

L'ALTÉRATION DES DROITS DES CRÉANCIERS

Par **Eric SIMON-MICHEL**, doctorant à l'Université Paris 1
Panthéon-Sorbonne.

Le droit français des procédures collectives a connu une révolution copernicienne. D'un droit soucieux de préserver les intérêts des créanciers victimes de la défaillance de leur débiteur, et dont la dénomination de droit des « faillites » résonnait comme une injure dans l'imagination populaire, la France est passée à un droit des « entreprises en difficulté » dont l'ambition est de sauver les entreprises, fût-ce au prix du sacrifice des créanciers. La bienveillance du législateur français se manifeste également à l'endroit des entreprises dont les plaies ne peuvent plus être pansées, par la consécration d'un droit à l'échec dont on veut croire qu'il fournira au débiteur les conditions d'un nouveau départ. L'humiliation des créanciers se fait sous le regard d'un législateur leibnizien qui se persuade que tout est bien dans le meilleur des mondes possibles.

Si le changement de perspective qui vient d'être esquissé à grands traits ne laisse aucun doute sur l'instrument de mortification qu'est devenu le droit des procédures collectives à l'égard des créanciers, il ne permet vraisemblablement pas à un juriste étranger de se représenter, au plan de la science juridique, la nature exacte des offenses qui leur sont faites en tant de façons. La description des atteintes éprouvées par les créanciers suppose de connaître les prérogatives qui leur sont traditionnellement reconnues par le droit français en dehors de toute procédure collective. Le cadre restreint de cet article conduit naturellement à se limiter aux principes essentiels.

Le Code civil accorde une grande importance au caractère obligatoire du lien juridique qui unit le créancier à son débiteur. En effet, si le droit de créance est doté d'un effet personnel permettant au créancier d'exiger de son débiteur qu'il exécute la prestation promise, il est également pourvu d'un effet réel autorisant le créancier victime d'une inexécution à se payer sur les biens de son débiteur en procédant à une saisie de l'un ou plusieurs d'entre eux. Cette possibilité qui est ainsi offerte au créancier de faire vendre les biens de son débiteur est dénommée « gage général »¹. Le gage général constitue une véritable garantie pour le créancier : en contractant un engagement, le débiteur affecte tous ses biens à la garantie de sa dette. On pourrait toutefois concevoir que les biens du débiteur fussent insuffisants pour répondre de sa dette. La réparation de l'inexécution serait alors une chimère. Mais le Code civil déjoue cette difficulté en

¹ Pour une présentation de la théorie du gage général, V. F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Cours de droit civil – Obligations – Régime*, P.U.F. Droit, n° 61 et s.

permettant au créancier de saisir les biens futurs qui échoiraient au débiteur². L'idée d'un retour à meilleure fortune est donc bien ancrée dans le droit français : un débiteur impécunieux peut être amené à répondre de ses dettes si la consistance de son patrimoine s'améliore.

Un concept est placé au cœur de la théorie du gage général. Il s'agit du principe d'égalité. Qu'un créancier constate l'inexécution de son débiteur, qu'il entreprenne une procédure de saisie ; tout autre créancier pourra le rejoindre dans sa démarche, non en procédant à une nouvelle saisie, ce qui serait source d'inutiles complications, mais en se joignant à la procédure déjà entamée au moyen d'une déclaration de créance³. Il est remarquable que le Code civil exprime des perspectives si vastes en de si courtes phrases. Il faut en effet déduire que toute procédure de saisie est nécessairement collective⁴ et que la déclaration de créance constitue le vecteur de mise en œuvre du principe d'égalité. Il faut également comprendre que le principe d'égalité renferme une égalité dans la perte : si le prix est insuffisant, chaque créancier participera à sa propre perte à proportion de sa créance. Qu'advient-il si un créancier omet de déclarer sa créance ? Le créancier sera déchu du droit de participer à la distribution du prix⁵ mais l'existence même de sa créance ne sera pas menacée.

Il faut ajouter que le créancier est maître du destin de sa créance : le débiteur ne peut jamais lui imposer de recevoir autre chose que ce qui lui est dû⁶. De la même manière, le débiteur ne peut jamais imposer une remise de dette à son créancier : celle-ci doit toujours être consentie⁷. Le silence du créancier qui serait observé à la suite à une demande de réduction de dette de son débiteur, ne vaudrait pas acceptation⁸. Le sentiment qui domine à l'issue de cette rapide description est celui d'un créancier en situation de force : il peut saisir les biens de son débiteur et ne peut être contraint par son débiteur ou par un autre créancier à une modification de ses prérogatives.

Au vrai, la position du droit français est plus équilibrée que ce qui vient d'être présenté. Le législateur contemporain, empli de commisération à l'égard des débiteurs, consacre selon une formule devenue fameuse, un véritable « *droit de ne pas payer ses dettes* »⁹. La mesure la plus emblématique réside dans la possibilité qui est offerte à tout débiteur d'une somme d'argent de saisir le juge afin de bénéficier d'un délai de paiement d'une durée

² C. civ., art. 2284 : « *Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir* ».

³ C. civ., art. 2285 : « *Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers ; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence* ». Sur la technique même de la déclaration de créance, V. par exemple, C.P.C.E., art. L. 331-2 et R. 322-13.

⁴ V. en ce sens, F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, Op. cit., n° 78.

⁵ Rapp. C.P.C.E., art. L. 331-2.

⁶ C. civ., art. 1342-4 al. 2.

⁷ C. civ., art. 1350.

⁸ C. civ., art. 1120.

⁹ G. RIPERT, *Le droit de ne pas payer ses dettes*, D. 1936, Chron., p. 57 et s.

maximale de deux années¹⁰. Cette protection judiciaire aboutit nécessairement à une suspension de la poursuite qui avait pu être engagée par le créancier¹¹. Pour quelle raison le législateur a-t-il souhaité modifier l'équilibre qui avait été atteint par le Code civil de 1804 ? Plusieurs facteurs ont certainement joué en faveur de cette tendance : on pourrait citer des motifs d'équité, invoquer l'intérêt général, ou se référer au droit au respect de ses biens dont le débiteur bénéficie à l'instar de tout propriétaire¹². Il semble cependant que la cause première de la compassion du législateur réside dans le phénomène d'endettement généralisé qui caractérise le patrimoine des français : la banalisation de l'endettement impose au législateur d'élaborer un statut à la fois préventif et curatif de la dette¹³. Si l'on devait pasticher un célèbre adage - *Error communis facit jus* : l'erreur commune fait le droit-, on pourrait sans doute dire que l'endettement commun fait le droit. Quoiqu'il en soit, on comprend que le droit français peut considérablement limiter les prérogatives des créanciers en dehors de toute procédure collective.

Ceci nous conduit à l'objet de cet article consacré à l'altération des droits des créanciers lorsque le débiteur fait l'objet d'une procédure collective. Précisons d'emblée que le phénomène d'endettement généralisé des particuliers que nous avons précédemment évoqué est observé à plus forte raison encore dans le tissu entrepreneurial français. L'économie de marché ainsi que le système financier reposent sur l'endettement en tant que mode généralisé de financement de toute activité économique¹⁴. Ce facteur a évidemment joué dans l'évolution du droit français des procédures collectives¹⁵.

Il ne faut pas qu'on s'attende à trouver ici une présentation érudite des atteintes subies par les créanciers. Mille circonstances intéressantes pour les juristes français se perdent aux yeux du droit comparé. On ne s'attachera donc, dans cet article, qu'à ce qui peut dépeindre les altérations qui sont les plus révélatrices des orientations prises par le droit français. Le lecteur étranger sera peut-être surpris de ne trouver aucun développement sur les salariés. La raison en est simple : la France s'est dotée dès 1973 d'un système de mutualisation du risque reposant sur une solidarité interpatronale obligatoire. L'association nationale pour la gestion du régime d'assurance et des créances des salariés, plus communément appelée A.G.S., a pour mission d'avancer les

¹⁰ C. civ., art. 1343-5.

¹¹ Même article.

¹² Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Premier protocole additionnel, art. 1.

¹³ Sur la prise en compte par le système juridique du phénomène d'endettement, V. S. GJUDARA, *v° Dette*, in. D. ALLAND, S. RIALS (sous la dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, P.U.F., 2003.

¹⁴ V. en ce sens, J. HILAIRE, *Le phénomène d'endettement dans les entreprises et la révolution industrielle*, in. Y. CHAPUT (sous la dir.), *L'apurement des dettes – Solution au surendettement*, *Études du C.R.E.D.A.*, Litec, n° 83, p. 45.

¹⁵ V. en ce sens, F.-X. LUCAS, *Manuel de droit de la faillite*, P.U.F., n° 4.

fonds nécessaires au règlement des créances de salaires¹⁶. Il revient ensuite à l'A.G.S., subrogée dans les créances et les privilèges des salariés, de récupérer les avances ainsi faites en intervenant dans le cadre de la procédure collective¹⁷.

L'altération se définit comme une modification ôtant une partie des qualités premières d'une chose¹⁸. Le droit des procédures collectives se prête particulièrement bien à l'étude de la dégradation des droits des créanciers. Nous présenterons les atteintes qui leur sont infligées en distinguant les deux types de procédure collective qui sont organisées par le droit français : la procédure de mise en œuvre du gage général que constitue la liquidation judiciaire (I) et les procédures de protection contre la mise en œuvre du gage général que sont la sauvegarde et le redressement judiciaire (II). Ces deux thèmes seront exposés en conservant à l'esprit une idée-mère : dans quelle mesure l'altération qui est portée aux droits des créanciers est-elle équilibrée par rapport aux faveurs qui sont accordées au débiteur ?

§ 1 – LES ATTEINTES AUX DROITS DES CREANCIERS DANS LA PROCEDURE DE LIQUIDATION JUDICIAIRE

La liquidation judiciaire est ouverte à toute personne physique ayant une activité économique indépendante ainsi qu'à toute personne morale de droit privé en cessation des paiements et dont le redressement est manifestement impossible¹⁹. A première vue, la procédure de liquidation judiciaire devrait être dirigée dans l'intérêt des créanciers : l'entreprise étant exsangue, il ne s'agit plus de la sauver mais d'organiser les moyens nécessaires à l'indemnisation des créanciers au moyen de la réalisation des actifs. Cependant, les faits montrent que l'objectif de la liquidation judiciaire n'est pas tant de payer les créanciers que de mettre fin à l'activité de l'entreprise. A cet égard, la discipline collective à laquelle tous les créanciers doivent se soumettre (A) offre un environnement juridique propice à l'apurement du passif qui se prépare (B).

Global entrepreneurs interested in expanding their businesses do not make only economic calculations. They make legal calculations, as well, based on the laws in force in each jurisdiction. They also pay attention to the manner in which the law has been applied by the courts.

¹⁶ Pour une présentation du régime de garantie des créances salariales, V. F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, L.G.D.J., 10^{ème} édition, n° 1314 ; F.-X. LUCAS, Op. cit., n° 181.

¹⁷ En 2015, l'A.G.S. est intervenue dans 26.589 dossiers et a indemnisé 251.070 salariés pour un montant total de 2,063 milliards d'euros (A.G.S., Rapport d'activité 2015, p. 8).

¹⁸ Dictionnaire de l'Académie française, neuvième édition.

¹⁹ C. com., art. L. 640-1 al. 1. En France, les deux tiers des jugements d'ouverture sont des jugements de liquidation judiciaire.

A) La soumission des créanciers à la discipline collective

L'ouverture d'une procédure collective entraîne la paralysie des attributs du droit de créance (1^o) et transforme certains droits des créanciers en de véritables devoirs (2^o).

1) La paralysie des attributs du droit de créance au nom du principe d'égalité

L'ouverture d'une liquidation judiciaire se caractérise par une immobilisation immédiate des prérogatives des créanciers antérieurs. En principe, tout créancier a droit au paiement et, s'il n'est pas payé, peut exercer des poursuites contre son débiteur afin d'obtenir réparation de l'inexécution. Or, l'ouverture de la liquidation judiciaire entraîne de plein droit une interdiction des paiements²⁰ ainsi qu'une interdiction des poursuites²¹. Cette altération est très profonde puisqu'elle touche à la définition même du droit de créance. Les créanciers auraient-ils des raisons de se plaindre du traitement qui leur est infligé par le droit français ? Une réponse négative paraît s'imposer : l'interdiction des paiements correspond en réalité à une règle de protection des créanciers. Il serait en effet dangereux que le débiteur, dans un contexte de pénurie, payât un créancier de son choix dès la première rentrée d'argent. Pour assurer l'égalité entre les créanciers, la loi interdit les paiements sous peine de nullité. L'impressionnante altération aux attributs du droit de créance qui résulte de l'interdiction des paiements paraît donc être justifiée et équilibrée car elle a pour but de protéger les créanciers en assurant l'égalité²². Notons enfin que ni les créanciers publics ni les créanciers titulaires de sûretés réelles n'échappent à l'interdiction du paiement des créances antérieures.

Le fonctionnement d'une procédure collective serait excessivement compliqué si les créanciers antérieurs dussent exercer en parallèle des procédures de saisies individuelles. La suspension des poursuites prévue par le droit français peut ainsi se justifier par une règle d'organisation de la procédure collective pour laquelle la France n'a pas à rougir de honte : la suspension des poursuites est en effet considérée comme un principe d'ordre public interne et international²³. La loi prévoit toutefois une mesure de faveur en direction des créanciers inscrits ainsi que du Trésor Public en les autorisant à exercer des poursuites individuelles si le liquidateur judiciaire n'a pas entrepris la

²⁰ C. com., art. L. 641-3. Le texte prévoit cependant des exceptions. On peut citer par exemple la compensation pour créances connexes.

²¹ Même article.

²² V. en ce sens, F. PEROCHON, Op. cit., n° 563.

²³ Cass. civ. 1^{ère}, 6 mai 2009, n° 08-10.281, Bull. civ. I, n° 86.

liquidation des biens grevés dans un délai de trois mois à compter du jugement d'ouverture²⁴.

Les atteintes qui viennent d'être examinées sont impressionnantes mais cela serait sans doute faire un mauvais procès au droit français que de le critiquer sur ce terrain. La discipline collective ainsi instaurée favorise le déroulement de la procédure et contribue finalement à créer un « *cadre rassurant* » pour les créanciers²⁵. Les conditions dans lesquelles le patrimoine du débiteur est vérifié pendant le déroulement de la liquidation judiciaire appellent davantage de réserves.

2) *Des droits transformés en devoirs*

Le bon déroulement d'une liquidation judiciaire suppose de connaître le passif du débiteur mais également de connaître son actif réalisable. La déclaration des créances²⁶ est la procédure qui permet de connaître le passif tandis que la procédure de revendication²⁷ est celle qui permet de déterminer, parmi les meubles en la possession du débiteur, ceux qui lui appartiennent. Le droit français est sans doute trop rigoureux avec les créanciers dans ces deux étapes.

La déclaration de créance est la procédure par laquelle un créancier fait connaître son droit de créance à la procédure collective afin de pouvoir participer à la distribution du prix de vente des biens²⁸. Le droit français prévoit que les créanciers doivent déclarer leur créance dans un délai de deux mois à compter de la mesure de publicité du jugement²⁹. Tous les créanciers antérieurs et postérieurs « non utiles » sont concernés par la déclaration de créance, y compris les créanciers publics³⁰. Considérée en elle-même, la déclaration de créance n'est pas une altération des droits du créancier : elle constitue au contraire la mise en œuvre du principe d'égalité qui figure au cœur du gage général. C'est toutefois la sanction qui est attachée à l'absence de déclaration qui entraîne une altération aux droits des créanciers. Jusqu'en 1985, le droit français était relativement clément avec les créanciers et l'on pouvait considérer que la déclaration de créance était un acte conservatoire, relativement anodin³¹. Pour le dire autrement, la déclaration de créance était un droit et non un devoir. La loi de 1985 a renversé tous ses principes en prévoyant

²⁴ C. com., art. L. 643-2.

²⁵ F.-X. LUCAS, *De la liquidation judiciaire au rétablissement personnel*, LEDEN sept. 2013, n° 8, p. 1.

²⁶ C. com., art. L. 622-24 et s.

²⁷ C. com., art. L. 624-9 et s.

²⁸ Sur la déclaration de créance, V. C. com., art. L. 622-24 et s.

²⁹ C. com., art. R. 622-24. A noter que les créanciers titulaires d'une sûreté publiée sont avertis personnellement par le mandataire judiciaire d'avoir à déclarer leur créance.

³⁰ Les modalités de déclaration sont toutefois moins tatillonnes puisque les créances publiques peuvent faire l'objet d'une déclaration à titre provisionnel et sous réserve des impôts et autres créances non établis à la date de la déclaration (C. com., art. L. 622-24, al. 4).

³¹ Cela était surtout vrai avant la loi n° 67-563 du 13 juillet 1967. V. en ce sens, J. ARGENSON, G. TOUJAS, « Règlement judiciaire – liquidation des biens – faillite », *Libraires techniques*, 4^e édition 1973, n° 536.

l'extinction des créances non déclarées³². Cette « peine de mort » des créances a certainement pesé lourd dans la réputation du droit français des procédures collectives. Il est en effet difficile de justifier l'anéantissement d'une créance dans une procédure qui ne vise pas à sauver l'activité et l'emploi³³. En réalité, le législateur français a fait du délai de déclaration de créance un puissant moyen d'apurer le passif de l'entreprise³⁴...

La loi de sauvegarde de 2005 a supprimé la sanction de l'extinction pour lui substituer l'inopposabilité. Pourquoi cette modification ? Nul ne le sait véritablement dans la mesure où les travaux parlementaires ne contiennent pas de précision décisive. On peut toutefois penser que le législateur a été sensible au risque d'une critique sur le fondement des droits fondamentaux : une créance peut en effet être vue comme un bien sur lequel le créancier dispose d'un véritable droit de propriété³⁵. Le risque d'une critique sur le fondement de l'expropriation ne paraissait pas exclu³⁶. Au reste, il n'est pas certain que le sort du créancier ait été grandement amélioré : dans les faits l'inopposabilité correspond pratiquement à une extinction³⁷. Il faut retenir que le droit des procédures collectives modernes a transformé la procédure de déclaration des créances. Il a transformé un simple droit mettant en œuvre le principe d'égalité en un véritable devoir assorti d'une terrible sanction : l'inopposabilité de la créance. Ajoutons toutefois qu'une mesure récente est susceptible d'améliorer le sort du créancier en instituant une déclaration de créance par le débiteur pour le compte du créancier³⁸.

Les créanciers sont également malmenés par la procédure de revendication³⁹. Là encore, le droit des procédures collectives transforme l'exercice d'un droit en un devoir. Pour bien le comprendre, il faut rappeler que les entreprises françaises ne sont pas toujours propriétaires de leurs matériels ou de leurs marchandises : elles louent des matériels, ou acquièrent leurs marchandises sous réserve de propriété. Concrètement, une entreprise peut posséder un certain nombre de meubles qui ne lui appartiennent pas, ceux-ci étant restés la propriété du créancier jusqu'à complet paiement. La logique veut alors que le propriétaire de ces meubles puisse les reprendre et les faire ainsi échapper aux ventes que le liquidateur judiciaire organisera. Pour cette raison, le Code de commerce organise une procédure de

³² Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985, art. 53 al. 4.

³³ V. en ce sens, F. DERRIDA, P. GODÉ, J.-P. SORTAIS, « Redressement et liquidation judiciaires des entreprises – Cinq années d'application de la loi du 25 janvier 1985 », avec la collaboration d'A. HONORAT, Dalloz, 3^{ème} édition 1991, n° 203.

³⁴ V. en ce sens, P. LE CANNU, J.-M. LUCHEUX, M. PITRON, J.-P. SENECHAL, *Entreprises en difficulté*, Pratique des affaires, éditions GLN JOLY, 1994, n° 1238.

³⁵ Sur l'idée d'une propriété des créances, V. S. GINOSSAR, *Droit réel. Propriété et créance, Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, L.G.D.J., 1960, n° 14 et s. ; plus récemment, F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, P.U.F., 3^{ème} édition, n° 47.

³⁶ V. en ce sens, F. PEROCHON, Op. cit., n° 1558, note de bas de page 174.

³⁷ La clôture de la procédure de liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif stérilisera définitivement le droit de poursuite.

³⁸ C. com., art. L. 622-24 al. 3 modifié par l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014.

³⁹ C. com., art. L. 624-9 et s.

revendication des biens meubles. Mais l'énoncé de la règle surprend immédiatement : les créanciers disposent d'un délai de trois mois pour faire connaître leur droit de propriété. S'ils ne respectent pas ce délai, leur droit de propriété sera inopposable à la procédure collective. Concrètement, le liquidateur judiciaire pourra vendre les meubles⁴⁰. La question de la constitutionnalité d'une telle mesure se pose. Ne faut-il pas y voir une expropriation du créancier-propriétaire ? Ne faut-il pas considérer que ce texte prescrit le droit de propriété alors que celui-ci est imprescriptible⁴¹ ? La Cour de cassation refuse pourtant de transmettre au Conseil constitutionnel les questions prioritaires de constitutionnalité qui lui sont adressées à ce sujet au motif que l'altération subie par les créanciers est justifiée par l'intérêt général⁴².

Admettons que les créanciers aient déclaré leur créance et qu'ils aient échappé aux affres de la procédure de revendication. Peuvent-ils entretenir l'espoir d'être désintéressés dans le cadre des réalisations d'actifs que la liquidation judiciaire a la charge d'organiser ? Un constat va s'imposer : la procédure de liquidation judiciaire a surtout pour objectif d'apurer le passif sans payer les créanciers.

B) L'apurement du passif sans paiement des créanciers

En principe, l'interdiction des paiements individuels est contrebalancée par la perspective d'un paiement collectif. Cependant, le faible rendement des procédures de liquidation judiciaire ne laisse que peu d'espoir aux créanciers (1). La clôture de procédure pour insuffisance d'actif est alors inévitable, entraînant avec elle le sacrifice des créanciers au nom du droit au rebond (2).

1) Le droit au paiement collectif contredit par le faible rendement des réalisations d'actifs

La question qui nous paraît essentielle est de déterminer si les prix qui sont obtenus à l'occasion des ventes sur liquidation judiciaire sont susceptibles de désintéresser les créanciers, au moins partiellement. Cette donnée est sans doute plus économique que juridique mais nous pensons qu'elle a toute son importance s'agissant de juger de la réalité des altérations qui sont subies par les créanciers. Il faut opérer une distinction entre les deux

⁴⁰ Les créanciers ayant fait publier leur droit de propriété ne sont pas soumis à cette procédure de revendication.

⁴¹ Req. 12 juillet 1905, DP 1907. 1. 141, Potier, S. 1907, 1, 237, note Wahl, G.A.J.C., Dalloz, 12^{ème} édition, Tome 1, n° 67 : « *La propriété ne se perdant pas par le non-usage, l'action en revendication, qui sanctionne et protège ce droit, peut être exercée aussi longtemps que le défendeur ne justifie pas être lui-même devenu propriétaire de l'immeuble revendiqué par le résultat d'une possession contraire, réunissant tous les caractères exigés pour la prescription acquisitive* ».

⁴² V. encore récemment, Cass. com. QPC 7 mars 2017 n° 16-22.000, P+B.

situations susceptibles de se produire : une liquidation judiciaire peut en effet donner lieu à des cessions d'actifs isolés⁴³ ou à une cession d'entreprise dans l'hypothèse où l'activité paraît pouvoir être maintenue entre les mains d'un repreneur⁴⁴.

Les cessions d'actifs isolés peuvent être réalisées dans le cadre d'une adjudication ou d'une vente de gré à gré. Dans les deux cas, le juge n'a pas pour mission de s'assurer que le prix de vente est conforme à la valeur vénale. Cela peut se comprendre s'agissant d'une adjudication dont on sait qu'une mise à prix faible peut présenter l'avantage d'attirer de nombreux candidats enchérisseurs ; cela est moins défendable s'agissant d'une vente de gré à gré. Dans les deux cas, le résultat est souvent celui d'un transfert de propriété moyennant un faible prix⁴⁵. L'adjudication a ceci d'impitoyable qu'elle opère un effet de purge automatique⁴⁶ : cela signifie que les créanciers inscrits ne peuvent exercer le droit de surenchère du dixième qui leur est en principe accordé par le Code civil⁴⁷. Ils perdent leur droit de suite par la même occasion. A l'inverse, la vente de gré à gré autorise les créanciers inscrits à obtenir un meilleur prix en remettant le bien aux enchères moyennant un prix majoré du dixième par rapport à celui qui avait été convenu entre le liquidateur judiciaire et l'acquéreur originel⁴⁸. Il est cependant rare que les créanciers, déjà éprouvés par la procédure, exercent ce droit. Malgré tout, l'acquéreur qui voudra se préserver du droit de suite devra mettre en demeure les créanciers d'avoir à se prononcer sur le prix convenu⁴⁹.

A cette circonstance de faible prix s'ajoute une véritable incertitude quant au rang qui sera finalement attribué au créancier titulaire d'une sûreté réelle. La situation mérite une explication : il est fréquent qu'un créancier demande une sûreté sur un bien appartenant à son débiteur à l'occasion du crédit qui lui est consenti. Cette constitution de sûretés intervient parfois de nombreuses années avant que le débiteur ne soit soumis à une procédure collective. La question est alors de savoir si le rang du créancier sera respecté en cas d'ouverture d'une liquidation judiciaire. La sécurité du crédit appellerait une réponse affirmative ; sinon, comment le créancier parviendrait-il à mesurer son risque de crédit ? Pourtant, le droit français a fait le choix d'accorder une priorité aux créanciers postérieurs à l'ouverture de la liquidation judiciaire, le but étant de faciliter le financement de la procédure. Cette remarque appelle des observations : depuis la loi de sauvegarde de 2005, le champ de cette priorité est circonscrit aux créances postérieures dont l'utilité pour le

⁴³ C. com., art. L. 642-18 et L. 642-19.

⁴⁴ C. com., art. L. 642-1 et s.

⁴⁵ V. par exemple le Rapport de l'IGF sur l'hypothèque et le crédit hypothécaire, n° 2004-M-052-02, p. 52 : un quart des adjudicataires revendent le bien moins de deux ans après leur acquisition à un prix supérieur de 70 % à celui de leur enchère.

⁴⁶ C. com., art. L. 642-18 al. 4.

⁴⁷ C. civ., art. 2480.

⁴⁸ Cass. Civ. 3ème, 17 janv. 2007, n° 05-17.695, Bull. civ. III, n° 4.

⁴⁹ Sur la procédure de purge, V. C. civ., art. 2476 et s.

déroulement de la procédure est avérée⁵⁰. Par ailleurs, la priorité de paiement des créanciers postérieurs se fait surtout au désavantage des créanciers titulaires de sûretés réelles mobilières⁵¹. Les sûretés immobilières souffrent également de la survenance d'une procédure de liquidation judiciaire dans la mesure où elles sont primées par l'A.G.S. Elles conservent toutefois un rang honorable puisqu'elles priment les créances postérieures utiles⁵². A notre avis, les créanciers qui financent une entreprise doivent retenir que le rang de leur sûreté sera nécessairement altéré par la survenance d'une liquidation judiciaire.

Dans les cessions d'entreprise, les prix sont souvent sans rapport avec la valeur des actifs, l'acquéreur s'engageant pour principale contrepartie à maintenir un certain niveau d'emploi. Comme le souligne le Professeur Lucas, il s'agit du « *pire des scénarios pour les créanciers* »⁵³. Les créanciers inscrits n'ont guère leur mot à dire sur le prix de cession dans la mesure où la cession d'entreprise produit un effet de purge automatique des sûretés⁵⁴ : le prix convenu est définitif si bien que les créanciers inscrits ne peuvent exercer leur droit de suite contre le cessionnaire ayant acquis à bon compte l'entreprise en liquidation judiciaire. La seule consolation pour certains créanciers inscrits est de voir la charge de la dette être légalement transférée au reprenneur de l'activité⁵⁵. Il est cependant surprenant qu'un créancier puisse se voir imposer un nouveau débiteur.

Achevons ce propos par des statistiques de nature à convaincre de la faible rentabilité des procédures de liquidation judiciaire :

- dans près de la moitié des cas, l'actif réalisable est inférieur à 15.000 euros⁵⁶ ;
- le créancier qui dispose du rang le plus favorable⁵⁷ n'est remboursé que dans 55 % des cas⁵⁸, ce qui laisse augurer du pire pour le créancier qui aurait la mauvaise fortune de figurer en second rang ;
- même le droit fixe de 2.500 euros qui est dû au liquidateur judiciaire⁵⁹ ne peut pas être toujours perçu. La fréquence de cette situation a même conduit les administrateurs et mandataires judiciaires à créer un fonds de financement des dossiers impécunieux⁶⁰. Le message adressé aux créanciers est subliminal mais limpide : les chances de paiement des créanciers passent par

⁵⁰ C. com., art. L. 641-13 I.

⁵¹ C. com., art. L. 61-13 II et L. 643-8.

⁵² C. com., art. L. 61-13 II et L. 643-8.

⁵³ F.-X. LUCAS, Op. cit., n° 362.

⁵⁴ C. com., art. L. 642-12 al. 3.

⁵⁵ C. com., art. L. 642-12 al. 4. Il s'agit des créanciers inscrits dont la dette a permis de financer un bien de l'entreprise.

⁵⁶ F. PEROCHON, Op. cit., n° 1314.

⁵⁷ Il s'agit de l'A.G.S. au titre du super privilège des salariés dans lequel il se trouve subrogé au titre de son avance.

⁵⁸ Rapport d'activité AGS 2015, p. 29. Concrètement, l'A.G.S. a récupéré 734 millions d'euros sur les 2,063 milliards d'euros avancés aux salariés.

⁵⁹ C. com., art. R 663-18.

⁶⁰ Rép. Min. 25 avr. 2013, JO Sénat Q n° 00871, p. 1359 : le fonds de financement a été sollicité à hauteur de 37 millions d'euros en 2011.

un procédé de mutualisation du risque et non par l'ouverture d'une liquidation judiciaire...

Cette description accablante permet de comprendre pourquoi 98 % des procédures de liquidation judiciaire sont clôturées pour insuffisance d'actif⁶¹. Une question devient alors inévitable : que faire du passif subsistant ? La théorie du gage général voudrait que le créancier conservât son droit de poursuite. Certes, un tel droit serait dépourvu d'utilité dans l'immédiat. Mais il pourrait être exercé en cas de retour à meilleure fortune. C'est à ce stade qu'intervient le sacrifice des créanciers.

2) *Le droit de créance sacrifié au nom du droit au rebond*

Le choix qui a été fait par le législateur de 1985, et qui a été confirmé par la loi de sauvegarde de 2005, a été de priver les créanciers de leur droit de poursuite individuelle⁶². On veut croire que cette mesure sera de nature à favoriser le rebond du débiteur : le droit à l'échec ainsi consacré permettrait à un débiteur de débiter une nouvelle activité économique sans être entravé par son passif antérieur (les anglophones emploient fréquemment l'expression de « *fresh start* »). La purge des poursuites concerne tous les créanciers, y compris les créanciers publics. Notons toutefois que certaines créances y échappent (créance de recours de la caution contre le débiteur, créance résultant d'une condamnation pénale, créance attachée à la personne du créancier telle une créance alimentaire).

L'altération qui est subie par les créanciers est évidemment très grave. Sans doute les juristes se payent-ils de mots en expliquant que la créance n'est pas éteinte et que seul le droit de poursuite du créancier est stérilisé. Dans les faits, les créanciers peuvent légitimement considérer qu'ils subissent une expropriation de leur droit de créance. Cependant, des garanties sont apportées aux créanciers : d'une part, le débiteur frauduleux, ou qui serait mis en faillite personnelle ou qui serait condamné pour banqueroute ne bénéficierait pas de la purge des poursuites. D'autre part, la suspension des poursuites n'est envisageable qu'une fois tous les cinq ans⁶³.

L'intérêt général permet sans doute également de justifier l'atteinte qui est ainsi portée aux créanciers : un pays qui souffre d'un fort taux de chômage se doit d'inciter les citoyens à créer leur propre emploi par la création d'entreprises, quitte à lever les entraves économiques d'un premier échec. Autrement dit, le sacrifice du créancier dépasse sans doute la personne du débiteur. Précisons enfin que le droit français n'est pas isolé dans cette démarche : la commission européenne incite les Etats-membres à

⁶¹ F. Pérochon, Op. cit., n° 1331.

⁶² C. com., art. L. 643-11.

⁶³ V. l'article L. 643-11 pour l'ensemble des conditions.

adopter une législation favorable au rebond des débiteurs honnêtes⁶⁴.

Il faut sans doute dire un mot de la procédure de rétablissement personnel même s'il ne s'agit pas d'une procédure collective. Le droit français a créé en 2014 une procédure appelée procédure de rétablissement professionnel et qui prévoit un mécanisme d'effacement des dettes pour les débiteurs dont l'absence manifeste d'actifs de valeur rend inutile et coûteux l'ouverture d'une liquidation judiciaire⁶⁵. L'altération des droits des créanciers est impressionnante : la dette est purement et simplement effacée au bout de quatre mois alors même qu'aucune procédure de réalisation des actifs n'est organisée. Cette procédure est réservée aux débiteurs de bonne foi dont l'actif n'excède pas cinq mille euros, la seule garantie apportée au créancier résidant dans un travail d'enquête réalisé par un juge et un mandataire judiciaire afin de s'assurer que le débiteur remplit bien les conditions d'une telle purge.

La liquidation judiciaire se présente comme le lieu de tous les sacrifices pour les créanciers. Le salut des créanciers vient de situations qui restent hors de la procédure, comme le paiement par un système de mutualisation du risque. Qu'en est-il en cas de procédure de sauvetage du débiteur ?

§ 2 – LES ATTEINTES AUX DROITS DES CREANCIERS DANS LES PROCEDURES DE SAUVETAGE

La sauvegarde et le redressement judiciaire sont des procédures qui ont pour objet de préserver le débiteur contre une saisie de ses biens et d'organiser les moyens nécessaires au maintien de l'activité et de l'emploi⁶⁶. Il est surprenant que les juristes français présentent les procédures de sauvetage et la liquidation judiciaire sous le même vocable de procédure collective alors qu'elles se contredisent de façon si nette dans leurs objectifs. Cependant, cette appellation commune peut se comprendre par référence à la théorie du gage général : la liquidation judiciaire est une procédure collective de mise en œuvre du gage général tandis que la sauvegarde et le redressement judiciaire sont des procédures de protection contre la mise en œuvre du gage général⁶⁷. La période d'observation qui est organisée par ces deux procédures est le lieu de bien des maux pour les créanciers (A). Mais c'est surtout l'adoption du plan qui constitue une étape privilégiée pour étudier

⁶⁴ Recommandation de la commission européenne du 12 mars 2014 relative à une nouvelle approche en matière de défaillances et d'insolvabilité des entreprises, C(2014) 1500 final ; V. également la proposition de directive COM (2016) 723 évoquant notamment le droit à « la seconde chance » que les Etats-membres de l'Union Européenne doivent adopter dans leur législation.

⁶⁵ C. com., art. L. 645-1 et s.

⁶⁶ C. com., art. L. 620-1 pour la sauvegarde et L. 631-1 pour le redressement judiciaire. La sauvegarde se démarque du redressement judiciaire en étant ouverte au débiteur ne se trouvant pas en état de cessation des paiements.

⁶⁷ V. en ce sens, F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, Op. cit., n° 83.

l'altération des droits des créanciers : il entraîne en effet une restructuration des créances (B).

A) Les contraintes générées par la période d'observation

Le jugement ouvre une période d'observation qui permet au débiteur de préparer la réorganisation de son entreprise⁶⁸. Durant cette période, le débiteur va bénéficier d'un gel de son passif qui est fort similaire à celui qui est offert à tout débiteur dans le cadre d'une liquidation judiciaire. Sa justification n'est toutefois pas la même : il ne s'agit pas tant d'assurer l'égalité entre les créanciers, que de protéger le débiteur contre un passif qui eût été nuisible à l'adoption d'un plan (1). L'atteinte au droit des créanciers n'en sera que plus grande. La déclaration de créance est également présente dans les procédures de sauvetage. Pour le dire en un mot, elle constitue une technique d'apurement du passif destinée à faciliter le sauvetage du débiteur (2).

1) *La paralysie des droits des créanciers en tant que technique de financement de la période d'observation*

La paralysie des droits des créanciers se manifeste par l'interdiction des paiements⁶⁹ et par l'interdiction des poursuites⁷⁰ dont les modalités techniques sont identiques à la liquidation judiciaire. La justification n'est cependant plus la même : conçue comme une règle de protection des créanciers dans la liquidation judiciaire⁷¹, la paralysie des attributs du droit de créance qui est provoquée par la période d'observation se présente avant tout comme une règle de protection du débiteur. En effet, grâce au gel de son passif, le débiteur pourra reconstituer la trésorerie nécessaire au redémarrage de son activité. Le lecteur pourra s'étonner qu'aucun texte légal n'affirme officiellement cet objectif que nous venons d'exposer. Nous pensons que plusieurs lectures des lois de 1985 et de 2005 sont possibles et qu'un certain nombre de règles protectrices du débiteur y sont écrites à l'encre sympathique⁷²...

La durée de la période d'observation donne une idée supplémentaire des contraintes qui peuvent accabler les créanciers. La France permet une période d'observation maximale de dix-huit mois⁷³, ce qui est considérable, surtout si l'on se

⁶⁸ C. com., art. L. 621-3 pour la sauvegarde et L. 631-7 pour le redressement judiciaire.

⁶⁹ C. com., art. L. 622-7.

⁷⁰ C. com., art. L. 622-21.

⁷¹ Préservation du principe d'égalité.

⁷² Sur l'idée d'une double lecture possible des procédures de sauvetage, *Rappr.* J.-J. DAIGRE, « Les procédures collectives, techniques d'extinction du passif – Une autre lecture de la loi de 1985 », in Y. CHAPUT (sous la dir.), *L'apurement des dettes – Solution au surendettement*, Études du C.R.E.D.A., Op. cit, n° 275 et s.

⁷³ C. com., art. L. 621-3.

rappelle qu'un tel cadre protecteur peut être offert à un débiteur qui ne se situe pas en cessation des paiements. Par ailleurs, le dépassement de la durée légale n'est pas sanctionné⁷⁴. Sans doute le législateur a-t-il eu conscience que le gel du passif pouvait à lui seul permettre le sauvetage du débiteur : la loi permet en effet de clôturer la procédure si les difficultés qui avaient entraîné son ouverture ont pris fin durant la période d'observation⁷⁵.

Le recul que pratiquement douze années d'application de la loi de sauvegarde inspire aux juristes français ne doit pas faire oublier le caractère inouï du gel du passif dans l'hypothèse d'une procédure de sauvegarde. Si l'interdiction des paiements se comprend bien dans l'hypothèse d'un redressement judiciaire, puisqu'elle est corrélée par la cessation des paiements du débiteur, elle paraît porter une atteinte excessive aux droits des créanciers lorsque le débiteur ne se situe pas en état de cessation des paiements.

Cela dit, le gel du passif n'est pas sans inconvénients pour le débiteur. La contrepartie de la suspension généralisée des poursuites réside dans l'interdiction de réaliser des actes étrangers à la gestion courante de l'entreprise⁷⁶. Il aurait été injuste en effet que le débiteur profitât d'une suspension des poursuites pour diminuer la consistance de son patrimoine. Nous doutons que le dessaisissement ainsi subi par le débiteur soit de nature à rassurer les créanciers mais il nous semble que cet argument pourrait être invoqué pour défendre le grief d'inconstitutionnalité qui serait soulevé par les créanciers.

On pourrait également rappeler que les procédures de sauvetage ont pour objet de préserver une activité économique et d'assurer le maintien de l'emploi. Il s'agirait-là d'une justification solide aux outrages qui sont infligés aux créanciers. Cependant, la Cour de cassation a admis, dans la célèbre affaire Cœur Défense, qu'une société holding n'ayant pas de réelle activité économique et n'employant pas de salariés, pouvait bénéficier de la procédure de sauvegarde⁷⁷. Il semble que le droit français de diriger de plus en plus vers cette idée selon laquelle un débiteur pourrait imposer à ses créanciers une restructuration de son passif sans même que celui-ci eût à justifier du maintien de l'activité⁷⁸. Nous ne disons pas que la solution est incohérente ; après tout, un créancier pourra préférer qu'on lui impose un délai de paiement plutôt qu'une clôture de liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif. Mais il faut sans doute prêter attention à ce que les procédures de sauvegarde et de redressement ne deviennent pas exclusivement des procédures de protection contre la mise en œuvre du gage

⁷⁴ Cass. com. 10 juin 2008, n° 07-17.043, Bull. civ. IV, n° 115.

⁷⁵ C. com., art. L. 622-12.

⁷⁶ C. com., art. L. 622-7 II et III.

⁷⁷ Cass. com. 8 mars 2011, n° 10-13.988, 10-13.989, n° 13-13.990, Bull. civ. IV, n° 33 : la société avait une activité de gestion de son patrimoine immobilier.

⁷⁸ Cass. com., 4 mai 2017, n° 15-25.046, P+B+I : « *Attendu que la cessation d'activité d'une personne physique ne fait pas obstacle à l'adoption d'un plan de redressement ayant pour seul objet l'apurement de son passif* ». V. antérieurement : Cass.com 17 février 1998 n° 95-14.237, Bull. civ. IV, n° 82 : les propositions d'apurement du passif ne peuvent constituer à elles seules un plan de redressement de l'entreprise lorsque le débiteur a cessé toute activité.

général. Les altérations subies par les créanciers deviendraient sans doute moins défendables sur le plan constitutionnel.

2) Une déclaration de créance au service du redressement du débiteur

Le lecteur se souvient que la déclaration de créance est intimement liée à la théorie du gage général. Elle permet à tout créancier de se joindre à la procédure de saisie initiée par l'un d'entre eux afin de participer à la distribution du prix de l'actif réalisé. On peut donc s'étonner de trouver une procédure de déclaration de créance dans des procédures qui n'ont pas pour objet de réaliser des actifs. Mais ce serait oublier que les procédures de sauvetage ont pour but de réorganiser l'entreprise et notamment de restructurer le passif qui la tourmente. Ceci explique pourquoi l'objectif de la déclaration de créance a été transformé. Il est remarquable qu'une technique issue des voies d'exécution forcée ait été détournée de sa finalité première pour être utilisée au service du redressement du débiteur.

Si l'objectif officiel de la déclaration de créance est d'éclairer les organes de la procédure par la connaissance du passif de l'entreprise qu'elle leur confère, il est cependant possible de se demander si son objectif officieux n'est pas de parvenir à la libération du débiteur. Le droit français s'est particulièrement illustré en ce domaine entre 1985 et 2005 en prévoyant l'extinction des créances non déclarées. Il faut jeter un regard lucide sur la méthode française qui a été suivie ces trente dernières années pour rétablir les entreprises : il ne s'est pas tant agi de rétablir sainement les entreprises que de supprimer le passif non déclaré⁷⁹. Pour le dire autrement, la clé de voute du redressement des entreprises n'était pas la connaissance du passif mais sa suppression pure et simple.

Comment justifier une telle altération aux droits des créanciers ? On pourrait considérer que cette injure faite aux créanciers serait justifiée par l'impérieuse nécessité de connaître rapidement le passif à restructurer. Comment en effet consulter les créanciers sur des propositions de restructuration en l'absence de connaissance du passif ? Mais cette justification ne paraît guère recevable dans la mesure où les plans de sauvegarde et de redressement sont toujours arrêtés sur la base d'un passif approximatif. Le processus de vérification des créances aurait retardé à l'extrême l'adoption d'un plan s'il avait fallu attendre qu'il soit mené à son terme. Pour cette raison, le législateur de 1985 a fait le choix de considérer la procédure de déclaration de

⁷⁹ V. A. LIENHARD, v° art. L. 622-26 *in*. Code des procédures collectives, Dalloz, qui voit dans la déclaration de créance l'expression d'une technique d'allègement du passif ; M. JEANTIN, P. Le CANNU, *Entreprises en difficulté*, Dalloz, 7^{ème} édition, n° 461 qui perçoivent la déclaration de créance comme une technique d'apurement d'origine procédurale.

créance comme une procédure parallèle qui ne conditionne plus la conduite et l'issue même de la procédure⁸⁰.

L'amélioration impérative du sort des créanciers provient d'une mesure technique récente : lorsque le débiteur porte une créance à la connaissance du mandataire judiciaire, il est présumé avoir agi pour le compte du créancier tant que celui-ci n'a pas adressé la déclaration de créance⁸¹. Il convient maintenant d'examiner les conditions dans lesquelles le plan de restructuration est préparé.

B) La restructuration des créances par l'adoption d'un plan

Le plan peut se définir comme un ensemble de mesures ayant pour objet de fixer les conditions de l'exploitation de l'entreprise et de règlement du passif⁸². Le plus souvent, il s'agit de restructurer le passif de manière à ce que le poids de la dette ainsi reconfiguré soit en concordance avec les ressources en trésorerie du débiteur. L'altération aux droits des créanciers peut emprunter de nombreuses formes : délais de paiement, remise de dette, conversion de créance en titres de société *etc.* Mais il nous paraît plus intéressant, dans le cadre limité de cette étude, de se concentrer sur le processus d'adoption du plan. Nous allons en effet constater que l'adoption d'un plan par le tribunal peut entraîner une application bien trop rigoureuse du principe d'égalité (1). Enfin, la composition des comités de créanciers pose des questions de légitimité quant aux atteintes qui sont portées aux droits des créanciers (2).

1) L'altération résultant d'une égalité niveleuse

Le principe d'égalité est l'un des piliers de la théorie du gage général : il permet à tout créancier de se joindre à la saisie initiée par un autre créancier et de participer à la distribution de l'actif ainsi réalisé. Le principe d'égalité devrait donc revêtir une moindre importance dans les procédures de sauvetage, celles-ci ayant précisément pour objet d'éviter la mise en œuvre du gage général. Nous allons cependant constater que le droit français a des difficultés à se départir du principe d'égalité dans la composition des plans. Précisons cependant que le principe d'égalité ne s'applique pas dans le processus de consultation individuelle des créanciers⁸³ : rien n'interdit en effet au débiteur de faire des propositions différenciées à ses créanciers (délai de 20 ans pour tel créancier, délai de 10 ans pour tel autre créancier, réduction de créance de 30 % pour tel autre créancier, *etc.*). Depuis une loi du 22 octobre 2010, il est même permis au débiteur de ne pas consulter les créanciers dont les droits ne sont

⁸⁰ V. en ce sens, B. SOINNE, *Traité des procédures collectives*, Litec, 2^{ème} édition, n° 2144.

⁸¹ C. com., art. L. 622-24 al. 3 introduit par l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014.

⁸² V. en ce sens, F. PEROCHON, *Op. cit.*, n° 848.

⁸³ Sur la consultation individuelle, V. C. com., art. L. 626-5.

pas affectés⁸⁴. Nous pensons que cette rupture d'égalité entre les créanciers se justifie pleinement : les créanciers sont en effet libres de refuser ou d'accepter les propositions qui leur sont faites par le débiteur. Autrement dit, ils sont libres d'accepter l'altération qui leur ainsi proposée.

Cependant, les choses ne se font pas toujours sur la base du volontariat. En effet, et à l'inverse du principe général en droit des obligations selon lequel le silence ne vaut pas acceptation⁸⁵, l'absence de réponse du créancier dans un délai de trente jours à la proposition de remise de dette ou de délai de paiement qui lui a été adressée est réputée valoir acceptation⁸⁶. Il peut s'agir d'un moyen commode pour obtenir une remise de dette que le tribunal n'aurait pas pu imposer⁸⁷.

Que se passe-t-il si les créanciers refusent les propositions qui leur ont été faites ? On pourrait concevoir qu'aucun plan ne fût arrêté et que l'entreprise fût liquidée. Une entreprise ne mérite-t-elle en effet pas d'être éliminée du marché si elle n'est soutenue par aucun de ses créanciers ? Ce n'est pas le choix fait par le droit français, lequel confie aux tribunaux de commerce le sort de l'entreprise : le tribunal pourra imposer un plan aux créanciers s'il considère qu'il existe une possibilité sérieuse de sauver l'entreprise⁸⁸. Il s'agit d'une particularité qui peut surprendre les juristes étrangers⁸⁹ : les tribunaux de commerce ne jugent pas seulement en droit ; ils jugent de la pertinence économique du projet de plan.

Notons toutefois que dans ce cas le tribunal ne pourra pas imposer des remises de dettes ni des conversions de créance : seuls des délais uniformes de paiement d'une durée maximale de dix années pourront être imposés aux créanciers⁹⁰. Dans l'esprit du législateur, imposer un délai de paiement constitue certainement une atteinte moins grave que celle qui aurait résulté d'une réduction de dette. Dans le premier cas, le créancier doit attendre tandis que dans le second, il est exproprié au moins partiellement. Cependant, les délais uniformes de paiement font ressurgir le principe d'égalité et il est permis de penser que cette égalité est brutale et niveleuse⁹¹ : par exemple, en cas de délai uniforme de dix ans, celui dont la créance était déjà exigible devra effectivement attendre dix ans, alors que celui dont la créance ne sera exigible que dans neuf ans n'attendra en réalité qu'un an. Par ailleurs, le délai de paiement ne ménage pas le créancier : sur le plan économique, un délai de paiement correspond à une remise

⁸⁴ C. com., art. L. 626-5 al. 4 modifié par la loi n° 2010-1249 du 22 oct. 2010.

⁸⁵ C. civ., art. 1120.

⁸⁶ C. com., art. L. 626-5 al. 2.

⁸⁷ V. en ce sens, F. PEROCHON, *Op. cit.*, n° 878.

⁸⁸ C. com., art. L. 626-1.

⁸⁹ V. en ce sens, M. MENJUCQ, D. MARKS, P. ERHET, R. DAMMANN, *La compétitivité des principaux droits de l'insolvabilité européens : étude comparée des droits français, allemand et britannique*, *Rev. proc. coll.* 2012, table ronde, 2.

⁹⁰ C. com., art. L. 626-18 al. 4.

⁹¹ V. en ce sens, F. PEROCHON, *op. cit.*, n° 1007.

de dette⁹². Autrement dit, lorsque la loi permet d'imposer un délai de paiement, elle permet d'exproprier un créancier... Quelles sont les contraintes subies en cas de composition de comités de créanciers ?

2) La recherche d'une légitimité accrue dans la composition et le fonctionnement des comités de créanciers

L'institution de comités de créanciers par la loi de sauvegarde de 2005 a révolutionné la composition des plans. Même si certains auteurs ont présenté cette remarquable innovation comme une contractualisation des procédures collectives, il est permis de se demander s'il ne s'agit pas davantage d'un nouveau levier permettant d'obtenir plus que ce qui aurait pu être obtenu dans le cadre d'une consultation individuelle⁹³. Une majorité de créanciers va en effet pouvoir imposer à une minorité ce que le tribunal n'aurait pas pu imposer : par exemple, la majorité pourra imposer à une minorité de créanciers une réduction de dette ou une conversion de créance en titres de société⁹⁴.

Il faut comprendre que les créanciers en comités décident, non seulement du sort de leur créance, mais également du sort de tous les créanciers figurant dans le même comité. Ce mécanisme de vote est porteur d'une altération profonde du droit de créance : le droit de propriété qu'un créancier détient sur sa créance peut être atteint dans sa substance même par une décision majoritaire. Il est donc nécessaire que le législateur apporte des garanties ou qu'à tout le moins, il puisse justifier les atteintes qui sont ainsi portées aux minoritaires. A notre avis, une première justification réside dans les seuils qui sont en principe exigés pour que les comités soient constitués. En effet, la constitution des comités des créanciers est obligatoire pour les entreprises dont le nombre de salariés est supérieur à cent cinquante ou dont le chiffre d'affaires est supérieur à vingt millions d'euros⁹⁵. Dans une telle hypothèse, la restructuration n'est plus seulement un problème concernant l'entreprise et ses créanciers ; la restructuration produit des enjeux économiques et sociaux ayant un impact régional, voire national. On pourrait ainsi considérer que le mauvais traitement qui serait réservé aux créanciers minoritaires serait justifié par des enjeux économiques et sociaux dépassant la simple relation contractuelle qui peut exister entre un créancier et son débiteur. Une responsabilité pèserait sur les épaules de tous les créanciers dans le cadre du vote qui leur serait accordé. Cet argument n'est

⁹² V. en ce sens, F. PEROCHON, op. cit., n° 1006, note de bas de page 1040 : un délai de 10 ans est égal financièrement à une remise de dette de 39 %.

⁹³ V. en ce sens, P.-M. LE CORRE, « Les irrégularités affectant la composition et le vote des comités de créanciers dans les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire », D. 2007, p. 822.

⁹⁴ Sur la composition et le fonctionnement des comités, V. notamment F.-X. LUCAS, Op. cit., n° 318 et s.

⁹⁵ C. com., art. R 626-52.

toutefois pas exact puisque la loi permet la constitution de comités alors même que les seuils ne sont pas atteints⁹⁶. Nous ne disons pas que nous sommes opposés à un système universel de comités des créanciers. Nous pensons toutefois qu'il est plus difficile pour un système juridique de justifier l'atteinte au droit de propriété des créanciers minoritaires si la notion d'intérêt général apparaît moins clairement. Notons qu'en dernier ressort le tribunal se voit confier la mission de vérifier que les intérêts des créanciers sont préservés⁹⁷. Le rôle des tribunaux français est impressionnant : juger en droit ; statuer sur la pertinence économique d'un plan, protéger les créanciers des décisions prises par la majorité. Est-ce seulement possible ?

La plus grande difficulté que rencontre le droit français dans le fonctionnement des comités est celle de la légitimité du vote qui sera exprimé. La tendance naturelle est d'attribuer un droit de vote en fonction du montant de la créance : si deux créanciers ont une créance d'un même montant, ils disposeront d'un même droit de vote. Au premier abord, cela paraît cohérent. Mais ce système ne tient pas compte de l'exposition au risque de chaque créancier. Un exemple permet de mieux comprendre la problématique : soit trois créanciers détenant chacun une créance d'un million d'euros contre le même débiteur. Le premier créancier ne dispose d'aucune garantie sur sa créance⁹⁸ tandis que le second bénéficie d'une assurance qui permettra son indemnisation intégrale en cas de liquidation judiciaire du débiteur⁹⁹. Enfin, le troisième créancier avait acquis sa créance pour un montant de sept cent mille euros, le créancier cédant ayant en effet appliqué une décote en raison du placement du débiteur en procédure collective¹⁰⁰. Est-il logique de conférer le même droit de vote à ces trois créanciers ? Le recours au nominalisme monétaire, qui semble être un réflexe pour le législateur français, entraîne une réelle altération pour les créanciers car elle fausse le vote en niant l'exposition au risque. Il faut cependant souligner un réel progrès en la matière. Depuis 2014, la loi impose aux créanciers de porter à la connaissance de l'administrateur judiciaire l'existence de toute convention soumettant son vote à des conditions ou ayant pour objet le paiement total ou partiel de la créance par un tiers¹⁰¹. Une créance n'est pas seulement un montant en nominal, c'est également une exposition au risque. Le législateur entre prudemment dans cette logique.

Il faut mentionner en dernier lieu deux mesures spectaculaires qui ont été adoptées récemment et qui sont destinées à rééquilibrer les droits des créanciers. La première de ces mesures permet aux

⁹⁶ C. com., art. L. 626-29.

⁹⁷ C. com., art. L. 626-31.

⁹⁸ Son exposition au risque est donc totale : il risque de tout perdre si le débiteur est placé en liquidation judiciaire.

⁹⁹ Son exposition au risque est nulle. Au vrai, il espère même que le débiteur soit placé en liquidation judiciaire afin que la garantie puisse jouer.

¹⁰⁰ Le risque d'exposition au risque de ce créancier est de sept cent mille euros et non d'un million d'euros.

¹⁰¹ C. com., art. L. 626-30-2, al. 4.

créanciers de proposer un projet de plan concurrent à celui déposé par le débiteur¹⁰². La seconde permet à l'administrateur, au mandataire judiciaire ou au ministère public de demander la conversion de la sauvegarde en redressement judiciaire alors même que le débiteur n'est pas en cessation des paiements lorsque le plan de sauvegarde n'a pu être adopté¹⁰³. La pression s'accroît alors sur le débiteur puisque le redressement judiciaire permet à des tiers de formuler des propositions d'acquisition de l'entreprise¹⁰⁴. Un dénouement encore plus impressionnant est envisageable depuis 2015 : l'expropriation des associés qui refusent de financer la restructuration¹⁰⁵. Gageons que ces mesures ne seront pas les dernières dans cette quête législative qui vise à parvenir à un équilibre acceptable entre le respect des droits des créanciers et la nécessité qui est celle du débiteur de parvenir à un allègement d'une dette devenue insupportable. A ce sujet, les juristes se doivent de faire preuve d'une grande humilité : s'ils ont la responsabilité d'écrire les textes de loi, ils ne doivent pas feindre d'en être les auteurs premiers. Ce sont en effet les réalités économiques ainsi que les règles du marché qui, dans un contexte de concurrence entre les différents systèmes juridiques, dictent les atteintes qu'il semble possible de porter aux droits des créanciers.

¹⁰² C. com., art. L. 626-30-2 al 1, modifié par l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 : « *Tout créancier membre d'un comité peut également soumettre un projet de plan qui fera l'objet d'un rapport de l'administrateur* ».

¹⁰³ C. com., art. L. 622-10 al. 3.

¹⁰⁴ C. com., art. L. 642-2.

¹⁰⁵ C. com., art. L. 631-19-2 créé par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015.