

## LE DROIT FRANÇAIS EST-IL CREDITOR FRIENDLY ?

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

---

L'une des plumes les plus autorisées du droit français a écrit, en 1936, que « La faveur que la démocratie n'a jamais cessé de témoigner aux faibles lui fait depuis longtemps considérer le débiteur comme le seul digne de la protection des lois. La crise économique est le motif ou le prétexte qui est invoqué pour accentuer cette protection »<sup>1</sup>. L'affirmation semble être contemporaine, parce que le droit français des procédures collectives est régulièrement décrit comme trop favorable au débiteur au détriment de ses créanciers. Le dernier classement *Doing Business* de la Banque mondiale paraît confirmer cette intuition, au moins si l'on compare le droit français aux droits anglo-saxons en matière de règlement des créanciers : en 2017, la France est classée 24<sup>e</sup> sur 190, avec un taux de recouvrement de 78,5 %. C'est mieux qu'en 2012, puisque la France était classée 46<sup>e</sup>, avec un taux de recouvrement de 45,8 %, mais par comparaison, le Royaume-Uni se plaçait à la 13<sup>e</sup> position en 2017 avec un taux de recouvrement de 88,6 %.

Pour comprendre ce qui caractérise un droit favorable aux créanciers, il convient d'étudier si le remboursement des créanciers est placé au premier rang des objectifs de la procédure d'insolvabilité. La séniorité de la dette envers les créanciers contractuels (par opposition aux salariés et organismes publics) doit y être importante, et les créanciers doivent prendre le contrôle ou au moins garder un pouvoir important dans le processus de restructuration<sup>2</sup>.

Si l'on suit ces critères, l'impression d'un droit français trop favorable au débiteur peut surprendre, quand on se souvient que dans l'Ancien droit, les créanciers avaient un rôle moteur dans la procédure collective ; le paiement des créanciers était la finalité essentielle de la faillite<sup>3</sup>, et le Code de commerce de 1807 n'a pas rompu avec ces principes. Dans les années 1980, sous le coup des chocs pétroliers, et face à l'augmentation du chômage et des faillites, il parut nécessaire au législateur d'adopter des mesures permettant la sauvegarde des entreprises et des emplois<sup>4</sup>. Le législateur reforma le droit de la faillite en lui assignant de nouveaux objectifs affichés clairement dans l'article premier de la

---

<sup>1</sup> G. RIPERT, « Le droit de ne pas payer ses dettes », *DH 1936*, Chron., p. 57.

<sup>2</sup> Ces critères sont proposés par le lexique financier Vernimmen.

<sup>3</sup> V. not. l'ordonnance de 1673 sur le commerce.

<sup>4</sup> J. PAILLUSSEAU, « Les vicissitudes de la loi du 25 janvier 1985 », *Les Petites Affiches*, 12 janvier 1994, n° 5.

loi du 25 janvier 1985<sup>5</sup>. Ce texte précisa que les objectifs du redressement judiciaire sont, dans l'ordre, la sauvegarde de l'entreprise d'abord, le maintien de l'activité et de l'emploi ensuite, et enfin seulement l'apurement du passif. La conception de la faillite fut totalement modifiée, le droit de la défaillance des entreprises n'ayant plus une fonction de payeur, mais une fonction de sauveur : cette loi a réalisé une transformation du droit de la faillite en droit des entreprises en difficulté<sup>6</sup>. Avec la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises<sup>7</sup>, les prérogatives des créanciers dans la procédure sont renforcées ; ces derniers « relèvent la tête »<sup>8</sup>. Ils peuvent participer plus activement à la procédure collective de leur débiteur. L'ordonnance du 18 décembre 2008<sup>9</sup> a adapté le régime de la fiducie récemment consacrée en droit français aux procédures collectives, terminant de créer ce que l'on a appelé la « reine des sûretés »<sup>10</sup>. Dernières pièces de l'œuvre prolifique en la matière, l'ordonnance du 12 mars 2014<sup>11</sup> et la loi Macron du 6 août 2015<sup>12</sup> ont permis d'opérer un rééquilibrage en faveur des créanciers au détriment des actionnaires.

Nombreuses, publiées à des intervalles très courts, ces récentes réformes ne sont pourtant pas parvenues à effacer l'impression d'un droit trop favorable au débiteur, et trop mortifiant pour les créanciers. Le droit français demeure un instrument de sauvetage du débiteur, et non de paiement des créanciers : le droit français est creditor-friendly... mais seulement lorsque c'est dans l'intérêt du débiteur. En effet le droit français opère une paralysie des créances en procédure collective (§ 1), et réserve un sort aux créances qui trahit largement les priorités du droit français (§ 2).

## §1 – LA PARALYSIE DES CRÉANCES DANS LA PROCÉDURE COLLECTIVE

<sup>5</sup> L. n°85-98, 25 janv. 1985, relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises.

<sup>6</sup> J. PAILLUSSEAU, « Du droit des faillites au droit des entreprises en difficulté », in *Etudes offertes à Roger Houin*, Dalloz, 1985, p. 109.

<sup>7</sup> L. n°2005-845, 26 juil. 2005, de sauvegarde des entreprises, NOR : JUSX0400017L, ELI : <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2005/7/26/JUSX0400017L/jo/texte>.

<sup>8</sup> F.-X. LUCAS, « L'apport de la nouvelle loi et sa philosophie », *Les Petites Affiches*, 16 mars 2006, p. 9 ; C. Saint-Alary-Houin, « Le projet de loi de sauvegarde des entreprises : continuité, rupture, ou retour en arrière ? », *Droit et patrimoine*, janvier 2005, p. 27, parle du « come back » des créanciers.

<sup>9</sup> Ord. n°2008-1345, 18 déc. 2008, portant réforme du droit des entreprises en difficulté, NOR: JUSC0824839R, ELI: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/ordonnance/2008/12/18/JUSC0824839R/jo/texte>

<sup>10</sup> A. CERLES, « La fiducie : nouvelle reine des sûretés ? », *Juris-Classeur périodique, édition entreprise*, Septembre 2007, II, 2054.

<sup>11</sup> Ord. n°2014-326, 12 mars 2014, portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, NOR: JUSX1401954R, ELI: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/ordonnance/2014/3/12/JUSX1401954R/jo/texte>.

<sup>12</sup> L. n°2015-990, 6 août 2015, pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, NOR: EIXN1426821L, ELI: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2015/8/6/EIXN1426821L/jo/texte>.

La paralysie des créances dans la procédure collective se traduit par le poids de la discipline collective sur les créanciers (A) comme par la présence de nombreuses règles encadrant les actions des créanciers (B).

### A) Le poids de la discipline collective sur les créanciers

Le principal effet de la discipline collective est constitué par le gel du passif (1), même si les règles encadrant les actions des créanciers ne sont pas sans effet sur la discipline collective (2).

#### *Les règles entraînant le gel du passif du débiteur*

Le principal effet de la discipline collective est le gel du passif, qui se traduit en particulier par la règle qui interdit au débiteur, sous peine de nullité absolue et de sanction pénale (L. 654-8 du Code de commerce), de payer « toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture » (L. 622-7 C. com.). L'interdiction est large et vise toutes les créances antérieures, qu'elles soient échues ou non, privilégiées ou chirographaires, bancaires ou non. Le texte prévoit toutefois plusieurs exceptions à la règle :

- peuvent ainsi être payées les créances alimentaires<sup>13</sup> à la charge du débiteur, antérieures ou postérieures au jugement d'ouverture ;
- des paiements peuvent être faits par compensation de créances connexes<sup>14</sup> ;
- le débiteur peut, sur autorisation du juge-commissaire, payer une créance antérieure au jugement « pour retirer le gage ou une chose légitimement retenue », ou pour « obtenir le retour de biens et droits transférés à titre de garantie dans un patrimoine fiduciaire », ou encore « pour lever l'option d'achat d'un contrat de crédit-bail » dans tous les cas lorsque ce retour/retrait est justifié par la poursuite de l'activité du débiteur.

On remarquera que ces exceptions ne sont majoritairement permises que lorsqu'elles contribuent à l'activité et donc au sauvetage du débiteur. Or, ce n'est pas la même chose de bien traiter certains créanciers parce qu'ils contribuent au sauvetage du débiteur, et de bien traiter tous les créanciers parce qu'ils sont créanciers. Il est possible d'hésiter à qualifier le droit français de creditor-friendly alors que certains créanciers ne sont favorisés que parce qu'ils contribuent à la poursuite de l'activité du débiteur. À vrai dire, c'est au moins autant l'intérêt du débiteur que celui des créanciers qui est alors protégé.

<sup>13</sup> Il s'agit des créances réciproques exclusivement issues des obligations alimentaires entre personnes physiques fondées sur la solidarité familiale.

<sup>14</sup> Cela vise les créances issues ou qui dérivent de l'exécution ou de l'inexécution du même contrat, ou lorsqu'elles se rattachent à plusieurs conventions constituant les éléments d'un ensemble contractuel unique servant de cadre général à ces relations, c'est-à-dire un ensemble contractuel (Cass. com., 15 juin 1993, n° 91-19.677, *Bull. IV*, n° 242 ; la jurisprudence est constante depuis).

Le jugement d'ouverture vient également interrompre ou interdire les actions contre le débiteur tendant au paiement de sommes d'argent, ou à la résolution d'un contrat pour défaut de paiement de sommes d'argent (L. 622-21, I C. com.)<sup>15</sup>, ce qui permet à la procédure d'être véritablement collective et, pour une majorité d'auteurs<sup>16</sup>, cela donne vie à la règle de l'égalité des créanciers. Ensuite, les intérêts de toute nature des créances antérieures sont arrêtés définitivement à la date du jugement d'ouverture de la procédure<sup>17</sup>, qu'ils soient légaux ou conventionnels, intérêts de retard et majorations compris. Par exception au droit commun, l'anatocisme, c'est-à-dire la capitalisation des intérêts, est interdit dans la procédure collective comme, d'ailleurs, dans la conciliation (L. 622-28, L. 611-10-1 C. com.). Est enfin interdite l'inscription, après le jugement d'ouverture, des hypothèques, nantissements, gages, et privilèges constitués antérieurement sur des biens appartenant au débiteur (L. 622-30 C. com.).

Que les créanciers antérieurs au jugement d'ouverture ne se fassent donc pas d'illusion : ils ne pourront pas sécuriser leurs positions après le jugement d'ouverture. Le gel du passif vient s'abattre sur les créanciers du débiteur avec le jugement d'ouverture de la procédure et, voulant mettre tous les créanciers sur un pied d'égalité, le droit français finit par les immobiliser presque tous. En effet, les créanciers, loin de contrôler la procédure collective comme dans un droit pro-créanciers, sont écrasés par les règles de procédure qui encadrent leurs actions.

## 2) Les règles encadrant les actions des créanciers

Parmi les règles encadrant les actions des créanciers, on compte bien évidemment l'obligation faite aux créanciers dont la créance est née antérieurement au jugement d'ouverture, de déclarer leurs créances<sup>18</sup> au mandataire judiciaire ou au liquidateur dans un délai préfix de deux mois à compter de la publication du jugement d'ouverture (L. 622-24 C. com.) quels que soient les caractères ou la nature de ces créances : chirographaire ou privilégiée, exigible

<sup>15</sup> Il a été jugé que « le principe de suspension des poursuites individuelles en matière de faillite est à la fois d'ordre public interne et international » (Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 6 mai 2009, n° 08-10.281, *Bull. I*, n° 136).

<sup>16</sup> Ex. : F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, LGDJ, 10<sup>e</sup> éd., n° 569, p. 262.

<sup>17</sup> Une exception notable exclut la règle pour les « intérêts résultant de contrats de prêt conclus pour une durée égale ou supérieure à un an ou de contrats assortis d'un paiement différé d'un an ou plus » (L. 622-28, alinéa 1<sup>er</sup> C. com.).

<sup>18</sup> La déclaration des créances est l'acte par lequel le créancier manifeste son intention d'être payé et fait reconnaître sa créance dans la procédure collective. La déclaration doit être écrite et manifester clairement l'intention du créancier de faire valoir sa créance. Elle doit révéler « de façon non équivoque sa volonté de réclamer, dans la procédure collective, le montant de sa créance » (Cass. com., 15 février 2011, n° 10-12.149, *Bull. IV*, n° 26). En application des articles L. 622-25 et R. 622-23 C. com., elle précise le montant, échu et à échoir, de la créance, et doit être accompagnée de toutes indications et justificatifs de nature à établir la réalité de la créance. Le créancier doit notamment indiquer les modalités de calcul des intérêts dont le cours n'est pas arrêté s'il y a lieu, et, le cas échéant, les sûretés qui sont l'accessoire de sa créance.

ou assortie d'un terme, certaine ou conditionnelle<sup>19</sup>. Les créances doivent être déclarées même si elles sont établies par un titre, fût-il un acte notarié ou un jugement de condamnation définitif : comme l'a souligné un auteur, « Tous les systèmes juridiques prévoient une obligation de déclaration, mais la sacralisation de cette formalité, envers et contre toute raison, est spécifiquement française »<sup>20</sup>. Des exceptions distinguent néanmoins certains créanciers de tous les autres ; en particulier les salariés n'ont pas à déclarer leurs créances : les salariés ne sont pas des créanciers comme les autres ; en outre, seuls le Trésor Public et les organismes de la Sécurité sociale peuvent procéder à une déclaration provisionnelle, qu'ils modifieront ensuite, et en aucun cas les autres créanciers.

Il reste que le système de déclaration des créances, autrefois un véritable « traquenard »<sup>21</sup>, ont été simplifiées à la faveur des créanciers avec l'ordonnance du 12 mars 2014<sup>22</sup>. Ainsi, i) la créance portée par le débiteur à la connaissance du mandataire judiciaire est présumée avoir été déclarée pour le compte du créancier, et ii) le créancier peut ratifier la déclaration faite en son nom jusqu'à ce que le juge statue sur l'admission de la créance. Un auteur a pu se demander si « un "parcours de santé" s'est substitué au "parcours du combattant" que pouvait constituer la déclaration de créance »<sup>23</sup>.

En réalité, la sanction n'en reste pas moins lourde pour le créancier qui n'a pas déclaré sa créance dans le délai légal, puisque celui-ci est forclo et depuis la loi du 26 juillet 2005, sa créance est « inopposable au débiteur pendant l'exécution du plan » (L. 622-26 C. com.). À l'inopposabilité des créances non déclarées au débiteur pendant l'exécution du plan, s'ajoute l'inopposabilité « après cette exécution lorsque les engagements énoncés dans le plan ou décidés par le tribunal ont été tenus » (L. 622-26 C. com.). En outre, la prescription de cinq ans aura éteint la plupart des créances non déclarées. Cela ramène finalement presque à l'ancienne extinction des créances qui était décrite comme la « peine de mort qui frappait, depuis 1985, les créances non déclarées »<sup>24</sup>.

Il n'y a guère que les propriétaires qui soient mieux traités que les autres, puisqu'ils pourront obtenir la restitution effective de leurs

<sup>19</sup> La loi du 26 juillet 2005 a ajouté que les créances postérieures régulières non élues au régime de faveur devront également être déclarées au passif de la procédure du débiteur. La Cour de cassation a qualifié l'obligation de déclarer sa créance de « principe d'ordre public interne et international » (Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 29 septembre 2004, n° 02-16.754, *Bull. I* n° 215, p. 181).

<sup>20</sup> F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, LGDJ, 10<sup>e</sup> éd., n° 1517, p. 698.

<sup>21</sup> F. PEROCHON, *op. cit.*, n° 1529, p. 704.

<sup>22</sup> Avant l'ordonnance du 12 mars 2014, la jurisprudence exigeait ainsi un mandat *ad litem* en cas de déclaration par un tiers mandataire extérieur à l'entreprise du créancier, c'est-à-dire que ce tiers devait, s'il n'était pas avocat et même s'il était huissier de justice, avoué ou secrétaire de l'avocat, être « muni d'un pouvoir spécial donné par écrit, avant l'expiration du délai de déclaration des créances » (Cass. Assemblée Plénière, 4 février 2011, n° 09-14.619, *Bull. Ass. Plén.*, n° 2).

<sup>23</sup> G. JAZOTTES, « La protection des droits des créanciers », *Droit et patrimoine*, juillet 2014, n 238, II, A, citant B. DUREIL, *Revue des Procédures Collectives* 1992, p. 19.

<sup>24</sup> F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, LGDJ, 10<sup>e</sup> éd., n° 1558, p. 720.

biens au jour de la résiliation ou du terme du contrat s'ils exercent l'action en revendication (L. 624-16 C. com.). Surtout, le propriétaire d'un bien est dispensé de faire reconnaître son droit de propriété lorsque le contrat portant sur ce bien a fait l'objet d'une publicité (L. 624-10 C. com.).

On notera en revanche une évolution *a priori* favorable aux créanciers qui peuvent consentir des crédits sans se préoccuper d'éventuelles actions en responsabilité pour soutien abusif. Les créanciers qui accordent des facilités au débiteur dans le cadre de l'accord amiable de conciliation ne sont plus en principe exposés à une condamnation pour soutien abusif, risque considéré avant la loi de sauvegarde de 2005 comme une épée de Damoclès pour les établissements de crédit. Le législateur a estimé que la frilosité des banquiers dans l'octroi du crédit appelait une solution légale et, depuis 2005, la loi écarte en principe en cas de procédure collective du débiteur toute responsabilité des créanciers du fait des concours consentis, sauf en cas de fraude<sup>25</sup>, d'immixtion caractérisée dans la gestion ou dans le cas où « les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci » (L. 650-1 C. com.). Le Conseil constitutionnel a validé le texte<sup>26</sup>, estimant que la clarification du régime de la responsabilité « est de nature à lever un obstacle à l'octroi des apports financiers nécessaires à la pérennité des entreprises en difficulté [et] satisfait ainsi à un objectif d'intérêt général suffisant ». On relèvera que derrière cette décision, c'est bien davantage l'intérêt du débiteur qui est pris en compte, plutôt que celui des créanciers. L'objectif d'intérêt général est étudié à l'aune du débiteur, et non au regard de l'objectif du paiement des créanciers, décidément bien loin des considérations du droit des entreprises en difficulté français.

Les créanciers sont forcés d'entrer dans le rang, frappés par la discipline collective. Alors pourra se mettre en œuvre l'état judiciaire de la procédure, qui retire le contrôle de la restructuration des mains des créanciers, et confirme l'orientation pro-débiteur imprimée au droit français.

## **B) L'état judiciaire de la procédure malgré les créanciers**

Les créanciers disposent de nouvelles prérogatives dans la procédure collective, et à vrai dire de plus en plus depuis la loi du 10 juin 1994<sup>27</sup>. Néanmoins, le pivot de la procédure demeure le tribunal (1), et les organes de procédure restent des acteurs clés de la restructuration (2), ne laissant qu'un rôle passif aux créanciers.

---

<sup>25</sup> Laquelle ne résulte pas, selon la Cour de cassation, de l'octroi d'une autorisation de découvert alors que la situation était irrémédiablement compromise, dans le seul but d'obtenir un cautionnement : Cass. com., 27 mars 2012, n° 11-13.536, non publié.

<sup>26</sup> Conseil constitutionnel Décembre n° 2005-522 DC, 22 juillet 2005.

<sup>27</sup> L. n° 94-475, 10 juin 1994, relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises, NOR: JUSX9400223L.

### 1) La direction de la procédure par l'autorité judiciaire

Les créanciers du débiteur en procédure collective sont enfermés dans un étai judiciaire parce que le tribunal tient le premier rôle dans la restructuration et prend les décisions les plus importantes, du jugement d'ouverture de la procédure au jugement qui y met fin et connaît, selon le principe d'unité procédurale, et connaîtra de toutes les actions qui se rattachent de près ou de loin à la procédure. Par comparaison, la procédure peut certes être ouverte sur l'assignation d'un créancier (L. 631-5 et L. 640-5 C. com.), mais un tel créancier risque de voir son action jugée fautive pour malveillance ou imprudence sachant que la jurisprudence fait généralement preuve d'une grande rigueur à l'encontre de créanciers dont le seul tort est d'insister pour être payés<sup>28</sup>, traduisant ainsi ce qu'un auteur a appelé « une aversion irraisonnée envers les créanciers »<sup>29</sup>.

Les créanciers auront encore à s'inquiéter du rôle que peut jouer le tribunal dans l'annulation potentielle de certains actes passés par le débiteur au cours de la période suspecte, c'est-à-dire entre la cessation des paiements et l'ouverture du redressement judiciaire ou de la liquidation judiciaire. La date de cessation des paiements est fixée par le tribunal et peut être reportée jusqu'à 18 mois avant le jour du jugement d'ouverture (L. 631-8 C. com.). Certains cas d'annulation visent à empêcher le débiteur de faire échapper des biens hors de son patrimoine, ce qui est favorable à l'objectif d'apurement du passif sans que les créanciers ne puissent agir en annulation des actes ; d'autres empêcheront aux créanciers de protéger leurs positions (« arsenal "anti-sûreté" »<sup>30</sup>). Ces cas de nullité, relevant de la compétence exclusive du tribunal saisi de la procédure, fragilisent d'autant plus la situation des créanciers que la loi n'exige pas que l'acte combattu soit préjudiciable au débiteur, et l'action n'est enfermée dans aucun délai<sup>31</sup>. Il existe aujourd'hui douze cas de nullité obligatoire, frappant les actes considérés comme anormaux en raison de l'état de cessation des paiements du débiteur (L. 632-1, I C. com.). Parmi les actes pouvant être annulés de plein droit par le tribunal,

<sup>28</sup> J. MESTRE, « Réflexions sur l'abus du droit de recouvrer sa créance », in Mélanges offerts à P. RAYNAUD, Dalloz-Sirey 1985, p. 139 ; V. la condamnation d'une URSSAF pour procédure abusive contre un débiteur bénéficiant d'un plan de redressement qui ne payait pas ses cotisations : la Cour de cassation retient qu'« ayant énoncé que la demande de mise en redressement judiciaire ne peut être utilisée comme moyen de pression pour obtenir le règlement de dettes et qu'il existe des procédures amiables ou judiciaires adaptées à une demande de règlement, faisant ainsi ressortir que de telles procédures n'avaient pas été utilisées (...), la cour d'appel a caractérisé l'abus » : Cass. com., 1<sup>er</sup> octobre 1997, n° 95-13.262, *Bull. IV* n° 233, p. 204.

<sup>29</sup> F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, LGDJ, 10<sup>e</sup> éd., n° 438, p. 205.

<sup>30</sup> F. PEROCHON, *op. cit.*, n° 1492, p. 684.

<sup>31</sup> L'action est attitrée et ne peut donc être exercée que par les personnes visées par l'article L. 632-4 C. com. : administrateur, mandataire judiciaire, commissaire à l'exécution du plan et, depuis 2005, ministère public. Depuis 1985, le produit des actions en nullité ne tombe plus dans le patrimoine de la masse des créanciers, mais profite au débiteur dont il reconstitue l'actif (art. L. 632-1 C. com.) et par là même, à l'intérêt collectif des créanciers.

se trouvent notamment les paiements de dettes non échues, quel qu'en soit le mode (3°), les paiements de dettes échues selon un mode de paiement anormal (4°), la constitution de certaines sûretés en garantie d'une dette antérieure (6°), le transfert de biens ou de droits dans un patrimoine fiduciaire (9°). La loi (L. 632-2 C. com.) prévoit en outre des nullités dites facultatives en ce que, lorsque les conditions sont remplies, le tribunal dispose d'un large pouvoir d'appréciation quant à l'opportunité de l'annulation. Il s'agit des paiements pour dettes échues effectués à compter de la date de cessation des paiements, et des actes à titre onéreux accomplis à compter de cette même date, et depuis 2005 tout avis à tiers détenteur et toute saisie attribution, dans tous les cas si ceux qui ont traité avec le débiteur ont eu connaissance de la cessation des paiements : les prêteurs sont particulièrement visés. Dans la continuité du tribunal, le juge-commissaire est désigné par le tribunal, et exerce depuis la loi du 25 janvier 1985 de nombreux pouvoirs qui en font le « chef d'orchestre de la procédure »<sup>32</sup>. Il est omniprésent au cours de la procédure et toutes les décisions d'importance moindre que celles réservées au tribunal lui incombent ou requièrent son autorisation : il nomme les experts, autorise le débiteur/l'administrateur ou le liquidateur à accomplir certains actes graves, exerce une surveillance sur les autres intervenants, notamment les mandataires qui l'informent du déroulement de la procédure. Le rôle du juge-commissaire est également central dans la déclaration des créances (L. 624-2 C. com.). Il a été indiqué que les créanciers antérieurs devaient déclarer leurs créances ; ajoutons ici que le mandataire ou le liquidateur judiciaire doit les vérifier, sachant qu'il peut les discuter<sup>33</sup>. En fonction de la réponse du créancier, la contestation peut être abandonnée, et la décision d'admission sera soumise au juge-commissaire. En cas de maintien de la contestation, le créancier est convoqué à une audience en contestation devant le juge-commissaire. Dans tous les cas, seul le juge-commissaire peut décider de l'admission d'une créance au passif du débiteur. Pour ce faire, il doit rendre une ordonnance pour chacune des créances déclarées, d'admission, de rejet total ou partiel de la créance en motivant sa décision. Si le créancier n'a pas répondu au courrier de contestation, le juge-commissaire peut prononcer le rejet total ou partiel de la créance sans avoir à le convoquer, sachant que la décision de rejet entraîne l'extinction du droit. Autre volet de l'autorité judiciaire, le ministère public a qualité pour déclencher l'ouverture d'un redressement judiciaire ou d'une liquidation judiciaire, il est systématiquement informé du déroulement de ces procédures (L. 621-8 C. com.) et peut influencer sur leur cours. Ses pouvoirs ont été régulièrement accrus par la loi de 2005, et les ordonnances de 2008 et de 2014. Il peut ainsi,

<sup>32</sup> J.-L. VALLENS, *Juris-Classeur Périodique édition entreprise* 1985.I. 14450.

<sup>33</sup> En cas de contestation, le mandataire ou le liquidateur judiciaire a l'obligation d'envoyer au créancier une lettre avec avis de réception pour lui préciser l'objet de la contestation, le montant proposé pour l'inscription, le délai de trente jours pour répondre et les conséquences du défaut de réponse (R. 624-1 al. 2 C. com.).

depuis 2008, influencer sur la désignation des mandataires de justice s'il propose des noms et son avis doit être suivi sauf rejet « spécialement motivé » (L. 621-4 C. com.) ; son avis préalable obligatoire est en outre exigé dans de nouvelles hypothèses, et il a le monopole de certains recours sachant que son appel peut parfois emporter un effet suspensif. On a ainsi, à juste titre, parlé de « l'immensité de son pouvoir »<sup>34</sup>, qu'auront à subir, par contre-coup, les créanciers du débiteur, décidément loin de contrôler le déroulement de la procédure.

Déjà nombreuses et dotées de pouvoirs importants, les autorités judiciaires ne sont cependant pas seules à la manœuvre dans la procédure collective : les organes de la procédure ont également des prérogatives non négligeables, repoussant presque les créanciers au rang de figurants.

## 2) *Les prérogatives des organes de la procédure*

D'abord, s'agissant des contrats « en cours d'existence et en cours d'exécution » à l'ouverture de la procédure, la loi (L. 622-13, I C. com.) condamne à l'inefficacité tout dispositif légal et contractuel qui fait dépendre de la seule ouverture d'une procédure collective « une indivisibilité, résiliation ou résolution » du contrat en cours, mécanisme pourtant cher aux prêteurs bancaires (depuis 2014, une règle similaire s'applique en mandat ad hoc et en conciliation : L. 611-16 C. com.). Malgré l'ouverture de la procédure, le cocontractant doit remplir ses engagements même en cas de défaut d'exécution par le débiteur d'engagements antérieurs au jugement d'ouverture, sans pouvoir invoquer l'exception d'inexécution : c'est la « purge des inexécutions antérieures »<sup>35</sup>. Cette poursuite des contrats en cours persiste tant que l'administrateur n'a pas exprimé de volonté quant au sort des créances. Cependant, le régime des contrats en cours ne s'applique pas aux contrats de travail en cours, qui se poursuivent de plein droit, ce qui confirme, s'il était besoin, que les salariés ne sont pas de cocontractants comme les autres en droit français.

Les créanciers n'ont pas réellement d'influence dans la décision de poursuite des contrats en cours, puisqu'en présence d'un administrateur, la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours lui est réservée, et il l'exerce en tenant compte de son utilité dans la perspective de la réorganisation de l'entreprise, et du plan. La décision de l'administrateur ou du débiteur peut seulement être provoquée par une mise en demeure du cocontractant de dire s'il entend exiger l'exécution du contrat. L'absence de réponse expresse dans le délai entraîne la résiliation du contrat (L. 622-13 III, 1° C. com.). En l'absence de mise en demeure, l'ordonnance du 18 décembre 2008 a étendu la maîtrise de l'administrateur, puisque la loi (L. 622-13 IV C. com.) permet à ce dernier de

<sup>34</sup> Rapport de la Cour de cassation 1998, p. 139.

<sup>35</sup> P. PETEL, *Procédures collectives*, Cours Dalloz, Droit privé, 8<sup>e</sup> éd., 2014, n° 239. Cet effet est néanmoins limité par la jurisprudence aux obligations pécuniaires du débiteur.

demander au juge-commissaire de prononcer la résiliation d'un contrat en cours.

Il est vrai, cependant, que la loi du 26 juillet 2005 a renforcé les pouvoirs de certains créanciers, les contrôleurs, qui, au nombre de cinq maximum, peuvent être désignés par le juge-commissaire. Elle ajoute, à la mission générale d'assistance du mandataire judiciaire et du juge-commissaire dans leur mission de surveillance de l'administration de l'entreprise, une mission subsidiaire de défense de l'intérêt collectif (L. 622-20 C. com.). Le domaine des actions dans l'intérêt collectif des créanciers est vaste. Ils sont régulièrement informés, ou consultés en particulier sur les décisions les plus importantes : ouverture de la procédure (L. 621-1 et L. 641-1 C. com.), préparation et modification du plan de sauvegarde (L. 626-8 s., L. 626-26 C. com.), de la cession d'entreprise (L. 642-5 s. et L. 642-13 C. com.)... Ces nouvelles prérogatives semblent revaloriser la fonction du contrôleur<sup>36</sup>, remplaçant une certaine maîtrise de la procédure entre les mains de certains créanciers.

Plusieurs limites doivent immédiatement être soulignées. D'abord, le contrôleur répond de sa faute lourde en cas de poursuite malveillante ou particulièrement téméraire (L. 621-10 C. com.). Ensuite, il doit avancer les frais de la poursuite, potentiellement à fonds perdu. De surcroît, parmi les contrôleurs désignés par le juge-commissaire, se trouve très souvent l'Association de Garantie des Salaires (le système dit « AGS », proprement français, qui garantit le paiement des salaires lorsque l'employeur est en procédure collective), subrogée dans les droits des salariés, qui demande systématiquement<sup>37</sup> sa nomination en tant que contrôleur, et depuis 2014, sa nomination est de droit si elle le demande – faveur qui est également accordée aux créanciers publics (Trésor public et les organismes de Sécurité sociale). Enfin le mécanisme manque de représentativité, puisque lorsque le juge-commissaire désigne plusieurs contrôleurs, il est tenu de veiller à ce qu'au moins l'un d'entre eux soit choisi parmi les créanciers titulaires de sûretés et qu'un autre soit choisi parmi les créanciers chirographaires (L. 621-10 C. com.), sans que cela n'assure nécessairement le poids réel de chaque catégorie de créanciers dans la procédure.

Au bilan, il est évident que les créanciers perdent la maîtrise de leurs créances dans la procédure collective. Cette paralysie des créances n'est que le premier coup porté aux créanciers : le sort des créances dans la procédure collective est loin de ce que pourrait autoriser une procédure favorable aux créanciers.

## § 2 – LE SORT DES CREANCIERS DANS LA PROCEDURE COLLECTIVE

<sup>36</sup> F. DERRIDA, « Du rôle des contrôleurs dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaire », in Mélanges J. Honorat, éd. Frison-Roche, 2000, p. 89.

<sup>37</sup> F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, LGDJ, 10<sup>e</sup> éd., n° 499, p. 232.

Les créanciers réunis à l'occasion de la procédure collective de leur débiteur auront d'abord à se plaindre des décisions prises malgré leur volonté : c'est le forçage de la volonté des créanciers (A), qui est annonciateur du sacrifice des droits des créanciers (B).

### A) Le forçage de la volonté des créanciers

Le système d'adoption des mesures de restructuration, par un plan de sauvegarde ou de redressement (1), est particulièrement symptomatique du forçage de la volonté des créanciers – alors que le plan est un outil essentiel de restructuration<sup>38</sup> – mais cette contrainte se retrouve à l'œuvre sur les créanciers dans les règles de répartition (2).

#### 1) *L'adoption des mesures de restructuration*

La volonté des créanciers peut être forcée lors de l'adoption du plan, de manière différente suivant que des comités de créanciers auront été mis en place ou non. Le jugement d'ouverture ouvre une période d'observation qui permet au débiteur de préparer un plan. Il peut s'agir d'une procédure de droit commun « ordinaire » sans comité, ou d'une procédure avec comités de créanciers instituée par la loi de 2005<sup>39</sup>, permettant dans tous les cas de consulter les créanciers puisque la consultation est obligatoire lorsqu'un plan est présenté (L. 626-30 C. com.).

En l'absence de comités, la consultation des créanciers est individuelle ou collective mais sans règle de majorité. Le débiteur, avec le concours de l'administrateur, élabore ses propositions de règlement des dettes antérieures au jugement d'ouverture. Il pourra s'agir de délais de paiement, de remises de dette et, depuis la loi de 2010<sup>40</sup>, de conversions de créances en titres donnant ou pouvant donner accès au capital (*debt for equity swap*) (L. 626-5 C. com.). En principe, en cas de consultation écrite, le défaut de réponse dans le délai de 30 jours vaut acceptation : c'est ce que certains appellent l'« acceptation forcée des propositions [...], à seule fin d'alléger de manière indirecte le passif de l'entreprise et

<sup>38</sup> Près de 50% des procédures de sauvegarde ouvertes entre 2010 et 2014 débouchent sur un plan de sauvegarde : Etude publiée par Deloitte et Altarès, L'entreprise en difficulté en France. Dans l'antichambre de la reprise, mars 2015, spéc. p. 19.

<sup>39</sup> La constitution des deux comités prévus par la loi est obligatoire lorsque les deux conditions suivantes sont réunies (L. 626-29 C. com.) : les comptes du débiteur doivent être ou certifiés par un commissaire aux comptes ou établis par un expert-comptable ; et le nombre de salariés ou le chiffre d'affaires doit être supérieur, respectivement, à 150 salariés et 20 millions d'euros (R. 626-52 C. com.). Le juge-commissaire peut autoriser la constitution de comités en deçà des seuils si le débiteur ou l'administrateur en fait la demande (L. 626-29 alinéa 2 C. com.) et si la condition relative aux comptes est satisfaite.

<sup>40</sup> L. n° 2010-1249, 22 oct. 2010, de régulation bancaire et financière, NOR: ECEX0928177L, ELI:

<http://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2010/10/22/ECEX0928177L/jo/texte>.

permettre à celle-ci de poursuivre son activité plus facilement »<sup>41</sup>. Par ce moyen des créanciers sont censés avoir consenti des remises de dettes ou des délais supérieurs à dix ans, que le tribunal n'aurait pu leur imposer dans cette procédure hors comités (L. 626-18 C. com.). Le tribunal doit statuer sur le plan avant la fin de la période d'observation. Il rejette le projet de plan s'il estime que les conditions de son adoption ne sont pas remplies. Le plan retenu doit être conforme aux finalités définies par la loi (L. 626-10 C. com.) : les engagements du plan doivent porter « sur l'avenir de l'activité, les modalités du maintien et du financement de l'entreprise, le règlement du passif soumis à déclaration ainsi que, s'il y a lieu, les garanties fournies pour en assurer l'exécution. Le plan expose et justifie le niveau et les perspectives d'emploi ainsi que les conditions sociales envisagées pour la poursuite d'activité ». Hors comités de créanciers, la contrainte sur les créanciers est relativement faible, bien que le critère d'appréciation du projet de plan repose sur l'intérêt du débiteur bien avant celui des créanciers. L'orientation peut se comprendre en sauvegarde et parce que les méthodes sont peu coercitives, si elles sont comparées aux procédures avec constitution de comités de créanciers.

En présence de tels comités, les créanciers subiront d'abord l'évident manque de réalisme du droit français dans les règles de constitution de ces comités, qui ne distinguent pas, au minimum, entre les créanciers chirographaires et les créanciers titulaires de sûretés – système néanmoins appelé à évoluer sous l'impulsion de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil rendue publique le 22 novembre 2016<sup>42</sup>. En droit français, à l'heure actuelle, le projet de plan préparé par le débiteur doit être soumis au vote de chaque comité dans les conditions de majorité - allégées par l'ordonnance du 18 décembre 2008 en vue de favoriser l'adoption des plans de restructuration - des deux tiers du montant des créances détenues par les membres des comités ayant exprimé un vote (L. 626-30-2 C. com.). La décision du tribunal « rend applicables à tous leurs membres les propositions acceptées par chacun des comités » y compris aux créanciers récalcitrants (c'est l'effet *erga omnes* du plan arrêté par le tribunal, L. 626-31 C. com.). Pourront ainsi être imposés aux créanciers, même s'ils ont rejeté le plan, un rééchelonnement du paiement de leurs créances, des remises de dette partielles voire totales, et des conversions de créances en capital<sup>43</sup>. En bref, on voit bien que,

<sup>41</sup> F. DERRIDA, P. GODE, J.-P. SORTAIS, avec la collaboration d'A. HONORAT, *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises, cinq années d'application de la loi du 25 janvier 1985*, Dalloz, 3<sup>e</sup> éd, 1991, n° 199.

<sup>42</sup> Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux cadres de restructuration préventifs, à la seconde chance et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures de restructuration, d'insolvabilité et d'apurement et modifiant la directive 2012/30/UE

<sup>43</sup> Si la procédure n'aboutit pas à l'adoption du plan pour quelque raison que ce soit (refus d'homologation par le tribunal, vote négatif de l'un des comités, absence de vote à l'issue du délai maximum de six mois...), la préparation du plan reprend en principe dans les conditions du droit commun, avec la consultation individuelle de tous les créanciers (L. 626-34 C. com.).

même si lors de la création des comités de créanciers par la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005, il a été dit qu'ils favoriseraient « une plus grande implication des créanciers dans le processus de réorganisation »<sup>44</sup>, en réalité, la participation à ces comités n'est pas une faveur, mais plutôt une contrainte, sauf pour le créancier majoritaire ; un auteur évoque ainsi « la “dictature” éventuelle des autres créanciers »<sup>45</sup>. Comme le relève un auteur<sup>46</sup>, « [d]ans les procédures avec constitution des comités de créanciers, loin d'être une chance, comme on le pense parfois, la participation à ces comités est un piège, puisque c'est se trouver exposé à devoir faire les frais de la loi de la majorité et des décisions qui en résulteront ».

Une fois adopté par chacun des comités et, le cas échéant, par l'assemblée générale unique des obligataires (L. 626-32 C. com.), le projet de plan est soumis au tribunal, qui arrête le plan de sauvegarde ou de redressement s'il estime « que les intérêts de tous les créanciers sont suffisamment protégés » (L. 626-31 C. com.), et le rejette dans le cas inverse. Si la mesure permet aux créanciers de peser dans la procédure, cela ne doit pas faire oublier que la décision d'arrêter le plan émane du tribunal et non des comités de créanciers ; l'accord majoritaire des créanciers n'est pas suffisant, ce qui a pu amener certains auteurs à qualifier le plan de contrat judiciaire<sup>47</sup> ou à tout le moins à évoquer la contractualisation de la procédure collective<sup>48</sup>. Cependant, avant la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005, le débiteur était le seul à pouvoir soumettre un projet de plan aux comités de créanciers, projet sur lequel ils étaient invités à voter. L'ordonnance du 12 mars 2014 a permis à tout créancier membre de l'un des deux comités de créanciers de proposer un projet de plan qui fera l'objet d'un rapport de l'administrateur (L. 626-30-2 C. com.) avant d'être soumis au vote des créanciers, renforçant ainsi la maîtrise de la procédure par les créanciers.

Reposant également sur la loi de la majorité, et empruntée au droit américain par la loi du 22 octobre 2010, la sauvegarde financière accélérée (SFA) permet de passer outre le refus d'un prêteur de conclure un accord amiable dans le cadre d'une procédure préventive. Le mécanisme consiste à négocier un accord adopté à une majorité de créanciers dans le cadre de la

---

<sup>44</sup> J. DEHARVENG, « Philosophie de la réforme des procédures collectives et présentation du nouveau cadre juridique », *Lamy commercial*, n° 182, novembre 2005, p. 5. Le recours aux comités de créanciers a été à ce point facilité, en devenant obligatoire lorsque certains seuils fixés par décret sont dépassés, mais également disponible par option en deçà de ces seuils, qu'il était admis, lors des travaux préparatoires de la loi de sauvegarde de 2005, que « le principe est donc clairement établi : la création des comités de créanciers devrait constituer désormais la règle, l'absence desdits comités l'exception » (Avis n° 337 de Christian Gaudin, Doc. Sénat, au nom de la commission des affaires économiques, spéc. p. 88).

<sup>45</sup> F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, LGDJ, 10<sup>e</sup> éd., n° 912, p. 398.

<sup>46</sup> F.-X. LUCAS, « Fiducie sûreté et procédure collective », in *Fiducie et restructuration*, Actes du Colloque organisé le 25 septembre 2014 par l'Association française des fiduciaires, coll. Grands Colloques, spéc. p. 46.

<sup>47</sup> A. JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficulté*, Litec, 7<sup>e</sup> éd., n° 743, p. 434.

<sup>48</sup> F. PEROCHON, *op. cit.*, spéc. n° 928, p. 406 : « la contractualisation [du plan] permet de tenir en échec l'égalité, sous le contrôle final du tribunal ».

conciliation ou d'un mandat ad hoc pour n'ouvrir une procédure de sauvegarde qu'en ayant la certitude que le projet de plan qui sera présenté aux comités recueillera leur accord et qu'il pourra ainsi être rapidement arrêté par le tribunal<sup>49</sup>. Cette procédure, aussi appelée « pre-packaged plan à la française »<sup>50</sup> permet de « faire plier les quelques récalcitrants »<sup>51</sup>, de sorte qu'il a pu être dit que « la SFA est un simple mécanisme de *cram down* »<sup>52</sup>. Avec l'ordonnance de 2014, la SFA est devenue un cas particulier de la nouvelle sauvegarde accélérée, qui n'est plus, comme la SFA, réservée aux créanciers financiers.

Le poids des créanciers dans la procédure collective peut encore être apprécié par rapport à celui des actionnaires du débiteur. En effet, certains actionnaires pourraient bloquer la modification du capital nécessaire au sauvetage du débiteur, et dans ce cadre, un droit pro-créanciers devrait permettre aux créanciers de forcer la main à ces actionnaires au nom de la séniorité de la dette déjà mentionnée. L'ordonnance du 12 mars 2014 avait d'abord écarté toute cession forcée de titres dans cette hypothèse. Il était seulement permis à l'administrateur, en cas de redressement judiciaire, et lorsque les capitaux propres n'ont pas été ramenés à la moitié du capital social (L. 626-3 C. com.), de demander la désignation d'un mandataire en justice chargée de convoquer l'assemblée compétente et de procéder à un vote permettant la reconstitution du capital à la place des actionnaires opposants, lorsque le projet de plan prévoit une modification du capital en faveur d'une ou plusieurs personnes qui s'engagent à respecter le plan. Cette assemblée pourra être appelée à décider la réduction et l'augmentation du capital en faveur d'une personne qui s'engage à exécuter le plan (coup d'accordéon) (L. 631-9-1 C. com.).

Les développements initiés en 2014 ont été poursuivis avec la loi Macron du 6 août 2015 qui permet d'imposer la dilution voire l'exclusion d'actionnaires qui refusent de voter la modification du capital prévue par le plan de redressement hors du cas où les capitaux propres seraient inférieurs à la moitié du capital social. Est désormais prévue la possibilité d'une cession forcée de titres, mais uniquement en redressement judiciaire, et non en sauvegarde (L. 631-19-2 C. com.). De surcroît, elle est assortie de nombreuses conditions restrictives : i) le dispositif est limité aux entreprises d'au moins 150 salariés ; ii) la disparition du débiteur doit être de nature à causer un trouble grave à l'économie et au bassin d'emploi ; et surtout iii) la modification du capital doit apparaître comme la seule solution sérieuse d'éviter ce trouble et de

---

<sup>49</sup> En principe, le tribunal arrête le plan au plus tard dans les deux mois du jugement d'ouverture.

<sup>50</sup> F.-X. LUCAS, « Le plan de sauvegarde apprêté ou le prepackaged plan à la française », CDE 2009, dossier 28 ; A. BESSE, N. MORELLI, « Le prepackaged plan à la française : pour une saine utilisation de la procédure de sauvegarde », JCP E n° 25, 18 Juin 2009, 1628.

<sup>51</sup> P.-M. LE CORRE, « Gazette du palais spécialisée Droit des entreprises en difficulté », *Chron.* n° 289, 16 octobre 2010, p. 3.

<sup>52</sup> R. DAMMANN, S. SCHNEIDER, *La sauvegarde financière accélérée : analyse et perspectives d'avenir*, Recueil Dalloz 2011, p. 1429.

permettre la poursuite de l'activité, notamment après examen des possibilités de cession partielle ou totale de l'entreprise. La couleur s'affiche clairement : l'objectif n'est pas de mieux payer les créanciers, mais uniquement de mettre en place l'unique solution de sauvetage du débiteur lorsque les conséquences de sa défaillance seraient graves. Dans ces conditions, le tribunal peut, à la demande de l'administrateur judiciaire ou du ministère public et dans les trois mois du jugement d'ouverture, i) désigner un mandataire chargé de convoquer l'assemblée compétente et de voter l'augmentation de capital en lieu et place des actionnaires rejetant la modification de capital ; ou ii) ordonner, au profit des personnes qui se sont engagées à exécuter le projet de plan, la cession de tout ou partie de la participation détenue dans le capital par les actionnaires ayant refusé la modification du capital et qui détiennent, directement ou indirectement, une fraction du capital leur conférant une majorité des droits de vote ou une minorité de blocage.

On voit ainsi que le droit français continue de distinguer entre l'actionnaire, dont le sacro-saint droit de propriété doit être protégé et le créancier qui peut être sacrifié pour les besoins du sauvetage de l'entreprise.

## 2) *Les créanciers dans les règles de répartition*

Les (dé)faveurs du droit français pour les créanciers ne sauraient être appréciées sans évoquer le classement de ces derniers qui, à l'analyse, n'est pas aussi prévisible que les créanciers pourraient l'espérer, ce qui fragilise les prévisions des prêteurs et contribue à la construction d'une image d'un droit peu favorable aux créanciers.

En matière mobilière comme immobilière, le classement des créanciers est en général le suivant : les premiers payés sont les salariés au titre du superprivilège des salariés ; viennent juste après les frais de justice nés régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure ; ensuite les créances garanties par le privilège de la conciliation (L. 611-11 C. com.) ; puis les créances salariales privilégiées ; les créances postérieures nées régulièrement pour les besoins du déroulement de la procédure (L. 641-13) ; enfin les créances nées avant le jugement d'ouverture, ou après mais hors des conditions de L. 641-13, et dans tous les cas selon leur rang et à défaut, de manière *pari passu* entre les créanciers chirographaires (article 2285 du Code civil et L. 643-8 C. com.).

Outre le grand nombre de privilèges et de superprivilèges, c'est l'incertitude qui frappe les créanciers. Nombre de priorités s'appliquent en effet à des créances dont le nominal est inconnu des créanciers antérieurs au jugement d'ouverture : comment les prêteurs bancaires pourraient-ils connaître le montant des créances salariales qui sera dû après le jugement d'ouverture ? Ces dernières pourront pourtant représenter un volume important,

surtout au regard du montant de l'actif liquidé dans la plupart des procédures. En effet, d'un côté, le superprivilège des salariés confère une priorité de paiement absolue sur l'ensemble des actifs mobiliers et immobiliers de l'employeur et garantit le paiement des rémunérations de toute nature des soixante derniers jours de travail effectués avant le jugement d'ouverture, jusqu'à un certain plafond ; d'un autre côté, le privilège général des salaires a pour assiette tout l'actif mobilier et immobilier de l'employeur et garantit en principe les rémunérations de toute nature des six derniers mois de travail acquis avant le jugement d'ouverture. On comprend vite le théorème proposé par le Professeur Le Corre : « La valeur d'une sûreté réelle est inversement proportionnelle au nombre de salariés du constituant »<sup>53</sup>. Il en résulte nécessairement que le créancier antérieur ne peut jouir que d'une position incertaine dans le classement, sublimée par l'extrême complexité du classement légal des créanciers privilégiés<sup>54</sup>.

Cette incertitude quant au classement des créanciers antérieurs est augmentée par l'effet du privilège des créances postérieures. La loi (L. 622-17, L. 641-13 C. com.) réserve un régime de faveur aux créances nées régulièrement, postérieurement au jugement d'ouverture et utile au déroulement de la procédure de sauvegarde, de redressement comme de liquidation, puisque leurs titulaires seront payés à l'échéance ou de manière privilégiée par rapport aux créanciers antérieurs au jugement d'ouverture. En dépit de l'incertitude apportée aux créanciers antérieurs par ce privilège, pourrait-on au moins y déceler un intérêt pro-créancier ? Il faut immédiatement répondre par la négative, car si les titulaires de créances postérieures privilégiées sont payés à l'échéance et disposent d'une préférence de paiement, le seul intérêt du débiteur guide le législateur car ces créanciers ne sont favorisés qu'en raison de l'aide qu'ils apportent au débiteur dans son sauvetage. Enfin, la mesure dans laquelle les accords de subordination doivent être pris en compte demeure largement incertaine<sup>55</sup>.

Mais au moins, les créanciers ne sont pas complètement sacrifiés lors de l'adoption du plan, alors qu'il est difficile d'en dire autant lors que vient la clôture de la procédure.

## B) Le sacrifice des droits des créanciers

Que le sacrifice soit mené à l'occasion de la cession de l'entreprise (1), ou au moment de la clôture de la procédure (2), le sort des créanciers n'a rien d'enviable en droit français.

<sup>53</sup> F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, LGDJ, 10<sup>e</sup> éd., n° 1310, p. 600.

<sup>54</sup> Un auteur parle d'une « construction un peu anarchique » : A. JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficulté*, Litec, 7<sup>e</sup> éd., n° 990, p. 552.

<sup>55</sup> F.-X. LUCAS, « La subordination des créances à l'épreuve de la procédure collective », *Rev. proc. coll.* 2013, dossier 19.

### 1) *La spoliation des créanciers dans la cession*

Par principe, le cessionnaire de l'entreprise en difficulté, qui n'est pas le continuateur de la personne du débiteur, n'est pas tenu des dettes de ce dernier. 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 (L. 642-1 C. com.) : l'objectif du recouvrement des créances est à nouveau relégué en troisième position. Dans la réalité, l'ensemble des obligations pécuniaires du cessionnaire ne met le plus souvent à sa charge qu'un montant global bien inférieur à la valeur vénale des actifs transférés<sup>56</sup>. Il revient au tribunal de décider si le prix offert permet un paiement suffisant des créanciers (L. 642-4 C. com.). À l'inverse, la cession ne doit en aucun cas être l'occasion d'une remise en cause des droits des salariés, même s'ils y consentent, ce qui ne manque pas de traduire la priorité donnée au maintien de l'emploi, abandonnant le coût de préservation des emplois à la charge des créanciers du débiteur, dont les intérêts sont délibérément sacrifiés : c'est ce qui a été appelé la « spoliation des créanciers du débiteur cédant »<sup>57</sup>. Le constat s'impose à nouveau : le débiteur est au cœur des objectifs de la cession de l'entreprise (L. 642-1 C. com.), comme d'ailleurs, plus largement, de la liquidation judiciaire (L. 640-1 C. com.), et certainement pas les créanciers, qui ne pourront même pas, pour la plupart, former un appel contre l'adoption ou la modification du plan (L. 661-6 C. com.).

Néanmoins, la Commission européenne, dans sa Recommandation du 12 mars 2014<sup>58</sup>, suivie par la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil rendue publique le 22 novembre 2016, préconisent un traitement plus respectueux des droits des créanciers qui, comme il se pratique en droit anglo-saxon et allemand, ne devraient pas être plus mal traités en cas de plan qu'en cas de liquidation judiciaire : c'est la notion de « *best interest test* »<sup>59</sup> — où l'on voit que le sort des créanciers pourrait être amené à s'améliorer dans les prochaines réformes.

### 2) *La disparition des droits des créanciers*

La clôture de la liquidation judiciaire peut notamment être prononcée pour insuffisance d'actifs<sup>60</sup> : « (...) lorsque la poursuite des opérations de liquidation judiciaire est rendue impossible en

<sup>56</sup> F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, LGDJ, 10<sup>e</sup> éd., n° 1280, p. 582.

<sup>57</sup> *Ibid.*

<sup>58</sup> Recommandation de la Commission européenne du 12 mars 2014 (2014/135/UE), considérant 19, 22, c et 24.

<sup>59</sup> Sur lequel v. notam. F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 1280, p. 467.

<sup>60</sup> Cette forme de clôture est largement majoritaire : en 2013, la Conférence générale des juges consulaires fait état de 1089 clôtures pour extinction du passif, contre 49 340 clôtures pour insuffisance d'actif, soit 97,8% pour les secondes : v. F. PEROCHON, *op. cit.*, p. 614.

raison de l'insuffisance de l'actif, ou encore lorsque l'intérêt de cette poursuite est disproportionné par rapport aux difficultés de réalisation des actifs résiduels la clôture de la liquidation judiciaire est prononcée par le tribunal (...)» (L. 643-9 C. com.). Sauf exceptions, les créanciers ne peuvent plus agir en paiement contre le débiteur après la clôture de la procédure pour insuffisance d'actif ; cela ne modifie guère leur sort en pratique, les poursuites étant vaines contre un débiteur qui n'a plus rien. Mais, avant la loi du 25 janvier 1985, les créanciers avaient au moins l'espoir de pouvoir agir si le débiteur redevenait prospère. Depuis ce texte, qui a opéré une révolution en la matière, par principe, le jugement de clôture pour insuffisance d'actif ne fait pas « recouvrer aux créanciers l'exercice individuel de leurs actions contre le débiteur » (L. 643-11 C. com.) : c'est ce qui a été qualifié de « purge des dettes »<sup>61</sup>, et qui a consacré à grande échelle le « droit de ne pas payer ses dettes » déjà annoncé 1936<sup>62</sup>. Sous l'angle du droit des biens, un auteur a pu déplorer « une expropriation sans nécessité publique »<sup>63</sup>.

Il existe, en droit français, un nouvel instrument de libération du débiteur qui pourra être craint par ses créanciers. L'ordonnance du 12 mars 2014 a créé une procédure de rétablissement professionnel, alternative nouvelle à la liquidation judiciaire, destinée à favoriser le rebond des exploitants personnes physiques impécunieux, répondant ainsi par anticipation à l'un des objectifs de la Recommandation européenne publiée le même jour, consistant à favoriser le rebond des entrepreneurs honnêtes. Cette procédure ne cache pas son jeu : le rétablissement professionnel est un mécanisme de purge massive des dettes destiné à favoriser le rebond du débiteur, et non une procédure collective visant au paiement des créanciers<sup>64</sup>. L'effet de cette procédure, notamment limitée aux débiteurs dont l'actif ne dépasse pas 5 000 EUR, est cependant radical : le tribunal prononce la clôture de la procédure de rétablissement professionnel, sans liquidation et avec effacement de principe des dettes (L. 645-11 C. com.).

Le constat est sans appel et donne largement raison à un auteur qui étudiait l'évolution de la protection des créanciers dans les procédures collectives il y a dix ans, soit avant l'entrée en vigueur de plusieurs réformes<sup>65</sup> : « Le droit des entreprises en difficulté est une matière d'exception sacrifiant régulièrement les droits des créanciers sur l'autel du sauvetage des entreprises en péril »<sup>66</sup>. La

<sup>61</sup> P. PETEL, *Procédures collectives*, Cours Dalloz, Droit privé, 8<sup>e</sup> éd., 2014, n° 344.

<sup>62</sup> G. RIPERT, « Le droit de ne pas payer ses dettes », *DH 1936*, Chron. 57.

<sup>63</sup> C. MOULY, *Revue de jurisprudence commerciale*, n° spécial février 1987, p. 172.

<sup>64</sup> Sur les 60 000 procédures collectives ANNUELLES, il y aurait plus de 20 000 dossiers impécunieux et sans salarié : F.-X. LUCAS, M. Sénéchal, « La procédure d'enquête pour le rétablissement professionnel », *Recueil Dalloz* 2013, p. 1852.

<sup>65</sup> On songera à l'ordonnance du 18 décembre 2008, l'ordonnance du 30 janvier 2009, la loi du 22 octobre 2010, la loi du 22 mars 2012, l'ordonnance du 12 mars 2014 et la loi du 6 août 2015.

<sup>66</sup> A. RIZZI, « La protection des créanciers à travers l'évolution des procédures collectives », thèse LGDJ, 2007, préface C. Champaud, p. 6 et s. ; P. ROUSSEL GALLE,

procédure collective est un chemin de croix pour les créanciers même bancaires, qu'ils veulent éviter à tout prix. Les retouches réalisées depuis la loi du 25 janvier 1985 n'ont pas permis aux créanciers de retrouver les faveurs de la procédure collective ; en un mot, le droit français n'est favorable aux intérêts des créanciers que lorsque ces derniers sont confondus avec ceux du débiteur. Mais, à bien y réfléchir, il faut se demander si les chiffres publiés par la Banque mondiale dans son rapport *Doing Business* 2017 ne montrent pas que cette orientation est, finalement, plutôt salvatrice des créanciers, puisque le taux de recouvrement s'élève à près de 80 %. En d'autres termes, un droit *creditor-friendly* peut-il vraiment ne pas être, d'abord, *debtor-friendly* ?

---

« Les créanciers au centre des conflits d'intérêts dans la procédure collective », *Gazette du Palais*, 26 juin 2008, n° 78, p. 60.

