence* », or l'article 2223 du Code civil précise que « *les causes légitimes de préférence sont les **privileges et les hypothèques*** ». Faudrait-il ainsi, refuser l'entrée de la classe des créanciers garantis aux créanciers bénéficiant d'autres garanties ?

Le droit français semble cependant permettre une extension de la classe des créanciers garantis.

B. Un droit français propice la séparation entre créancier garanti et non-garanti

En réalité le droit français pourra aisément reconnaître le fait que des créanciers bénéficiant de garanties différentes des « clauses légitimes de préférence » pourront être compris dans la **classe des créanciers garantis**.

En effet, comme le rappelle M. Houssin, le droit français connaît déjà la différence entre créancier garanti et non-garanti⁷¹. Ce dernier précise que « **le droit français prend déjà en considération l'existence d'une possible divergence d'intérêts [entre] les créanciers titulaires de sûretés et les chirographaires** ». Preuve à l'appui, ce dernier cite l'article **L. 621-10 du Code de commerce** qui dispose que le juge commissaire, lorsqu'il désigne plusieurs contrôleurs doit

⁷⁰ HOUSSIN M., La subordination de créance – analyse de la subordination à l'épreuve de la procédure collective, thèse, 2018, préf. LUCAS F.-X, p. 347, n°552.

⁷¹ HOUSSIN M., *op. cit.* p. 214, n° 319.

veiller à **qu'au moins l'un d'entre eux soit un créancier titulaire de sûretés et qu'un autre soit un créancier chirographaire**. De plus, l'auteur précise que l'article **L. 613-55-5 du Code monétaire et financier** connaît déjà la distinction entre créanciers **garantis et non-garantis** en matière de renflouement interne.

Toutefois, si aujourd'hui, l'article 9 de la directive prévoit la constitution d'au moins deux classes, l'article **L. 621-10 du Code de commerce** reconnaît la différence d'intérêts des créanciers titulaires de sûretés, en ce qu'il permet la désignation de plusieurs contrôleurs représentant leurs intérêts.

De plus, cette possible différenciation selon les sûretés permettra d'obtenir un **nombre de classes de créanciers impair**, faculté qui permettra de faciliter le système du *cross-class cram-down* (voir infra).

Section II : La possibilité de créer d'autres classes en fonction de la nature de la créance

La directive prévoit la création d'au moins deux classes de créanciers, distinguées selon la nature de leur créance. Toutefois, cette dernière offre **l'option aux États-membres de créer d'autres classes de créanciers**. Cette option est la bienvenue mais devrait être transférée à **l'administrateur** (sous-section 1) qui devrait avoir de **nombreuses possibilités de classification** (sous-section 2).

1. Le nécessaire octroi d'une large marge de manœuvre à l'administrateur judiciaire

Tout d'abord, l'option laissée par la directive est pleine d'intelligence, tous les débiteurs ne se ressemblent pas, tout comme la structure de leur endettement. C'est pourquoi l'administrateur doit disposer d'une **large marge de manœuvre** (A). De plus, les **revendications des créanciers eux-mêmes peuvent différer**, ce qu'il faut prendre en compte (B).

A. Des débiteurs aux situations différentes

Les droits étrangers l'ont bien compris, **la constitution des classes de créanciers doit rester flexible** (voir supra). Ainsi, il s'agira, lors de la transposition de la directive, de **s'inspirer de ces droits**, et notamment du droit américain qui propose une large flexibilité permettant de s'adapter à tout débiteur, en ne prévoyant que le strict minimum. Toutefois, contrairement à ce qui est prévu par le droit américain, il ne pourra être constitué qu'une seule classe dans le cadre de restructuration de grandes entreprises, même si cela pourrait se justifier⁷².

Afin de s'adapter à toutes les structures de dettes de tous les débiteurs, il serait opportun de ne pas prévoir de trop nombreuses règles de classification des créanciers. Toutefois, certains auteurs penchent en faveur de **critères légaux minimaux et objectifs** afin de renforcer une **sécurité juridique**⁷³.

Aujourd'hui, en France, les administrateurs judiciaires sont très souvent nommés conciliateurs⁷⁴ ou encore mandataires ad hoc et mènent à bien les négociations en dehors des comités, en analysant les rapports de force afin de mieux mener les négociations. Il semble

⁷² Puisque l'article 9, § 2 de la directive (dans sa version du 17 décembre 2018) impose au minimum une dualité de créanciers.

⁷³ FARGES J.-P., Complexité dans l'organisation et la constitution des comités de créanciers : le cas d'école de la sauvegarde de CGG, BJE juill. 2018, n° 116c0, p. 293 ; DAMMANN R., ROTARU, Premières réflexions sur la transposition de la future directive sur les restructurations préventives, D. 2018, p.2195 et s.

⁷⁴ Art. L. 611-6 du Code de commerce : « Le débiteur peut proposer le nom d'un conciliateur », dans les faits, le nom d'un administrateur judiciaire est le plus souvent proposé. L'article L. 6111-3 du Code de commerce prévoit l'équivalent dans la procédure de mandat *ad hoc*.

donc évident qu'ils seront **compétents**, demain, **pour classer les créanciers** de manière à ne pas les discriminer, puisqu'ils connaissent leurs droits et intérêts. De plus, ils semblent les plus à mêmes d'effectuer cette opération puisqu'en vertu de l'article **L. 631-19 du Code de commerce**, ils doivent aujourd'hui **élaborer le projet de plan avec le débiteur**. Toutefois, l'établissement des classes par leurs soins, suppose qu'ils puissent avoir accès à une liste claire des créanciers. A cette fin, des auteurs proposent **d'interdire les cessions de créance dans un délai de huit jours précédant le vote sur l'adoption du plan**⁷⁵.

En somme, il semble que la transposition de la directive devrait permettre aux administrateurs de bénéficier d'une large marge de manœuvre afin de s'adapter à tous les débiteurs, mais aussi à toutes les revendications des débiteurs.

B. *Des créanciers aux revendications différentes*

En droit français, comme dans les droits étrangers, les créanciers même placés dans des situations différentes et possédant des créances similaires peuvent se retrouver à avoir des **intérêts différents**, qu'ils soient économiques ou non (voir infra). Aujourd'hui, la situation est telle que « *le système aboutit à regrouper dans un même comité des créanciers avec des profils de risques et intérêts divergents* »⁷⁶. Demain, il s'agira de délimiter au mieux les intérêts des créanciers afin de ne pas les faire voter dans la même classe.

Toutefois, il pourra être dans l'intérêt du débiteur, dans l'objectif de faciliter le vote du plan, de délimiter des classes de créanciers de tailles différentes, afin de **favoriser des petites classes de créanciers ayant un fort intérêt au plan**, face à d'autres créanciers pour lesquels le droit de vote **aurait été modulé par l'administrateur judiciaire**⁷⁷, sous le régime antérieur. Ainsi, des créanciers porteurs de titres super-subordonnés en vertu d'accords de subordination pourront se voir regroupés⁷⁸, même s'ils pourraient avoir des **intérêts divergents**, alors que d'autres créanciers aux intérêts divergents (par exemple, des **petits fournisseurs ayant intérêt à se voir remboursés au plus vite**, et de **gros fournisseurs, pouvant avoir un plus grand intérêt à attendre que le débiteur se trouve en meilleure position afin de conserver un client et de se voir remboursés de manière complète**) pourront être placés dans des **classes différentes, alors même que leur créance est de même nature**.

Ainsi, il conviendrait de ne pas dessiner de classes de créanciers imposées par la loi, afin de permettre à l'administrateur de déterminer les classes les plus appropriées. Cela permettra, de plus, d'éviter une obsolescence, une incomplétude, une prolifération des lois. Il convient ainsi

⁷⁵ FARGES J.-P., *op. cit.*

⁷⁶ DAMMANN R., ROTARU V., Premières réflexions sur la transposition de la future directive sur les restructurations préventives, D. 2018, p.2195 et s.

⁷⁷ Selon le régime de l'article L. 626-30-2 du Code de commerce.

⁷⁸ V. le considérant n° 25 de la directive qui le prévoit expressément.

d'étudier les possibilités de constitution de classes qui pourraient être offertes à l'administrateur.

2. Les possibilités pouvant être offertes à l'administrateur judiciaire

Une grande incertitude plane encore sur le futur de la classification des créanciers. Il va sans dire que les créanciers devront être **classés selon leur détention de garantie ou non**. Toutefois, au sein de ces catégories des **créanciers garantis** (A) ou **chirographaires** (B), les créanciers peuvent être séparés afin de constituer d'autres classes.

A. Une séparation des créanciers selon leurs garanties

La directive ne semble pas distinguer entre les garanties. Ainsi, il existe une multitude de possibilités afin de classer les créanciers bénéficiant de garanties et il ne semble pas qu'il faille se limiter aux strictes sûretés. En effet, tous les procédés permettant au créancier de se protéger contre le risque de crédit semblent visés par la directive. Toutefois, alors que "*la catégorie des sûretés est fermée*"⁷⁹, celle des garanties reste une catégorie à part qui ne connaît **pas de numerus clausus**⁸⁰. Ainsi, il serait malvenu d'instituer une liste limitée de classes de créanciers délimitées selon leur détention d'une sûreté particulière.

En revanche, il est possible d'imaginer comment les classes pourraient être définies. Ainsi, R. Dammann et M. Guermonprez⁸¹ mettent en avant le fait que des classes de créanciers regroupant spécifiquement les **gagistes, les hypothécaires, les fiduciaires**, ou même l'assurance de garantie des salaires (**AGS**) pourraient être constituées et l'on pourrait ajouter une classe de créanciers bénéficiant d'une **clause de réserve de propriété**, par exemple. De plus, des classes concernant les créanciers bénéficiant de **sûretés étrangères** pourraient être créées si le droit français s'épargne de préciser les catégories qu'il faut envisager. La souplesse dans la transposition de la directive permettra ainsi une meilleure efficacité des négociations portant sur les plans de restructuration.

En outre, la directive, à son considérant n° 27⁸², prévoit la possible création d'une classe à part, comprenant des **créanciers institutionnels publics ayant un statut privilégié** afin de les protéger. En effet, il pourra être prévu que ces derniers ne pourront se voir imposer de remises de dettes complètes ou partielles. Ainsi, le statut de privilégié se confond déjà avec la qualité du débiteur...

Avant d'étudier le maintien du critère de la qualité du créancier, il convient d'analyser les possibilités de classification des créanciers chirographaires.

⁷⁹ LEGAIS D., *Droit des sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, 12^e édition, p.15.

⁸⁰ Du moins, pour les sûretés réelles, depuis un arrêt "Maison de Poésie", Civ. 3^e, 31 oct. 2012, n° 11-16.304.

⁸¹ DAMMANN R., GUERMONPREZ M., *Pistes de réflexion pour une réforme des procédures collectives*, D. 2018, p. 629.

⁸² Dans sa rédaction du 17 décembre 2018.

B. Une séparation des créanciers chirographaires

La directive ne prévoit expressément qu'un seul comité de créanciers chirographaires. Toutefois, elle permet de diviser cette classe, qui pourrait être constituée de créanciers chirographaires fournisseurs et bancaires, ce qui n'est pas encore envisageable aujourd'hui.

De l'audace ! Ce sera la qualité requise des administrateurs judiciaires dans la constitution des comités de créanciers. La seule limite qui s'imposera à eux, sera la **communauté d'intérêts suffisante, qui soit vérifiable**. On suppose donc que des **critères objectifs** seront simplement requis. L'unique objectif visé par cette règle est **d'éviter la discrimination**. L'unique dessein de l'administrateur, qui doit la respecter, doit être l'adoption d'un **plan de restructuration des plus efficaces**.

Il doit ainsi, permettre aux débiteurs de s'accorder, permettre aux créanciers chirographaires d'être conciliants, que cela implique une **plus grande séparation** (pour éviter que les deux-tiers des créanciers d'une classe, qui seront nécessaires à son adoption sans *cross-class cram-down*, si la France conserve son actuelle majorité, ne votent en défaveur du plan) **ou une plus forte concentration** (pour permettre qu'il puisse être passé outre le vote des minoritaires dissidents) des créanciers.

L'audace de l'administrateur pourrait se manifester par la prise en compte des intérêts du créancier, comme en droit américain – soient-ils ou non financiers (voir supra). Certains créanciers chirographaires peuvent avoir **intérêt à offrir des remises de dettes** (par exemple, si le débiteur constitue l'un de leurs seuls clients et que ces remises ne remettent pas en cause leur stabilité financière) alors que d'autres peuvent avoir un **plus grand intérêt à être payés au plus vite** (s'ils ont plusieurs clients, et un besoin de trésorerie, par exemple). Un administrateur audacieux pourrait créer une dualité de créanciers afin de préserver leurs intérêts, si cela permet d'adopter plus facilement un plan.

Au contraire, il pourrait être audacieux et intelligent pour un administrateur judiciaire de **classer tous ces créanciers aux intérêts divergents dans une seule et même classe** de créanciers, si cela pouvait faciliter l'adoption du plan.

Ainsi, comme pour les créanciers garantis, **l'administrateur judiciaire verra ses responsabilités s'accroître puisque l'adoption du plan sera bien plus grandement déterminée par son intervention qu'auparavant**. La bonne compréhension des enjeux et des intérêts sera nécessaire, même si cette dernière sera relativement complexe, puisqu'elle devra être effectuée **a priori**, avant que les créanciers aient réellement pu se prononcer. Un pur calcul économique devra être effectué, mais la qualité des créanciers pourra être prise en considération, favorisant peut-être, la prévisibilité des votes.

Chapitre II : Le maintien du critère de la qualité du créancier

Si la directive impose une constitution des classes de créanciers en fonction de la nature des créances affectées par le plan de restructuration de l'entreprise, elle n'écarte cependant pas la possibilité de prendre en compte la qualité du créancier. Par exemple, l'article 9, § 2 de la directive prévoit une option pour les États membres. Ces derniers auront la possibilité de prendre en compte la qualité de « travailleur » quand ils transposeront la directive, afin de **traiter séparément les réclamations des salariés** (Section I). Toutefois, le maintien de la qualité du créancier afin de délimiter des classes de créanciers ne doit pas servir de prétexte afin de **créer artificiellement des classes afin d'influencer le résultat des votes** (Section II).

Section I : La nécessité du maintien du critère de la qualité du créancier, au regard du droit français

Comme dans les droits étrangers, la directive européenne permettra aux droits nationaux, et donc au droit français, de prendre en compte, en plus de la nature de la créance, la qualité du créancier afin de le classer. Toutefois, contrairement à l'actuel droit français, cette possibilité restera subsidiaire. L'option aura pour vocation de **séparer certains créanciers afin de les protéger** (sous-section 1) et d'en **exclure d'autres afin qu'ils ne compromettent pas les négociations du plan** (sous-section 2).

1. L'exclusion de créanciers

La directive prévoit une possibilité d'**exclure les salariés du mécanisme des classes de créanciers afin de les protéger de la collectivisation des décisions** (A), mais elle le prévoit aussi pour **d'autres créanciers** (B).

A. Les créances des salariés

Aujourd'hui, le droit français ne permet pas aux créanciers de se voir intégrés à un quelconque comité. **Il ne peut donc être passé outre leur volonté** et les décisions les concernant doivent être prises **avec leur consentement**. Demain, avec la transposition de la directive, tous les créanciers devront être classés dans un comité.

Toutefois, la directive, dans son **article 1, § 3 (a) offre une option aux États-membres leur permettant d'exclure** des procédures préventives de restructuration, **les créances des salariés**, afin de les protéger de la négociation collective qui implique l'écrasement des minoritaires au sein de leur classe (*cram-down*) et même en dehors (*cross-class cram-down*).

Si la France retenait cette solution, les salariés seraient donc exclus du système des classes prévu pour les autres créanciers, et ne seraient **pas consultés, ou bien le seraient de manière individuelle**, comme cela est pratiqué aujourd'hui pour certains créanciers, en vertu de l'article

L. 626-5 du Code de commerce. Néanmoins, cette pratique semble peu appropriée pour les créances salariales, même si leur caractère n'est que rarement alimentaire⁸³.

Il faut noter que cet objectif d'exclusion des salariés de la procédure de restructuration préventive s'inscrit parfaitement dans le sillon de la loi du 25 janvier 1985 qui a relégué l'objectif d'apurement du passif au second rang, faisant ainsi primer le maintien de l'emploi et la sauvegarde de l'entreprise. En effet, en **protégeant les salariés**, il est plus aisé de maintenir l'activité, en faveur du débiteur et d'un remboursement différé. Il **semble donc très probable et recommandable que le législateur français lève l'option** consistant à exclure les salariés des procédures préventives de restructuration, même si cette option prévoit aussi l'exclusion des créances dues aux **salariés qui ne sont plus présents dans l'entreprise**.

Cependant, la directive permet l'exclusion d'autres créanciers.

B. Les autres créances

L'**article 11, § 1, (b), (ii)** de la directive prend en compte la qualité du créancier lorsqu'il évoque la classe des créanciers des détenteurs de capital. Ainsi, les créances ne pourront être uniquement considérées en tant que telles, sans prise en compte de leur détenteur. Comme cela l'a déjà été évoqué, les détenteurs de capital sont des créanciers ayant une forte aversion au risque et des créanciers à la forte juniorité. C'est la raison pour laquelle, l'**article 12 de la directive** prévoit que lorsque les États-membres excluront les associés des classes de créanciers, ils devront s'assurer que ces créanciers **ne pourront pas créer d'obstacles déraisonnables afin d'empêcher la confirmation du plan de restructuration, ni sa mise en place**. Toutefois, ces créanciers ne sont pas les seuls à pouvoir se retrouver exclus des classes de créanciers.

L'**article 1, § 3 (c)** de la directive prévoit aussi, une possibilité d'exclusion, ou de non-affectation (qui est aussi prévue pour les salariés) des créances résultant de la **responsabilité délictuelle** du débiteur ou de créances d'entretien résultant de **relations familiales**, de la qualité de parent, du mariage ou du concubinage, cette dernière disposition figurant à l'**article 1, § 3 (b) de la directive**, semblant uniquement s'appliquer aux entrepreneurs personnes physiques.

La France pourra choisir de ne pas affecter ou d'exclure ces créances des procédures de restructuration préventive afin d'en protéger les bénéficiaires. Il semble que ces créances au caractère essentiel à la vie ou indemnitaire pourront valablement être exclues ou non affectées, en toute logique avec le système juridique français.

⁸³ Cass. com., 3 mai 2016, n° 14-24855, F-PB.

Néanmoins, si le législateur français choisit de ne pas exclure, ni d'empêcher l'affectation de telles créances, certaines d'entre elles pourront être séparées dans des classes à part, dans un objectif de protection de leurs propriétaires.

2. Une option de séparation aux fins de protection

La directive requiert expressément une **séparation des salariés** (A) et de **certains fournisseurs** (B) **afin de les protéger**.

A. Les créances des salariés

Tout d'abord, **l'article 9, § 2 al. 2** dispose qu'aux fins de l'établissement des classes de créanciers, les États-membres peuvent choisir de prévoir une **séparation des créances des salariés** par rapport aux autres créances, dans une **classe à part**. Dans les faits, cette séparation permettrait que les salariés ne soient pas regroupés avec des créanciers d'autres qualités, afin de les protéger. En effet, s'ils sont séparés, les créanciers ne pourront se voir imposer un plan par une majorité de créanciers d'une autre nature et prendront leurs décisions entre eux, aux deux-tiers de leurs créances salariales (sauf choix de modification de la majorité lors de la transposition de la directive).

De même, le **considérant n° 25 de la directive** rappelle cette possibilité de créer des classes de créanciers particulièrement vulnérables afin de les protéger et cite par exemple, les salariés.

Toutefois, les petits fournisseurs sont aussi cités comme des **créanciers vulnérables** pour lesquels les États-membres peuvent prévoir des règles spécifiques.

B. Les créances des fournisseurs

Si le **considérant n° 25 de la directive** qualifie expressément les petits fournisseurs de créanciers vulnérables et permet aux États-membres d'adopter des règles spécifiques à leur égard dans la constitution des classes de créanciers, l'article 9 de la directive n'est pas en reste les concernant.

En effet, **l'article 9, § 2, al. 4** prévoit que les États-membres devront prendre les mesures appropriées afin de s'assurer que la **création des classes de créanciers est effectuée en prenant en considération la protection des créanciers vulnérables tels que les petits créanciers**.

Un auteur note justement que la possibilité de différenciation entre les débiteurs est la bienvenue⁸⁴. En effet, les répercussions des difficultés financières du débiteur ne sont pas identiques pour tous les créanciers qui ne se trouvent pas dans la même situation économique et qui disposent notamment, d'une trésorerie permettant plus ou moins de **limiter la propagation des difficultés**. L'objectif étant de limiter l'effet domino, l'auteur salue la possibilité offerte par **l'article L. 626-30 du Code de commerce**, permettant de différencier les établissements de crédit des principaux fournisseurs au sein de deux comités différents, afin

⁸⁴ HOUSSIN M., La subordination de créance – analyse de la subordination à l'épreuve de la procédure collective, thèse, 2018, préf. LUCAS F.-X, p. 359, n° 571.

de reconnaître la différence de situation entre des créanciers « bancaires » ayant notamment des obligations de constitution de fonds propres et de « « simples » fournisseurs (non bancaires) ».

Demain, la transposition de la directive permettra à la France d'imposer une **protection des petits fournisseurs, vulnérables**, mais en tout état de cause, des **classes de créanciers différentes pourront être constituées afin de séparer les créanciers « bancaires » des fournisseurs**.

Ainsi, la qualité du créancier viendra nécessairement compléter la prise en compte de la nature de la créance afin de permettre la constitution des classes de créanciers.

Section II : Le risque des stratégies de constitution des classes

La constitution des classes n'est pas un phénomène neutre : comme en politique, **la définition des classes influe sur les résultats du vote** (sous-section 1). Ainsi, il s'agira de mettre en place les stratégies permettant le vote du plan, tout en **respectant les intérêts des créanciers, et en ne les discriminant pas injustement** (sous-section 2).

1. Le principe de la manipulation des votes

La **manipulation des droits de vote** permise par la classification n'est pas un phénomène nouveau. Depuis toujours, il s'observe en matière **d'élections politiques** (A). Dorénavant il faudra se méfier de cette éventualité lors de la **création des classes de créanciers** (B).

A. La manipulation des votes : le parallèle politique

En droit constitutionnel, les biais de vote liés à la création de circonscription ont très vite été pris en compte. C'est pourquoi, en 1986, une commission indépendante a été mise en place afin de vérifier le projet de redécoupage des circonscriptions législatives, porté par le gouvernement⁸⁵.

En effet, **selon le découpage des circonscriptions**, certains partis ont de plus grandes possibilités de prospérer. En séparant des populations d'individus dans des classes différentes au sein desquelles ils deviendraient minoritaires, le poids de leur vote se retrouverait annulé en ce que, **seul le choix de la majorité serait conservé**. Cette logique est applicable aux élections effectuées au **scrutin majoritaire**, comme cela est le cas pour les élections législatives, par exemple.

Afin de limiter les possibilités de manipulation des votes par la modification des découpages des circonscriptions, l'article 25 de la Constitution⁸⁶ prévoit, depuis 2008, la création d'une **commission indépendante** devant se prononcer sur les projets de texte et propositions de lois délimitant les circonscriptions pour l'élection des députés. En conclusion, un contrôle est *in fine* exercé sur le découpage des circonscriptions, et ce dernier devrait permettre un « **redécoupage transparent, impartial** et périodique des circonscriptions électorales⁸⁷ ».

Demain, des problématiques similaires se poseront dans la constitution des classes de créanciers. Toutefois l'objectif visant à favoriser l'adoption du plan est affirmé, et la **stricte égalité entre les créanciers ne devra pas être respectée, du moins en ce qui concerne le nombre de créanciers par classe**.

B. La manipulation des votes dans le cadre des classes de créanciers

⁸⁵ MALIGNER B., Le contrôle du Conseil constitutionnel sur le redécoupage électoral, AJDA 2009., p. 645

⁸⁶ Constitution du 5 octobre 1958.

⁸⁷ Une Ve République plus démocratique, rapport du 29 oct. 2007, p. 71, proposition n° 64.

En matière de constitution des classes de créanciers, les administrateurs devront veiller à constituer des classes ne portant pas atteinte aux droits des créanciers. Comme en matière législative, des choix politiques devront toutefois être effectués. Ces derniers devront respecter l'obligation de constituer des **classes aux intérêts représentant une similarité suffisante, et ce, selon des critères vérifiables**, obligation présente à l'article 9, § 2 de la proposition de directive.

En droit allemand, la constitution des classes de créanciers doit répondre à deux conditions : les **intérêts économiques des créanciers d'une même classe doivent être similaires** (*gleichartige wirtschaftliche Interessen*) et la création de classe distincte doit être **objectivement justifiée** (*sachgerecht*). L'obligation de justification objective de la séparation de certains créanciers au sein d'une classe permet de **prévenir tout risque de manipulation des votes**⁸⁸.

Toutefois, sur ce point, le droit états-unien n'est pas très clair. Si l'**article 1122 (a) du Chapter 11** du Code américain de droit de la faillite ne fait que **permettre l'inclusion dans la même classe de créances ayant des similarités suffisantes**, il ne faut pas considérer que l'article permet la séparation des classes de créances similaires à outrance.

En effet, si tel était le cas, l'**article 1122 (b) du Chapter 11 du Code américain de droit de la faillite** perdrait tout son sens, en ce qu'il permet la création d'une classe séparée pour certains créanciers non-garantis. Toutefois, dans l'arrêt où ce raisonnement est expliqué⁸⁹, alors que des créanciers allant être traités de la même manière ont été séparés dans le seul but de permettre un *cram-down* (voir infra), la Cour a jugé que la différence de situation légales justifiait la séparation en classes différentes. Ainsi, de nombreuses situations pourraient justifier une classification artificielle et **le débiteur pourrait manipuler l'acceptation du plan par une classification ingénieuse**, même si l'arrêt en question précise que **la classification ne doit pas avoir pour unique objet de « gerrymander »⁹⁰ le vote du plan**, que le seul objectif ne doit pas consister en l'obtention d'une classe de créanciers affectés, allant voter pour le plan⁹¹. Toutefois, un critère du « **raisonnable** » ou un critère de **justification économique** serait

⁸⁸ DAMMANN R., L'introduction des classes de créanciers dans l'optique d'une harmonisation franco-allemande des procédures d'insolvabilité, Mélanges Claude WITZ, 2018, LexisNexis p.231 : « En d'autres termes, il n'est pas possible en droit allemand de procéder à une scission artificielle d'une classe de créanciers qui ont des intérêts économiques similaires. »

⁸⁹ *In re Greystone III Joint Venture*, 995 F.2d 1274 (5th Cir. 1991).

⁹⁰ Redécouper de manière artificielle les classes afin de permettre un vote du plan ; Il est intéressant de noter que le terme « *gerrymander* », qui signifie « redécouper les circonscriptions », qui a donc une forte connotation politique, est utilisé dans le cadre de la vérification de la constitution des classes de créanciers ; cette position issue de l'arrêt *In re Greystone III Joint Venture*, 995 F.2d 1274 (5th Cir. 1991) est notamment rappelée dans l'arrêt *Novinda Corp. v. United States Bankruptcy Court for the District of Colorado*, 17-5 (10th Cir. BAP 2018).

⁹¹ L'article 1129 § a, 1 du *Chapter 11* du code américain de droit de la faillite prévoit qu'en présence de créanciers « *impaired* », dont la situation est modifiée par le plan, la confirmation du plan ne peut être permise qu'en présence du vote en faveur du plan d'au moins une classe de créanciers « *impaired* ». Ainsi, le débiteur peut avoir intérêt à diviser les classes de créanciers afin de s'assurer un vote en faveur du plan d'au moins une classe de créanciers affectés par le plan.

appliqué. Néanmoins, cette situation est au regard de sa libéralité, considérée par certains comme opposée à celle mise en place par le droit allemand⁹².

Ainsi, en droit états-unien, par exemple, de nombreuses contestations s'élèvent face à la constitution des classes de créanciers, soupçonnée d'avoir été réalisée de manière plus ou moins objective afin de favoriser le vote du plan, au détriment des intérêts de certains créanciers. Il convient de comprendre ces stratégies, à l'aulne de la directive n° 2016/0359.

⁹² DAMMANN R., L'introduction des classes de créanciers dans l'optique d'une harmonisation franco-allemande des procédures d'insolvabilité, Mélanges Claude WITZ, 2018, LexisNexis p.231.

2. Les stratégies favorisant le vote du plan

La directive a pour objectif de favoriser le vote du plan de restructuration, et **permet ainsi l'adoption de stratégies (A)**. Cependant, la transposition de cette dernière devra **imposer des limites à ces stratégies afin de ne pas porter atteinte aux intérêts des créanciers affectés par le plan (B)**.

A. L'adoption des stratégies

Si, en droit américain, de nombreuses **contestations** (voir supra) s'élèvent **face à la division des classes de créanciers**, alors qu'en théorie, le débiteur aurait intérêt à créer des classes regroupant un maximum de classes afin d'imposer un plan aux créanciers minoritaires dissidents rendu possible par le mécanisme de « *cram-down* », c'est parce que **le débiteur peut parfois avoir intérêt à subdiviser les classes de créanciers**.

Tout d'abord, la subdivision en classes de créanciers vise à permettre un *cross-class cram-down* (voir supra), mécanisme d'écrasement interclasse. Ainsi, s'il apparaît au débiteur qu'une **large majorité de créanciers affectés est défavorable au plan**, il peut avoir **intérêt à les réunir dans une classe de créanciers**, à part. Cela suppose bien entendu, qu'il existe une communauté d'intérêts entre ces derniers. Cette classe peut prendre en compte la qualité du créancier, mais doit aussi prendre en compte des éléments quant à la nature de la créance. Toutefois, en droit états-unien, **il peut s'avérer stratégique pour le débiteur de séparer les créanciers affectés par le plan et « *in the money*⁹³ »** dans des classes distinctes afin d'augmenter les probabilités qu'une telle classe de créanciers vote en faveur du plan, ce qui permettra ensuite d'accéder à la procédure de *cross-class cram-down*⁹⁴.

En droit allemand, les règles de *cross-class cram-down* diffèrent (voir supra), et donc, les stratégies d'adoption du plan diffèrent aussi. En effet, par exemple, pour permettre ce mécanisme, un vote **d'une majorité de classes de créanciers doit intervenir**. Ainsi, en périphérie de cette classe de créanciers que l'on cherche à « écraser », devront être créées au moins deux classes de créanciers, peu important le nombre de créanciers qu'elles contiennent⁹⁵.

⁹³ DAMMANN R., BOCHÉ-ROBINET M., Transposition du projet de directive sur l'harmonisation des procédures de restructuration préventive en Europe, D. 2017, p. 1364 : qui aurait eu le droit à un « paiement en cas de liquidation judiciaire », « qui « a un intérêt financier dans le plan de restructuration.

⁹⁴ Condition imposée par l'article 1129, § 10 du *Chapter 11* du Code américain des faillites.

⁹⁵ Dans *Novinda Corp. v. United States Bankruptcy Court for the District of Colorado*, 17-5 (10th Cir. BAP 2018), la circonstance selon laquelle une classe était constituée d'uniquement neuf créanciers n'était pas de nature à permettre l'observation de constitution déraisonnable et de mauvaise foi des classes de créanciers qui aurait eu pour unique but de favoriser l'adoption du plan (*gerrymandering*). De plus, dans certains cas, des classes peuvent être constituées d'un unique créancier, tout comme en droit allemand, sur ce point, V. V. DAMMANN R., L'introduction des classes de créanciers dans l'optique d'une harmonisation franco-allemande des procédures d'insolvabilité, Mélanges Claude WITZ, 2018, LexisNexis p.232.

Aujourd'hui, en cas d'absence d'approbation du plan par chaque classe, afin de permettre un *cross-class cram-down*, **l'article 11, § 1 b)** de la directive prévoit que le plan devra être approuvé soit par une **majorité des classes de créanciers affectés** ayant le droit de vote, pourvu **qu'au moins l'une des classes comporte des créances garanties ou séniors** comparées aux créances chirographaires soit, par **au moins une classe de parties affectées par le plan** (autre que les détenteurs de capital ou autres créanciers « *out of the money* »⁹⁶). Ainsi, le débiteur, dans la création des classes de créanciers, pourrait avoir intérêt à **démultiplier le nombre de classes de créanciers garantis, ou affectés par le plan**. Selon la situation, et les possibles prévisions de vote des créanciers, et il **pourrait au contraire, être judicieux de rassembler tous les créanciers, autant que possible, dans une même classe afin de permettre un simple *cram-down***.

L'appréciation de l'opportunité de la stratégie dans la constitution des classes de créanciers sera toutefois laissée au libre arbitre du débiteur et de l'administrateur.

B. Les limites imposées aux stratégies

En premier lieu, **la période de la constitution des classes précède celle de l'adoption du plan**. En effet, de manière logique, afin de voter le plan, les classes doivent être constituées. Le débiteur, doit donc anticiper les intentions de vote des créanciers, ainsi que les possibilités de plans concurrents qui pourront être proposés. La constitution des classes reste donc, dans cette limite, très délicate et **l'efficacité des stratégies d'adoption du plan très incertaine**. En effet, le débiteur se retrouve dans une situation **d'asymétrie d'information** en ce qu'il ne connaît pas tous les intérêts économiques ou non, allant *in fine* influencer le vote du créancier.

Par conséquent, si en droit états-unien, l'article 1122 du *Chapter 11* du Code américain des faillites prévoit que **le plan, lui-même, répartit les créanciers au sein de classes**, en réalité, c'est la proposition de plan qui effectue cette action, puisqu'autrement, le plan ne pourrait être voté. De même, **l'article 8 de la directive** prévoit que le plan de restructuration doit comporter la mention des classes dans lesquelles les créanciers affectés par le plan ont été réunis. Ainsi, **la constitution du plan et des classes doit être effectuée concomitamment** afin de déterminer quels sont les créanciers affectés, et de les classer dans le plan. Toutefois, cela devra être effectué avant le vote du plan, et avant de proposer le plan aux créanciers, même si des modifications pourront être apportées.

De plus, les stratégies conçues lors de la constitution des classes seront limitées par les règles permettant l'adoption du plan (nombre de classes minimal, intérêt d'avoir un nombre de classes impair afin d'obtenir une majorité de classes permettant un *cross-class cram-down*⁹⁷, intérêt de constituer un grand nombre de classes affectées afin que l'une d'entre elles vote le

⁹⁶ L'article 11, § 1, b) ii) prévoit toutefois que la France pourrait augmenter le nombre minimum de classes.

⁹⁷ V. article 11, § 1, (b) (i) de la proposition de directive.

plan, dans un objectif de *cross-class cram-down*, intérêt de limiter le nombre de classes au minimum nécessaire à la stratégie, afin de ne pas complexifier inutilement le vote du plan).

De surcroît, afin de prévenir les revendications portant sur la composition des classes de créanciers après le vote du plan, et donc de permettre au plan de devenir effectif au plus tôt, **l'article 9, § 3 de la proposition de directive** prévoit que les États-membres pourront mettre en place un **contrôle préalable de la régularité de la constitution des classes, en cas de demande de confirmation**⁹⁸.

⁹⁸ V. DAMMANN R., ROTARU V., Premières réflexions sur la transposition de la future directive sur les restructurations préventives, D. 2018, p.2195 et s.

Le principal enjeu de la répartition des créanciers selon des classes correspondant à la nature de leurs créances, ou subsidiairement, à la qualité du créancier permet tout d'abord de **définir les contours du piège** dans lequel les créanciers se verront pris.

En effet, **toute classification selon un critère particulier pourra se voir objecter un intérêt divergent** d'un autre créancier. L'objectif, lors de la transposition de la directive, sera de limiter la divergence d'intérêts dans les possibilités de constitution des classes de créanciers. Toutefois, **l'oppression de la majorité sur la minorité des créanciers ayant des intérêts divergents sera permise** par le mécanisme du *cram-down*. On ne peut que se réjouir de l'existence d'un tel mécanisme, en ce qu'il facilite la prise de décision. C'est d'ailleurs le mécanisme qui existe actuellement au sein des comités de créanciers, alors que l'article L. 626-30-2 al. 4 du Code de commerce prévoit que **la décision portant sur l'adoption du plan est prise par chaque comité, et ce, à la majorité des deux tiers du montant des créances** détenues par les membres ayant exprimé un vote. Ainsi, aujourd'hui, en droit français, le seul moyen pour le créancier non majoritaire de ne pas être écrasé par une majorité de créanciers lorsqu'il vote, reste de ne pas voter. Ce mécanisme du *cram-down*, bien connu des régimes démocratiques, reste un des moyens de prise de décision les plus efficaces. Cependant, l'accord entre les classes de créanciers peut être plus compliqué et afin de favoriser l'adoption du plan, **il peut être opportun d'instituer un mécanisme permettant son adoption, malgré l'opposition d'une ou plusieurs classes de créanciers**, et donc de la majorité de leurs créanciers. Une limite subsiste toutefois, en ce que le mécanisme du *cross-class cram-down* **ne doit pas être un moyen de porter une atteinte injustifiée à ces créanciers dissidents**.

SECONDE PARTIE : LA MISE EN PLACE DU *CROSS-CLASS CRAM-DOWN*

Le mécanisme du *cross-class cram-down*, ou de l'application forcée interclasse d'un plan de restructuration est censé permettre une **adoption plus facile et plus rapide des plans de restructuration**. Prévu à l'article 11 de la proposition de directive, le système est issu du droit américain, mais a déjà été repris au sein du système allemand (Titre I). Ce système d'adoption du plan prévoit que si toutes les classes affectées ne votent pas en faveur du plan, alors **une autorité judiciaire ou administrative pourra tout de même le confirmer**, sur demande du débiteur ou avec son accord, si une majorité de classes de créanciers a voté en faveur du plan. Toutefois, le mécanisme n'existe pas en droit français où il devra être créé de toute pièce (Titre II).

Titre I : Le *cross-class cram-down* à l'allemande et à l'américaine

Le *cross-class cram-down* a pour objectif de **faciliter l'adoption des plans de restructuration**. C'est un mécanisme **issu du droit américain, qui a été repris dans le droit allemand** (Chapitre I). Il permet de passer outre le rejet du plan par une minorité de classes de créanciers. En revanche, ce mécanisme ne pourra intervenir qu'à la condition que les créanciers n'ayant pas voté pour le plan **ne se retrouvent pas dans une moins bonne situation que celle qui aurait été la leur dans le cadre d'une liquidation judiciaire** (Chapitre II).

Chapitre I : L'origine du *cross-class cram-down*

Le mécanisme du *cross-class cram-down* est **issu du droit américain** (Section I), toutefois, il a été **reçu dans le droit allemand** (Section II). Ces deux droits ayant été source d'inspiration pour la directive, il semble presque évident que le mécanisme a trouvé sa place au sein de cette dernière.

Section I : Le *cross-class cram-down*, un mécanisme états-unien

Aux États-Unis, le droit reconnaît la **nécessité de permettre qu'il soit passé outre le vote de certaines classes de créanciers** (sous-section 1) à condition qu'il **respecte des conditions** imposées par le droit états-unien (sous-section 2).

1. La reconnaissance d'un nécessaire *cross-class cram-down*

Outre-Atlantique, le *cross-class cram-down* est directement **justifié** dans la mesure où il est **nécessaire en présence de classes de créanciers** (A) et a donc été **permis** (B).

A. La justification de la nécessité d'un cross-class cram-down

Le vote des créanciers selon des règles ne respectant pas l'unanimité doit permettre un **cram-down**, soit un vote sur le plan de restructuration qui ne soit pas effectué à l'unanimité mais à une moindre majorité. Toutefois, ce dernier peut être obtenu sans répartition des créances dans des classes de créanciers. La constitution de classes de créanciers répond à un autre objectif : le **cross-class cram-down**. En effet, si des classes de créanciers sont constituées, c'est dans l'unique dessein d'obtenir un vote des classes sur le plan, qui ne requiert pas l'unanimité des classes. Dans le cas contraire, la constitution de classes perdrait de son utilité.

Un auteur rappelle même qu'en présence d'exigence d'unanimité, **un seul créancier disposant d'une majorité dans l'une des classes pourrait empêcher l'adoption du vote** pour des raisons multiples qui **n'ont pas à être motivées et qui peuvent être antiéconomiques**⁹⁹ (hostilité envers un dirigeant, créancier développant une activité concurrente¹⁰⁰). Ainsi, en l'absence d'un vote à une majorité (autre que l'unanimité) permettant un *cross-class cram-down*, **la constitution de classes de créanciers complexifie l'adoption du plan de restructuration tout en limitant drastiquement ses possibilités d'adoption**.

C'est d'ailleurs la raison pour laquelle, le *cross-class cram-down* a été instauré aux États-Unis.

B. La possible confirmation du plan par le tribunal

Aux États-Unis, **l'article 1129 (b) du Chapter 11** du Code américain de la faillite instaure un *cross-class cram-down*. En effet, l'article prévoit que **le tribunal peut confirmer un plan** alors même que ce dernier n'a pas été accepté par toutes les classes de créanciers. De plus, **aucune majorité de classes** ayant voté en faveur du plan n'est imposée.

Pour que le tribunal puisse confirmer le plan, en allant à l'encontre d'une partie des votes, le plan doit avoir **respecté toutes les conditions précisées à l'article 1129 (a) du Chapter 11** du Code américain de la faillite, **exception faite du paragraphe 8**. Cette précision est des plus importantes, puisque le paragraphe 8 prévoit que le plan **ne peut être accepté uniquement lorsque chaque classe de créancier a voté en faveur du plan** de restructuration, tout en précisant **qu'une classe de créanciers qui n'est pas affectée par le plan est réputée avoir voté en faveur** de ce dernier. Ainsi, le tribunal peut imposer un plan qui n'aurait pas été adopté par toutes les classes de créanciers.

Toutefois, afin de confirmer un plan en passant outre l'absence de vote favorable de certaines classes de créanciers, le juge doit vérifier que certaines conditions sont effectivement remplies.

⁹⁹ V. HOUSSIN M., La subordination de créance – analyse de la subordination à l'épreuve de la procédure collective, thèse, 2017, préf. LUCAS F.-X., p. 222, n° 326.

¹⁰⁰ Toutefois, en droit français, l'article 9, § 1a (c) de la directive permettra d'exclure les créanciers en conflit d'intérêt (v. supra).

2. Les conditions du *cross-class cram-down*

Dans le but de confirmer l'adoption d'un plan, le système états-unien impose des **conditions générales** (A), ainsi que des conditions **liées à la faisabilité du plan** (B).

A. Les conditions générales d'adoption du plan

Afin de permettre un *cross-class cram-down*, nombre de conditions sont imposées à l'article 1129 du Code américain de la faillite, parmi lesquelles, une exigence de proposition du plan en toute **bonne foi, et dans le respect de la loi**¹⁰¹. De plus, l'article prévoit notamment une vérification par le tribunal du **caractère raisonnable de tous les paiements** effectués ou à effectuer¹⁰².

En outre, la réelle condition permettant un *cross-class cram-down* est celle prévoyant que s'il existe des classes de créanciers affectées, **au moins l'une d'entre elles doit avoir voté en faveur du plan**, sans que ne puissent être prise en considération les **classes « liées » au débiteur**¹⁰³ (par exemple, le dirigeant de la société¹⁰⁴). Ainsi, le tribunal peut reconnaître un *cross-class cram-down*, alors même qu'une seule classe de créanciers affectés aurait voté en faveur de ce dernier.

Cependant, une autre condition, qui n'est pas des moindres, s'impose. Il s'agit de la condition tenant à la faisabilité du plan de restructuration.

B. Les conditions de faisabilité du plan

Selon l'article 1129 du Code américain de la faillite, le tribunal doit prendre en considération des éléments évidents, tels que les **probabilités de succès du plan**, sans qu'un autre plan de restructuration ne soit nécessaire¹⁰⁵. En somme, le tribunal doit vérifier que la confirmation du plan **n'impliquera pas une future liquidation**, ou la nécessité d'adopter un autre plan de restructuration.

Cette condition de faisabilité du plan, du sérieux du plan, issue du droit américain, a d'ailleurs inspiré la directive européenne. En effet, cette dernière prévoit en son article 10, § 3 une obligation, pour les États-membres, de permettre aux autorités judiciaires ou administratives de refuser un plan s'il s'avère que ce dernier **n'aura pas de chances raisonnables d'éviter la cessation des paiements ou d'assurer la viabilité de l'activité du débiteur**.

¹⁰¹ V. l'article 1129, § a, (3) du code américain de la faillite.

¹⁰² V. l'article 1129, § a, (4) du code américain de la faillite.

¹⁰³ V. l'article 1129, § 10 du Code américain de la faillite.

¹⁰⁴ Le texte exclut le vote des « insider[s] », dont la liste est donnée à l'article 101, § 31 du Code américain de la faillite.

¹⁰⁵ V. l'article 1129, § 11 du Code américain de la faillite.

Cette condition devra aussi être transposée en droit français comme en droit allemand, puisque le droit allemand ne la reconnaît pas directement. Cependant, **outre-Rhin, le tribunal prend en considération les conséquences d'un possible échec du plan, sur la situation des créanciers**¹⁰⁶. Ainsi, il apparaît que le système de *cross-class cram-down* allemand diffère du système américain.

¹⁰⁶ V. DAMMANN R., L'introduction des classes de créanciers dans l'optique d'une harmonisation franco-allemande des procédures d'insolvabilité, Mélanges Claude WITZ, 2018, LexisNexis p.237.

Section II : L'appropriation du *cross-class cram-down* par le droit allemand

Tout d'abord, en droit allemand, les **conditions** permettant d'avoir accès à la possibilité d'effectuer un *cross-class cram-down* **diffèrent du droit américain** (sous-section 1). De plus, le droit allemand connaît une **exigence d'égalité de traitement des créanciers** afin de permettre un *cross-class cram-down* (sous-section 2).

1. Les spécificités germaniques de l'accès au cross-class cram-down

Le droit allemand permet l'accès au *cross-class cram-down*, uniquement si une **majorité simple des classes de créanciers a voté en faveur du plan** de restructuration (A), mais aussi, uniquement si le plan de restructuration prévoit que **les créanciers ne recevront pas un paiement supérieur au montant de leur créance** (B).

A. L'adoption du plan à une majorité simple

Contrairement au droit américain, le droit allemand prévoit que l'accès au *cross-class cram-down* ne peut être permis uniquement dans le cas où une **majorité simple des classes de créanciers** a voté en faveur du plan. Cette condition semble plus stricte que celle imposée en droit américain et requiert une **plus grande recherche dans la constitution des classes** de créanciers, en ce que le débiteur devra faire en sorte de constituer un nombre suffisant de classes étant favorables au plan, afin que ce dernier puisse être soumis au tribunal, dans le cadre d'un *cross-class cram-down*.

Dans les faits, au sein d'une même classe, une majorité des deux tiers des créanciers devra approuver le plan. Ces derniers devront représenter au minimum, la moitié des créances des créanciers votants¹⁰⁷. De plus, le plan devra **être approuvé par au moins la moitié des classes de créanciers**¹⁰⁸, **sans toutefois que ces dernières représentent la moitié des créances totales**, ce qui pourrait comporter un risque, surtout qu'en droit allemand, une classe au créancier unique est permise.

Une condition supplémentaire tient au fait que le plan ne doit pas prévoir une rupture d'égalité entre les créanciers.

B. Le respect du montant de la créance

Afin de permettre l'accès au *cross-class cram-down*, le tribunal doit vérifier les conditions du plan. Le *cross-class cram-down* permettant de passer outre le refus du vote du plan, de la part de créanciers dissidents, il devient alors primordial de **vérifier les intérêts de ces derniers**.

¹⁰⁷ V. l'article 244 InsO.

¹⁰⁸ V. l'article 245, (1), al. 3 InsO.

Ainsi, le tribunal doit vérifier que le plan **ne permettra pas à un quelconque créancier de percevoir une valeur économique supérieure au montant de sa créance**¹⁰⁹. Un auteur met donc en évidence qu'il faut veiller à ce que la créance soit complète et précise qu'*il convient d'actualiser les dividendes futurs devant être reçus au titre du plan*¹¹⁰. Cette première condition se comprend puisqu'en cas de procédure d'insolvabilité, il est plus qu'incertain que tous les créanciers pourront être désintéressés. Il est donc logique **que la proposition de directive l'ait reprise à son article 11, § 1, (ca)**.

Toutefois, aux fins de permettre un *cross-class cram-down*, d'autres conditions tenant au caractère équitable de la participation des créanciers sont imposées.

2. La condition de participation équitable

Le *cross-class cram-down* allemand est uniquement permis si les créanciers qui **n'auraient pas pu bénéficier d'une valeur économique en l'absence d'un plan ne se voient pas mieux traités** dans le cadre du plan (A) et si les créanciers sont **désintéressés selon leur rang initial** (B).

A. L'équité sur la répartition des valeurs économiques

L'article 245, (1) al. 2 InsO prévoit que le plan de restructuration ne pourra être accepté dans le cadre d'un *cross-class cram-down*, uniquement s'il permet que les créanciers parties au plan de restructuration **participent de manière équitable à la répartition de la valeur économique**.

Ainsi, en droit allemand, l'une des conditions d'acceptation du plan par le tribunal, en cas de *cross-class cram-down*, réside en ce que le créancier **qui, "en l'absence de plan de restructuration aurait été désintéressé après tous les autres créanciers"**¹¹¹ (soit le créancier subordonné) **ne peut bénéficier d'un quelconque désintéressement avant les créanciers d'un rang supérieur**¹¹². Toutefois, il faut noter que *"les créanciers munis de sûretés réelles ne sont pas considérés comme une classe avec rang (supérieur) au sens du § 245, alinéa 2, n° 2, InsO"*¹¹³.

De plus, cette condition est similaire pour les **débiteurs eux-mêmes ainsi que pour les associés**. Cette dernière se comprend en ce que le plan ne doit pas permettre à certains créanciers de tirer profit de la situation afin d'outrepasser les droits économiques des créanciers ayant, en l'absence de plan, droit à un désintéressement. Ainsi, la conservation de la subordination des créances doit être conservée par le plan, en vertu du concept de ***absolute priority rule***, qui est issu du droit américain, et qui est aussi repris dans la **directive à l'article 11, § 1, c)**, qui prévoit

¹⁰⁹ V. l'article 245, (2), al. 1 InsO.

¹¹⁰ V.DAMMANN R., L'introduction des classes de créanciers dans l'optique d'une harmonisation franco-allemande des procédures d'insolvabilité, Mélanges Claude WITZ, 2018, LexisNexis p.238.

¹¹¹ SCHULTZE et BRAUN, Insolvabilité et restructuration en Allemagne, annuaire 2017.

¹¹² V. l'article 245, (2), al. 2 InsO.

¹¹³ V.DAMMANN R., L'introduction des classes de créanciers dans l'optique d'une harmonisation franco-allemande des procédures d'insolvabilité, Mélanges Claude WITZ, 2018, LexisNexis p.238.

que les créanciers dissidents doivent être traités au moins aussi bien que les autres créanciers du même rang et **mieux que les créanciers juniors**. Cependant, **l'article 11, § 2 prévoit une exception permettant de désintéresser totalement les créanciers dissidents si le plan prévoit un désintéressement des créanciers plus juniors**.

L'objectif de la condition vise uniquement à vérifier l'équité du plan, notamment afin de protéger les créanciers dissidents.

B. L'équité dans le désintéressement par rang

Le juge allemand opère une vérification détaillée de la conservation de l'équité par le plan, en ce qu'il vérifie que **l'obligation de traitement identique entre les créanciers issus d'un même rang** a été respectée. Ainsi, aucun créancier qui, en l'absence de plan de restructuration aurait dû être désintéressé en même temps que certains créanciers d'un même rang, **ne pourra bénéficier d'un traitement plus favorable que les créanciers du rang auquel il appartient**.

On observe ainsi qu'une stricte égalité des créanciers est appliquée, ce qui peut être problématique en cas de volonté de modification des rangs par le plan, s'il existe une raison de **discriminer les créanciers d'un même rang entre eux**. Un auteur, précise donc que le système de la discrimination inéquitable pourrait être un système préférable¹¹⁴.

Cette règle de traitement équitable entre les créanciers d'un même rang a d'ailleurs été reprise par la directive, en son article 10, § 2, (aa), qui prévoit que les créanciers ayant **une communauté suffisante d'intérêts et que se trouvent dans une même classe sont traités de manière similaire, de manière proportionnée à leur créance**.

Malgré tout, cette règle est loin d'être la seule à avoir été reprise par la directive européenne, qui a aussi repris la condition de vérification du *best-interest-of-creditors test*, connue des droits allemand et états-unien.

¹¹⁴ V. DAMMANN R., op. cit. p. 240 : “discriminate unfairly”.

Chapitre II : Le *best-interest-of-creditors test*

En cas de validation judiciaire ou administrative du plan de restructuration, les créanciers dissidents pourront voir leur situation analysée contrefactuellement, elle sera comparée à la situation qui aurait été la leur en cas de liquidation judiciaire. En d'autres termes, **la dictature de la majorité ne doit pas permettre une atteinte au droit de propriété des créanciers dissidents** (Section I). Toutefois, ce test, qui permet aux créanciers dissidents de ne pas voir leurs intérêts lésés est un test qui comporte de nombreux **inconvéniens** à la liste desquels figure notamment le coût élevé qu'il représente. (Section II)

Section I : La justification du *best-interest-of-creditors test*

La directive reprend la condition du *best-interest-of-creditors test* afin de protéger les intérêts des créanciers dissidents en cas de *cross-class cram-down* (sous-section 1). Ainsi, il convient **d'étudier son application dans les pays où il est effectué** (sous-section 2).

1. La nécessaire reprise du *best-interest-of-creditors test* par la directive

Comprendre **les origines et le fonctionnement du *best-interest-of-creditors test*** (A) permet de mieux cerner **sa nécessité dans le cadre du *cross-class cram-down*** (B).

*A. Les origines du *best-interest-of-creditors test**

L'**article 2, § 1, 9)** de la proposition de directive définit le *best-interest-of-creditors test* comme le **moyen de ne pas placer les créanciers dans une plus mauvaise situation que celle qui aurait été la leur en cas de liquidation**, lors d'un fractionnement, d'une cession de l'activité, ou bien dans le scénario de la *second best alternative*, si le plan de restructuration n'avait pas été confirmé.

Ce test vise donc à **comparer deux situations**, celle dans laquelle le serait trouvé le créancier en cas de liquidation, et celle qui sera permise par le plan de restructuration, afin de vérifier que les créanciers ne se verront pas léser par le plan.

À l'origine, ce test est un test **créé en 1898 par le droit américain** afin de protéger les créanciers chirographaires. Ensuite, en 1978, ce dernier a été appliqué aux créanciers bénéficiant de sûretés¹¹⁵. Aujourd'hui, en droit américain, le *best-interest-of-creditors test* se retrouve à **l'article 1129, § 7, A, ii) du Code américain de la faillite**. Ce dernier prévoit qu'aux fins de **confirmation du plan**, le tribunal doit vérifier que les créanciers affectés par le plan de restructuration ne récupéreront pas moins dans le cadre du plan que ce qu'ils auraient récupéré ou conservé s'il y avait eu une liquidation du débiteur.

¹¹⁵ HICKS J., Foxes Guarding the Henhouse: *The Modern Best Interests of Creditors Test in Chapter 11 Reorganizations*, *Nevada Law Journal*, vol. 5, 2005, p. 820.

Ainsi, l'objectif du *best-interest-of-creditors test* est de **conserver les intérêts des créanciers, afin qu'ils ne soient pas lésés** par le plan. Ce test se comprend d'autant plus, en présence d'un *cross-class cram-down*.

B. La nécessité du best-interest-of-creditors test

La nécessité du *best-interest-of-creditors test* ne se comprend que par l'analyse économique et sociologique du droit. En effet, le plan de restructuration n'a d'intérêt que si les créanciers coopèrent et **créent une synergie** permettant d'augmenter la valeur des actifs, par rapport à la valeur qui aurait celle des actifs en cas de liquidation.

Dans une liquidation, le seul objectif des créanciers tient en leur désintéressement immédiat, pour un montant tendant vers le montant nominal de leur dette. Ainsi, alors que certains bénéficient d'un droit de rétention sur un bien meuble, et cherchent l'attribution judiciaire en pleine propriété de ce bien, d'autres possèdent une sûreté sur un bien meuble incorporel, par exemple.

Cependant, **la réunion des biens dans les mains du débiteur, augmenterait leur valeur totale**, comme c'est le cas pour les éléments du fonds de commerce, par exemple, qui une fois dissociés ont une valeur moindre. Ainsi, la logique du plan de restructuration est de permettre aux créanciers de s'associer, de **limiter les asymétries d'information** en contrant ainsi la théorie des jeux¹¹⁶, afin que la solution la plus rationnelle soit prise, pour permettre la conservation de la valeur maximale du débiteur, et même sa prise de valeur par la restructuration de son activité. Par conséquent, le **plan de restructuration est toujours censé offrir une meilleure situation aux créanciers**, par rapport à celle qui aurait été la leur en cas de liquidation.

Toutefois, dans le cadre du vote d'un plan de redressement, certains créanciers minoritaires sont écrasés et pourraient voir leurs droits de propriété bafoués. Ces derniers, comme dans une démocratie, ont "juridiquement tort" car ils sont "politiquement minoritaires"¹¹⁷. Ainsi, le *best-interest-of-creditors test* a été mis en place afin de **protéger les intérêts des créanciers dissidents**.

¹¹⁶ V. HOUSSIN M., La subordination de créance – analyse de la subordination à l'épreuve de la procédure collective, thèse, 2017, préf. LUCAS F.-X., p. 379, n° 602.

¹¹⁷ Propos d'André Laignel, dans un contexte politique.

2. Le fonctionnement du *best-interest-of-creditors test*

Le *best-interest-of-creditors test* est notamment utilisé aux États-Unis (A) et en Allemagne (B), sans toutefois fonctionner de manière similaire dans ces deux pays.

A. Le fonctionnement du *best-interest-of-creditors test* américain

Dans le système américain, le système du *best-interest-of-creditors test* est uniquement basé sur la **valeur liquidative** du débiteur. Ainsi, comme le prévoit l'article 1129, § 7, A, ii) du Code américain de la faillite, **aucun créancier ne doit recevoir moins, à l'issue du plan, que ce qu'il aurait perçu dans le cadre d'une liquidation prévue au chapitre 7** du Code américain de droit de la faillite. Pour permettre la vérification, **le débiteur prépare lui-même une déclaration** informative dans laquelle il analyse les restitutions qui auraient été celles des créanciers, dans le cas d'une liquidation de dernière minute. Ainsi, en droit américain, la déclaration est effectuée par le débiteur, lui-même, ce qui **la rend plutôt subjective** et ce qui **limite la reconnaissance du non-respect du *best-interest-of-creditors test***, puisque les plans sont proposés par le débiteur¹¹⁸.

Toutefois, le *best-interest-of-creditors test* allemand se détache sur certains points de son homologue états-unien.

B. Le fonctionnement du *best-interest-of-creditors test* allemand

Contrairement à ce qui est prévu en droit américain, le droit allemand fait **supporter au créancier qui se prévaut de l'absence de respect du *best-interest-of-creditors test*, la charge de la preuve**. Ainsi, ce dernier doit démontrer qu'il y a une probabilité qu'il se retrouve dans une situation moins favorable dans le cadre du plan que celle dans laquelle il se serait trouvé dans le cadre d'une liquidation, ou même (condition inexistante en droit américain) qu'en cas de cession de l'activité, si cette dernière avait été envisageable¹¹⁹. Le créancier produit un **rapport d'expertise**. Toutefois, le tribunal peut **nommer un expert judiciaire** afin de vérifier le *best-interest-of-creditors test*.

Cependant, si le test du *best-interest-of-creditors* révèle qu'un créancier aurait été mieux traité en cas de liquidation, il doit alors se voir **indemnisé au moyen d'un fonds de réserve** prévu par la restructuration, et si le montant du fonds est suffisant pour indemniser le créancier, alors, le tribunal homologuera le plan¹²⁰.

¹¹⁸ HICKS J., Foxes guarding the henhouse: the modern best interests of creditors test in chapter 11 reorganizations, Nevada Law Journal, 2005, p. 821.

¹¹⁹ V. DAMMANN R., op. cit. p. 240.

¹²⁰ V. l'article 251 al. 1 et 3 InsO.

Si en principe le *best-interest-of-creditors test* semble être un test nécessaire et permettant de rétablir une équité entre les créanciers, ce dernier comporte, en pratique, de nombreuses limites, qui laissent le doute planer sur sa réelle efficacité.

Section II : Les inconvénients d'un tel *best-interest-of-creditors test*

Si le *best-interest-of-creditors test* a un réel intérêt, en ce qu'il permet de protéger les intérêts des créanciers dissidents, ces derniers comportent de nombreuses limites, tenant tout d'abord à son **incertitude** (sous-section 1) et à son **coût** (sous-section 2).

1. Les méthodes approximatives d'appréciation de la valeur de l'entreprise

Deux méthodes peuvent être utilisées afin d'estimer la valeur de l'entreprise, il s'agit de la méthode de la **valeur liquidative** (A) et de la valeur **going concern** (B).

A. La valeur liquidative

La première méthode, utilisée aux États-Unis et en Allemagne, consiste à tenter d'établir une approximation de la valeur qui aurait été celle de l'entreprise en cas de liquidation. Cette analyse **recherche donc une valeur hypothétique**, puisque l'objectif réel n'est pas la liquidation. Ensuite, il faut tenter de rechercher **ce qu'un créancier précis aurait perçu** en cas de liquidation. Toutefois, cette recherche peut s'avérer être un abîme, puisque certaines **créances peuvent encore être douteuses**, lorsque le débiteur est en litige, par exemple.

Si, en pratique, il peut s'avérer impossible de trouver la valeur liquidative, en théorie, cette recherche n'est pas plus heureuse. La **valeur liquidative ne reflète pas réellement la valeur de l'entreprise**, et pour cause, elle suppose l'arrêt de toute l'activité. Choisir la valeur liquidative, c'est choisir de récupérer la valeur d'un champ de blé, moissonné avant que le blé ne soit mûr ! Un auteur précise ainsi, qu'un *best-interest-of-creditors test* effectué en prenant compte la valeur liquidative de l'entreprise « *exigera d'exclure [...] tout contrat de location et les profits qui peuvent en être tirés* » en y ajoutant les dommages et intérêts à verser au bailleur¹²¹. Ainsi, **la valeur liquidative se trouve en deçà de la valeur réelle du débiteur**. Le *best-interest-of-creditors test* se trouve donc biaisé, en faveur d'une confirmation du plan de restructuration. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le droit allemand, admet une marge **d'incertitude de 50 % dans son évaluation du *best-interest-of-creditors test***¹²².

La méthode de la valorisation *going concern* pourrait donc se voir reconnaître un intérêt afin de limiter le biais tendant à sous-estimer la valeur du débiteur.

¹²¹ V. HOUSSIN M., La subordination de créance – analyse de la subordination à l'épreuve de la procédure collective, thèse, 2017, préf. LUCAS F.-X., p. 379, n° 605.

¹²² DAMMANN R., L'introduction des classes de créanciers dans l'optique d'une harmonisation franco-allemande des procédures d'insolvabilité, Mélanges Claude WITZ, 2018, LexisNexis p.236, citant : MüKo-InsO (DRUKARCZYK), 3e éd. 2014., § 245, nos 42 et s.

B. La valeur going concern

La valeur *going concern*, ou de **continuité d'exploitation**, permet d'évaluer la valeur du champ de blé qui est en train de murir, sans toutefois le couper avant qu'il ait atteint le niveau d'humidité adéquat. C'est la méthode d'évaluation qui semble être plébiscitée par la proposition de directive, puisqu'elle prévoit, à son considérant n° 27, la **possibilité de prendre en compte la cession de l'entreprise, et non plus, uniquement la liquidation** de cette dernière afin d'établir une approximation de sa valeur. Ainsi, l'inconvénient tenant à la diminution de la valeur du débiteur en cas de liquidation serait en partie, du moins, écarté.

Dans ce contexte, il peut être considéré que le *best-interest-of-creditors test* pourrait devenir efficient. Cependant, selon un auteur¹²³, il faudrait s'en affranchir. En effet, ce système n'est pas un système fiable. Selon le même auteur, en tout état de cause, **l'estimation de la valeur du débiteur n'est qu'approximative**, preuve à l'appui, ce dernier met en avant une étude précisant qu'une **différence d'au moins 10% entre les valorisations de différents experts est inévitable**. Enfin, il rassemble de nombreux avis de juges considérant que la valorisation serait un « *exercice de devinette entre gens instruits* »¹²⁴, et qu'elles ne valent « *pas plus que l'observation d'une boule de cristal* »¹²⁵.

Si le système du *best-interest-of-creditors test* est incertain, il constitue, de plus, un système coûteux.

¹²³ HOUSSIN M., *op. cit.*, p. 382, n° 606.

¹²⁴ Il cite d'ailleurs « Dans la version originale, « *an exercise of educated guesswork* » (traduction libre) : In re Mirant Corp., 334 B.R. 800, 848 (Bankr. N.D. Tex. 2005) », HOUSSIN M., Le test du respect des intérêts des créanciers ou « *best interest test* », RPC n° 4, Juil. 2018, étude 19.

¹²⁵ HOUSSIN M., *op. cit.* : « bid. ; dans la version originale, « *not much more than crystal ball gazing* » (traduction libre) ».

2. Le coût du système du *best-interest-of-creditors test*

Au-delà d'être sous-performant, puisqu'approximatif, le *best-interest-of-creditors test* se trouve être un test très coûteux **pour le débiteur, et donc, pour les créanciers (A)**, ainsi que politiquement, **pour la logique politique française de protection des entreprises (B)**.

A. Le coût de l'analyse

Le *best-interest-of-creditors test* requiert une évaluation de l'entreprise du débiteur par un expert. En Allemagne, et suivant ce qui est prévu dans la proposition de directive, la preuve du non-respect du *best-interest-of-creditors test* doit être **apportée par le créancier**. Ainsi, le créancier supporte les coûts de l'expertise.

Toutefois, le Code de droit américain de la faillite prévoit que la **recherche de la conservation des intérêts des créanciers doit être effectuée par le débiteur lui-même**¹²⁶. Ainsi, le coût de l'analyse est porté par le débiteur lui-même, et **diminue d'autant le montant de son actif**, à cela ajouté le fait que, contrairement au droit allemand, le test doit systématiquement être effectué.

De plus, la vérification du *best-interest-of-creditors test*, implique la comparaison de deux situations encore hypothétiques pour lesquelles une valeur doit être estimée, ce qui ne fait que **rallonger la durée de la procédure**, et ce qui implique de nouveau un coût pour le débiteur, qui risque de voir sa procédure ralentie¹²⁷. Malgré tout, la proposition de directive reconnaît le *best-interest-of-creditors test* et imposera son respect aux États-membres en cas de confirmation judiciaire du plan de restructuration, du moins¹²⁸.

En outre, au-delà du coût qu'il implique pour le débiteur, le *best-interest-of-creditors test* implique un changement dans la politique qui influence la logique des procédures collectives françaises.

¹²⁶ Par exemple, dans *In re Draiman*, 450 B.R. 777 (Bkrtcy.N.D.Ill. 2011), le débiteur n'a pas prouvé que les créanciers affectés par le plan recevraient au moins autant dans le cadre du plan que s'il y avait eu une liquidation. Ainsi, le plan n'a pu être confirmé.

¹²⁷ HOUSSIN M., Le test du respect des intérêts des créanciers ou « *best interest test* », RPC n° 4, Juil. 2018, étude 19.

¹²⁸ V. l'article 10, § 1 et 2 (b) de la proposition de directive.

B. Le coût politique de la conservation des intérêts des créanciers

Un auteur met en évidence le fait que l'introduction du *best-interest-of-creditors test* en droit français, qui sera imposé par la directive, aura pour effet de poursuivre le changement d'équilibre du droit des procédures collectives français, initié par l'ordonnance du 12 mars 2014¹²⁹.

En effet, le *best-interest-of-creditors test* est un test ayant pour **unique objectif de favoriser les intérêts des créanciers**, et en particulier ceux des créanciers dissidents, et donc minoritaires. D'origine américaine, ce test ne suit pas la même logique que le droit des procédures collectives françaises - protégeant traditionnellement le débiteur - notamment issu de la loi du 25 janvier 1985, prévoyant que **l'objectif principal du droit des procédures collectives n'est plus l'apurement du passif, mais le maintien de l'emploi et la sauvegarde de l'entreprise**, et reléguant ainsi les créanciers au second plan.

Ainsi, le législateur français se verra obligé de réviser l'équilibre qu'il avait institué dans son droit des procédures collectives, puisque la directive européenne **impose l'instauration d'un *best-interest-of-creditors test*, à son article 10, § 2 (b).**

La directive impose à la France de transposer le mécanisme du *cross-class cram-down* et donc du *best-interest-of-creditors test* issu du droit américain, et repris notamment en droit allemand. La France, qui ne permet pas encore un tel mécanisme, est supposée être une nation accordant de l'importance au **principe d'égalité** figurant notamment dans sa devise, qui a été constitutionnalisée¹³⁰. Toutefois, ce principe doit être relativisé, puisque l'égalité de traitement suppose une égalité de situation. Ainsi, rien ne semble s'opposer à la transposition du mécanisme de *cross-class cram-down* en droit français.

¹²⁹ HOUSSIN M., Le test du respect des intérêts des créanciers ou « best interest test », RPC n° 4, Juil. 2018, étude 19.

¹³⁰ Article 2 de la Constitution de la Ve République du 4 octobre 1958.

Titre II : L'introduction du *cross-class cram-down* en France

En principe, en France, les individus et donc, les créanciers, doivent être traités de manière égalitaire. Il est généralement considéré que l'article 2285 du Code civil instaure ce **principe d'égalité entre créanciers**. (Chapitre I). Néanmoins, la création de classes de créanciers, telle que prévue par la directive viendra rompre avec ce principe d'égalité, en ce qu'elle rendra possible une différenciation des créanciers afin de les catégoriser. Ainsi, la catégorisation permettra, en France, de départir les créanciers selon leurs différences afin de pouvoir, à terme, faciliter l'adoption des plans de restructuration, en permettant de **passer outre l'absence d'acceptation du plan par une minorité de classes de créanciers**, comme le requiert la proposition de directive. (Chapitre II).

Chapitre I : La règle originelle d'égalité de traitement des créanciers

En droit français, il est primitivement considéré que les créanciers doivent être **égaux** dans la distribution des biens du débiteur, qui constituent le « *gage commun de ses créanciers* ». Toutefois, l'article 2285 du Code civil prévoit la possibilité de traiter différemment les créanciers en présence de « *causes légitimes de préférence* ». Ainsi, seuls les créanciers placés dans des situations similaires doivent être traités de manière strictement égalitaire (Section I). Cette condition permet alors une compartimentation des créanciers, ce qui permet de **justifier une différence de traitement** entre ces derniers, et ainsi de **permettre un système de *cross-class cram-down*** (Section II).

Section I : L'égalité de traitement des créanciers

Le principe d'égalité des créanciers impose en premier lieu leur **égalité de traitement** (paragraphe 1), toutefois, cette dernière est limitée lorsqu'il peut être justifié que les créanciers se trouvent dans une **situation différente, justifiant une différence de traitement** (paragraphe 2).

1. La stricte égalité des créanciers placés dans une situation similaire

L'hypothèse de la stricte égalité de tous les créanciers a été écartée (A), en faveur de la reconnaissance d'une égalité des créanciers placés dans des situations similaires (B).

A. L'absence d'une stricte égalité entre les créanciers

L'article 2285 du Code civil prévoit que « *les biens du débiteur sont le gage commun des créanciers ; et le prix s'en distribue entre eux par contribution [...]* ». Ainsi, le droit français reconnaît précisément l'égalité entre les créanciers, après avoir reconnu l'égalité entre les individus, en général¹³¹. Toutefois, un auteur¹³² met en évidence, que la seule égalité existante entre les créanciers, serait l'égalité devant la loi¹³³.

En effet, l'article 2285 du Code civil, lui-même, porte atteinte au concept selon lequel il existerait une égalité entre les créanciers alors qu'il permet une **exception permettant de différencier des créanciers chirographaires et garantis**¹³⁴ (voir supra).

Ainsi, il apparaît que seuls les créanciers placés dans une situation exactement similaire pourront réclamer une égalité de traitement, puisqu'aucune cause de préférence ne pourrait être justifiée. Cela, d'autant plus, que la consultation individuelle des créanciers sera supprimée et qu'ils seront regroupés dans des classes de créanciers.

B. L'égalité des créanciers placés dans la même classe

À ce titre, il apparaît que l'article 1123 (a) (4) du Chapitre 11 du Code américain de la faillite prévoit que dans le respect des règles applicables en dehors du droit de la faillite, le plan de réorganisation doit prévoir le **même traitement pour toutes les créances ou intérêts réunis dans une même classe de créanciers**. L'article prévoit toutefois une exception, si le détenteur d'une telle créance ou intérêt, **accepte** de se voir moins bien traité. Cette règle se comprend par la nécessité de respecter l'égalité entre les créanciers placés dans la même situation. Ainsi, un principe d'égalité, certes relatif, est imposé entre les créanciers. Cela justifie un traitement *pari passu* de leurs créances.

En effet, une classe de créanciers est supposée avoir été créée de manière objective en fonction des attributs des créances. Par conséquent, traiter de manière non-uniforme les différentes

¹³¹ V. par exemple, l'article 1^{er} de la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 : « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune.

¹³² HOUSSIN M., La subordination de créance – analyse de la subordination à l'épreuve de la procédure collective, thèse, 2017, préf. LUCAS F.-X, p. 355, n° 566.

¹³³ Protégée par l'article 1^{er} de la Constitution de la Ve République du 4 octobre 1958 : « La France [...] assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens [...].

¹³⁴ V. l'article 2285 du Code civil : « à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence ».

créances constituant une classe reviendrait à **admettre une classification défectueuse**. C'est la raison pour laquelle la proposition de directive, qui prévoit aussi la création de classes de créancier, prévoit à son **article 10, § 2, (aa) un traitement égalitaire des créanciers d'une même classe, en proportion de leur créance**.

Sur ce point, la transposition de la directive ne viendra pas modifier drastiquement le droit français, puisqu'il permet aujourd'hui de **prévoir un traitement différencié entre les différents comités de créanciers uniquement**¹³⁵, tout en protégeant l'égalité de traitement des créanciers placés dans la même classe.

¹³⁵ V. l'article L. 626-30-2 al. 3 du Code de commerce : « Chaque projet peut établir un traitement différencié entre les créanciers si les différences de situation le justifient ».

2. L'absence de discrimination en cas de différenciation des situations

La proposition de directive permettra de différencier le **traitement des créanciers** (A), tout en imposant un **strict respect de leurs intérêts** (B).

A. La possible différence de traitement

Aujourd'hui, le droit français permet donc de différencier le traitement des créanciers, à l'unique condition que des « *différences de situation le justifient* »¹³⁶. Demain, la transposition de la directive permettra de conserver la différenciation des mesures, à l'unique **condition que les créanciers ayant une communauté d'intérêts suffisante, et réunis dans la même classe, soient traités de manière équivalente**¹³⁷.

Ainsi, le droit français, pourrait placer les créanciers dans des classes différentes afin de leur imposer un traitement différencié. Les comités de créanciers ne pouvant être conservés, des créanciers bancaires anciennement réunis au sein du comité des établissements de crédit et assimilés, seront réunis dans des classes différentes, selon une communauté d'intérêts objectivement vérifiable, qui pourrait résulter de **sûretés** dont ils bénéficient. Cette solution qui devra être adoptée en droit français, aura pour objectif de mettre un terme à la pratique actuelle qui consiste à traiter des créances de nature différente (garanties ou non-garanties) de la même manière, en créant ainsi une **discrimination indirecte**. Afin de prendre encore plus en compte les situations différentes et les capacités des différents groupes de créanciers, il semble donc opportun que la possibilité de traitement différencié soit possible, grâce à la classification.

De plus, permettre une inégalité de traitement des différents créanciers, rendrait possible le traitement des **créanciers obligataires, issus de différentes émissions**, dans des classes distinctes afin de leur appliquer un traitement différencié selon leurs droits. Or, une telle classification ne peut être effectuée aujourd'hui, puisque les créanciers obligataires doivent être réunis au sein de **l'assemblée générale unique des obligataires**. Toutefois, « *le projet de plan peut [déjà] établir un traitement différencié entre les créanciers obligataires si les différences de situation le justifient* » puisque cela est expressément prévu à l'article **L. 626-32 du Code de commerce**¹³⁸.

Cependant, d'autres créanciers comme les créanciers bénéficiaires d'une **fiducie-sûreté**, pourraient, grâce à la transposition de la directive, faire l'objet d'un traitement à part, au sein

¹³⁶ V. l'article L. 626-30-2 du Code de commerce précité.

¹³⁷ V. l'article 10, § 2, (aa) de la proposition de directive : "*with sufficient commonality of interest in the same class are equally treated*".

¹³⁸ DAUDIER DE CASSINI J.-D., NOURY A.-S., Obligataires et procédures collectives, Bull. Joly 2009. 1123, spec. 1127.

d'une classe, ce qui est actuellement impossible puisque ces créanciers sont exclus des comités en vertu de l'article **L. 626-30 alinéa 4** du Code de commerce¹³⁹.

Toutefois, la différence de traitement ne doit pas impliquer de discrimination, raison pour laquelle la directive prévoit un contrôle judiciaire ou administratif.

B. La validation par le juge

La proposition de directive, prévoit à son article 9, § 3, la possibilité de **confirmation du plan par une autorité judiciaire ou administrative** lorsque qu'une demande de confirmation du plan de restructuration est formulée. Une telle demande de confirmation fait référence au *cross-class cram-down*.

De même, l'**article 10, § 1** de la directive prévoit que certains plans soit, les **plans affectant les créances de créanciers s'opposant au plan**¹⁴⁰, les plans introduisant un **financement nouveau**¹⁴¹, et les plans impliquant un **licenciement de plus d'un quart des salariés**¹⁴² devront être confirmés par le juge, même lorsqu'ils auront été votés par l'unanimité des classes de créanciers.

A cette fin, l'**article 8** de la directive précise les **modalités** que devront comporter les plans pour être confirmés par le juge. Ces dernières restent cependant les mêmes que celles requises pour une adoption du plan en vertu de l'article 9 de la directive soit, par un simple vote de la majorité des créanciers validant le plan. De plus, le contrôle devra vérifier les conditions de confirmation du plan prévues en cas de *cross-class cram-down*, notamment par les **articles 10 et 11** de la directive (voir infra).

Néanmoins, l'**article 9, § 3, alinéa 2** offre une option à la France, qui lui permettrait de prévoir **l'examen et la confirmation précoce des droits de vote ainsi que validation de la constitution des classes de créanciers** par une autorité judiciaire ou administrative.

Il semble que la France devrait se saisir de cette option et la transposer, **permettant ainsi au juge commissaire de se positionner** sur la constitution des classes de créanciers antérieurement à leur vote. Le juge commissaire aurait ainsi un droit de regard sur la constitution des classes de créanciers opérée par l'administrateur, de manière systématique. Une telle transposition aurait pour effet d'introduire une plus grande **sécurité dans l'adoption du plan**, la constitution des classes de créanciers ne pouvant être contestée par la suite. Toutefois, une obligation de vérification des droits de vote et de la constitution des classes empêcherait une possibilité, de non-respect des conditions prévues aux articles 10 et 11 de la directive. En effet, si le plan est voté à l'unanimité, une discrimination, par exemple, reste possible. De plus, une vérification

¹³⁹ DAMMANN R., PODEUR G., Les enjeux de la réforme des comités de créancier, La semaine juridique entreprises et affaires n°47, 19 novembre 2009.

¹⁴⁰ Article 10, § 1 (a) de la directive.

¹⁴¹ Article 10, § 1 (b) de la directive.

¹⁴² Article 10, § 1 (c) de la directive.

préalable au vote impliquerait un délai certain, et si elle devenait systématique, constituerait un coût certain pour la justice.

Dans certains cas, le juge-commissaire pourrait toutefois vérifier de manière précoce, non pas qu'une stricte égalité des créanciers a été respectée, mais que les classes ont été constituées sur la base de **critères objectifs et qu'aucune discrimination injustifiée n'a été permise par la constitution des classes**, en ce que, notamment, aucun créancier dissident ne verra ses intérêts plus lésés par le plan comparativement à la situation qui aurait été la sienne, dans le cas d'une liquidation, lors d'un fractionnement, d'une cession de l'activité, ou bien dans le scénario de la *second best alternative*, si le plan de restructuration n'avait pas été confirmé¹⁴³.

¹⁴³ Article 10, § 2, (b) de la directive : “*where there are dissenting creditors, the restructuring plan complies with the best-interest-of-creditors test*” ; Article 2, § 1, 9) de la directive définissant le *best-interest-of-creditors test*.

Section II : Le cross-class cram-down français résultant de la future création de classes de créanciers

En France comme ailleurs, la catégorisation des créanciers selon des classes homogènes afin de les faire voter, a pour objectif d'adopter un **système de cross-class cram-down** (sous-section 1). Si ce dernier impliquera un grand changement du droit français, il semble qu'il soit le **bienvenu dans ce système juridique** (sous-section 2).

1. La création de classes de créanciers, l'ouverture à un cross-class cram-down

Si les créanciers sont déjà catégorisés en droit français, la classification des créanciers permettra la création d'un *cross-class cram-down*. La directive permettra, en effet, ce *cross-class cram-down* car **la logique des classes diffère de celle connue par les comités du droit français** (A) et la constitution de réelles classes devra respecter les **objectifs de la directive**, permettant ce mécanisme (B).

A. L'ouverture à un cross-class cram-down français

Comme dans les autres systèmes juridiques, la classification des créanciers dans le cadre du vote du plan a vocation à permettre le *cross-class cram-down* soit, qu'il puisse être non seulement passé outre le vote contre le plan de la minorité des créanciers au sein d'une classe, mais qu'il puisse aussi être **passé outre le vote des classes ayant voté contre le plan de restructuration, si elles sont minoritaires** (voir supra).

Aujourd'hui, le droit français connaît déjà une certaine classification de certains créanciers dans des comités. En revanche, le système français ne permet pas de *cross-class cram-down* par le biais de ces comités, puisque les comités de créanciers n'ont pas vocation à voter un plan de restructuration. En effet, les comités de créanciers ont été constitués aux fins de « *permettre aux créanciers de se positionner sur les éventuels abandons de créance et délais qu'ils entendent consentir dans le cadre du plan, et qui conditionneront le montant et le moment des dividendes du plan qu'ils percevront*¹⁴⁴ ». Ainsi, la logique n'est pas la même puisque les comités ne cherchent pas à voter un plan mais uniquement à appliquer certaines décisions à une classe de créanciers.

Au contraire, la création de réelles classes de créanciers votant sur le plan dans sa globalité aura pour vocation de permettre un *cross-class cram-down*.

¹⁴⁴ LE CORRE P.-M., Droit et pratique des procédures collectives, Dalloz Action, 10e édition, 2019/2020, p. 1362.

B. Les objectifs de la création d'un *cross-class cram-down*

La directive impose l'instauration d'un *cross-class cram-down* aux fins de faciliter l'adoption du plan de restructuration et de permettre **d'éviter qu'un créancier dissident ne puisse « monnayer sa valeur de nuisance »**¹⁴⁵. De plus la directive a pour objet de **favoriser l'adoption d'un accord** grâce à une suspension des poursuites qui ne doit cependant pas trop affecter les droits des débiteurs. Le tout, limité dans une période de **quatre mois**. Ainsi, le *cross-class cram-down* semble aussi pouvoir permettre une **accélération de la procédure**, puisque l'unanimité ne sera pas requise sur le plan, de plus grandes négociations ne seront pas requises puisque le plan pourra même être adopté en cas de désaccord d'une classe entière. Toutefois, en présence d'une probabilité d'adoption d'un accord de restructuration à la majorité, le délai pourra être allongé, afin de permettre l'adoption d'un meilleur plan, tant pour le débiteur que pour les créanciers.

Si le *cross-class cram-down* a pour objectif de permettre une adoption plus facile et rapide du plan, il pourrait cependant, parfois être nécessaire d'obtenir une prorogation du délai afin de parvenir à un accord unanime des classes, permettant d'éviter le contrôle spécifique de l'article 11 de la directive.

De plus, il apparaît que le *cross-class cram-down*, système qui vise à instaurer un système permettant de passer outre le vote de classes entières, semble le bienvenu en droit français.

¹⁴⁵ DAMMANN R., BOCHÉ-ROBINET M., Transposition du projet de directive sur l'harmonisation des procédures de restructuration préventive en Europe, D. 2017, p. 1364

2. *Un cross-class cram-down bienvenu en droit français*

Le droit français **permet déjà d'imposer les prémisses de certaines décisions qui pourront être imposées grâce au *cross-class cram-down*** (A) et connaît déjà l'obligation, pour le débiteur d'être accompagné par un **professionnel de la restructuration**, ce qui facilitera la transposition du *cross-class cram-down* en droit français (B).

A. Les prémisses françaises du cross-class cram-down

Le droit français ne sera pas réfractaire à l'instauration d'un *cross-class cram-down*. En effet, s'il ne connaît pas encore un tel système, il **permet déjà de passer outre les décisions pouvant être apportées par certains groupes de créanciers**, afin de favoriser le plan de restructuration.

Par exemple, le droit français, à l'article **L. 626-30-2, al. 4 du Code de commerce** prévoit une possibilité, pour l'administrateur judiciaire de moduler les droits de vote de certains créanciers (voir supra). Ainsi, le droit français prévoit déjà la possibilité de différencier le traitement de certains créanciers. Toutefois, la directive requiert de séparer les différents types de créanciers dans des classes distinctes, et donc **d'aller au-delà d'une simple modulation du droit de vote** puisque toute une classe de créanciers non réellement intéressés par le plan, pourra voir se voir écrasée par la biais du mécanisme de *cross-class cram-down*.

De même, alors qu'en droit français, l'article **L. 631-9-1 du Code de commerce** offre une possibilité, en cas de redressement judiciaire, de neutraliser les actionnaires réfractaires au plan, et de permettre à un mandataire de voter sur la reconstitution du capital "*à la place du ou des associés ou actionnaires opposants lorsque le projet de plan prévoit une modification du capital en faveur d'une ou plusieurs personnes qui s'engagent à exécuter le plan*". De même, la directive prévoit la possibilité de passer outre le vote des associés ou actionnaires afin d'adopter un plan. Des conversions de créances en capital, ou, *debt-to-equity-swaps*, pourront ainsi être rendus possibles, sans l'accord des associés. Ainsi, l'article L. 631-9-1 du Code de commerce ne pourra s'inscrire que dans la même logique que la directive, visant à favoriser l'adoption du plan, et ce **dernier dépasse même de loin les attentes** de cette dernière aux fins de poursuivre son objectif.

En outre, la directive a pour objectifs de favoriser la présence de praticiens de l'insolvabilité, ce que le droit français impose déjà.

B. La présence d'un professionnel de la restructuration

L'article 5, § 3 de la directive prévoit une obligation pour les États-membres de désigner un praticien de l'insolvabilité aux fins de négocier et de rédiger le plan de restructuration. Toutefois, cette obligation est limitée à des cas précis. Par exemple, une telle obligation est présente lorsqu'une **suspension individuelle des poursuites** est accordée au débiteur et que l'autorité administrative ou judiciaire juge que l'intervention d'un tel praticien est nécessaire afin de préserver les intérêts des parties, ou sur **demande du débiteur ou d'une majorité de créanciers**, ou encore dans le cadre d'une adoption du plan par *cross-class cram-down*.

Il semble donc que le droit français se trouve déjà en conformité avec les exigences de la directive puisque l'article L. 611-6 du Code de commerce prévoit que le président du tribunal désigne un conciliateur et que l'article L. 631-12 du Code de commerce dispose que dans le cadre du redressement judiciaire, le tribunal fixe la mission des administrateurs judiciaires, qui seront **chargés d'assister le débiteur** "pour tous les actes relatifs à la gestion ou certains d'entre eux" ou bien même d'administrer "seuls ou en partie l'administration de l'entreprise". La mission des administrateurs pourrait cependant être modifiée aux fins de prendre plus en compte les intérêts des créanciers.

De plus, le droit français devrait, en principe, **faire porter les coûts que représentent la nomination d'un administrateur, sur les créanciers** lorsque ceux-ci demandent la désignation d'un administrateur. En pratique, il semble **peu probable que la directive puisse être transposée à la lettre sur ce point**, puisque cela reviendrait à remettre en cause toute la logique du système français, dans lequel un administrateur est souvent désigné.

Quoiqu'il en soit, en présence de *cross-class cram-down*, un administrateur doit impérativement être désigné, mais ce n'est pas la seule obligation de transposition qui est faite au législateur français afin de créer un régime spécifique protecteur des intérêts des créanciers et du débiteur, en cas de *cross-class cram-down*.

Chapitre II : Les possibilités de transposition du mécanisme de cross-class cram-down en droit français

À l'heure actuelle, le droit français ne connaît pas de principe permettant à une majorité de classes de créanciers d'imposer leur plan de restructuration aux autres classes. Bien au contraire, le droit français permet à un comité qui n'est même uniquement considéré comme un « quasi-comité » de disposer d'un droit de veto s'agissant de l'adoption du plan¹⁴⁶. En effet, le tribunal ne peut statuer sur le projet de plan, uniquement si l'assemblée générale des obligataires l'a adopté¹⁴⁷. Toutefois, ce système ne facilite pas l'adoption du plan et mériterait d'être complété d'un mécanisme permettant de **passer outre la décision des classes de créanciers ayant adopté une position minoritaire dissidente**. (Section I). Cela permettrait de **rationaliser** les demandes des classes. La proposition de directive connaît un tel système. Cependant, elle impose en outre, la **vérification du maintien des intérêts des créanciers dissidents** (Section II).

Section I : Les conditions imposées par le mécanisme de cross-class cram-down européen

Il apparaît que le *cross-class cram-down* est un mécanisme pouvant être mis en place en l'absence de consensus de la totalité des classes de créanciers sur le plan de restructuration. Toutefois, **l'accès à ce mécanisme doit satisfaire certaines conditions** (sous-section 1), tout comme sa **mise en œuvre** (sous-section 2).

1. Les conditions d'accès au cross-class cram-down

La mise en œuvre du mécanisme du *cross-class cram-down* est conditionnée à la **demande de confirmation du plan** (A) et à son **acceptation par un nombre minimum de classes de créanciers affectés** par le plan de restructuration (B).

A. La condition de demande de confirmation du plan

L'**article 11 de la directive** prévoit une possibilité de confirmation du plan de restructuration par une **autorité judiciaire ou administrative**, même en l'absence de vote en faveur de ce plan, de la part de l'unanimité des classes de créanciers, conformément au vote prévu à l'article 9, § 4 de la directive (voir supra). Au regard du système français, il semble grandement justifiable et probable que la transposition opte pour une confirmation effectuée par le **tribunal de commerce**, et en son sein, par le juge-commissaire.

¹⁴⁶ V. MARCHAL-GRALITZER C., Le traitement de la dette obligataire, Brève évolution du droit des obligataires en procédure collective de 1935 à nos jours, IMODEV Journals Homepage, Vol 1 (2017).

¹⁴⁷ V. l'article L. 626-31 du Code de commerce.

Selon l'**article 11, § 1** de la directive, le juge ne pourra confirmer le plan de restructuration uniquement sur **demande du débiteur ou avec son accord**. Il semble qu'en droit français, l'accord du débiteur pourra être donné par le dirigeant ou assimilé¹⁴⁸. Un plan qui sera voté par les créanciers, sans unanimité des classes de créanciers ne pourra être adopté sans l'accord du débiteur lui-même. Ainsi, **un semblant d'équilibre est rétabli**, le débiteur retrouve un rôle à jouer dans sa propre restructuration. Toutefois, ce rôle minime ne pourra intervenir qu'en présence d'une validation *a minima* du plan par les créanciers (voir supra). Si le vote a eu lieu sur le plan proposé par le débiteur, cette solution offre une seconde chance au débiteur d'obtenir la validation du plan. Si le plan avait été initialement proposé par des créanciers, la possibilité de demande de confirmation du plan est néanmoins retenue dans les mains du débiteur qui peut l'exercer ou non.

De plus, il faut noter qu'une **option** reste ouverte pour la France qui pourrait considérer que **la condition d'obtention du seul consentement du débiteur n'est possible uniquement pour les petites et moyennes entreprises**¹⁴⁹. Cette option permettant d'exclure le bénéfice du simple consentement à la demande de confirmation du plan pour les grandes entreprises, semble se justifier par la plus grande nécessité des petites entreprises de se faire accompagner dans la compréhension des mécanismes et dans leur mise en œuvre.

Toutefois, le *cross-class cram-down* reste un mécanisme conditionné au vote des créanciers, en faveur du plan.

¹⁴⁸ Cela se justifie puisque, par exemple, « Le directoire et investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société. » selon l'article L. 225-64 du Code de commerce ; le considérant 28 de la directive prévoit que le conseil d'administration ou une certaine majorité d'actionnaires ou détenteurs de capital pourraient, en fonction du droit national, donner le consentement pour le débiteur.

¹⁴⁹ Article 11, § 1, alinéa 7.

B. La condition de vote des créanciers en faveur du plan

Pour qu'il soit passé outre la désapprobation du plan par les créanciers, l'article 11, § 1, (b), (i) de la directive prévoit qu'une majorité des classes de créanciers affectés par le plan doivent avoir voté en faveur de ce dernier. Ainsi, **75 % des classes de créanciers** (si le seuil de majorité maximum est retenu lors de la transposition de la directive¹⁵⁰) **devront avoir voté en faveur du plan**, soit 56,25 % de la totalité des créanciers, puisque dans chaque classe, 75 % des créanciers devront valider le plan. De plus, une majorité différente pourra être adoptée au cours de la transposition et une majorité en nombre de créances (la moitié) pourra être adjointe. En outre, au sein de cette majorité devront figurer **au moins une classe de créanciers garantis¹⁵¹, ou à tout le moins plus sénior que la classe des créanciers chirographaires.**

Si cette dernière condition ne parvenait pas à être remplie, l'article **11, § 1, (b), (ii)** élargit encore les possibilités afin de permettre à **toute classe de créanciers affectés** par le plan, autre que celles des détenteurs de capital ou toute autre classe qui ne recevrait aucun paiement ni ne conserverait aucun intérêt dans la société débitrice dans le cas d'une valorisation du débiteur « *going concern* », si la société venait à être liquidée.

Ainsi, des **conditions très larges sont applicables** aux fins d'avoir recours au *cross-class cram-down*. Le tribunal aura donc un rôle très important si le plan n'est pas adopté à l'unanimité des classes de créanciers puisque, dans la grande majorité des cas, il pourra permettre qu'il soit passé outre le vote des créanciers dissidents. Toutefois, le tribunal devra vérifier certaines conditions relatives au plan lui-même.

¹⁵⁰ Article 9, § 4 de la directive, combiné avec l'article 11, § 1, (b), (i) de la directive.

¹⁵¹ L'article prévoit toutefois que le nombre de classes minimum peut-être relevé.

2. Les conditions de mise en œuvre du *cross-class cram-down*

Le mécanisme de *cross-class cram-down* est basé sur les conditions de confirmation du plan par le tribunal, **prévues pour la confirmation de certains plans votés à l'unanimité des classes de créanciers (A), mais se voit appliquer des conditions supplémentaires spécifiques (B).**

A. Les conditions confirmation générales

L'article 11, § 1 (a) de la directive prévoit que les articles 10, § 2 et § 3 de la directive devront être respectés aux fins de permettre le *cross-class cram-down*.

En dehors du vote du *cross-class cram-down*, **l'article 10, § 1 de la directive** prévoit une **obligation de confirmation du plan même lorsque le plan de restructuration a été voté par l'unanimité des classes de créanciers**. Comme il l'a déjà été précisé, cette obligation sera faite aux États-membres, au moins pour les plans **affectant les créances ou les intérêts des parties ne s'étant pas prononcées en faveur du plan**, pour les plans prévoyant un **nouveau financement**, et dans les plans impliquant un **licenciement d'au moins un quart des salariés**.

Ainsi, dans ces plans, au moins, les États-membres devront mettre en place un contrôle judiciaire ou administratif. C'est ce même test qui devra être conservé dans le cadre du *cross-class cram-down*. En France, le juge commissaire, qui se verra certainement affecté à cette tâche, devra tout d'abord vérifier que les conditions de l'article 9 de la directive ont été respectées. C'est-à-dire, le juge devra notamment vérifier que **seules les parties affectées par le plan ont voté**, et que **les classes ont été constituées selon une communauté d'intérêts suffisante, et l'existence de critères ayant permis la classification**. Il vérifiera aussi les que **les conditions du vote, comme la majorité, ont été respectées**.

Ensuite, il faudra vérifier que les créanciers classés selon une communauté suffisante d'intérêts, bénéficient, **au sein de leur classe, d'un traitement équivalent**¹⁵². Cette condition ne semble présente que pour la vérification du plan selon l'article 10, § 1 ou en cas de *cross-class cram-down*. Il semble donc que les classes de créanciers votant un plan à l'unanimité des classes pourraient adopter un **plan prévoyant un traitement différencié des créanciers d'une même classe**, si les créanciers affectés ont voté en faveur du plan, aux fins d'écarter toute vérification qui pourrait être imposée par l'article 10, § 1, (a) de la directive. Ainsi, un vote à l'unanimité de tous les créanciers pourrait leur garantir une plus grande liberté contractuelle.

Lors de la confirmation d'un plan, le juge devra aussi vérifier **l'effectivité de la notification du plan de restructuration** à toutes les parties affectées par le plan¹⁵³. De même le juge aura la charge de **vérifier que les nouveaux financements sont nécessaires** à l'exécution du plan, et qu'ils

¹⁵² Article 10, § 1, (aa) de la directive.

¹⁵³ Article 10, § 2, (ab) de la directive.

ne portent pas atteinte de manière injustifiée aux intérêts des créanciers¹⁵⁴. En outre, le juge devra vérifier qu'en présence de créanciers opposés au plan, le plan respecte le principe du *best-interest-of-creditors test* (voir infra). L'objectif de la confirmation est aussi de permettre un refus de confirmation du plan lorsque le juge considèrera que le plan ne permettra pas de prévenir la cessation des paiements du débiteur or d'assurer la poursuite de son activité.

Il est intéressant de noter que l'article 11 sur le *cross-class cram-down* ne prévoit pas la conservation de la condition de l'article 10, § 4 de la directive visant à s'assurer que la décision du tribunal est prise de manière efficace, et la plus rapide possible. Cela ne semble pas être justifié puisque le *best-interest-of-creditors test*, qui limite la rapidité avec laquelle sera prise la décision, à cause de la nécessité de valorisation de l'entreprise et de la nature du test contrefactuel (voir supra) s'applique aussi à la confirmation du plan hors *cross-class cram-down*. Il semble qu'aucune règle spéciale à la confirmation du *cross-class cram-down* ne permette, non plus, de justifier cette différence. Il semblerait donc opportun de prévoir les mêmes conditions de délais lors de la transposition de la directive en droit français.

B. Les conditions de confirmation spéciales

L'article 11 prévoit des conditions supplémentaires relatives à la confirmation du plan en présence d'un *cross-class cram-down*. Ainsi, le juge devra vérifier que le plan ne permettra à aucune classe de créanciers affectés par le plan de restructuration de recevoir ou de conserver plus que la totalité du montant de ses créances¹⁵⁵. Toutefois, au regard du droit français, cette condition devrait être élargie à tous les plans de restructuration en vertu de l'article L. 631-1 du Code de commerce, qui prévoit que le redressement judiciaire vise à l'apurement du passif, et que l'article L. 631-14 dudit Code renvoie à l'article L. 622-24 du Code de commerce qui prévoit la déclaration de créances qui conditionnera le remboursement.

L'article 11, § 1, (c) prévoit, de plus, que le juge devra vérifier que les classes de créanciers s'étant opposées au plan seront au moins aussi bien traitées, dans le cadre du plan que les autres classes de même rang, et plus favorablement que les classes de créanciers les plus juniors. Cette condition se superpose à celle imposant un *best-interest-of-creditors test*, qui prévoit néanmoins un traitement individuel.

Toutefois, cette condition qui a été instaurée à la fin des négociations sur la directive est très critiquée en ce qu'elle permettrait de modifier le rang des créanciers et donc l'ordre des paiements. Ainsi, des créanciers actionnaires pourraient bénéficier d'un rang supérieur à d'autres créanciers. Cette règle de priorité relative, « *relative priority rule* », fait couler beaucoup

¹⁵⁴ Article 10, § 2, (c) de la directive.

¹⁵⁵ Article 11, § 1, (ca) de la directive.

d'encre car elle pourra **modifier l'ordre des paiements**, contrairement à ce qui est normalement institué dans la plupart des droits des États-membres de l'Union européenne¹⁵⁶.

En outre, l'introduction d'une telle règle, couplée à l'option, pour les États-membres, de conserver une **règle de priorité absolue, « absolute priority rule »** ne fera **qu'augmenter le risque de forum shopping dans l'Union européenne**, et permettra aux États-membres de voir leurs droits diverger alors que la directive devait permettre une convergence à court terme. La règle de la priorité absolue, permise par l'article **11, § 2a de la directive** prévoit en effet, une impossibilité de désintéresser un créancier plus junior sans qu'un créancier plus sénior n'ait été préalablement désintéressé. Une telle règle permettra d'opter pour une loi plus favorable au débiteur comparativement à la règle de la priorité relative qui permettrait aux actionnaires d'obtenir un remboursement impossible sous la règle de la priorité absolue¹⁵⁷. Ainsi, un **choix politique** devra s'opérer entre la favorisation du créancier ou de l'actionnaire, selon la politique que le législateur préférera adopter pour drainer les investissements en France. Une réelle concurrence des États va s'imposer selon la politique qu'ils auront choisie. Toutefois, il ne semble pas qu'à long terme, il existe une impossibilité de convergence des lois des États-membres, la mise en concurrence des droits devant révéler les droits les plus efficaces ayant vocation à être adoptés par tous.

Si le législateur décide de modifier drastiquement le droit français et d'opter pour la règle de la priorité relative, alors, le *best-interest-of-creditors test* serait loin d'être la plus grande nouveauté en droit français. Toutefois, ce dernier devra tout de même être transposé.

¹⁵⁶ DE WEIJS, R.J., JONKERS A.L., MALAKOTIPOUR M., *The Imminent Distortion of European Insolvency Law: How the European Union Erodes the Basic Fabric of Private Law by Allowing 'Relative Priority' (RPR)*, Amsterdam Law School Research Paper No. 2019-10, 24 mars 2019

¹⁵⁷ HAMILTON PERSPECTIVES, *Strong criticism of the rule on relative priority in the EU Restructuring Directive*, 1er avril 2019. Pour une analyse de la règle de priorité absolue, V. V. HOUSSIN M., *La subordination de créance – analyse de la subordination à l'épreuve de la procédure collective*, thèse, 2018, préf. LUCAS F.-X, Lextenso, p. 347, n°. 609.

Section II : La nécessaire évolution de la vérification contemporaine de l'intérêt des créanciers

Aujourd'hui, en droit français, le juge doit déjà vérifier que les intérêts des créanciers sont suffisamment protégés. Toutefois cette **vérification devra être renforcée dans le cas de la transposition de la directive** (sous-section 1). Ainsi, un **réel *best-interest-of-creditors test* devra être mis en place** dans le cadre des plans de restructuration (sous-section 2).

1. Le nécessaire renforcement du contrôle de droit français

Le droit français impose la **vérification des intérêts des créanciers** (A), toutefois cette dernière n'est **pas adaptée au *cross-class cram-down*** (B).

A. L'actuelle protection des créanciers

A l'heure actuelle, en France, tout projet de plan ayant été adopté par les comités de créanciers doit être contrôlé par le tribunal. Ce dernier, selon les dispositions de **l'article L. 626-31 du Code de commerce**, « ***s'assure que les intérêts de tous les créanciers sont suffisamment protégés*** ». Le respect de cette protection constitue l'une des conditions permettant au tribunal d'adopter sa décision rendant applicables les dispositions du plan aux membres des comités. L'article vise « *tous les créanciers* », donc les créanciers ayant voté pour - ou contre - le plan, ainsi que ceux qui ont été consultés de manière individuelle. Ainsi, comme dans le cas de la vérification qui est effectuée pour la conciliation selon **l'article L. 611-8 du Code de commerce**, l'« ***accord ne [doit pas] porte[r] atteinte aux intérêts des créanciers non signataires*** ». Les créanciers non parties au plan ou accord sont donc visés. En effet, les créanciers dissidents et ceux qui pourraient se voir affectés par l'octroi de garanties disproportionnées doivent voir leurs intérêts vérifiés¹⁵⁸.

Cependant, la notion de protection suffisante des intérêts des créanciers est « *bien vague* »¹⁵⁹ et comporte donc un risque d'insécurité juridique¹⁶⁰, ainsi elle ne pourra pas être conservée avec la transposition de la future directive.

¹⁵⁸ LIENHARD A., PISONI P., Code des procédures collectives 2019, 17^e édition, Dalloz, commentaire s. l'article L. 626-31.

¹⁵⁹ LIENHARD A., PISONI P., Code des procédures collectives 2019, 17^e édition, Dalloz, commentaire s. l'article L. 626-31.

¹⁶⁰ DAMMANN R., ROTARU V., Premières réflexions sur la transposition de la future directive sur les restructurations préventives, D. 2018, p.2195 et s.

B. Le renforcement de la protection des créanciers dans le cadre du *cross-class cram-down*

La directive instaurera la possibilité de permettre l'adoption d'un plan grâce au système du *cross-class cram-down*. Ainsi, des majoritaires pourront imposer un plan à des créanciers minoritaires, alors même qu'ils ne se trouveraient pas dans une même classe. Ce système ne doit toutefois **pas permettre aux classes majoritaires de limiter les droits des autres créanciers**, même si ces droits doivent permettre de limiter la juniorité de leurs créances.

Pour Alain Lienhard, la vérification de l'article L. 626-32 du Code de commerce doit permettre au juge de « sanctionner les décisions procédant d'un excès de pouvoir de la majorité » au sein des classes. Avec la transposition de la directive, il s'agira donc de **transposer cette vérification, aux relations interclasses, afin que des classes de créanciers ou créanciers minoritaires ne puissent pas imposer « l'abandon ou le rééchelonnement de créances postérieures privilégiées au sens de l'article L. 622-17, ou encore des délais de paiement des contrats en cours »**¹⁶¹ aux classes de créanciers ou créanciers minoritaires.

Cette vérification interclasse pourra être opérée par le *best-interest-of-creditors test* qui devra être transposé en droit interne, avec la transposition de la directive.

¹⁶¹ LIENHARD A., PISONI P., Code des procédures collectives 2019, 17e édition, Dalloz, commentaire s. l'article L. 626-31, citant DAMMANN R., Les comités de créanciers dans la loi de sauvegarde, RLDA, mars 2006, p. 65-69.

2. La mise en place d'un réel *best-interest-of-creditors test*

La protection du droit français est insuffisante et la directive impose un réel *best-interest-of-creditors test* (A). Toutefois, le droit français connaît déjà un tel test qu'il lui suffira juste de transposer (B).

A. Une obligation issue de la directive

Par une recommandation du 12 mars 2014¹⁶², la Commission européenne demandait au États-membres de ne pas permettre au plan de restructuration de réduire les droits des créanciers dissidents « *en deçà du niveau qu'ils auraient pu raisonnablement escompter si l'entreprise du débiteur n'était pas restructurée, si elle avait fait l'objet d'une liquidation ou si elle avait été vendue en tant qu'entreprise en activité, selon les cas* ». Déjà, la Commission européenne reconnaissait l'intérêt d'un *cross-class cram-down*, qui permette de prendre en compte la valeur de l'entreprise en continuation de l'activité.

C'est cette même position qui a été conservée dans la directive de 2016, jusqu'à aujourd'hui, puisque la proposition de directive prévoit **ce même test en son considérant n° 27, et en son article 10, § 2 (b)** (voir supra) et qui est défini à son article 2, § 1, 9), comme **le moyen de ne pas placer les créanciers dans une plus mauvaise situation que celle qui aurait été la leur en cas de liquidation, lors d'un fractionnement, d'une cession de l'activité, ou bien dans le scénario de la *second best alternative*, si le plan de restructuration n'avait pas été confirmé.**

Toutefois, certains auteurs considèrent que ce test **est déjà opéré par le juge français**, en application de l'article L. 626-31 du Code de commerce, prévoyant que le tribunal doit s'assurer que les « *intérêts de tous les créanciers sont suffisamment protégés* ». Ainsi, sur ce point, la directive sera facilement transposable en droit français¹⁶³. Néanmoins, l'**article 10, § 2 (b)** de la directive semble apporter une précision : ce test ne devra être appliqué **qu'en présence de créanciers dissidents**, les autres créanciers étant donc réputés avoir accepté un traitement défavorable comparé à celui qui aurait été le leur en présence d'une liquidation ou d'une cession de l'entreprise. Cette disposition semble alors être incitative à ne pas voter en faveur du plan, afin de se voir appliqué le *best-interest -of-creditors test*, ce qui est regrettable.

B. Une possible adaptation du droit français

D'aucuns considèrent que le *best-interest-of-creditors test* est connu du droit français puisqu'il serait **implicitement appliqué**, dans le respect de la recommandation de 2014, dans le test de vérification de l'article **L. 626-31 du Code de commerce**. Toutefois même si certains venaient à

¹⁶² Recommandation de la commission du 12 mars 2014 relative à une nouvelle approche en matière de défaillances et d'insolvabilité des entreprises (2014/135/UE), recommandation n° 22, c).

¹⁶³ HOUSSIN M., La subordination de créance – analyse de la subordination à l'épreuve de la procédure collective, thèse, 2017, préf. LUCAS F.-X, p. 378, n° 601.

contredire cette analyse, cela ne viendrait pas remettre en question la connaissance par le droit français de ce test.

En effet, **l'article L. 613-57 du Code monétaire et financier impose déjà un test comparable** en cas de *bail-in*, lors de restructurations bancaires. Sous l'appellation de « *no creditor worse off* », (NCWO), cet article prévoit que **les créanciers ne peuvent pas se retrouver dans une moins bonne situation que celle qui aurait été la leur en cas de procédure de liquidation judiciaire**. Toutefois, la valorisation « *going concern* » n'est pas prévue. La cohérence entre la directive et l'article L. 613-57 du Code monétaire et financier résulte d'une certaine logique, puisque l'article est lui aussi, issu de la transposition d'une directive¹⁶⁴.

Ce test prévoit une indemnisation des créanciers dont les intérêts n'ont pas été respectés au moyen du fonds de garantie des dépôts et de résolution¹⁶⁵. Ce dernier est financé par des contributions versées sous forme de cotisations obligatoires de ses membres, établissements de crédit¹⁶⁶. En revanche, une telle solution semble disproportionnée pour des entreprises qui ne sont pas des banques. Si une indemnisation pourrait être conservée, afin de permettre une neutralité de l'opération pour le créancier lésé, ce pourrait être au moyen de **fonds en provenance des actifs du débiteur, affectés à ces fins, par le plan de restructuration**. Il faudrait donc, lors du vote de chaque plan de restructuration, prévoir d'affecter un certain pourcentage d'actif, ou un certain montant, à l'indemnisation des créanciers dissidents qui pourraient se retrouver dans une moins bonne situation dans le cadre du plan de restructuration que celle dans laquelle ils se seraient trouvés dans le cadre d'une liquidation judiciaire.

De plus, le considérant n° 27 de la proposition de directive, prévoit que des **créanciers publics bénéficiant d'un statut privilégié selon le droit national pourraient être exclus de la possibilité de se voir imposer une annulation totale ou partielle de leurs créances**. Il serait heureux d'opter pour cette possibilité lors de la transposition de la directive en droit français, d'autant plus que les créanciers publics peuvent souvent s'avérer très compréhensifs.

¹⁶⁴ V. la directive 2014/59/ UE du 15 mai 2014.

¹⁶⁵ V. art. L. 613-57, III, du Code monétaire et financier : « Lorsque l'expert a établi que les détenteurs de titres de capital mentionnés au chapitre II du titre Ier du livre II ou d'autres titres de propriété, les créanciers ou le fonds de garantie des dépôts et de résolution au titre du mécanisme de garantie des dépôts ont subi des pertes supérieures à celles qu'ils auraient supportées si les personnes mentionnées au I de l'article L. 613-34 avaient fait l'objet d'une procédure de liquidation judiciaire, le collège de résolution saisit le fonds de garantie des dépôts et de résolution en vue de leur indemnisation en application du III de l'article L. 312-5 » ; V. art. L. 312-5 du Code monétaire et financier : l'indemnité est versée par le dispositif de financement de la résolution sur instruction du collège de résolution de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution.

¹⁶⁶ V. art. L.312-7 du code monétaire et financier.

CONCLUSION GÉNÉRALE

En conclusion, la directive imposera, en droit français, la constitution de classes de créanciers dans le but de faciliter l'adoption des plans de restructuration des entreprises, par les créanciers.

Si la directive accorde un plus grand rôle aux créanciers, en renversant la logique démocratique critiquée par Georges Ripert¹⁶⁷, quelle que soit la sensibilité politique de tout un chacun, il faut se réjouir de la future impossibilité de traiter des créanciers chirographaires et garantis dans une même classe. Cette classification permettra une **plus grande protection des créanciers**, ainsi qu'un respect de leurs prévisions légitimes, ce qui ne pourra que soutenir l'économie.

La Gouvernement français devra toutefois effectuer des choix concernant la constitution des classes. Ces derniers devront être opérés en **parfaite corrélation** avec les choix qui seront faits dans le cadre de l'habilitation, accordée par l'article 60 de la loi PACTE, à réformer le **droit des sûretés**, qui doit être simplifié, doit voir son efficacité renforcée, « *tout en assurant un équilibre entre les intérêts des créanciers, titulaires ou non de sûretés, et ceux des débiteurs et des garants* ».

En outre, la constitution de ces classes permettra l'introduction d'un *cross-class cram-down* qui favorisera l'adoption des plans de restructuration en l'absence de vote unanime des classes de créanciers pour le plan. Ainsi, il pourra être passé outre le vote de certaines classes et le plan pourra être confirmé par le tribunal, avec l'accord du débiteur. Il faut se réjouir de l'introduction d'un tel mécanisme qui **renforcera l'attractivité de l'économie française**. En effet, les **investisseurs étrangers ne redouteront plus une adoption du plan par le tribunal, contre l'avis des créanciers**.

Cela résulte du fait que, dans la logique du mécanisme, le tribunal ne pourra pas imposer un plan, mais **seulement vérifier**, notamment, le respect du **best-interest test**, le respect des **intérêts des créanciers**, et la **faisabilité du plan**, devant permettre la continuation de l'activité de l'entreprise, et à terme, sa prospérité.

Ce changement de paradigme viendra insuffler un vent nouveau dans le droit des procédures collectives françaises, qui fait déjà figure de **modèle en matière de procédure préventives**, et qui a grandement inspiré la directive. Ainsi, sur les points dérivés du droit français, la France ne devra pas transposer la directive, mais seulement adapter son droit. Le Gouvernement français doit donc se concentrer sur sa mission : l'introduction des classes de créanciers. L'objectif doit

¹⁶⁷ RIPERT G., Le régime démocratique et le droit civil moderne, 1936, n° 69 et s. p. 133 et s. : « *La faveur que la démocratie n'a jamais cessé de témoigner aux faibles lui fait depuis longtemps considérer le débiteur comme le seul digne de la protection des lois.* », (v. supra).

être de transposer la directive au **plus tôt, afin d'inspirer les autres droits européens**. L'habilitation à procéder par ordonnance suit d'ailleurs cette même logique.

Jusqu'alors, le droit français constitue un terrain favorable à l'introduction de la directive qu'il pourra transposer sans entrave. Il reste donc seulement à opérer les choix stratégiques de politique économique les plus justifiés.

BIBLIOGRAPHIE

I. DROIT FRANÇAIS

A. OUVRAGES GÉNÉRAUX, TRAITÉS ET MANUELS

DAMMANN R., SÉNÉCHAL M., *Le droit de l'insolvabilité internationale*, Editions Joly, 2018

JACQUEMONT A., VABRES R., MASTRULLO T., *Droit des entreprises en difficulté*, 10^e édition, Lexis Nexis, 2017, p. 420 et s.

JEANTIN M., LE CANNU P., *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, Dalloz, 7^e édition, 2006, p. 574 et s.

LE CORRE P.-M., *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz Action, 10^e édition, 2019/2020, notamment chapitres 513, 514, p. 1357 et s.

LE CORRE P.-M., *La réforme du droit des entreprises en difficulté, commentaire de l'ordonnance du 18 décembre 2008 et du décret du 12 février 2009*, Dalloz, p.181 et s.

LE CORRE M., LE CORRE-BROLY E., *Droit des entreprises en difficulté*, Les mémentos Dalloz, 8^e édition, Dalloz, p.77 et s.

LEGEAIS D., *Droit des sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, 12^e édition

LIENHARD, A., *Procédures collectives 2019-2020*, Delmas, 8^e édition

LUCAS F.-X., *Manuel de droit de la faillite*, 2^e édition mise à jour, PUF, 2017

MENJUCQ, M. *Droit international et européen des sociétés*, LGDJ, 2018, page 501

PASQUALINI F., *Vers une nouvelle relation droit-comptabilité*, Table ronde du 30 mai 2013, Centre français de droit comparé, vol. 16, 2013

PÉROCHON F., *Entreprises en difficultés*, LGDJ, 2014

RIPERT G., *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, 1936, n° 69 et s. p. 133 et s.

WESTRUP, C. W., *Notes sur la Sponsio et le Nexum dans l'ancien droit romain, le nouveau fragment des institutes de Gaius*, 1947, Ejnar Munksgaard, p.5 et s.

WILHELM ZIMMERN S., *Traité des actions, ou, Théorie de la procédure privée chez les Romain : exposé historiquement depuis son origine jusqu'à Justinien*, par L. ETIENNE, Chez Toussaint, 1843, p. 128 et s.

B. OUVRAGES SPÉCIAUX, THÈSES ET MONOGRAPHIES

BENHAMOU-GABRIEL A., Les financements structurés et le droit des entreprises en difficultés, thèse, 2017

HOUSSIN M., La subordination de créance – analyse de la subordination à l'épreuve de la procédure collective, thèse, 2017, préf. LUCAS F.-X.

STANKIEWICZ MURPHY S., L'influence du droit américain de la faillite en droit français des entreprises en difficultés, thèse, 2011

C. ENCYCLOPÉDIES

DUMONT-LEFRAND M.-P., BEZERT A., Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires. – Organes. – Comités de créanciers, JCI Commercial, fasc. 2248, 2015, māj 2017

MALAMOUD C. « DETTE, anthropologie » Encyclopaedia Universalis

D. CODE COMMENTÉ

LIENHARD A., PISONI P., Code des procédures collectives 2019, 17e édition, Dalloz

E. ARTICLES

BALINSKI M., Projets électoraux : le droit rencontre les mathématiques, D. 2009. p. 183

BESSE A., MORELLI N., Le prepackaged plan à la française : pour une saine utilisation de la procédure de sauvegarde, JCP E, n° 25, 18 Juin 2009, 1628

BONDAT D., « Menaces par ordonnance », À propos des articles 16 et 64 du projet de loi relatif à la croissance et à la transformation des entreprises, Dalloz, D. soc., 2019, p. 35

BORGA N., Epilogue de l'affaire Thomson : quand le pragmatisme se teinte de dogmatisme, BJS 2012 n°2012-0218, p. 426

BOURBOULOUX H., L'ancien article L. 621-60 du Code de commerce, aujourd'hui codifié à l'article L. 626-5, donne encore matière à discussion, BJE mars 2012, n° JBE-2012-0042, p. 80

BRÉMOND G., SCHOLASTIQUE E., Réflexions sur la composition des comités de créanciers dans les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaires, JCP E 2006, 1405, p. 466 s., spéc. n° 20

COUTURIER G., L'éviction de l'associé d'une société en difficulté : une solution morale ?, JDS, janvier 2017, p. 26

COUTURIER G., Les créanciers et la sauvegarde financière de l'entreprise en difficulté, Bull. Joly 2010, 683

DAMMANN R., Les comités de créanciers dans la loi de sauvegarde, RLDA, mars 2006, p. 65-69

DAMMANN R., Les incidences de la Loi PACTE sur la loi de sauvegarde, EFE, à paraître

DAMMANN R., L'introduction des classes de créanciers dans l'optique d'une harmonisation franco-allemande des procédures d'insolvabilité, Mélanges Claude WITZ, 2018, LexisNexis p.221 et s.

DAMMANN R., BOCHÉ-ROBINET M., Transposition du projet de directive sur l'harmonisation des procédures de restructuration préventive en Europe, D. 2017, 1364

DAMMANN R., GUERMONPREZ M., Les recours contre l'organisation et les décisions des comités et assemblées de créanciers en France, BJE juillet-août 2018, p. 300-302

DAMMANN R., GUERMONPREZ M., Pistes de réflexion pour une réforme des procédures collectives, D. 2018, 629

DAMMANN R., LUCAS F.-X., Le nouveau dispositif de dilution ou d'éviction de l'associé qui ne finance pas le plan de redressement de la société, BJS, oct. 2015, n° 114c4, p. 521

DAMMANN R., PAULUS C., Le *debt-to-equity-swap* dans le cadre des procédures collectives en Allemagne et en France : état des lieux et perspectives, LPA, 30 mars 2018, n° 128k3, p. 23

DAMMANN R., PODEUR G., Le rééquilibrage des pouvoirs au profit des créanciers résultant de l'ordonnance du 12 mars 2014, JCP E 2009. 2093

DAMMANN R., PODEUR G., Les enjeux de la réforme des comités de créancier, La semaine juridique entreprises et affaires n°47, 19 novembre 2009

DAMMANN R., PODEUR G., Sauvegarde financière express : vers une consécration législative du « prepack à la française » ?, Dalloz actualité, 8 septembre 2010

DAMMANN R., ROTARU V., Premières réflexions sur la transposition de la future directive sur les restructurations préventives, Recueil Dalloz, 2018, p.2195 et s.

DEGENHARDT E., Le droit français est-il conforme à la proposition de directive européenne du 22 novembre 2016 visant à harmoniser le droit des procédures collectives ?, BJE mars 2017, n° 114h2, p. 153

DELOCHE, R., OGUER F., « Théorie du droit français des entreprises en difficulté. Conciliation, liquidation et jeux », *Revue d'économie politique*, vol. 112, no. 6, 2002, pp. 889-904

DUBOIS P., GUMPELSON J., CHAZEAU D., LEMSEFFER S., « Du comité à la classe de créanciers : modalités de vote et de décision des créanciers seniors en France et aux États-Unis », *BJE* juill. 2018, n° 115z5, p. 296

EUZEN S., « Doctrine et faillite pendant la première moitié du XIX^{ème} siècle : la leçon de Vincens le précurseur », *Revue Juridique de l'Ouest*, 1996, 2 p. 195-225

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

GENESTOUX A., Le devoir des associés face à l'équilibre des pouvoirs dans les procédures collectives, *RPC* n°5, 2015, p.3

GRELON B., Technicolor : fin du film, *Rev. sociétés* 2012, p. 450 et s.

GUINCHARD S., DEBARD T., *Lexique des termes juridiques 2018-2019*, Lexiques Dalloz, éd. 27, p. 585

HENRY, L.-C., « De l'influence du droit européen sur le droit des entreprises en difficulté... », *BJE* sept. 2017, n° 115c0, p. 314

HOUSSIN M., Le test du respect des intérêts des créanciers ou « best interest test », *RPC* n° 4, Juil. 2018, étude 19

LE CORRE P.-M., Les comités de créanciers, *RPC* n°4, juill. 2011, coll. n°3

LE CORRE P.-M., Porteurs de titres super-subordonnés et élaboration des plans de sauvegarde ou de redressement avec comités, *D.* 2010, p. 839,

LE GUERNEVÉ L., MORELLI N., Les comités de créanciers - Les nouveaux enjeux des comités de créanciers, *CDE*, n° 4, Juillet 2011, dossier 21

LIENHARD A. Sauvegarde de Thomson : confirmation de la décision par la cour d'appel – Cour d'appel de Versailles 18 novembre 2010 – *D.* 2010. 2767

LUCAS F.-X., Quelques précisions sur le plan de SFA voté par le comité des établissements de crédit, *BJE*, 2016, n°4, page 241

LUCAS F.-X., Le plan de sauvegarde apprêté ou le *prepackaged plan* à la française, *CDE*, n° 5, sept.-oct. 2009, p. 35

MALIGNER B., Le contrôle du Conseil constitutionnel sur le redécoupage électoral, AJDA 2009., p. 645

MARTINEZ J., VERMEILLE S., « Quand la constitution s'en mêle », Droit & Croissance, 2014

MONTÉLAN T., MIEULLE M., De la pratique du plan de sauvegarde prénégocié à la procédure de sauvegarde financière accélérée, Journ. sociétés. nov. 2010, p. 36, spéc. P. 43.

MORELLI N., « Comités de créanciers et ordonnance du 12 mars 2014 : comme souvent, le diable se cache dans les détails », note Aramis établie sur la base d'une intervention au colloque « Un nouveau droit des entreprises en difficulté, plus efficace et plus équilibré » organisé par le CEDAG, Faculté de droit de l'Université Paris Descartes (Paris V) sous le haut patronage du Ministère de la Justice, le 1er juillet 2014, publiée à la Revue des procédures collectives n°4/2014

NEMEDEU R., Le principe d'égalité des créanciers : vers une double mutation conceptuelle (Etude à la lumière du droit français et Ohada des entreprises en difficulté), RTD Com. 2008 p.241

PÉROCHON F., PÉTEL P., Les délais du plan de sauvegarde ou de redressement, Le droit des affaires à la confluence de la théorie et de la pratique. Mélanges en l'honneur du Professeur Paul Le Cannu, 2014, LGDJ, p. 611 et s. spéc. 612 et s.

PIETRANCOSTA A., VERMEILLE S., Le droit des procédures collectives à l'épreuve de l'analyse économique du droit, perspectives d'avenir ?, RTDF 2010, n° 1, p. 5, n° 94

PLANTIN G., THESMAR D., TIROLE J., Reforming French Bankruptcy Law, Les notes du conseil d'analyse économique, n° 7, juin 2013

PRAQUIN, Nicolas. « Les faillites au XIXe siècle. Le droit, le chiffre et les pratiques comptables », *Revue française de gestion*, vol. 188-189, no. 8, 2008, p. 359-382.

ROUCOLLE E., histoire du droit de la faillite en France : une approche des représentations de la défaillance, Xième conférence de l'Association Internationale Stratégique, 2001, Université de Laval

SAUTONIE-LAGUIONIE L., « La contractualisation du droit des entreprises en difficulté : un nouveau défi pour le juriste dans la cité, Etudes à la mémoire de Philippe Neau-Leduc », *Le juriste dans la cité*, LGDJ, 2018, p.925

STANKIEWICZ MURPHY S., L'influence du droit américain de la faillite et les créances en droit français : présent et future, RLDA N° 69, mars 2012

SYNVET H., FERRAND P.-N., L'accueil en France des *Schemes of Arrangement* de droit anglais, rev. proc. coll. n° 1, Janvier 2014, étude 2

THIVEAUD, J.-M., L'ordre primordial de la dette : « Petite histoire panoramique de la faillite, des origines à nos jours », *Revue d'économie financière*, n°25, 1993. Droit et finance. p. 67-106.

VERMEILLE S., FREMAUX B., Note sur l'état d'avancement des discussions sur le projet de directive européenne, droit et croissance, 13 décembre 2017

F. TRAVAUX LEGISLATIFS ET RAPPORTS

Association des Jeunes du Restructuring, Plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises, Réponse de l'AJR à la consultation publique sur les thèmes « Financer » et « Rebondir » 5 février 2017

CGJCF, Remarques de la CGJCF sur la proposition de directive 2016/359 du parlement européen et du conseil en date 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, 7 juin 2017

Étude Deloitte Altares, L'Entreprise en difficulté en France en 2016 – Un équilibre fragile, mars 2017

Étude Deloitte Altares, L'entreprise en difficulté en France en 2017, une présence plus marquée des acteurs publics, avril 2018

Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises

Loi n° 2005-845 du 25 juillet 2005 portant réforme de la sauvegarde des entreprises

Ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives

Projet de loi relatif à la croissance et à la transformation des entreprises, N°1088, 19 juin 2018

Projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises, texte modifié en 1^e lecture par l'Assemblée nationale, le 9 octobre 2018

Projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, relatif à la croissance et la transformation des entreprises - Examen du rapport et du texte de la commission par le Sénat, 16 janvier 2019

Projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises, texte modifié en 1^e lecture par le Sénat, le 12 février 2019

G. JURISPRUDENCE

Cour de cassation

Cass. com., 3 mai 2016, n° 14-24855, F-PB.

Cass. com. 21 févr. 2012, n° 11-11.693, Bull. civ. IV, n° 45

Civ. 3^e, 31 oct. 2012, n° 11-16.304

Second degré

CA Versailles 18 nov. 2010, n° 10/01433

Premier degré

T. com Nanterre , 17 févr. 2010, n° 2010L00346

Conseil constitutionnel

Cons. constit. 5 août 2015, n° 2015-715 DC, spéc. consid. 142 et s.

Cons. constit. 16 mai 2019, DC n° 2019-781.

H. SOURCES EN LIGNE

Infogreffe, Dossier : La cessation des paiements, consulté le 10 juin 2019, lien : [<https://www.infogreffe.fr/informations-et-dossiers-entreprises/dossiers-thematiques/cessation-activite/dossier-la-cessation-des-paiements.html>]

MARCHAL-GRALITZER C., Le traitement de la dette obligataire, Brève évolution du droit des obligataires en procédure collective de 1935 à nos jours, IMODEV Journals Homepage, Vol 1 (2017), consulté le 8 mars 2019, lien : [<http://ojs.imodev.org/index.php/IJIL/article/view/168/285>]

Ministère de l'économie et des finances, Consultation publique, Favoriser l'adoption de plans de restructuration (consultation dans la perspective de l'adoption de la directive sur les cadres de restructuration préventifs et de sa future transposition), consulté le 8 mars 2019, lien : [<https://www.pacte-entreprises.gouv.fr/projects/consultation/consultation/consultation-9/opinions/rebondir-donner-une-seconde-chance-apres-l-echec/favoriser-l-adoption-de->

[plans-de-restructuration-consultation-dans-la-perspective-de-l-adoption-de-la-directive-sur-les-cadres-de-restructuration-preventifs-et-de-sa-future-transposition\]](#)

Ministère de la Justice, Insolvabilité des entreprises, Allemagne, Italie, Grande-Bretagne, Pays-Bas, États-Unis, Canada, 01 mars 2003, consulté le 12 février 2019, lien : [\[http://www.justice.gouv.fr/europe-et-international-10045/etudes-de-droit-compare-10285/insolvabilite-des-entreprises-11966.html\]](http://www.justice.gouv.fr/europe-et-international-10045/etudes-de-droit-compare-10285/insolvabilite-des-entreprises-11966.html)

II. DROIT ÉTRANGERS ET EUROPÉEN

A. OUVRAGES GÉNÉRAUX, TRAITÉS ET MANUELS

WARREN E., The law of debtors and creditors : text, cases, and problems., Aspen Publisherscop., 2008

B. OUVRAGES SPÉCIAUX, THÈSES ET MONOGRAPHIES

C. ENCYCLOPÉDIES

SCHULTZE et BRAUN, Insolvabilité et restructuration en Allemagne, annuaire 2017.

D. ARTICLES

BAXTER, M. S. P., La faillite à l'américaine : une introduction au chapitre 11 du Code des faillites des États-Unis, présentation Covington & Burling, nov. 2003

COTTON J., KLINEBERG D., Creditor schemes: the importance of class, sept. 2007 [droit anglais]

DE WEIJS, R.J., JONKERS A.L., MALAKOTIPOUR M., The Imminent Distortion of European Insolvency Law: How the European Union Erodes the Basic Fabric of Private Law by Allowing 'Relative Priority' (RPR), Amsterdam Law School Research Paper No. 2019-10, 24 mars 2019

HARRIS J., Class warfare in debt restructuring: does Australia need *cross-class cram-down* for creditors' schemes of arrangement?, University of Queensland Law Journal, 2017

HICKS J., Foxes Guarding the Henhouse : The Modern Best Interests of Creditors Test in Chapter 11 Reorganizations, Nevada Law Journal, vol. 5, 2005, 820 et s.

KAPLAN G., Understanding The Contents Of A Chapter 11 Plan, Law360, 30 juillet 2013

LOPUCKI L. M., MIRICK C. R., Strategies for creditors In Bankruptcy Proceedings, Wolters Kluwer, 6e ed. 2015

LUBBEN S. J, dans Gregoriou G. N., ALI P. U., Credit Derivatives Handbook: Global Perspectives, Innovations, and Market Drivers, Chapitre 3, Credit Derivatives and the Resolution of Financial Distress McGraw-Hill, 2008

RIESENFELD, S. A., Classification of claims and interests in chapter 11 and 13 Cases, California Law review, Janvier 1987, Volume 75, Issue 1, Article 16

ROOME J., BANNISTER T., SIMMONDS E., Restructuring and insolvency in UK (England and Wales): overview, Country Q&A, Thomson Reuters, juillet 2018, p. 9 et s.

E. TRAVAUX LEGISLATIFS ET RAPPORTS

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

Directive 2014/59/UE du parlement européen et du conseil du 15 mai 2014 établissant un cadre pour le redressement et la résolution des établissements de crédit et des entreprises d'investissement et modifiant la directive 82/891/CEE du Conseil ainsi que les directives du Parlement européen et du Conseil 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE et 2013/36/UE et les règlements du Parlement européen et du Conseil (UE) no 1093/2010 et (UE) no 648/2012

Proposition de Dir. 2016/0359, 22 nov. 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.

Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux cadres de restructurations 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, dossier interinstitutionnel 2016/0359(COD), 24 septembre 2018

Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux cadres de restructurations 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, dossier interinstitutionnel 2016/0359(COD), 1^{er} octobre 2018

Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on preventive restructuring frameworks, second chance and measures to increase the efficiency of restructuring, insolvency and discharge procedures, COM (2016) 723 FINAL – 2016/0359 (COD), 17 décembre 2018

Recommandation de la commission du 12 mars 2014 relative à une nouvelle approche en matière de défaillances et d'insolvabilité des entreprises (2014/135/UE)

F. JURISPRUDENCE

1. JURISPRUDENCE ÉTATS-UNIENNE

In re LeBlanc, 622 F.2d 872, 879 (5th Cir.1980).

Barnes v. Whelan, 689 F.2d 193, 200–01 (D.C.Cir.1982)

Teamsters Nat'l Freight Indus. Negotiating Comm. v. U.S. Truck Co., (*In re* U.S.. Truck Co) Inc., 800 F.2d 581, 587 (6th Cir. 1986)

In re Jersey City Med. Ctr., 817 F.2d 1055, 1061 (3d Cir.1987)

Phoenix Mut. Life Ins. Co. V. Greystone III Joint Venture, 995 F. 2d 1274, 1278 (5th Cir. 1991) (*In re* Greystone III Joint Venture, 995 F.2d 1274 (5th Cir. 1991).)

In re 266 Washington Assocs., 141 B.R. 275, 282 (Bankr.E.D.N.Y.1992)

FGH Realty Credit Corp. v. Newark Airport/Hotel Ltd. P'ship, 155 B.R. 93, 99 (D.N.J.1993)

In re Coram Healthcare Corp. 315 B.R. 321 (Bankr. D. Del. 2004)

In re Draiman, 450 B.R. 777 (Bkrtcy.N.D.Ill. 2011)

In re Abengoa Bioenergy Biomass of Kansas, LLC 2018 WL 812941, (Bankr. D. Kan. Feb. 08, 2018)

Novinda Corp. v. United States Bankruptcy Court for the District of Colorado, 17-5 (10th Cir. BAP 2018)

In re Nuverra Environmental Solutions, Inc. 590 B.R. 75 (2018), 96+, D.Del

2. JURISPRUDENCE AUSTRALIENNE

First Pacific Advisors LLC v Boart Longyear Limited [2017] NSWCA 116

G. SOURCES EN LIGNE

BALP, G., Early Warning Tools at the Crossroads of Insolvency Law and Company Law, Global Jurist, 2019, consulté le 16 mars 2019, lien : [<https://www.degruyter.com/view/j/gj.ahead-of-print/gj-2018-0037/gj-2018-0037.xml?format=INT>]

DANDENEAU D., European Union: Look familiar? Proposal to reform restructuring laws embraces the philosophy and approach of chapter 11, 2016, consulté le 16 avril 2019, lien : [\[http://restructuring.bakermckenzie.com/2016/11/30/european-union-look-familiar-proposal-to-reform-restructuring-laws-embraces-the-philosophy-and-approach-of-chapter-11/\]](http://restructuring.bakermckenzie.com/2016/11/30/european-union-look-familiar-proposal-to-reform-restructuring-laws-embraces-the-philosophy-and-approach-of-chapter-11/)

HAMILTON PERSPECTIVES, Strong criticism of the rule on relative priority in the EU Restructuring Directive, 1er avril 2019, consulté le 18 mai 2019, lien : [\[https://www.hamilton.se/2019/04/strong-criticism-of-the-rule-on-relative-priority-in-the-eu-restructuring-directive/\]](https://www.hamilton.se/2019/04/strong-criticism-of-the-rule-on-relative-priority-in-the-eu-restructuring-directive/)

H.R.8200 - A bill to establish a uniform law on the subject of bankruptcies, v. site internet www.congress.gov, consulté le 9 mars 2019, lien : [\[https://www.congress.gov/bill/95th-congress/house-bill/8200\]](https://www.congress.gov/bill/95th-congress/house-bill/8200)

SOUTHBAY LAW FIRM, Credit Default Swaps and Bankruptcy, consulté le 6 avril 2018, lien : [\[http://southbaylawfirm.com/credit-default-swaps-and-bankruptcy\]](http://southbaylawfirm.com/credit-default-swaps-and-bankruptcy)

WALTER D., Australia: Classes in a Creditors Scheme: Different Tranches, Different Treatment, Same Class, 7 juin 2017, Baker & McKenzie, lien : [\[http://restructuring.bakermckenzie.com/?s=%22Boart+Longyear%22+-+%22the+recent+appeal+decision%22+\]](http://restructuring.bakermckenzie.com/?s=%22Boart+Longyear%22+-+%22the+recent+appeal+decision%22+)

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS.....	7
MÉTHODOLOGIE.....	9
INTRODUCTION GÉNÉRALE.....	11
Chapitre préliminaire : Les actuels comités de créanciers en droit français.....	18
Section I – La constitution des comités de créanciers	18
1. <i>Les conditions requises pour la constitution de comités de créanciers</i>	18
A. <i>Les obligations comptables</i>	18
B. <i>La prise en compte de la taille de l'entreprise afin de limiter les coûts de la restructuration</i>	19
2. <i>Les différents comités devant être constitués</i>	19
A. L'évolution des comités initiaux	19
B. L'assemblée générale unique des obligataires, troisième comité de fait	20
Section II – Le vote du plan de restructuration de l'entreprise	21
1. <i>L'encadrement des possibilités de voter un plan</i>	21
A. <i>L'initiative du plan</i>	21
B. <i>Les délais d'encadrement du vote du plan de restructuration</i>	21
2. <i>Les conditions liées aux créanciers</i>	22
A. <i>Le possible traitement différencié des créanciers</i>	22
B. <i>La majorité de vote, limitée par la condition d'affectation par le plan</i>	22
C. <i>Le vote au sein de l'assemblée générale unique des obligataires</i>	23
PREMIÈRE PARTIE : LES CRITÈRES DE CONSTITUTION DES CLASSES DE CRÉANCIERS	25
Titre I : Échantillon de critères étrangers de constitution des classes de créanciers.....	25
Chapitre I : <i>Les critères généraux d'adoption des classes de créanciers</i>	25
Section I : La nécessaire similarité des intérêts économiques d'une classe de créanciers ..	25
1. <i>Une classification devant faciliter l'adoption du plan de restructuration</i>	26
A. <i>La création de classes de créanciers permettant un cram-down</i>	26
B. <i>La condition d'affectation par le plan</i>	27
2. <i>Une classification devant rechercher la similarité d'intérêts des créanciers</i>	28
A. <i>La condition de similarité des intérêts de créanciers</i>	28
B. <i>L'utilité des classes au créancier unique</i>	29
Section II : <i>La relative flexibilité dans la création des classes de créanciers</i>	30

1.	<i>La nécessaire flexibilité dans la constitution des classes de créanciers</i>	30
A.	<i>Une nécessité d'adaptation à tous les débiteurs</i>	30
B.	<i>Une difficile détermination des similarités</i>	30
2.	<i>L'impossible discrimination des créanciers</i>	32
A.	<i>Une nécessaire séparation face au risque de discrimination</i>	32
B.	<i>Une étonnante réunion occasionnelle de créanciers</i>	32
Chapitre II : La différence de traitement de certains créanciers au regard de leur qualité		34
<i>Section I : La nécessité de protection des créanciers les plus vulnérables</i>		34
1.	<i>Une classification pouvant prendre en compte la qualité des créanciers</i>	34
A.	<i>La stricte stratégie de classement des créanciers les plus vulnérables</i>	34
B.	<i>L'exemple des salariés</i>	35
2.	<i>La conservation de la qualité du créancier vulnérable par la directive</i>	37
A.	<i>La limitation à une seule classe de salariés ?</i>	37
B.	<i>Le souhaitable éclaircissement par la transposition de la directive</i>	37
<i>Section II : Le traitement différencié des créanciers à la faible aversion au risque</i>		39
1.	<i>Le traitement des détenteurs de capital</i>	39
A.	<i>La logique actuelle du traitement des associés</i>	39
B.	<i>La différenciation du traitement des associés au sein de la directive</i>	40
2.	<i>Le traitement des créanciers « assurés »</i>	41
A.	<i>L'assurance contre le risque</i>	41
B.	<i>Des intérêts contraires à ceux du débiteur</i>	41
Titre II : Les possibilités de constitution des classes de créanciers « à la française »		44
Chapitre I : L'obligation de prise en compte du critère de la nature de la créance		44
<i>Section I : L'introduction de l'exigence minimale d'une dualité de classes de créanciers en droit français</i>		44
1.	<i>La nécessaire modification du droit français imposée par la directive</i>	44
A.	<i>L'exigence minimale d'une dualité de créanciers selon la nature de la créance</i>	45
B.	<i>La nécessaire et profonde modification de la logique de catégorisation des créanciers, en France</i>	45
2.	<i>Un droit français aisément modulable</i>	47

A.	<i>Un droit français connaissant la distinction entre créancier garanti et non garanti</i>	47
B.	<i>Un droit français propice la séparation entre créancier garanti et non-garanti.</i>	47
Section II : La possibilité de créer d'autres classes en fonction de la nature de la créance.....		49
1.	<i>Le nécessaire octroi d'une large marge de manœuvre à l'administrateur judiciaire</i>	49
A.	<i>Des débiteurs aux situations différentes</i>	49
B.	<i>Des créanciers aux revendications différentes</i>	50
2.	<i>Les possibilités pouvant être offertes à l'administrateur judiciaire</i>	52
A.	<i>Une séparation des créanciers selon leurs garanties</i>	52
B.	<i>Une séparation des créanciers chirographaires</i>	53
Chapitre II : Le maintien du critère de la qualité du créancier		54
<i>Section I : La nécessité du maintien du critère de la qualité du créancier, au regard du droit français</i>		54
1.	<i>L'exclusion de créanciers</i>	54
A.	<i>Les créances des salariés</i>	54
B.	<i>Les autres créances.....</i>	55
2.	<i>Une option de séparation aux fins de protection</i>	57
A.	<i>Les créances des salariés</i>	57
B.	<i>Les créances des fournisseurs</i>	57
<i>Section II : Le risque des stratégies de constitution des classes</i>		59
1.	<i>Le principe de la manipulation des votes</i>	59
A.	<i>La manipulation des votes : le parallèle politique</i>	59
B.	<i>La manipulation des votes dans le cadre des classes de créanciers.....</i>	59
2.	<i>Les stratégies favorisant le vote du plan.....</i>	62
A.	<i>L'adoption des stratégies</i>	62
B.	<i>Les limites imposées aux stratégies.....</i>	63
SECONDE PARTIE : LA MISE EN PLACE DU CROSS-CLASS CRAM-DOWN.....		66
Titre I : Le <i>cross-class cram-down</i> à l'allemande et à l'américaine		66
Chapitre I : L'origine du <i>cross-class cram-down</i>		66
<i>Section I : Le <i>cross-class cram-down</i>, un mécanisme états-unien.....</i>		66
1.	<i>La reconnaissance d'un nécessaire <i>cross-class cram-down</i></i>	66

A.	La justification de la nécessité d'un cross-class cram-down	67
B.	La possible confirmation du plan par le tribunal	67
2.	<i>Les conditions du cross-class cram-down</i>	68
A.	Les conditions générales d'adoption du plan.....	68
B.	Les conditions de faisabilité du plan.....	68
	<i>Section II : L'appropriation du cross-class cram-down par le droit allemand</i>	70
1.	<i>Les spécificités germaniques de l'accès au cross-class cram-down</i>	70
A.	L'adoption du plan à une majorité simple.....	70
B.	Le respect du montant de la créance	70
2.	<i>La condition de participation équitable</i>	71
A.	L'équité sur la répartition des valeurs économiques.....	71
B.	L'équité dans le désintéressement par rang	72
	Chapitre II : Le <i>best-interest-of-creditors test</i>	73
	<i>Section I : La justification du best-interest-of-creditors test</i>	73
1.	<i>La nécessaire reprise du best-interest-of-creditors test par la directive</i>	73
A.	Les origines du best-interest-of-creditors test.....	73
B.	La nécessité du best-interest-of-creditors test	74
2.	<i>Le fonctionnement du best-interest-of-creditors test</i>	75
A.	Le fonctionnement du best-interest-of-creditors test américain.....	75
B.	Le fonctionnement du best-interest-of-creditors test allemand	75
	<i>Section II : Les inconvénients d'un tel best-interest-of-creditors test</i>	77
1.	<i>Les méthodes approximatives d'appréciation de la valeur de l'entreprise</i>	77
A.	La valeur liquidative	77
B.	La valeur going concern	78
2.	<i>Le coût du système du best-interest-of-creditors test</i>	79
A.	Le coût de l'analyse	79
B.	Le coût politique de la conservation des intérêts des créanciers.....	80
	Titre II : L'introduction du <i>cross-class cram-down</i> en France	81
	<i>Chapitre I : La règle originelle d'égalité de traitement des créanciers</i>	81
	<i>Section I : L'égalité de traitement des créanciers</i>	81

1. La stricte égalité des créanciers placés dans une situation similaire.....	82
A. L'absence d'une stricte égalité entre les créanciers.....	82
B. L'égalité des créanciers placés dans la même classe	82
2. L'absence de discrimination en cas de différenciation des situations.....	84
A. La possible différence de traitement.....	84
B. La validation par le juge	85
Section II : Le cross-class cram-down français résultant de la future création de classes de créanciers.....	87
1. La création de classes de créanciers, l'ouverture à un cross-class cram-down.....	87
A. L'ouverture à un cross-class cram-down français.....	87
B. Les objectifs de la création d'un cross-class cram-down	88
2. Un cross-class cram-down bienvenu en droit français.....	89
A. Les prémisses françaises du cross-class cram-down	89
B. La présence d'un professionnel de la restructuration.....	90
Chapitre II : Les possibilités de transposition du mécanisme de cross-class cram-down en droit français	91
Section I : Les conditions imposées par le mécanisme de cross-class cram-down européen	91
1. Les conditions d'accès au cross-class cram-down.....	91
A. La condition de demande de confirmation du plan	91
B. La condition de vote des créanciers en faveur du plan	93
2. Les conditions de mise en œuvre du cross-class cram-down.....	94
A. Les conditions confirmation générales.....	94
B. Les conditions de confirmation spéciales	95
Section II : La nécessaire évolution de la vérification contemporaine de l'intérêt des créanciers.....	97
1. Le nécessaire renforcement du contrôle de droit français	97
A. L'actuelle protection des créanciers.....	97
B. Le renforcement de la protection des créanciers dans le cadre du cross-class cram-down	98
2. La mise en place d'un réel best-interest-of-creditors test	99
A. Une obligation issue de la directive.....	99

B. Une possible adaptation du droit français	99
<i>CONCLUSION GÉNÉRALE</i>	101
<i>BIBLIOGRAPHIE</i>	103