

CLASSES DE PARTIES AFFECTÉES

1527

L'institution de classes de parties affectées

L'ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 prévoit l'organisation des créanciers et, le cas échéant, des détenteurs de capital, en « classes de parties affectées », appelées à voter sur le projet de plan de restructuration, ainsi que la possibilité pour le tribunal d'arrêter un plan en dépit du vote négatif d'une ou plusieurs classes. Cette contribution revient sur les principes gouvernant la constitution des classes et sur la possibilité d'utiliser la latitude laissée sur ce point afin de favoriser l'adoption du plan.

Table ronde avec :

Frédéric Abitbol,
administrateur judiciaire

Valérie Leloup Thomas,
mandataire judiciaire

Nicolas Partouche,
avocat au barreau de Paris

et David Robine,
professeur à l'université Paris Nanterre

1 - Domaine et principes de fonctionnement des classes de parties affectées (David Robine). - L'institution du mécanisme des classes de parties affectées dans les droits nationaux des États membres, et plus précisément dans les procédures faisant office de cadre de restructuration préventive harmonisé, est une exigence de la directive 2019/1023 du 20 juin 2019¹. Pour y répondre, l'ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021² a fait disparaître les comités de créanciers de la procédure de sauvegarde accélérée et, par contagion, de la sauvegarde ainsi que du redressement judiciaire pour les remplacer par ces classes de parties affectées qui concernent, outre les créanciers, les détenteurs de capital au sens du texte.

Le domaine du mécanisme est cependant bien circonscrit. Il faut en effet, en principe, pour qu'il s'applique dans les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire, que les seuils prévus par l'article R. 626-52 du Code de commerce (250 salariés et 20 millions d'euros de chiffre d'affaires net, ou 40 millions d'euros de chiffre d'affaires net) soient respectés. On peut espérer que la défaillance d'entreprises aussi importantes ne soit pas trop fréquente. Pour autant, il ne faut pas minimiser l'impact de l'innovation. D'abord, ces seuils n'auront pas toujours à être respectés. En effet, les classes

de parties affectées seront toujours présentes en sauvegarde accélérée alors qu'un débiteur peut désormais, dans la continuité des mesures adoptées pour faire face aux conséquences de la crise sanitaire, bénéficier de cette procédure sans condition de taille. De plus, lorsque les seuils prévus à l'article R. 626-52 ne sont pas atteints, le juge-commissaire peut autoriser la constitution de classes de parties affectées sur demande du débiteur, en sauvegarde ou en redressement judiciaire, ou de l'administrateur en redressement judiciaire. Ensuite, une consolidation est prévue puisque les classes de parties affectées seront constituées dans les procédures relatives aux sociétés qui en détiennent ou contrôlent une autre, au sens des articles L. 233-1 et L. 233-3, dès lors que l'ensemble des sociétés concernées atteint les seuils précités. Enfin, et en tout état de cause, l'importance des entreprises qui sont concernées rejaillit sur l'intérêt qu'il faut porter au mécanisme des classes de parties affectées et aux modifications qu'entraîne son institution en droit français.

Or, ces modifications sont profondes et ne se résument pas à un simple changement de nom. Certes, il s'agit toujours de consulter des collectivités de créanciers et, au-delà désormais, de parties affectées, sur un projet de plan qui peut être adopté par chacune d'elles à une majorité des deux tiers³. Autrement dit, au sein de chaque classe les majoritaires peuvent, comme auparavant dans les comités, imposer leur opinion aux minoritaires. Il existe ainsi un mécanisme de *cram down* (application forcée) qui devrait néanmoins être moins problématique en raison du critère de regroupement des parties affectées. En effet, désormais, ce n'est plus leur qualité (établissement de crédit, principal fournisseur ou obligataire) mais l'existence d'une communauté d'intérêt économique suffisante caractérisée prioritairement, mais pas seulement, par leur rang qui est retenue. Or, puisqu'il existe une homogénéité de situations au sein d'une classe, une égalité de traitement des parties affectées est retenue (*C. com.*, art. L. 626-31, 2°), ce qui devrait réduire les hypothèses de minorités de blocage ou d'écrasement des minoritaires.

1 PE et Cons. UE, dir. (UE) 2019/1023, 20 juin 2019 : JOUE n° L 172, 26 juin 2019, p. 18 ; JCP E 2019, act. 451 ; JCP E 2019, act. 493.

2 Ord. n° 2021-1193, 15 sept. 2021 : JO 16 sept. 2021, texte n° 21 ; JCP E 2021, act. 647 ; JCP E 2021, act. 672, obs. L. Sautonnie-Laguionie.

3 V. infra C. Fort et G. C. Giorgini, *Les critères de vote et d'adoption du plan* : JCP E 2021, 1528.

En revanche, des différences de traitement pourront, et c'est consubstantiel au mécanisme, exister entre les classes. On imagine alors que certaines de ces classes voteront contre le projet de plan. Pour autant, le plan pourra être adopté car une ou des classes pourront l'imposer à d'autres classes, dissidentes, qui ont voté contre. Il y aura donc une application forcée interclasse ou *cross-class cram-down* qui n'existait pas dans le cadre des comités. Cependant, cette application forcée interclasse ne peut intervenir que dans des conditions qui permettent de sauvegarder les droits des créanciers dissidents de rang supérieur et de ceux dont le rang permettrait d'obtenir un paiement notamment s'il y avait liquidation judiciaire⁴.

2 - Une nouvelle logique qui conduit à examiner les droits des uns et des autres (Frédéric Abitbol). - Le nouveau texte induit en effet un bouleversement fondamental. Selon notre logique historique, qui va perdurer pour les dossiers « hors classes », c'est-à-dire 99 % des dossiers, un plan de sauvegarde ou de redressement repose, fondamentalement, sur un traitement uniforme des créanciers. Aucun abandon ne peut leur être imposé, ce qui est une protection très forte, mais ils peuvent être rééchelonnés sur 10 ans maximum, ce qui est, inversement, parfois vécu comme une contrainte très forte. La nouvelle logique conduit à examiner les droits des uns et des autres : schématiquement, le Trésor public passe devant le créancier nanti, qui passe devant l'URSSAF, qui passe devant le fournisseur. Dans un plan « à classes », cela devra conduire à payer d'abord 100 % de sa créance au Trésor public, par exemple sur les 2 premières années, puis 100 % de sa créance au créancier nanti par exemple sur les 2 années suivantes, puis 100 % de sa créance à l'URSSAF, ici encore par exemple sur les 2 années suivantes, puis enfin 100 % des dettes chirographaires, qui n'auront donc, dans notre exemple, absolument rien touché pendant 6 ans.

3 - Complexité du mécanisme des classes de parties affectées et enjeux de son introduction en droit français (David Robine). - On perçoit qu'il existe une forme de hiérarchisation entre les classes qui justifie la référence principalement au rang pour regrouper les parties affectées.

Si l'on s'en tenait là, le mécanisme des classes de parties affectées serait relativement simple. En réalité, il est beaucoup plus complexe pour différentes raisons. Avant tout, la répartition des créanciers n'intervient pas uniquement en fonction de leur rang. Ensuite, même si l'on ne prend en compte que ce rang, la complexité du droit français des sûretés ne permet pas d'établir un ordre de paiement, une *waterfall*, qui s'impose toujours à l'évidence malgré les apports de la réforme et l'établissement d'un classement des créanciers à l'article L. 643-8 du Code de commerce. Il existe donc en réalité une certaine latitude laissée à l'administrateur judiciaire qui doit constituer les classes et c'est là que le mécanisme devient particulièrement subtil. Il faut en effet garder à l'esprit que les classes sont constituées en vue de l'adoption du plan et que cette latitude dans la constitution peut, dans une certaine mesure, être utilisée de façon téléologique. Il s'agira de parvenir à une répartition des parties affectées à même de

permettre cette adoption. Les changements résultant de l'institution des classes de parties affectées sont donc complexes et importants.

Il faut alors s'interroger sur les raisons de ce chamboulement. Bien sûr, il était imposé par la directive de 2019. Mais on ne peut y voir un simple diktat européen destiné à obliger les juristes français à sortir de leur confort et de leurs habitudes. Ce nouveau système a une vertu indéniable : il permet d'éviter que des créanciers disposant d'une minorité de blocage exercent une pression pour obtenir des avantages dans le cadre du plan alors même qu'ils n'auraient pas vocation à être désintéressés si le débiteur était mis en liquidation judiciaire. D'autres effets donneront davantage lieu à discussion. Tel est le cas de la possibilité d'imposer le plan aux détenteurs de capital mais aussi du rééquilibrage des procédures françaises en faveur des créanciers au détriment des pouvoirs du tribunal.

Les classes de parties affectées appelleront également des discussions plus techniques car l'ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 est imprécise sur certains sujets pourtant essentiels et la directive n'est pas d'un grand secours. En effet, si des indications sont fournies pour la constitution des classes, elles semblent bien insuffisantes pour résoudre les difficultés qui se présenteront en dehors des dossiers les plus simples. L'administrateur judiciaire devra alors exercer son nouveau rôle de chef d'orchestre avec talent pour éviter la cacophonie. De même, la mise en œuvre de dispositions protectrices des parties affectées dissidentes⁵, on pense à la règle de la priorité absolue et à la règle du meilleur intérêt, pourra rendre la mécanique des classes complexe et onéreuse, surtout si on la combine avec les subtilités de leur constitution. Le droit comparé alimentera la réflexion sur ces sujets. Cependant, il est certainement préférable que le droit français adopte sa conception du fonctionnement des classes et ce colloque est là pour y contribuer.

À cette fin, il est avant tout nécessaire d'analyser, de façon statique, les principes gouvernant la constitution des classes. Il sera alors possible de déterminer, de façon plus dynamique, comment cette constitution des classes peut influencer l'adoption ou non du plan.

1. Les principes gouvernant la constitution des classes

4 - Mode d'emploi de la constitution des classes de parties affectées (David Robine). - L'article L. 626-30 du Code de commerce donne un mode d'emploi de la constitution des classes de parties affectées. Avant tout, par définition, seules les parties affectées en sont membres. Cette notion inclut principalement les créanciers dont les droits sont directement affectés par le projet de plan. Mais elle englobe également les détenteurs de capital, tels que définis par le texte, affectés par le projet de plan⁶. En revanche, les créances résultant du contrat de travail, les droits à pension acquis au titre d'un régime de retraite professionnelle et les créances alimentaires ne sont pas affectés par le plan et ne peuvent, par conséquent, conduire à l'inclusion du créancier dans une classe de parties affectées. Par ailleurs,

5 C'est-à-dire qui ont voté contre le projet de plan néanmoins adopté.

6 Sur l'application du mécanisme des classes de parties affectées aux détenteurs de capital, V. ce dossier, M. Laroche et A. Diesbeck, *Les détenteurs de capital* : JCP E 2021, 1530.

4 V. *infra* n° 37 et s.

les parties affectées sont déterminées au vu des créances et droits nés antérieurement au jugement d'ouverture⁷.

5 - Sort des créances de l'AGS (Valérie Leloup-Thomas). - Il convient ici de s'interroger sur le sort des créances de l'AGS notamment celles existant à l'ouverture de la procédure ou celles résultant du licenciement intervenant en période d'observation (en sauvegarde et redressement judiciaire).

Certes, le superprivilège est « *hors plan* » et donc hors classes ; mais qu'en est-il des créances privilégiées et chirographaires de l'AGS ? Si l'on considère qu'il s'agit de créances résultant du contrat de travail, elles seront clairement non affectées par le plan.

6 - Créances de travailleurs (Nicolas Partouche). - Le législateur a retenu que les créances résultant des contrats de travail ne sont pas affectées par le plan (*C. com.*, art. L. 626-30, IV). Cette terminologie induit, nous semble-t-il, que l'AGS bénéficie de ces dispositions après subrogation dans les droits des salariés, lorsqu'elle est subrogée. L'AGS ne pourrait donc se voir imposer de traitement selon les modalités des classes de parties affectées. En présence de classes, le législateur a d'ailleurs prévu que l'article L. 626-18 du Code de commerce, qui permet au tribunal d'imposer des délais de paiement aux créanciers, ne soit pas applicable. Il n'a en revanche pas modifié la rédaction de l'article L. 626-20 de ce code qui liste les créances qui ne peuvent faire l'objet de remises ou de délais non acceptés par les créanciers, dans laquelle ne figurent pas les créances privilégiées et chirographaires. Les créances privilégiées et chirographaires de l'AGS devraient en toute logique toujours pouvoir faire l'objet de délais de paiement pendant toute la durée du plan.

Le législateur a utilisé là une option ouverte par la directive qui proposait aux États membres - mais ne leur imposait pas - de considérer que les créances de travailleurs pouvaient soit être exclues des cadres de restructurations préventives, soit ne pas être affectées par ceux-ci. Le législateur français est allé bien au-delà du texte de la directive en retenant un critère matériel (la nature de la créance) plutôt que le critère personnel du porteur de celle-ci (le travailleur).

7 - Classes constituées à l'ouverture d'une sauvegarde (accélérée ou non) avant que la procédure soit convertie en redressement judiciaire (Valérie Leloup-Thomas). - Cette approche matérialiste conduit à s'interroger sur la situation dans laquelle les classes ont été constituées à l'ouverture d'une sauvegarde (accélérée ou non) avant que la procédure soit convertie en redressement judiciaire : n'est-on pas tenu alors de conserver les classes et partant d'exclure du processus un étalement de la dette privilégiée et/ou chirographaire de l'AGS sans pouvoir procéder en parallèle à la consultation individuelle des créanciers ?

Prenons l'exemple d'une procédure de sauvegarde avec classes de parties affectées. Les rémunérations dues à l'ouverture de la procédure sont exclues de la garantie AGS.

Pour autant, si des licenciements interviennent en période d'observation et que le tribunal décide ensuite de la conversion de la sauvegarde en redressement judiciaire, l'AGS qui n'était pas créancière

peut le devenir à cette occasion. Dès lors, est-il possible de l'inclure dans une classe de parties affectées pour la part de ses créances non superprivilégiées ? Selon l'article L. 622-10, les classes déjà constituées, avant la conversion en redressement judiciaire, sont conservées avec les mêmes modalités de répartition et de calcul des voix. Les opérations de constitution des classes se poursuivent nonobstant la conversion.

On comprend que si l'AGS est hors classes en sauvegarde, elle le demeure à l'occasion de la conversion en redressement judiciaire.

Sans déflorer le sujet de la prochaine table ronde⁸, on peut se demander à ce stade s'il est envisageable de cumuler la procédure avec constitution de classes et celle de la consultation individuelle prévue aux articles L. 626-5 et L. 626-18 pour proposer des délais et remises aux créanciers hors classes et partant à l'AGS ?

L'article L. 626-30-2 semble l'exclure puisqu'il dispose expressément que le projet de plan soumis au vote des classes ne relève pas des dispositions de l'article L. 626-18. Si l'entreprise n'est pas en mesure de financer le coût des mesures de restructuration sociales, elle devra « *sortir* » du mécanisme des classes de parties affectées et présenter un plan classique avec consultation individuelle des créanciers (à moins qu'un plan concurrent ne soit présenté par les créanciers puisque cela reste possible en redressement judiciaire).

Autant de questions qui trouveront leurs réponses à l'épreuve de la pratique et de la jurisprudence à construire.

8 - Répartition des parties affectées (David Robine). - On le voit, la notion même de partie affectée est délicate à manier. Mais ce n'est que le début de nos soucis. Les parties affectées doivent en effet être réparties, par l'administrateur, entre plusieurs classes représentatives d'une communauté d'intérêt économique suffisante. Il doit pour cela prendre en compte des « *critères objectifs vérifiables* ». L'administrateur n'est de plus pas totalement libre dans la mise en œuvre de ce critère de répartition car l'article L. 626-30, III donne plusieurs directives. D'abord, les créanciers titulaires de sûretés réelles portant sur les biens du débiteur, pour leurs créances garanties, et les autres créanciers doivent être répartis en classes distinctes. Ensuite, la répartition en classes doit respecter les accords de subordination conclus avant l'ouverture de la procédure. Enfin, les détenteurs de capital doivent former une ou plusieurs classes.

La mise en œuvre concrète de ces directives semble complexe et soulève de nombreuses questions. On comprend que la caractérisation de la communauté d'intérêt économique suffisante repose en principe sur le rang de la créance. Mais, même si l'on admet ce principe, on peut s'interroger sur la façon de le combiner avec l'hétérogénéité des sûretés françaises et les choix qui peuvent être faits par ceux qui en bénéficient au moment de leur réalisation. Comment, par exemple, prendre en compte l'existence d'un droit de rétention ?

9 - « Communauté d'intérêt économique suffisante » et « critères objectifs vérifiables » (Nicolas Partouche). - Le Gouvernement est manifestement mu par la crainte du développement d'une créativité excessive des administrateurs judiciaires ou des parties prenantes

⁷ S'agissant du créancier garanti par une fiducie, V. *infra* n° 37

⁸ V. ce dossier, C. Fort et G. C. Giorgini, *Les critères de vote et d'adoption du plan* : JCP E 2021, 1528.

elles-mêmes : il a en effet pris soin de qualifier la communauté d'intérêt suffisante d'« économique ». Mais également de spécifier que les critères de constitution des classes doivent être « objective-ment » vérifiables. Autant d'ajouts au texte originel de la directive⁹. La créativité devra donc rester empreinte d'une objectivité toute économique. C'est en outre assez éloigné de la définition des classes de créanciers au sens du chapitre 11 américain qui a pourtant fortement inspiré la directive, au sein duquel l'intérêt subjectif (et non nécessairement financier) du créancier vis-à-vis du débiteur peut être pris en considération pour la constitution des classes.

10 - Exemple de situation de communauté d'intérêt suffisante (Frédéric Abitbol). - Je pense que les administrateurs judiciaires n'auront pas d'autre choix que d'être, sinon créatifs, du moins extrêmement pragmatiques : si la communauté d'intérêt est « économique », elle ne peut pas se résumer à un critère purement juridique ou financier. On peut prendre quelques exemples pour le démontrer. Envisageons d'abord le cas d'une entreprise qui aurait deux bailleurs. L'un des baux est poursuivi alors que l'autre est résilié. Il est évident que le premier bailleur continuera de s'inscrire dans une relation commerciale pérenne avec l'entreprise, alors que l'autre deviendra un créancier « pur », n'ayant d'intérêt que pour le seul traitement de sa créance. Sont-ils en situation de communauté d'intérêt suffisante ? La même question peut se poser en examinant la situation des fournisseurs. Un fournisseur stratégique, prêt à des efforts importants pour préserver sa relation commerciale, n'aura pas strictement le même intérêt qu'un fournisseur, par exemple, d'électricité ou de téléphonie. Ici encore, parce que l'un voudra pérenniser une relation commerciale, alors que l'autre ne considérera que le seul paiement de sa créance. Un dernier exemple, mais on pourrait en citer des dizaines : celui de créanciers bénéficiant de sûretés ou de privilèges de même rang, mais sur des actifs différents. Imaginons deux créanciers hypothécaires sur deux immeubles différents. Il n'existe, entre eux, aucune communauté d'intérêt particulière, surtout si l'un des immeubles a une grande valeur, et l'autre très peu.

11 - Prise en compte de l'efficacité de la sûreté (Valérie Leloup-Thomas). - Cela revient à poser la question de la prise en compte de l'efficacité de la sûreté, au moment de la constitution des classes, comme élément de la définition de la notion de communauté d'intérêt économique.

Prenons le cas d'un créancier pour 100, titulaire d'une sûreté réelle ayant pour gage un bien dont la valeur de réalisation est de 80. Doit-on l'intégrer pour 100 dans une classe au titre de sa créance garantie ? Ou peut-on considérer que la répartition en classes s'effectue selon les termes de la directive « de façon à refléter [les] droits [des parties affectées] et le rang de leurs créances et des intérêts », c'est-à-dire en fonction des droits que le bénéficiaire de la sûreté réelle obtiendrait en cas de réalisation du bien grevé ? Autrement dit, on prendrait en compte, pour les créanciers titulaires de sûreté, la valeur de celle-ci, dans la limite de la créance garantie venant en rang utile, le solde étant « non garanti » (réparti comme un chirographaire).

9 PE et Cons. UE, dir. (UE) 2019/1023, 20 juin 2019, art. 9, al. 4.

Selon cette approche patrimoniale fondée sur la valeur du bien, le créancier pourrait-il être inclus dans deux classes séparées : pour 80 dans une classe de créanciers titulaires de sûretés réelles et pour 20 dans une classe de créanciers chirographaires (exemples : hypothécaire sur immeuble, bailleur sur matériel meublant, inscription sur fonds de commerce, etc.) ?

Cette vision anglo-saxonne, fondée sur la valeur, suppose une lecture extensive du texte dans la mesure où l'article L. 626-30, III précise : « pour leurs créances garanties » et semble poser comme condition à respecter la prise en compte de la totalité de la créance garantie.

12 - Prise en compte de la totalité de la créance garantie (David Robine). - Cette question est particulièrement intéressante et épineuse. Elle met en évidence la difficulté d'importer en droit français un mécanisme élaboré dans le cadre d'un système juridique différent. Selon moi, il faut ici suivre la lettre de l'article L. 626-30, III, 1^o et prendre en considération la créance garantie dans une classe de titulaires de sûretés dans son intégralité même si la valeur de l'assiette ne la couvre que partiellement. De plus, retenir la solution contraire impliquerait que le créancier vote pour la partie de sa créance non couverte par cette valeur dans la classe des créanciers chirographaires. Cela ne me paraît pas conforme aux textes et à notre conception du créancier chirographaire et, par opposition, du créancier garanti. Enfin, si l'on souhaite prendre en compte la protection réellement conférée par une sûreté, il ne faut pas se fonder uniquement sur la valeur de l'assiette mais aussi sur les chances d'être payé au regard de son efficacité.

Pour autant, la question de l'efficacité de la sûreté peut être à mon avis prise en compte de deux façons. D'abord, il est possible de constituer des classes distinctes de créancier titulaires de sûretés réelles afin de permettre un traitement lui-même différent des créanciers par le plan. Il faut néanmoins qu'il y ait de réelles différences et ne pas aboutir à une constitution d'une multitude de classes avec un seul créancier. Ensuite, l'efficacité de la sûreté sera prise en compte dans le cadre de la mise en œuvre du critère du meilleur intérêt qui sera évoqué plus loin. Il demeure cependant que le respect de la règle de la priorité absolue pourra être source de difficultés.

13 - Respect de la règle de la priorité absolue, source de difficultés (Frédéric Abitbol). - La première de ces difficultés, ce sera d'être capable de déterminer, comme on dit, où la valeur « casse » ou, en bon français, qui est, ou non, « dans la monnaie ». Le problème est que l'article L. 626-31 impose la prise en compte de plusieurs situations. Il indique d'abord que les créanciers récalcitrants ne devront pas être traités plus mal qu'ils ne le seraient dans le cadre d'un plan de cession. Ici, ce sera souvent assez simple de démontrer que personne, ou presque, n'est dans la valeur. L'article L. 626-31 impose ensuite d'envisager l'hypothèse d'une liquidation judiciaire. Il faudra alors, en plus de la valeur liquidative des actifs, projeter ce que sera le montant final du passif, rang par rang et, en conséquence, notamment projeter le coût du licenciement de 100 % des salariés. Enfin, l'article L. 626-31 envisage le cadre « d'une meilleure solution alternative ». Cela promet de beaux débats.

J'ajoute, pour faire bonne mesure, que le classement des créanciers ne peut pas se faire de façon purement verticale, chaque créancier étant

bien aligné derrière celui qui le prime. En effet, au-delà des rangs et privilèges généraux, il existe d'innombrables privilèges spéciaux, sûretés spéciales et droits de préférence, permettant à des créanciers d'être payés avant les autres non pas au regard de la valeur globale de l'entreprise, mais de la valeur individuelle des biens sur lesquels portent leurs droits. Or, certains de ces droits priment les privilèges généraux, mais pas tous. Par conséquent, pour se représenter le rang utile des créanciers, ce n'est pas une ligne qu'il faut tracer, mais plutôt une matrice en 3 dimensions.

14 - Remarques sur la constitution de la classe des détenteurs (Nicolas Partouche). - La constitution de la classe des détenteurs de capital appelle certains commentaires. Le texte consacre l'existence de plusieurs classes de détenteurs de capital ce qui suppose donc l'existence de communauté d'intérêt économique suffisante entre eux, mais distincte entre ces classes. On pense en premier lieu aux différences objectives pouvant exister entre les titres de capital, en présence par exemple d'actions ordinaires et d'actions de préférence (comme les actions dotées de droits de vote multiples). On pense également à la distinction entre détenteurs actuels de capital et détenteurs de titres donnant accès ou pouvant donner accès à terme au capital, on distinguera alors par exemple les actions ordinaires des porteurs de bons de souscription d'actions, mais aussi les porteurs d'obligations convertibles en actions ou remboursables en actions. Pourrait-on regrouper dans une classe les détenteurs effectifs de droit de vote double de sociétés cotées qui détiennent leurs actions depuis plus de 2 ans ? Certainement, si le plan prévoit par exemple la suppression de ce droit de vote double.

15 - Respect des accords de subordination (David Robine). - Une autre source de difficulté réside dans l'exigence, à l'article L. 626-30 du Code de commerce, d'un respect des accords de subordination. Cette exigence est plus claire que la référence à une prise en compte de ces accords qui figurait à l'ancien article L. 626-30-2 et qui avait donné lieu à discussion. Pour autant, sa mise en œuvre lors de la constitution des classes comporte une part d'incertitude. On peut se demander par exemple si un créancier junior et un créancier senior doivent nécessairement être localisés dans des classes différentes.

16 - Sens de l'obligation de respect des accords de subordination (Nicolas Partouche). - Il convient en outre de s'interroger sur le sens de l'obligation de respect des accords de subordination. Car si les rangs de paiement organisés par l'accord de subordination sont opposables à la procédure, qu'en est-il du rôle de l'administrateur judiciaire pour la constitution des classes de parties affectées ? Les créanciers parties à l'accord auront organisé par avance la composition des classes de parties affectées, y compris possiblement s'agissant des créanciers non parties à l'accord. Si l'administrateur considère que cette répartition ne respecte pas les dispositions de l'article L. 626-30, sera-t-il obligé de les appliquer néanmoins et de laisser au tribunal le soin de rejeter le plan, le cas échéant ? Le praticien de l'insolvabilité peut également être confronté à une répartition en rangs valable, mais dont il considère qu'elle n'offre pas les meilleures chances d'adoption du plan alors qu'une autre répartition, elle-même valable, offrirait selon lui une probabilité de succès plus

élevée. Le poids de l'accord de subordination est, on le voit, important. Cet accord pourrait d'ailleurs être relativement contemporain de l'ouverture de la procédure collective, car il aura pu être conclu, ou remodelé, lors de la procédure préventive qui précédera le basculement en sauvegarde s'il s'agit de cette dernière.

En ayant décidé entre eux d'un rang de paiement de leurs créances mais également mécaniquement par rapport aux créanciers qui ne sont pas parties à cet accord, le législateur ne consacre-t-il pas une portée de l'accord de subordination au-delà de la communauté des parties au contrat, qui contrevient à l'effet relatif de ces derniers ?

17 - Accord entre créanciers sur les ordres de paiement (Frédéric Abitbol). - En toute logique, dans le cadre d'un financement structuré, les créanciers se sont mis d'accord par avance sur les ordres de paiement devant exister entre eux. Ce qui paraît caractéristique de l'existence d'une communauté d'intérêt(s), que les créanciers auront pré-organisée. C'est en quelque sorte leur contrat de mariage. Il paraît donc logique de le respecter, et de placer tous les créanciers concernés dans une même classe. Cela étant, rien n'interdit à mon sens d'y déroger et de prévoir, par exemple, une classe pour chaque catégorie de ces créanciers. Et rien n'interdit non plus qu'une solution ou l'autre soit adoptée en fonction de chaque cas particulier.

18 - Portée d'un accord de subordination (David Robine). - Selon moi, l'accord de subordination ne peut pas prévoir le classement des créanciers qui n'y sont pas partie et lier l'administrateur judiciaire. Lorsque l'article L. 626-30 impose de respecter l'accord de subordination c'est dans la mesure où il organise les relations entre les créanciers qui y sont partie. Pour le reste, c'est l'ordre résultant de la loi qui doit être appliqué. La mise en perspective des dispositions de l'accord de subordination et des droits des créanciers qui n'y sont pas partie sera, ceci dit, parfois délicate s'ils sont titulaires de sûretés.

19 - Partie affectée réunissant plusieurs qualités. - Si on laisse l'accord de subordination de côté, on peut aborder une autre difficulté qui se présentera lorsqu'une partie affectée réunira plusieurs qualités : créancier chirographaire pour une créance et garanti par une sûreté pour une autre ; détenteur de capital et créancier... Dans ce cas, bien entendu, la partie affectée concernée sera incluse dans plusieurs classes différentes. Mais ne peut-on pas considérer que la pluralité de qualités rompt la communauté d'intérêt économique qui aurait existé sans conteste en présence d'une qualité unique ?

20 - La communauté d'intérêt : ni strictement financière, ni strictement juridique (Frédéric Abitbol). - On revient au fait que la notion de communauté d'intérêt ne peut pas être strictement financière, ni juridique. Une créance en compte courant d'actionnaire, qui n'est d'ailleurs pas toujours une créance chirographaire, n'est évidemment pas une créance comme une autre. On comprend très bien, par exemple, que lorsqu'un créancier abandonne sa créance, il subit une perte sèche, alors que lorsqu'un actionnaire abandonne sa créance, il perd dans sa poche droite de créancier ce qu'il gagne dans sa poche gauche d'actionnaire. On ne peut pas l'ignorer au moment de la constitution des classes.

21 - Sort des détenteurs de capital (Valérie Leloup-Thomas). - En effet, le sort des détenteurs de capital retient l'attention dans la mesure où ils peuvent être directement affectés par le plan et inclus à ce titre dans des classes distinctes :

- en tant que créanciers d'abord au titre de créances en compte courant (d'exploitation ou financier) : il ne s'agit pas d'une créance comme les autres, mais bien d'une créance qui pourra être intégrée au sein d'une classe distincte de celle des détenteurs de capital ;
- en tant que « *propriétaire* » de l'entreprise, ensuite : en effet, le détenteur de capital pris en sa qualité d'actionnaire n'est pas un (ou qu'un) créancier : la directive vise concernant les détenteurs de capital : « *toute personne détenant une participation au capital d'un débiteur ou de son entreprise, y compris un actionnaire, dans la mesure où cette personne n'est pas un créancier* ».

On peut également citer l'exemple des créances des établissements de crédit.

Sous le régime des comités, la situation était assez simple : quelle que soit l'origine de leurs créances, ils étaient de droit membres du comité des établissements de crédit et assimilés.

Désormais, il faudra s'interroger sur la nature de la créance. Ainsi, une même banque pourra être intégrée au sein de classes distinctes (garantis/non garantis). Prenons l'exemple d'un établissement de crédit créancier au titre :

- d'un prêt doublement garanti par une hypothèque et une inscription du fonds de commerce ;
- du découvert bancaire non garanti par une sûreté réelle mais personnelle (caution du dirigeant).

Le créancier pourra être inclus :

- s'agissant du prêt, dans une classe de « *créanciers garantis* », voire dans deux classes séparées : celle des créanciers titulaires de sûretés réelles immobilières (hypothèque) et celle des créanciers titulaires de sûretés réelles mobilières (nantissement de fonds de commerce) ;
- s'agissant du découvert bancaire non garanti par une sûreté réelle mais personnelle (caution du dirigeant), au sein d'une classe de créanciers non garantis (chirographaires).

22 - Pluralité de sûretés garantissant une même dette (David Robine). - La seconde situation ne pose pas, de prime abord, de difficulté dans la mesure où la sûreté personnelle ne remet pas en cause la qualité de créancier chirographaire. Il est vrai cependant que le bénéfice d'une garantie par un tiers peut avoir une incidence sur l'intérêt du créancier. En tout état de cause, la situation où plusieurs sûretés réelles différentes garantissent une même dette est effectivement épineuse.

23 - Parties affectées schizophrènes (Nicolas Partouche). - L'intérêt économique suffisant ne doit-il pas conduire à prendre en considération la spécificité des parties affectées schizophrènes ? Pour prendre un exemple, deux créanciers chirographaires peuvent-ils à ce titre être rassemblés dans la même classe alors que l'un d'entre eux détiendrait par ailleurs des créances ou droits relevant d'une autre classe ce qui pourrait influencer le sens de son vote au sein de la classe des créanciers chirographaires ? Sa double qualité ne devrait-elle pas par nature le conduire à constituer une classe à part au titre

de sa créance chirographaire pour appréhender les effets ou conflits induits par sa schizophrénie ?

24 - Classe de créanciers publics privilégiés (David Robine). - Par ailleurs, les classes évoquées à l'article L. 626-30 du Code de commerce ne sont pas les seules envisageables. Le rapport au président de la République évoque ainsi la constitution d'une classe de créanciers publics privilégiés.

25 - AJ/MJ et classe de créanciers publics privilégiés (Frédéric Abitbol). - Je ne vous cache pas que les administrateurs judiciaires et les mandataires judiciaires l'ont bien en tête. Quand ce sera nécessaire, on a tout à fait dans l'idée de constituer des classes de créanciers publics, qui sont privilégiés et bien souvent « *dans la monnaie* », pour faire prévaloir l'intérêt général et faire passer des plans qui ne se bornent pas à simplement subir la loi des créanciers.

26 - Créanciers publics (Valérie Leloup-Thomas). - Le cas des créanciers publics est particulièrement intéressant à cet égard. Car, au fond, ils ont une communauté d'intérêt économique qui va au-delà du désintéressement de leurs créances. Il s'agit de l'intérêt général, l'intérêt public économique : celui de permettre la pérennité de l'entreprise et la sauvegarde de l'emploi. Selon cette conception, on pourrait les regrouper au sein d'une classe unique. Mais si l'on considère que les créanciers publics bénéficient de rangs différents, privilège fiscal primant le privilège des caisses sociales, que leurs créances sont pour certaines rémissibles et d'autres non rémissibles, ne faut-il pas envisager de les inclure dans des classes distinctes, en respectant au sein de chaque classe un traitement égalitaire ?

27 - Classe *ad hoc* (Nicolas Partouche). - C'est clairement l'esprit de la directive qui cite les créances des administrations fiscales et sociales comme pouvant constituer des natures de créances spécifiques justifiant la constitution d'une classe *ad hoc*¹⁰.

28 - Application du mécanisme des classes lorsque les seuils ne sont pas respectés (David Robine). - Cette complexité potentielle de la constitution des classes de parties affectées, à laquelle s'ajouteront, on le verra, les difficultés de mise en œuvre du mécanisme et son coût, conduit à soulever deux dernières questions pour clore cette première partie de la table ronde. La première porte sur la possibilité offerte au débiteur, en sauvegarde ou en redressement judiciaire, et à l'administrateur, dans cette seconde procédure uniquement, de demander l'application du mécanisme des classes lorsque les seuils ne sont pas respectés. Dans quels cas peut-on imaginer que cette faculté sera utilisée ?

29 - Application volontaire du régime des classes (Frédéric Abitbol). - L'application du régime des classes ne dépend pas du montant du passif à restructurer, comme on aurait pu l'imaginer, mais du nombre de salariés et du chiffre d'affaires. C'était déjà le cas avant la réforme et c'est la raison pour laquelle les plus gros dossiers de la place, qui concernaient des sociétés *holdings*, ne relevaient pas de

¹⁰ PE et Cons. UE, dir. (UE) 2019/1023, 20 juin 2019, cons. 44.

l'ancien régime des comités. La réforme apporte cependant une correction très importante, puisqu'on ne s'attache plus seulement au nombre de salariés et au chiffre d'affaires de la société en difficulté mais aux chiffres consolidés prenant en compte les sociétés qu'elle contrôle. En principe, donc, les gros dossiers seront soumis au régime des classes. Mais tous ne le seront pas nécessairement. On peut penser, par exemple, aux dossiers immobiliers, dans lesquels il peut y avoir une grosse dette et peu de chiffre d'affaires. L'application volontaire du régime pourra donc d'abord chercher à corriger ces éventuelles anomalies. On pourra aussi, évidemment, faire une application volontaire du régime pour tous les dossiers « *pré-packés* », dans lesquels les termes de la restructuration auront été négociés en conciliation, pour être mis en œuvre à travers les classes de créanciers.

30 - Exemple d'intérêt à l'application volontaire des classes de parties affectées (Nicolas Partouche). - Hors classes de parties affectées, les règles actuelles demeurent : le tribunal peut toujours imposer des délais uniformes de paiement (*C. com., art. L. 626-18*) mais il ne peut, pas plus qu'hier, imposer des remises à des créanciers qui ne les auraient pas acceptées expressément ou tacitement. Partant, un débiteur ou un administrateur judiciaire peut clairement voir l'intérêt d'une application volontaire des classes de parties affectées à un débiteur en vue de permettre l'adoption du plan qui leur semble le plus pertinent, et pouvoir ainsi imposer aux créanciers récalcitrants ledit plan.

31 - Simplification du mécanisme des classes ? (David Robine) - La seconde question soulevée par la complexité de la constitution des classes porte sur le potentiel salut que l'on peut espérer de l'ingéniosité des praticiens de l'insolvabilité. Ne vont-ils pas tenter de simplifier le mécanisme des classes notamment en utilisant la période préparatoire que peut offrir la conciliation ?

32 - Consensus et procédure amiable (Nicolas Partouche). - Très clairement, et comme aujourd'hui à propos des propositions d'apurement du passif, il est de l'intérêt de toutes les parties prenantes (débiteur, administrateurs et mandataires judiciaires mais aussi créanciers) qu'un consensus fort soit atteint au stade de la procédure amiable et qu'une majorité de créanciers ait d'ores et déjà agréé les modalités de constitution des classes qui seront activées en procédure collective. La rapidité de la procédure comme son efficacité avec la diminution du risque de recours en seront renforcées.

33 - Bonne pratique (Frédéric Abitbol). - On est d'accord et c'est la bonne pratique : une bonne sauvegarde, c'est une sauvegarde prénégociée.

2. La constitution des classes au service de l'adoption du plan

34 - Enjeu d'un vote favorable (David Robine). - En sauvegarde, les classes de parties affectées sont constituées pour permettre une consultation des créanciers sur le projet de plan qui leur est soumis par le débiteur avec le concours de l'administrateur judiciaire. Aucune proposition alternative n'est prévue dans cette procédure. Mais

si le projet de plan n'est pas adopté, le tribunal ne peut plus arrêter un plan suite à une consultation individuelle. Un basculement en redressement judiciaire peut alors intervenir. Dans ce cas, les parties affectées auront davantage la main. En effet, en redressement judiciaire, le projet de plan est élaboré par l'administrateur judiciaire avec le concours du débiteur mais toute partie affectée peut soumettre un projet de plan aux classes. Relevons qu'ici, si aucun plan n'est adopté, le tribunal peut arrêter un plan à l'issue d'une consultation individuelle (*C. com., art. L. 631-19, I*). On perçoit ainsi tout l'enjeu que peut représenter le vote favorable des classes.

35 - Incitation à l'utilisation du cadre préventif de traitement des difficultés (Nicolas Partouche). - Alors que la directive laissait aux États membres la faculté, sans l'imposer, de prévoir la possibilité pour les créanciers de proposer un plan (et à quelles conditions), le Gouvernement a choisi de renouer avec l'esprit de la procédure de sauvegarde : une procédure dont l'initiative revient au débiteur et ce tant à l'ouverture que pour la proposition de plan. C'est clairement une incitation à l'utilisation du cadre préventif de traitement des difficultés. Mais l'effet pervers de cette disposition est d'inciter les créanciers récalcitrants à bloquer l'adoption du plan en sauvegarde pour basculer en redressement judiciaire et pouvoir alors eux-mêmes proposer un plan. N'aurait-il pas mieux valu maintenir une compétition saine entre plans en sauvegarde pour ne pas dégrader la situation de l'entreprise lors du basculement en redressement judiciaire ?

36 - Rôle du tribunal et des créanciers en cas de redressement judiciaire (Frédéric Abitbol). - Ce point est fondamental. Il s'agit même du changement le plus fondamental apporté par la réforme : avec le régime des classes, soit on se met d'accord et tout va très bien, soit on n'y parvient pas et on est alors dans l'impasse. En privant le tribunal de la possibilité de reprendre la main, à travers un plan imposé, l'ordonnance a totalement bouleversé l'équilibre sur lequel reposait notre droit, qui pouvait se résumer de la façon suivante : soit la négociation permet de concilier les intérêts privés antagonistes du débiteur et de ses créanciers, soit le tribunal reprend la main et impose une solution au nom de l'intérêt général. Aujourd'hui, si les classes n'approuvent pas le plan, la sauvegarde échoue, ce qui conduit logiquement au redressement judiciaire dans lequel les créanciers pourront imposer leur plan. Or, ce plan peut prévoir une prise de contrôle hostile à laquelle les actionnaires, s'ils n'apparaissent pas dans la monnaie, ne pourront plus résister puisqu'ils subiront eux-mêmes le *cross-class cram-down*. C'est absolument fondamental, et c'est un choix politique qui a été fait. Ce n'est pas un secret que la profession a milité contre. Concrètement, pour toutes nos grosses PME et nos ETI, les créanciers les plus dynamiques pourront beaucoup plus facilement imposer leurs vues à l'entreprise dès la conciliation, en sachant que, *in fine*, rien ne sera possible sans leur accord puisque le tribunal a été privé de son principal levier que constituait le plan imposé.

37 - Comment favoriser l'adoption du projet de plan par les classes ? (David Robine) - Deux leviers peuvent alors être actionnés pour favoriser l'adoption du projet de plan par les classes. Le premier tient bien entendu à l'adaptation de son contenu. Comme dans le cadre des anciens comités, le projet peut notamment prévoir 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 (*C. com.*, art. L. 620-30-2). Toutefois, les créanciers protégés par le privilège de conciliation ou le privilège de *post money* ne pourront se voir imposer des remises ou délais qu'ils n'auraient pas acceptés. Le créancier garanti par une fiducie bénéficie lui aussi d'une protection contre les effets du plan. L'article L. 626-30, V en tient compte en disposant, s'agissant du calcul des voix, que « pour les parties affectées bénéficiaires d'une fiducie constituée à titre de garantie par le débiteur, sont seuls pris en compte les montants de leurs créances non assorties d'une telle sûreté ». Mais, on l'a dit, une constitution des classes de façon téléologique, sans être pour autant artificielle, est également envisageable. Il s'agit du second levier. Pour s'en rendre compte, il faut exposer rapidement les règles d'adoption du projet de plan¹¹. Si chacune des classes se prononce à la majorité des 2/3 en faveur d'un projet de plan, celui-ci est adopté et le tribunal peut arrêter le plan sous réserve que les conditions énoncées à l'article L. 626-31 soient respectées. Parmi ces conditions on relèvera d'abord la nécessité de respecter un principe d'égalité entre créanciers au sein d'une même classe¹². Il faut mentionner ensuite l'obligation de respecter le critère du meilleur intérêt. Ce *best interest test* impose qu'aucune partie affectée dissidente ne se trouve dans une situation moins favorable du fait du plan que celle qu'elle connaîtrait s'il était fait application soit de l'ordre de priorité pour la répartition des actifs en liquidation judiciaire ou du prix de cession de l'entreprise en application de l'article L. 642-1, soit d'une meilleure solution alternative si le plan n'était pas validé.

38 - Préservation des intérêts de toutes les parties affectées (Valérie Leloup-Thomas). - Il convient de rappeler que le législateur a maintenu l'obligation pour le tribunal de s'assurer que les intérêts de toutes les parties affectées sont suffisamment protégés, indépendamment du respect des autres conditions fixées par la directive et désormais par l'ordonnance. L'avis du mandataire judiciaire, représentant de l'intérêt de l'ensemble des créanciers, sera à cet égard éclairant. Et les praticiens savent que cette obligation fonde régulièrement des recours en contestation de la validité du plan et des propositions d'apurement du passif.

39 - Application forcée interclasse du plan (David Robine). - Il est également possible que le plan soit adopté alors que toutes les classes n'ont pas voté en sa faveur. Si les conditions de l'article L. 626-32 sont respectées¹³, il peut en effet y avoir une application forcée inter-

classe. Il existera alors des classes dissidentes qui se verront appliquer le plan sans avoir voté en sa faveur à la majorité requise. Toutefois, on vient de le dire, cette application forcée interclasse, qui doit être demandée en sauvegarde par le débiteur ou par l'administrateur avec le consentement du débiteur¹⁴, est soumise à conditions. D'abord, ici aussi, il faut vérifier que le critère du meilleur intérêt est respecté. Ensuite, l'article L. 626-32, I, 3° impose de respecter la règle de la priorité absolue selon laquelle « les créances des créanciers affectés d'une classe qui a voté contre le plan sont intégralement désintéressées par des moyens identiques ou équivalents lorsqu'une classe de rang inférieur a droit à un paiement ou conserve un intéressement dans le cadre du plan ». Autrement dit, un plan peut être adopté sans l'accord des créanciers qui sont en haut de la *waterfall* mais il faudra les désintéresser. Cette règle connaît toutefois des dérogations prévues à l'article L. 626-32, II. Par ailleurs, il existe des conditions spécifiques en cas d'application forcée du plan à une classe de détenteurs de capital. Au regard des règles qui viennent d'être évoquées, on imagine que des stratégies peuvent être retenues pour construire les classes de façon à ce que le plan soit adopté. Pour s'en tenir à une illustration simple, il peut être préférable, lorsque le choix est envisageable, d'intégrer des créanciers à une classe où ils seraient minoritaires sans détenir une minorité de blocage plutôt que de les réunir dans une classe séparée. En effet, dans le premier cas, seules les conditions d'un *cram down* devraient être respectées alors que dans le second celles plus exigeantes d'un *cross-class cram-down* seront vérifiées.

On imagine alors aisément que la constitution des classes donnera lieu à des contestations. C'est pourquoi, pour finir, on peut s'interroger sur les recours offerts à ceux qui souhaiteraient élever de telles contestations.

40 - Droit à recours des parties prenantes (Valérie Leloup-Thomas). - Le nouveau régime des classes de parties affectées renforce le droit à recours des parties prenantes ; désormais, c'est avant même le vote que le recours portant sur la qualité de partie affectée, les modalités de répartition des classes ou le calcul des voix correspondant, peut et doit être exercé, dans un délai de 10 jours à compter de la notification des modalités correspondantes. Ce recours appartient à chaque partie affectée, au débiteur, à l'administrateur et au mandataire judiciaire ainsi qu'au ministère public. Ce recours est désormais soumis à la compétence du juge-commissaire qui devra le trancher en amont de la décision du tribunal sur le plan.

Toutes les parties prenantes au recours sont convoquées devant le juge-commissaire (débiteur, AJ, MJ, et la partie affectée auteur du recours, le cas échéant, de même que toutes les parties affectées de la même classe). Mais seuls l'administrateur et le ministère public peuvent émettre des observations pour le premier et un avis pour le second.

sonnement supposer, après détermination de la valeur du débiteur en tant qu'entreprise en activité, qu'elle n'aurait droit à aucun paiement, si l'ordre de priorité des créanciers pour la répartition des actifs en liquidation judiciaire ou du prix de cession de l'entreprise en application de l'article L. 642-1, était appliqué ».

¹⁴ En redressement judiciaire, l'article L. 631-19 prévoit que le premier alinéa de l'article L. 626-30-2 n'est pas applicable pour l'application forcée interclasse.

¹¹ V. C. Fort et G. C. Giorgini, *Les critères de vote et d'adoption du plan* : JCP E 2021, 1528.

¹² Le 2° de l'article L. 626-31 impose que les parties affectées, partageant une communauté d'intérêt suffisante au sein de la même classe, bénéficient d'une égalité de traitement et soient traitées de manière proportionnelle à leur créance ou à leur droit.

¹³ Ce texte exige notamment que le plan ait été approuvé par : « a) Une majorité de classes de parties affectées autorisées à voter, à condition qu'au moins une de ces classes soit une classe de créanciers titulaires de sûretés réelles ou ait un rang supérieur à celui de la classe des créanciers chirographaires ; b) A défaut, par au moins une des classes de parties affectées autorisée à voter, autre qu'une classe de détenteurs de capital ou toute autre classe dont on peut rai-

41 - Principe du contradictoire (Nicolas Partouche). - Le législateur a retenu ici une conception bien particulière du principe du contradictoire et on voit notamment mal ce qui justifie par exemple que le mandataire judiciaire soit privé du droit de s'exprimer, alors même qu'il est le garant de l'intérêt de tous les créanciers et qu'il peut d'ailleurs lui-même former un recours.

Le juge-commissaire devra veiller à la rapidité puisqu'il lui faut statuer dans les 10 jours à compter de sa saisine. Un appel peut être formé devant la cour d'appel qui devra elle-même statuer dans les

15 jours de sa saisine. Tout est donc fait pour faciliter la résolution rapide de ces litiges et ne plus devoir attendre l'audience d'examen du plan comme c'est le cas aujourd'hui.

Si le nouveau dispositif ne semble pas accorder d'effet suspensif à ces recours, l'administrateur a l'obligation d'actualiser, s'il y a lieu, les modalités de constitution des classes et répartition des droits de vote lorsqu'il a été statué de manière définitive sur la contestation et au moins 3 jours avant la date du vote. L'administrateur devra donc attendre que le recours soit purgé. ■

PLAN DE SAUVEGARDE

1528

Les critères de vote et d'adoption du plan

L'ordonnance du 15 septembre 2021, transposant la directive Restructuration et insolvabilité, bouleverse les équilibres antérieurs afin d'améliorer la situation des créanciers tout en confirmant la préférence de principe pour le sauvetage de l'entreprise débitrice. Cette étude revient sur les choix opérés par le législateur s'agissant des modalités de vote des classes, d'une part, et d'adoption du plan, d'autre part.

Étude rédigée par :

Charlotte Fort,

administrateur judiciaire associé, Étude FHB

et Giulio Cesare Giorgini,

maître de conférences à l'université Côte d'Azur (CNRS, GREDEG), directeur du M2 droit et pratique du commerce international

1 - La transposition de la directive Restructuration et insolvabilité¹ par l'ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021² et le décret n° 2021-1218 du 23 septembre 2021³ constitue une évolution ma-

jeure du droit des entreprises en difficulté français pour les dossiers financiarisés et les plus sophistiqués. Pour les dossiers de TPME, le dispositif antérieur coexiste avec le nouveau régime des classes de créanciers. En particulier, les praticiens ont accueilli avec soulagement le maintien du pouvoir du tribunal d'imposer des délais aux créanciers dans les plans sans classes, en sauvegarde comme en redressement judiciaire. Cet outil offre une issue à de nombreux dossiers de TPME. Les cautions des dirigeants sont davantage protégées ce qui doit être salué également. Cependant, l'instauration de classes de créanciers est une nouvelle étape d'un volontarisme législatif qui se nourrit de la foi en la capacité du droit à changer l'économie⁴. La réforme bouleverse les équilibres antérieurs afin d'améliorer la situation des créanciers tout en confirmant la préférence de principe pour le sauvetage de l'entreprise débitrice. Il était urgent d'aviver la logique économique des procédures, pour que la restructuration dépende vraiment des créanciers qui sont encore dans la valeur de l'entreprise. La recherche de l'efficience commande une telle position : les procédures de réorganisation offrent des taux de recouvrement plus élevés

1 PE et Cons. UE, dir. (UE) 2019/1023, 20 juin 2019, relative aux cadres de restructuration préventive, à la remise de dettes et aux déchéances, et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes, et modifiant la directive (UE) 2017/1132 : JOUE n° L 172, 26 juin 2019, p. 18 ; JCP E 2019, act. 451 ; JCP E 2019, act. 493.

2 Ord. n° 2021-1193, 15 sept. 2021 : JO 16 sept. 2021, texte n° 21 ; JCP E 2021, act. 647 ; JCP E 2021, act. 672, obs. L. Sautonie-Laguionie.

3 D. n° 2021-1218, 23 sept. 2021 : JO 24 sept. 2021, texte n° 14 ; JCP E 2021, act. 678.

4 Sur ce point, V. not. G. C. Giorgini, *L'entreprise en difficulté*, in J.-B. Racine (dir.), *Les grands concepts du droit économique* : Paris, LGDJ, 2020, spéc. p. 303 et s.