

LES INSTRUMENTS DE LA RESTRUCTURATION : LE PLAN DE CONTINUATION ET LE PLAN DE CESSION EN DROIT FRANÇAIS

par **Romain DUMONT**, doctorant en droit et chargé
d'enseignements à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

L'adoption du plan est ardemment désirée. Il constitue l'aboutissement des procédures collectives qui réussissent¹. Il est le résultat d'un processus plus ou moins long mené en période d'observation et peut même être préparé hors procédures collectives avec le *prepackaged plan*² et la *prepackaged cession*³.

Le plan est l'instrument juridique de réorganisation de l'entreprise en difficulté. Il existe deux formes de plans, selon que le sauvetage est assuré par le débiteur ou par un tiers. D'une part, le plan de continuation a pour objet le maintien de l'activité de l'entreprise sous la gestion du débiteur lui-même. D'autre part, le plan de cession transfère les actifs du débiteur à un repreneur. La cession peut être totale mais également partielle lorsqu'elle porte sur « un ensemble d'éléments d'exploitation qui forment une ou plusieurs branches complètes et autonomes d'activités »⁴.

Pourquoi faire cette distinction ? En bon juriste attaché à la tradition de droit écrit qui caractérise le droit français, on est d'abord tenté de chercher cette distinction dans le Code de commerce. Si l'on trouve quelques occurrences de l'expression « plan de cession », nulle trace en revanche du « plan de continuation ». Tout s'éclaire lorsqu'on en revient à la loi du 25 janvier 1985. Cette loi a marqué l'esprit des spécialistes des procédures collectives. Plan de continuation et plan de cession constituaient alors deux modalités du plan de redressement. Le plan de cession était d'ailleurs l'un des aspects novateurs de cette loi. Ils étaient deux techniques alternatives de sauvetage de l'entreprise.

Pour autant vous emmènerai-je sur les chemins de l'histoire du droit ? Loin de là. Mais aborder les plans en 2016 s'avère complexe tant pour les praticiens que pour les universitaires et le droit des procédures collectives de 1985 était marqué par deux aspects qui ont changé depuis : un pouvoir judiciaire fort et des créanciers à qui l'on imposait tout. Le revirement est total par

¹ Dossier « Les plans dans le livre VI du Code de commerce », *Rec. proc. coll.* 2015, dossiers 36 à 49.

² L.-C. HENRY, « La sauvegarde financière accélérée ou les leçons de la pratique », *LPA* 2010, n° 232, p. 4.

³ T. MONTERAN et M. MIEULLE, « Le vade-mecum du plan de cession "prepack" » *BJE* 2015, n° 3, p. 164.

⁴ Article L. 642-1 al. 2 du Code de commerce.

rapport aux textes antérieurs et notamment à la loi du 13 juillet 1967 qui mettait l'entreprise sous l'autorité des créanciers.

Il a évolué depuis pour faire émerger le droit des entreprises en difficulté⁵. La loi de sauvegarde des entreprises⁶ fait alors apparaître le plan de sauvegarde qui a tout du plan de continuation de 1985. En redressement judiciaire est adopté un plan de redressement qui correspond au plan de continuation de 1985 même si l'expression a disparu du Code de commerce à compter de 2005. Le modèle du plan de continuation est donc commun à ces deux procédures mais des règles propres à chacune d'elles s'appliquent compte tenu de leur spécificité. La sauvegarde vise à anticiper le règlement des difficultés et cherche à impliquer davantage les créanciers dans les procédures collectives. Elle est ouverte sans cessation des paiements et du seul fait de l'existence de difficultés insurmontables⁷. Le plan de redressement se différencie en étant plus énergique, car la situation est critique pour le débiteur qui a attendu le dépôt de bilan afin que ses difficultés soient enfin traitées.

De son côté, le régime du plan de cession est aujourd'hui détaillé dans le Code de commerce au titre de la liquidation judiciaire⁸. Ce régime s'applique à tout plan de cession, y compris en sauvegarde et en redressement. Pour autant, est-ce cohérent ? La liquidation judiciaire « est destinée à mettre fin à l'activité de l'entreprise ou à réaliser le patrimoine du débiteur »⁹. Elle est donc menée dans l'intérêt exclusif des créanciers. La définition de la cession donnée par le code peut donc étonner : « la cession de l'entreprise a pour but d'assurer le maintien d'activités susceptibles d'exploitation autonome, de tout ou partie des emplois qui y sont attachés et d'apurer le passif »¹⁰. Ainsi prévalent les objectifs de maintien de l'activité et des emplois y compris dans une procédure censée être dans l'intérêt exclusif des créanciers. Le plan de cession est donc un plan de continuation qui ne dit pas son nom : la continuation de l'entreprise est assurée par un tiers¹¹.

Le législateur de 2005 se fondait d'ailleurs sur une prétendue fonction liquidative¹² du plan de cession pour tenter de l'exclure des procédures de sauvegarde et de redressement. Il l'a finalement autorisé *in extremis* : la cession partielle est admise en sauvegarde et la cession partielle ou totale est possible en redressement judiciaire. Ce choix est heureux, car la majorité des redressements

⁵ Voir cependant F.-X. LUCAS, *Manuel de droit de la faillite*, PUF, 2016, n° 1.

⁶ Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005.

⁷ Article L. 620-1.

⁸ Articles L. 642-1 à L. 642-17 compris dans un Chapitre II relatif à la réalisation de l'actif, dans un Titre IV relatif à la liquidation judiciaire et au rétablissement professionnel.

⁹ Article L. 640-1 al. 2.

¹⁰ Article L. 642-1 al. 1^{er}.

¹¹ Qualifiant les plans de continuation et de cession de « plans réorganisateur », S. NEUVILLE, *op. cit.*, n° 65. Voir aussi : A. COURET, « Le plan de cession, mesure de redressement ou de liquidation ? », *RLDA* 2005, n° 80.

¹² En ce sens, F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2014, n° 1234.

se conclue par une cession à un repreneur¹³ qui a davantage les moyens, financiers, techniques et humains que le débiteur. Néanmoins le juriste est perdu : alors que le redressement judiciaire est calqué sur la sauvegarde par un renvoi d'articles, le régime de la cession en sauvegarde et en redressement judiciaire est celui prévu en liquidation judiciaire, encore par renvoi. En outre, le plan de cession a une vocation subsidiaire, nous dit-on¹⁴, mais il peut être préparé dès l'ouverture de la procédure¹⁵.

Par ailleurs, le plan de continuation et le plan de cession ne sont pas nécessairement alternatifs mais peuvent au contraire coexister. Quand une cession partielle est décidée, les activités non cédées restent soumises à la procédure de sauvegarde ou de redressement et peuvent donc faire l'objet d'un plan de continuation. Quand une cession totale intervient dans une procédure de redressement judiciaire, le sort du débiteur n'est pas fixé. Selon l'opinion d'un auteur de la loi de 2005, le plan de cession est simplement « un événement de la procédure qui régit le sort du patrimoine du débiteur »¹⁶. Encore faut-il élaborer un plan de redressement ou convertir en liquidation judiciaire. Donc les règles relatives aux plans s'expliquent davantage par la procédure dans laquelle ils sont adoptés que par leur objet (continuation et cession). Surtout ils ne sont pas exclusifs l'un de l'autre.

Les plans existent tant pour les personnes physiques que pour les personnes morales mais en réalité les règles les plus élaborées n'ont de sens que pour les sociétés. D'ailleurs, il existe une opération originale : la cession du débiteur-personne morale à un repreneur. On ne l'analyse pas comme un plan de cession mais comme un plan de continuation, car ce ne sont pas les actifs du débiteur que l'on cède, ni même une branche d'activité mais les titres sociaux du débiteur lui-même.

À l'analyse, la distinction entre plan de cession et plan de continuation n'est plus aussi claire qu'elle a pu l'être par le passé¹⁷. Cela pourrait nous conduire à regretter la loi de 1985. Mais il ne s'agit pas aujourd'hui d'être nostalgique, car étudier les plans, c'est se tourner vers l'avenir¹⁸, en particulier pour les créanciers dont les droits sont paralysés par le jugement d'ouverture de la procédure collective. Ils n'attendent que de pouvoir en sortir. Ils ne regretteront pas la loi de 1985 qui les a sacrifiés sur l'autel du sauvetage de l'entreprise et des emplois. Les textes postérieurs à 1985 n'ont eu de cesse de réintégrer les créanciers. Aujourd'hui, dans quelle mesure les créanciers sont-ils pris en compte pour les besoins des plans de continuation ou de cession ?

¹³ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, LGDJ, coll. Domat, 10^e éd., 2016, n° 1206.

¹⁴ Article L. 631-22, al. 1^{er}.

¹⁵ Article L. 631-13.

¹⁶ J. DEHARVENG, « Le plan de cession dans la nouvelle architecture des procédures collectives – Un événement et non plus une issue de la procédure », *D.* 2006.1047.

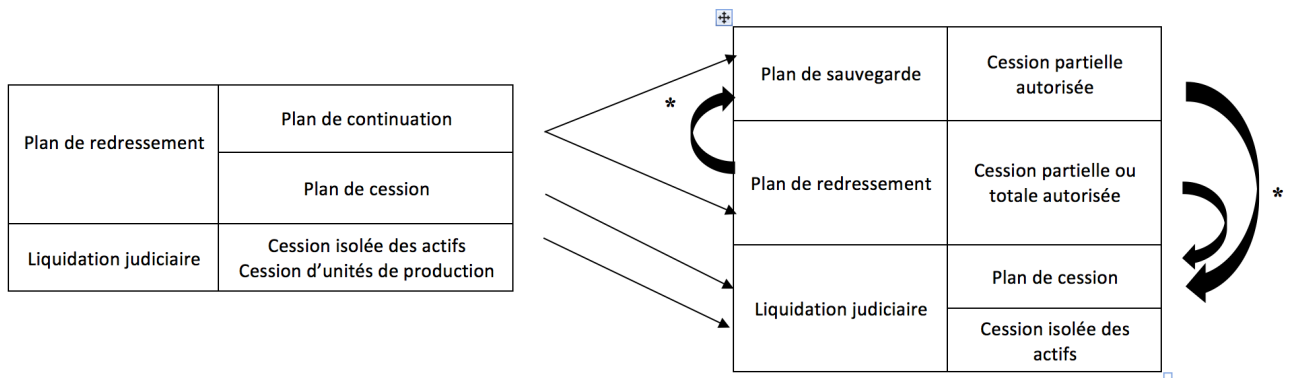
¹⁷ Analysant les ambiguïtés de la réforme de 2005, voir L.-C. HENRY, « Le plan de cession et la loi de sauvegarde des entreprises », *GP* 8 sept. 2005, p. 39.

¹⁸ S. NEUVILLE, *Le plan en droit privé*, préf. C. SAINT-ALARY-HOUIN, LGDJ, coll. Bibl. de dr. priv., t. 296, 1998, n° 4, p. 6.

L'absence d'étanchéité entre plan de continuation et plan de cession invite à considérer que le droit positif fournit une boîte à outils. Il est donc possible d'avoir une approche unitaire des plans. Les réformes récentes ont eu pour objet d'améliorer l'élaboration du plan, d'une part (§1), et de poser des règles, initialement lacunaires, relatives à l'exécution du plan, d'autre part (§2).

Loi du 25 janvier 1985

Droit positif (architecture de la loi du 26 juillet 2005)



* : régime défini par renvoi d'articles

§ 1 – LES DROITS DES CRÉANCIERS DANS L'ADOPTION DU PLAN

A) L'implication renouvelée des créanciers dans l'élaboration du plan

D'un point de vue général, le législateur a développé la transparence dans l'élaboration du plan¹⁹, ce qui profite à tous, y compris aux créanciers (1). Pour le plan de continuation, les créanciers jouent un rôle décisif (2).

1) La transparence de l'élaboration de tout plan

La transparence a été promue à partir de 1994²⁰ afin de lutter contre des pratiques jugées choquantes. Elle doit donc permettre de moraliser les plans.

Le projet de plan fait l'objet de larges consultations (mandataire judiciaire, comité d'entreprise ou délégués du personnel, contrôleurs, administration du travail, éventuelle autorité de

¹⁹ Ch. LABEL, *L'élaboration du plan de continuation de l'entreprise en redressement judiciaire*, préf. A. MARTIN-SERF, avant-propos D. TRICOT, PU Aix-Marseille, 2000.

²⁰ Loi n° 94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises.

tutelle²¹). Les débats ont lieu en présence du ministère public pour les entreprises importantes²².

Le projet de plan présente le résultat des consultations des créanciers²³. En effet, les créanciers sont indirectement consultés par l'intermédiaire du mandataire judiciaire et des contrôleurs mais ils peuvent être directement consultés, « *circularisés* », afin de faire connaître les concessions qu'ils sont prêts à accepter²⁴. Pour le plan de continuation, lorsque les comités de créanciers se prononcent sur le projet de plan, l'administrateur invite le mandataire judiciaire, les représentants du comité d'entreprise ou les délégués du personnel à présenter leurs observations devant le comité avant le vote²⁵. Pour le plan de cession, le tribunal arrête le plan après avoir recueilli l'avis du ministère public et entendu les mêmes personnes²⁶.

Toujours dans un objectif de transparence et pour s'assurer que les difficultés de l'entreprise ont bien été appréhendées, le projet de plan doit être précédé d'un bilan économique et social²⁷ qui indique l'origine, la nature et l'importance des difficultés : il s'agit d'un diagnostic des causes de la défaillance. Pour les débiteurs personnes physiques, la situation sociale et patrimoniale est également abordée²⁸. Le bilan comporte un aspect environnemental si l'entreprise exploite une installation classée. La notion d'installation classée vise « les usines, ateliers, dépôts, chantiers et, d'une manière générale, les installations [...] qui peuvent présenter des dangers ou des inconvénients soit pour la commodité du voisinage, soit pour la santé, la sécurité, la salubrité publiques, soit pour l'agriculture, soit pour la protection de la nature, de l'environnement et des paysages, soit pour l'utilisation rationnelle de l'énergie, soit pour la conservation des sites et des monuments ainsi que des éléments du patrimoine archéologique »²⁹. Le projet de plan doit donc être adapté aux observations du bilan.

La transparence a fait l'objet d'une sollicitation accrue pour les plans de cession compte tenu de certaines dérives. La transparence concerne tous les aspects de la cession, à commencer par l'information sur la cession elle-même afin que les offres soient émises en toute transparence³⁰. Sont indiquées les

²¹ Articles L. 626-2-1 et L. 642-4-1.

²² Il s'agit des mêmes entreprises que celles pour lesquelles la désignation d'un administrateur judiciaire est obligatoire : les entreprises dont le chiffre d'affaires hors taxes est supérieur à 3 millions d'euros ou le nombre de salariés supérieur à vingt (article R. 621-11 par renvoi de l'article R. 626-19).

²³ Article L. 626-7.

²⁴ Article L. 626-5 al. 2 et 3.

²⁵ Article L. 626-9.

²⁶ Article L. 642-5.

²⁷ Articles L. 623-1 s.

²⁸ P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives 2017 – 2018*, Dalloz, coll. Dalloz Action, 9^{ème} éd., 2016, n° 491.12.

²⁹ Article L. 511-1 du Code de l'environnement.

³⁰ H. BOURBOULOUX, « Confidentialité et transparence réconciliées pour la prévention et le traitement des difficultés », *BJE* 2012, n° 3, p. 183. La transparence est néanmoins limitée pour les besoins de la *prepack cession* : F.-X. LUCAS, *Manuel de droit de la faillite*,

caractéristiques de l'entreprise ou des branches d'activité susceptibles d'être cédées et le délai pour soumettre les offres³¹. Ces informations sont également portées à la connaissance du mandataire et des contrôleurs. L'administrateur doit parallèlement publier une invitation à déposer une offre dans un journal généraliste ou spécialisé dans le secteur d'activité concerné. L'invitation est aussi affichée sur le site internet de l'administrateur ou sur celui du Conseil national des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires. Il doit enfin informer les représentants du comité d'entreprise ou les délégués du personnel de la possibilité pour les salariés de soumettre une ou plusieurs offres.³²

De même, la procédure d'offre est encadrée. Le législateur impose un important formalisme pour les offres en énonçant de nombreuses mentions obligatoires³³. Les offres sont reçues par l'administrateur et peuvent être consultées au greffe³⁴, de même que le rapport de l'administrateur sur ces offres. L'administrateur doit tenir informés le débiteur, les représentants des salariés et les contrôleurs. Le repreneur peut ensuite améliorer son offre et non la diminuer³⁵. Les offres définitives sont déposées deux jours maximum avant l'audience³⁶ pour être recensées, annexées, commentées et comparées par l'administrateur dans son rapport³⁷.

Dans le souci de moraliser la reprise, l'identité du repreneur est contrôlée³⁸. Ne peuvent être repreneurs que des tiers à l'entreprise et à la procédure collective. Ce n'est pas le cas du débiteur, ni des dirigeants de droit ou de fait de la personne morale, ou encore des parents ou alliés jusqu'au deuxième degré inclusivement de ces personnes, ni des contrôleurs. L'interdiction vise les offres déposées directement ou par personne interposée. L'interdiction vise également l'acquisition dans les cinq années suivant la cession de tout ou partie des biens compris dans cette cession, ainsi que les parts ou titres de capital de toute société ayant dans son patrimoine, directement ou indirectement, tout ou partie de ces biens. Par ailleurs, l'éventuelle substitution du cessionnaire doit être autorisée par le tribunal.

Les créanciers ne sont donc pas toujours directement impliqués dans l'élaboration du plan de cession alors qu'ils pourraient éclairer le tribunal sur la solidité du plan³⁹. Il apparaît que quel que soit le plan, les créanciers ne sont consultés que si ce plan a pour objet de modifier leurs droits, peu important ses effets concrets.

préc., n° 351. Voir également l'article L. 642-2, I, al. 2 dans sa version issue de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

³¹ Articles L. 642-22 et R. 642-40.

³² Article L. 631-13, al. 2 applicable en redressement judiciaire.

³³ Article L. 642-2.

³⁴ Article L. 642-2, IV.

³⁵ Article L. 642-2, V.

³⁶ Article R. 642-1, al. 3.

³⁷ Article L. 626-2, dernier al.

³⁸ Article L. 642-3.

³⁹ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *op. cit.*, n° 1280.

Ils ne sont consultés que dans l'objectif d'obtenir leur consentement mais pas pour assurer une transparence de la procédure.

2) *La contractualisation de l'élaboration du plan de continuation*

La loi de 2005 innove en impliquant à nouveau les créanciers qui avaient été écartés en 1985. Ils sont désormais associés au sauvetage de l'entreprise⁴⁰. L'importance des créanciers se mesure à la sévérité de la sanction du défaut de consultation : la nullité du plan⁴¹.

La consultation individuelle⁴² par le mandataire judiciaire est applicable dans trois cas : en l'absence des comités, pour les créanciers hors comités ou si aucun plan n'est adopté par eux. L'absence de réponse dans un délai de 30 jours vaut acceptation, sauf pour la conversion en actions ou en titres pouvant donner accès au capital pour lesquels cela équivaut à un refus. La règle s'applique également pour les délais de paiement consentis par l'association pour la gestion du régime de garantie des créances des salariés (AGS)⁴³ et aux créanciers publics⁴⁴. Sont des créanciers publics les administrations financières et les organismes de Sécurité sociale, d'assurance chômage ou de retraite complémentaire. Pour les autres mesures, une procédure spécifique est prévue : il faut saisir la commission des chefs de services financiers.

Sont uniquement consultés les créanciers à qui des concessions sont demandées, ce qui n'est pas le cas des créanciers pour lesquels le projet de plan ne modifie pas les modalités de paiement ou prévoit un paiement intégral en numéraire dès l'arrêté du plan ou dès l'admission de leurs créances. Le tribunal peut ensuite réduire les concessions des créanciers mais pas les aggraver⁴⁵. Ils ne sont pas consultés si un plan de cession totale est proposé.

Une évolution remarquable est intervenue dans les grandes entreprises. Deux comités sont obligatoirement constitués⁴⁶ : un comité des établissements de crédit et un comité des principaux fournisseurs. Cela permet une contractualisation et une démocratisation de l'élaboration du plan. Les comités sont aussi obligatoires dans la sauvegarde accélérée et la sauvegarde financière accélérée mais les seuils de ces procédures sont plus

⁴⁰ Décrivant le plan comme l'addition de la volonté de l'État, volonté générale et impersonnelle, et de volontés particulières chargées de la mise en œuvre de la première, notamment par un acte juridictionnel, voir S. NEUVILLE, *op. cit.*, n° 80 et n° 128.

⁴¹ Suggérant la transposition de la jurisprudence antérieure à la loi de 2005 : F. VINCKEL, « Sauvegarde et redressement judiciaire – Plan de sauvegarde : formation », J.-Cl. commercial, Fasc. 2600, n° 57.

⁴² Article L. 626-5.

⁴³ L'AGS est subrogée dans les droits des salariés et bénéficie donc du super-privilège des salaires (article L. 3253-16, 2° du Code du travail).

⁴⁴ Articles L. 626-6 et D. 626-9 à D. 626-15.

⁴⁵ Article L. 626-18, al. 1^{er}.

⁴⁶ Articles L. 626-29 à L. 626-35 et R. 626-52 à R. 626-64.

souples que pour les comités dans la sauvegarde de droit commun. Les comités peuvent également être constitués, de manière facultative, à la demande du débiteur ou de l'administrateur, sur décision du juge-commissaire.

Les décisions sont adoptées à la majorité des deux-tiers. Le droit de vote de chacun est déterminé en fonction du montant de sa créance TTC. Il est fixé 8 jours avant la réunion par l'administrateur. Le plan proposé doit être voté par les comités et le juge ne peut qu'accueillir ou rejeter l'adoption du plan mais pas le modifier. Pour que le plan soit adopté, il faut néanmoins un accord entre les deux comités, sauf en sauvegarde financière accélérée où seul le comité des établissements de crédit se prononce. La majorité s'applique au sein des comités mais c'est l'unanimité qui vaut entre les comités.

Les comités procèdent donc d'une approche volontaire des procédures collectives. Qui est membre de ces comités ? Comme son nom l'indique, sont membres du comité des établissements de crédit, les banques, les sociétés de financement et assimilés. Depuis l'affaire Eurotunnel⁴⁷, les cessionnaires de créances sont également membres de ce comité, car ils réalisent une opération de crédit. Le code précise que l'appartenance à un comité se transmet par accessoire de la créance, ce qui évite que des créanciers échappent aux comités par une cession. En revanche, les créanciers titulaires d'une fiducie-sûreté ne sont pas membres des comités des créanciers afin que leurs droits restent intacts.

À côté du comité des établissements de crédit, le comité des principaux fournisseurs est composé des fournisseurs de biens ou de services titulaires d'une créance qui représente plus de 3 % du total des créances des fournisseurs, à l'exception des collectivités territoriales et de leurs établissements publics. Les autres fournisseurs, sollicités par l'administrateur, peuvent en être membres mais le défaut de réponse dans un délai de 30 jours s'analyse en un refus.

À la différence des assemblées concordataires de la loi de 1967, tous les créanciers n'appartiennent pas aux comités. Les créanciers qui n'entrent pas dans ces catégories sont donc exclus des comités et doivent être consultés individuellement selon la procédure ordinaire. En sont aussi exclus mais consultés selon une procédure particulière les obligataires et les salariés.

Grâce aux comités, les créanciers ne se voient plus imposer le volet financier du plan mais au contraire y consentent et leur liberté est totale. C'est également l'occasion pour les créanciers de discuter de l'ensemble du plan. Le mécanisme de délibération, analogue au fonctionnement d'une assemblée générale de société, se caractérise par la loi de la majorité. Cela permet d'identifier, au moins formellement, un consentement de la collectivité des créanciers bien qu'elle ne dispose pas de la personnalité morale⁴⁸.

⁴⁷ R. DAMMAN et G. PODEUR, « Les enjeux de la réforme des comités de créanciers », *JCPE* 2009, n° 47, p. 2094.

⁴⁸ À la différence de la masse des créanciers qui avait la personnalité morale (Cass. com., 17 janv. 1956, *D.* 1956.265, note R. HOUIN ; *JCP* 1956, II, 9601, note R. GRANGER).

La loi de la majorité permet ainsi de dépasser la réticence ou l'inertie de certains.

S'agissant des obligataires, une assemblée générale unique⁴⁹ réunit l'ensemble des obligataires, toutes émissions confondues, et on y applique la loi de la majorité, peu important la loi applicable et nonobstant toute clause contraire. La loi de la majorité s'y applique de la même manière. L'association des obligataires à la construction du plan a été jugée essentielle, car le passif est souvent très important et affecte les chances de réussite du plan⁵⁰. On y voit un « troisième comité »⁵¹. Lorsqu'un coup d'accordéon est envisagé, il est nécessaire de consulter les porteurs de valeurs mobilières donnant ou pouvant donner accès au capital, tels que les obligations remboursables en actions⁵².

Pour qu'un créancier puisse voter, encore faut-il qu'il soit exposé à l'insolvabilité de l'entreprise. Les créanciers bénéficiaires d'une fiducie sûreté n'ont de droit de vote que pour les créances non assorties de cette sûreté. Cela vaut tant pour les comités que pour l'assemblée des obligataires. Un sort particulier est réservé à un créancier qui a conclu une convention soumettant son vote à des conditions ou ayant pour objet le paiement total ou partiel de la créance par un tiers, par exemple un *credit default swap* ou un accord de subordination⁵³. Le créancier informe l'administrateur qui en tient compte dans les modalités de calcul des droits de vote⁵⁴.

Il s'agit donc d'une démocratie financière, au suffrage censitaire. On pourrait même parler de ploutocratie. Une double majorité était auparavant exigée, par tête et par voix mais la règle a été abandonnée⁵⁵. La démocratie présente un risque connu : l'écrasement de la minorité par la majorité, ce que le droit américain appelle le *cramdown*⁵⁶.

Les créanciers ne peuvent néanmoins pas tout décider seuls. Dans une société, des modifications statutaires sont parfois requises. Cela nécessite une approbation préalable de l'assemblée générale

Voir R. CABRILLAC, « L'impertinente réapparition d'un condamné à mort ou la métémpsycose de la masse », in *Mél. Ch. Gavaldà*, Dalloz, 2001, p. 69.

⁴⁹ Article L. 626-32.

⁵⁰ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *op. cit.*, n° 956.

⁵¹ P.-M. LE CORRE, « Les irrégularités affectant la composition et le vote des comités de créanciers dans la procédure de sauvegarde et de redressement judiciaire », *D.* 2007.822.

⁵² Cass. com., 10 juill. 2012, *Sté Uniross c/ Bernard*, n° 11-22898, *Bull. civ.*, IV, n° 158 ; *Rev. sociétés* 2012.536, obs. L. C. HENRY ; *Rev. sociétés* 2013.99, note H. LE NABASQUE ; *BJS* 2012, n° 11, p. 810, obs. F.-X. LUCAS ; *JCP E* 2012, n° 1571, obs. J.-M. MOULIN. Voir aussi H. LE NABASQUE, « Le sort des porteurs de valeurs mobilières donnant accès au capital face à une réduction de capital à zéro ou "du coup d'accordéon au coup de Trafalgar" », in A. COURET et C. MALECKI (dir.), *Les défis actuels du droit financier*, Ed. Joly, 2010, p. 129.

⁵³ La loi est venue consacrer la méthode suivie dans l'affaire *Technicolor* : F.-X. LUCAS, « La subordination des créances à l'épreuve de la procédure collective », *Rev. proc. coll.* 2013, n° 3, dossier 19.

⁵⁴ Article L. 626-30-2, al. 4.

⁵⁵ Ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté.

⁵⁶ A. JACQUEMONT et R. VABRES, *Droit des entreprises en difficulté*, LexisNexis, 9^e éd., 2015, n° 745.

extraordinaire et des assemblées spéciales⁵⁷. Des pouvoirs audacieux ont été donnés dans la procédure collective⁵⁸. Le tribunal pouvait donner mandat à l'administrateur de convoquer les assemblées et peut encore modifier les règles de majorité⁵⁹. Les clauses d'agrément sont inapplicables, à l'exception de la sauvegarde. C'est notamment le cas lorsqu'un tiers s'engage à exécuter le plan de redressement sous la condition d'une participation au capital. En redressement judiciaire, le tribunal peut nommer un mandataire *ad hoc* qui votera la reconstitution des capitaux propres et même une augmentation de capital à la place des actionnaires récalcitrants⁶⁰. La dilution forcée ou la cession forcée pour l'actionnaire sont donc autorisées⁶¹.

Dans le plan de cession, les créanciers ne sont pas consultés, ce qui est contestable puisque le prix de cession est réduit compte tenu des emplois sauvés, au détriment des créanciers. Ce choix est néanmoins cohérent avec la présentation de ce plan comme ayant une fonction purement liquidative⁶².

Le pouvoir des créanciers va plus loin. Dans les procédures avec comités, outre le débiteur ou l'administrateur, n'importe quel créancier membre du comité peut proposer un plan de continuation concurrent qui sera alors soumis au vote des comités, après un rapport de l'administrateur et sans que le débiteur ne puisse s'y opposer. Les créanciers occupent donc un rôle central dans l'élaboration du plan.

Cette possibilité est originale au regard de la répartition des compétences⁶³. En sauvegarde, seul le débiteur peut proposer un plan, avec l'assistance de l'administrateur. Il n'en a pas nécessairement les compétences mais cela indique que le chef d'entreprise a le dernier mot. En redressement judiciaire, les rôles sont inversés : l'administrateur élabore le plan avec l'aide du débiteur. Le débiteur recouvre la possibilité de proposer un plan si l'administrateur ne le fait pas ou si le plan est d'une nature différente (l'un propose la cession des actions et pas l'autre). Plusieurs projets de plan peuvent être proposés ou un plan avec des alternatives.

Une telle possibilité est un signal fort pour les créanciers qui les invite à s'impliquer dans l'élaboration d'un plan qui soit crédible financièrement et permet ainsi de s'assurer de leur adhésion. Elle participe de la contractualisation. Le débiteur, l'administrateur et le tribunal s'effacent au profit de la collectivité des créanciers qui

⁵⁷ Article L. 626-3.

⁵⁸ Articles L. 626-15 à L. 626-17 abrogés par la loi du 18 novembre 2016. Voir désormais l'article L. 626-3 dans sa version issue de la même loi.

⁵⁹ Article L. 626-3.

⁶⁰ Article L. 631-9-1.

⁶¹ Article L. 631-19-2 issu de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite « Loi Macron ».

⁶² J. DEHARVENG, préc.

⁶³ R. DAMMANN et G. PODEUR, « Le rééquilibrage des pouvoirs au profit des créanciers résultant de l'ordonnance du 12 mars 2014 », *D.* 2014.752 ; Dossier « Un nouveau droit des entreprises en difficulté, plus efficace et plus équilibré », *Rev. proc. coll.* 2014, n° 4.

décide du contenu du plan et peut même imposer une éviction ou une dilution des actionnaires.

De manière analogue, les offres de cession peuvent être présentées par les tiers dès l'ouverture du redressement judiciaire mais pas en sauvegarde. Il n'est donc pas nécessaire d'attendre un jugement malgré le principe de subsidiarité affirmé par le Code de commerce : le tribunal ne devrait ordonner la cession que si les plans de continuation « proposés apparaissent manifestement insusceptibles de permettre le redressement de l'entreprise ou en l'absence de tels plans »⁶⁴.

En 2016, les créanciers occupent ainsi le devant de la scène, ce qui leur permet de s'exprimer d'autant mieux mais les expose davantage.

B) Le sacrifice consacré des créanciers dans le plan

Le sacrifice ne vient pas des créanciers. Les créanciers ne sont pas les seuls concernés par le plan. Le plan comprend en effet trois volets⁶⁵ : un volet économique, un volet social et un volet financier. Pour chacun des volets, des sacrifices sont sollicités pour atteindre les objectifs de la procédure⁶⁶. Le volet économique présente les perspectives de redressement en fonction des possibilités et des modalités d'activités, de l'état du marché et des moyens de financement disponibles en interne : la viabilité de l'entreprise doit être démontrée. Il prévoit plusieurs options : la continuation pure et simple de l'activité, la suppression d'une branche d'activité, l'arrêt ou l'adjonction d'une activité ou une cession de l'entreprise.

S'agissant du volet social, le plan doit exposer et justifier le niveau et les perspectives d'emploi, ainsi que les conditions sociales envisagées pour la poursuite d'activité. En sauvegarde, on applique la procédure de droit commun du licenciement pour motif économique. En redressement et liquidation judiciaire, le licenciement est simplifié, car le motif économique est présumé. Néanmoins, en cas de plan de cession, les salariés attachés à la branche d'activités cédée voient leur contrat de travail transféré par la même occasion.

Enfin le volet financier définit les modalités de règlement du passif et les garanties éventuelles que le débiteur doit souscrire pour en assurer l'exécution.

Pour un débiteur-personne morale⁶⁷, des mesures spécifiques peuvent être décidées telles que la modification du capital social, la création de filiales, le changement d'objet ou de forme de la société ou l'absorption de la société en difficulté par une autre. L'absorbante est alors tenue d'exécuter les obligations souscrites

⁶⁴ Article L. 631-22, al. 1^{er}.

⁶⁵ H. POUJADE, *Le plan de restructuration en droit des entreprises en difficulté*, th. dactyl., Toulouse, 2014.

⁶⁶ Article L. 626-2.

⁶⁷ Article L. 626-3.

au titre de l'exécution du plan⁶⁸. Alors que l'obligation de reconstitution des capitaux propres est paralysée durant la période d'observation, elle retrouve sa vigueur avec l'adoption du plan : elle est une condition d'arrêté du plan⁶⁹. Les actionnaires peuvent compenser leurs créances dans le cadre d'une augmentation de capital⁷⁰.

Par ailleurs, en redressement judiciaire, et lorsque le redressement le requiert, le tribunal peut subordonner l'adoption du plan au remplacement des dirigeants à la seule demande du ministère public et ordonner l'incessibilité des droits sociaux des dirigeants⁷¹.

Qu'en est-il des créanciers dont le désintéressement est l'un des objectifs de la procédure collective ?

3) La réduction des droits des créanciers

Classiquement, des remises de dettes et des délais peuvent être décidés mais aussi la conversion des créances en actions⁷², ce qui améliore les états financiers de la société en difficulté. Cela permet aux créanciers de profiter de l'augmentation de valeur si la société parvient à se redresser⁷³. Sont particulièrement intéressés les établissements de crédit mais rarement les fournisseurs qui n'attendent que d'être payés⁷⁴. La conversion est possible, quelles que soient la forme sociale et la taille de la société.

Ces mesures ne peuvent qu'être consenties par les créanciers. Hors comités, chaque créancier doit accepter les concessions sur ses créances. Si la loi de 2005 apparaît comme une avancée pour les créanciers en les impliquant davantage dans l'élaboration du plan, elle permet paradoxalement un sacrifice plus important que par le passé lorsque les comités sont constitués : les mesures⁷⁵ s'imposent à tous les créanciers membres des comités même à ceux qui votent contre. Le consentement aux concessions est donc donné pour la collectivité des créanciers et les comités jouissent d'une liberté totale pour le plan. Il en va de même de l'assemblée unique des obligataires.

Un tempérament est prévu pour la conversion : les comités peuvent décider la conversion de créances en capital ou tout instrument financier s'il s'agit d'une société par actions dont tous les associés supportent les pertes à concurrence de leurs apports, c'est-à-dire la société anonyme et la société par actions simplifiée.

⁶⁸ Rép. Montebourg, AN 17 mai 2005, p. 5151 n° 52523.

⁶⁹ Article L. 626-3, al. 2.

⁷⁰ Article L. 626-3, dernier al. Voir néanmoins l'article L. 626-17 abrogé par la loi du 18 novembre 2016.

⁷¹ Article L. 631-19-1.

⁷² Depuis l'ordonnance de 2008 et la loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière.

⁷³ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *op. cit.*, n° 945.

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ Les mesures décidées par les comités ne sont pas limitées aux remises, délais et conversions mais sont au contraire soumises à l'imagination du concepteur du plan : F.-X. LUCAS, *Manuel de droit de la faillite*, préc., n° 319.

Les concessions sont faites sous condition d'adoption du plan de continuation. Si le tribunal refuse d'arrêter le plan, les remises de dettes acceptées par les créanciers ne peuvent profiter au débiteur dans un plan de cession.

L'acceptation de concessions obéit à des exigences spécifiques pour les créanciers publics, qui ne peuvent pas être membres des comités. On ne leur impose pas mais l'octroi des remises suit une procédure spécifique. Les remises de dettes au débiteur ne peuvent être réalisées que dans des conditions similaires à celles que lui octroierait, dans des conditions normales de marché, un opérateur économique privé placé dans la même situation. Cela concerne les impôts directs, tels que l'impôt sur le revenu ou l'impôt sur les sociétés. En revanche, les remises de TVA sont impossibles. De même, peuvent être accordées des cessions de rang de privilège, d'hypothèque ou un abandon de sûretés. La limite des concessions tient au droit de la concurrence qui encadre les aides d'État.

Des remises sont automatiques, elles ont lieu de plein droit : cela vaut pour les accessoires des cotisations sociales⁷⁶ (pénalités, amendes, majorations de retard et frais de poursuite).

En l'absence de comités, seuls des délais uniformes de paiement⁷⁷ peuvent être imposés aux créanciers réticents, sous plusieurs réserves : la franchise est limitée à un an, les dividendes doivent représenter 5 % de la créance au minimum à partir de la troisième année et la durée est limitée à 10 ans. Toutes ces réserves sont écartées pour les concessions acceptées par les créanciers. Elles sont donc aussi écartées pour les minoritaires dans les comités, car leur consentement est présumé même s'ils s'opposent par leur vote. Si des délais plus longs sont imposés à un créancier qui a consenti un prêt à plus d'un an, les intérêts conventionnels s'appliquent. Les créances à terme sont payées selon les délais de paiement stipulés par les parties avant l'ouverture de la procédure collective. Le plan peut prévoir une alternative pour les créanciers récalcitrants : un paiement dans des délais uniformes plus brefs mais assortis d'une réduction proportionnelle de la créance⁷⁸. Les délais uniformes de paiement peuvent aussi être imposés dans le cadre de la sauvegarde accélérée où seuls les comités sont réunis mais tous les créanciers antérieurs subissent la discipline collective⁷⁹. Ce n'est pas le cas de la sauvegarde financière accélérée qui reste une procédure « *semi-collective* »⁸⁰ où seuls les créanciers financiers sont soumis à la discipline collective⁸¹.

Certains créanciers échappent aux contraintes décidées par le tribunal. Tel est le cas des créances de salaires super-privilégiées⁸², y compris pour l'AGS lorsqu'elle avance des sommes et qu'elle est

⁷⁶ Article L. 243-5, al. 7 du Code de la sécurité sociale.

⁷⁷ Article L. 626-18, al. 4 du Code de commerce.

⁷⁸ Article L. 626-19, al. 1^{er}.

⁷⁹ Article L. 628-6.

⁸⁰ P. -M. LE CORRE, « L'avènement prochain d'une procédure semi-collective », *GP* 16 oct. 2010, n° 289, p. 3.

⁸¹ Article L. 628-9 *in fine*.

⁸² Article L. 3253-2 du Code du travail.

subrogée. C'est également le cas des créances de salaires bénéficiant du privilège général des salariés. Les créances garanties par le privilège de conciliation sont aussi exclues⁸³. Enfin les créances faibles, représentant moins de 5 % du passif sont payées intégralement et immédiatement sous plusieurs réserves⁸⁴ : le paiement est plafonné à 500 euros par créancier et ne doit pas dépasser 0,5 % du passif. N'en bénéficient pas les créances qui ont fait l'objet d'une subrogation ou d'un paiement par autrui.

Une pratique rare doit être relevée : une clause de retour à meilleure fortune peut être stipulée dans le plan pour obliger le débiteur à acquitter le passif impayé s'il se rétablit⁸⁵.

Formellement, le plan de cession n'a pas d'incidence sur les droits des créanciers, car il ne comprend aucune mesure à leur égard. Mais cette apparence est illusoire, car l'effet de la cession est de remplacer l'entreprise, avec ses actifs, par un prix. Or ce prix ne correspond pas à la valeur optimale que l'on peut tirer des actifs, de sorte que les créanciers sont également sacrifiés par le plan de cession « le tribunal retient l'offre qui permet dans les meilleures conditions d'assurer le plus durablement l'emploi attaché à l'ensemble cédé, le paiement des créanciers et qui présente les meilleures garanties d'exécution »⁸⁶. La jurisprudence a ainsi admis que le prix ne permette pas le désintéressement de tous les créanciers, sachant que la Cour de cassation reconnaît un pouvoir d'appréciation souverain aux juges du fond quant au prix⁸⁷. Les tribunaux incluent ainsi dans le prix le coût des charges salariales attachées aux emplois sauvés grâce à la cession⁸⁸. La tentation est grande de préférer les emplois à un prix élevé.

C'est la raison pour laquelle l'administrateur ou le liquidateur donne « au tribunal tous éléments permettant d'apprécier les conditions d'apurement du passif, notamment au regard du prix offert, des actifs résiduels à recouvrer ou à réaliser »⁸⁹.

Dans le cadre de la réduction des droits des créanciers, n'existe-t-il pas une difficulté au regard de l'égalité ?

4) L'égalité des créanciers tempérée

L'incantation du principe d'égalité des créanciers est un passage obligé. Pourtant, à lire la doctrine autorisée⁹⁰ qui évoque une notion ambiguë, un mythe ou un expédient, on pourrait en douter. Force est de constater que dans le cadre des plans, l'égalité des créanciers n'est pas évidente⁹¹.

⁸³ Article L. 611-11 du Code de commerce.

⁸⁴ Article L. 626-20, II.

⁸⁵ M. RAKOTOVAHINY, « Plaidoyer pour un retour de la clause de retour à meilleure fortune dans les procédures collectives », *RLDA* 2014, n° 92, p. 82.

⁸⁶ Article L. 642-5.

⁸⁷ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *op. cit.*, n° 1283.

⁸⁸ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, LGDJ, 10^e éd., 2014., n° 1281.

⁸⁹ Article L. 642-4, al. 2.

⁹⁰ R. CABRILLAC, « Les ambiguïtés de l'égalité entre les créanciers », in *Mél. Breton Derrida*, Dalloz, 1991, p.31. Voir également Ph. DELMOTTE, « L'égalité des créanciers dans les procédures collectives », in *Rapport annuel de la Cour de cassation* 2003, p. 106.

⁹¹ Suggérant le recours à un principe d'équité, voir F.-X. LUCAS, *op. cit.*, n° 322.

Aucun principe d'égalité ne s'applique pour les remises, délais et conversions accordées par les créanciers, de sorte qu'un certain déséquilibre peut apparaître. Le tribunal peut certes réduire ces concessions mais pas aggraver celles des autres pour rééquilibrer. Mais peut-être est-il trop exigeant de rechercher une égalité là où les créanciers bénéficient de la liberté.

Il faut d'ailleurs signaler que la Cour de cassation considère que le traitement différencié du passif n'est pas inconstitutionnel dès lors qu'il est justifié par les impératifs de la procédure collective⁹². Mais alors qu'en est-il du principe d'égalité pour des concessions volontaires décidées par les comités ? La loi de la majorité permet que des décisions défavorables soient prises à l'encontre des minoritaires. L'égalité entre créanciers est discutable si l'on compare la situation de ces derniers à celle des créanciers hors comités à qui il peut être imposé uniquement des délais uniformes. La question de l'égalité se pose avec d'autant plus d'acuité que le plan peut différencier le sort réservé à chacun des créanciers. Une garantie est certes accordée à ces créanciers mais elle est mineure : le tribunal s'assure que les intérêts de tous les créanciers sont suffisamment protégés⁹³. Il contrôle ainsi le caractère équitable du plan.

L'égalité des créanciers est également malmenée dans le plan de cession. Les créanciers gagistes⁹⁴, réservataires, rétenteurs et fiduciaires sont payés sans être soumis à la procédure d'ordre. Par ailleurs, le cessionnaire assume la charge des sûretés immobilières et mobilières spéciales lorsque le crédit garanti a financé ces biens. On ne voit donc pas d'égalité. Mais alors les créanciers ont-ils au moins des garanties avec des recours ?

5) *L'absence de recours*

Les exigences de célérité et de sécurité juridique conduisent à une restriction drastique des voies de recours dans les procédures collectives. Dans quels cas les créanciers peuvent-ils agir ?

Les cas sont rares. Par exemple, la décision de constituer les comités est une mesure d'administration judiciaire, donc non susceptible de recours⁹⁵. Pourtant ces comités vont pouvoir imposer des concessions importantes aux créanciers. La décision des comités ou de l'assemblée des obligataires peut donc être contestée par leurs membres⁹⁶. Les décisions du tribunal statuant sur l'arrêté du plan peuvent être frappées d'appel ou de pourvoi en cassation lorsqu'un créancier a formé une telle contestation, car il est devenu une partie⁹⁷. En revanche, les autres créanciers ne disposent que de la tierce opposition, un recours exceptionnel,

⁹² Cass. com., 20 mars 2012, n° 11-23812, *RTD com.* 2012.850, obs. A. MARTIN-SERF ; *Rev. proc. coll.* 2013, n° 1, p. 41, note J.-J. FRAIMOUT ; *Dr. et pat.* 2013, n° 228, p. 54, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN.

⁹³ Article L. 626-31, al. 1^{er}.

⁹⁴ Article L. 642-12.

⁹⁵ Article R. 626-54.

⁹⁶ Article L. 626-34-1, al. 2.

⁹⁷ Article L. 661-1, I, 6^o.

mais cette voie leur est fermée en cas de rejet du projet de plan⁹⁸. Par ailleurs, lorsqu'il existe un désaccord sur la prise en compte des accords de subordination ou des *credit default swaps*, le créancier ou l'administrateur peut saisir le président du tribunal statuant en référé⁹⁹.

Les créanciers sont donc au cœur de l'élaboration du plan mais sont aussi les premiers sacrifiés par l'adoption du plan et ne disposent que de recours très limités au regard de l'atteinte à leurs droits. Cela ne doit pas surprendre, car ils ne disposent pas davantage de recours dans le cadre de l'exécution du plan. Lorsqu'un bien objet d'une sûreté est vendu dans le plan de continuation, le créancier auquel est imposée une substitution de garantie ne peut pas contester le caractère équivalent de cette garantie¹⁰⁰. De même, pour la modification du plan, les créanciers sont certes intéressés mais pas parties de sorte qu'ils ne peuvent pas interjeter appel¹⁰¹. Reste alors la tierce-opposition. Aucun recours n'est ouvert pour la résolution du plan. À l'inverse, il a été récemment décidé que le constat d'exécution du plan n'était pas une mesure d'administration judiciaire. Il peut donc être contesté, notamment par la tierce-opposition¹⁰². Mais c'est déjà empiéter sur l'exécution du plan.

§ 2 – LES DROITS DES CRÉANCIERS DANS L'EXÉCUTION DU PLAN

Une fois leur consentement obtenu pour une réduction de leurs droits, ou lorsque l'entreprise a été cédée à un repreneur, les créanciers n'ont plus rien à attendre de la procédure, si ce n'est la parfaite exécution de ce qui a été convenu. Ils s'effacent logiquement, tels des spectateurs, tant que le plan est exécuté (A). Symétriquement, l'inexécution du plan leur permet de revenir sur le devant de la scène (B).

A) L'effacement des créanciers lors de l'exécution du plan

1) L'arrêt des poursuites

L'arrêt des poursuites était nécessaire durant la période d'observation pour permettre l'élaboration du plan. Il se poursuit après l'adoption du plan pour en permettre l'exécution. L'entreprise est certes à nouveau considérée comme étant *in bonis*

⁹⁸ Article L. 661-3.

⁹⁹ Article L. 626-30-2, al. 4 *in fine*. Sur l'appel, voir Article R. 626-64.

¹⁰⁰ Contra : P.-M. LE CORRE, *op. cit.*, n° 522.36 ; F. VINCKEL, « Sauvegarde et redressement judiciaire. – Plan de sauvegarde : exécution », *J.-Cl. Procédures collectives*, Fasc. 2610, n° 77.

¹⁰¹ Articles L. 661-1, I, 7° et L. 661-3.

¹⁰² Cass. com., 8 sept. 2015, n° 14-11393, à paraître au *Bulletin* ; *Rev. proc. coll.* 2016, comm. 37, note P. CAGNOLI ; *Dr. sociétés* 2015, comm. 202, note J.-P. LEGROS ; *JCP G* 2015, 1065, note J. THERON ; *Procédures* 2015, comm. 332, obs. B. ROLLAND ; *JCP E* 2016, 1000, n° 4, chron. Ph. PÉTEL ; *GP* 19 janv. 2016, p. 63, obs. Ch. LEBEL ; *LEDEN* 2015, n° 9, p. 7, obs. O. STAES.

et elle est gérée directement par les organes normaux de l'entreprise. Sa situation reste néanmoins fragile et les créanciers ne peuvent donc pas agir en paiement à l'encontre du débiteur et sont tenus par les remises et délais.

En revanche, les créanciers peuvent agir en coulisses à l'encontre des garants qui ne peuvent se prévaloir des remises et délais. Ils ne bénéficient pas non plus de l'inopposabilité des créances non déclarées. Une exception est prévue en procédure de sauvegarde pour les personnes physiques ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie¹⁰³. Une seconde exception est prévue pour les associés de société civile, car ce sont des débiteurs subsidiaires¹⁰⁴. Ils ne peuvent pas être appelés en paiement tant que la société respecte le plan¹⁰⁵.

Par ailleurs, du fait de l'adoption du plan, aucune action en extension ne peut être envisagée¹⁰⁶.

2) Les rangs pour les créanciers : la discrète égalité des créanciers

La question de l'existence d'une éventuelle égalité entre créanciers se pose à nouveau à propos de l'exécution du plan, lorsque l'entreprise verse des fonds à répartir entre créanciers.

Cette situation est prévue dès l'adoption du plan de continuation. Les créances déclarées sont en effet inscrites au plan afin d'être réglées pendant son exécution : le plan doit prévoir le règlement

¹⁰³ Article L. 622-26 al. 2.

¹⁰⁴ Article 1858 du Code civil.

¹⁰⁵ Cass. com., 23 janv. 2001, n° 98-10668, *Bull. civ.*, IV, n° 24 ; *RDBF* 2001, n° 2, p. 92, note F.-X. LUCAS ; *D.* 2001.781, obs. A. LIENHARD ; 3427, obs. A. HONORAT ; *Rev. soc.* 2001.847, note J.-Ph. DOM ; *JCP G* 2001, II, 10522, note J.-P. RÉMERY ; *JCP E* 2001, 75, obs. P. PÉTEL ; *Act. proc. coll.* 2001, comm. 65, obs. J. VALLANSAN ; *BJS* 2001 p. 48, note A. COURET ; *RTD com.* 2001, p. 472, obs. M.-H. MONSERIE-BON ; *LPA*, 27 sept. 2001, p. 14, note D. CIBIRILA ; 31 janv. 2006, n° 04-15341, *RDBF* 2006, n° 5, p. 166, note F.-X. LUCAS. Néanmoins, la déclaration de créances à une procédure de liquidation judiciaire équivaut à des poursuites préalables et vaines, ce qui permet aux créanciers d'agir à l'encontre des associés : Cass. mixte, 18 mai 2007, n° 05-10413, *Bull. civ.*, n° 4 ; *JCP G* 2007, II, 10128, note J.-P. LEGROS ; *Dr. soc.* 2007, comm. 130, note F.-X. LUCAS ; *JCP G* 2007, I, 179, n° 9, obs. J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY ET G. WICKER ; *RTD com.* 2007, p. 597, obs. A. MARTIN-SERF. Voir également Cass. 3^e civ., 10 févr. 2010, n° 09-10982, *Bull. civ.*, III, n° 42.

¹⁰⁶ La procédure à l'encontre du débiteur ne peut être étendue à une autre personne : Cass. com., 22 oct. 1996, n° 95-13024, *Bull. civ.*, IV, n° 256 ; *BJS* 1997, n° 57, p. 166, note P. LE CANNU ; 4 janv. 2000, n° 97-11712, *Bull. civ.*, IV, n° 3 ; *Act. proc. coll.* 2000/2, n° 24, obs. C. REGNAUT-MOUTIER ; *D.* 2000.73, obs. A. LIENHARD ; *JCP E* 2000, 698, obs. P. PÉTEL ; *RTD com.* 2000, p. 464, obs. J.-L. VALLENS ; *D.* 2000, p. 72, obs. A. LIENHARD ; 18 janv. 2005, n° 03-18264, *GP* 2005, n° 119, p. 22, note F.-X. LUCAS ; 5 avr. 2016, n° 14-19869, à paraître au *Bulletin* ; *GP* 2016, n° 24, p. 45, note F. REILLE ; *Dr. soc.* 2016, n° 10, p. 30, note J.-P. LEGROS ; *JCP E* 2016, n° 36, p. 24, note Ph. PÉTEL ; *BJE* 2016, n° 5, p. 310, note A. BEZERT.

Inversement, une autre procédure ne peut pas s'étendre à un débiteur qui bénéficie d'un plan : Cass. com., 12 nov. 1991, n° 90-14255, *Bull. civ.*, IV, n° 343 ; *JCP E* 1992, 136, obs. Ph. PÉTEL ; *Rev. proc. coll.* 1992, n° 3, p. 299, obs. J.-M. CALENDINI ; *LPA* 2 mars 1994, n° 26, p. 14, note F. DERRIDA ; 16 oct. 2012, n° 11-23086, *Bull. civ.*, IV, n° 185 ; *D.* 2012, p. 2514, obs. A. LIENHARD ; *Rev. proc. coll.* 2013, comm. 5, note B. SAINTOURENS ; *GP* 19 janv. 2013, p. 17, note F. REILLE ; *BJE* 2012, n° 195, p. 356, note L. LE MESLE ; *LEDEN* 2012, n° 173, p. 3, obs. I. PARACHKEVOVA ; *JCP E* 2012, 1757, obs. Ph. PÉTEL ; *Act. proc. coll.* 2012, n° 289, note G. BLANC ; *LPA* 8 mars 2013, n° 49, p. 7, note E. GIQUIAUD ; *Dr. sociétés* 2013, comm. 209, note J.-P. LEGROS.

de toutes les créances¹⁰⁷, même contestées. Dans ce cas, le créancier ne participe pas aux distributions tant que sa créance n'est pas admise¹⁰⁸. Les créances sont donc payées selon les conditions fixées par le plan de continuation soit en tenant compte de l'échelonnement accordé par le créancier, soit en application des délais uniformes imposés par le tribunal. Dans cette mesure, l'égalité est respectée.

C'est au commissaire à l'exécution qu'il revient de procéder aux distributions¹⁰⁹. Dans un souci de transparence, le commissaire établit un rapport annuel sur l'exécution des engagements du débiteur, les paiements et les répartitions. Les dividendes sont en principe portables et non quérables¹¹⁰.

Le prix de cession d'un actif isolé ou reçu dans le cadre d'un plan de cession suit une procédure d'ordre. S'il s'agit d'une sauvegarde ou d'un redressement, le reliquat est reversé à l'entreprise pour financer son redressement¹¹¹. Les distributions ne sont pas faites par une simple répartition égale, au marc le franc, entre tous les créanciers. Seul le produit de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif contre un dirigeant dans la liquidation est réparti ainsi. Sinon, une procédure d'ordre doit être suivie :

créances salariales bénéficiant du super-privilege des salaires ; frais de justice postérieurs ; sommes garanties par le privilege de conciliation ; créances postérieures privilégiées selon un classement interne ; créances salariales bénéficiant du privilege general des salaires ; créances antérieures garanties par un privilege special ou par une hypothèque, par ordre d'ancienneté.

Il est dès lors possible de rejeter d'emblée une égalité arithmétique ou géométrique entre l'ensemble des créanciers.

Certains créanciers peuvent être payés en priorité. En cas de vente d'un actif pendant la période d'exécution du plan, pour les créanciers inscrits, la quote-part du prix est versée en compte à la Caisse des Dépôts et consignations¹¹². Un paiement provisionnel est même possible, après paiement des créances super-privilegiées et des créances postérieures privilégiées. S'agissant du crédit-bail, le crédit preneur peut, à l'échéance, lever l'option d'achat et doit alors payer l'intégralité des sommes dues, y compris les créances antérieures, dans la limite de la réduction dont elles font l'objet dans le plan sous forme de remises ou de délais¹¹³.

S'agissant du prix dans le plan cession, il est d'abord fait distraction des frais et dépens de la liquidation judiciaire et des subsides pour le débiteur-personne physique. Le tribunal doit ventiler le prix de cession entre les différents biens grevés d'une sûreté spéciale. La quote-part du prix de cession est alors affectée

¹⁰⁷ Article L. 626-10.

¹⁰⁸ Article L. 626-21.

¹⁰⁹ Article L. 626-21, al. 5.

¹¹⁰ Par ex : le créancier qui n'a pas demandé de dividendes pendant quatre ans peut les réclamer (Cass. com, 22 oct. 1996, n° 94-10771, *Bull. civ.*, IV, n° 254 ; *RDBF* 1996, p. 243, obs. M.-J. CAMPANA et J.-M. CALENDINI).

¹¹¹ Article L. 626-23.

¹¹² Article L. 626-22.

¹¹³ Article L. 626-18, dernier al.

aux créanciers garantis. Un ordre est suivi également : créances salariales bénéficiant du super-privilège des salaires ; frais de justice postérieurs ; sommes garanties par le privilège de conciliation ; créances salariales bénéficiant du privilège général des salaires ; créances antérieures garanties par une sûreté immobilière ; créances postérieures privilégiées selon un classement interne ; créances antérieures garanties par une sûreté mobilière ; créances chirographaires.

Il n'y a donc pas de principe général d'égalité entre tous les créanciers mais au contraire une hiérarchisation¹¹⁴. Cependant, par catégories de créanciers, on retrouve une égalité en principe, avec une exception pour les créances postérieures privilégiées.

3) La clôture résultant de la bonne exécution du plan

En cas de bonne exécution du plan de continuation, les créanciers sont considérés comme désintéressés au regard des concessions qui ont été décidées et ils ne retrouvent pas de recours. S'agissant du plan de cession, s'il est bien exécuté, il est acquis que la procédure ne recevra plus aucune somme à répartir entre les créanciers. Dans les deux situations, les créanciers ne peuvent plus rien attendre.

Le tribunal constate alors que l'exécution est achevée¹¹⁵ et prononce la clôture de la procédure. L'arrêt des poursuites devient définitif. Le paiement complet du prix emporte purge des inscriptions grevant les biens compris dans la cession¹¹⁶. Les créances non déclarées sont définitivement privées d'action et inopposables aux personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie s'il s'agit d'un plan de sauvegarde. Les créanciers peuvent néanmoins agir contre les garants dans les autres cas. Si le plan de cession est adopté en liquidation judiciaire, une clôture pour insuffisance d'actif est prononcée. La société est dissoute.

Il existe néanmoins des exceptions à la non reprise des poursuites dans les hypothèses suivantes : une créance n'a pas été déclarée par le débiteur et le créancier n'a pas reçu l'avertissement ; l'action en responsabilité de l'administration fiscale ; une infraction pénale du débiteur ; les droits attachés à la personne ; la faillite personnelle du débiteur ; la banqueroute ; une précédente liquidation judiciaire dans un délai de 5 ans ; la fraude aux droits d'un créancier.

Par ailleurs, les décisions relatives à la procédure de sauvegarde ou de redressement sont radiées du Registre du commerce et des sociétés (RCS) afin de permettre le rebond du débiteur. La radiation est même anticipée dans la sauvegarde : il est procédé à une radiation d'office si le plan est toujours en cours d'exécution

¹¹⁴ Décrivant le plan de cession comme un instrument de spoliation pour les créanciers titulaires de sûretés réelles, voir F.-X. LUCAS, *Manuel de droit de la faillite*, préc., n° 363.

¹¹⁵ Article L. 626-28.

¹¹⁶ Article L. 642-12 al. 2.

au terme d'un délai de trois ans, à compter de son arrêté. La scène se termine ainsi sur un succès. Mais en cas d'échec, les créanciers reviennent en force.

B) La réapparition des créanciers en raison de l'inexécution du plan

La remise en cause du plan peut être réalisée de façon à anticiper un risque d'inexécution (1) ou à sanctionner l'inexécution (2).

1) La prévention de l'inexécution : la modification du plan

Le plan n'est pas gravé dans le marbre mais peut au contraire s'adapter aux difficultés réelles de l'entreprise. En cas de survenance d'un élément nouveau de nature à remettre en cause les dispositions du plan, il peut être envisagé de le modifier. La modification équivaut à l'adoption d'un nouveau plan et le parallélisme des formes doit s'appliquer : on reprend la procédure d'adoption¹¹⁷. À tout le moins lorsqu'il s'agit d'une modification substantielle dans les objectifs et les moyens du plan.

La modification ne peut être décidée que par le tribunal à la demande du débiteur ou du cessionnaire selon le plan, sur rapport du commissaire à l'exécution¹¹⁸. Plusieurs consultations sont obligatoires, comme pour l'élaboration du plan¹¹⁹.

Les modifications portent le plus souvent sur le volet financier et ont pour objet d'obtenir un allongement de l'échéancier prévu. La modification des modalités d'apurement du passif impose de consulter à nouveau les créanciers individuellement ou en comités. Les créanciers sont consultés dès lors que la modification porte sur les modalités d'apurement du passif avec un délai de 15 jours pour faire valoir leurs observations¹²⁰. Si les comités avaient été constitués, la modification n'est possible que moyennant une nouvelle consultation des comités. Le jugement modifiant le plan est considéré comme faisant corps avec le jugement arrêtant le plan, de sorte que la garantie de l'AGS s'applique aussi bien aux licenciements prononcés à la suite de la modification du plan¹²¹.

Les règles déjà exposées sur les concessions des créanciers sont à nouveau applicables. Quant à la modification du plan de cession, elle est limitée par le principe d'intangibilité des engagements financiers¹²². Le prix ne peut être modifié, ce qui présente une certaine sécurité pour les créanciers.

¹¹⁷ Justifiant la lourdeur de la modification du plan par l'idée qu'il faut ménager les créanciers, voir F.-X. LUCAS, *op. cit.*, n° 335.s

¹¹⁸ Articles L. 626-26 et L. 642-6.

¹¹⁹ Voir les mêmes articles.

¹²⁰ Article R. 626-45.

¹²¹ Cass. soc., 17 oct. 1990, n° 88-42713, *RJS* 1990.642, n° 974 ; 3 avr. 1991, n° 90-41566, *Bull. civ.*, V, n° 165 ; *RJS* 1991.311, n° 581.

¹²² Article L. 642-6, al. 3.

Le critère vaut également pour la substitution de cessionnaire qui doit être autorisée soit lors de l'adoption soit en cours d'exécution du plan¹²³ : la procédure d'adoption du plan devra à nouveau être suivie si la substitution emporte des modifications substantielles. Le premier repreneur, substituant, reste garant solidaire du paiement du prix et de l'obligation de ne pas licencier. Plus marginalement, une modification substantielle du plan au profit des créanciers peut être demandée par le commissaire à l'exécution.

2) Les sanctions de l'inexécution

L'inexécution peut porter sur tout type d'engagement, relevant de n'importe quel volet du plan (économique, social ou financier). Elle peut être reprochée par le commissaire à l'exécution ou le ministère public mais aussi tout créancier, quel que soit le montant de sa créance¹²⁴. Le tribunal saisi aux fins de résolution n'est pas tenu de la prononcer : il juge en opportunité, ce qui lui permet d'exercer un contrôle de proportionnalité¹²⁵. Il existe une cause supplémentaire de résolution du plan de sauvegarde : lorsque l'état de cessation des paiements survient durant l'exécution du plan¹²⁶.

Si la résolution est prononcée, elle met fin à la procédure et aux opérations, sans rétroactivité¹²⁷. Les concessions du plan sont effacées. La procédure de sauvegarde est clôturée : le débiteur redevient *in bonis* et les créanciers peuvent à nouveau poursuivre, sans que les remises et délais ne leur soient opposables. Même ceux qui n'avaient pas déclaré peuvent agir. Une nouvelle procédure peut s'ouvrir simultanément en cas de cessation des paiements : le redressement judiciaire n'est pas automatique mais il est possible, de même que la liquidation judiciaire si le redressement est manifestement impossible. Si le plan a été adopté dans le cadre d'un redressement judiciaire ou d'une liquidation judiciaire, une nouvelle procédure s'ouvre mais les créanciers ne sont pas tenus de déclarer : les créances inscrites au plan sont admises de plein droit. Sont également dispensés de la déclaration les créanciers postérieurs privilégiés. Dans ce cas, les créanciers restent soumis à l'arrêt des poursuites. Pour un plan de cession, le prix payé reste acquis¹²⁸.

¹²³ Article L. 642-9, al. 3.

¹²⁴ Articles L. 626-27, I, al. 2 et L. 642-11, al. 3. Comp. l'article 80 de la loi de 1985, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 94-475 du 10 juin 1994, qui limitait la qualité à agir aux créanciers représentant au moins 15 % des créances. Par ex. : Cass. com., 6 févr. 1996, n° 93-16544, *Bull. civ.*, IV, n° 40.

¹²⁵ Cass. com., 30 juin 2015, n° 14-16.544.

¹²⁶ Article L. 626-27, I, al. 3. Dans le cadre du plan de cession, l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du cessionnaire interdit la résolution du plan pour inexécution de l'obligation de payer le prix par application de l'article L. 622-21 (F. PEROCHON, *op. cit.*, n° 1300).

¹²⁷ Pour une analyse critique, voir S. SAAIED, *L'échec du plan de sauvegarde de l'entreprise en difficulté*, préf. A. GHOZI, LGDJ, coll. Bibl. de droit des entreprises en difficulté, t. 3, 2015.

¹²⁸ Article L. 642-11 *in fine*.

Mais la résolution n'est pas la seule réponse à l'inexécution. Si l'inexécution porte sur le paiement des dividendes, le commissaire à l'exécution est seul habilité à procéder à leur recouvrement¹²⁹.

Lorsque le plan n'est pas exécuté mais arrive à son terme sans être pour autant résolu, l'arrêt des poursuites n'est plus applicable : les créanciers recouvrent leur droit de poursuite individuelle pour l'intégralité de la créance déclarée,¹³⁰ car la réduction de créance n'est définitivement acquise qu'après versement au terme fixé de la dernière échéance prévue par le plan¹³¹.

La responsabilité du tiers peut être engagée¹³², par exemple lorsqu'il refuse d'acquiescer les actions ou parts sociales¹³³.

Entre plan de continuation et plan de cession, les créanciers sont présents aux étapes critiques de la restructuration de l'entreprise en difficulté. Le droit français ne peut guère être considéré comme indolore pour les créanciers, mais il s'emploie à devenir *creditor friendly*¹³⁴.

¹²⁹ Article L. 626-27, I.

¹³⁰ Cass. com., 8 avr. 2015, n° 13-28061, *Bull. civ.*, IV, n° 65 ; *D.* 2015.801, obs. A. LIENHARD ; *RTD com.* 2015.197, note A. MARTIN-SERF ; *RTD com.* 2015.380, obs. J.-L. Vallens ; *Rev. proc. coll.* 2015, n° 4, p. 50, note F. MACORIG-VENIER.

¹³¹ Article L. 626-19, al. 2.

¹³² Sur la responsabilité du cessionnaire, article L. 642-11 al. 2. La responsabilité est engagée y compris à l'égard des tiers : Cass. com., 28 mars 2000, n° 98-12074, *RTD civ.* 2000.835, note J. MESTRE et B. FAGES ; *D.* 2000.210, obs. A. LIENHARD ; *RJDA* 2000, p. 594, concl. M-Ch. PINIOT). Engageant la responsabilité quasi-contractuelle du repreneur qui ne réalise pas les actes de cession, voir Cass. com., 26 oct. 1999, n° 96-19156, *Bull. civ.*, IV, n° 193 ; *D.* 1999.67, obs. A. LIENHARD ; *D.* 2000.383, obs. A. PELLISSIER ; *D.* 2000.328, obs. A. HONORAT ; *JCP E* 2000, p. 563, note F. Delfour.

¹³³ Cass. com., 28 juin 1994, n° 92-13135, *Bull. civ.*, IV, n° 243 ; *RTD civ.* 1995.102, note J. MESTRE.

¹³⁴ J.-J. FRAMOUT, « Des plans plus attractifs pour les créanciers ? », *Rev. proc. coll.* 2014, n° 2, dossier 19.