

UNIVERSITE DE STRASBOURG

ECOLE DOCTORALE

THESE

En vue de l'obtention du

DOCTORAT DE DROIT DE L'UNIVERSITE DE STRASBOURG

Délivré par : l'Université de Strasbourg

Discipline ou spécialité : DROIT

Présentée et soutenue par : *Sophie STANKIEWICZ MURPHY*

Le : 26 mars 2011

Titre :

L'influence du droit américain de la faillite en droit français des entreprises en difficulté

Vers un rapprochement des droits ?

JURY

Madame Laurence-Caroline HENRY, Professeur à l'Université de Nice, rapporteur

*Monsieur Philippe ROUSSEL-GALLE, Professeur à l'Université du Havre, rapporteur et
président du jury*

Monsieur Michel STORCK, Professeur à l'Université de Strasbourg, membre du jury

*Monsieur Jean-Luc VALLENS, Magistrat, Professeur associé à l'Université de Strasbourg,
directeur de recherche*

Tous mes remerciements

A ma famille

pour leur support et leur patience

Et à Monsieur le Professeur Jean-Luc Vallens

pour son soutien et ses encouragements

SOMMAIRE

SOMMAIRE	3
INTRODUCTION.....	4
PARTIE 1. L'INFLUENCE DIRECTE DU DROIT AMERICAIN DE LA FAILLITE	16
TITRE 1 UNE APPROCHE ADOPTÉE PAR LE LÉGISLATEUR.....	18
<i>Chapitre 1. Encourager la réorganisation, une procédure pro-Débiteur.....</i>	<i>21</i>
<i>Chapitre 2. Impliquer les créanciers, clé du succès d'une réorganisation</i>	<i>59</i>
TITRE 2 APPROCHE ENCOURAGÉE PAR LA PRATIQUE : L'EXEMPLE DU PREPACKAGED PLAN	105
<i>Chapitre 1 Présentation du prepackaged plan en droit américain.....</i>	<i>109</i>
<i>Chapitre 2 Application du prepackaged plan en droit français</i>	<i>130</i>
CONCLUSION PARTIE 1	162
PARTIE 2. LE DEVENIR DE L'INFLUENCE DU DROIT AMÉRICAIN DE LA FAILLITE EN DROIT FRANÇAIS	164
TITRE 1 UN MOUVEMENT À POURSUIVRE	165
<i>Chapitre 1 Eviter les blocages lors de l'adoption du plan.....</i>	<i>168</i>
<i>Chapitre 2 Renforcer le caractère attractif de la procédure.....</i>	<i>184</i>
TITRE 2 LES LIMITES DE L'INFLUENCE DU DROIT AMÉRICAIN DE LA FAILLITE	206
<i>Chapitre 1 Limites issues des défaillances du système américain de la faillite</i>	<i>207</i>
<i>Chapitre 2 Limites posées par le caractère international du droit de la faillite.....</i>	<i>238</i>
BIBLIOGRAPHIE	254
INDEX.....	281
TABLE DES MATIERES	282

INTRODUCTION

Le droit de la faillite a connu depuis son origine une évolution considérable passant d'un droit sanction à un droit correcteur. L'idée de sanctionner le débiteur dans l'incapacité de payer ses créanciers date l'époque du droit romain où était organisée la « *venditio bonorum* », c'est-à-dire la vente collective de ses biens. Cette procédure était, au sens propre, considérée comme infâmante et le débiteur perdait son droit de voter et d'être éligible. Cette procédure, beaucoup plus clémentaire que dans le droit romain primitif qui prévoyait l'exécution du débiteur, s'appliquait à toute personne, commerçant ou particulier. Au Moyen-âge, le failli fait l'objet de sanctions personnelles, voire de sanctions pénales. Vendre les biens du débiteur pour payer les créanciers et sanctionner le débiteur failli sont les objectifs du droit de la faillite en France jusqu'en 1967, année à compter de laquelle le droit de la faillite passe d'un droit des dettes à un droit de l'entreprise.

Droit américain, de la sévérité à l'indulgence - De l'autre côté de la Manche, le droit anglais de la faillite connaissait la même sévérité à l'égard du débiteur que dans le reste de l'Europe. Son application s'étendait jusqu'aux pays colonisés dont l'Amérique. Avant 1700, l'insolvabilité était considérée comme un acte immoral qui méritait des sanctions sévères : le débiteur et sa famille étaient jetés en prison condamnés à travailler jusqu'au désintéressement des créanciers. Cependant, pour inciter l'immigration, les législations coloniales favorisaient les emprunteurs et permettaient ainsi le paiement des créances des fermiers en nature plutôt qu'en argent. Il s'est avéré que ces emprunts étaient rarement honorés compte tenu de l'éloignement géographique des prêteurs. Les prêteurs se sont par la suite rapprochés de leurs emprunteurs et la conception anglaise traditionnelle du droit de la faillite a refait surface¹.

Après la révolution qui conduisit à l'indépendance des Etats-Unis d'Amérique, le 4 juillet 1776, les articles de la Confédération sont adoptés par le Congrès le 5 novembre 1777 et ratifiés par les treize Etats d'origine. Pour faire face au grand nombre de crises financières que subissait ce nouveau pays, la Convention Fédérale confia dès le 3 septembre 1787 au Congrès fédéral la tâche de « réglementer le commerce avec les nations étrangères et les divers Etats » et le pouvoir d' « édicter des règles uniformes de la faillite ». Le droit de la

¹ M. A. FREY, P. H. FREY, W. L. McCONNICO, *An Introduction to Bankruptcy Law*, West Legal Studies, 2nd éd., 1992, p.3

faillite est ainsi devenu une matière fédérale qui a dû concilier dès l'origine les intérêts spécifiques des Etats et les préoccupations fédérales. La crise financière des années 1790 engendra l'adoption de la première loi des Etats-Unis d'Amérique relative au droit de la faillite en 1800. Le droit de la faillite reflétait déjà à l'époque la faveur portée à l'initiative commerciale, indispensable pour assurer l'essor économique du pays. Le débiteur se voyait octroyé un droit assoupli lui offrant un nouveau départ en cas de déconfiture ou *fresh start*. Mais la période d'application de cette loi sera courte car elle sera abrogée dès 1803. La volonté de s'émanciper d'un droit anglais trop contraignant, pour adopter des lois plus proches des réalités locales et répondre à un besoin commerciale prend naissance. Les conceptions conservatrices et puritaines de l'époque ne correspondaient pas au désir des populations immigrantes de faire des Etats-Unis d'Amérique une terre d'asile.

Le domaine de la faillite fait l'objet d'un vide juridique jusqu'à ce que la crise de 1837 dite *Great Panic* démontre la nécessité d'encadrer cette situation. C'est ainsi qu'en 1841, un deuxième *Bankruptcy Act* est promulgué. Le débiteur voit sa situation améliorée par le fait qu'il puisse demander lui-même l'ouverture d'une procédure de faillite, initiative limitée jusque là aux créanciers. Une autre crise en 1857 causée par les spéculations liées à l'extension des voies ferrées, la conquête de l'Ouest, ainsi que la guerre civile, est à l'origine de la promulgation d'une nouvelle législation en matière de faillite. Après plusieurs années pour faire face à la situation, le *Bankruptcy Act* fut adopté en 1867. Entachée par la corruption de la part des créanciers et des juges, cette loi ne connut pas un grand succès.

Après une nouvelle période de vide juridique en la matière, un nouveau projet vit le jour en 1889². Mais l'hostilité des sénateurs des Etats du sud sur un projet rédigé sous l'influence des Etats commerciaux du nord en retarda l'adoption. La loi fut finalement adoptée en 1898 suite à une nouvelle crise financière. Le *Bankruptcy Act* de 1898 subira quelques améliorations dans les années 1930, mais restera en vigueur jusqu'à l'adoption de la loi actuelle : le *Bankruptcy Act* de 1978. La terminologie change, annonçant la conception nouvelle de la faillite : le failli, *bankrupt*, devient le débiteur, *debtor*.

Le *Bankruptcy Act* de 1978, qui constitue le Titre 11 du Code fédéral des Etats-Unis, plus connu sous le nom de « Code de la faillite », met en place des procédures accessibles tant pour les individus et que pour les professionnels, à l'exception des établissements

² Proposition de loi, intitulée Torrey du nom de son initiateur

financiers, des compagnies d'assurance et d'autres entreprises dépendant expressément d'une réglementation fédérale ou étatique. Le Code de la faillite prévoit deux catégories de procédures, la réorganisation et la liquidation et se divise en neuf chapitres³. Les chapitres 1, 3 et 5 s'appliquent à toutes les procédures qu'il s'agisse d'une procédure de réorganisation ou de liquidation. Ils prévoient notamment la suspension automatique et immédiate des poursuites interdisant à tout créancier d'exiger le recouvrement de sa créance, la création d'un patrimoine de la faillite (*bankruptcy estate*), les modalités de déclaration de créances pour la plupart des créanciers et les pouvoirs du gérant du patrimoine de la faillite pour optimiser la valeur de l'actif. Le Chapitre 7 est relatif à la liquidation des entreprises avec la nomination d'un administrateur, ou *trustee*. Ses principales fonctions sont de vendre les biens et distribuer les recettes aux créanciers selon leur ordre de priorité, la réalisation des garanties et la constitution de tous les biens faisant partie du patrimoine de la faillite. Les chapitres 9, 12 et 13 concernent des procédures d'« ajustements des dettes » ou de respectivement pour les municipalités, les agriculteurs et les entrepreneurs individuels. Le Chapitre 15 est relatif aux faillites internationales. Enfin le Chapitre 11 concerne les procédures de réorganisation ou de restructuration pour les entreprises et, de manière plus rare, les particuliers. Le Chapitre 11 est sans nul doute la procédure la plus célèbre du droit américain. Cette procédure de réorganisation repose sur trois principes. Le premier est qu'il est plus avantageux pour le débiteur, les créanciers et les actionnaires que l'entreprise survive aux difficultés financières plutôt que de faire l'objet d'une liquidation. Ensuite, le débiteur, qu'il s'agisse d'une entreprise ou d'un individu, doit avoir le droit à une « seconde chance » après l'apurement de ses dettes. Enfin, le troisième principe est que les personnes les plus à même de réorganiser la société sont celles qui l'ont gérée avant l'ouverture de la procédure. Ainsi le Chapitre 11 prévoit le maintien des dirigeants à la tête de l'entreprise tout au long de la procédure, un *trustee* n'étant nommé que dans des cas exceptionnels.

Le Congrès a laissé l'entreprise entre les mains de ses dirigeants mais n'a pas oublié que l'un des objectifs du droit de la faillite devait être le paiement des créanciers. Le législateur mise sur le consensualisme pour résoudre les difficultés financières de l'entreprise et permet aux créanciers de participer à l'élaboration du plan de réorganisation. « Un plan doit tenter de maximiser les distributions aux créanciers *et* poursuivre l'activité *et*

³ A l'origine, la loi de 1898 comportait seize chapitres dont sept ont été abrogés depuis

maintenir l'emploi *et* donner au actionnaires au moins une chance de compenser leur investissement »⁴. Le chapitre 11 est une réponse à la nécessité de prendre en considération dans le monde moderne des enjeux à la fois économiques et sociaux.

Droit français, vers un droit préventif - Le législateur français, tout comme le législateur américain, a compris l'importance d'un droit de la faillite orientée vers le sauvetage en encourageant le débiteur à demander l'ouverture d'une procédure le plus tôt possible et impliquant les créanciers. Le droit français de la faillite quitte son carcan répressif pour miser sur la prévention des difficultés. Il devient le droit des entreprises en difficulté.

La loi du 13 juillet 1967⁵ a marqué une étape importante dans l'évolution du droit français de la faillite. Le législateur a institué une procédure de règlement amiable aboutissant à un concordat établi par le débiteur et ses créanciers. La loi distingue l'homme de l'entreprise afin d'« éliminer les entreprises économiquement condamnées sans cependant frapper d'infamie les dirigeants qui ne l'ont pas mérité »⁶. Les mesures patrimoniales prises à l'encontre de l'entreprise se distinguent des mesures extra-patrimoniales qui frappent les dirigeants. L'ordonnance du 23 septembre 1967 poursuit ce changement de conception en instituant la procédure de suspension provisoire des poursuites⁷. Cette procédure avait pour but de mettre à l'abri le débiteur des poursuites en paiement, le temps de préparer un plan de redressement. Elle permettait aussi d'accorder au débiteur des délais de paiement et d'obtenir des remises de dettes. Cependant la procédure de suspension provisoire des poursuites était limitée dans le sens où elle ne s'appliquait qu'une fois trois conditions réunies : l'entreprise devait se trouver dans une situation financière difficile, mais non irrémédiablement compromise ; avoir des perspectives rapides et totales de redressement et enfin ; la procédure ne pouvait s'appliquer qu'aux entreprises dont la disparition était susceptible de causer un trouble dans l'économie nationale ou régionale. « La procédure de suspension provisoire des poursuites est donc la première procédure qui a profondément

⁴ "a Plan should attempt to maximize distributions to creditors and keep the business operating and keep employees employed and give shareholders at least a chance to recoup their investment", dans A. L. GROPPER, et H. BELTZER, *International Insolvency*, Juris Publishing, Vol.2, 2000, part. II, U.S. p.7. [Traduction par l'auteur]

⁵ Loi n° 67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes

⁶ Exposé des motifs du projet de loi, dans Assemblée nationale, « compte rendu intégral de la deuxième séance du 7 juin 1967, *J.O.* 1967, n°44, p.54

⁷ A. M. BAUDRON, *La suspension provisoire des poursuites et l'apurement collectif du passif selon l'ordonnance du 23 septembre 1967*, Préface Chr. Gavalda, Paris, 1972

détaché le droit des procédures collectives des créanciers et du droit du paiement »⁸ . Cependant le caractère préventif recherché par la loi n'était pas au rendez-vous. Les procédures étaient déclenchées tardivement et les tribunaux étaient saisis une fois la situation irrémédiablement compromise.

L'ambition du législateur français de sauver les entreprises se poursuit dans les années 1980 où le droit des entreprises en difficulté vient se substituer aux textes antérieurs⁹. Il s'agit tout d'abord d'un droit préventif. La loi du 1^{er} mars 1984 crée un véritable droit d'alerte interne destiné à attirer le dirigeant sur la situation préoccupante de son entreprise. Le législateur marque ici une véritable volonté d'améliorer la prévention par l'information. La loi du 25 janvier 1985¹⁰ vient renforcer ce mouvement en instaurant la procédure de redressement judiciaire qui remplace le concordat qui ne se préoccupait que du règlement des dettes. Cette nouvelle procédure privilégiait « la poursuite de l'activité, soit entre les mains du débiteur soit entre celles d'un tiers par la voie d'une cession globale de l'activité, avant de veiller au désintéressement des créanciers et offrait au débiteur en liquidation de bonne foi la remise de ses dettes résiduelles impayées à la clôture de la procédure »¹¹. La loi de 1985 présente une dimension volontariste et une dimension économique.

La dimension volontariste repose sur le sauvetage de l'entreprise en ne culpabilisant plus le débiteur et en impliquant les créanciers. Au sein d'une procédure de redressement judiciaire, le dessaisissement devient variable. La loi de 1967 dessaisissait automatiquement le débiteur de la gestion de son entreprise dès l'ouverture de la procédure de règlement amiable par l'assistance ou la représentation d'un syndic. La loi de 1985 met fin à cette automaticité. Un administrateur est nommé mais sa mission peut être une mission de surveillance, ou d'assistance ou de représentation. La loi de 1985 prévoit également un assouplissement des sanctions civiles et pénales initiant un mouvement de dépénalisation du droit des entreprises en difficulté. Quant aux créanciers, certains se voient invités à participer à l'élaboration du plan. Il s'agit principalement des salariés en faveur de qui la loi prévoit un système d'information et de consultation des représentants

⁸ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, Montchrestien, 4ème éd., 2001, p.23

⁹ Ce nouveau droit se divise en trois textes : la loi n° 84-148 du 1er mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises ; la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires et la loi n° 85-99 adoptée le même jour relative aux administrateurs judiciaires, mandataires-liquidateurs et experts en diagnostics d'entreprise.

¹⁰ Loi 85-98 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises

¹¹ J.-L. VALLENS, « Bicentenaire du code de commerce : le droit des faillites de 1807 à aujourd'hui », D. 2007, Etudes et commentaires, chr.

du personnel et institue un nouvel organe de la procédure : le représentant des salariés.

Ce nouveau droit a également une finalité économique et favorise l'entreprise en tant qu'outil de marché, élément du développement économique d'un pays et créatrice d'emplois. Cette prééminence de l'entreprise se perçoit dès l'article 1^{er} de la loi de 1985 qui dispose qu' :

Il est institué une procédure de redressement judiciaire destinée à permettre la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et de l'emploi et l'apurement du passif. Le redressement judiciaire est assuré selon un plan arrêté par décision de justice à l'issue d'une période d'observation. Ce plan prévoit, soit la continuation de l'entreprise, soit sa cession. La liquidation judiciaire peut être prononcée sans ouverture d'une période d'observation lorsque l'entreprise a cessé toute activité ou lorsque le redressement est manifestement impossible.

Le sauvetage de l'entreprise devient la priorité première, suivi du maintien de l'emploi et enfin de désintéresser les créanciers. Il faut ainsi sauver les entreprises, en se focalisant sur celles qui sont viables. « Elles sont source de richesses et d'échanges...il faut accepter de considérer et le législateur doit en prendre acte ainsi que les entrepreneurs que les entreprises naissent, se développent et peuvent mourir ».¹² Certaines entreprises méritent alors d'être redressées tandis que les autres doivent être liquidées. L'alinéa 2 de cet article donne les moyens de parvenir à ce redressement judiciaire. L'ouverture d'une procédure de redressement ouvre une période d'observation, pendant laquelle il est procédé à un bilan économique et social. En fonction de ce dernier, un plan est dressé prévoyant soit la continuation de l'entreprise, soit sa cession.

La loi de 1985 se veut une réponse à une réalité économique. Cependant son application ne connaît pas le succès souhaité. L'ouverture des procédures de redressement demandée trop tardivement entraînait la conversion de la procédure en liquidation judiciaire. De plus, en plaçant l'entreprise au cœur de l'entreprise, le législateur a oublié l'objectif principal d'un droit de la faillite : le paiement des créanciers. La loi de 1985 permettait le paiement des salariés via le super-privilège dont bénéficiait l'organisme payeur, et des créanciers postérieurs dans la plupart des cas. Ainsi, après une période où le juge cherche à protéger le débiteur conformément à la loi, la jurisprudence évolue pour retrouver un équilibre entre les intérêts de l'entreprise et une moralité des affaires qui passe par le respect des obligations contractuelles soit le paiement des créanciers. Une réforme de cette législation considérée comme un frein à l'octroi de crédit et donc n'encourageant pas l'entrepreneuriat s'est avérée nécessaire. Le droit de la faillite ou insolvabilité passe « d'une conception

¹² R. BADINTER, Ass. Nat. 1ère séance du 5 avril 1984, *J.O.* p.1181.

patrimoniale reposant sur le principe de justice commutative à une conception économique basée sur l'idée d'une justice distributive »¹³. La prévention des difficultés et le paiement des créanciers doivent désormais être la priorité. Les objectifs du droit de la faillite désirés par le législateur français contemporain se rapprochent de la conception américaine. C'est donc naturellement que la nouvelle loi modifiant le droit des entreprises en difficulté s'en inspire.

Certains diront que la loi du 25 janvier 1985 fut inspirée par le droit américain de la faillite en permettant une solution de sauvetage de l'entreprise issue d'un consensualisme entre le dirigeant et ses créanciers, sous une protection judiciaire¹⁴. Mais c'est bien plus la réforme du 26 juillet 2005 instaurant la procédure de sauvegarde qui marque l'inspiration américaine de la faillite par d'adaptation de la procédure de réorganisation prévue par le Chapitre 11 du Titre 11 du Code fédéral des Etats-Unis (Chapitre 11).

Intérêts du droit américain - Vu comme une terre d'asile et d'avenir, le Nouveau Monde a accueilli de nombreux immigrants venus tenter leur chance. Les Etats-Unis sont un pays dont l'économie repose sur l'entrepreneuriat et le crédit. En effet, les petites et moyennes entreprises américaines constituent la force motrice de l'économie, employant un plus grand nombre de salariés que les imposantes sociétés multinationales. La création d'entreprises est fortement encouragée, et le recours au crédit est facilité. L'économie américaine, contrairement à la plupart des économies européennes, est tributaire du recours au crédit par les particuliers et les entreprises¹⁵. De nombreux Américains peuvent emprunter jusqu'à 50 000 dollars sans même affecter de biens en garantie. La législation fédérale des Etats-Unis vise à encourager les particuliers à créer des entreprises, en contribuant par les emplois créés et les impôts générés à améliorer l'économie du pays et le bien-être général.

Le crédit aux entreprises est facilité par la garantie offerte aux créanciers de recouvrer leurs créances et par leur participation au sauvetage de l'entreprise. Le crédit facile encourage une prise de risques par les entrepreneurs.

La réorganisation semble être la solution la plus rentable économiquement. En effet, la réorganisation permet un accord entre les créanciers et le débiteur dans le but d'apurer les

¹³ J.-M. JUDE, Le droit international privé des procédures de surendettement des particuliers, Université de Paris sud XI, thèse 2001, p.51

¹⁴ *Supra* J.-L. VALLENS, note 11, p.5

¹⁵ N. MARTIN, « Le droit américain de la faillite encourage la prise de risques et l'entrepreneuriat », *Perspectives économiques*, janv. 2006

dettes de ce dernier, de maintenir une activité et en conséquent des emplois. Les Etats-Unis prônent ainsi le bien-fondé de la réorganisation. Le nombre de réorganisations concluantes ou « consommées » aux Etats-Unis est beaucoup plus important que celui des redressements en France, la plupart des procédures collectives françaises se terminant par une liquidation judiciaire. Un quart des faillites aboutissent à une réorganisation aux Etats-Unis, alors que le pourcentage en France n'est que de 2,5%¹⁶. Cependant favoriser la réorganisation ne veut pas dire soutenir toutes les entreprises dans tous les cas. « Il faut dire que la culture nord-américaine supporte de voir disparaître les entreprises qui ne parviennent pas à survivre, ce qui n'est pas notre cas »¹⁷. Le sauvetage de l'entreprise est la solution des difficultés des entreprises en droit américain car, de cette option, toutes les parties en présence en sortent soulagées, certes le débiteur, mais également les créanciers dont les salariés. Le débiteur préférera la solution de la réorganisation car il y demeure le maître à bord tout au long de la procédure¹⁸. Les salariés, créanciers souvent négligés en cas de procédure de faillite car aucune protection ne leur est accordée ni aucune obligation de leur trouver un emploi à la suite de la procédure n'existe, conservent leur emploi en cas d'application du Chapitre 11. Cette conception favorise ainsi l'entrepreneuriat et les investissements. Enfin, dans la procédure de réorganisation américaine, les créanciers bénéficient d'une meilleure protection. Les créanciers titulaires de sûretés, dont les actionnaires, sont mieux protégés. En effet, ils peuvent, malgré l'adoption d'une procédure de réorganisation ou de liquidation, reprendre possession de leurs biens. De même, les créanciers chirographaires, qui ne connaissent qu'une infinie chance de recouvrer leurs créances en France, se voient assurés de toucher au minimum, en cas de réorganisation sous le Chapitre 11, le montant qu'ils auraient obtenu dans le cadre d'une liquidation¹⁹. En moyenne, aux Etats-Unis, en cas d'application du Chapitre 11, les créanciers chirographaires récupèrent 20 % du montant de leurs créances, totalement irrécouvrables dans 95 % des cas lors d'une liquidation. Ce chiffre est de 5 % uniquement en France.

De plus, la souplesse du droit américain donne un large éventail de solutions pour le maintien de l'activité. Ainsi la cession totale d'une entreprise peut être l'issue d'un plan de réorganisation, l'activité de l'entreprise étant maintenue. Il s'avère plus intéressant

¹⁶ M. BROUWER, « Reorganisation in the US and European Bankruptcy Laws », *Journal of European Law*, K12, 2004

¹⁷ E. HESS, « Une réforme culturellement courageuse », *P.A.* 11 fév. 2004, n°30, p.3

¹⁸ *Le debtor in possession*

¹⁹ Chapitre 7, titre 11, du Code fédéral de la faillite

économiquement que l'entreprise connaissant des difficultés demeure une entité unique, et ne soit pas morcelée dans un but de revente. En effet, la cession totale d'une entreprise lui confère plus de valeur que la cession partielle, et lui reconnaître plus de valeur permet le paiement d'un plus grand nombre de créanciers ou un paiement dans des proportions optimisées. De plus, la réorganisation n'est pas la seule méthode pour permettre la survie d'une entreprise. Il existe en effet d'autres procédés considérés comme alternatifs, tels que les accords amiables se déroulant en dehors de toute intervention judiciaire²⁰.

Enfin, le Chapitre 11 offre une indulgence qui permet à une entreprise connaissant la moindre difficulté financière de procéder à une restructuration financière afin de « conserver son activité, fournir du travail aux salariés, payer les fournisseurs et fournir des revenus pour les actionnaires »²¹ et aux entrepreneurs de rester à la tête de leur entreprise au cours de la procédure. Ils poursuivent l'activité tout en tenant « les rênes » du sauvetage de l'entreprise. Enfin le Chapitre 11 offre au débiteur le droit à un nouveau départ, un *fresh start*, en faisant table rase de son passif. Cette « étrange indulgence »²² a permis à des entrepreneurs américains de connaître un succès remarquable et remarqué après un premier échec, tels John Henry Heinz et Henri Ford. Le recours à la procédure du Chapitre 11 n'est pas perçu comme un échec mais un simple acte de gestion permettant à un entrepreneur de se placer sous la protection judiciaire le temps de remédier aux difficultés financières.

Droit de la faillite, droit économique- Le droit de la faillite est devenu un droit avant tout économique²³. Les objectifs du droit de la faillite à savoir la poursuite de l'activité de l'entreprise, le maintien de l'emploi et le désintéressement des créanciers ont, une fois réalisés, un impact considérable sur l'économie d'un pays. A l'heure de la mondialisation des relations commerciales, le droit de la faillite joue ainsi un rôle primordial. Les solutions offertes par les droits nationaux de la faillite deviennent un critère des investisseurs étrangers. Un droit de la faillite devient efficace lorsqu'il encourage les individus à entreprendre et les partenaires à investir sur un territoire. Bien que cela puisse sembler cynique, l'efficacité d'une procédure de réorganisation des difficultés financières d'une entreprise est un facteur de l'essor économique d'un pays. Le droit américain qui

²⁰ J. FRIEDLAND, « Why out-of-court restructuring alternatives are on the rise ? », *Daily Bankruptcy Review*, 24 octobre 2007, p.11 sur dailybankruptcyreview.com

²¹ *H. R. Rep.*, n°595, 95th Cong., 1st Sess., 220 (1977) dans M. TANGER, *La Faillite en Droit Fédéral des États-Unis*, Economica, 2002, p.5

²² A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique II*, Folio histoire, 1993, p.219

²³ P. LE CANNU, *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, refonte de l'ouvrage de M. Jeantin, 7e éd., Précis Dalloz, 2006, p.8

arrive à concilier la protection de l'entreprise dans un contexte de crise, l'économie de marché et l'individualisme, tout en alliant des impératifs économiques, humains et sociaux, attise la curiosité et l'intérêt des juristes étrangers. Le succès de cette économie reposant sur le crédit et l'entrepreneuriat conduit le droit américain de la faillite et surtout son Chapitre 11 à être considéré comme référence internationale.

Influence américaine omniprésente- En Europe, les positions libérales et la conception du droit économique des Etats-Unis inspirent de nombreuses législations dont l'Angleterre, l'Italie, la Belgique, l'Espagne, le Portugal qui possède comme objectif d'assurer un meilleur équilibre entre les intérêts du débiteur et les intérêts des créanciers, et l'Allemagne qui a adopté en 1999 un concordat sous le modèle de la réorganisation US. L'efficacité du droit américain de la faillite est défendue par plusieurs organismes internationaux parmi lesquels sont la Banque Mondiale²⁴, l'union Européenne qui adopte une conception américaine de la faillite et enfin la Commission des Nations Unies pour le Commerce International dont les recommandations aux Etats s'inspirent de nombreuses règles du droit fédéral des Etats-Unis²⁵. Le droit français suit ce mouvement et adopte une conception américaine de la procédure de réorganisation d'une entreprise en difficulté.

Face à l'échec de la loi de 1985, le droit français doit adopter une nouvelle philosophie. La situation en France est alarmante. Entre 45.000 et 50.000²⁶ entreprises font l'objet d'une défaillance chaque année, et ce depuis 10 ans²⁷. « Le réalisme économique et l'influence anglo-saxonne (...) l'ont emporté sur l'approche civiliste et latine de la faillite connotée de faute et de fraude »²⁸. Tel que le soulignait le sénateur Marini lors de l'élaboration du projet de la réforme des procédures collectives de 2005, il est important de « tirer les leçons de l'échec de la procédure actuelle de redressement judiciaire, qui conduit à une disparition de l'entreprise dans 90% des cas. »²⁹. « Le seul moyen de sauvegarder

²⁴ La Banque Mondiale depuis 2004, dans ses rapports annuels « *Doing Business* », compare les droits des affaires, dont le droit de l'insolvabilité, de 181 pays et s'efforce d'encourager l'influence des droits des pays de *Common Law*, dont le fameux Chapitre 11.

²⁵ Présentation du guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité sur http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/insolvency/2004Guide.html

²⁶ Chiffres issus d'une étude réalisée grâce aux indications de la Délégation Unédic AGS (Thierry Méteyé) et les cabinets Deloitte et Altarès (Guillaume Cornu) en septembre 2007

²⁷ Sans prendre en considération les professionnels libéraux (600.000 contre 2.500.000 entreprises), dans T. MONTERAN, « La procédure de sauvegarde en quelques chiffres », *G.P.* 23-24 janvier 2008, p.21

²⁸ J.-L. VALLENS, « Les sanctions dans la réforme du 26 juillet 2005 » *Rev. Lamy droit des aff.* Supplément, déc.2005, n°88, p.32 et s., spéc. n°1

²⁹ T. DORLEAC, « La procédure de sauvegarde : un chapitre 11 à la française ? », *Lettre du recouvrement*, sept. 2005

l'entreprise était d'anticiper ses difficultés »³⁰. Poursuivant le courant existant en Europe, le législateur se tourne vers le droit américain afin de « sauver le droit français de la faillite ». Ainsi depuis 2005 apparaissent au sein de la législation française, des concepts de droit américain. C'est le cas de la procédure de sauvegarde, des comités des créanciers ou encore de la procédure de sauvegarde accélérée.

La loi du 26 juillet 2005 dénote l'évidence de l'influence américaine sur le droit français des entreprises en difficulté. Elle adapte en droit français la procédure réorganisation du Chapitre 11 permettant de sauver l'entreprise tout en rassurant les partenaires. Ainsi, Monsieur Dominique Perben, dans son communiqué du Conseil des Ministres du 12 avril 2004, énonçait que :

La procédure de "sauvegarde" des entreprises privilégie, par rapport à une logique juridique et comptable traditionnelle, une logique économique et sociale ; l'objectif est que les chefs d'entreprise puissent s'appuyer - de manière anticipée et partenariale avec leurs créanciers - sur les mécanismes innovants de cette procédure pour sauver au maximum l'activité économique et les emplois qui lui sont attachés, soit environ 200 000 emplois chaque année.

Pour cela, la loi souhaite encourager les débiteurs connaissant des difficultés financières sans être dans une situation irrémédiablement compromise à demander l'ouverture d'une procédure collective. Un débiteur peut désormais demander l'ouverture d'une procédure collective sans être en cessation des paiements. Ce critère marquait jusque - là la distinction entre les procédures de prévention, mandat *ad-hoc* et règlement amiable³¹, et les procédures collectives. La loi de 2005 permet aux créanciers de participer au sauvetage de l'entreprise en créant deux comités de créanciers, le comité des établissements de crédit et le comité des fournisseurs, qui seront consultés sur le projet de plan proposé par le débiteur³². Depuis l'entrée en vigueur de la loi, la procédure de sauvegarde a déjà démontré à plusieurs reprises son efficacité. L'exemple le plus célèbre est l'affaire Eurotunnel dans laquelle la procédure de sauvegarde a permis de sauver le groupe international³³.

La loi sur la régulation de l'économie, dite loi LME³⁴, autorise le gouvernement à adopter des règles du droit des entreprises en difficulté sous forme d'ordonnance. Une ordonnance dont l'objectif est de renforcer l'attractivité de la procédure de sauvegarde est prise le 18 décembre

³⁰ P. REY, « De la sauvegarde des entreprises », *JCP*. Ed.E. 2005, n°42, p.1771

³¹ Remplacé par la procédure de conciliation par la loi de 2005

³² L'ordonnance du 18 décembre 2008 institue un troisième comité : l'assemblée des obligataires, *infra* note 34

³³ R. Dammann et G. Podeur, L'affaire Eurotunnel : premières applications du règlement n° 1346/2000 à la procédure de sauvegarde : *D.* 2007, p. 2329.

³⁴ Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 sur la modernisation de l'économie

2008³⁵. La loi de 2010 sur la régulation bancaire et financière³⁶ poursuit ce mouvement d'« américanisation » du droit français des entreprises en difficulté. Elle introduit une nouvelle procédure collective répondant à un besoin pragmatique : la procédure de sauvegarde financière accélérée. Cette procédure calquée sur le modèle du plan pré-établi américain ou *prepackaged plan* permet de restructurer financièrement l'entreprise dans des délais très courts.

Problématique - Il n'existe plus de doute : le législateur puise dans le droit américain de la faillite un nouveau droit français relatif au sauvetage des entreprises en difficulté. Depuis 2005, les références directes au droit américain sont-elles de plus en plus nombreuses ? Les procédures françaises de réorganisation s'orientent-elles vers « un Chapitre 11 à la française »³⁷ ? Jusqu'à quels effets cette influence doit-elle être souhaitée et est-elle souhaitable ? L'omniprésence du droit américain doit-elle être source d'innovation ou d'inquiétude pour les praticiens français ?

Plan d'étude - Dans une optique d'efficacité, le droit comparé joue un rôle important pour les législateurs à la recherche de la solution idéale. Le législateur français semble avoir trouvé dans le Chapitre 11 du droit américain une procédure répondant à ses attentes : un droit perçu de manière positive par les débiteurs aboutissant à un plan, fruit d'un partenariat avec ses créanciers. De nouveaux concepts issus du droit américain de la faillite intègrent ainsi l'environnement juridique français et les dernières réformes du droit des entreprises en difficulté sont toutes influencées par le droit américain. Cette constatation mérite une étude particulière. La première partie portera sur l'influence directe du droit américain de la faillite sur le droit français des entreprises en difficulté, qu'elle soit enclenchée par le législateur ou par la pratique (Partie 1). Une seconde partie traitera du devenir de cette influence entre encouragement et réticence (Partie 2).

Première Partie : L'influence directe du droit américain de la faillite

Seconde Partie : Le devenir de l'influence du droit américain de la faillite sur le droit français des entreprises en difficulté.

³⁵ Ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté : *J. O.* 18 déc. 2008

³⁶ Loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière

³⁷ T. DORLEAC, T., *Supra* note 29

**PARTIE 1. L'INFLUENCE DIRECTE
DU DROIT AMERICAIN DE LA
FAILLITE**

Le succès des procédures de réorganisation du Chapitre 11 du Code américain de la faillite a attisé la curiosité du législateur français. Ainsi, lors des travaux de réformes du Livre VI du Code de commerce relatif aux entreprises en difficulté, le droit américain de la faillite a été une source d'inspiration certaine. L'adoption d'une conception positive et volontaire du droit américain de la faillite a désormais lieu en droit français. Les récentes réformes du droit des entreprises en difficulté le démontrent.

La loi de 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises a enclenché le pas vers l'adoption d'une approche américaine de la faillite mais ce sont les réformes du droit des entreprises en difficultés de 2005 et suivantes qui marquent l'influence directe du droit américain de la faillite sur le droit français des entreprises en difficulté.

De plus, l'intérêt pour le droit américain touche désormais les professionnels du droit de la faillite qui n'hésite pas à adapter des concepts de droit américain de la faillite en droit français. Il s'agit du plan pré-établi ou *prepackaged plan*, qui, après son apparition dans la pratique, fit l'objet d'une loi en 2010.

Les dernières réformes du droit français des entreprises en difficulté montre l'adoption d'une conception américaine du droit américain de la faillite par le législateur français (Titre 1) et encouragée par la pratique (Titre 2).

TITRE 1 UNE APPROCHE ADOPTÉE PAR LE LEGISLATEUR

Bien avant la réforme de 2005³⁸, le législateur français avait compris que la prévention était la solution à adopter en vue du sauvetage du plus grand nombre d'entreprises en difficulté. De nombreuses procédures extrajudiciaires ont vu le jour offrant aux débiteurs la possibilité d'anticiper leurs difficultés. Il s'agit, entre autres, du règlement judiciaire issu de la loi du 13 juillet 1967, du concordat amiable instauré par l'ordonnance du 23 septembre 1967, du mandat *ad hoc* et de la conciliation consacrés par la loi du 1er mars 1984. Ces procédures amiables se sont succédées sans démontrer un réel succès. Aujourd'hui, les procédures dites « négociées »³⁹ qui subsistent sont le mandat *ad hoc*⁴⁰ et la conciliation⁴¹. Ces procédés reposent sur une libre négociation entre le débiteur et tous ses créanciers ou quelques uns de ses créanciers. Ne nécessitant pas l'intervention du juge, elles sont utilisées par le débiteur pour leur discrétion.

Outre ces procédures négociées, il existait, avant la réforme 2005, une unique procédure de réorganisation judiciaire. Il s'agit du redressement judiciaire. L'ouverture de cette procédure ne pouvait être demandée qu'en cas de difficultés financières importantes, soit souvent trop tard pour assurer le succès d'une réorganisation. La plupart des procédures de redressement judiciaire aboutissait à une liquidation judiciaire.

En règle générale, les réorganisations en droit français sont trop rares. Qu'elles soient issues d'une procédure négociée ou d'une procédure judiciaire, le nombre de procédures ouvertes se terminent rarement en l'adoption d'un plan de réorganisation. La liquidation judiciaire est la procédure collective la plus pratiquée. Il résulte de ce constat que le droit français ne procure pas les moyens de résoudre les difficultés réelles des entreprises. La réorganisation doit être la procédure à favoriser. Le débiteur face à des difficultés financières doit avoir confiance en la justice et aller volontairement au tribunal demander de l'aide pour s'en sortir. Il doit être encouragé à anticiper ses futures difficultés. Le recours

³⁸ Loi n°2005-845 du 26 juillet 2005

³⁹ P. LE CANNU, *Supra* note 23, p.49

⁴⁰ C. com. art. L.611-3

⁴¹ C. com. art. L.611-4

à une procédure collective ne doit pas être la solution ultime pour un débiteur.

Le droit américain l'a bien compris. Les débiteurs conçoivent l'ouverture d'une procédure de faillite comme le moyen de bénéficier d'une suspension des poursuites, le temps pour eux de trouver une solution pour honorer ses créanciers. Ainsi demander l'ouverture d'une procédure du Chapitre 11 dès les premières difficultés financières est devenu une banalité⁴². L'anticipation est la solution à favoriser. La procédure américaine de réorganisation est un modèle à suivre en la matière.

Non-satisfait des réformes précédentes, le législateur souhaite aller plus loin et se tourne de plus en plus vers les solutions pratiquées en droit américain. Plusieurs groupes d'études se sont rendus aux États-Unis afin d'étudier le Chapitre 11 du Titre 11 du Code fédéral des États-Unis relatif à la réorganisation⁴³. Ces derniers ont découvert une procédure limitant le nombre de liquidations judiciaires et favorisant le sauvetage des entreprises. Un tel succès repose sur deux points importants: l'anticipation des difficultés et le rôle des créanciers. En effet, l'anticipation des difficultés permet l'ouverture d'une procédure avant que les actifs disponibles soient insuffisants pour envisager une réorganisation. De plus, un plan aussi bon qu'il puisse être aboutira avec succès à une réorganisation qu'avec le soutien des créanciers concernés.

La loi du 26 juillet 2005 adopte ces deux aspects caractérisant le droit américain de la faillite. La prévention et l'anticipation sont assurées par la création d'une nouvelle procédure, la procédure de sauvegarde et par l'encouragement du débiteur à la réorganisation. La réforme du 26 juillet 2005 fait ainsi des procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire, les procédures de prédilection du droit français des entreprises en difficulté. Quand à l'implication des créanciers, ces derniers se voient confiés un rôle décisif tout au long de la procédure. Leur participation est requise dès l'élaboration du plan jusqu'à son exécution. L'ordonnance du 18 décembre 2008 renforce ces points, son objectif étant de « rendre la procédure de sauvegarde plus attractive, notamment en assouplissant les conditions de son ouverture et en étendant les prérogatives du débiteur, et améliorer les conditions de réorganisation de l'entreprise afin de favoriser le traitement anticipé des

⁴² La facilité d'accès à la procédure du Chapitre 11 a été une fois de plus démontrée suite à la crise des *Subprimes*.

⁴³ E. HESS, *Supra* note 17, p.3

difficultés des entreprises »⁴⁴.

Dans ce chapitre sera ainsi étudiée la réforme du droit français des entreprises en difficulté telle que influencée par le modèle américain de la réorganisation. L'anticipation des difficultés est favorisée en offrant aux débiteurs des procédures qui leur sont avantageuses (Chapitre 1) et, pour favoriser le succès de ces nouvelles procédures de réorganisation, la loi de 2005 réforme le rôle des créanciers les rendant acteurs du sauvetage de l'entreprise (Chapitre 2).

⁴⁴ L'article 74 de la Loi de Modernisation des Entreprises (dite LME) du 4 août 2008 autorise le gouvernement à adopter de nouvelles mesures relatives au droit des entreprises en difficulté par le biais d'ordonnance ayant pour but de « rendre la procédure de sauvegarde plus attractive, notamment en assouplissant les conditions de son ouverture et en étendant les prérogatives du débiteur, et améliorer les conditions de réorganisation de l'entreprise afin de favoriser le traitement anticipé des difficultés des entreprises ».

CHAPITRE 1. ENCOURAGER LA REORGANISATION, UNE PROCEDURE PRO- DEBITEUR

Le législateur français, dans sa volonté de rendre le droit français des entreprises en difficulté pragmatique et attractif, s'est ainsi ouvertement inspiré du droit américain. De cette influence est né le « Chapitre 11 à la française »⁴⁵. La réorganisation des entreprises en difficulté a été refondue. Désormais deux procédures judiciaires y contribuent: la procédure de sauvegarde⁴⁶ et la nouvelle procédure du redressement judiciaire⁴⁷. Par ces deux procédures, tous les moyens sont utilisés pour rendre les procédures de réorganisation attractives. Pour cela, la séduction du débiteur se joue sur trois fronts: un accès facilité à la procédure (A), un renforcement de ses prérogatives durant la procédure (B).

I. UN ACCES A LA REORGANISATION FACILITE

Le législateur français, tout comme les magistrats, déplorent le fait que la plupart des procédures collectives ouvertes aboutissent à une liquidation judiciaire pour avoir été ouvertes tardivement. Le débiteur doit pouvoir anticiper et ne pas attendre le dernier moment pour saisir le tribunal. Favoriser la prévention sous-entend faciliter l'accès aux procédures collectives afin de pouvoir agir au plus vite, dès les premiers signes de difficultés financières. Le droit français s'est donc inspiré du droit américain de la réorganisation, favorisant amplement l'ouverture des procédures du Chapitre 11.

En effet, l'ouverture d'une procédure du Chapitre 11 est simple. Elle ne requiert aucun jugement d'ouverture. La simple demande vaut ouverture d'une procédure⁴⁸. De plus le débiteur est libre quant à la procédure qu'il souhaite voir engagée. Il peut s'agir d'une procédure de réorganisation ou bien d'une liquidation judiciaire. Enfin, le débiteur soumis

⁴⁵ T. DORLEAC, *Supra* note 29

⁴⁶ Art. L.620-1 et s. c.com.

⁴⁷ Art. L.631-1 et s. c.com.

⁴⁸ Le débiteur peut demander l'ouverture d'une deuxième procédure de Chapitre 11, lorsqu'il se trouve dans l'impossibilité de respecter les engagements du plan de la première. Ces deuxième procédure sont surnommées « Chapitre 22 ». Il peut arriver que la procédure soit réitérée plus que deux fois.

au droit américain peut à tout moment de la procédure se rétracter ou demander la conversion d'une procédure de réorganisation en une procédure de liquidation. Mais ce qui attire notre intérêt et qui constitue une des particularités du Chapitre 11 du droit américain de la faillite est son accessibilité. L'ouverture d'une procédure sous le Chapitre 11 est possible pour un nombre important de débiteurs et à des conditions très souples (A). La réforme de 2005 s'inspire du droit américain en facilitant l'accès aux procédures collectives (B).

A. *La souplesse du droit américain, une procédure ouverte à tous*

Selon le droit américain, l'ouverture d'une procédure de réorganisation du Chapitre 11 est soumise à seulement deux conditions. La première est territoriale. Il doit exister un lien entre le demandeur et le territoire des États-Unis. La seconde condition repose sur la nature de demandeur (1). Celui-ci doit être redevable d'une créance, c'est-à-dire un simple débiteur (2).

1. Souplesse du critère territorial ⁴⁹

D'après la section 109 du titre 11 du code de la faillite des États-Unis⁵⁰, la compétence territoriale du tribunal américain de la faillite est admise dès lors que le débiteur réside, ait un domicile ou exerce une activité économique sur le sol des États-Unis, ou encore qu'il détienne une propriété aux États-Unis. Cette condition est interprétée par les juges de manière extrêmement souple. Ainsi la Cour des États-Unis a décidé en 2000 que le simple fait pour un débiteur de posséder quelques milliers de dollars dans un compte en banque américain constituait un élément suffisant pour que la compétence des juridictions américaines soit retenue⁵¹. De même, le fait pour un citoyen argentin d'avoir 500 dollars sur un compte en Californie lui suffisait pour demander l'ouverture d'une procédure de faillite américaine ; le juge avait considéré qu'il détenait une propriété aux États-Unis⁵². L'affaire la plus célèbre relative à une large interprétation de la section 109 est la décision *Youkos*⁵³.

⁴⁹ A. L. GROPPER, « Chapter 15 of the United States Bankruptcy Code », discours lors du colloque organisé par le centre français de droit comparé intitulé Faillite internationale et conflits de juridiction, 2007

⁵⁰ 11 U.S.C. 109 (a)

⁵¹ Affaire *Global Ocean Carriers, Ltd.*, 251 B.R. 31 (Bankr. D. Del. 2000)

⁵² Affaire *Iglesias*, 226 B.R. 721, 722-23 (Bankr. S.D. Fla. 1998)

⁵³ Affaire *Yukos Oil Co.*, 320 B.R. 130, 132 (Bankr. S.D.Tex. 2004), Georges Affaki, « An European view on the U.S. Courts' approach to cross border insolvency – lessons from Yukos », p.7, discours lors du colloque organisé

Youkos était à l'époque une société par actions régie par la loi russe et dont les biens étaient pour la plupart situés en Russie. Le gouvernement russe a poursuivi la société pour le non-paiement de taxes à hauteur de 27,5 millions de dollars américains et menaçait de vendre aux enchères une filiale du groupe. Une des filiales de *Youkos* détenait deux millions de dollars américains sur un compte en banque à Houston. En vue de l'ouverture d'une procédure de faillite sous le Chapitre 11, six autres millions avaient été envoyés sur ce compte. De plus, 15% des actions de *Youkos* étaient détenues par des investisseurs américains et le responsable financier de la société résidait à Houston. Se fondant sur ces éléments, le tribunal de faillite déclara *Youkos*, dans un premier temps, éligible pour demander l'ouverture d'une procédure de faillite aux États-Unis⁵⁴. Puis le tribunal a rejeté sa compétence, par un jugement du 24 février 2005, en raison du but poursuivi par le demandeur, révélateur de la mauvaise foi de ce dernier⁵⁵. L'ouverture de la procédure était demandée dans le but d'éviter les actions de l'État russe à l'encontre des biens du groupe *Youkos*.

Le pouvoir discrétionnaire du juge est important. Celui-ci recherche la bonne foi du demandeur. Si les juges sont libres d'interpréter largement la notion de propriété de biens situés aux États-Unis, ils sont également libres de refuser une telle dénomination lorsqu'ils sont persuadés que cette procédure est demandée dans le seul but d'éviter les poursuites en responsabilité par un créancier⁵⁶.

Le critère territorial est ainsi très souple permettant à un grand nombre de débiteurs étrangers de bénéficier du Chapitre 11. La souplesse de l'ouverture de la procédure de réorganisation n'est pas uniquement territoriale. L'accès à la procédure de réorganisation américaine est d'autant plus facilité que le critère financier pour être considéré comme débiteur au sens du code de la faillite est quasi inexistant contrairement à celui requis par le droit français.

2. Souplesse du critère financier

Aux États-Unis, aucune condition financière préalable ne semble être requise. « Un débiteur solvable est libre de déposer une demande tout comme l'est un débiteur

par le centre français de droit comparé intitulé *Faillite internationale et conflits de juridiction*, 2007

⁵⁴ Ordonnance provisoire délivrée le 16 décembre 2004

⁵⁵ J.-L. VALLENS, « L'affaire *Youkos* ou l'instrumentalisation du droit de la faillite », *Recueil Dalloz*, 2005, n°11, p.778

⁵⁶ *Affaire Head*, 223 B.R. 648 (Bankr. W.D.N.Y. 1998)

insolvable »⁵⁷. Bien que le code définisse l'insolvabilité⁵⁸, celle-ci ne constitue pas une condition nécessaire. Il suffit au débiteur de s'inscrire sur un simple formulaire (*Official form n°1*), au greffe du tribunal des Faillites ou du tribunal compétent, le cas échéant⁵⁹. Le juge de la faillite exercera, lors du jugement d'ouverture de la procédure, un contrôle sur le bien-fondé de la demande d'ouverture, c'est-à-dire si le demandeur est bien un débiteur et s'il fait véritablement face à des difficultés financières.

Aux États-Unis, le droit de la faillite est ouvert à tous, personnes morales, physiques commerçantes ou simples particuliers. Le simple fait d'être débiteur, c'est-à-dire d'avoir une dette, suffit pour être le sujet d'une procédure collective. Cela n'a pas toujours été le cas. A l'origine du droit américain de la faillite, celui-ci n'était diligenté qu'à l'encontre des marchands, négociants et commerçants. Sous l'influence d'une réforme du droit anglais, le Congrès américain avait accordé l'ouverture d'une procédure de faillite à un non-commerçant en 1826, pratique consacrée aux États-Unis avec l'adoption de l'Act de 1841. L'Act de 1867 intègre les « *corporations* »⁶⁰. Enfin l'Act de 1898 et le *Chandler Act* de 1939 affinent le champ d'application de la faillite en organisant plusieurs procédures applicables aux débiteurs selon leur forme juridique. Aujourd'hui, tout débiteur a accès aux procédures du Code de la faillite.

Le Chapitre 11 est la procédure de réorganisation ouverte à tout débiteur au sens de la section 109 du Titre 11 du Code fédéral des États-Unis. Le débiteur peut ainsi être une personne, une masse patrimoniale ou encore un trust⁶¹. La notion de débiteur comprend sous la dénomination de personnes, les personnes physiques, les sociétés de personnes et

⁵⁷ *Affaire Elegant Concepts, Lld.*, 61 B.R. 723 (Bankr. E.D.N-Y.1986)

⁵⁸ 11 U.S.C. 101.32

⁵⁹ 11 U.S.C. 301

⁶⁰ Sociétés de capitaux

⁶¹ 11 U.S.C. 101 (15), renvoi de 109 (d) et 101(41)

La section 109 du Titre 11 du Code fédéral des États-Unis "Who may be a debtor" précise que dans le cadre des procédures de liquidation (chapitre 7) et de réorganisation (chapitre 11), une "person" peut être considérée comme débiteur.

La définition du terme "person" (11U.S.C.§101(41)) comprend les "corporations" dont la définition (11 U.S.C. §101 (15)) inclut les "business trust".

Définition de Business trust: Société de fait créé par un document légal, une déclaration de trust, et utilisée au sin d'une société ou une association pour mener différentes opérations avec une responsabilité limitée.

(A business trust is similar to a traditional trust in that its trustees are given legal title to the trust property to administer it for the advantage of its beneficiaries who hold equitable title to it. A written declaration of trust specifying the terms of the trust, its duration, the powers and duties of the trustees, and the interests of the beneficiaries is essential for the creation of a business trust. The beneficiaries receive certificates of beneficial interest as evidence of their interest in the trust, which is freely transferable.)<http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Business+Trust>

Un trust peut donc être soumis à une procédure de banqueroute s'il peut être déterminé comme un business trust.

les sociétés de capitaux⁶². Ainsi toute entité débitrice a accès à la procédure de réorganisation du Chapitre 11. En conséquence d'une telle ouverture, le nombre de procédures de réorganisation du Chapitre 11 est important⁶³.

Outre le fait d'être débiteur, les juges exercent un contrôle de la bonne foi du demandeur afin d'éviter tout abus, sans pour autant exiger l'existence d'une certaine situation financière. Une célèbre décision illustrant l'absence de conditions financières précises requises par le droit américain est la décision *Manville Corporation*⁶⁴. En l'espèce, la société *Manville*, producteur d'amiante, dont le revenu annuel s'élevait à deux milliards de dollars, fit l'objet de nombreuses plaintes de personnes victimes des effets négatifs de l'amiante. Malgré les bons résultats de l'entreprise, *Manville* ne parvenait pas à faire face à la surenchère des indemnités que la compagnie d'assurance refusait de prendre en charge, et à une campagne publicitaire très coûteuse destinée à rassurer les partenaires commerciaux sur sa bonne santé financière. En 1982, elle décide de se placer sous la protection du Chapitre 11. Cette procédure permit à *Manville* de bénéficier d'une période de calme pour organiser le paiement de ses multiples dettes. L'ouverture d'une procédure de réorganisation dès l'apparition des premières difficultés financières a été approuvée par le juge qui comprenait bien que l'entreprise ne pouvait « attendre que son image économique ne soit détériorée (...) pour déposer une requête ». Ainsi bien que la société *Manville* ne fut pas insolvable, la Cour fédérale de New-York accepta la demande aux motifs que la situation financière de *Manville* reflétait de réelles difficultés excluant toute mauvaise foi du demandeur.

D'autres décisions reflètent un contrôle certain du juge à l'encontre des débiteurs de mauvaise foi. Ainsi une juridiction de New-York a décidé que le demandeur devait réellement être un débiteur, c'est-à-dire avoir des dettes impayées⁶⁵. Bien que le critère de l'insolvabilité ne soit pas recherchée, le débiteur doit avoir « de vraies dettes et de vrais

⁶²Définition de trust dans G. Cornu, *Dictionnaire juridique*, PUF, 4ème éd., 2003: « arrangement patrimonial à fins multiples établi par actes entre vifs ou à cause de mort, à l'initiative d'une personne nommée constituant, dont l'objet est de placer certains biens dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé sous le contrôle d'un intermédiaire nommé trustee, qui est investi du pouvoir et du devoir, à charge d'en rendre compte, de gérer et de disposer conformément à son investiture et à la loi, des biens à lui confiés, lesquels figurent à son nom sur les titres mais constituent une masse distincte qui ne fait pas partie de son patrimoine. » Cette notion est proche de la fiducie française.

⁶³ En 2004, sur 34 817 procédures de faillite ouvertes par des entreprises aux États-Unis, 10 368 étaient des procédures de réorganisation, source: J. HAZARD, « Les procédures d'insolvabilité aux États-Unis », *P.A.* 16 juin 2005, p.17

⁶⁴ *MacArthur Co. v. Johns-Manville Corp.* (Affaire Johns-Manville Corp.), 837 F.2d 89 (2d Cir. 1988)

⁶⁵ *Affaire Setzer*, (Bankr.E.D.N-Y.1985)

créanciers » précisait une juridiction du Tennessee⁶⁶.

Cette souplesse du droit américain peut mener à des abus. Il s'agit notamment de l'affaire plus récente de la compagnie aérienne *Continental Airlines*. Alors que l'entreprise ne connaissait aucune difficulté financière, la compagnie déposa le bilan en 1983 dans le but de gagner le conflit social l'opposant au syndicat, tout en bafouant les droits des salariés, la convention collective de l'entreprise, les lois sociales et d'ordre public.

L'avantage certain de cette souplesse d'accès est la libre appréciation du débiteur à l'encontre des difficultés financières de sa propre entreprise. « De la même manière que l'acteur économique est adulte pour déterminer ses besoins en matière de crédit, il doit l'être aussi pour décider des meilleures solutions pouvant lui permettre de résorber le poids de l'endettement »⁶⁷. Pour les débiteurs de bonne foi⁶⁸, la faillite est considérée comme une solution selon le droit américain. Tout comme le droit américain, la loi de 2005 assouplit de manière importante les conditions d'accès aux procédures judiciaires de réorganisation dans le but d'encourager le débiteur à y recourir.

B. L'assouplissement des conditions d'ouverture en droit français, une volonté d'attirer les débiteurs

Vu le grand nombre de rejets de demande d'ouverture d'une procédure⁶⁹, il semble évident que les conditions d'ouverture étaient beaucoup trop strictes. C'est pour cela que la réforme de 2005, complétée par celle de 2008, s'inspirant du droit américain, assouplit ces diverses conditions. Désormais un plus grand nombre de débiteurs se voit concernés par une éventuelle ouverture d'une procédure collective, que ce soit relativement à la nature du débiteur (1) ou à sa situation financière (2).

1. Élargissement de la catégorie des débiteurs concernés

A l'origine, le droit de la faillite était réservé aux seuls commerçants, personnes physiques ou morales enregistrées au registre des commerces et sociétés. Puis la loi du 13 juillet 1967

⁶⁶ Affaire Cooper Properties Liquidating Trust, Inc., 61 B.R.531 (Bankr.W.D.Tenn.1986).

⁶⁷ M.TANGER, *La Faillite en Droit Fédéral des États-Unis*, Economica, 2002, p.37

⁶⁸ Le tribunal exerce tout de même un contrôle de la légitimité de la demande qui doit être de bonne foi et qui repose sur la réalité de la situation économique, *Ibid* p.49 et s.

⁶⁹ Le ministère de la justice a recensé qu'en 2003, 1017 demandes d'ouverture de procédure collective sur un total de 65 515 ont été rejetées. Le pourcentage de rejet est faible par rapport au nombre total de décision d'ouverture d'une procédure collective : 1,7% ; il est en revanche beaucoup plus significatif par rapport au nombre de jugements d'ouverture de procédure collective qui aboutissent à un redressement à l'issue de la procédure (plan de continuation ou plan de cession) : 17%. Source, ministère de la justice.

permet aux personnes morales non commerçantes l'accès aux procédures collectives. La loi de 1985 ouvre la voie aux artisans, dont l'activité est proche des commerçants. Les agriculteurs bénéficient à leur tour du droit des entreprises en difficulté par la loi du 30 décembre 1988. Mais c'est la loi du 26 juillet 2005 qui met un point final sur ce mouvement d'ouverture, en intégrant toutes les personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendante⁷⁰. Ces derniers ne sont plus soumis au droit des particuliers. Le sauvetage est désormais, tout comme aux États-Unis ouvert à tous les professionnels. Dorénavant toutes les procédures collectives dites « professionnelles » sont régies par le Livre VI du Titre II du Code de commerce. Le droit des entreprises en difficulté reflète désormais l'économie du pays en distinguant les professionnels des particuliers.

Le législateur a ainsi souhaité permettre au plus grand nombre l'accès aux procédures collectives. Cette nouveauté est complétée par une facilité d'ouverture d'une procédure judiciaire en assouplissant la condition principale qu'était l'état de cessation des paiements.

2. Fin de la cessation des paiements comme condition d'ouverture d'une procédure collective

Dans le souhait de rendre le droit des procédures collectives plus attractif et de favoriser la sauvegarde de l'entreprise, il était indispensable d'alléger les critères d'ouverture d'une procédure et de faciliter l'anticipation. La réforme de 2005 ouvre la porte des procédures collectives aux débiteurs désireux de sauver leur entreprise le plus tôt possible. La cession des paiements n'est plus la condition *sine qua none* à l'ouverture d'une procédure collective.

La loi de 1985 avait fait de la cessation des paiements, définie comme « l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son passif disponible »⁷¹, une notion fondamentale. Elle permettait de distinguer les procédures amiables des procédures judiciaires. L'état de cessation des paiements était requis pour l'ouverture de toute procédure judiciaire.

Cette notion considérée comme trop floue a fait l'objet de nombreuses critiques. Certains défendaient cette souplesse qui permettait aux juges d'adapter le texte de loi à la situation.⁷²

⁷⁰ Art. L.620-2 c. com.

⁷¹ Art. L.631-1 c. com.

⁷² A. BRUNET, « La loi de sauvegarde des entreprises ou l'illustration des défauts « Elluliens » du droit », P.A. 5 juil. 2007, n°134, p.44 : « En dépit de son apparence dogmatique, la formule laisse une certaine marge de manœuvre à la juridiction saisie qui peut, pour les besoins de la solution qu'elle entend adopter, en apprécier les termes plus ou moins strictement »

D'autres, qui représentaient la plus grande partie de la doctrine, lui reprochaient d'être à l'origine d'une insécurité juridique. En effet, la détermination de cette notion dépendait de l'interprétation du juge. Mais avant tout, autoriser l'ouverture d'une procédure collective à la seule condition que le débiteur soit en cessation de paiement représentait un obstacle à la survie de l'entreprise débitrice. « Le critère des cessations des paiements reste encore trop marqué par le passif avéré, c'est-à-dire la situation actuelle des créanciers, alors que c'est l'intérêt de l'entreprise qui devrait primer »⁷³. Monsieur Raibaut, ancien Président du Tribunal de commerce de Toulouse, pour sa part, estimait que : « dans la plupart des cas une entreprise attendant sa cessation des paiements au sens de la loi de 1985 pour déposer son bilan, est une entreprise qui dépose un bilan comme on vient déclarer un acte de décès, et le Tribunal n'a d'autre choix que de dresser cet acte de décès »⁷⁴. L'ancien article L.621-1 du Code de commerce a ainsi été la cause de nombreuses impasses. Des entreprises connaissant des difficultés financières se voyaient refuser l'accès aux procédures collectives par défaut de cessation des paiements. La doctrine et les praticiens ont exprimé le besoin d'adapter ce critère aux réalités de la vie des entreprises modernes⁷⁵.

La loi de 2005 a facilité de manière importante l'accès aux procédures de réorganisation. Ainsi en matière de redressement judiciaire, les conditions d'ouverture sont assouplies. Désormais une procédure de redressement judiciaire peut être ouverte « au plus tard dans les quarante-cinq jours qui suivent la cessation des paiements »⁷⁶, contre quinze antérieurement. Mais c'est la procédure de sauvegarde qui reflète le plus l'assouplissement de ces conditions.

Tenant compte de remarques relatives à la cessation des paiements, l'article L.620-1 du Code de commerce issu de la réforme de 2005, prévoit désormais que la procédure de sauvegarde est « ouverte sur demande d'un débiteur mentionné à l'article L.620-2 qui

⁷³ M. TANGER, *Supra* note 67, p.43

⁷⁴ J. RAIBAUT : Discours prononcé lors de la rentrée solennelle du Tribunal de Paris, le 11 janvier 2002, publié par FARNE, « De quelques réflexions sur la notion de cessation de paiements », *Réseaux du droit*, n°17, janv.-fév.2000, p.22-23

⁷⁵ *Ibid* : Discours prononcé lors de la rentrée solennelle du Tribunal de Paris, le 11 janvier 2002, publié par FARNE, « De quelques réflexions sur la notion de cessation de paiements », *Réseaux du droit*, n°17, janv.-fév.2000, p.22-23 : « Qu'est-ce qu'aujourd'hui une entreprise dont l'actif disponible ne couvre plus le passif exigible ? Alors que la « dépatrimonialisation » des actifs d'exploitation est devenue quasiment la règle ? Alors que l'affacture a bien souvent absorbé complètement le poste client ? Alors que les clauses de réserve de propriété rendent illusoire les évaluations sur le matériel ou les stocks ? Alors que l'externalisation de bien des fonctions, y compris parfois des fonctions de recherche et de développement, fragilisent, voire rendent illusoire, le savoir-faire ? ».

⁷⁶ Art. L. 631-4 c. com.

justifie de difficultés, qu'il n'est pas en mesure de surmonter, de nature à le conduire à la cessation des paiements ». Tout comme le droit américain, l'insolvabilité n'est pas une condition d'ouverture d'une procédure de faillite. En effet, depuis la loi de 2005, la cessation des paiements ne constitue plus l'élément de distinction entre les procédures amiables⁷⁷ et les procédures collectives. Une procédure de conciliation⁷⁸ peut être ouverte si l'état de cessation des paiements est caractérisé depuis moins de 45 jours et une procédure de sauvegarde peut, à l'inverse, être ouverte avant l'apparition de l'état de cessation des paiements⁷⁹. Les débiteurs en difficulté ont désormais accès à une « boîte à outils »⁸⁰ leur permettant de choisir entre plusieurs procédures collectives en fonction de l'importance de leurs difficultés financières.

La loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises ne changera pas l'économie mais elle offre de nouveaux outils aux chefs d'entreprise en difficulté, aux créanciers et aux praticiens qui devront en comprendre les mécanismes et les avantages. Ils devront apprendre à s'en servir afin de sauvegarder plus d'entreprises et d'emplois. Ses maîtres mots sont anticipations et contractualisation.⁸¹

La notion de cessation des paiements est toujours présente mais n'est plus le critère de distinction entre les procédures amiables, reconnues comme les solutions négociées, et les procédures judiciaires, considérées trop souvent comme subies par les débiteurs.

Malgré ce changement en faveur du débiteur, la perception de la procédure de sauvegarde comme procédure de prévention est mal assimilée par les débiteurs. Ces derniers n'y font recours qu'en cas de difficultés « insurmontables », juste avant d'être en cessation des paiements. Or, l'objectif de la procédure de sauvegarde est d'encourager l'anticipation, et donc de s'ouvrir avant l'apparition de difficultés financières trop lourdes. Pour que la sauvegarde ait une chance d'avoir lieu, le débiteur doit encore avoir en possession un actif important. Il serait ainsi préférable que l'entreprise n'ait pas de « dettes fiscales, sociales et, plus encore, salariales arriérées, et que l'échéance de ses dettes fournisseurs ne saurait

⁷⁷ Le législateur aurait pu modifier l'intitulé du Titre premier du Livre VI « de la prévention des difficultés des entreprises » ne reflétant plus la réalité des textes. La procédure de sauvegarde est sans nul doute une procédure de prévention.

⁷⁸ Procédure négociée en dehors de l'intervention du tribunal

⁷⁹ V. MARTINEAU-BOURGNINAUD, « Le spectre de la cessation des paiements dans le projet de loi de sauvegarde des entreprises », *D.* 2005, chr., p.1356

⁸⁰ D. VALDMAN, « Loi de sauvegarde: quelle procédure pour quelles difficultés des entreprises? », *G.P.* 23-24 juin 2008, p.14

⁸¹ T. MONTERAN ET P.-M. LE CORRE, « conclusion » *GP* 9-10 septembre 2005, p.54

dépasser 90 jours »⁸². Les cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde sont en pratique limités. L'accès à la sauvegarde est à l'heure actuelle loin d'être un réflexe. La procédure de sauvegarde pour avoir le succès escompté doit être perçue comme une procédure de prévention. Pour encourager le débiteur à demander l'ouverture d'une procédure de sauvegarde dès l'apparition des premières difficultés, la cessation des paiements ne doit plus être un critère d'évaluation de la situation financière du demandeur.

L'ordonnance du 18 décembre 2008⁸³ est venue corriger ce point en modifiant la rédaction de l'article L.620-1 du Code de commerce. Désormais, l'ouverture d'une procédure de sauvegarde peut être demandée par un débiteur, si ce dernier «sans être en cessation de paiement, justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter ». La preuve d'un état de cessation des paiements imminent n'est plus à apporter. Tout débiteur, au sens de l'article L.620-2 du Code de commerce, peut demander l'ouverture d'une procédure collective dès l'apparition de difficultés « insurmontables ». Les juges contrôlent désormais ce caractère des difficultés afin d'éviter toute demande abusive⁸⁴. Ce nouvel assouplissement démontre une avancée importante vers une conception américaine, où « une entreprise qui annonce qu'elle se place sous ce dispositif n'a pas à se justifier »⁸⁵. De plus, en cas d'apparition tardive de l'état de cessation des paiements c'est-à-dire après l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, ou de simple risque d'apparition dans « de brefs délais » de cet état, le débiteur a la possibilité de demander la conversion de la procédure en procédure de redressement⁸⁶. Cette nouveauté issue de l'ordonnance de 2008 favorise ainsi la réorganisation sur la liquidation de l'entreprise.

La réforme française de 2005, renforcée par celle de 2008, démontre un changement radical en adoptant une conception américaine. La situation financière du débiteur est dans les deux pays un critère déterminant en vue de l'ouverture d'une procédure de réorganisation sans que l'insolvabilité soit une condition. L'accès aux procédures

⁸² D. VALDMAN, *Supra* note 80, p.14 et 18; T. MONTERAN, « Pour améliorer le droit des entreprises en difficulté, osons la réforme », *G.P.* 23-24 janvier 2008, p.3

⁸³ Ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008, réforme annoncée par le Président de la République, Nicolas Sarkozy, dans un discours à l'occasion de l'exposition nationale sur le Bicentenaire du Code de commerce

⁸⁴ A titre d'exemple, le débiteur d'une dette de LBO (*leverage buy out*), capable de faire face aux échéances des intérêts mais pas au remboursement à terme du principal, pourrait obtenir l'ouverture d'une sauvegarde pour renégocier sa dette dans N. LAURENT ET J. DE MICHELE, « Le point de vue du praticien sur dix principales mesures du projet de réforme de la sauvegarde », *JCP G* 2008. I. 214, n° 2.

⁸⁵ T. MONTERAN, *Supra* note 82, p.3

⁸⁶ Art. L. 622-10 c. com.

collectives est facilité. Le droit français est prêt pour une banalisation de la faillite, à condition que les mentalités françaises l'acceptent.

Sous l'influence américaine, le droit français des entreprises en difficulté va encore plus loin pour encourager le débiteur à ouvrir une procédure de réorganisation. Il favorise l'accompagnement des débiteurs connaissant des difficultés au lieu de les dessaisir de la tête de l'entreprise. Le débiteur reste donc maître de l'entreprise en difficulté au cours de la procédure. Ses prérogatives en sont en conséquence renforcées.

II. DES PREROGATIVES RENFORCEES POUR LE DEBITEUR

Depuis son introduction dans le Code de commerce de 1807, le dessaisissement du débiteur est le principe⁸⁷. A travers les multiples réformes, l'ouverture d'une procédure collective entraînait de manière automatique le dessaisissement du débiteur. La loi du 25 janvier 1985 a posé le principe que toute procédure collective s'ouvrait par une période d'observation au cours de laquelle un administrateur intervenait dans l'entreprise⁸⁸. La réforme de 2005, puis celle de 2008, œuvrent dans le but que les dirigeants prennent part à la sauvegarde ou au redressement de leur entreprise. La participation de ces derniers diffère selon la procédure de réorganisation ouverte. Le principe de dessaisissement du débiteur devient l'exception ou demeure en fonction que le débiteur soit *in bonis* ou non.

Ainsi en matière de procédure de redressement judiciaire, procédure où le débiteur est en cessation des paiements, le dessaisissement du débiteur demeure le principe⁸⁹. L'interventionnisme des organes judiciaires est présent. Il trouve sa source dans l'existence d'une certaine méfiance à l'encontre du débiteur qui a attendu trop longtemps avant de manifester ses difficultés financières. Le rôle de l'administrateur s'en trouve donc renforcé. Le tribunal a le choix entre deux formules⁹⁰: les administrateurs assistent le débiteur pour tous les actes de gestion ou certains d'entre eux, ou les administrateurs sont « chargés d'assurer seuls, entièrement ou en partie, l'administration de l'entreprise »⁹¹. La surveillance, fonction existant sous le droit antérieur, n'est plus une alternative. Le débiteur n'est plus libre de faire des actes seul. Ce choix des missions de l'administrateur ne laisse

⁸⁷ M.-N. LEGRAND, « Les pouvoirs du débiteur dessaisi », *Revue des Procédures Collectives*, 1991, p. 11; G. TEBOUL, « Procédures collectives: les effets du dessaisissement », *RJC*, 0209

⁸⁸ Art. 31 Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985

⁸⁹ Art. L.631-17 et L.631-21 c. com. faisant renvoi à l'article L.621-4 c. com.

⁹⁰ Art. L.631-12 c. com.

⁹¹ M. JEANTIN ET P. LE CANNU, *Entreprises en difficulté*, Dalloz, 7è éd., 2007 p.223

que peu de pouvoir de décision au tribunal qui en présence d'un débiteur de bonne foi et compétent favorisera l'assistance, contrairement au dessaisissement total en présence d'un débiteur incompetent ou malhonnête.

L'innovation majeure relative aux prérogatives du débiteur concerne la procédure de sauvegarde. Un débiteur *in bonis* qui a pris la bonne décision en demandant l'ouverture d'une procédure collective ne doit pas être puni, mais encouragé. Le dessaisissement n'est pas le principe en matière de sauvegarde. L'article L.622-1 du Code de commerce relatif à la procédure de sauvegarde précise que « l'administration de l'entreprise est assurée par son dirigeant ». Ce principe existe aux États-Unis et constitue une particularité du droit américain de la faillite. Le débiteur demeure à la tête de son entreprise et devient un *debtor in possession*, c'est-à-dire en possession de son entreprise. La notion de *debtor in possession* a inspiré le droit français dans le but de rendre les procédures collectives attractives pour les débiteurs. En effet, la certitude que le débiteur reste impliqué dans les affaires de son entreprise tout au long de la procédure est un attrait certain. La France adopte de ce fait une conception beaucoup plus libérale que jadis où le débiteur connaît une grande liberté, d'une part, dans la gestion de l'entreprise au cours de la procédure (A), et, d'autre part, lors de l'élaboration du plan (B).

A. En matière de gestion de l'entreprise durant la procédure

Le débiteur du Chapitre 11 se voit attribuer par le Code fédéral une grande liberté. Il est dans la plupart des cas, le seul à la tête de l'entreprise en difficulté. L'influence américaine en la matière est manifeste dans la réforme de 2005. Il paraît donc intéressant de comprendre le concept particulier qu'est le *debtor in possession*⁹² (1) avant de se pencher sur les innovations apportées en droit français sur les prérogatives en matière de gestion de l'entreprise par le débiteur (2).

1. Concept de *debtor in possession*, le modèle américain

Sanctionner un débiteur honnête et malchanceux en lui retirant la gestion de son entreprise est considéré comme injuste et, de ce fait, est contraire à la conception américaine. L'ouverture d'une procédure de réorganisation semble suffire à démontrer la compétence et l'honnêteté du débiteur. Certains y voient une expression du puritanisme américain et de

⁹² Hon. W. H. BROWN, *The law of debtors and creditors*, part. VI, chapt. 16A, nov.2009, www.westlaw.com

« l'aveu public » délivrant le pêcheur⁹³. Les difficultés financières que peut rencontrer un entrepreneur ne sont pas dues, dans la plupart des cas, à l'incompétence du dirigeant de l'entreprise, mais à des causes externes à l'entreprise, telles un fournisseur ou un gros client en faillite. Ainsi, dans la majorité des réorganisations⁹⁴, le droit américain prévoit que la structure de direction de l'entreprise conserve le pouvoir de gestion et d'administration de cette dernière. Le *debtor in bonis* devient *debtor in possession*⁹⁵. Certains auteurs⁹⁶ justifient ce passage par un changement de statut du débiteur. La nouvelle identité du débiteur devenu *debtor in possession* justifierait les nouveaux droits et devoirs affectés à ce dernier.

L'ouverture d'une procédure du Chapitre 11 confie au débiteur de nombreuses prérogatives. Il conserve les fonctions qu'il avait précédemment, soit la direction de l'entreprise, et accomplit les actes d'administration et de gestion habituels. Il gère les contrats en cours et décide de leur résiliation ou de leur continuité. Il peut également vendre, louer ou simplement utiliser librement les biens de l'entreprise comme il le faisait avant l'ouverture d'une procédure du Chapitre 11. En plus de ces pouvoirs de dirigeant, le débiteur se voit confier les missions dévolues normalement au syndic de la faillite, le *trustee*⁹⁷, si un tel organe d'administration est nommé par le tribunal⁹⁸. Les missions de ce dernier sont définies dans le Code⁹⁹. Elles concernent notamment la représentation des biens composant l'actif sujet à la faillite regroupés dans une masse, la masse de la faillite sous forme de trust¹⁰⁰. Le débiteur se voit ainsi confier la représentation de la masse de la faillite, ce qui le rend comptable de tous les biens concernés par la faillite, qu'il doit administrer et gérer de manière à en augmenter la valeur. Le débiteur devient également, de ce fait, représentant des intérêts de ceux qui détiennent un droit de gage sur les biens de la faillite. Il doit valoriser les biens afin d'augmenter les dividendes des créanciers. La procédure américaine responsabilise de manière importante le débiteur.

⁹³ R. DOLE, « Le cauchemar américain : Essai pamphlétaire sur les vestiges du puritanisme dans la mentalité américaine actuelle », v/b éditeur, (Québec) Canada, 1996

⁹⁴ Chapitre 11 du Code fédéral des États-Unis

⁹⁵ 11U.S.C. 1101 (1)

⁹⁶ M. TANGER, *Supra* note 67, p.85; COUNTRYMAN, « Executory Contracts in Bankruptcy », *Minnesota Law Review*, vol.57, 1973, p.439. De même, la jurisprudence a adopté l'idée de la naissance d'une nouvelle personne légale : *Kevin Steel* 519 F.2d 698 (2d Circuit 1975)

⁹⁷ Pour la définition du *trust*, G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Quadrige/ PUF, 4^e éd., 2003

⁹⁸ 11 U.S.C. 321 et s.

⁹⁹ 11 U.S.C. 1107

¹⁰⁰ 11 U.S.C. 323(a)

Cependant, ses prérogatives ne sont pas illimitées. « Si le débiteur continue à assumer la gestion courante, les opérations qui ne se situent pas dans « le cadre ordinaire des affaires ne peuvent être conclues qu'avec l'assentiment du tribunal, après que les créanciers [aient] été entendus. »¹⁰¹. De plus, le débiteur exerçant les fonctions d'un *trustee* est tenu aux *fiduciary duties*, les obligations fiduciaires¹⁰². Ces obligations regroupent, entre autres, l'obligation de précaution et de loyauté dans les affaires et l'obligation d'agir en bon père de famille envers les biens placés dans le *trust*, dans l'intérêt collectif de tous les créanciers, comme l'aurait fait un *trustee* neutre. En cas du non-respect de ces obligations, la responsabilité du dirigeant peut être engagée. Cependant, il existe un courant jurisprudentiel en faveur des débiteurs. Les tribunaux sont plus indulgents envers le *debtor in possession* qu'à l'encontre d'un *trustee*¹⁰³. Cette indulgence est motivée par la volonté d'encourager les entrepreneurs, sans craindre la lourdeur des obligations fiduciaires, à demander l'ouverture d'une procédure¹⁰⁴. Ainsi, le *debtor in possession* est responsable qu'en cas de fraude, d'illégalité, d'agissement dans son unique intérêt ou encore d'une négligence lourde. La simple négligence n'est pas retenue à l'encontre du *debtor in possession*, contrairement à un *trustee*.

Dans l'accomplissement de ses fonctions, le *debtor in possession* fait l'objet de plusieurs contrôles. Le *United States Trustee (US Trustee)*, l'équivalent du Ministère Public français, s'assure que le débiteur respecte l'ordre public et l'intérêt collectif des créanciers. De même, les comités des créanciers, les *creditors'committees*¹⁰⁵, représentant les intérêts d'une catégorie de créanciers, contrôlent que le débiteur n'agit pas à leur encontre. Enfin, la surveillance du débiteur peut être exercée par un *examiner*, ou inspecteur, dont la mission est de contrôler les actes du débiteur et d'accomplir les actes que le débiteur n'a pas le droit de faire. La mission de l'*examiner* est semblable à la mission de surveillance de l'administrateur sous la loi française de 1985.

En cas d'abus de la part du débiteur, le tribunal peut décider la nomination d'un *trustee*. La

¹⁰¹ Sénat , « La sauvegarde des entreprises en difficulté », Étude de législation comparée n° 135, juin 2004 www.senat.fr

¹⁰² J. T. ROACHE, « The fiduciary obligations of a debtor in possession », *University of Illinois law review*, 133, 1993

¹⁰³ Le *debtor in possession* est responsable selon le *corporate fiduciary standard* alors que le *trustee* l'est selon le *common law trustee standard*, *supra* John, T. Roache, « The fiduciary obligations of a debtor in possession », *University of Illinois law review*, 133, 1993

¹⁰⁴ *Affaire Schipper* 109 B.R. 832 (Bankr.N.D.Ill.1989)

¹⁰⁵ Les *creditors' committee* américains ne sont pas à confondre avec les comités de créanciers français. Cf. II.A.1 pour plus d'information sur la distinction des deux notions

section 1104 (a)(1) du titre 11 du Code fédéral américain prévoit que le tribunal peut désigner à n'importe quel moment de la procédure un « *trustee* », afin d'exercer les pouvoirs que le débiteur s'est vu interdit d'accomplir, dans des cas très stricts. Il s'agit de la fraude, la malhonnêteté, l'incompétence ou la mauvaise gestion des affaires du débiteur. Une telle demande peut être faite par toute partie intéressée ou le *US Trustee*, à condition de démontrer l'une de ces situations.

Outre la marque de confiance démontrée par la notion du *debtor in possession*, le fait de laisser le débiteur à la tête de l'entreprise a plusieurs avantages. Le premier avantage est la continuité de la gestion de l'entreprise. Cela ne fait nul doute, le débiteur est le plus apte à poursuivre les affaires de l'entreprise, que ce soit pour sa connaissance du milieu ou dans le but d'une continuité envers les créanciers. Le deuxième avantage est financier. Recourir à un *trustee* représente un coût important. Non seulement la rémunération de ce dernier est importante, mais aussi car le temps qu'il passera à s'adapter à l'entreprise et à comprendre son mode de fonctionnement sera du temps en moins dévoué au sauvetage de l'entreprise et l'éventuelle perte d'actifs disponibles. Ensuite un autre attrait du *debtor in possession* est l'intérêt financier qu'a le débiteur à la réorganisation de son entreprise. Et enfin, un dernier avantage non négligeable est l'encouragement certain pour les débiteurs à recourir au Chapitre 11. L'absence de crainte de voir ses prérogatives abandonnées au profit d'un *trustee* est un élément majeur pour un débiteur ayant le choix entre ouvrir ou non une procédure sous le Chapitre 11. A défaut du statut de *debtor in possession*, le débiteur serait tenté de conserver ses pouvoirs le plus longtemps possible jusqu'à un point où la liquidation serait inévitable, comme cela était le cas malheureusement sous le droit français.

Le statut du *debtor in possession* est très attractif pour les débiteurs. Les multiples avantages du *debtor in possession* américain rendent le concept intéressant et ont motivé l'influence du droit américain sur le droit français.

2. Le débiteur français sur les traces du *debtor in possession*

L'influence du *debtor in possession* du droit américain est définitivement présente dans la réforme de 2005 et notamment dans la procédure de sauvegarde où « l'administration de l'entreprise est assurée par son dirigeant »¹⁰⁶. Un administrateur judiciaire peut être

¹⁰⁶ Art. L.622-1 I. c. com.

nommé¹⁰⁷ mais il ne s'agit plus d'un dessaisissement. Les réformes de 2005 et de 2008 ont ainsi fortement accru les prérogatives du débiteur en matière de gestion de l'entreprise en difficulté.

A l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, le débiteur conserve en principe ses pouvoirs, sous réserve de ceux conférés à l'administrateur par le tribunal ou appartenant à la compétence exclusive d'organes judiciaires¹⁰⁸. Mais la présence de l'administrateur n'obstrue pas la participation du débiteur. La mission de l'administrateur judiciaire, dans le cadre d'une procédure de sauvegarde et uniquement pendant la période d'observation, se limite à surveiller ou assister le débiteur dans l'administration de l'entreprise¹⁰⁹. Le rôle de l'administrateur n'est pas d'aller à l'encontre du débiteur mais de lui montrer le droit chemin pour qu'en cas de sauvetage de son entreprise, celui-ci ne fasse pas les mêmes erreurs que dans le passé. Le débiteur et l'administrateur forment un duo. Le débiteur est indispensable à la sauvegarde de l'entreprise. Il est le seul à connaître « la réalité du fonctionnement de l'entreprise »¹¹⁰. Le législateur l'a bien compris. « Sans le concours du débiteur, point de sauvegarde »¹¹¹. La relation administrateur - débiteur doit donc reposer sur la confiance. Dans ce but, le Code de commerce permet au débiteur de « proposer un administrateur judiciaire à la désignation du tribunal »¹¹². Le débiteur, en collaboration avec l'administrateur, demeure ainsi l'organe de décision de l'entreprise en difficulté en matière d'administration et de gestion. L'ordonnance du 18 décembre 2008 est venue confirmer cette position assurant aux dirigeants de l'entreprise en difficulté leur maintien à la tête de

¹⁰⁷ Dans la plupart des cas, un ou plusieurs administrateurs sont désignés par le tribunal. Un administrateur peut « toutefois » ne pas être nommé dans les cas d'une procédure ouverte à l'encontre d'une entreprise dont certains seuils sont inférieurs à ceux précisés par décret en conseil d'Etat. Dans les cas où un administrateur ne serait pas nommé, le débiteur n'agit pourtant pas seul. Tout comme en droit américain, il est soumis à des contrôles. Le mandataire judiciaire, le juge commissaire, le tribunal, voire l'expert nommé par le tribunal pour assister le débiteur dans l'élaboration du plan vont le contrôler, et ce de manière plus poussée que l'administrateur dans une procédure normale. Le mandataire doit donner un « avis conforme » à la décision du débiteur de poursuivre les contrats en cours.

¹⁰⁸ L'accomplissement de certains actes demeure de la compétence exclusive des organes judiciaires. Ainsi le sort des contrats en cours relève de la seule compétence de l'administrateur. Les propositions de règlement du passif du débiteur sont contrôlées par le couple juge-commissaire et mandataire judiciaire. Et il revient au juge-commissaire de fixer le montant de l'augmentation de capital proposée à l'assemblée pour reconstituer les capitaux propres. Le ministère public se voit attribuer de nouvelles compétences afin de contrôler une certaine liberté offerte au débiteur (art. L627-3 c. com).

Le juge-commissaire peut également être saisi par tout intéressé ou le Ministère Public en vue de demander l'annulation d'un acte pris par le débiteur (art. L.627-2 c. com).

¹⁰⁹ Art. L.622-1 II c. com.

¹¹⁰ E. GALL-HENG, « Les acteurs des procédures, nouvelles règles de désignation, nouveaux pouvoirs du débiteur », *Revue Lamy droit des affaires*, n°39, juin 2009, p.75

¹¹¹ M. JEANTIN ET P. LE CANNU, *Supra* note 91, p.223

¹¹² Art. L.621-4, al.4 c.com

l'entreprise. La disposition selon laquelle le Ministère Public pouvait demander que l'adoption du plan par le tribunal soit subordonnée au remplacement d'un ou plusieurs dirigeants est abrogée. Les organes décisionnels de l'entreprise demeurent en place pendant et à la suite de la procédure.

Au sein de ce duo, le débiteur détient de nombreuses prérogatives. Elles lui permettent d'assurer la continuité de l'activité et de garantir un avenir à l'entreprise. Ainsi, le débiteur peut accomplir seul « sur son patrimoine tous les actes d'administration et de disposition qui ne sont pas compris dans la mission de l'administrateur »¹¹³ dont les actes de gestion courante¹¹⁴. Le débiteur se voit également confier l'inventaire de ses créanciers et dettes¹¹⁵. Avec l'autorisation du juge-commissaire, le débiteur peut être autorisé à faire un acte de disposition étranger à la gestion courante de l'entreprise, consentir une hypothèque, un gage ou un nantissement ou encore payer des créances antérieures, lever une option d'achat d'un contrat de crédit-bail, retirer un gage si cela « est justifié par la poursuite de l'activité »¹¹⁶. Enfin, l'ordonnance de 2008 confie au débiteur l'exclusivité quant à la décision de la cessation partielle de l'activité de son entreprise et permet au débiteur de demander la conversion d'une procédure de sauvegarde vouée à l'échec en redressement judiciaire, sans avoir à démontrer l'état de cessation des paiements¹¹⁷. Ce dernier point est loin d'être négligeable pour le débiteur. Outre la crainte de perdre la gestion de l'entreprise, le débiteur cherche à éviter par tout moyen la liquidation de son entreprise. La réforme de 2005 permettait au débiteur, entre autres, de demander la conversion d'une procédure de sauvegarde en redressement judiciaire si les conditions d'ouverture de ce dernier étaient remplies, dont l'état de cessation des paiements depuis moins de quarante-cinq jours. La notion étant abstraite, la preuve pouvait s'avérer difficile à apporter. Ce passage facilité entre les deux procédures de réorganisation françaises démontre une véritable volonté du législateur de favoriser le sauvetage de l'entreprise à sa liquidation. Les éléments apportés par la réforme de 2008 permettent au débiteur de demeurer l'organe décisionnel en matière de gestion pendant et jusqu'à la fin de la période d'observation. La réforme de 2008 efface les lacunes de la loi de 2005 et confirme que, dans le cadre d'une procédure de sauvegarde,

¹¹³ Art. L.622-3 c. com.

¹¹⁴ Cass. com. 11 juin 1996: *BRDA* 1996, n°15/16, p.7; L'interprétation de la notion d'actes de gestion courante dépend naturellement de la nature de l'activité du débiteur et des usages du commerce

¹¹⁵ avec une certification du commissaire aux comptes et une attestation de l'expert-comptable; art. L.622-6 c. com.

¹¹⁶ Art. L.622-7 c. com.

¹¹⁷ Art. L.622-10 c. com.

« le chef d'entreprise restera maître de sa gestion »¹¹⁸.

La nouvelle perception du débiteur apportée par les réformes de 2005 et 2008 met fin à l'image d'un débiteur incompetent, nécessitant le recours du tribunal pour assumer la gestion de son entreprise. Tout comme le *debtor in possession* du droit américain, le débiteur devient une personne responsable et capable de participer au sauvetage de son entreprise. Les législations américaines et françaises partagent désormais l'idée que les difficultés du débiteur ne montrent pas son incompetence mais un besoin d'être suivi. Le droit français souhaite faire confiance, tout comme le droit américain, au débiteur *in bonis* encourageant son initiative. Cette confiance se retrouve aussi au cours de l'élaboration du plan.

B. Au cours de l'élaboration du plan

La notion de plan apparaît aux États-Unis dès 1934 avec l'adoption du Chandler Act, instaurant la réorganisation¹¹⁹. Et depuis l'élaboration d'un plan est la finalité du Chapitre 11 du Code fédéral américain. Le plan fait son apparition en droit français en 1967¹²⁰ et devient l'objectif principal du droit français des entreprises en difficulté. Le législateur en a fait « l'instrument de sa politique économique et social nationale et régionale »¹²¹. Cette tendance s'est poursuivie sous la loi de 1985, pour devenir au cœur de la réforme de 2005 relative à la sauvegarde des entreprises. L'accent est en effet mis sur les procédures de réorganisation mettant en œuvre l'élaboration de plan. En matière de redressement judiciaire, l'administrateur est chargé de la rédaction du plan « avec le concours du débiteur »¹²² alors que dans le cadre d'une sauvegarde, à l'image du Chapitre 11, la prérogative revient au débiteur « avec le concours de l'administrateur »¹²³. Nous ne pencherons donc, dans cette partie, que sur l'étude de l'influence du droit américain sur l'élaboration du plan de sauvegarde.

En droit américain et en droit français, l'élaboration d'un plan est essentielle au sauvetage

¹¹⁸ H. D. AMENGUAL, « Projet de loi de sauvegarde des entreprises anticiper pour restructurer », *Décideurs : Stratégie, finance et droit*, n°65, 15 mai-15 juin 2005, p.75

¹¹⁹ ancienne section 77 (B) du Code fédéral

¹²⁰ La notion de plan date de l'ordonnance n° 67-820 du 23 septembre 1967 relatif à la suspension provisoire des poursuites.

¹²¹ M. BLONDEL, *Le plan, dans Faillites, Liquidation des biens, Règlement judiciaire, Faillite personnelle, Banqueroute*, sous la dir. RODIERRE, Dalloz, 1970, p.379 n°15

¹²² Art. L.631-19 c. com.

¹²³ Art. L.626-2 c. com.

de l'entreprise. La procédure de sauvegarde reprend de nombreux principes du droit américain (1). Le droit américain et le droit français se rallient pour défendre le fait que le débiteur est « le maître du plan et de son contenu »¹²⁴(2).

1. Débiteur, l'exclusivité pour l'élaboration du plan

Le principe retenu par le Chapitre 11 et la procédure de sauvegarde est l'élaboration du plan par le débiteur. La section 1121(a), (b) du Code fédéral des États-Unis prévoit que lorsque le débiteur est en possession, lui seul est autorisé à proposer un plan de réorganisation de son entreprise. L'article L.626-2 du Code de commerce quant à lui dispose que le débiteur est à l'origine de la proposition du plan. Le rapprochement des deux droits ne fait nul doute. Il serait intéressant d'étudier cette exclusivité dans les deux droits pour mettre l'accent sur leurs similitudes.

D'après le Chapitre 11, l'exclusivité pour l'élaboration du plan appartient au débiteur dans l'hypothèse où un *trustee* ne serait pas nommé. Sous l'ancien Chapitre 11¹²⁵, l'allocation de ce droit exclusif pouvait se révéler dramatique pour les créanciers. L'exclusivité ne connaissait pas de limites dans le temps. Le débiteur jouissait d'un pouvoir absolu sur le devenir de l'entreprise et donc sur celui des créanciers.

Cet important déséquilibre a été réparé par le nouveau Chapitre 11 qui prévoit que le débiteur a 120 jours pour élaborer le plan dans une procédure normale et 100 jours dans une procédure simplifiée¹²⁶, procédure réservée aux entreprises de petite taille ayant opté pour ce type de procédure. Ces délais brefs pourraient constituer un idéal pour le législateur mais ils peuvent également être considérés trop courts pour permettre la maturation d'un projet. Le droit américain autorise ainsi un renouvellement de la période. La demande doit être motivée, motivation que les juges acceptent facilement. L'octroi des extensions ne repose sur aucun critère précis, les juges se rapportant aux simples allégations du débiteur. Ils se contentent parfois d'apprendre du débiteur que le renouvellement du délai exclusif facilitera la préservation des actifs ou conduira au succès de la réorganisation. Antérieurement à la réforme du droit de la faillite en 2005, la période renouvelée n'était pas limitée. Certaines procédures ont ainsi eu une période d'exclusivité

¹²⁴ PH. ROUSSEL-GALLE, *Réforme du droit des entreprises en difficulté, de la théorie à la pratique*, Litec, 2ème éd., 2007, p. 653

¹²⁵ Antérieurement à la loi réforme de 1978 – *Bankruptcy Reform Act*

¹²⁶ Procédure dite « *fast track Chapter 11* » instaurée par la réforme de 1994, section 1121 (e) (1)

qui a duré des années¹²⁷. La réforme est venue corriger ce point et précise que l'exclusivité du débiteur de déposer un plan est désormais limitée à 18 mois après l'ouverture de la procédure¹²⁸.

Afin de limiter d'éventuels abus, les créanciers ont la possibilité de s'opposer à la demande du débiteur de renouveler la période d'exclusivité ou de demander la réduction du délai initialement accordé au débiteur. Leur demande doit être motivée. Cette motivation peut relater un déclin de la valeur des actifs ou simplement une mauvaise gestion. Dans ce cas, le tribunal acceptera la demande des créanciers. Il le fera également s'il constate que les créanciers s'opposeront de toute façon à un plan émanant du débiteur.

Cette période d'exclusivité se termine donc soit par la proposition de plan remise aux créanciers, soit par la fin de la période d'exclusivité, ou encore soit par l'éviction du débiteur au profit d'un trustee. Lorsque le débiteur perd son exclusivité ou est évincé, d'autres personnes que lui sont habilités à faire des propositions. Il s'agit de toute personne intéressée¹²⁹. Le débiteur peut ainsi également proposer un autre plan prenant en compte, cette fois, les remarques issues de son premier projet.

Les offres concurrentes à la proposition du débiteur sont rares du fait de l'existence de nombreux obstacles à ces dernières. Tout d'abord, si le *debtor in possession* propose un projet de plan, une offre concurrente ne sera étudiée qu'une fois le plan émanant du débiteur rejeté par les créanciers. Une fois le projet de plan élaboré, le débiteur se voit accordé 60 jours de plus pour le faire voter par les créanciers et en obtenir l'homologation¹³⁰. Les offres concurrentes seront ainsi considérées que deux mois après la proposition du débiteur rejetée. Le débiteur a de ce fait une longueur d'avance sur tout concurrent éventuel, repreneur extérieur ou créancier. De plus, cette exclusivité s'accompagne en général d'une rétention des informations financières et économiques relatives à l'entreprise, ce qui limite en conséquence l'éventualité d'une contre-proposition. Les créanciers, et notamment les créanciers chirographaires, démunis d'alternatives doivent considérés avec sérieux, voire gravité les propositions du débiteur. Certains auteurs¹³¹ voient en cette pratique l'absence d'alternative à la proposition du débiteur. Le droit américain en favorisant le débiteur ne recherche pas la meilleure solution pour l'entreprise.

¹²⁷ 6 ans, *Affaire Perkins*, 71 B.R. 294 (Bankr.W.D.Tenn.1987)

¹²⁸ 11 U.S.C. 1121(d)(2)(A)

¹²⁹ 11 U.S.C. 1121 (c)

¹³⁰ 11 U.S.C. 1121 (b), (c) 6 mois dans un régime normal ou 5 mois et demi pour une procédure simplifiée.

¹³¹ M. TANGER, *Supra* note 67, p.373

Et enfin, l'absence de délai pour déposer les offres pose un réel problème. Trouver un éventuel repreneur dans de telles circonstances peut s'avérer difficile.

Dans les procédures où le débiteur est dessaisi en faveur d'un *trustee*, ce dernier n'a pas le droit d'exclusivité. Ce droit est propre au *debtor in possession*. Toute partie peut ainsi proposer son propre projet de plan. Il peut s'agir du *trustee*, d'un comité de créanciers, ou d'un comité des actionnaires, un créancier ou un actionnaire pris individuellement. Le débiteur évincé, en tant que partie intéressée, peut également proposer un plan. Dans ce dernier cas, l'homologation reposera sur des critères renforcés¹³².

En droit français, l'influence du droit américain quant à l'élaboration du plan se retrouve dans le cadre de la procédure de sauvegarde. En effet, en matière de redressement judiciaire et antérieurement à la création de la procédure de sauvegarde en droit français, l'élaboration du plan revient à l'administrateur « avec le concours du débiteur »¹³³. A l'inverse, et tel qu'existant en droit américain, l'initiative du plan de sauvegarde appartient en principe au débiteur. L'article L.626-2 du Code de commerce prévoit que « le débiteur, avec le concours de l'administrateur, propose un plan ». Le débiteur formule les mesures qu'il souhaite inclure dans le projet qu'il va proposer à ses partenaires. Elles seront intégrées, par la suite, dans le projet de plan établi par le débiteur avec le concours de l'administrateur.

Sous l'égide de la loi de 1985, le rôle du débiteur dans l'élaboration du plan n'était pas précis. Le plan était établi par l'administrateur et déposé au greffe par le débiteur. Le rôle du débiteur semblait être limité au dépôt, situation lourdement critiquée par la doctrine. Ces remarques ont inspiré le législateur rendant le rôle du débiteur plus clair. En effet, l'ordonnance de 2008 complète le code de commerce de 2005¹³⁴ désignant un seul auteur au plan : le débiteur. Son rôle est interactif. Il agit avec le concours de l'administrateur dont les prérogatives en la matière se voient baissées.

Aujourd'hui « le mandataire n'est plus l'acteur principal; il a toutefois conservé le second rôle »¹³⁵. Il joue le rôle d'intermédiaire. D'après l'article L.626-8, les représentants du personnel et le mandataire judiciaire sont informés et consultés sur les mesures que le

¹³² Règle de l'*absolute priority*, selon laquelle les propriétaires de l'entreprise ne peuvent se voir octroyer ou conserver un intérêt, tant que les créanciers ne sont pas suffisamment désintéressés.

¹³³ Art. L.631-19 c. com.

¹³⁴ Ancien art. L.621-1 c. com.

¹³⁵ C. LEBEL, « Les plans de sauvegarde et de redressement dans l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *GP*, 7 mars 2009, n°66, p.46

débiteur envisage de proposer dans le projet de plan. Il semblerait que l'administrateur n'intervienne pas à ce stade de l'élaboration, la tâche revient au débiteur seul¹³⁶. L'alinéa 2 de l'article L.626-8 précise que ces intervenants, ainsi que les contrôleurs, seront à nouveau consultés par l'administrateur judiciaire. Cette consultation sera complétée le cas échéant de ses observations. Le débiteur possède ainsi une exclusivité quant à l'initiative des propositions constitutives du projet de plan.

La réforme de 2008 est allée encore plus loin en confiant aux créanciers membre d'un comité la possibilité de soumettre des propositions au débiteur et à l'administrateur en vue d'élaborer un projet de plan¹³⁷. En cas de procédure de sauvegarde, contrairement à la procédure de redressement judiciaire où la gestion est confiée à l'administrateur, la procédure de proposition s'apparente à un véritable « procédé de filtrage »¹³⁸. Les propositions sont transmises par le créancier au débiteur et à l'administrateur. Il revient alors au débiteur, « avec le concours de l'administrateur », d'apprécier s'il y a lieu de soumettre les propositions au comité. « Le débiteur reste donc maître du plan »¹³⁹. Cette différence entre les deux procédures de réorganisation a pour conséquence de renforcer l'attractivité de la sauvegarde, le débiteur demeurant maître du contenu du plan.

Cependant, le droit français comme le droit américain a posé une limite à cette exclusivité. Elle est en effet limitée temporellement à la période d'observation¹⁴⁰, période qui peut durer au maximum six mois¹⁴¹. Cette période peut être renouvelée une fois à la demande de l'administrateur, du débiteur ou du Ministère public, et exclusivement prolongée à la demande du procureur de la République pour une durée maximum de six mois¹⁴² contre 20 mois antérieurement à la réforme¹⁴³. Le projet de plan sera déposé dans une période de 12 mois contre 18 mois en droit américain. Cette limitation des délais a comme objectif de renforcer l'efficacité de la procédure. Or, bien que la période d'observation semble délimiter le délai imparti au débiteur pour proposer un plan, « ni le dépassement des délais de la période d'observation, ni sa prolongation exceptionnelle en l'absence de demande du

¹³⁶ *ibid*

¹³⁷ Art. L.626-30-2 c.com.

¹³⁸ A. LIENHARD, « Réforme du droit des entreprises en difficulté : présentation du décret du 12 février 2009 », *D.* 2009, p. 420

¹³⁹ R. DAMMANN et G. PODEUR, « Les enjeux de la réforme des comités des créanciers », *JCP E* 2009, p.2094

¹⁴⁰ Art. L.626-1 c. com.

¹⁴¹ 6 mois pour une procédure normale, 4 mois pour une procédure simplifiée

¹⁴² Art. L.621-3 C. com., Décr. N°2005-1677 du 28 déc. 2005, art.64.

¹⁴³ 20 mois en régime général (D.27 déc.1985 art.20) et de huit mois en régime simplifié (D.27 déc.1985 art.111)

procureur de la République »¹⁴⁴ ne sont sanctionnés par le code. La seule conséquence est que si le plan n'est pas remis dans les délais, la procédure continue mais sans les comités des créanciers. L'omission du débiteur entraîne la perte de participation à la procédure des créanciers¹⁴⁵. Cette pression mise sur le débiteur le permet de respecter les délais. Le débiteur n'a pas intérêt à perdre le support des créanciers, qui sont ses principaux clients. Outre cette pression, ne serait-il pas judicieux de prévoir une alternative en cas de défaut du débiteur? Cela pourrait être la conversion de la procédure en redressement judiciaire, ou encore étendre le champ des personnes habilitées à proposer un plan comme cela se fait aux États-Unis.

L'exclusivité du débiteur pour l'élaboration du plan est un principe bien protégé par les droits américain et français. Il l'est d'autant plus que le débiteur détient une grande liberté quant au contenu du plan qu'il proposera aux créanciers.

2. Débiteur, maître du contenu du plan

L'élaboration du plan et le choix de son contenu appartiennent au *debtor in possession* et désormais au débiteur français placé en procédure de sauvegarde. Les techniques disponibles pour le débiteur afin de sauver l'entreprise et désintéresser les créanciers sont nombreuses. Ainsi qu'il soit soumis à la loi américaine ou à la loi française, le débiteur peut proposer des délais ou remises de paiements, des cessions partielles ou globale des actifs, des redéploiements d'activités, conserver les biens de l'actif nécessaires à assurer la continuité de l'entreprise et le succès de la procédure¹⁴⁶ et peuvent prévoir la distribution des biens de l'actif à ceux qui y détiennent des droits. Le droit français précise également que le plan peut prévoir « lorsque le débiteur est une société par actions dont tous les actionnaires ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports, des conversions de créances en titres donnant ou pouvant donner accès au capital »¹⁴⁷. Cette dernière

¹⁴⁴ Cass. Com. 10 juin 2008, n° 07-17.043, *Recueil Dalloz* 2008 p. 1764

¹⁴⁵ L'Art. L.626-34 c. com. Ne fait référence qu'à l'absence ou le refus de vote de la part d'un des comités dans les six mois, ou si le tribunal n'a pas arrêté le plan. Le Code ne mentionne pas de manière directe le fait que le débiteur ne propose pas un plan dans les temps.

¹⁴⁶ 11 U.S.C.1123 (a) (5) (A)

¹⁴⁷ Art. L.626-30-2 c. com., Projet de loi 2010 (adopté en octobre 2010) : Notte, *Infra* note 582 : « Le projet de loi impose la consultation individuelle des créanciers sur les propositions de conversion des créances en titres donnant ou pouvant donner accès au capital (cette hypothèse existe déjà pour les comités de créanciers, C. com., art. L. 626-30-2, al. 2). Le mandataire doit impérativement recueillir, individuellement et par écrit, l'accord de chaque créancier. Le défaut de réponse, dans le délai de trente jours à compter de la réception de la lettre du mandataire judiciaire, vaut refus (C. com., art. L. 626-5, mod.). Il est prévu l'homologation de ces accords de conversion (C. com., art. L. 626-18, al. 2). Le tribunal doit contrôler que ces accords ne portent pas atteinte aux

possibilité apportée par l'ordonnance du 18 décembre 2008 est une solution existante aux Etats-Unis de manière courante¹⁴⁸ qui permet de faciliter le financement de l'entreprise. Cette solution a été mise en place à deux reprises en droit français¹⁴⁹. L'éventail de solutions offertes au débiteur est large. Cependant, cette liberté comme toutes les libertés connaît des limites. Dans l'hypothèse où la prérogative de l'élaboration du plan appartienne au débiteur¹⁵⁰, ces limites sont au nombre de trois : le respect des objectifs de la loi, le respect des intérêts des créanciers et la nécessaire confirmation du tribunal.

La première limite repose sur les objectifs de la loi. En effet, la liberté du débiteur ne doit pas aller à l'encontre des objectifs de la procédure. La liberté du débiteur français connaît ici une restriction beaucoup plus importante que celle du débiteur américain. Alors qu'en droit français, l'objectif de la procédure de sauvegarde est « destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif »¹⁵¹, le Code fédéral américain ne considère pas la survie de l'activité de l'entreprise comme une finalité essentielle de la procédure de réorganisation. Le droit américain recherche une solution conventionnelle sans imposer de solutions économiques. En France, le débiteur doit non seulement rechercher l'accord des créanciers mais également prévoir le sauvetage de l'entreprise. Il est ainsi prévu que le plan de sauvegarde se présente en trois parties: la réorganisation de l'entreprise, la traitement de l'emploi et l'apurement du passif¹⁵². Par cette conception de la procédure et donc du plan différente, le débiteur sous le Chapitre 11 détient plus de liberté relative au contenu du plan que le débiteur soumis à la procédure française de sauvegarde.

Ainsi, dans le cadre du Chapitre 11, il est possible pour le débiteur d'élaborer un simple plan de remboursement des dettes. En France, il a été décidé qu'un plan de continuation ne peut se résumer à de simples mesures d'apurement du passif¹⁵³. Le débiteur américain peut également prévoir sous l'égide du Chapitre 11 un plan de liquidation¹⁵⁴. Ce type de plan

intérêts des autres créanciers. Il doit également s'assurer que l'approbation des assemblées mentionnées à l'article L. 626-3, requise en cas de nécessité de modifier le capital, a bien été obtenue. »

¹⁴⁸ 11 U.S.C. 1123 (6)

¹⁴⁹ Affaire Autodistribution : TC Evry, 6 avril 2009 ; affaire Thomson : TC Nanterre, 17 fév. 2010

¹⁵⁰ Le jugement d'ouverture français ou une décision américaine peuvent désigner un administrateur ou un *trustee* avec une mission plus ou moins large. La liberté du débiteur s'arrête où commence la mission de l'organe d'administration.

¹⁵¹ Art. L.620-1 C. com.

¹⁵² Art. L.623-1, al.5 c. com.

¹⁵³ Cass. Com. 17 février 1998, *RJDA*, 6/98, n°769

¹⁵⁴ Deux sections du Chapitre 11 le prévoit: 11 U.S.C. s.1123 (a)(5): « la vente de tout ou partie des actifs grevés ou purgés des garanties ou la distribution des actifs entre ceux qui y détiennent des intérêts » et 11U.S.C.

émane dans la plupart des cas des créanciers privilégiés qui sont surs d'être satisfaits et cherchent à récupérer leur gage le plus vite possible. Une telle solution n'est pas possible en droit français où la liquidation est la procédure à éviter dans le cadre d'une procédure de sauvegarde. Toute conversion d'une procédure en liquidation judiciaire doit être démontrée par l'impossibilité de sauver l'entreprise¹⁵⁵. L'intérêt de contourner le passage par le Chapitre 7 du Titre 11 du Code fédéral relatif à la liquidation est d'éviter la nomination automatique d'un *trustee* qui peut se révéler fort onéreuse. Dans l'hypothèse d'un tel plan, les créanciers sont protégés. Ils votent le plan et le contrôle judiciaire s'exerce selon des critères précis. De même, en matière de cession, le plan américain peut prévoir des cessions globales ou partielles à un ou plusieurs repreneurs. Le texte prévoit, en effet, la possible transmission de tout ou partie des biens de la masse à une ou plusieurs entités¹⁵⁶. Le Code de la Faillite écarte les dispositions de droit commun susceptible de faire obstacle à une telle cession. Le cessionnaire et le bénéficiaire sont exonérés du paiement des droits et taxes perceptibles lors de cette transmission. En droit français, le plan de sauvegarde peut présenter des cessions partielles de biens ou d'activité, la cession de la majorité des titres de la société en difficulté mais ne peut être une cession totale de l'entreprise¹⁵⁷. Cette interdiction a pour but de rassurer le chef d'entreprise qu'au cours de la période de sauvetage de l'entreprise, personne ne pourra proposer une simple reprise de la société sans son accord¹⁵⁸. De plus, en cas de cession globale ou partielle des biens de la masse, le droit américain prévoit que l'acquéreur n'assume pas les obligations du vendeur, sauf acceptation expresse ou prévue par la doctrine dite de *successor liability*. Il s'agit notamment des cas lorsque la cession résulte d'une fusion ou d'une consolidation de

s.1123(b)(4): « la vente de tous ou presque de tous les actifs de la masse et la distribution des produits de cette vente entre les créanciers ».

Ce principe existait déjà en droit américain sous l'empire de l'ancien code en son Chapitre 10 relatif à la faillite des sociétés à capitaux publics, procédure proche du redressement judiciaire français sous la loi de 1985. La procédure était d'abord ouverte puis le syndic devait déterminer si une réorganisation était possible ou si la liquidation s'imposait. L'ancien chapitre 11 excluait cette possibilité. Dans la fusion des différents chapitres, le code a conservé cette faculté.

¹⁵⁵ Art. L.626-27 c.com

¹⁵⁶ 11 U.S.C. 1123 (a)(5)(B)

¹⁵⁷ Art.L.626-1 al.2 c com

Un plan de cession est cependant possible dans le cadre d'un redressement judiciaire (art. L.631-13 et L.631-22 c. com.)

¹⁵⁸ Proposition de T. Montéran: le plan de sauvegarde peut prévoir une cession totale de la société mais uniquement après « une décision de l'assemblée générale réunie à cette fin par l'administrateur, adoptée à la majorité requise pour les modifications statutaires », T. Montéran, « Pour améliorer le droit des entreprises en difficulté, osons la réforme », *G.P.* 23-24 janvier 2008, p.7

sociétés¹⁵⁹, lorsque l'acquéreur continue l'activité du vendeur ou si la transaction poursuivait un objectif frauduleux, tel que l'extinction des obligations. Cette solution alléchante pour les repreneurs n'est pas applicable en France où il existe le transfert de la charge des sûretés au cessionnaire¹⁶⁰.

La liberté du *debtor in possession* se poursuit en matière des contrats en cours où le débiteur est libre du sort de ces derniers (continuation, cession ou rupture des contrats en cours)¹⁶¹, et ce même au cours de la continuité de l'activité. En droit français, le sort des contrats en cours dépend de l'administrateur judiciaire, ce qui constitue une limite non négligeable au pouvoir de gestion du débiteur. Le droit américain prévoit aussi la liberté au débiteur de prévoir la distribution des biens de la masse aux créanciers détenant des droits sur ces biens ou leur donner un bien d'une valeur équivalente.

La deuxième limite est l'intérêt des créanciers. Le plan fait l'objet du vote des créanciers, qu'ils soient regroupés en comités ou en classes. Le débiteur prend en compte l'intérêt des créanciers afin qu'il accepte sa proposition de plan. Pour protéger les créanciers, le Code fédéral limite le montant des remises qui leur sont imposées. Le débiteur ne peut leur proposer de montants inférieurs à ce que les créanciers auraient perçus en cas de liquidation¹⁶². De plus, les droits américain et français prévoient que le sort de toutes les créances ou créanciers, qu'ils aient accepté ou rejeté le plan¹⁶³, ainsi que des garanties d'exécution¹⁶⁴, doit être prévu par le plan, qu'elles aient fait l'objet de négociations entre le débiteur et les créanciers ou dont les modalités de règlement sont imposées¹⁶⁵. Cela signifie, en droit américain, que le plan doit prévoir la répartition des créances au sein des classes et les modalités de règlement des créances pour chaque classe. Le droit français, quant à lui, prévoit que le plan détermine les personnes tenues d'exécuter le plan. La prise

¹⁵⁹ M. TANGER, *Supra* note 67, p.375

¹⁶⁰ Art. L.642-12 c. com.

¹⁶¹ 11 U.S.C.1123 (b)

¹⁶² On parle de *liquidating value*, dans le but de fixer un plancher à la réduction des droits des créanciers dont seuls ceux-ci sont habilités à autoriser le franchissement

¹⁶³ Art. L.626-10 c. com.

¹⁶⁴ Exemples: caution réelle d'un proche ou d'un conjoint ; cession forcée de droits sociaux – art. L. 826-4C. com. ; déclaration d'incessibilité des parts sociales

¹⁶⁵ 11 U.S.C. 1126(a) et 11 U.S.C. 1129(a)(9)). Ces créanciers ne sont pas considérés très importants dans l'élaboration du plan. Ils sont présumés réfractaires à toutes remises et délais. Ainsi la plupart des plans prévoient leur paiement total immédiat afin de ne pas perdre de temps. De plus, aux États-Unis, les créances administratives telles que les créances de la procédure et celles nées entre l'assignation par les créanciers et le jugement d'ouverture (*gap period*), et les créances fiscales chirographaires, sont considérées comme prioritaires. Ainsi, elles ne font l'objet d'aucun délai, et le paiement comptant est obligatoire. Le code requiert un traitement individuel de ces droits et impose leur paiement comptant, soit à la date d'entrée en vigueur du plan, soit par traite sur une période de six années pour le montant complet de la créance.

en considération de l'intérêt des créanciers par le débiteur est indispensable en vue du vote du plan et sera contrôlée par le tribunal lors du jugement arrêtant le plan.

La dernière limite à la liberté du débiteur quant à l'élaboration du plan est posée par les juridictions. Le tribunal compétent vérifiera en effet que les conditions de validation du plan sont remplies. Outre le respect à l'ordre public, le tribunal vérifie que le plan est dans la légalité et « viable ». En droit américain, le tribunal confirmera le plan que s'il présente les mesures les plus lucratives en vue d'assurer un bon niveau de remboursement des créanciers et des garanties suffisantes pour envisager la stabilité du plan pour l'avenir. Il vérifiera également le respect du principe de l' « *Absolute priority* »¹⁶⁶. D'après ce principe, une classe de créanciers peut se voir désintéressée que si les classes supérieures en matière de priorité sont elles-mêmes désintéressées. Le juge français va fonder sa décision sur d'autres critères. Le débiteur soumis à la loi française doit respecter les impératifs économiques énoncés par la loi et baser sa proposition de plan sur des critères plus lourds que ceux issus de la procédure du Chapitre 11. Le tribunal arrêtera le plan proposé s'il considère qu'il existe « une possibilité sérieuse pour l'entreprise d'être sauvegardée »¹⁶⁷. Le plan doit présenter des chances réelles de survie pour l'entreprise en difficulté. A défaut de tels éléments, le tribunal pourra convertir la procédure de redressement ou la procédure de sauvegarde en liquidation judiciaire. Le plan français doit être établi au vu d'un bilan économique, social et environnemental rédigé par le débiteur lui-même ou l'administrateur¹⁶⁸. Maître Maurice Picard, président du Conseil national des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires, énonce que le plan doit reposer sur trois thèmes en vue de son succès: la rapidité, la visibilité et la fiabilité. La fiabilité du

¹⁶⁶ 11 U.S.C. 1129(b)

Traditionnellement, les créances administratives sont généralement placées dans la classe payées en premier, puis suit une seconde classe composée de créances chirographaires dotées d'une priorité sur les autres créances chirographaires par une disposition du Code de la Faillite. Ces groupes sont ensuite suivis par un nombre de classes composées de créanciers dotés d'une sûreté sur un ou plusieurs biens personnels sur lesquels le débiteur possède un droit. Si le débiteur est un individu, la dernière classe sera généralement tous les créanciers chirographaires. Si le débiteur est une personne morale, la classe des créanciers chirographaires sera précédée d'une classe pour chaque type de droit revendiqué à l'encontre du débiteur. Tous les créanciers du débiteur sont ordonnés d'après cet ordre de priorité des paiements établi par la loi autre que celle de faillite applicable, telle que modifiée par les dispositions du Code de la faillite, en recevant la valeur de la distribution de la procédure de réorganisation du Chapitre 11. Une fois les classes de créances ordonnées selon l'ordre des priorités de paiement, l'*absolute priority* s'applique. Aucune classe dite junior n'est autorisée à recevoir, ou conserver un droit ou une créance, sur un bien de la masse de la faillite tant que toutes les classes dites senior n'aient recouvré le paiement en totalité, selon les termes de l'obligation original. La classe des créanciers ayant accepté le plan proposé renonce à l'application de son droit de priorité. [traduit par l'auteur] *West Law, Bankruptcy Handbook*

¹⁶⁷ Art. L.626-1 c. com.

¹⁶⁸ Art. L.626-2 c. com.

plan repose sur les qualités du diagnostic. Il en ressort la nécessité de travailler très en amont sur les éléments fondamentaux de l'entreprise, sur le plan comptable, sur le plan de la traduction de sa situation financière mais également sur le plan de sa capacité à survivre, à rembourser ses dettes et à assurer sa pérennité à travers des mesures de restructuration¹⁶⁹. Enfin, le tribunal américain comme le tribunal français vérifiera que le plan soit juste et équitable, ainsi que le principe d'égalité des créanciers est respecté, notamment en droit français où la classification des créanciers n'existe pas. Cette étape est importante, car une fois le plan confirmé, ce dernier prend force et s'impose aux créanciers, à tous les créanciers¹⁷⁰.

Malgré ces limites, les droits américain et français accordent au débiteur un pouvoir important dans l'élaboration du plan. L'avenir de son entreprise demeure ainsi entre les mains du débiteur. En vue de solidifier l'avenir de l'entreprise et d'encourager l'ouverture de procédures de réorganisation, le législateur français s'est inspiré du droit américain. Il adopte une nouvelle conception du débiteur, le déculpabilisant de son erreur et lui offre une seconde chance.

III. DECULPABILISATION DU DEBITEUR

Dans le but d'attirer le débiteur à prendre la voie des procédures collectives le plus tôt possible, le législateur adopte la conception américaine selon laquelle le débiteur est l'entrepreneur de demain. Le droit français considère de plus en plus le débiteur, tel que les droit anglo-saxons, comme une personne raisonnable¹⁷¹, tentant d'exécuter son obligation envers le créancier de bonne foi, dans la limite de ce que le créancier peut raisonnablement attendre. « Rompre sa promesse devient une pratique tolérée, une simple probabilité qui nourrit l'attente raisonnable »¹⁷². Les difficultés financières ne constituent plus l'échec de l'entreprise. Pour œuvrer vers cette déculpabilisation du débiteur, le législateur a allégé les sanctions pouvant aller à l'encontre du débiteur (A) et lui donne une seconde chance (B).

¹⁶⁹ Les III^è entretiens de la sauvegarde, les ateliers de la sauvegarde en mouvement, atelier 1: la restructuration de l'entreprise: l'élaboration du plan p.26

¹⁷⁰ Art. L.626-11 c. com.

¹⁷¹ J.- M. JUDE, *Supra* note 13, p.95

¹⁷² Ibid

A. Des sanctions limitées

La procédure de faillite du Chapitre 11 est considérée comme une protection offerte au débiteur malchanceux. Rares sont donc les sanctions prévues à l'encontre du dirigeant de l'entreprise pour son mauvais comportement (1). Le droit français est allé dans ce sens en assouplissant les sanctions que pouvaient subir les dirigeants de l'entreprise en difficulté (2).

1. L'absence de sanctions en droit américain

En droit américain, les sanctions du débiteur sont faibles et rares. La procédure de faillite est perçue comme une protection du débiteur et non comme une obligation.

Ainsi il n'existe pas de sanction directe à l'encontre du débiteur qui tarde à demander l'ouverture d'une procédure de faillite. La seule conséquence pourrait être la demande d'ouverture à l'initiative des créanciers et donc la nomination d'un *trustee* à la tête de l'entreprise. Cette nomination est une sanction sans vraiment l'être. Le débiteur qui prend l'initiative en vue d'ouvrir une procédure de réorganisation restera à la tête de son entreprise.

Lors de l'accomplissement de ses fonctions de *debtor in possession*, le débiteur tenu à des obligations fiduciaires pourra voir sa responsabilité engagée s'il ne les exécute pas. La section 521 (j) du Titre 11 du Code fédéral prévoit qu'en cas d'inexécution de certaines modalités telles que la remise de documents ou listes aux divers organes de la procédure, la demande d'ouverture d'une procédure de faillite du débiteur pourra être rejetée ou la procédure déjà ouverte convertie en liquidation.

Enfin le Code fédéral prévoit que les créances issues d'actes frauduleux, de tromperies ou utilisation de faux documents ne seront pas concernées par la décharge ou *discharge*, de même que pour les créances liées à un achat considéré de luxe d'une valeur de plus de 500 dollars fait dans les 90 jours avant l'ouverture de la procédure et les avances d'argent de plus de 750 dollars faites dans les 70 jours avant l'ouverture d'une procédure de faillite¹⁷³.

Il n'existe pas de « vraies » sanctions en droit américain de la faillite mais une privation de certains avantages de la procédure en cas d'actes répréhensibles. En droit français, cela est tout autre. Le législateur a conservé de multiples sanctions en vue d'éviter tout abus mais

¹⁷³ 11 U.S.C. 523

les a largement assouplies en vue de rendre les procédures de réorganisation françaises attractives.

2. L'assouplissement des sanctions en droit français

Le droit français a œuvré dans le sens d'une dépénalisation du droit des entreprises en difficulté à travers les multiples réformes¹⁷⁴. Dès 1889, la loi instaure la liquidation judiciaire pour le débiteur de bonne foi. Un décret de 1955 limite la sanction aux seuls débiteurs commerçants indignes et incapables. La loi de 1967 instaure la séparation du débiteur et de son entreprise, une procédure de redressement judiciaire pour les débiteurs présentant un concordat et la liquidation judiciaire pour les autres. De plus, la suspension des poursuites individuelles naît. La loi de 1985 s'inspire du modèle américain en créant le plan de redressement, et favorisant la poursuite de l'activité. La loi de 2005 marque un changement dans les objectifs poursuivis par le législateur. « Désormais, la priorité n'est plus à chercher à punir le commerçant qui a failli à sa parole, ni même concilier sanction du débiteur et paiement des créanciers : la mission première du législateur est de sauver l'entreprise débitrice et, si possible, de payer ses créanciers. »¹⁷⁵. Enfin la loi de 2005 se veut réaliste.

Le droit des procédures collectives n'est pas perçu comme une protection mais comme une obligation. Le débiteur connaissant des difficultés financières doit demander l'ouverture d'une procédure. L'abstention d'une telle demande sera condamnée civilement, voire pénalement, et tout acte allant à l'encontre de cette demande le sera également. Il s'agit des fautes et abus des dirigeants de l'entreprise ayant comme objectif de repousser l'ouverture d'une procédure collective. Ainsi la réforme de 2005 instaure un nouveau titre au livre VI, le titre V intitulé « Des responsabilités et des sanctions » et insère dans le code la notion de responsabilité du débiteur, absente dans les versions antérieures.

Sur le plan pénal, la loi de 2005 n'a pas opéré à de nombreuses innovations. Certains auteurs parlent même de « la non-réforme des sanctions pénales de la loi de sauvegarde des entreprises »¹⁷⁶. « Aucune pénalisation, aucune dépénalisation, aucune perfection, aucune rénovation, aucune simplification... La loi du 26 juillet 2005 semble bien avoir consacré la non-réforme des sanctions pénales ». Le délit de banqueroute, considéré comme une

¹⁷⁴ J.- L. VALLENS, *Supra* note 11

¹⁷⁵ A. BRUNET, *Supra* note 72, p.43

¹⁷⁶ C. ROBACZEWSKI, « La non-réforme des sanctions pénales de la loi de sauvegarde des entreprises », *GP* 9-10 sept. 2005, p.48

sanction grave, n'a subi aucune amélioration mais un élargissement de son champ d'application. Désormais par renvoi toute personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante est concernée par ce délit¹⁷⁷. Les réformes de 2005 et de 2008 n'apportent pas de véritables innovations mais une cohésion entre les sanctions pénales et civiles afin de poursuivre les avancées vers la dépénalisation du droit des affaires entamée par la loi du 14 décembre 1985. « Il ne s'agit pas de dépénaliser mais de mieux pénaliser. Il ne s'agit pas de déresponsabiliser mais d'anticiper les responsabilités » conclut le rapport Coulon¹⁷⁸. Ainsi, en vue d'éviter les doubles peines, le principe selon lequel le pénal prévaut sur le civil connaît désormais une exception en droit des procédures collectives. L'article L.654-6 du Code de commerce prévoit l'interdiction à la juridiction pénale de condamner le débiteur coupable de banqueroute à une peine complémentaire de faillite personnelle ou d'interdiction de gérer lorsque cette sanction a déjà été prononcée définitivement par la juridiction civile ou commerciale, « à l'occasion des mêmes faits »¹⁷⁹.

Les modifications les plus importantes sont relatives au domaine civil. En matière de sanctions civiles et pécuniaires¹⁸⁰, le législateur a souhaité établir une distinction très nette entre les dirigeants malhonnêtes et ceux dont l'honnêteté n'est pas en cause. Ces derniers se verront appliquer un régime de sanctions allégé.

L'action en responsabilité pour insuffisance d'actif a connu plusieurs modifications¹⁸¹. Limitée par la loi de 2005 au cas de liquidation judiciaire résultant de la résolution du plan de sauvegarde ou de redressement, l'ordonnance de 2008, dans le but de rendre les procédures de réorganisation attractives, élargit son champ d'application au redressement judiciaire. Désormais, le dirigeant pourra être poursuivi pour faute de gestion ayant entraîné une insuffisance d'actif dans tous les cas où une liquidation judiciaire est ouverte. Par ailleurs, l'ordonnance vient préciser un point en excluant des créanciers bénéficiaires de la répartition les dirigeants condamnés à combler l'insuffisance d'actif. « le fautif ne

¹⁷⁷ Art. L.654-1 c. com.

¹⁷⁸ Rapport remis le 20 février 2008 au garde des sceaux, groupe de travail présidé par Jean-Marie Coulon sur <http://www.justice.gouv.fr/index.php?rubrique=10047&ssrubrique=10049&article=14178>

¹⁷⁹ Apport de l'ord. 18 déc. 2008 consacrant une jurisprudence antérieure: Cass. crim. 31 oct. 2007, D. 2007. AJ. 3074, obs. Lienhard, et 2008. Pan. 1579, obs. Mascala ; Rev. sociétés 2008. 165, obs. Matsopoulou ; RTD com. 2008. 434, obs. Boulloc ; AJ pénal 2008. 141, obs. M.-E. C.

¹⁸⁰ T. MONTERAN, « Les sanctions pécuniaires et personnelles dans la loi du 26 juillet 2005, GP 9-10 septembre 2005, p.37

¹⁸¹ Art. L.651-1 et s. c. com.

peut pas récupérer une partie de la somme qu'il a versée au titre de sa condamnation ! »¹⁸².

La loi du 26 juillet 2005 supprime également toute possibilité de prononcer une procédure collective à titre de sanction. Le législateur a en effet jugé inconcevable qu'une telle mesure puisse être prononcée à l'égard d'une entreprise économiquement saine. La loi de 2005 remplace ainsi le redressement judiciaire en tant que sanction par une "obligation aux dettes sociales", prévue à l'article L. 652-1 du Code de commerce, qui est limitée aux procédures de liquidation judiciaire. Cette sanction impose au dirigeant de l'entreprise, ayant commis certaines fautes graves énumérées par la loi, d'assumer une partie ou la totalité des dettes de la personne morale. La réforme de 2005 a supprimé la possibilité de prononcer l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire à titre de sanction à l'encontre du dirigeant social fautif d'une personne morale soumise à une procédure collective, en la remplaçant par une obligation nouvelle aux dettes sociales, qui prenait effet à compter du 1^{er} janvier 2006 mais également celles ouvertes avant la mise en vigueur de la nouvelle loi. L'effet pervers rencontré par cette disposition d'application immédiate est l'incitation des dirigeants d'une personne morale frappée de l'ouverture d'une procédure collective avant 2006 de faire appel de la décision les sanctionnant¹⁸³. L'ordonnance de 2008 va encore plus loin en abrogeant les articles relatifs à l'obligation aux dettes sociales, considérée comme très proche de la faillite personnelle. Selon les termes mêmes du rapport au président de la République, « la pratique a démontré depuis 2006 que cette action faisait double emploi avec l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif ». L'article relatif à la faillite personnelle est ainsi complété pour reprendre les cas de l'action de l'obligation aux dettes sociales. Cette disposition lève une menace pour les dirigeants, qui seront moins réticents à l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de leur entreprise.

La faillite personnelle et de l'interdiction de gérer a connu des modifications afin d'« assainir le monde des affaires et éliminer le débiteur sanctionné de son milieu professionnel »¹⁸⁴. L'ancien texte prévoyait une durée minimum de cinq ans, ce qui rendaient les juges récalcitrant à une telle condamnation. Désormais, la seule limite est la

¹⁸² A. LIENHARD, « Réforme du droit des entreprises en difficulté: présentation de l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *Dalloz*, 2009, p.110

¹⁸³ A. MARTIN-SERF ET J.- L. VALLENS "Les « effets pervers » de la loi de sauvegarde », *RTD Com.* 2007 p.609.

¹⁸⁴ T. MONTERAN, *Supra* note 180, p.44

durée maximum de la mesure qui est de quinze ans¹⁸⁵. Par ailleurs, l'omission de déclarer la cessation de paiement ne constitue plus un cas de faillite personnelle mais donne désormais lieu à une simple interdiction de gérer.

Enfin, la loi a également introduit un nouveau cas de relèvement lorsque le débiteur fait l'objet d'une interdiction de gérer. Ce dernier, s'il en fait la demande au tribunal, peut être réhabilité "s'il présente toutes les garanties démontrant sa capacité à diriger ou contrôler" une entreprise.

Contrairement au droit américain, la conversion de la procédure de sauvegarde ou de redressement en liquidation judiciaire n'est pas considérée comme une sanction à l'encontre du dirigeant. Le droit français exige en effet la présence de certaines conditions dont la cessation des paiements et l'impossibilité de redresser l'entreprise en vue de l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire. La liquidation demeure la procédure de dernier recours. Le droit français met l'accent sur l'importance de sauver les entreprises et favorisent ainsi les procédures de réorganisation. Le droit américain dans le même état d'esprit privilégie la procédure du Chapitre 11, mais menace les débiteurs d'une possibilité de liquidation en cas de manque de sérieux de leur part au cours de la procédure, dans le but de les responsabiliser et d'éviter un nombre important d'abus.

B. Le droit à une seconde chance

Le droit américain de la faillite et notamment son Chapitre 11 offre au débiteur une seconde chance. A la suite d'une procédure de faillite, le débiteur peut commencer une nouvelle entreprise. L'intérêt d'une telle disposition est de favoriser l'entrepreneuriat et ainsi une économie active. Le droit français, inspiré par le nouveau départ ou *fresh start* du droit américain (1), a commencé un mouvement en 1985 de « pardon » envers le débiteur pour lui permettre depuis 2008 de repartir à zéro suite à l'exécution d'un plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire (2).

1. Le droit américain et le *fresh start*

Le droit anglo-américain a été le premier à envisager la possibilité pour le débiteur de faire l'objet d'une *discharge* ou remise de dettes à la suite d'une procédure de faillite¹⁸⁶, et ce

¹⁸⁵ Art. L.653-11 c. com.

¹⁸⁶ B.A. MATHEWS, « « *Forgive us our debts* » : *bankruptcy and Insolvency in America* », op. cit., spec. p.133; Th. H. JACKSON, "The Fresh start policy in Bankruptcy Law", *Harvard Law Review*, vol. 98, 1885, p.1393.

même à l'égard des professionnels dans le but de favoriser le commerce et la confiance dans le crédit. Les États-Unis étant une nation fondée sur le crédit, le protéger et l'encourager est indispensable. Dans une telle société, « l'insolvabilité constitue un coût, un risque lié à la participation à cette société »¹⁸⁷. Cela se perçoit en droit de la faillite et notamment dans le Chapitre 11 par la notion de *discharge*. D'après cette notion, une fois la procédure de réorganisation finie, c'est-à-dire le plan exécuté, la loi offre une remise de dettes et le débiteur peut repartir de zéro. Toutes ses obligations passées sont éteintes. Il a le droit à une seconde chance.

- **L'origine de la *discharge***

La notion de *discharge* provient originellement du droit anglais. L'Angleterre soucieuse du développement économique de sa nation commerciale, reconnaissait les risques encourus par les investisseurs et les commerçants. L'échec éventuel des entreprises était pris en considération et la procédure de faillite devait bénéficier à toutes les parties. L'assainissement financier offert par le droit anglais permettait aux faillis honnêtes de ne pas être exclus de la société et aux créanciers d'obtenir au moins une partie des biens réalisés et ainsi le meilleur recouvrement possible. D'un point de vue économique, ce soutien aux débiteurs permettait de limiter les défaillances de grande importance et de rétablir une confiance dans le crédit¹⁸⁸. La remise de la dette du marchand infortuné, honnête et coopératif a été ainsi instaurée dans le droit anglais dès 1705¹⁸⁹. Les marchands pouvant bénéficier d'une telle remise se voyaient confiés un *certificate of conformity*, attestation de bonne conduite délivrée par le *Chancellor* après une enquête menée par des *bankruptcy commissioners*¹⁹⁰. Les États-Unis héritent de ce système en 1800 lors de l'adoption de leur première législation. Le *Certificate of conformity* devient le *Certificate of discharge* signé par les deux tiers en nombre et valeur des créanciers et délivré en l'absence d'attitude frauduleuse de la part du débiteur.

Les États-Unis n'étant pas une nation commerciale et suite aux nombreux abus de débiteurs frauduleux dans le but de bénéficier de la remise des dettes et à l'absence d'une nation commerciale, la première loi fédérale sur la faillite fut abrogée en 1803. Puis, le commerce se développe aux États-Unis et l'adoption d'une loi régissant la faillite devient

¹⁸⁷ S. GDJIDARA, *L'endettement et le droit privé*, LGDJ., thèse, Bibl.dr.priv., t.316, 1999, n°389.

¹⁸⁸ J. HOPPIT, *Risk and failure in English Business 1700-1800*, Cambridge University Press, 1987, p.23

¹⁸⁹ Droit anglais Statute of 4 Anne

¹⁹⁰ M. TANGER, *Supra* note 67, p.25

indispensable pour éviter les risques de fraude. Plusieurs Etats ont ainsi créé leur propre loi de la faillite en y insérant la notion d'assainissement des dettes du débiteur. Les opposants à la remise des dettes, de plus en plus nombreux, ont soulevé l'inconstitutionnalité de ces lois, en se fondant notamment sur la décision *Champion v. Casey* de 1792¹⁹¹. Ce précédent posait le principe que n'importe quelle loi, même temporaire, qui retirait aux créanciers le droit de recouvrer leurs créances, méconnaissaient les principes régissant les relations contractuelles et violait en conséquence les dispositions de la Constitution relatives aux contrats. Plusieurs lois étatiques ont également été considérées inconstitutionnelles sur le fondement du Titre 11 de la Constitution relative à la faillite, car le domaine relevait de la compétence exclusive du Congrès. La décision en la matière rendue par le juge Bushrod Washington dans la décision *Golden v. Prince* en 1814¹⁹² est importante en ce qu'elle définit pour la première fois ce qui relevait de la qualification de loi de faillite, soit la possibilité d'octroyer une remise de dette.

- **La remise des dettes en droit américain actuel**

Le principe actuel de *discharge* est posé par le Bankruptcy act de 1898 et consacré par le *Bankruptcy Reform* de 1978. Le Code actuel prévoit qu'en cas de confirmation du plan du Chapitre 11 du Code fédéral de la faillite, les parties sont tenues par le plan et toute la propriété du débiteur est libérée de toute créance et intérêts¹⁹³. Conformément aux stipulations du plan, la confirmation de ce dernier décharge le débiteur de toutes les dettes antérieures à la confirmation sous certaines conditions. Le débiteur est désormais tenu que du seul passif restructuré par le plan. Il est donc libéré du passif né avant l'ouverture de la procédure, y compris à l'égard des créances qui n'avaient pas été produites dans la procédure. De même il est libéré des créances postérieures qui sont traitées dans le plan.

A ce principe, le Chapitre 11 prévoit une exception : si le plan prévoit la cession totale ou quasi-totale du patrimoine de la faillite, si le débiteur ne poursuit pas l'activité de l'entreprise à la suite de l'exécution du plan et si les conditions relatives à l'obtention de la *discharge* dans les termes du Chapitre 7 ne sont pas remplies¹⁹⁴, le principe de *discharge* ne s'appliquera en l'espèce¹⁹⁵. D'autres exceptions relevant de la nature de la créance sont

¹⁹¹ *Affaire Champion and Dickason v. Casey* Cir. Ct., Rhode Island (1792)

¹⁹² *Golden v. Prince*, 10 Fed. Cas. 542, no. 5509 C.C.D.Pa. 1814

¹⁹³ 11 U.S.C. 1141(b) et (c).

¹⁹⁴ 11 U.S.C. 727(a)

¹⁹⁵ 11 U.S.C. 1141 (d)(3)

listées aux sections 523 et 1141 (d) du Titre 11 du Code fédéral. Il s'agit en outre de certaines taxes et droits de douanes, des créances reposant sur des mensonges ou des fraudes, ainsi que les créances qui peuvent être qualifiées d'abusives car contractées quelques jours avant l'ouverture de la procédure du Chapitre 11.

Cette remise de dettes a pour but d'inciter le débiteur à informer ses créanciers de sa situation le plus tôt possible afin de faciliter le recouvrement des créances. Le droit américain, fidèle à une conception puritaine, offre le pardon de la société, le *societal forgiveness*, aux débiteurs malchanceux¹⁹⁶, encourageant les entrepreneurs qui ont échoué une fois à continuer d'autres projets. Cet avantage ayant pour but de sauver des entreprises représente également l'objectif premier de la demande pour le débiteur. La procédure du Chapitre 11 a fait l'objet de nombreux abus. Suite à la récession de 1980, les débiteurs particuliers représentaient environ 90% des procédures de faillites ouvertes¹⁹⁷. L'appât de la *discharge* les attirait fortement. La réforme américaine de 2005, que nous étudierons postérieurement, durcira la loi de la faillite en vue de limiter les abus et favorisera particulièrement l'élaboration d'un plan afin de rendre les débiteurs plus responsables face à la prise de crédit abusive.

Malgré ces abus, le droit à une seconde chance ou le *fresh start* américain a inspiré plusieurs droits européens, dont les droits allemand et belge introduisant la faculté de libérer le débiteur de ses dettes impayées, lorsque ses biens ont été réalisés et la procédure clôturée¹⁹⁸. Le droit français a également œuvré en ce sens remettant au goût du jour une notion introduite par la loi sur les difficultés des entreprises du 25 janvier 1985¹⁹⁹ : l'idée d'un « nouveau départ » pour le débiteur malchanceux.

2. Le droit français et le « nouveau départ » du débiteur

Dès les années 1980, le droit français a adopté l'idée d'un nouveau départ. Cette seconde chance était pourtant limitée aux particuliers²⁰⁰ et aux débiteurs placés en liquidation judiciaire. Ainsi, l'ancien article L.622-32 du Code de commerce disposait que « le jugement de clôture de liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif ne fait pas recouvrer

¹⁹⁶ H. Jackson, *Supra* note 186, p.1393

¹⁹⁷ P. HAY, *Law of the United States, overview*, Verlag c.H. Beck Munich, 2002.

¹⁹⁸ J-L. VALLENS, « La réforme des procédures collectives : du bon usage du droit comparé », *PA.*, 1998, n°112, p.14

¹⁹⁹ Art. 169 de la loi sur les difficultés des entreprises du 25 janvier 1985

²⁰⁰ Loi n° 89-1010 du 31 décembre 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers, dite "loi Neiertz"

aux créanciers l'exercice individuel de leurs actions contre le débiteur ». Les débiteurs mis en liquidation judiciaire se voyaient libérés de leurs dettes une fois une procédure de liquidation ouverte à leur encontre achevée²⁰¹. Bien que les créanciers de la procédure pouvaient se retourner contre la caution du débiteur, cette disposition marque une étape importante pour le droit à une seconde chance des professionnels. Le débiteur infortuné peut être excusé. Bien au-delà de la pure satisfaction des créanciers, la finalité des procédures collectives, et notamment de la faillite à l'époque, devient l'assainissement de la situation financière du débiteur et l'apurement de son passif. Cependant cette disposition a fait l'objet de nombreuses critiques. La loi de 1985 ne serait pas une loi applicable, les juges ont dû l'interpréter afin de respecter une logique économique globale. Le redressement judiciaire est perçu comme une « méthode d'expropriation des entrepreneurs »²⁰².

L'ordonnance de 2008 est venue défendre l'idée d'une seconde chance pour les débiteurs placés en procédure de réorganisation. Afin d'encourager le débiteur à ouvrir une procédure collective, un tel recours ne doit pas lui ôter toutes perspectives d'avenir. Il semble, en effet, légitime de donner au failli une seconde chance, et ce spécifiquement car il est le client ou l'entrepreneur de demain. La réhabilitation du débiteur défaillant le replace dans le circuit économique, où il devient facteur de richesse et de production. Dans cet optique le législateur français s'est inspiré du droit américain.

L'article 38 de la loi de 2005²⁰³ prévoyait que les créanciers non déclarants dans les délais ne seront pas admis dans les répartitions et les dividendes, à moins d'être relevés de leur forclusion. La sanction du défaut de déclaration dans les délais n'est plus l'extinction de leur créance, pas plus des sûretés les garantissant. Les créanciers qui n'auront pas déclaré leur créance dans les délais pourront, cependant, poursuivre le débiteur sur l'actif résiduel, une fois les répartitions effectuées. Cette disposition favorable aux créanciers s'est révélée être fort contraignante pour le débiteur. En effet, malgré l'adoption d'un plan, le débiteur était susceptible de poursuites pour toutes les créances qui n'avaient pas été déclarées. Il ne découlait du plan aucune sécurité d'un nouveau départ pour le débiteur. De plus, une telle disposition pouvait encourager les créanciers qui seraient membres des comités à ne pas

²⁰¹ G. RIPERT, R. ROBLOT, Traité du droit commercial, T.2, Contrats commerciaux, effets de commerce, banque, bourse, procédures collectives, 15^e éd., 1996 par M. Germain et Ph. Delebecque, spéc. n°3275.

²⁰² B. SOINNE, « Réalisme et confusion (à propos du projet de loi réformant le droit des procédures collectives) », D. 2004, cah.dr.aff., p.1506

²⁰³ Anc. Art. L.622-26 c. com.

déclarer leur créance en vue de ne pas être soumis à un vote du plan qui leur serait défavorable. L'ordonnance de 2008 corrige ce point en prévoyant que « les créances non déclarées régulièrement dans ces délais sont inopposables au débiteur pendant l'exécution du plan et après lorsque les engagements énoncés dans le plan ou décidés par le tribunal ont été tenus »²⁰⁴. Le débiteur soumis à la loi française se voit ainsi libéré de toutes obligations ou charges autres que celles prévues par le plan dont les créances non déclarées dans les délais²⁰⁵. Le débiteur soumis au droit français, à l'image du débiteur américain, recommencera, à la suite de l'exécution du plan, avec une ardoise vide. Le droit français lui offre une seconde chance.

Le droit français, inspiré par le droit américain, offre au débiteur la possibilité de poursuivre son activité sur des bases saines, à la suite de difficultés financières. L'apparition d'une seconde chance ou d'un *fresh start* à la française est une innovation attendue et nécessaire pour le sauvetage de l'entreprise, et *a fortiori* le développement de l'entrepreneuriat en France.

Le débiteur français, à l'image du débiteur soumis à la loi américaine, est au cœur de la procédure. L'influence libérale américaine en matière des prérogatives du débiteur est bien présente dans la procédure de sauvegarde. Le débiteur français se rapproche du *debtor in possession* du droit américain. Ce dernier a beaucoup gagné en autonomie et liberté. Il est placé sous la protection d'une procédure collective mais demeure au contrôle de son entreprise. Bien que le droit français soumette les procédures collectives à un carcan plus judiciaire que le droit américain, les législateurs américain et français ont souhaité que l'élaboration d'un plan se fasse en étroite collaboration avec les créanciers, offrant à la procédure une note conventionnelle. L'implication de ces derniers se retrouve dans les deux législations, considérée comme indispensable au succès d'une réorganisation.

²⁰⁴ Art. L.622-26 al.2 c. com.

²⁰⁵ Art.L.626-10 al.2 c. com.

CHAPITRE 2. IMPLIQUER LES CREANCIERS, CLE DU SUCCES D'UNE REORGANISATION

L'attractivité des procédures de réorganisation repose d'une part sur l'ouverture de ces dernières par le débiteur mais également par le fait que les créanciers ne soient pas réticents mais plutôt rassurés par une telle initiative du débiteur. Un tel sentiment est possible si les créanciers ne se sentent pas exclus du processus de sauvetage de l'entreprise. Le législateur l'a bien compris. Impliquer les créanciers revient à prendre soin du moteur économique. Ces derniers rassurés de recouvrer une partie de leur créance ou une valeur équivalente à cette dernière ne vont plus avoir peur de leur statut de créanciers. Ainsi ces derniers sont encouragés à participer à l'adoption du plan mais également au sauvetage de l'entreprise grâce à leur soutien financier. En favorisant les créanciers, le législateur prône le retour à une économie florissante. Cette approche du droit de la faillite présente aux États-Unis existait sous l'empire de la loi de 1967. La loi de 1985 avait remplacé la procédure concordataire par une simple consultation des créanciers, individuelle ou collective, qui n'était pas obligatoire. Le rôle décisionnel revenait au tribunal et aux organes judiciaires, ce qui limitait l'enthousiasme des établissements de crédit. Les réformes postérieures sont venues corriger ce point. La loi de 1994 donne plus de pouvoirs aux créanciers nommés contrôleurs et la loi de 2005 réinsère les créanciers dans le processus d'élaboration du plan, grâce à la création des comités de créanciers, concept issu du droit américain.

Désormais le débiteur et les créanciers participent ensemble au sauvetage de l'entreprise. Les créanciers tiennent un rôle important pour le succès de la procédure (I) tout en ayant les outils nécessaires à la défense de leurs intérêts (II).

I. L'ACCROISSEMENT DU ROLE DES CREANCIERS AUTOUR DU PLAN

Aux États-Unis, les créanciers jouent un rôle important tout au long de la procédure de réorganisation. Certains auteurs américains considèrent cette implication des créanciers comme la clé du succès. La réussite d'une réorganisation reposerait sur le caractère conventionnel du plan. D'autres auteurs y perçoivent un soutien psychologique aux

créanciers afin de les préparer à la perte d'une partie plus ou moins importante de leur créance²⁰⁶.

En droit français, la participation des créanciers a connu une effervescence à l'époque du concordat. La loi de 1967 confie aux créanciers un rôle fondamental. « La procédure est faite pour eux et par eux »²⁰⁷. La loi réitère l'existence d'un regroupement des créanciers, la « masse des créanciers », représenté par le syndic qui agit en son nom²⁰⁸. Les créanciers votent au sein de l'assemblée générale de la masse et décident ainsi du sort de l'entreprise. La loi de 1985 revient sur ce principe et décide de favoriser le débiteur. La notion de masse disparaît. Les créanciers subissent une mutilation de leurs prérogatives de décision. Ils sont désormais représentés de manière collective par le mandataire judiciaire dont le rôle était, outre l'administration de l'entreprise en difficulté, de représenter l'intérêt des créanciers. La réforme de 2005 rétablit l'équilibre entre le débiteur et ses créanciers et rend à ces derniers une partie de leurs prérogatives, notamment à travers l'instauration des comités de créanciers.

Deux procédures d'élaboration du plan existent. La première, limitée aux entreprises ne dépassant pas certains seuils (150 salariés et 20 millions d'euros de chiffre d'affaires²⁰⁹), restreint le pouvoir des créanciers à la consultation. Quant à la seconde réservée aux entreprises de taille importante, ou à la demande de l'administrateur ou du débiteur, elle permet aux créanciers de consulter les propositions du débiteur mais également de faire des contre propositions²¹⁰. Dans cette seconde hypothèse, la loi française a instauré, selon le modèle américain, les comités de créanciers. En effet, le droit américain offre aux créanciers de larges pouvoirs lors de l'élaboration du plan. Ces dernières y participent activement par le biais d'une classification originale. Ainsi, afin d'étudier l'influence du droit américain en matière de l'implication des créanciers, notre étude sera limitée aux procédures prévoyant la constitution de comités de créanciers.

²⁰⁶ B. SOINNE, *Supra* note 202, p.1506

²⁰⁷ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Supra* note 8, p.19

²⁰⁸ Loi n° 67-563 du 13 juillet 1967 ; « A partir du jugement, les créanciers perdent le droit d'agir individuellement contre le débiteur. Ils ne peuvent que produire leurs créances entre les mains du syndic, les faire vérifier et les admettre au passif. Suspension des poursuites. En contrepartie, existence d'une main mise sur les biens du débiteur. Le patrimoine est immobilisé et la masse est considérée comme un tiers qui peut demander que tous les actes lui nuisant lui soient déclarées inopposables. Le syndic prend au nom de la masse, une hypothèque légale sur les biens du débiteur afin d'écarter les inscriptions ou publications de droits réels postérieures ». C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Ibid* p.19 ; la personnalité morale est reconnue à la masse par l'arrêt Cass. com., 17 janv. 1956, p.265, note Houin.

²⁰⁹ Art. R.626-52 c. com.

²¹⁰ Art. L.626-29 c. com.

Les créanciers soumis au droit français retrouvent une place centrale dans les procédures collectives, à l'image de leurs homologues américains. Ils participent d'une part à l'adoption du plan (A) et, d'autre part, à son financement en vue de son succès (B).

A. L'élaboration du plan

Tout au long de l'élaboration du plan, les créanciers sont très présents et jouent un rôle-clé. Depuis la réforme de 2005, ils sont réunis sous forme de comités, selon le modèle américain (1), afin d'être consultés sur le projet de plan élaboré par le débiteur (2).

1. Constitution de comités et assemblée de créanciers

L'introduction des comités des créanciers et de l'assemblée des obligataires en droit français est l'innovation la plus importante de la réforme et l'illustration la plus flagrante de l'influence américaine en droit français des procédures collectives. La procédure de réorganisation en droit américain, le chapitre 11, prévoit, en effet, la détermination de groupes de créanciers permettant leur participation au cours de la phase d'élaboration du plan. Afin d'apprécier les similitudes de ces concepts, étudions d'abord les classifications existant dans les deux systèmes.

• Les classes des créances en droit américain

La section 1123 du Titre 11 du Code fédéral des États-Unis précise que le plan doit déterminer les différentes classes de créances et d'intérêts (« *classes of claims* » et « *classes of interests* »)²¹¹. Ces groupements correspondent à une classification des créances et des intérêts à agir détenus par les créanciers selon leur nature. Il s'agit, par exemple, de la classe des créances liées à la procédure, de la classe des créances chirographaires, de la classe des créances privilégiées ou encore de la classe des obligataires²¹². Il doit exister autant de classes que de créances singulières²¹³. La perte de toute personnalité due à la répartition selon la nature des créances et non celle des créanciers marque un désir d'un

²¹¹ B. SOINNE dresse une liste simplifiée des classes de créances et d'intérêts : Ces classes regroupent ainsi les créanciers ayant un intérêt de même nature à demander le paiement de sa créance. Traditionnellement en l'absence de textes les déterminant, les créances sont réparties comme suit: une classe regroupant les créanciers titulaires de sûretés (« *class of secured claim* »); une classe regroupant les créanciers chirographaires « privilégiés » et les créanciers chirographaires non privilégiés, dans B. SOINNE, *Supra* note 202, p.1506

Il s'agit notamment des créances administratives et des salaires dans une limite fixée par la loi

²¹² Exemple de plan de réorganisation: M. TANGER, *Supra* note 67, p.391en français; *Bankruptcy law*, Black, 1898 en anglais

²¹³ West Law, *Bankruptcy Handbook*

traitement égalitaire plus objectif. Le champ des créances à prendre en considération dans le plan est volontairement large afin que la procédure de réorganisation mette à plat la situation du débiteur. Ainsi sont considérées les créances, qu'elles « aient fait l'objet ou non d'un jugement, liquide ou non-liquide, certaine ou conditionnelle, échue ou non échue, disputée ou non-disputée, légale ou équitable, garantie ou non »²¹⁴.

Cette classification existe dans toutes les réorganisations américaines, quelque soit la taille de l'entreprise en difficulté. Le débiteur est libre de la composition de ces classes, tant que les créances comprises dans une même classe sont substantiellement similaires (*substantially similar*)²¹⁵. Cette contrainte est une garantie que les créanciers seront traités de manière égale et que la décision du débiteur aura les mêmes effets sur chaque créance de la classe concernée.

Le Code se veut libre envers le débiteur, autorisant à ce dernier toute créativité. La seule indication fournie par le Code concerne les classes relatives aux créanciers chirographaires afin de les protéger. Ainsi la section 1122 (b) du Code fédéral²¹⁶ précise que le plan peut désigner comme classe les créances chirographaires d'une valeur inférieure ou égale à une somme désignée, qui sera approuvée par le tribunal. En présence de cette liberté, le débiteur peut constituer les classes à son avantage en regroupant, au sein d'une même classe, des créanciers amicaux avec d'autres moins coopératifs. Toutefois, le tribunal se fera juge du respect du principe d'égalité existant au sein de chaque classe et du bien-fondé de la classification faite par le débiteur.

Outre le classement des différentes créances, le plan doit également préciser si les créances des créanciers regroupés dans une classe subissent une modifications par le plan, dans ce cas les classes sont dites « *impaired* », ou si elles ne sont pas altérées, ces classes seront qualifiées de « *unimpaired* »²¹⁷. Cette distinction sera importante lors de l'adoption du plan par les classes des créanciers. En effet, seules les premières pourront s'exprimer, les deuxièmes étant considérées avoir accepté le plan.

Le regroupement des créanciers se retrouvent également en droit français depuis la réforme du droit des entreprises en difficulté de 2005. L'introduction des comités de créanciers en droit français est le fruit de l'influence américaine. Cependant, le terme « comité » peut

²¹⁴ 11 U.S.C. section 101 (5)(A)

²¹⁵ 11 U.S.C. 1122 (a)

²¹⁶ 11 U.S.C. 1122 (b)

²¹⁷ 11 U.S.C. 1123 (a) (2)

porter à confusion. En effet, il existe en droit américain les comités des créanciers dont le rôle et la composition sont différents de ceux des classes des créances. Il s'agit des « *creditors'committees* ». Les *creditors'committees* regroupent des créanciers détenant des créances de même nature, dans le but de défendre l'intérêt collectif de l'ensemble des créanciers représentés par ce comité. Les membres des ces comités sont des créanciers volontaires, nommés par l'*US Trustee*. Toutes les classes des créances ne sont pas obligatoirement représentées, seul le *creditors' committee* représentant les créanciers chirographaires est obligatoire. Enfin, les *creditors'committees* ne participent pas au vote du plan, mais peuvent participer à son élaboration. Cette distinction étant prise en compte, l'étude des comités des créanciers en droit français peut être poursuivie.

- **Les comités de créanciers et l'assemblée des obligataires en droit français**

La loi de 2005 introduit en droit français la constitution des comités de créanciers, ce qui a valu aux nouvelles procédures de réorganisation la dénomination de « Chapitre 11 à la française »²¹⁸. L'article L.626-30 du Code de commerce prévoit, pour les entreprises de taille importante²¹⁹, la constitution de comités de créanciers en vue de l'adoption du plan de sauvegarde ou de redressement. Leur constitution est obligatoire pour les entreprises à partir de 150 salariés et 20 millions d'euros de chiffre d'affaires²²⁰.

Contrairement au droit américain, le nombre de comités est limité et leur composition est déterminée par le Code. Il existe ainsi deux comités de créanciers constitués par l'administrateur judiciaire²²¹. Le premier est constitué des établissements de crédit et le second comprend les principaux fournisseurs du débiteur. L'ordonnance de 2008 vient « améliorer les règles de composition et de fonctionnement des comités de créanciers et des assemblées d'obligataires dans le cours des procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire »²²². L'ordonnance de 2008 remanie ainsi de manière importante les articles L.626-30 et suivants du Code de commerce²²³. Désormais le comité des établissements de crédit comprend les établissements de crédits, ceux assimilés, « ainsi que tous les titulaires d'une créance acquise auprès de ceux-ci ou d'un fournisseur de biens ou de services ». Ce

²¹⁸ T. DORLEAC, *Supra* note 29

²¹⁹ Art. L.626-29 c. com. : la constitution des comités des créanciers et réservés pour les entreprises dont le nombre de salariés et le chiffre d'affaires sont supérieurs à des seuils fixés par décret en Conseil d'Etat, ou à la demande du débiteur ou de l'administrateur après autorisation du juge-commissaire.

²²⁰ Art. R.626-52 c. com.

²²¹ Art. L.626-30 c. com.

²²² Art. 3 Loi 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie

²²³ A. LIENHARD, *Supra* note 182, p.110

dernier ajout s'explique par le fait que, dans la plupart des cas, les cessionnaires de telles créances sont des établissements de crédit ou des fonds d'investissement. Les comités des fournisseurs regroupent, quant à lui, les fournisseurs dont le montant de la créance représente au moins 3% du total des créances des fournisseurs. Le pourcentage pris en compte sous la loi de 2005 était de 5%. Désormais un plus grand nombre de fournisseurs est inclus dans le comité des fournisseurs, permettant une meilleure représentation de ces derniers. De plus, les fournisseurs non membres de ce comité peuvent y être intégrés sur sollicitation de l'administrateur.

Le texte de 2005 prévoyait que la constitution des comités devaient être établie dans les « trente jours à compter du jugement d'ouverture de la procédure ». L'ordonnance de 2008 allège le processus de détermination de la composition des comités en ne précisant aucun délai, mais uniquement que « la composition des comités est déterminée au vu des créances nées antérieurement au jugement d'ouverture de la procédure »²²⁴. Bien que certains auteurs²²⁵ y voient une « cristallisation de la composition » des comités par le jugement d'ouverture, l'absence de délai précis laisse penser à une composition flexible jusqu'au moment du vote par les comités. Le délai de trente jours se voyait reproché le risque de décalage entre la composition effectuée dans les temps et la réalité, le passif n'étant pas encore déterminé. Seuls les créanciers antérieurs sont concernés par les comités mais la réforme de 2008 permet à tous les créanciers antérieurs répondant aux critères de faire partie des comités des créanciers. Les créanciers antérieurs 'oubliés' pourront se manifester à tout moment pour faire partie d'un comité et l'administrateur pourra solliciter un fournisseur non-membre au vote du comité des fournisseurs. Le droit français se veut plus restrictif que le droit américain en prévoyant que seuls les créanciers antérieurs peuvent faire partie d'un comité. Alors que le droit américain prône la libération totale du débiteur, le droit français poursuivant son optique de sauvegarde souhaite alléger le passif de celui-ci.

A côté des comités des créanciers, la loi de 2005 mentionnait l'existence d'une masse des obligataires dont les représentants étaient convoqués par l'administrateur judiciaire afin de leur exposer le plan établi par le débiteur. Les obligataires ne détenaient qu'un rôle

²²⁴ Sur le caractère antérieur des créances, voir P.-M. LE CORRE, « Porteurs de titres super-subordonnés et élaboration des plan de sauvegarde ou de redressement avec comités (à propos de T. com. Nanterre, 17 fév. 2010, aff. Thomson), D.2010, p.841

²²⁵ A. LIENHARD, *Supra* note 182, p.110

secondaire. Désormais ces derniers se voient promu en première ligne aux côtés des comités de créanciers. L'ordonnance de 2008 prévoit que l'ensemble des créanciers titulaires d'obligations émises en France et à l'étranger, quelque soit le nombre d'émissions, constitue l'assemblée des obligataires, assemblée générale unique qui ressemble fortement à un comité d'obligataires²²⁶. Cette assemblée peut, à l'image des comités, délibérer sur le contenu du projet du plan et ses membres participeront à l'élaboration du plan.

La constitution des classes de créances américaines et des comités de créanciers français repose sur différents fondements. Le droit américain base la catégorisation des créanciers selon la nature de leur créance, alors que le droit français la fonde sur la qualité des créanciers, favorisant ainsi les établissements de crédit et les fournisseurs, soit les acteurs économiques les plus importants. Le droit français semble favoriser l'implication des acteurs économiques dans le sauvetage de l'entreprise alors que le droit américain favoriserait la participation de tous les créanciers. Or, la composition des classes américaines a un impact économique également important, même si caché. Les créanciers chirographaires ont tout intérêt à accepter le plan tel que proposé. En effet, le code fédéral prévoit que les créanciers participant au plan ne percevront pas moins que ce qu'ils auraient obtenu dans le cas d'une liquidation. Il s'agit du test dans le meilleur intérêt des créanciers, le *best interest test*. Les créanciers chirographaires ne recevant rien dans 95% en cas de liquidation contre 20% dans le cadre d'une réorganisation, n'ont rien à perdre en acceptant le plan. De même, les actionnaires, associés et propriétaires de l'entreprise appartenant à une seule et identique classe, leurs créances étant similaires, ont eux aussi, comme les créanciers chirographaires, tout intérêt à accepter le plan. En effet, la règle de l'*Absolute Priority* prévoit que ces derniers ne seront payés qu'une fois les créanciers chirographaires désintéressés. Ainsi ils doivent agir dans l'intérêt collectif des créanciers, c'est-à-dire dans l'intérêt de l'entreprise, et non dans leur intérêt personnel. Leur unique pouvoir et champ d'intervention est l'abandon de leur créance individuelle. Les seuls créanciers ayant un impact réel sur l'élaboration du plan sont les créanciers privilégiés, soit, pour la majorité, les fournisseurs et les établissements de crédit. La plupart des créanciers privilégiés seront désintéressés que la procédure tend à la réorganisation ou la liquidation. Ainsi en octroyant un droit de vote aux créanciers titulaires de sûretés, le droit américain des faillites, favorise également les principaux acteurs économiques. Le législateur

²²⁶ Art. L.626-32 c. com.; B. GRELON, « La consultation des créanciers obligataires dans le cadre d'une procédure collective d'insolvabilité », *Revue des sociétés* 2008 p. 25

français, contrairement au législateur américain, a choisi la transparence en confiant les négociations et le vote du plan aux établissements de crédits et principaux fournisseurs à travers les comités des créanciers, tout en permettant aux autres créanciers d'être consultés.

2. Consultation et vote du plan par les créanciers

Tel que mentionné antérieurement l'innovation la plus importante du droit français des entreprises en difficulté est l'implication des créanciers dans la procédure et notamment l'adoption du plan. Cette place privilégiée qu'ont les créanciers existe déjà dans les procédures de réorganisation américaines. Le processus de participation de ces derniers est très similaire en droit français. Le législateur français a repris une méthode qui fonctionne outre-atlantique pour l'appliquer en droit français. Voyons ainsi en quoi le droit français a calqué le droit américain et quelles sont les différences maintenues lors de la consultation et du vote des créanciers sur la proposition du plan.

- **La consultation des créanciers**

- a. Selon le droit américain**

Le code fédéral ne prévoit pas, dans le processus d'élaboration du plan, de consultation des créanciers. Les classes de créances ne sont amenées à s'exprimer que par un vote positif ou négatif de la proposition du plan émanant du débiteur. Il en est autrement pour les créanciers chirographaires. La loi impose aux « sept plus importantes créances chirographaires » de composer un comité, le comité des créanciers ou « *creditors' committee* »²²⁷. Ce comité qui prend la forme d'une association soumise à l'obligation de statuts et de règles internes de fonctionnement a plusieurs objectifs. Il a pour mission la surveillance de l'administration et la gestion de la procédure, d'agir dans l'intérêt de ses membres et surtout d'être consulté lors de l'élaboration du plan²²⁸. Le comité, en sa qualité de mandataire des différentes classes de créanciers et d'actionnaires, joue un rôle important dans la conception du plan. Il est considéré comme un collaborateur privilégié de l'organe de gestion. Il joue le rôle de conseil auprès des autres créanciers appelés à voter le plan. Il est l'intermédiaire entre le débiteur, ou le *trustee*, et les classes des créances. Les autres créanciers peuvent également constituer des comités. Mais vu la lenteur occasionnée par

²²⁷ 11 U.S.C. 1102 (A) (1); La notion existe depuis 1898 et fait l'objet d'un écrit en 1933. Ce n'est qu'en 1938, avec l'adoption du *Chandler Act*, qu'il devient une institution de la faillite.

²²⁸ M. TANGER, *Supra* note 67, p.99

des consultations qui peuvent s'avérer lourdes, seul le comité des créanciers chirographaires est, dans la majorité des cas, constitué.

La consultation des créanciers en droit américain est limitée dans le but de rapidité. Seuls les créanciers chirographaires peuvent donner leur avis. Toutefois, dans les cas où un *trustee* est nommé, où le débiteur n'a pas proposé un plan dans les délais ou encore lorsque la proposition de ce dernier a été refusée²²⁹, les créanciers ont la possibilité de proposer leur propre plan. Or aucun délai ne limite le temps imparti pour les créanciers pour proposer un plan, ce qui peut conduire à des procédures interminables.

A l'image des *creditors' committee*, le droit français favorise la consultation des créanciers sur la proposition du plan. Toutefois, contrairement au droit américain, tous les créanciers sont amenés à s'exprimer.

b. Selon le droit français

La réforme de 2005 complétée par l'ordonnance de 2008 prévoit la consultation de tous les créanciers, que ces derniers soient membres ou non d'un comité. Cette consultation a lieu avant le vote de la proposition du plan par les comités de créanciers et de l'assemblée des obligataires, mais diffère entre les membres des comités, ceux de l'assemblée des obligataires et les autres créanciers.

Les membres des comités de créanciers sont les créanciers les plus consultés. En effet, le vote négatif de la proposition de plan par ces derniers entraîne l'adoption d'un plan en l'absence des comités des créanciers. Pour éviter un tel refus, leur consultation en amont s'avérerait nécessaire. Ils peuvent ainsi influencer plus ou moins le contenu du plan²³⁰. Le débiteur remet aux membres des comités des créanciers une proposition de plan. Ces derniers discutent avec le débiteur des effets de son projet de plan²³¹. Ils peuvent ainsi discuter des remises ou des délais prévus, délais ne pouvant être supérieur à dix ans. De plus, depuis l'ordonnance de 2008, ces créanciers peuvent « soumettre des propositions [de plan] au débiteur et à l'administrateur »²³². Outre leur consultation, les comités des créanciers ont un pouvoir de proposition important. Ils sont les seuls à détenir des prérogatives aussi poussées. A l'issue de cette consultation, il revient au débiteur de

²²⁹ 11 U.S.C. 1121 (c)

²³⁰ Art. L.626-34 c. com.

²³¹ Art. L.626-30-2 al.3 c.com.

²³² Art. L.626-30-2 al.1 c.com.

modifier sa proposition de plan, nouvelle proposition qui sera consultée par les autres créanciers.

Outre les comités de créanciers, les obligataires sont également consultés²³³. Par dérogations aux dispositions relatives à la consultation des obligataires²³⁴, toutes les masses des obligataires²³⁵ sont regroupés au sein de l'assemblée des obligataires. L'article L.626-32 du code de commerce prévoyant les modalités de vote de l'assemblée de la proposition du plan est une disposition d'ordre public, propre aux procédures collectives²³⁶. Cet article ne mentionne pas les modalités de consultation de l'assemblée des obligataires. N'étant pas un comité, il semblerait qu'elle soit soumise au même disposition que les autres créanciers non membres²³⁷. Cela signifierait que les obligataires seraient consultés individuellement mais voteraient de manière collective. Face à cette incertitude, il reviendra aux juges de combler les lacunes législatives. Une solution inspirée de la consultation des comités de créanciers serait fort probable. L'assemblée des obligataires serait ainsi consultée sur la proposition de plan et pourrait proposer des améliorations en vue d'assurer son vote.

Les créanciers qui ne sont pas membres des comités de créanciers, ainsi que « les créanciers bénéficiaires d'une fiducie constituée à titre de garantie par le débiteur », seront consultés selon les articles L.626-5 et L.626-6 du Code de commerce²³⁸. Cet article dispose que le mandataire judiciaire recueillera collectivement ou individuellement l'accord des créanciers qui ont déclaré leurs créances. En cas de consultation par écrit, le défaut de réponse dans le délai de trente jours vaudra acceptation. En présence d'un plan proposé par un créancier, le juge ne pourra imposer que des délais uniformes à l'exclusion des remises de dettes. « Les administrations financières, les organismes de sécurité sociale, les institutions gérant le régime d'assurance chômage » seront également consultés. Ces

²³³ B. GRELON, *Supra* note 226, p. 25

²³⁴ Art. L.228-61, al.1 c. com. disposant que « s'il existe plusieurs masses d'obligataires, elles ne peuvent en aucun cas délibérer au sein d'une assemblée commune ».

²³⁵ Regroupement justifié par « la communauté d'intérêts existant entre obligataires d'une même émission », A. AMIAUD, « Des droits des obligations en cas de faillite ou de liquidation judiciaire de leur société », *Rev. Faillites*, 1936, p.107

²³⁶ Affaire Eurotunnel: T. com. 2 août 2006 ouvrant une procédure de sauvegarde pour toutes les sociétés du groupe Eurotunnel; T. com. Paris 15 janv. 2007 (plusieurs décisions) retenant le plan de présenté par la société et rejetant les tierce-opposition formée à l'encontre du jugement d'ouverture (D.2007 AJ313), puis CA Paris juge ces tierce-oppositions irrecevables (CA Paris, 3è ch. B. 29 nov.2007, n°07/05754, D. 2008-12)

²³⁷ Art. L.626-33 c. com.

²³⁸ C. LEBEL, « Les plans de sauvegarde et de redressement dans l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *GP*, 7 mars 2009, n°66, p.46

dernières pourront octroyer au débiteur des remises « dans des conditions similaires à celles que lui octroierait, dans des conditions normales de marché, un opérateur économique privé placé dans la même situation »²³⁹.

Dans le cadre de cette dernière consultation, le mandataire judiciaire est l'« arbitre » des négociations. Il communique, par le biais de lettre recommandée avec accusé de réception, à chaque créancier qui a déclaré sa créance, les propositions relatives aux délais des paiements et remises de dettes. Le mandataire judiciaire peut décider de recueillir de manière individuelle ou collective l'avis des créanciers. Dans le second cas, ces derniers sont alors convoqués par le biais d'un avis de convocation, inséré dans un journal d'annonces légales. La réunion sera tenue sous la présidence du mandataire judiciaire, à heure, lieu et date fixes. Celui-ci fera un rapport sur la situation du débiteur, l'état de la procédure et les conditions de poursuite de l'activité. Les remarques des créanciers présents ou présentés seront notées par écrit. En cas de consultation collective, il n'y a pas de majorité qui contraint les minoritaires à subir les propositions. Chaque créancier présent ou représenté doit donner son accord, qui est recueilli par écrit. Le caractère individuel de la consultation demeure même si la tonalité de la réaction collective est un paramètre important pour le tribunal qui statue sur le plan²⁴⁰.

D'autres créanciers participeront aux consultations mais leur créance n'est pas négociable et ne font l'objet d'aucun délai ou remise. Il s'agit des frais de justice et des salaires, des créances super-privilégiées²⁴¹ et privilégiées dans les limites fixées par le Code du travail. En droit américain, ces créances ne sont pas représentées dans les classes de créances²⁴². Elles constituent les créances chirographaires « privilégiées »²⁴³.

D'autres créanciers publics, non-membres des comités et non-obligataires, près à participer au sauvetage de l'entreprise, sont soumis au régime commun quant à la durée du plan et aux modalités de paiement. Ils peuvent cependant octroyer des remises ou renoncer à leur super-privilège²⁴⁴.

²³⁹ Art. L.626-6 c. com.

²⁴⁰ M. JEANTIN et P. LE CANNU, *Supra* note 91, n°871

²⁴¹ Art. L.626-20 c. com.

²⁴² Les créances relatives aux frais de justice, aux créances postérieures à l'ouverture d'une procédure mais antérieures à la nomination d'un trustee (considérées comme des créances antérieures) ou encore les créances des salariés ou des commissionnaires, commissionnaires indépendants dont au moins 75% de leur revenu ont été versé par le débiteur lors des douze derniers mois, limitées à \$10.000 par individu (§1123 (1) (a)).

²⁴³ Tels que mentionné par B. SOINNE, *Supra* note 202, p.1506

²⁴⁴ Art. L.626-6 c. com.

A l'issue des diverses consultations, le mandataire judiciaire dresse un état des réponses faites par les créanciers consultés, qui sera adressé au débiteur, à l'administrateur et aux contrôleurs²⁴⁵. A cette étape de la procédure, l'administrateur a un rôle que purement administratif. Il ne doit plus, comme auparavant, rédiger un rapport avec une analyse et son avis, favorable ou défavorable, sur le projet de plan. Le projet de plan fera l'objet de modifications et sera porté au vote des créanciers.

- **Le vote des créanciers**

Avant tout vote des créanciers, le droit américain prévoit la remise d'informations relatives au débiteur afin d'éclairer leur vote²⁴⁶. Ainsi les créanciers se voient révélés « la situation économique et financière de l'entreprise en réorganisation, grâce à un bilan rétrospectif, mais aussi aux techniques prospectives contenues dans le projet de plan »²⁴⁷. Avant toute communication, le débiteur soumis au droit américain présente au tribunal une déclaration de divulgation ou *disclosure statement* regroupant toutes les informations permettant à un investisseur raisonnable de voter le plan de manière la plus éclairée possible²⁴⁸. Une fois ce document remis au tribunal, ce dernier tiendra une audience après notification du débiteur, des créanciers et des autres parties intéressées d'au moins vingt-cinq jours²⁴⁹. Le tribunal fixera ensuite le délai pendant lequel les créanciers pourront voter soit en faveur ou contre le plan. Cette période est entre quarante-cinq et soixante jours. De même, en droit français, il existe un bilan économique, social et environnemental dressé par l'administrateur avec le concours du débiteur et l'assistance d'un ou plusieurs experts²⁵⁰. Ce bilan comprend diverses informations relatives à la situation financière du débiteur, les perspectives d'emploi et les conditions sociales envisagées pour la survie de l'entreprise. Le bilan est déposé par la suite au greffe et est accessible à tout créancier.

Au vu de ces multiples informations, les créanciers sont amenés à se prononcer sur la proposition du plan par le vote. Les créanciers américains ont trente jours pour s'exprimer. Le droit français reprenait ce délai sous la loi de 2005, pour le modifier avec l'ordonnance

²⁴⁵ Art. L.626-7 c.com.

²⁴⁶ 11 U.S.C. 1125

²⁴⁷ M. TANGER, *Supra* note 67, p.402

²⁴⁸ *Affaire Metrocraft Publishing Services, Inc.* 39 BR 567, 568 (Bankr. N.D. Ga. 1983. Cette décision liste dix-neuf facteurs permettant d'évaluer le caractère adéquat des informations divulguées.

²⁴⁹ Fed. R. Bankr. P. 3017

²⁵⁰ Art. L.623-1 c. com.

de 2008. Comme le souligne le rapport au président de la République²⁵¹, « le calendrier fixé pour conduire les opérations, qui s'est parfois avéré inadapté à la conduite des négociations en raison de sa rigidité, a été supprimé. Sous réserve du maintien d'un délai de réflexion minimum entre la transmission des propositions du débiteur et le vote, il est désormais seulement prévu que les comités de créanciers doivent adopter un projet de plan dans les six mois de l'ouverture de la procédure »²⁵².

Les créanciers amenés à voter le projet de plan diffèrent qu'il s'agisse d'une procédure américaine ou d'une procédure française. La section 1126 du Code fédéral prévoit, outre les modalités de vote et d'acceptation du projet de plan, que toutes les classes n'ont pas à s'exprimer par le vote. En effet, les classes de créanciers dont les créances ne sont pas modifiées par le projet de plan, les classes « *unimpaired* », sont supposées avoir accepté le plan²⁵³, tandis que si les classes de créanciers dont les droits se voient altérés par le plan, les classes « *impaired* », ne s'expriment pas par le vote, elles sont considérées l'avoir refusé²⁵⁴. De plus, le Code fédéral requiert qu'au moins une classe composée de créances « *impaired* » ait accepté le plan pour qu'il puisse faire l'objet d'une homologation par le tribunal. En droit français, le vote du plan s'applique à une catégorie de créanciers beaucoup plus réduite, puisque seuls les comités de créanciers et, à défaut, les assemblées d'obligataires, sont amenés à voter le plan proposé²⁵⁵.

Les créanciers concernés par le vote sont différents mais les modalités de vote des classes des créances et des comités de créanciers sont très similaires. En effet, le droit français a repris ces dernières du droit américain. La réforme de 2005 disposait que le plan est considéré accepté par les comités des créanciers si la majorité de ses membres, représentant au moins les deux tiers du montant des créances de l'ensemble du comité avait voté en faveur du plan proposé. Le droit américain pratique cette double majorité²⁵⁶. Toutefois, le droit français, dans le but d'alléger le processus, a modifié les conditions d'acceptation du plan. Désormais, depuis 2008, une simple majorité est requise en droit français. Le texte nouveau ne retient que la seule « majorité des deux tiers du montant des

²⁵¹ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté JORF n°0295 du 19 décembre 2008 page 19457, texte n° 28

²⁵² Art. L. 626-30 et L. 626-34 c. com.

²⁵³ 11 U.S.C. 1126 (f)

²⁵⁴ 11 U.S.C. 1126 (g)

²⁵⁵ Art. L.626-30-2 et L.626-32 c.com.

²⁵⁶ 11 U.S.C. 1126 (c)

créances détenues par les membres » pour chaque comité²⁵⁷. De plus, cette majorité ne s'apprécie plus par rapport au montant des créances de l'ensemble des membres du comité, mais par rapport au montant des créances détenues par les membres ayant exprimé un vote. Les créanciers les plus importants s'en voient avantagés. Cette nouvelle règle s'applique désormais à l'assemblée des obligataires.

Ce changement des modalités d'acceptation du vote trouve une explication. En effet, en application du droit américain, les classes des créanciers ne peuvent que refuser ou accepter le plan proposé. Elles ne sont pas appelées à donner leur avis sur ce dernier. De plus, le refus d'un plan par les créanciers ne les exclut pas pour l'avenir de la procédure d'adoption d'un plan de réorganisation. Ils ont, au contraire, de nouvelles prérogatives puisqu'ils peuvent proposer eux-mêmes un plan. Le défaut d'une telle conséquence est la prolongation de la procédure. En droit français, la conséquence du refus d'un plan par l'un des comités de créanciers ou l'assemblée des obligataires est tout autre: les comités et assemblées seront destitués et un nouveau plan sera proposé sans leur intervention²⁵⁸. Le vote positif des comités de créanciers et de l'assemblée des obligataires est recherché de suite. Il est donc important de faciliter l'acceptation du plan proposé. Enfin, favoriser les « gros » créanciers par un vote à la simple majorité revient à encourager leur participation au sauvetage de l'entreprise. Un tel sauvetage serait impossible sans l'implication des ces derniers. L'objectif recherché par la procédure américaine et par la procédure française est le même: parvenir au vote d'un plan par les créanciers. L'implication des créanciers dans la phase d'élaboration du plan est un élément-clé pour les législateurs. Le sauvetage de l'entreprise doit être le fruit d'un accord entre le débiteur et les créanciers.

Le mode de fonctionnement des comités de créanciers en France reflète l'influence américaine de manière intéressante. Les comités de créanciers français sont, en effet, une combinaison des classes des créances par leur composition et leurs modalités de vote et des comités des créanciers américains (*Creditors' committee*) pour leur rôle de consultation lors de l'élaboration du plan. Les créanciers sont désormais au cœur de la procédure. Le droit français adopte la conception de « Rescue Culture »²⁵⁹ propre au droit américain, selon laquelle le dirigeant est fortement encouragé à négocier des accords avec ses créanciers

²⁵⁷ Art. L.626-30-2, al.4 c. com

²⁵⁸ Art. L.626-34 c. com.

²⁵⁹ « la culture du sauvetage », B. LEONARD, « Reforming Chapter 11 : an international perspective », Eurofenix, été 2005

pour redresser sa situation financière. Les créanciers ont ainsi participé à la rédaction du plan, ont accepté le plan et sont soumis à son exécution une fois le plan arrêté par le tribunal. La relation entre le débiteur et les créanciers, bien que supervisée par le tribunal, revêt tous les aspects d'un contrat²⁶⁰. Le caractère conventionnel du plan ne fait aucun doute. Il est privilégié sur le territoire américain. Ce rapport original est la clé du succès de la procédure du Chapitre 11 depuis son origine. Les juridictions américaines défendent l'importance du caractère contractuel du plan. Les décisions économiques doivent être adoptées « in the board room, not in the court room », soit en conseil d'administration et non au tribunal²⁶¹. En droit français, un tournant vers un plus grand libéralisme est remarqué. Les créanciers, impliqués de la sorte, sont responsables de l'avenir de l'entreprise et surtout de l'avenir de leur créance. Le droit français, tout comme le droit américain favorise désormais cet aspect afin de rendre les procédures de réorganisation françaises attractives tant pour le débiteur que pour les créanciers. Cependant, les pouvoirs du juge français sont encore bien présents. Un contrôle judiciaire reste encore le meilleur moyen d'assurer une transparence dans la procédure. « Quoi qu'il en soit, la dimension judiciaire dans le plan de sauvegarde à la française supprime le principe de contractualisme propre au système américain »²⁶². La procédure de sauvegarde est ainsi une « procédure très encadrée », à l'image du redressement judiciaire²⁶³.

L'implication des créanciers au cours de la phase de l'élaboration du plan renforce de manière importante les chances de succès du sauvetage de l'entreprise. Les créanciers participent également au sauvetage de l'entreprise en apportant leurs concours financiers. Les réformes françaises de 2005 et de 2008 améliorent grandement la situation de ces derniers afin d'assurer le financement du sauvetage de l'entreprise.

B. Le financement du sauvetage de l'entreprise, les créanciers partenaires de l'entreprise

Suite à la réforme de 2005, le droit des procédures collectives françaises fait un grand pas en avant vers les créanciers apporteurs de fonds. Alors que ces derniers sont encouragés

²⁶⁰ Le plan trouve ainsi une double nature. Il est contractuel mais également judiciaire par l'intervention requise du tribunal mais également celle des multiples organes judiciaires.

²⁶¹ *Affaire Curlew Valley Ass.*, 14 B.R. 511 (Bankr. D. Utah 1981) cité dans M. Tanger, *La Faillite en Droit Fédéral des États-Unis*, Economica, 2002, p.363

²⁶² T. DORLEAC, *Supra* note 29

²⁶³ Sénateur GAUDIN, dans *Ibid*

aux États-Unis, le droit français les condamnait pour avoir artificiellement soutenu l'entreprise en difficulté ou au contraire pour rupture abusive d'un contrat²⁶⁴. Cette situation ambiguë encourageait les fournisseurs de crédit à être méfiants à l'encontre de tout entrepreneur, mettant un frein à l'économie du pays. La jurisprudence française a adouci les dispositions législatives à l'encontre des fournisseurs de crédit leur accordant des moyens de défense²⁶⁵. La réforme de 2005 va plus loin pour favoriser ces crédits. L'ouverture d'une procédure de réorganisation procure non seulement des avantages aux dispensateurs de crédit, mais également une protection. Il est désormais impossible d'entamer des actions en nullité pour constitution de sûretés au cours de la période suspecte car le débiteur n'est pas en cessation de paiements ou encore d'éteindre des créances non déclarées. Les établissements de crédit offrant des concours à l'entreprise en difficulté ont le paiement de leur créance garanti. Le droit français des procédures collectives, à l'image du droit américain, s'oriente vers une conception économique du droit des entreprises en difficulté favorisant les prêteurs de deniers. Désormais, financer l'entreprise en difficulté ou la procédure en vue d'assurer le succès du plan n'est plus punissable; il est même encouragé (1). Un tel financement doit permettre d'assurer la continuité de l'activité pendant la procédure, mais également d'avoir les moyens d'exécuter le plan accepté (2).

1. Le financement de l'entreprise pendant la procédure

Le financement de l'entreprise au cours de la procédure de réorganisation est nécessaire au bon déroulement de cette dernière²⁶⁶. L'absence de financement pourrait entraîner l'arrêt de l'activité, rendant l'avenir de l'entreprise incertain. Les droits américain et français le prévoient donc dans les textes et en pratique. Afin d'attirer de nouveaux créanciers à apporter un concours financier à l'entreprise en difficulté, ces deux législations envisagent, d'une part, la mise en place de priorités de paiement pour les créanciers apportant leur concours et, d'autre part, l'absence de responsabilité des fournisseurs de crédit.

• Priorités de paiement des apporteurs de deniers

Les législations américaine et française prévoient un système de priorités pour les prêteurs postérieurs à l'ouverture de la procédure de réorganisation.

²⁶⁴ Art. L.313-12 c. mon. et fin.

²⁶⁵ Cass. com. 7 janv. 2003, n°25 D, Société Générale c/ Sandoli; Cass. com. 10 déc. 2003: *Bull. Joly*, 2004, p.491, note F.-X. Lucas

²⁶⁶ F. DERRIDA, « Le financement de l'entreprise », *Les innovations de la loi sur le redressement juridique des entreprises*, RTD com. 1986, T1, éd. Sirey, p.62

Dans le cadre d'une procédure du Chapitre 11, la mise en place d'un financement²⁶⁷ peut intervenir très rapidement après l'ouverture d'une procédure de réorganisation²⁶⁸. Le débiteur ou le syndic peuvent obtenir des crédits dits ordinaires de la part d'établissements de crédit ou de fournisseurs. Or, au vu des circonstances particulières, les prêteurs exigent des garanties fortes. La suspension des poursuites ou « *Automatic Stay* » concernent toutes les créances²⁶⁹ qu'elles soient antérieures ou postérieures à l'ouverture de la procédure de réorganisation. Ainsi afin de motiver des nouveaux ou anciens créanciers à financer l'activité poursuivie, le débiteur a la possibilité de leur offrir une garantie de paiement sur un créancier privilégié antérieur. Cette garantie peut concerner des actifs non grevés ou porter atteinte aux droits des créanciers antérieurs munis d'une sûreté sur les éléments de l'actif²⁷⁰.

Ce type de financement est accepté par les tribunaux une fois la démonstration de l'impossibilité d'obtenir un crédit dans des termes moins onéreux apportée. Certaines juridictions s'appuient sur la qualité des démarches faites par le débiteur ou le syndic, voire le nombre d'établissements financiers démarchés²⁷¹. Le tribunal peut également opérer un contrôle de l'utilité d'une telle mesure et vérifier qu'il s'agisse bien d'un crédit nécessaire à la préservation de l'actif du débiteur. Cette solution est limitée aux entreprises ayant de fortes chances de survie. La loi exige, lorsque le débiteur octroie à son prêteur une « *superpriority* »²⁷², de conférer au créancier subordonné un dédommagement (l'« *adequate protection* »).

Outre les priorités de paiement ainsi prévues, les créanciers anciens ont la possibilité de demander une autre garantie en échange de leur participation financière au sauvetage de l'entreprise. Il s'agit du bénéfice de « *cross-collateralization* » ou gages croisés²⁷³. La garantie octroyée est relative à la fois à la créance antérieure et à la créance postérieure. Elle se révèle ainsi très intéressante pour les créanciers qui ont de faibles chances de recouvrer leur créance en totalité, c'est-à-dire en particulier les créanciers chirographaires. Cette solution prétorienne porte atteinte de manière importante au principe d'égalité du

²⁶⁷ M. TANGER, *Supra* note 67, p.309

²⁶⁸ Entre le 20^e et le 40^e jour suivant l'ouverture de la procédure

²⁶⁹ Il existe quelques exceptions telles que l'équivalent des frais de justice du droit français qui doivent être payées à leur échéance

²⁷⁰ 11 U.S.C. 364 (c)(2), (3) et (d)

²⁷¹ *Affaire The Grouse Group, Inc.*, 71 B.R.544 (Bankr.E.D.Pa.1987): le débiteur n'ayant démarché qu'une banque n'a pas accompli les diligences exigées par la loi

²⁷² Traduction : super-privilège

²⁷³ BAIRD, *Elements of Bankruptcy*, Foundations Press Inc., 1992, pp.212 et s.

traitement des créanciers d'une même période et d'une même classe. Certaines juridictions ont ainsi préféré abandonner une telle technique²⁷⁴. D'autres continuent de l'appliquer, dans le but de faciliter les investissements, mais dans des conditions strictes. Une large publicité permettant à des créanciers de s'y opposer est requise. Le recours à une telle technique ne doit pas représenter un contournement de la loi, en privilégiant par exemple un seul créancier. L'objectif de cette garantie doit être l'intérêt général des créanciers et la réorganisation de l'entreprise. Enfin, cette garantie pourra être accordée qu'une fois que le débiteur aura démontré la nécessité de cette dernière pour le succès de la réorganisation et que le prêteur n'accorderait pas de concours financiers sans cette garantie

En droit français, le jeu des priorités et des privilèges accordés aux créanciers postérieurs existe également. Les créanciers postérieurs privilégiés n'ont pas de rôle à jouer dans le déroulement de la procédure collective. Ils ne sont pas représentés par un mandataire judiciaire. Ils ne sont pas consultés sur le projet de plan. Mais, ce qui constitue le principal avantage de ces derniers est leur droit de poursuites individuelles. En effet, la suspension des poursuites individuelles ne les affecte pas²⁷⁵. Ils détiennent ainsi un droit de priorité de paiement sur les autres créanciers. La loi de 2005 limite fortement les exceptions au principe de la suspension des poursuites individuelles au cours de la procédure. Alors que la loi de 1967 limitait l'application du principe de suspension des poursuites aux seuls créanciers chirographaires, la loi de 1985 élargit son champ d'application en y incluant les créanciers privilégiés antérieurs. L'article L.622-17 du code de commerce issu de la réforme 2005, modifié par l'ordonnance de 2008, étend une fois de plus le principe en excluant spécifiquement les créanciers postérieurs participant au sauvetage de l'entreprise²⁷⁶ et les fournisseurs « d'une prestation fournie au débiteur » pendant la période d'observation²⁷⁷. Ce droit leur permet ainsi de poursuivre le débiteur pendant la procédure

²⁷⁴ Cour d'Appel du 11ème Circuit, dans l'affaire Saybrook Manufacturing. Co., Inc., 963 F.2d 1490 (11th Cir.1992)

²⁷⁵ Art. L.622-21 c.com.

²⁷⁶ F. PEROCHON, « Interdictions de paiements et traitement des sûretés réelles », *D.* 2009, p.651

²⁷⁷ L'article L.622-7 du code de commerce pose une exception à ce principe: il s'agit des créances alimentaires antérieures ou postérieures. Ces dernières peuvent être payées et elles échappent à l'obligation de déclaration. Le recouvrement de ces dernières ne pourra se faire qu'une fois la procédure close. Cette disposition issue de l'ordonnance de 2008 consacre une jurisprudence antérieure considérant les créances alimentaires comme des créances personnelles au débiteur personne physique. L'article L.622-7 issu de la loi n°845-2005 posait un doute sur l'application du principe de suspension des poursuites individuelles relatives à des créances individuelles postérieures (Com. 1er févr. 2005, préc., Bull. civ. IV, n° 18 ; APC 2005-4, obs. HENRY ; D. 2005. Jur. 2196). Ces dernières peuvent être payées et échappent à l'obligation de déclaration (Art. L. 622-24 al.7 c. com.). De même, les créances dites alimentaires ne font l'objet d'aucune priorité en droit américain étant considérées comme des dettes personnelles. Elles ne peuvent donc pas être payées sur la masse de la faillite.

et même d'appréhender des biens nécessaires à la sauvegarde ou au redressement de l'entreprise.

Un tel privilège s'applique également aux « personnes qui avaient consenti [dans le cadre d'un accord homologué] à un nouvel apport en trésorerie au débiteur en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité » et aux « personnes qui fournissent, dans l'accord homologué, un nouveau bien ou service en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité »²⁷⁸. Ce privilège est très fort car il a un double effet: envers les créanciers antérieurs et les créanciers postérieurs et car il s'applique en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaires. Pour bénéficier d'une telle disposition, les banques n'hésite pas à demander la subordination de leur concours à l'homologation de l'accord malgré le fait que cette démarche fasse perdre à l'accord toute confidentialité.

Ce type de privilège, qualifié de « favoritisme à l'égard du banquier »²⁷⁹, bien que positif pour l'entreprise en difficulté puisque favorisant son financement, présente toutefois des zones d'ombres. Ces créanciers postérieurs sont en compétition directe avec les frais de justice ou « *administrative fees* », qui sont payés prioritairement²⁸⁰. De plus, contrairement au droit américain où les salariés ne sont payés qu'après les autres créanciers privilégiés²⁸¹, les créanciers postérieurs français sont en compétition directe avec les salariés dotés d'un super-privilège²⁸². L'existence de ces créances concurrentes peut avoir pour effet de limiter les investissements, les établissements de crédit prenant en compte leur rang de remboursement avant d'octroyer tout concours financier. Enfin, certains auteurs reprochent au privilège de l'article L.622-17 du Code de commerce de maltraiter les associés²⁸³. En effet, l'associé qui souscrit une augmentation de capital ne se voit pas doté de ce privilège. Le financement par nouvelle dette semble être favorisé sur le financement par l'augmentation du capital à ce moment de la procédure.

Les législateurs américain et français ont tous les deux choisi de favoriser les créanciers privilégiés postérieurs participant au sauvetage de l'entreprise par des priorités de

²⁷⁸ Art. L.611-11 c. com. Renvoi à l'application de l'article L.622-17 C. com.

²⁷⁹ A. BRUNET, *Supra* note 72, p.48

²⁸⁰ Les « *administrative fees* » ne sont pas soumis à l'« Automatic Stay »

²⁸¹ 11 U.S.C. 507

²⁸² Art. L.625-9 c. com.

²⁸³ J. STOUFFLET et N. MATHEY, « Loi sur la Sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005, commentaire des dispositions applicables aux concours financiers », *Revue de Droit Bancaire et Financier*, Janv.-fév. 2006, p.54

paiement. Le droit américain opte pour des garanties fortes à l'encontre des créanciers antérieurs, le droit français préfère poser une exception au principe de suspension des poursuites favorisant les financements au cours de la procédure. Cependant, cet élargissement du champ d'application du principe de suspension des poursuites individuelles rapproche le droit français des procédures collectives du droit américain pour lequel le champ d'application de l' « *Automatic Stay* » est très large.

Ces priorités offrent un avantage certain aux créanciers apporteurs de deniers. Les droits américains et français vont encore plus loin pour favoriser le financement de l'entreprise au cours de la procédure en excluant la responsabilité des fournisseurs de crédit.

- **Absence de responsabilité des fournisseurs de crédit**

Outre le fait de faciliter le paiement des prêteurs de deniers, le droit français a opéré un revirement législatif important en disposant de leur irresponsabilité du fait de leur concours financier.

Antérieurement à la loi de 2005, le banquier prêteur au débiteur se trouvait dans une situation délicate, les difficultés financières du débiteur apparaissant. Soit il cessait son crédit et risquait d'être poursuivi pour rupture brutale et abusive du crédit, soit il continuait son soutien financier et se voyait accusé de soutien artificiel de l'entreprise. Les banquiers étaient ainsi réticents à prêter de l'argent à une entreprise susceptible de connaître des difficultés. Or le crédit est indispensable au sauvetage d'une entreprise. La France ne souhaite plus voir effondrer des entreprises par manque de financement, à cause d'une trop grande pression exercée sur les banquiers par la menace de la responsabilité pour soutien abusif²⁸⁴. La jurisprudence française a agi dans ce sens de manière pro-active, limitant la responsabilité pour soutien abusif d'un établissement de crédit, « qui a fautivement retardé l'ouverture d'une procédure collective » à la réparation de « l'aggravation de l'insuffisance d'actif qu'il a ainsi contribué à créer »²⁸⁵.

²⁸⁴ Exposé des motifs de l'amendement n°602 de Xavier de Roux, destiné à « permettre de sortir de l'incertitude juridique qui a régné jusqu'à présent et dont les banques se prévalent pour mener une politique de crédit très frileuse », Ass. nat., 3^e séance du 8 mars 2005. V. aussi la position du gouvernement pour qui l'insécurité juridique qui résulte de la jurisprudence sur le soutien abusif « conduit très souvent les créanciers à limiter ou refuser des concours financiers aux entreprises en difficulté, au détriment du maintien de l'activité économique et de la préservation de l'emploi », obs. du gouvernement sur les recours dirigés contre la loi de sauvegarde des entreprises, *J.O* n°173 du 27 juillet 2005, p.12231

²⁸⁵ Cass. com., 22 mars 2005, n°03-12.922, *Crédit industriel de l'Ouest c. Chataignère*, Bull.civ.IV n°67 : « L'établissement de crédit qui a fautivement retardé l'ouverture de la procédure collective de son client n'est tenu de réparer que l'aggravation de l'insuffisance d'actif qu'il a ainsi contribué à créer » ; *G.P. Proc. coll.*

La loi de 2005 consacre cette jurisprudence par l'article L.650-1 du code de commerce disposant que « l'établissement de crédit ne peut être tenu pour responsable des préjudices financiers éventuellement subis par d'autres créanciers du fait de son engagement durant ce délai ». L'objectif de la loi est clair : le redressement de l'entreprise en difficulté. Cela implique le maintien ou l'octroi de concours financiers. L'article L.650-1 du code de commerce œuvre dans ce sens en encourageant le financement par la voie bancaire des entreprises françaises qui étaient largement inférieur au crédit fournisseur²⁸⁶. Le caractère économique du droit des entreprises en difficulté est pris en compte.

Le champ d'application du nouvel article se veut volontairement large. Tous les créanciers sont compris bien que les principaux intéressés soient les établissements de crédit. Et toutes les sortes de crédit²⁸⁷ que ce soit des crédits inter-entreprises ou des crédits consentis par les fournisseurs à leurs clients mais également les nouveaux crédits octroyés par les établissements de crédit sont concernés. Afin d'éviter tout abus de la part des établissements de crédit, la loi prévoit trois exceptions à ce principe: la fraude, une immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur et la situation où les garanties sont disproportionnées²⁸⁸.

Le texte prévoit des sanctions en cas de survenance de l'une des exceptions précitées²⁸⁹. Il s'agit de l'annulation des garanties prises en contrepartie des concours déclarés fautifs. De plus, en cas de dommage réparable, c'est-à-dire l'aggravation de la situation financière postérieurement à l'octroi du crédit fautif, la responsabilité du prêteur peut être engagée par le mandataire judiciaire. Ces exceptions risquent de limiter les soutiens aux entreprises subissant des difficultés par peur des banques de se voir privées de leur garantie. Certains auteurs ont ainsi qualifié cette nouvelle disposition de « cadeau empoisonné »²⁹⁰.

L'article L.650-1 du code de commerce se voit critiqué sur d'autres points dont son

2005/2,6-7 juillet 2005, p.32, obs. R. Routier

²⁸⁶ D. LEGEAIS, « Les concours consentis à une entreprise en difficulté (c.com., art. L.650-1) », *JCP.E.*, n°42, p.1747

²⁸⁷ Prêts, escompte, découverts, crédits garantis par cession de créance professionnelle et les délais de paiement pourraient être concernés

²⁸⁸ Le principe de proportionnalité des garanties est important en droit français (J. Mestre, *Réflexions sur l'abus de droit de recouvrer sa créance*, Mélanges Raynaud 1985, p.439 et s.) et est consacré par de nombreux textes législatifs (Art. 2013 C.civ. Relatif au cautionnement; art. L.313-10 et L.341-4 C. cons. Protégeant la caution personne physique contre des engagements disproportionnés; art. 2161 et 2162 c.civ. Prévoyant des mécanismes de réduction d'inscriptions hypothécaires; ...).

²⁸⁹ R. DAMMANN, « La situation des banques titulaires de sûretés, après la loi de sauvegarde des entreprises », *Banque et Droit*, n°103, septembre-octobre 2005, p.21

²⁹⁰ D. ROBINE, « L'article 650-1 du code de commerce : un « cadeau » empoisonné ? », *D. Chr.* n°1, p.69

manque de précision alors que la jurisprudence antérieure étaient parvenu à déterminer des paramètres précis maitrisés des établissements de crédit²⁹¹. La nouvelle loi modifie ces paramètres et amène la nécessité d'une nouvelle « construction jurisprudentielle équilibrée »²⁹². De plus, l'absence de responsabilité pourrait faire craindre à un abus des crédits à destination d'une entreprise dont le redressement serait impossible, alors qu'à l'inverse l'imprécision des sanctions aurait comme effet une pénurie de crédit²⁹³. La solution dégagée par le projet de loi de 2004²⁹⁴ prévoyant un principe absolu dans le cadre d'un accord homologué semblait plus opportun, face à un principe trop large, non contrôlé²⁹⁵.

En prévoyant le principe de l'irresponsabilité du banquier, le droit français prend une tournure plus libérale. En effet, « les États orientés vers une idéologie libérale sont moins enclin à reconnaître une responsabilité au banquier, à raison des concours fournis à l'entreprise en difficulté »²⁹⁶. Ainsi, en droit américain, il n'existe pas de théorie susceptible d'engager la responsabilité du banquier pour soutien prétendument abusif d'une entreprise en difficulté²⁹⁷. Cette responsabilité n'aurait aucun fondement en « l'absence d'un lien contractuel »²⁹⁸ entre les banquiers et les créanciers de l'entreprise en difficulté trompés par l'apparence d'une entreprise financièrement saine et, de manière générale, les victimes de l'aggravation financière de la situation de l'entreprise.

La responsabilité du banquier peut tout de même être engagée en cas d'immixtion dans les affaires de l'emprunteur²⁹⁹. L'immixtion du banquier doit avoir une part de responsabilité dans la faillite de l'entreprise³⁰⁰. La sanction sera la subordination de ses créances, le déclassant de son rang. Il s'agit de l'« *equitable subordination* » ou de la « subordination-

²⁹¹ Cass. Com., 12 juillet 2005, trois arrêts, n°1265, 1264 et 1266, Banque et droit, n°104, nov-déc.2005, p.80, obs. T. Bonneau

²⁹² J. Moury, « La responsabilité du fournisseur de « concours » dans le marc de l'article L.650-1 du code de commerce », D. 2006, n°25, p.1743

²⁹³ R. DAMMANN, « The reform of Lender's Liability in France », Butterworths Journal of International Banking and Financial Law, Novembre 2005, p.396 mentionne l'absence de définition de la règle de proportionnalité

²⁹⁴ L'article 7 du projet de loi du 26 janvier 2004 prévoyait que seuls les concours consentis dans le cadre d'un accord homologué était concerné par le nouveau texte.

²⁹⁵ D. ROBINE, *Supra* note 286, p.69

²⁹⁶ A.-L. CAPOEN, *La responsabilité bancaire à l'égard des entreprises en difficulté*, Thèse de doctorat, sous la direction de C. SAINT-HALARY-HOUIN, 2008, p.54 in <http://www.biu-toulouse.fr/uss/scd/theses/fiches-pdf/capoen-a-l/ThALCapoen.pdf>

²⁹⁷ P. COOGAN, « La responsabilité du banquier en droit américain », in *La responsabilité extra-contractuelle du donneur de crédit en droit comparé*, FEDUCI 1984, p.170 ets.

²⁹⁸ G. A. LIKILLIMBA, *Le soutien abusif d'une entreprise en difficulté*, Litec 2è éd., 2001, p.164, n°173

²⁹⁹ Section 510(c) loi de 1978

³⁰⁰ *Re Clark pipe & Supply Co. Inc.* F2d (5th Circ. 1990)

sanction »³⁰¹.

Certains auteurs défendront le point que le droit français ne s'est pas inspiré d'autres droits, car aucun droit ne prévoit le principe d'« une responsabilité cantonnée »³⁰². Cependant il est clair que le droit français s'oriente vers une conception plus libérale où le financement de l'entreprise représente un élément important. Les créanciers sont favorisés afin de participer au sauvetage de l'entreprise. Cet aspect économique du droit français des entreprises en difficulté se remarque également à la suite de la procédure, lors de l'exécution du plan.

2. Le financement du plan

Le financement du plan peut se faire de plusieurs manières. Le recours au crédit auprès de banques est une possibilité³⁰³. Il existe, aux États-Unis, des banques spécialisées dans le financement de la faillite car elles obtiennent des garanties non négligeables. De même, la commission européenne a entamé des travaux en vue d'encourager les banques à financer les entreprises en difficulté³⁰⁴. L'émission des parts sociales en est une autre. La loi de 2005 donne la possibilité aux auteurs du projet du plan le soin de « prévoir » une « modification du capital »³⁰⁵. L'augmentation du capital en tant que financement de l'entreprise au cours du plan, existant en pratique en droit américain, retiendra notre attention. Une loi de 2010³⁰⁶ prévoit de faciliter la conversion des créances par voie de compensation en titres³⁰⁷.

Il existe en droit américain le principe de l'« *Absolute Priority* », selon lequel le plan peut

³⁰¹ M. TANGER, *Supra* note 67, p.220

³⁰² A.-L. CAPOEN, *Supra* note 296, p.66

³⁰³ La loi de 2005 offre aux banquiers titulaires de sûretés de nouvelles opportunités pour améliorer le recouvrement de leurs créances. (R. DAMMANN, *Supra* note 289, p.16)

³⁰⁴ Règles de Bâle II. Au sein de la directive européenne dite CRD adoptée par la Commission Européenne en juillet 2004, de nouvelles conditions de fonds propres pour les banques et entreprises d'investissement ont été introduites afin d'assurer des applications cohérentes dans toute l'Union Européenne. L'objectif de telles mesures est de rendre les fonds propres des établissements financiers mieux alignés avec les risques qu'ils prennent. « L'activité de prêt deviendra donc bien plus sensible au risque. Une telle démarche impliquera la création de nouvelles normes pour la détermination de conditions de fonds propres minimum pour les banques, ce qui impliquera à son tour que les banques devront commencer à se débarrasser de prêts non rentables ('NPL') afin d'assurer qu'elles disposent de fonds propres suffisants pour supporter leur risque. Ce changement aura pour répercussion une hausse du niveau de dette des entreprises en difficulté disponible sur le marché ». A PLAINER, « Le marché européen de la dette des entreprises en difficulté », *Eurofenix*, automne 2005, p.20

³⁰⁵ Art. L.626-3 c. com.

³⁰⁶ Projet de modification du Code de commerce déposé par la Chancellerie pour consultation le 27 juillet 2010 http://www.budget.gouv.fr/directions_services/dgtpe/secteur_financier/haut_comite_place/100817projet_codecom.pdf

³⁰⁷ Art. L.626-5 du projet *Ibid*

être considéré convenable s'il n'octroie aucune répartition, ni ne prévoit de rétention de biens au profit de toute personne occupant un rang inférieur à celui des créanciers dont les droits sont ainsi réduits. De plus toujours selon cette règle, le débiteur et les propriétaires de l'entreprise, soit les actionnaires, ne peuvent être payés de la masse de faillite tant que tous les créanciers n'ont pas recouvré leur créance en totalité³⁰⁸. Ce principe concerne principalement les associés, les actionnaires et l'entrepreneur individuel qui seront payés les derniers. Ainsi, dans la plupart des cas, les anciens actionnaires ne peuvent conserver leur participation dans la société. Ce principe a été assoupli par la jurisprudence *Case*³⁰⁹ qui avait admis que les propriétaires pouvaient toutefois conserver des parts d'intérêts dans la société en échange d'une contribution à la reconstitution du capital pour une somme équivalente aux droits qu'ils entendaient garder dans la société. Il s'agit de la « *new value exception* ». Cette règle a pour objectif d'encourager les actionnaires, propriétaires de la société, à renflouer le capital de cette dernière à hauteur au moins des parts qu'ils souhaitent conserver. Cette technique constitue pour certaines entreprises la seule chance pour une entreprise en difficulté d'avoir un nouveau départ.

En droit français également, l'augmentation du capital est désormais considérée comme un moyen stable de financer le plan. La loi de 1985 prévoyait une reconstitution du capital pour tout plan de continuation. La jurisprudence a adouci cette solution en laissant le choix à l'administrateur³¹⁰. La loi de 2005 vient asseoir cette position en fixant les modalités des augmentations de capital dans le cadre d'un plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire³¹¹. Certaines augmentations de capital sont prévues par le plan et décidées lors de la période d'observation, d'autres sont décidées après l'adoption du plan³¹².

L'article L.626-3 du code de commerce prévoit que le projet de plan peut envisager des modifications de capital. Dans ce cas, l'assemblée générale extraordinaire ou une assemblée des associés ainsi que, le cas échéant, les assemblées spéciales³¹³ ou générales des masses relatives aux valeurs mobilières donnant accès au capital³¹⁴ sont convoquées par l'organe social compétent à la demande de l'administrateur ou à défaut les dirigeants de

³⁰⁸ S. D. LONGHOFER et C. T. CARLSTROM, « Absolute Priority Rule Violations in Bankruptcy », *Economic Review*, Vol. 31, No. 4, (4th Quarter 1995), pp. 21-30

³⁰⁹ Affaire *Case v. Los Angeles Lumber Products Co.*, 308 U.S. 106 (1939)

³¹⁰ Cass. com., 6 mars 1990, *D.* 1990, p.218 note F. Derrida

³¹¹ Art. L.626-3 c. com.

³¹² M. JEANTIN et P. LE CANNU, *Supra* note 91, 918 et s.

³¹³ Art. L.225-99 et L.228-35-6 c. com.

³¹⁴ Art.L.228-103 c. com.

la société débitrice. Si les organes ne parviennent pas à se décider sur les modifications du capital prévues dans le projet de plan, il n'y aura pas d'adoption d'un plan de sauvegarde. Enfin, « ces engagements pris par les actionnaires ou associés ou par de nouveaux souscripteurs sont subordonnés dans leur exécution à l'acceptation du plan par le tribunal »³¹⁵. Par ailleurs, l'ordonnance de 2008 vient éclaircir la loi de 2005 quant à des précisions manquantes. Désormais, en présence des comités de créanciers, le projet de plan peut « prévoir [...] lorsque le débiteur est une société par actions dont tous les actionnaires ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports, des conversions de créances en titres donnant ou pouvant donner accès au capital »³¹⁶. Comme le dit le rapport au Président de la République, « cette mesure permettra une recapitalisation tout en associant plus étroitement les créanciers au sauvetage de l'entreprise ».

L'augmentation de capital peut également être imposée par le plan. Il s'agit des cas où le plan accepté prévoit des « modifications des statuts » de l'entreprise³¹⁷. Le juge peut donner mandat à l'administrateur de convoquer l'assemblée compétente pour mettre en œuvre, en outre, une modification de capital nécessaire.

La sanction du manquement à l'augmentation de capital requise ou prévue dans le plan est la résolution de ce dernier³¹⁸ bien qu'il ne s'agisse pas d'un manquement direct du débiteur mais d'organes sociaux qui prennent des décisions au nom de ce dernier³¹⁹. La jurisprudence a également condamné en comblement de passif le nouvel associé dont les représentants étaient devenus majoritaires au conseil d'administration, qui n'avait pas souscrit l'augmentation de capital correspondant à son engagement de reconstituer des capitaux propres³²⁰.

L'augmentation du capital constitue un financement important et stable pour les entreprises en cours d'exécution du plan, et ainsi une garantie supplémentaire à la survie de l'entreprise après l'adoption du plan. Les actionnaires, propriétaires de la société, participent de la sorte au sauvetage de leur entreprise. Les droits américain et français ont bien compris son intérêt. Cependant cette solution n'est pas favorable aux petites entreprises dont de

³¹⁵ Art. L.626-3 al.3 c.com.

³¹⁶ Art. L.626-30-2 c.com.

³¹⁷ Art. L.626-15 c. com.

³¹⁸ Art. L.626-27 c. com

³¹⁹ Une telle solution existait sous l'empire de la loi de 1985 et a été dégagé par un arrêt de la Cour de cassation du 15 janvier 1991 (*JCP éd.E*, 1991, 144, n°7, obs. Cabrillac et Pétel ; *RJDA*, 1991, 296 ; *Bull. Joly*, 1991, 425, note Le Cannu ; *RJ com.*, 1991, 385, note Merle ; *Rev. Sociétés*, 1991, 383, note Guyon

³²⁰ Cass. com. 19 mars 1996, *Bull. Joly*, 1996, p.608, § 215, note Le Cannu

nouveaux investissements s'avèrent limités voire impossible.

L'importance accordée au financement de l'entreprise en le facilitant et l'encourageant existe en France tout comme aux États-Unis. Malgré le fait que les deux législations offrent aux fournisseurs de crédit des avantages similaires et encouragent le financement en vue du sauvetage de l'entreprise, les méthodes demeurent différentes. Le droit français s'oriente vers une conception beaucoup plus économique que sous les lois antérieures, suivant sur ce point le modèle libéral américain.

En tant qu'acteurs de la procédure, les créanciers ne font plus que la subir mais y participent activement. Que ce soit à travers les différentes étapes de l'adoption et de l'exécution du plan de réorganisation ou encore par le biais du financement, le rôle des créanciers a beaucoup accru en France. Les créanciers français ont désormais à l'image des créanciers américains un rôle de décideur du sort de l'entreprise. Le sauvetage de l'entreprise et donc sa réorganisation doit être un résultat des concertations et de coopération entre les créanciers et le débiteur. La survie de l'entreprise dépend en grande partie des créanciers. Les voici responsabilisés. Mais leur implication dans la procédure ne limite pas leur rôle au sauvetage de l'entreprise, ils doivent également pouvoir assurer la défense de leurs intérêts, collectifs ou individuels. La réforme de 2005 rapproche une fois de plus le droit français de la conception américain en assurant la défense des intérêts des créanciers.

II. LES CREANCIERS ET LA DEFENSE DE LEURS INTERETS

Une procédure se révèle attractive pour les créanciers lorsque les intérêts de ces derniers sont protégés. La défense des intérêts collectifs et individuels des créanciers est donc assurée tout au long de la procédure. Les réformes françaises de 2005 et de 2008 sont venues accentuer les prérogatives des créanciers en la matière permettant une analogie intéressante entre la défense des intérêts des créanciers telle qu'existant en droit américain et en droit français. L'étude portera ainsi sur la défense de l'intérêt collectif des créanciers (A), d'une part, et sur la défense des intérêts individuels d'autre part (B).

A. Défense de l'intérêt collectif des créanciers

L'intérêt collectif des créanciers, proche de l'intérêt général de la procédure, est principalement défendu par les organes de la procédure. Toutefois les créanciers, eux-

mêmes, ont la possibilité de défendre leur intérêt collectif.

1. La défense de l'intérêt collectif des créanciers par le tribunal et les organes procéduraux

La défense de l'intérêt collectif des créanciers est assurée par les organes de la justice, que ce soit le tribunal ou d'autres organes de la procédure.

• Le rôle du tribunal

Avant de présenter le projet du plan aux créanciers et actionnaires en vue de leur vote, le débiteur soumis au droit américain doit solliciter le juge en vue d'obtenir son approbation à la divulgation d'un tel projet. Cette étape se déroule par la remise au juge d'une « déclaration de divulgation » ou *disclosure statement*, permettant au juge de vérifier que toutes les informations nécessaires sont présentes dans le projet. Ces informations requises sont celles permettant aux créanciers et actionnaires de voter le plan de façon avertie. La notion d'informations adéquates exigée est définie à la section 1125 (a) du code fédéral de la faillite.

Une fois le plan voté par les comités de créanciers ou les classes des créanciers, le tribunal est saisi en vue d'arrêter le plan. Le juge français recherchera la présence de plusieurs éléments dont la faisabilité du plan, notamment sur le point économique, et si « les intérêts de tous les créanciers sont suffisamment protégés »³²¹. Contrairement au juge français, le juge américain ne va pas se prononcer sur l'aspect économique du plan, ni même sur la nécessité d'une liquidation. Il vérifiera tout d'abord que le plan est viable, c'est-à-dire qu'il ne risquera pas de déboucher sur une liquidation ou sur une nouvelle procédure de réorganisation. Il limitera son contrôle aux conditions légales relatives à la consultation des créanciers et le traitement de leurs droits. Cette procédure est assez proche du « contrôle de la justice » existant à l'époque sous la loi du 13 juillet 1967 relative au concordat. Le juge américain vérifiera que le plan est juste et équitable et qu'un minimum de créanciers ait voté en sa faveur.

Le plan sera considéré juste et équitable, selon le droit américain, si tous les créanciers placés dans une même classe ont un traitement identique, et s'ils recouvreront par le biais du plan la valeur de leur créance ou un bien d'une valeur équivalente. Pour être considéré

³²¹ Art. L.626-31 al.1 c. com.

juste, le plan doit également prévoir que tous les créanciers ne recouvrent pas moins par le plan qu'ils auraient reçu dans le cas d'une liquidation sous la Chapitre 7 du code de la faillite³²². Il s'agit du *Best Interest Test*. Cette disposition a deux objectifs. Elle permet, d'une part, de s'assurer qu'une entreprise ayant plus de valeur liquidée qu'en activité sera liquidée et non réorganisée et, d'autre part, elle fournit une protection à la minorité des créanciers qui n'aurait pas accepté le plan au sein de leur classe. A l'égard des créanciers chirographaires, les caractères juste et équitable sont reconnus au plan s'il prévoit le paiement du montant admis de la créance, immédiatement ou de manière différée, avec les intérêts.

Pour les créanciers privilégiés, le plan est considéré juste et équitable³²³ si ces créanciers sont désintéressés comme suit :

- le créancier détenteur d'une sûreté voit sa garantie conservée pour le montant total de sa créance³²⁴ et reçoit un paiement différé, équivalant au montant total de sa créance admise. Ces paiements doivent avoir une valeur, à la date d'entrée en vigueur du plan, équivalente à celle du bien grevé. Dans le calcul de cette valeur actuelle, les juridictions tendent à préconiser la comptabilisation des intérêts et les dédommagements octroyés pour les délais imposés.
- si le débiteur veut vendre les biens purgés des garanties, le créancier doit avoir une garantie sur le prix de vente de valeur équivalente à celle de sa créance. Le créancier peut toujours se porter acquéreur lors des enchères et compenser sa créance sur le montant de la vente³²⁵.
- le tribunal peut néanmoins accepter tout autre traitement constituant un « *indubitable equivalent* » de la créance³²⁶, c'est-à-dire une équivalence, telle que par exemple l'attribution du gage au créancier ou une substitution de garantie^{327, 328}.

Enfin, pour pouvoir être approuvé par le tribunal de la faillite, le juge vérifiera que la majorité au sein des classes a été respectée. Le plan doit également avoir été accepté au moins par une classe de créances dite *impaired*. Le respect du caractère contractuel du plan

³²² 11 U.S.C. 1129 (a) (7)

³²³ 11 U.S.C. 1129 (b)(2)(A)

³²⁴ 11 U.S.C. 1129 (b)(2)(A)(i)(1°)

³²⁵ 11 U.S.C. 1129 (b)(2)(A)(ii)

³²⁶ 11 U.S.C. 1129 (b)

³²⁷ *Aff. Sandy Ridge Development Corp.* 881 F. 2d 1346 (5th Cir.1989)

³²⁸ M. TANGER, *Supra* note 67, p.415

de réorganisation est recherché par le juge. Selon la section 1126 du code fédéral, le plan doit être le résultat de négociations entre le débiteur, les créanciers devant voter le document final du plan et les tiers souscrivant des engagements pour l'avenir. Le contrôle du juge porte donc sur la validité du consentement des créanciers ayant voté et le sérieux du plan. Un contrôle de telle nature existait en droit français sous la loi du 13 juillet 1967. La doctrine considérait que le concordat homologué constituait un acte conventionnel. La nature du plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire n'est pas évidente à déterminer à l'heure actuelle bien que le caractère conventionnel est de plus en plus fort.

Le droit américain connaît en la matière une spécificité non négligeable. Il s'agit de la possibilité pour le juge d'imposer un plan préparé par le débiteur et accepté par au moins une classe de créances *impaired* dès lors que le plan s'avère juste, équitable et viable. Ce pouvoir de contrainte est le pouvoir de *cram down*. Cette prérogative confiée au juge lui permet de parer à tout blocage de classes des créances ne souhaitant pas le succès d'une procédure du Chapitre 11 préférant l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire future³²⁹.

Le tribunal américain de la Faillite vérifie ainsi que les intérêts collectifs des créanciers sont protégés mais également que le caractère conventionnel du plan ait été respecté. Le tribunal français compétent vérifiera également le respect des intérêts des créanciers et des modalités de vote du plan.

Le tribunal français veille ainsi à ce qu'il n'y ait pas d'atteinte aux droits des créanciers non membres des comités. De plus, le principe d'égalité entre créanciers dont la Cour de cassation rappelle qu'il constitue un « principe d'ordre public interne et international »³³⁰, doit être respecté. Toutefois, l'ordonnance de 2008 autorise explicitement, ce qui évitera ainsi des contentieux, le « traitement différencié entre les créanciers si les différences de situation le justifient »³³¹. Cet ajout de l'ordonnance rapproche la conception française de la conception américaine où les créanciers appartenant à une même classe, c'est-à-dire dans une situation similaire, doivent être traités de manière similaire³³². Ce qui implique que des

³²⁹ 11 U.S.C. 1129(b) ; D. EPSTEIN, S. NICKLES, J. WHITE, *Bankruptcy*, Hornbook series, West publishing Co., 1993, p. 1167 à 1169

³³⁰ Cass. 1re civ., 29 sept. 2004 : Bull. civ. 2004, I, n° 215. - Dans le même sens, V. Cass. com., 6 déc. 1994 : Bull. civ. 1994, IV, n° 361.

³³¹ Art. L.626-30-2 c. com

³³² B. GRELON, *Supra* note 226, qui distingue entre la « différenciation proportionnée » et la « différenciation disproportionnée »

créanciers placés dans des situations différentes seront traités de manière différente. Bien qu'il n'existe pas de classe des créances en droit français, le résultat sera le même dans les deux juridictions : des créanciers détenant des créances similaires seront traités de la même manière.

Les juridictions américaines et françaises assurent ainsi la défense des intérêts collectifs des créanciers. Cette mission est partagée avec d'autres organes judiciaires.

- **Le rôle des organes judiciaires**

Les droits américains et français ont confié à leurs organes judiciaires la défense de l'intérêt collectif des créanciers. Cette mission est assurée en droit français par les mandataires judiciaires et le commissaire à l'exécution du plan. En droit américain, une personnalité détient cette prérogative. Il s'agit de l'*US Trustee*. Ce dernier confiera à un *creditors' committee* ces prérogatives pour l'assister dans ses fonctions.

- a. Le rôle de l'*US Trustee* et du *creditors' committee* obligatoire aux États-Unis**

Aux États-Unis, la défense des intérêts collectifs des créanciers est assurée par l'*US Trustee*. L'*US Trustee* est un agent gouvernemental, un officier des États-Unis. Pour chaque district judiciaire fédéral, ou groupe de districts, un *US Trustee* est nommé par le Procureur Général des États-Unis afin de représenter, d'une part, les intérêts du gouvernement et, d'autre part, s'assurer que la protection des intérêts des créanciers ou toute autre partie intéressée soit effective.

Les créanciers chirographaires sont considérés comme les grands perdants des procédures de faillites. Le code fédéral a donc prévu que leur intérêt nécessite une plus grande attention que celui des autres créanciers. Ainsi dans sa mission de défense des intérêts des créanciers, l'*US Trustee* s'assure, tout particulièrement, de la protection des intérêts des créanciers chirographaires. En effet, le code de la faillite évoque la désignation obligatoire, par l'*US Trustee*, d'un comité de créanciers, constitué de créanciers chirographaires, agissant dans l'intérêt de ces derniers. Ce comité est le *creditors' committee*³³³. Le *creditors' committee* est ordinairement constitué, au minimum, des sept créanciers détenant les plus grosses créances chirographaires. Mais l'*US Trustee* désigne généralement plus que sept personnes pour assurer le rôle de défense de l'intérêt des créanciers

³³³ 11 U.S.C. 1102(a)(1)

chirographaires. Cette mission est exercée sur la base du volontariat. Si aucun créancier désigné ne souhaite faire parti du comité, aucun comité ne sera formé.

La mission du *creditors' committee* est complète. Il assure d'une part la surveillance. Il est « à la fois les yeux, les oreilles et la bouche des créanciers chirographaires »³³⁴. Il peut agir en justice dans l'intérêt collectif des créanciers chirographaires. Il peut également s'opposer à l'admission à la procédure d'une créance née postérieurement à l'ouverture de celle-ci. Il peut enfin agir au nom du débiteur en possession en cas de lacune de ce dernier pour notamment demander la nullité des actes en période suspecte.

L'*US Trustee* peut désigner autant de comités additionnels représentant les créanciers (ou *equity security holders*), qu'il estime nécessaire « afin d'assurer la représentation adéquate des créanciers et des personnes intéressées »³³⁵. Cependant à la suite des critiques de la procédure du Chapitre 11 concernant son coût et sa lenteur, l'*US Trustee* évite les nominations multiples de comités. De plus, dans le cadre d'un *small business*³³⁶, dans le but de simplifier la procédure, toute partie y ayant un intérêt, peut faire une requête au tribunal afin qu'aucun *creditors' committee* ne soit désigné.

Aux Etats-Unis, l'exécution du plan est ainsi faite sous la surveillance du *creditors' committee* qui a le pouvoir de mener toute action en cas de mauvaise application du plan par le débiteur, au nom des créanciers dans leur ensemble. De plus, il se peut qu'à la suite de l'élaboration du plan, le *trustee* ou un *examiner* reste en fonction au sein de l'entreprise débitrice pour finir sa mission. Dans ce cas, ce dernier peut faire part au tribunal de tout défaut d'exécution du plan constaté.

Le *creditors' committee* a un rôle très important dans la procédure et un poids considérable lors des prises de décisions. En cas d'absence d'un tel comité, la mission de défense des intérêts des créanciers et notamment des créanciers chirographaires reviendra à l'*US Trustee*.

b. Le rôle des organes judiciaires en France

Tout comme aux États-Unis, la protection des intérêts des créanciers est exercée en

³³⁴ S. KLEE, « Creditors Committees under Chapter 11 of the Bankruptcy Code », *South Carolina Rev.*, vol.44, 1993, p.995

³³⁵ 11 U.S.C. 1102 (a)(2)

³³⁶ 11 U.S.C. 101(51D) définit un « *small business* » comme la société dont la somme des dettes conclues dans le cadre d'une activité commerciale, autres que les dettes liées à un droit de propriété, n'excède pas deux millions de dollars.

premier plan par des organes de la procédure. L'article 622-20 du Code de commerce pose le principe : « Le mandataire judiciaire désigné par le tribunal a seul qualité pour agir au nom et dans l'intérêt des créanciers ». Cependant, cette mission se trouve confiée à d'autres organes judiciaires au cours de la procédure. Il s'agit de l'administrateur judiciaire lors de l'élaboration du plan, et du commissaire à l'exécution du plan.

Le mandataire judiciaire et l'administrateur judiciaire

Lors du jugement d'ouverture d'une procédure collective, le tribunal désigne deux mandataires de justice dont un mandataire judiciaire et un administrateur judiciaire³³⁷. A la demande du Ministère Public, le tribunal peut en nommer plusieurs. Pour les petites entreprises, c'est-à-dire moins de trois millions d'euros de chiffre d'affaires et 20 salariés, la nomination du mandataire judiciaire est facultative. Le mandataire judiciaire est le mandataire de justice dont la présence se retrouve dans le déroulement de toutes les procédures collectives³³⁸. Ses principales missions, dans le cadre d'une procédure de sauvegarde, sont la vérification des créances et la représentation des créanciers³³⁹. Bien qu'il soit un organe judiciaire car nommé par le tribunal, ses fonctions sont proches de l'*US Trustee*. Il est un véritable organe de la procédure qui est nommé et peut être remplacé par le tribunal à la demande du juge-commissaire, du Ministère Public ou d'office³⁴⁰. Ce sont les mandataires chargés, par décision de justice, de représenter les créanciers dans le cas d'une procédure de sauvegarde ou de redressement³⁴¹. Le terme de mandataire judiciaire remplace la notion de « représentant des créanciers » de l'ancien code de commerce.

Le monopole du mandataire judiciaire, avant d'être défini par la loi, a été consacré par la jurisprudence³⁴². Cette position était justifiée par la présence de la masse des créanciers antérieurement à la loi du 25 janvier 1985. Le monopole du mandataire de justice a été posé légalement par la loi du 10 juin 1994³⁴³ et consacré par la loi du 26 juillet 2005. La réforme de 2005 précise que l'intérêt des créanciers pris en compte est l'intérêt

³³⁷ Art. L.621-4 c. com.

³³⁸ L'administrateur judiciaire n'est pas obligatoire dans le cas des procédures collectives relatives à des petites entreprises

³³⁹ Le mandataire judiciaire devient liquidateur dans la procédure de liquidation.

³⁴⁰ Art. L.621-7 c. com.

³⁴¹ Art. L. 812-1 c. com.

³⁴² Cass. com., 7 janv. 1976, *D.* 1976, p. 277, note F. Derrida et J.-P. Sortais; *Banque* 1976, p. 367, obs. M. Vasseur ; *Rev. Sociétés* 1976, p. 126, note A. Honorat ; *JCP G* 1976, II, 18327, note G. Gavalda et J. Stoufflet ; *RTD com.* 1976, p. 171, obs. M. Gabrillac et Rives-Lange.

³⁴³ Anc. Art. L. 621-39 c. com.

« collectif ». Il semble ainsi que le mandataire judiciaire ne puisse agir dans l'intérêt personnel d'un créancier, et qu'un créancier ne puisse agir seul dans l'intérêt collectif des créanciers³⁴⁴.

Ainsi, le mandataire judiciaire exerce les actions en justice au nom et dans l'intérêt des créanciers³⁴⁵, telles que les actions en extension contre les dirigeants ou encore dans le but de protéger la valeur des biens constituant l'actif du débiteur. En ce qui concerne les décisions arrêtant ou rejetant le plan de sauvegarde ou le plan de redressement, les créanciers ne sont pas habilités à faire appel. La défense de leurs intérêts collectifs ne peut se faire que par l'intermédiaire du mandataire judiciaire qui possède ce droit³⁴⁶. Il est, également, chargé, dans le but de protéger les créanciers, de les informer du déroulement de la procédure³⁴⁷.

L'administrateur est également désigné par le tribunal dans le jugement d'ouverture³⁴⁸. Sa nomination est obligatoire si l'entreprise a plus de 20 salariés et un chiffre d'affaires supérieur à trois millions d'euros³⁴⁹. Depuis la réforme de leur statut en 2003³⁵⁰, le tribunal peut désigner un ou plusieurs administrateurs³⁵¹. La principale mission de l'administrateur judiciaire est d'administrer les biens du débiteur et d'exercer les fonctions d'assistance ou de surveillance dans la gestion de ces biens³⁵². De plus, l'innovation de la loi de 1985 est la dissociation des fonctions de mandataire judiciaire et d'administrateur judiciaire, réservant au premier la défense des intérêts des créanciers et au second l'assistance du débiteur dans la gestion de l'entreprise. Dorénavant, chacun intervient exclusivement dans les fonctions assignées à sa profession. L'objectif est de créer deux corps de spécialistes formés pour remplir la mission propre confiée à chacun.

Cependant, lors de l'élaboration du plan, l'administrateur judiciaire tient également le rôle de défenseur des intérêts des créanciers, permettant la consultation des créanciers et de

³⁴⁴ Cass. com., 3 juin 1997, *JCP E* 1997, II, 1012, obs. M. Behar-Touchais ; *RD bancaire et fin.* 1997, p. 175, M.-J. Campana et J.-M. Calendini ; *D. Aff.* 1997, p. 517, obs. D. Derrida ; *PA* 1998, n° 13, p.22, note Likillimba ; rapp. : Cass. com., 9 déc. 1997, *Quot. Jur.* 15 janv.1998, *BRDA* 98-1, p. 9 ; *D. Aff.* 1998, n°99.

³⁴⁵ Art. L.622-20 c. com.

³⁴⁶ Art. L. 661-1 2° c. com.

³⁴⁷ Art. R.631-21 c. com.

³⁴⁸ Art. L.621-4 c. com.

³⁴⁹ Art. R.626-52 c. com.

³⁵⁰ L. no 2003-7 du 3 janvier 2003, *JO* 4 janvier, p. 256

³⁵¹ Art. L. 621-4, al. 3 c. com.

³⁵² Art. L.811-1 c. com.

« faire vivre les comités des créanciers »³⁵³. L'administrateur doit veiller que chaque créancier puisse s'exprimer et que les créanciers dont la consultation est requise se sont exprimés. A travers le plan, l'administrateur doit considérer l'intérêt collectif des créanciers.

Les rôles des mandataires de justice en France et de l'*US Trustee* laissent apparaître une similitude. Il s'agit de la présence d'un organe, non créancier, chargé de représenter les créanciers de manière collective.

Le commissaire à l'exécution du plan

Le commissaire à l'exécution du plan est désigné lors du jugement arrêtant le plan. Plusieurs commissaires peuvent être nommés. Le rôle du commissaire au plan est défini depuis 1985 comme devant s'assurer de la bonne application du plan et de répartir les dividendes entre les mains des créanciers dans le respect du plan de sauvegarde ou de redressement. Le tribunal nomme l'administrateur judiciaire ou le mandataire judiciaire à ce rôle pour une durée déterminée³⁵⁴. Cette mission de surveillance est limitée en matière de sauvegarde puisque l'entreprise est *in bonis*, et que ses dirigeants ont retrouvé les pouvoirs de gestion dans leur intégrité. Le commissaire n'exerce pas de fonction d'assistance ou de représentation du débiteur dans la procédure de sauvegarde. La mission du commissaire au plan commence dès l'homologation du plan par le tribunal, et pendant son exécution. Il prend le relai des autres organes judiciaires. Ainsi, les actions des créanciers en paiement doivent être dirigées contre lui lorsque la mission de l'administrateur est terminée³⁵⁵.

Il hérite aussi du devoir de défense de l'intérêt collectif des créanciers³⁵⁶. Comme antérieurement, il peut continuer une action introduite en justice par le mandataire judiciaire ou le représentant des créanciers. Une innovation de la loi de 2005 prévue à l'alinéa 3 de l'article L.626-25 du code de commerce est la possibilité d'engager lui-même « des actions dans l'intérêt collectif des créanciers »³⁵⁷. Le commissaire à l'exécution du plan peut également interjeter appel des décisions modifiant le plan de sauvegarde ou le

³⁵³ A. GENITEAU, « L'administrateur judiciaire et le nouveau livre VI du Code de commerce », *Revue des Procédures Collectives*, n°1, mars 2006, p.3

³⁵⁴ Art. L.626.12 c.com.

³⁵⁵ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Supra* note 8, p.578

³⁵⁶ Art. L.626-25 al.3 c. com.

³⁵⁷ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Supra* note 8, n° 872

plan de redressement³⁵⁸. De plus, les créanciers, qui n'ont pas la possibilité d'interjeter appel à l'encontre d'une décision arrêtant ou modifiant le plan, ou encore en cas d'une mauvaise exécution du plan par le débiteur, peuvent s'adresser au commissaire à l'exécution du plan pour qu'il engage une action contre le débiteur. Son rôle est de ce fait essentiel.

Enfin, si l'inexécution résulte d'un défaut de paiement des dividendes par le débiteur et que le tribunal n'a pas prononcé la résolution du plan, le commissaire procède conformément aux dispositions arrêtées à leur recouvrement³⁵⁹.

Aux États-Unis, comme en France, la fonction des organes de la procédure est d'assurer la transparence dans la procédure et la défense des intérêts en jeu. Le sort des créanciers est pris en compte et protégé. En cas d'inexécution du plan par le débiteur, le tribunal français ou américain peut décider la résolution du plan³⁶⁰. Enfin en cas d'exécution du plan s'avérant impossible, la conversion de la procédure en procédure de liquidation sera prononcée.

2. La défense de l'intérêt collectif par les créanciers : les *creditors'committees* et les contrôleurs

Que ce soit aux États-Unis ou en France, les créanciers ont également les moyens d'assurer la défense de leurs intérêts collectifs eux-mêmes. Le droit américain de la faillite prévoit la désignation obligatoire du *creditors'committee* représentant les créanciers chirographaires ; et permet aussi la création d'autres comités représentant les intérêts des autres catégories de créanciers. En France, la protection de l'intérêt collectif des créanciers par les créanciers est assurée par le biais des contrôleurs, organe qui a connu une extension de ses pouvoirs grâce à la réforme de 2005.

• Les *creditors'committees*

Les créanciers américains ont le choix entre se faire représenter individuellement ou par des représentants. Ainsi certains créanciers se regroupent sous forme de syndicats ou autres groupes informels. La forme la plus répandue demeure les *creditors'committees*. La section 1102(a)(2) du code américain de la faillite permet la nomination de

³⁵⁸ Art. L.661-1, 3° c. com.

³⁵⁹ B. SOINNE, « Plan sur plan ne vaut », *Revue des procédures collectives*, mars 2006, p.18

³⁶⁰ Art. L.626-27, al.1 c. com.

*creditors'committees*³⁶¹, autre que celui représentant les créanciers chirographaires rendu obligatoire par la loi, dont la fonction est d'assurer une représentation adéquate des créanciers qu'ils représentent. Ainsi, des comités représentant les actionnaires ou représentant les créanciers gagistes peuvent être constitués dans le but de défendre l'intérêt collectif des créanciers qu'ils représentent.

Les *creditors'committee* sont normalement constitués des créanciers possédant les créances les plus importantes, sans que le nombre de membres soit limité. De manière générale, tous les *creditors'committee*, celui des créanciers chirographaires inclus, sont formés de professionnels capables de comprendre les décisions de gestion prises par un dirigeant de société. Ces comités fonctionnent comme des associations, dotées de statuts adoptés à l'unanimité et déterminant les prérogatives du comité³⁶². Il est fréquent qu'un avocat soit employé par le comité pour le représenter au cours de la procédure, et un comptable pour réviser les comptes du débiteur et assister à la formulation du plan de réorganisation. La rémunération et autres frais liés à ces professionnels sont à la charge des créanciers représentés par les *committees*, exception faite des professionnels agissant dans le cadre du *committee* représentant les créanciers chirographaires dont leurs frais, après avoir été approuvés par le tribunal, sont considérés comme des frais de procédure.

Le rôle de ces *creditors'committees* est très large. Ils conseillent le *trustee* ou le débiteur en possession dans le but de veiller à la bonne gestion de l'entreprise. Ainsi, ils peuvent demander la nomination d'un *trustee* ou, lorsqu'un *trustee* n'est pas nommé, d'un *examiner* en cas de doute sur les compétences ou la bonne foi du dirigeant. Ils participent également à l'élaboration du plan. Les *creditors'committees* exercent toutes les actions dans le but de protéger l'intérêt des créanciers qu'ils représentent. Chaque *creditors'committee* peut ainsi paraître devant le tribunal et se faire entendre sur toutes les questions liées à la procédure. Il dispose en la matière d'un droit absolu. Il peut intenter toute action en son nom propre, et intervenir dans les instances déjà intentées par d'autres parties liées à la procédure. Par cette mission, le *committee* exerce une fonction disciplinaire, de coordination et de conseil auprès des créanciers qu'il représente. De manière générale, leur mission est, d'une part, la surveillance de l'entreprise débitrice et d'autre part, le contrôle de cette dernière dans

³⁶¹ *International Insolvency*, White & Case, LLP, Juris Publishing, 2000 p.45

³⁶² M. TANGER, *Supra* note 67, p.98

l'exécution d'un plan³⁶³.

Enfin, les créanciers à travers le *creditors'committee* ont la possibilité d'exercer une influence sur les décisions du juge. Il s'agit de l'objection. Le tribunal peut approuver la vente ou l'utilisation d'un immeuble appartenant au débiteur. Le *creditors'committee* ont le droit d'exercer une objection à l'acte. Dans ce cas, le juge reverra les conditions d'utilisation ou de vente afin d'assurer la justesse de la transaction. Le tribunal ne procédera à aucune transaction allant à l'encontre du *creditors'committee*.

Les prérogatives confiées aux *creditors'committees* nous rappellent fortement celles des contrôleurs français.

- **Les contrôleurs**

Contrairement aux créanciers constituant les *creditors' committees* aux États-Unis, les contrôleurs du droit français sont des créanciers nommés par le juge commissaire, au nombre maximum de cinq. Seuls des créanciers peuvent exercer ces fonctions. « Le contrôleur est un créancier et le créancier doit être un contrôleur »³⁶⁴. La désignation des contrôleurs a été modifiée par la loi de 2005 dans le but de leur assurer une plus grande indépendance. Désormais, lorsque le juge-commissaire en désigne plusieurs, deux d'entre eux doivent être des créanciers titulaires de sûretés et un, créancier chirographaire³⁶⁵. Les créanciers désignés sont des volontaires. Lorsque le débiteur exerce une profession libérale, l'ordre professionnel, ou l'autorité compétente, sera nommé contrôleur de droit. Un « rôle spécifique leur est reconnu de façon à assurer l'information réciproque de l'ordre, du tribunal et du mandataire judiciaire, et à concilier les actions susceptibles d'être engagées par les uns et les autres »³⁶⁶. De plus, toujours dans le but d'assurer l'indépendance des contrôleurs, il leur est interdit d'acquérir des biens de l'entreprise, ou l'entreprise elle-même, sous peine d'une sanction pénale importante³⁶⁷.

Les contrôleurs sont des organes qui existaient déjà sous le droit antérieur des procédures collectives. Leur rôle est bouleversé par la réforme de 2005. Les contrôleurs français, comme auparavant, détiennent un rôle de surveillance. Ainsi ils doivent être consultés par le tribunal avant toute décision importante quant à l'avenir de l'entreprise ; c'est le cas

³⁶³ Act of March 3, 1933, ch.204 §74 (h)

³⁶⁴ T. MONTERAN, *Supra* note 180, p.37

³⁶⁵ Art. L.621-10 c. com

³⁶⁶ Rapp. X. de Roux, n°2095, p.195

³⁶⁷ Un emprisonnement de sept ans et une amende de 750 000 euros (art. 314-2 du Code pénal)

pour le plan de sauvegarde ou de redressement³⁶⁸. Les contrôleurs peuvent ainsi prendre connaissance de tous les documents échangés, ou encore formuler des demandes. A ces fonctions, le législateur est venu ajouter une nouvelle mission aux contrôleurs : la défense de l'intérêt collectif. Désormais les contrôleurs exercent une mission beaucoup plus active³⁶⁹ à l'image du *creditors' comittee* américain. En effet, l'article L. 622-20 du code de commerce leur permet en cas de carence du mandataire judiciaire, d'« agir au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers ». Ce nouveau rôle, assurant la transparence de la procédure³⁷⁰, habilite les contrôleurs à exercer un grand nombre d'actions. La procédure n'est pas bousculée, mais la défense des intérêts des créanciers est nettement mieux représentée.

Contrairement aux *creditors'committees*, disposant de droits indépendants de l'action ou de l'inaction de l'US Trustee, les contrôleurs français sont considérés comme des organes subsidiaires. Ils ne sont pas des organes de la procédure soumis à des responsabilités et obligations importantes, et ne peuvent agir qu'en cas de carence de mandataire de justice chargé de la défense de l'intérêt collectif des créanciers. « Les contrôleurs gardiens en dernier recours de l'intérêt collectif sont là pour intervenir en cas de besoin »³⁷¹. Considérer les contrôleurs comme des organes de la procédure consisterait pour certains auteurs³⁷² à faire renaître la notion de masse des créanciers. Les « contrôleurs » américains sont beaucoup plus indépendants que les français. En effet, ils sont libres dans leur constitution, dans leurs actions. Un point commun, cependant, les unit : les contrôleurs des deux côtés de l'Atlantique ont comme objectif la défense de l'intérêt collectif des créanciers qu'ils représentent. Ils ne peuvent intenter d'action pour défendre les droits collectifs de ses membres ou l'intérêt individuel de l'un d'entre eux. Une action individuelle ou dans l'intérêt d'un groupe de créanciers sera donc considéré comme irrecevable.

Tel que mentionné précédemment, les contrôleurs se voient dotés d'une palette importante d'actions dans l'unique intérêt collectif des créanciers. Tout d'abord, les contrôleurs

³⁶⁸ Art. L. 626-9 et L. 631-19 c. com.

³⁶⁹ Ph. ROUSSEL- GALLE, « Les contrôleurs, gardien de l'intérêt collectif », dans T. MONTERAN et P.-M. LE CORRE, « loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises (2ème partie) », *Gazette du Palais*, n°252 à 253, p.3

³⁷⁰ F. MACORIG-VINIER et C. Saint-Alary-HOUIN, « La situation des créanciers dans la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises », *Revue de Droit Bancaire et Financier*, janvier-février 2006, p.60

³⁷¹ Ph. ROUSSEL- GALLE, *Supra* note 36, p.3

³⁷² *Ibid*

peuvent agir en matière de responsabilité patrimoniale, soit en comblement de passif³⁷³, en contribution aux dettes sociales³⁷⁴, et demander des sanctions telles que la faillite personnelle, mais également des infractions commises par le débiteur, telle que la banqueroute, ou par des tiers³⁷⁵. De même, il peut s'agir d'actions en nullité de la période suspecte, d'actions pauliennes, ou encore des actions en extension pour confusion de patrimoine ou fictivité de la personne morale entre autres. La possibilité d'exercer ces actions par les contrôleurs découle directement du code de commerce, mais le législateur a souhaité réglementer ces actions étant novatrices et spécifiques. Une action ne peut être introduite que par la majorité des créanciers nommés contrôleurs. Ainsi le contrôleur représentant l'ordre professionnel ou l'autorité professionnelle ne pourra être, seul, à l'initiative de telles actions. Dans la situation où un seul contrôleur a été désigné, la possibilité pour ce dernier d'engager une action dans l'intérêt collectif a fait l'objet de plusieurs critiques. Certains auteurs défendent l'idée que l'action serait irrecevable, se fondant sur la protection du débiteur, qui pourrait être l'objet de pression de la part d'un contrôleur.

La France et les États-Unis ont souhaité confier une grande partie de la défense des intérêts des créanciers aux créanciers par le biais de leurs représentants. Leurs fonctions sont contrôlées, et leur mission est la même : la protection de l'intérêt collectif des créanciers. La principale différence entre les contrôleurs français et les *creditors'committees* américains est l'étendue de leur représentation. Alors que les contrôleurs français représentent l'intérêt collectif de tous les créanciers, leurs homologues américains représentent l'intérêt collectif d'une seule catégorie de créanciers. L'intérêt collectif des créanciers est ainsi assuré que ce soit par ces derniers ou par des organes de la procédure. Mais au-delà de l'intérêt collectif des créanciers, leurs intérêts individuels doivent également être protégés. Les droits français et américains permettent aux créanciers d'assurer la défense de leurs propres intérêts en cas de défaillance du débiteur ou de mauvaise exécution du plan.

B. Défense de l'intérêt personnel des créanciers

Les créanciers ont la possibilité de défendre leurs intérêts personnels en cas de défaillance

³⁷³ Art. L. 651-3 c.com.

³⁷⁴ Sur renvoi de l'art. L. 652-5 c. com.

³⁷⁵ Art. L. 653-7 et L. 654-17 c. com.

du débiteur (1), en cas d'inexécution du plan (2) ou encore pour contester le vote des comités (3).

1. Les actions des créanciers en cas de défaillance du débiteur

Les créanciers disposent de nombreuses actions dans le but de protéger leurs propres intérêts. L'action française individuelle par excellence est l'action en responsabilité *ut singuli*. Cette action en justice permet de demander la réparation d'un préjudice personnel dont souffre le créancier. Cette action est reconnue aux créanciers depuis la loi du 13 juillet 1967³⁷⁶, le préjudice devant être « spécial, direct ou personnel, distinct de celui des autres créanciers »³⁷⁷. Le droit français permet également aux créanciers d'agir en revendication de ses biens non payés par le débiteur³⁷⁸. Ces actions ne vont pas à l'encontre de la suspension des poursuites, puisque le but de l'action *ut singuli* n'est pas le recouvrement d'une créance et que l'action en revendication ne tend pas au paiement d'une somme d'argent.

Les créanciers américains disposent d'autres droits individuels que ceux mentionnés, tel que le droit du vendeur de biens³⁷⁹. Ce dernier peut en effet exercer une action dans le but de récupérer ses biens si le débiteur ne les a pas payés et s'il était lors de leur achat déjà insolvable, si ces biens ont été vendus dans les 45 jours précédant l'ouverture de la procédure de faillite, dans le cadre normal de l'activité du débiteur³⁸⁰. Le délai pour l'action a été étendu par la nouvelle loi à 45 jours, contre 30 jours antérieurement, après réception par le débiteur des biens en question. En cas d'échec de cette action, le créancier est tout de même protégé par l'article 503(b)(9) du code de la faillite précisant que la créance relative au transfert de biens au débiteur dans la période de 20 jours avant l'ouverture de la procédure est considérée comme une créance de procédure disposant d'une priorité.

En cas de défaillance du débiteur, le droit américain accorde aux créanciers de ce derniers la possibilité d'ouvrir une faillite dite involontaire, c'est-à-dire à l'initiative des créanciers. Cette prérogative est inexistante en droit français où le débiteur est le seul à pouvoir initier

³⁷⁶ Cass. com., 31 mai 1978, *D.* 1978, p. 646, note F. Derrida et J.-P. Sortais.

³⁷⁷ C.A Versailles, 9 mai 1996, *RJDA* 11/96, n°1392, p. 985. (SAH : 789 et 806)

³⁷⁸ Cass. com., 4 janv. 2005, *Gaz. Pal.*, 29-30 avr. 2005, p. 45, obs. E. Le Corre-Broly ; LXB n° N4884ABI, note P. M. Le Corre

³⁷⁹ J. BINFORD, "Ten Most Important Changes Affecting Chapter 11 Practice", in *Understanding the Bankruptcy Reform Act of 2005 in Texas*, 2006, p.5

³⁸⁰ 11 U.S.C. 546

une procédure de sauvegarde. Cependant, dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire, l'ouverture d'une procédure peut être déclenchée par le ministère public après un rapport du comité d'entreprise ou de l'expert comptable de l'entreprise en question ou par « un créanciers quelque soit la nature de sa créance »³⁸¹.

2. Les recours en cas d'inexécution du plan

En droit français ou en droit américain, le débiteur et les créanciers sont tenus par le plan qu'ils ont accepté. De ce fait, ils doivent respecter les termes de son exécution au risque d'être soumis à des poursuites judiciaires. La nature du plan étant à la frontière de l'acte contractuel et de l'acte judiciaire, la nature des recours en vue de son exécution est différente entre les deux juridictions. Le droit français prône le caractère judiciaire de ce dernier, donnant la compétence pour tous les recours relatif au plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire au tribunal ayant arrêté le plan. Les règles spécifiques au droit des procédures collectives s'appliquent. Le droit américain, quant à lui, favorise le caractère contractuel du plan de réorganisation et confie la compétence de tout litige au juge des contrats.

Une fois le plan adopté ou arrêté par l'ordre judiciaire compétent, le débiteur retrouve ses pouvoirs de gestion et de disposition. En cas de mauvaise exécution du plan de réorganisation, les créanciers lésés ont la possibilité de poursuivre le débiteur en vue d'obtenir son exécution et donc dans la plupart des cas leur paiement. Pour cela, les créanciers ont accès aux voies de recours.

Les créanciers, soumis au droit français ou droit américain, peuvent exercer un recours contre les jugements d'ouverture ou les décisions de modifications du plan. Ces actions s'exercent par les voies de l'appel ou de la tierce opposition, mais également par la demande de révision (« *to seek reviews* »).

- **Les recours en droit français**

L'article L.661-1 du code de commerce limite l'accès de l'appel aux créanciers. Ils ne peuvent agir à l'encontre de la décision arrêtant ou rejetant le plan, ni à l'encontre des décisions modifiant le plan, à l'exception du créancier poursuivant c'est-à-dire celui qui a

³⁸¹ Art. L.631-5 c. com

demandé l'ouverture du jugement de redressement judiciaire³⁸². Leur intérêt personnel n'est donc pas pris en compte lors de ces décisions. Cette disposition autorise les créanciers à faire appel uniquement à l'encontre des « décisions statuant sur l'ouverture des procédures de sauvegarde, de redressement judiciaire [...] ». Ainsi ce recours concerne le créancier poursuivant. En effet, il est partie à la décision et peut donc interjeter appel. Cependant ses pouvoirs connaissent des limites. Ainsi, la Cour de cassation a décidé dans un arrêt du 21 novembre 2006³⁸³, que le créancier poursuivant ne pouvait interjeter appel de la décision arrêtant le plan de continuation. La défense des intérêts personnels du créancier poursuivant est ainsi bien limitée. « La volonté de privilégier le redressement sur les droits individuels des créanciers peut-elle légitimer ces atteintes portées aux intérêts des créanciers, il est vrai confondus avec l'intérêt collectif, mais aussi aux règles d'ordre public de la procédure collective ? »³⁸⁴. Sur ce point la France risque d'aller à l'encontre du principe défendu par les articles 6§1 et 13 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme relatifs au droit au recours.

Pour les créanciers n'ayant pas accès à l'appel, la voie de la tierce opposition leur est ouverte³⁸⁵. La demande sera considérée recevable si le créancier demandeur justifie d'un intérêt personnel. Ainsi, la Cour de cassation a rejeté une demande au motif que la contestation de la compétence territoriale de la juridiction qui a ouvert la procédure collective ne reflétait pas un intérêt personnel³⁸⁶.

En droit français, la question s'est posée de savoir si les créanciers, premiers concernés avec le débiteur par les décisions relatives à la procédure collective ouverte, et par le plan, pouvaient être considérés comme des tiers, pouvant exercer la tierce opposition à l'encontre de ces décisions. L'article 583 du Nouveau Code de Procédure Civile dispose qu'est recevable à former tierce opposition toute personne qui y a intérêt, à la condition qu'elle n'ait été « ni partie ni représentée au jugement qu'elle attaque ». Le créancier non demandeur à l'instance peut-il être considéré comme tiers ? Pour les décisions arrêtant ou modifiant le plan, le créancier poursuivant n'est pas habilité à interjeter appel et ne peut exercer la tierce opposition, n'étant pas tiers à la procédure. Quant est-il de ses intérêts

³⁸² Art. L.661-1, al.2 c. com

³⁸³ Cass. com., 21 nov. 2006, *Tchen c/ Blouin*, pourvoi n° 04-20.214, inédit

³⁸⁴ J-L VALLENS, « Un créancier ne peut faire appel d'un jugement ayant arrêté un plan grâce au produit d'une vente irrégulière (Cass. com., 21 nov. 2006, *Tchen c/ Blouin*, pourvoi n° 04-20.214, inédit), *RTD Com.* 2007 p. 241

³⁸⁵ Art. L.661-2 c. com.

³⁸⁶ Cass. com., 23 janv. 1996, no 93-20.994

personnels? Les autres créanciers peuvent, d'après l'article L.661-2 du Code de commerce, faire tierce opposition du jugement d'ouverture de la procédure collective, étant tiers à cette action. Pour les décisions relatives au plan, ils sont considérés comme n'étant ni parties ni représentés, dès lors qu'ils invoquent un préjudice distinct du préjudice collectif subi par l'ensemble des créanciers, c'est-à-dire un préjudice personnel ou individuel. En effet, l'intérêt collectif des créanciers est représenté par le mandataire judiciaire ou le commissaire à l'exécution du plan³⁸⁷. La non-représentation peut poser des difficultés³⁸⁸. La justification de l'intérêt de cette action peut facilement être apportée. Il peut s'agir de l'intérêt qu'a un créancier à ce que son débiteur ne fasse pas l'objet d'une procédure collective afin d'exercer des actes de poursuite, ou d'un cocontractant qui a besoin de la prestation que lui doit son débiteur. La dernière condition posée par l'article 583 du NCPC³⁸⁹ est la nécessité de la présence d'une décision rendue en fraude des droits du créancier, demandeur à la tierce opposition, ou que ce dernier invoque un moyen qui lui est propre³⁹⁰.

L'article L. 661-2 nouveau reprend la possibilité de former tierce opposition contre les décisions statuant sur l'ouverture d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire dans le but de lutter contre les dépôts de bilan tactiques, utilisés comme méthode

³⁸⁷ D. VEAUX et P. VEAUX-FOURNERIE, *Les surprises de la tierce opposition*, Mélanges Cosnard, 1990

³⁸⁸ La condition exigée par l'article 583 NCPC selon laquelle le tiers opposant ne doit pas avoir été représenté peut poser des problèmes que la représentation soit conventionnelle, légale ou judiciaire. Les associés sont représentés à l'instance par l'organe statutaire habilité et ne sont donc pas des tiers au sens de l'article 583 (cf. Cass. com., 15 juill. 1975, no 74-12.308, Bull. civ. IV, no 207, p. 170 ; T. com. Elbeuf, 3 oct. 1991, Rev. proc. coll. 1992, p. 150, obs. Liénard Y. ; Saint-Alary-Houin C., voir no 2382 ; Soinne B., voir no 2382 ; cf., aussi, J.-Cl. Procédure civile). Représentés par le mandataire social, les associés ne peuvent donc former tierce opposition au jugement prononçant l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de la société. Cela est notamment le cas lorsqu'un associé en nom veut faire un recours contre la décision prononçant le redressement ou la liquidation judiciaires de la SNC dans laquelle il est associé ; il a un intérêt légitime à contester cette décision (qui produit des effets sur ses propres obligations) mais n'était pas représenté à l'instance. Aussi devrait-il pouvoir former une tierce opposition (cf., cependant, en faveur d'un droit d'appel de l'associé, CA Aix-en-Provence, 12 févr. 2002, JCP éd. G 2002, IV, p. 2255, no 3043). A cet égard, on notera que la loi no 2005-845 du 26 juillet 2005 a mis fin aux inconvénients de cette situation particulière des associés indéfiniment et solidairement responsables des dettes sociales : le jugement d'ouverture prononcé à l'encontre de la société ne produit pas ses effets à leur égard, contrairement au droit antérieur (comparer C. com., art. L. 624-1 ancien).
Lamy

³⁸⁹ Art. 583, al.2 NCPC

³⁹⁰ La banque créancière d'un débiteur qui a obtenu l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire, alors qu'il aurait pu, selon la banque, présenter un plan d'apurement : le tribunal ayant constaté que le débiteur n'était pas en mesure d'apurer son passif par un plan de continuation, le grief de fraude ne pouvait être retenu. Comme le créancier tiers opposant n'avait pas de droit propre, distinct de celui de tous les créanciers, son recours a été jugé irrecevable (cf. Cass. com., 18 janv. 2000, no 96-20.634). En principe, la tierce opposition n'a d'effet qu'à l'égard de son auteur, le jugement visé conservant ses effets entre les parties, même sur les chefs annulés (cf. NCPC, art. 591). Mais compte tenu de l'indivisibilité qui s'y attache, il est difficile d'appliquer le principe de relativité aux effets du jugement de redressement judiciaire (voir no 2945).

de gestion par certaines entreprises au détriment de leurs créanciers qui subissent la suspension des poursuites³⁹¹.

Cette voie de recours peu utilisée sous la loi du 25 janvier 2005 connaît un succès important sous la loi du 26 juillet 2005³⁹². Certains débiteurs, à la recherche d'une suspension automatique des poursuites favorisent la tierce-opposition plutôt que des négociations ardues avec leurs créanciers et détournent ainsi la procédure de sauvegarde de son objet originel³⁹³.

En matière de recours, le droit français restreint ce dernier de manière importante. En droit américain, les droits des créanciers au recours contre les décisions relatives au plan sont plus larges bien qu'également limités.

- **Les voies de recours aux Etats-Unis: l'appel**

Les créanciers américains ont le droit de faire appel à l'encontre de l'ordre ou du jugement rendu par le tribunal de faillite³⁹⁴, dans les dix jours du prononcé de la décision. En limitant les possibilités de recours contre les jugements et décisions prises en matière de sauvetage de l'entreprise, le législateur souhaite donner toutes les chances possibles à la restructuration de cette dernière. Cette possibilité de faire recours nous rappelle la jurisprudence antérieure à la suppression de la masse des créanciers qui reconnaissait à ces derniers un droit de recours³⁹⁵.

Seules les cours de district ou « *appellate panels* » peuvent statuer sur des décisions prises par les juges de la faillite en premier ressort³⁹⁶, le juge de la faillite ne pouvant revenir lui-même sur ses décisions. Cependant les règles applicables en matière de recours contre une

³⁹¹ Rapp. AN n° 2095, 11 févr. 2005, p. 476. , *Rapport sur le projet de loi de sauvegarde des entreprises* présenté à l'Assemblée Nationale le 11 février 2005 au nom de la commission des lois, point avancé par M. le député Xavier de Roux

³⁹² Affaire Belvédère : T. com. Beaune, 16 juill. 2008, RG n° 2008/001585, inédits. Ces décisions ont été frappées de tierce opposition, rejetées par jugements du tribunal de commerce de Beaune en date du 24 octobre 2008 (V. T. com. Beaune, 24 oct. 2008 : Bull. Joly 2008, p. 1018, obs. F. Mélin) ; affaire Heart Of la Défense : T. com. Paris, 3 nov. 2008, RG n° 2008/077997, inédit, ouvrant une procédure de sauvegarde au bénéfice de la société Heart of la Défense, propriétaire de l'ensemble immobilier Coeur Défense, et de sa société mère, la société holding de droit luxembourgeois Dame Luxembourg. Ces décisions ont fait l'objet d'une tierce opposition, actuellement pendante devant le tribunal de commerce de Paris. Un litige relatif à l'opposabilité des cessions Dailly notifiées aux locataires de l'immeuble est par ailleurs pendant devant la cour d'appel de Paris, statuant en référé.

³⁹³ A. BESSE et N. MORELLI, « Le prepackaged plan à la française : pour une saine utilisation de la procédure de sauvegarde », JCPE, n° 25, 18 Juin 2009, p.1628

³⁹⁴ Title 11, fédéral/part.VIII, rules 8000 et s.

³⁹⁵ J. ARGENSON ET G. TOUJAS, voir no 2382 Lamy

³⁹⁶ *Affaire Ashley*, N.D.III.1989,97 B.R. 391.

décision d'adoption, de modification du plan, bien que similaires aux règles fédérales relatives à l'appel³⁹⁷, sont particulières au domaine de la faillite et sont énumérées dans les « Règles de la Faillite 8000 et suivantes ». Ces règles fixent tout particulièrement les conditions de forme ; celles de fond ont été déterminées par la jurisprudence. Ainsi cette dernière permet de limiter le droit à interjeter appel aux « *party aggrieved* », c'est-à-dire les parties dont la situation est aggravée par la décision rendue par les juges de la faillite³⁹⁸. Les créanciers ayant un intérêt pécuniaire sont recevables à interjeter appel s'ils démontrent une aggravation de leur situation du fait de la décision rendue par le tribunal de la Faillite. Cette démonstration peut être très lourde à apporter.

L'appel est un recours limité que ce soit en France ou aux États-Unis dans le but de ne pas retarder la procédure pour raison individuelle. Le caractère collectif du plan et son exécution doivent primer sur les intérêts individuels des créanciers. Cependant les deux droits permettent d'autres recours dont l'effet peut porter sur la défense des intérêts individuels des créanciers. Le droit français offre une autre possibilité aux créanciers pour défendre leur droit : la contestation au vote.

3. Les contestations au vote

Le code de commerce prévoit en son article R. 626-63, la possibilité pour les membres de contester le vote rendu par les comités des créanciers et l'assemblée des obligataires. Cet article a été pour la première fois appliqué par le tribunal de commerce de Nanterre, le 17 février 2010 lors de l'affaire Thomson. Ces contestations, réservées à tout membre, doivent être formulées par déclaration au greffe dans les dix jours suivant le vote. Les moyens soulevés sont examinés, dans le cadre d'un débat contradictoire, lors de la même audience que celle de l'examen du projet du plan.

Dans l'affaire Thomson³⁹⁹, une procédure de sauvegarde est ouverte à l'encontre de la société Thomson. Les créanciers contestataires, conformément à l'article L.626-34-1 du code de commerce, étaient des créanciers obligataires porteurs de titres super-subordonnés (TSS). Ceux-ci soutenaient qu'ils avaient été privés de leur droit de vote au sein de l'assemblée des obligataires. Le montant de leurs droits avait été calculé sur la base de leurs droits à intérêts futurs et non sur le montant nominal de leurs titres. La

³⁹⁷ *Affaire Cahn*, 9th Cir.BAP (Cal.) 1995, 188 B.R. 627.

³⁹⁸ *Affaire Weston*, C.A.10 (Utah) 1994, 18 F.3d 860.

³⁹⁹ A. LIENHARD, « Sauvegarde de Thomson : arrêté du plan de sauvegarde », *D.actualité* 19 février 2010 ; P.-M. LE CORRE, *Supra* note 224, p.839

particularité des obligataires porteurs de TSS est que leur créance devient exigible qu'une fois l'entreprise débitrice placée en liquidation judiciaire. En l'espèce, la procédure collective ouverte est une procédure de sauvegarde, la seule créance exigible pour les obligataires est celle de leurs intérêts. Le débiteur n'étant pas placé en procédure de liquidation n'est pas redevable du montant nominal de leurs titres. Après avoir examiné que « les intérêts de tous les créanciers sont suffisamment protégés » conformément à l'article L.626-31 du code de commerce, le tribunal en conclut que leur demande n'est pas recevable. Il prend néanmoins l'initiative d'inviter les parties à parvenir à une conciliation pour mettre fin au litige.

Cette voie de recours reflète bien l'interdépendance qui existe au sein de la loi entre le vote des comités et l'arrêté du plan de sauvegarde par le tribunal⁴⁰⁰.

La défense des intérêts des créanciers, que ce soit en France ou aux États-Unis, repose sur la protection du principe d'égalité entre créanciers. Le droit français défend le principe d'égalité entre tous les créanciers alors que le droit américain défend le principe de l'égalité des créanciers appartenant à une même catégorie ou classe. Cependant cette distinction est discutable puisqu'il existe en France de nombreuses exceptions au principe d'égalité entre les créanciers. Ces exceptions sont les privilèges et les préférences qu'offre le droit français. « Ces privilèges et préférences sont des qualités inséparables de certaines créances »⁴⁰¹. Il existe ainsi en France, tout au comme aux États-Unis, des traitements différents entre les créanciers selon la nature de leur créance.

L'efficacité du droit américain a séduit le législateur français. Le législateur français a repris des concepts du droit américain afin d'encourager la réorganisation et mettre en place une collaboration entre le débiteur et les créanciers. Le droit français des entreprises en difficulté s'américanise. Cependant la pratique souhaite aller plus loin et adopte à son tour des notions du droit américain. Un exemple concret est l'adoption en droit français du plan pré-établi ou *prepackaged plan*.

⁴⁰⁰ H. BOURBOULOUX, « Vote du plan de sauvegarde de la société Thomson SA », *Droit des entreprises en difficulté*, 1 avril 2010 n° 4, p. 2

⁴⁰¹ P-R. GUILLIERON, *Poursuites pour dettes, faillite et concordat*, Coll. Juridique Romane, 3è éd., Payot, Lausanne, 1993, p.25 au sujet du droit suisse de la faillite qui comme les Etats-Unis est une matière fédérale.

TITRE 2 APPROCHE ENCOURAGEE PAR LA PRATIQUE : L'EXEMPLE DU PREPACKAGED PLAN

L'influence du droit américain se perçoit à travers les réformes du droit français des entreprises en difficulté mais s'observe également dans la pratique où les professionnels n'hésitent pas à recourir à des concepts typiquement nord-américains. Parmi ces derniers apparaissent dans la pratique française notamment *le prepackaged plan* et l'absence de la participation des créanciers non affectés par le plan à son élaboration. Cette idée reprend la notion du droit américain de classes de créances dites *unimpaired*.

Comme nous l'avons étudié précédemment, les classes de créances sont considérées *unimpaired* dès lors que les créances ne sont pas affectées par le projet de plan. Les créanciers dont les créances sont comprises dans une telle classe sont supposés avoir accepté le projet de plan⁴⁰², contrairement aux créanciers dont les créances sont *impaired*, c'est-à-dire modifiées par le projet de plan. Si ces derniers ne s'expriment pas, ils sont supposés avoir rejeté le projet de plan⁴⁰³. La pratique française reprend cette idée afin d'exclure certains créanciers, voire une partie de leur créance, lors de la consultation exigée par les textes⁴⁰⁴ et ainsi parvenir à une procédure de sauvegarde simplifiée. La décision Thomson rendue par le tribunal de commerce de Nanterre en fait la démonstration⁴⁰⁵.

Dans cette affaire, les créanciers contestataires, porteurs de titres super subordonnés (TSS), soutenaient le fait que le montant de leur droit de vote devait être calculé non seulement sur la base des intérêts futurs de leur créance, mais également sur la base du montant nominal de leur créance. Le tribunal rejette ces contestations en considérant que, d'une part, le montant nominal de leur créance n'est pas considéré dans le plan, et d'autre part que « les intérêts de tous les créanciers sont suffisamment protégés »⁴⁰⁶. Cette solution peut reposer sur plusieurs fondements.

⁴⁰² 11 U.S.C. 1126 (f)

⁴⁰³ 11 U.S.C. 1126 (g)

⁴⁰⁴ Art. L.626-5 c. com. relatif aux créanciers hors comité et art. L.626-30 et s. relatifs aux créanciers en comités.

⁴⁰⁵ T.com. Nanterre, 17 fév. 2010, A. LIENHARD, *Supra* note 399; P.-M., LE CORRE, *Supra* note 224, p.839

⁴⁰⁶ Art. L.626-31 c. com.

Tout d'abord, le vote des comités et de l'assemblée des obligataires du projet de plan s'inscrit dans un processus judiciaire. Ainsi l'existence d'un intérêt à agir est requise. Or le porteur de TSS a vocation à percevoir des sommes pendant l'exécution du plan de sauvegarde ou de redressement au titre des intérêts. La créance d'intérêts devra donc faire l'objet d'une déclaration et sera concernée par le projet de plan. Le porteur de TSS peut donc être consulté quant au sort de sa créance d'intérêts. Il n'a pas à être consulté sur le nominal de sa créance qui ne devient remboursable qu'en cas de dissolution de la société émettrice ou « en cas de liquidation de la société et à la condition préalable que tous les autres créanciers aient été intégralement remboursés, de sorte que le « montant » du nominal est indéterminable »⁴⁰⁷. L'ouverture d'une procédure de sauvegarde ne rend donc pas une telle créance exigible.

Celui qui ne sera pas payé dans le cadre du plan de sauvegarde ou de redressement ne peut être admis à voter sur des propositions qui n'ont d'autre objet que de déterminer la façon dont les créanciers soumis au plan, et eux seuls, seront payés.

Seuls les obligataires, dont les droits sont susceptibles d'être affectés par le plan, et dans la limite de l'affectation de leurs droits, même s'ils sont membres de l'assemblée générale des obligataires, peuvent, en conséquence, exprimer un vote susceptible d'affecter leurs droits⁴⁰⁸.

Tel est le raisonnement défendu par le tribunal de commerce de Nanterre. Ainsi un créancier dont la créance ou une partie de celle-ci n'est pas affectée par le projet de plan n'a pas à être consulté via le vote concernant cette créance. Le concept de créancier *impaired* ou *unimpaired* présent en droit américain trouve une entière application en l'espèce.

Un autre fondement défendu par le Professeur Le Corre, repose sur la considération que la consultation des créanciers ne peut concerner que des créances antérieures⁴⁰⁹. Cette solution posée par l'article L.626-30 du code de commerce, issue de l'ordonnance de 2008, disposant que « la composition des comités est déterminée au vu des créances nées antérieurement au jugement d'ouverture de la procédure » confirme une pensée doctrinale

⁴⁰⁷ A. LIENHARD, *Supra* note 399

⁴⁰⁸ P.-M., LE CORRE, *Supra* note 224, p.839

⁴⁰⁹ *Ibid.*

existant jusque là face au silence des textes⁴¹⁰. Seules les créances nées antérieurement sont à considérer dans le cadre d'un plan de sauvegarde ou de redressement.

En effet, les comités de créanciers se substituent à la technique classique de consultation individuelle des créanciers dans le cadre de l'élaboration du plan. Il s'agit pour ces créanciers de prendre position sur les délais et remises qu'ils entendent consentir au débiteur. La disposition de l'article L. 626-34 du code de commerce, selon laquelle « la procédure est reprise pour préparer un plan dans les conditions prévues aux articles L. 626-5 à L. 626-7 afin qu'il soit arrêté selon les dispositions des articles L. 626-12 et L. 626-18 à L. 626-20 », lorsque les comités n'ont pas voté favorablement sur les propositions du projet de plan, est ainsi éclairée. La procédure de consultation des créanciers, dans les comités, remplace la technique de consultation individuelle des créanciers, prévue par l'article L. 626-5, alinéa 2 dudit code, lorsque les comités de créanciers n'ont pas été constitués. Elle a nécessairement le même domaine. Ainsi, les créanciers, qui n'ont pas la qualité de créancier antérieur, n'ont pas à figurer dans les comités, même s'ils sont, par exemple en tant qu'établissement de crédit, a priori membres de droit du comité des établissements de crédit⁴¹¹.

Le seul fait d'être obligataire ne suffit donc pas à être membre de l'assemblée unique des obligataires. La présence d'un intérêt à agir, c'est-à-dire à un intérêt à voter dans le cadre d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, justifiée par l'existence d'une créance exigible est requise. Les obligataires, porteurs de TSS, ne détiennent cet intérêt qu'à l'égard de leur créance d'intérêts.

Un tel raisonnement reprend la solution dégagée par l'ordonnance du 18 décembre 2008. En effet, l'article L.626-30-4 du code de commerce prévoit l'exclusion partielle d'une créance garantie par une fiducie-sûreté constituée par le débiteur, dans le calcul des majorités au sein des comités lors du vote du projet de plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire. Il s'agit de ne pas faire supporter la loi de la majorité à des créanciers garantis par des biens ou des droits transférés par le débiteur dans un patrimoine dit fiduciaire à l'encontre des autres créanciers. Le législateur se fonde sur l'exigence d'un

⁴¹⁰ P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, 2008/2009, Dalloz Action, 4e éd., n° 552.22. En ce sens aussi, E. SCHOLASTIQUE et G. BREMOND, « Réflexions sur la composition des comités de créanciers dans les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaires », *JCP E* 2006. 1405, p. 466 s., spéc. p. 469, no 32 ; F. PEROCHON et R. BONHOMME, *Entreprises en difficulté - Instruments de crédit et de paiement*, 7e éd., LGDJ, 2006, n° 339 ; P. LE CANNU, *Supra* note 23, n° 861.

⁴¹¹ P.-M., LE CORRE, *Supra* note 224, p.839

intérêt à agir. D'après cet article, « sont seules prises en compte, lorsqu'elles existent, celles de leurs créances non assorties d'une telle sûreté » pour la composition des comités et donc le montant pris en considération pour le vote du projet de plan. La loi prévoit ainsi la possibilité d'intégrer un créancier dans un comité pour la partie de sa créance non garantie par une fiducie-sûreté⁴¹².

Une nouvelle loi du 22 octobre 2010 est entrée en vigueur reprenant cette idée⁴¹³. Elle prévoit de compléter l'article L.626-30-2 du code de commerce relatif à la composition des comités par « les créanciers non affectés par le plan ne participent pas au vote ». Cet ajout concrétise l'importance de l'influence américaine dans notre droit. Ce dernier reprenant en effet l'idée d'écarter les créanciers non affectés par le plan à l'image des classes de créances *unimpaired* américaines.

Afin de mieux percevoir le rôle de la pratique dans l'influence du droit américain de la faillite en droit français, le second titre de cette partie sera consacré à un autre exemple concret : le *prepackaged plan*, source d'inspiration de la nouvelle « procédure de sauvegarde financière expresse »⁴¹⁴.

Les procédures de faillites ayant recours au *prepackaged plan*, ou procédures de réorganisation expresses, sont communes aux Etats-Unis. Ce mécanisme qui fait l'objet de ce titre a, par son efficacité, inspiré les praticiens français dans la recherche du sauvetage d'entreprises en difficulté. Le recours à une telle pratique a fait l'objet de nombreuses critiques qui ont interpellé le législateur. Suite à de nombreuses discussions, la loi de 2010 intègre la procédure de sauvegarde expresse à l'image du *prepackaged plan* américain est en cours de consultation.

Afin de comprendre cette innovation, il est nécessaire de se pencher, dans un premier temps, sur l'étude de la notion de *prepackaged plan* telle qu'elle existe en droit américain (Chapitre 1), pour analyser, dans un second temps, son application en droit français (Chapitre 2).

⁴¹² A. LIENHARD, *Procédures collectives*, 3e éd., Delmas, 2009, n° 1007 ; A. Jacquemont, *Procédures collectives*, 6e éd., Litec, 2009, n° 688. Rapp. M. GRIMALDI et R. DAMMANN, « La fiducie sur ordonnance », *D.* 2009. Dossier 670, spéc. 675, n° 20; R. DAMMAN et G. PODEUR, « Les sûretés-proprétés face au plan de sauvegarde », *D.* 2008, p.928.

⁴¹³ A. LIENHARD, « Nouvelle procédure de sauvegarde en vue », *D.* actualité, 30 juillet 2010

⁴¹⁴ Projet portant modification du code de commerce déposé à la Chancellerie pour consultation le 30 juillet 2010.

CHAPITRE 1 PRÉSENTATION DU

PREPACKAGED PLAN EN DROIT AMÉRICAIN

De nombreux professionnels du droit de la faillite américain considèrent que le recours au Titre 11 du code fédéral des Etats-Unis ne représente pas la meilleure solution aux detresses financières d'une entreprise pour trois raisons. Tout d'abord, les procédures judiciaires de faillite sont très coûteuses et formelles. Ensuite, le débiteur qui a besoin de rester à la tête de son entreprise, pour des raisons de continuité, risque de perdre ce contrôle dans le cadre d'une procédure de faillite, un *trustee* pouvant être nommé. Enfin, le débiteur est limité quant à son champ d'action. Les négociations ne sont pas entièrement libres mais dictées par le respect de principes et de délais. Pour ces raisons, les mécanismes permettant une restructuration financière, préalablement à l'ouverture d'une procédure du Chapitre 11 et en dehors de l'intervention judiciaire, gagnent en popularité. Le débiteur parvient à un accord avec ses principaux créanciers en vue de restructurer financièrement l'entreprise par le biais de remises ou délais qui lui sont accordés suite à des échanges avec ces créanciers⁴¹⁵. Ces négociations antérieures à l'ouverture d'une procédure de réorganisation du Chapitre 11 aboutissent soit à des *exchange offers* ou échanges d'offres entre le débiteur et ses principaux créanciers, jusqu'à l'obtention d'un accord permettant une restructuration financière de l'entreprise, soit à un accord appelé le *prepackaged plan* ou *prepack* stipulant les différentes modalités du futur plan de réorganisation. C'est cette deuxième solution qui nous intéresse dans le cadre de ce chapitre. La procédure en elle-même s'appelle la *prepackaged bankruptcy* ou procédure de *prepack*.

Cette solution n'est pas nouvelle en droit américain. La jurisprudence ancienne, sous le *Bankruptcy Act* de 1898, offrait la possibilité au débiteur de préparer son plan préalablement à l'ouverture d'une procédure de faillite. Elle est allée plus loin, en 1935, en acceptant des plans qui avaient été votés dans le cadre de négociations privées entre le débiteur et ses créanciers⁴¹⁶. Le législateur a introduit cette possibilité dans le code de 1978 bien qu'elle fut peu exploitée. Ce n'est qu'au cours des années 1990 que, face à l'augmentation de la dette publique de nombreuses sociétés par actions, cette technique s'est développée dans le but de restructurer efficacement et rapidement le passif de ces

⁴¹⁵ Norton Bankruptcy book, 2009 in <<http://www.westlaw.com>>

⁴¹⁶ *Campbell. v. Alleghany Corp.*, 75 F.2d. 947 (4th Cir. 1935)

sociétés⁴¹⁷.

Pendant longtemps, les *prepack* ont été utilisés par des entreprises de taille importante qui voulaient trouver une solution à leur surendettement sans affecter le cours de leurs affaires et les relations avec leurs créanciers les plus importants. Aujourd'hui, bien que limitées aux entreprises ne connaissant pas de difficultés financières trop lourdes empêchant toute restructuration, les procédures de *prepack* sont utilisées de manière fréquente par les entreprises du fait des nombreux avantages qu'elles procurent. Débouchant sur l'ouverture d'une procédure du Chapitre 11, elles permettent notamment de bénéficier de la protection offerte par ce chapitre, sans en subir les inconvénients. Ainsi l'ouverture ultérieure d'une procédure du Chapitre 11 permet au débiteur l'accès aux trois avantages de l'ouverture d'une procédure de faillite : la suspension des poursuites individuelles permettant à l'entreprise de faire une pause, une restructuration opérationnelle et une restructuration financière⁴¹⁸. Si le débiteur n'a pas besoin de suspension des poursuites individuelles, les négociations peuvent aboutir à l'élaboration d'un plan, et ce, avant l'ouverture d'une procédure de réorganisation. La procédure se limitera à son ouverture et à la confirmation du projet de plan, rendant la procédure de *prepack* beaucoup plus courte qu'une procédure de Chapitre 11 classique. De plus, bien que la restructuration financière résultant des négociations suffise à assurer la réorganisation de l'entreprise, le débiteur recourt dans la plupart des cas à la procédure du Chapitre 11 afin d'imposer le plan à tous ses créanciers.

La possibilité offerte par le droit américain d'entamer l'élaboration du plan avant l'ouverture d'une procédure de faillite offre aux débiteurs un panel de possibilités facilitant le sauvetage de leur entreprise. Ce chapitre portera ainsi sur l'étude des différentes catégories de *prepackaged plans* pratiquées en droit américain (I), les conditions de validité de ce mécanisme original (II) et sur les raisons de son succès par l'analyse des avantages et des inconvénients de ce mécanisme (III).

I. LE PREPACKAGED PLAN ET SES DERIVES

Le code fédéral de la faillite ne définit pas le mécanisme du *prepackaged plan* de réorganisation ou *prepack*. La définition de ce procédé a été donnée par la jurisprudence et

⁴¹⁷M. TANGER, *Supra* note 67, p.368

⁴¹⁸R. LEVIN, " La restructuration d'entreprises dans le cadre du Chapitre 11 du Code américain des faillites", *Cahiers de droit de l'entreprise*, sept.- oct. 2009, n°5, p.21

les juridictions dont notamment le Tribunal fédéral de la Faillite du district sud de New-York. Ce dernier a rédigé en 1999 le « *Procedural guidelines for prepackaged chapter 11 cases in the United States Bankruptcy court for the southern district of New York* »⁴¹⁹, soit les règles de procédure en matière de *prepackaged plan* rédigé au titre du Chapitre 11, en vue d'établir des règles uniformes d'application et de mise en place des *prepackaged plans* dans le district sud de New-York. Ce document sert de référence et de modèle pour les autres juridictions mais également une aide précieuse pour les professionnels de la faillite. Ce tribunal définit ainsi le procédé du *prepackaged plan* comme « celui par lequel le débiteur demande parallèlement à l'ouverture d'une procédure du Chapitre 11, la confirmation d'un plan élaboré et accepté préalablement par les créanciers »⁴²⁰. Ainsi dans un cas de *prepack*, le débiteur après avoir négocié un plan avec certains créanciers, sollicite toutes les classes en vue du vote de son projet de plan préalablement à l'ouverture d'une procédure du Chapitre 11. Ce type de *prepackaged plan* est dit classique (A). Or, la pratique a mis en place de nombreuses variantes au *prepackaged plan* classique dont le plan pré-négocié ou les ventes pré-négociées (B).

A. Le *prepackaged plan* ou *prepack* classique

Comme mentionné auparavant, le *prepackaged plan* classique est celui issu d'une négociation entre le débiteur et ses principaux créanciers, et qui a fait l'objet d'un vote favorable des classes de créances ultérieurement à l'ouverture d'une procédure de faillite. Ce type de procédure avec *prepack* est la forme la plus complète puisque l'ouverture de la procédure n'aboutira qu'à la confirmation du plan par le tribunal de la faillite.

Dans la pratique, au sein de la catégorie des *prepackaged plans* dits classiques, il existe des sous-catégories. Il s'agit du *prepack* double et du *prepack* partiel. L'objectif est le même : négocier avec les créanciers en vue d'obtenir un plan de réorganisation avant l'ouverture de la procédure, mais ces variantes ont quelques spécificités.

Dans le cadre d'un *prepack* double, le débiteur procède à des échanges d'offres (*exchange*

⁴¹⁹ United States Bankruptcy Court Southern District of New York, in Matter of the Adoption of Prepackaged Chapter 11 Guidelines, General Order 203, *Procedural guidelines for prepackaged chapter 11 cases in the United States Bankruptcy court for the southern district of New York*, Feb. 24, 1999

⁴²⁰ "one in which the debtor, substantially contemporaneously with the filing of its Chapter 11 petition, files a Confirmation Hearing Scheduling Motion for a Prepackaged Plan", Sandra E. MAYERSON, « Current developments in prepackaged bankruptcy plan », *Commercial Law and Practice Course Handbook Series*, PLI Order N°. A0-00 E6, 11 avril 2002, in <westlaw.com> [traduction par l'auteur]

offers) avec ses créanciers. Si les offres sont suffisantes pour redresser la situation financière du débiteur, l'ouverture d'une procédure du Chapitre 11 ne sera pas demandée. Dans le cas contraire, les offres acceptées seront considérées comme des votes en faveur du plan proposé par le débiteur, dans le cadre d'une procédure du Chapitre 11 ouverte ultérieurement. Cette alternative est répandue en pratique. En effet, en cas d'ouverture d'une procédure du Chapitre 11, les créanciers réticents d'une classe de créances se voient imposés le plan du fait d'un vote majoritaire en faveur du plan des créanciers de la classe considérée. Il peut se révéler ainsi moins coûteux et risqué de demander l'ouverture d'une procédure de faillite que de maintenir inchangées les créances de ces créanciers récalcitrants.

En ce qui concerne le *prepack* dit partiel, le débiteur sollicite le vote du projet de plan auprès de certains créanciers antérieurement à l'ouverture d'une procédure de Chapitre 11, et sollicitera les autres une fois la procédure ouverte. Dans ce cas, les classes des créanciers les plus importants ou ayant une forte influence seront sollicitées les premières et constitueront un élément en faveur du projet de plan pour les créanciers restant à s'exprimer. Un célèbre exemple est la décision *Blue Bird Body Co.*⁴²¹. Cette affaire illustre le succès de la procédure avec un *prepackaged plan* partiel. La procédure du Chapitre 11 a été extrêmement courte⁴²², car bien que toutes les classes des créanciers aient été consultées lors de l'élaboration du projet de plan, seul un groupe bancaire, représentant une part importante de la dette du débiteur, avait voté en faveur du plan préalablement à l'ouverture de la procédure de réorganisation. Suivant la position de ce groupe bancaire, les autres créanciers ont voté en faveur du plan.

Le caractère conventionnel du *prepackaged plan* permet une grande liberté quant aux différents mécanismes utilisés. Ainsi, outre le *prepackaged plan* dit classique, il existe aussi, sous la dénomination de procédure de *prepack* ou *prepackaged plan*, une diversité de procédés effectués par le débiteur en vue d'obtenir la confirmation d'un plan du Chapitre 11. Il s'agit du plan et de la vente pré-négociés.

B. Les dérivés du *prepack* classique: le plan et la vente pré-négociés

La procédure de réorganisation avec un *prepackaged plan* nécessitant le vote des

⁴²¹ *Affaire Blue Bird Body Co.*, Case No. 06-50026-GWZ (Bankr. D. Nev. January 26, 2006).

⁴²² Trente-quatre heures

créanciers préalablement à l'ouverture d'une procédure de réorganisation a inspiré des alternatives à la pratique. Il s'agit notamment des *prenegotiated plan* ou plan pré-négocié et des *prearranged sales* ou ventes pré-arrangées⁴²³. Ces mécanismes de plus en plus utilisés méritent une étude particulière.

1. Le plan pré-négocié

Le plan pré-négocié ou pré-arrangé est un plan voté au cours d'une procédure du Chapitre 11 mais dont les éléments ont été négociés antérieurement à l'ouverture de la procédure, et n'ont pas fait l'objet d'un vote des classes de créances. Ce mécanisme est utilisé lorsque le débiteur souhaite réorganiser les créances de la plupart de ses créanciers et qu'il a l'accord de ses créanciers les plus importants sur une structure de réorganisation financière de l'entreprise, ces créanciers représentant la majorité au sein de leur classe. Dans ce cas, le contenu du plan est négocié qu'avec ces derniers. Le mécanisme de plan pré-négocié repose sur la confiance, ou l'espoir, du débiteur que les créanciers ayant contribué au plan voteront en sa faveur. Le débiteur demandera par la suite l'ouverture d'une procédure de réorganisation du Chapitre 11 et suivra le processus normal, soit l'approbation du tribunal pour solliciter les classes de créances, c'est-à-dire l'approbation du *disclosure statement*, le vote des classes et la confirmation du plan accepté par le tribunal. La seule différence d'une procédure avec un plan pré-négocié d'une procédure de Chapitre 11 classique repose sur le fait que l'élaboration du plan a lieu avant l'ouverture de la procédure. Ce mécanisme permet une procédure plus courte qu'une procédure de Chapitre 11 classique, mais plus longue que dans le cas d'une procédure de *prepack* classique, la sollicitation et le vote ayant lieu après l'ouverture d'une procédure de faillite.

Afin de s'assurer des votes des classes de créances au cours de la procédure de réorganisation, il est commun de recourir à la rédaction d'un *lock-up agreement* ou un accord engageant. Un tel accord est rédigé antérieurement à l'ouverture d'une procédure du Chapitre 11 et résulte d'une négociation entre le débiteur et ses créanciers. Un *lock-up agreement*, conclu dans le cadre d'une réorganisation, prévoit que les créanciers parties à l'accord accepteront de voter en faveur du plan, à certaines conditions. Ces conditions sont,

⁴²³ E. ROSOF, H. NOVIKOFF, A. WOLF, S. CHARLES, P. MINDLIN, R. MASON, D. MAYER, D. SILK, I. KNABLE GOTTS, A. NUSSBAUM, S. COHEN, D. BRYAN, D. PAUL, M. GORDON, M. ALEXANDER, J. FELTMAN, E. KLEINHAUS, C. KUSHNER, G. PESSIN, M. BENN, J. VANLARE, A. WITT, "Distressed Mergers and Acquisitions", Practising Law Institute, *Corporate Law and Practice Course Handbook Series*, PLI Order No. 23348, New York City, 26 février 2010, in <westlaw.com>

dans la plupart des cas, la rédaction du *disclosure statement* et son approbation par le tribunal, la rédaction du plan tel que négocié avec les parties dites *locked-up*, ou engagées, et l'absence de changement de situation du débiteur au cours de la procédure du Chapitre 11.

Le *lock-up agreement* constitue un élément-clé du succès d'un plan pré-négocié. Un futur acquéreur de l'entreprise participera plus facilement à la procédure ouverte à l'encontre de l'entreprise sachant que la cession de l'entreprise à son bénéfice sera vraisemblablement approuvée par les créanciers. Cependant ce candidat à l'acquisition ne sera pas complètement protégé contre la cession de l'entreprise à un autre acquéreur. Le débiteur est en effet tenu d'une obligation fiduciaire d'agir dans le meilleur intérêt de l'entreprise et donc en l'espèce de céder l'entreprise au plus offrant.

Un *lock-up agreement* signé antérieurement à l'ouverture d'une procédure de faillite permet également à certains créanciers de s'imposer, dans le cadre d'une restructuration financière complexe. En effet, le vote des principaux créanciers représentant la majorité au sein de leur classe suffit à considérer le plan comme accepté par ces classes. Les créanciers réticents se voient donc imposés le résultat du vote. Cela permet ainsi d'éviter des négociations interminables dans l'hypothèse d'un nombre important de classes de créances.

La précision dans la rédaction du *lock-up agreement* est un élément important. Les parties étant libres de déterminer son contenu, les juges limitent leur interprétation aux seules stipulations de l'accord. Le *lock-up agreement* peut ainsi prévoir qu'en cas d'absence du vote en faveur du plan proposé par les créanciers *locked-up*, le débiteur peut saisir le juge en vue d'exiger de ces derniers de voter en faveur du plan. Cet accord peut également avoir la valeur d'un vote de ses signataires en faveur du plan si les conditions d'application sont réunies. Les parties à l'accord doivent rédiger au sein de l'accord leur intention de manière précise à défaut de voir le tribunal interpréter l'accord différemment. Dans la décision *Stations Holding Co. Inc.*⁴²⁴, le tribunal interprète le *lock-up agreement* comme une simple consultation et non comme le vote des créanciers signataires à l'accord en faveur du plan. Les votes de ces derniers car intervenus tardivement n'ont donc pas été pris en compte. Dans une autre décision, *NII Holdings Inc.*⁴²⁵, le *lock-up agreement* prévoyait le vote des

⁴²⁴ *Affaire Stations Holding Co. Inc.*, Case n° 02-10882 (Bankr. D. Del. 30 sept. 2002)

⁴²⁵ *NII Holdings Inc.*, Case n° 02-11505 (Bank. D. Del. 25 oct. 2002)

créanciers *locked-up* en faveur du plan au cours de la procédure, après l'approbation du *disclosure statement* par le tribunal. Le tribunal a refusé de considérer le *lock-up agreement* comme un vote des parties en faveur du plan, la volonté du débiteur n'étant exprimé de manière suffisamment claire. Les créanciers parties à l'accord ont donc dû procéder au vote du plan au même titre que les autres créanciers en vue de la confirmation du plan.

A côté du plan pré-négocié, les ventes pré-négociées antérieurement à l'ouverture d'un Chapitre 11 se développent.

2. Les ventes pré-négociées

Les ventes pré-négociées ou pré-arrangées⁴²⁶ n'impliquent pas de restructuration mais la vente de l'entreprise en activité peu de temps après l'ouverture d'une procédure du Chapitre 11. Ce procédé est aujourd'hui plus répandu que le *prepack* classique, car il représente une solution radicale et rapide. La vente peut avoir lieu entre soixante et quatre-vingt dix jours après l'ouverture d'une telle procédure. La rapidité d'une telle cession est due aux négociations préalables à l'ouverture de la procédure.

La vente d'une partie ou de la totalité d'une entreprise en difficulté peut se faire via une vente aux enchères⁴²⁷, ou peut être prévue par le plan de réorganisation du Chapitre 11. La vente aux enchères concerne habituellement des biens perdant leur valeur rapidement. Elle est de ce fait rapide, contrairement à la vente prévue par le plan de réorganisation. Afin de remédier à cette lenteur, des négociations préalables avec des candidats à l'acquisition existent souvent avant l'ouverture d'une procédure du Chapitre 11. La vente résultant de ces négociations doit cependant faire l'objet d'une approbation du tribunal et être avantageuse pour l'acquéreur mais également pour le vendeur. Le repreneur peut négocier avec le dirigeant de l'entreprise avant l'emprise de l'entreprise par la procédure du Chapitre 11. Le vendeur, quant à lui, se protège contre l'échec de la procédure et assure ses fournisseurs, employés et autres intervenants de la continuité de l'activité de l'entreprise. Deux exemples récents sont les affaires *Chrysler*⁴²⁸ et *General Motors*⁴²⁹.

⁴²⁶ Prearranged sales ou prenegotiated sales

⁴²⁷ 11 U.S.C. 363

⁴²⁸ N. KING JR. et J. MCCracken "Chrysler pushed into Fiat's arms", *The Wall Street Journal*, paru le 1er mai 2009 in < <http://online.wsj.com/article/SB124109550079373043.html> >

⁴²⁹ "Obama Administration's New Warranty Commitment Program". Press Release (United States Department of the Treasury). 30 mars 2009 <http://www.treas.gov/initiatives/eesa/AIFP/WarrantyCommitmentProgram.pdf>. paru le 3 juin 2009.; "US begins GM bankruptcy planning". BBC. 28 Mai 2009. <http://news.bbc.co.uk/2/hi/business/8072536.stm>, paru le 29 mai 2009 ; J. D. STOLL et NEIL KING JR. *GM*

Dans l'affaire *Chrysler*, célèbre constructeur automobile américain, des négociations avec la société italienne *Fiat* ont débuté le 20 janvier 2009 pour aboutir à un accord de rachat d'une partie de la société. Cette union entre les deux sociétés a été fortement encouragée par le gouvernement américain car perçue comme la solution à la faillite de la société *Chrysler*. *Fiat* offre de devenir propriétaire de la nouvelle société à hauteur de 20% à la condition que *Chrysler* parvienne à un accord avec l'*United Auto Workers Union* et la *Canadian Auto Workers Union*, deux groupements syndicaux. Suite à ces négociations, une procédure de réorganisation du Chapitre 11 est ouverte le 30 avril 2009 à l'encontre de la société *Chrysler* et une alliance avec *Fiat* est annoncée. Le 31 mai 2009, le tribunal de la faillite approuve le plan proposé, rejetant plus de trois cents demandes d'opposition contre la vente. La société *Chrysler* est vendue à une nouvelle société, *New Carco LLC*, détenue à 20% par *Fiat*, à 55% par les *Auto Workers Unions* et à une minorité par les gouvernements américain et canadien. La procédure n'a ainsi duré qu'un mois.

Dans l'affaire *General Motors*, constructeur automobile américain, la vente aux enchères de la société était prévue à la suite de négociations antérieures à l'ouverture de la procédure de réorganisation le 1^{er} juin 2009. Un *prepackaged plan* prévoyait la vente de la société à un seul enchérisseur, la nouvelle société *NGM Co. Inc.*, détenue entre autres à 60% par le gouvernement américain, qui s'était engagé à investir cinquante milliards de dollars, à 12% par le gouvernement canadien et le gouvernement provincial de Toronto, à 17,5% par les *United* et *Canadian Auto Workers Unions*. Le 10 juillet 2009, le plan est approuvé par le tribunal et la société *NGM Co. Inc.* achète les biens de *General Motors*, tel que prévu dans le *prepack*. La procédure de réorganisation de *General Motors* a duré un peu plus d'un mois et est un succès grâce à l'intervention du gouvernement américain.

Ces deux affaires démontrent l'intérêt d'un tel mécanisme, notamment en matière de célérité de la procédure et d'efficacité.

Les procédures de faillites incluant un *prepackaged plan* sont devenues banales aux États-Unis. Elles ne reposent pas, néanmoins, sur une liberté totale. La validité des *prepackaged plans* exigent le respect de certaines conditions.

II. LES CONDITIONS DE VALIDITE DU PREPACKAGED PLAN

Les procédures de réorganisation faisant recours à un *prepackaged plan*, étant à la fois des procédures extra-judiciaires, car résultant de négociations, et judiciaires, car aboutissant à l'ouverture d'une procédure de réorganisation, présentent des spécificités propres et doivent être en concordance avec le code de la faillite. Le code, qui, pendant longtemps, a ignoré les procédures dont les négociations étaient entamées avant l'ouverture de la procédure de faillite, a évolué en introduisant des dispositions régulant ces procédures. Désormais, la validité des *prepackaged plans* est soumise au respect de plusieurs conditions. Il s'agit notamment de celles prévues par la section 1126 du code de la faillite, relative à l'acceptation du plan, qui fait expressément référence à la sollicitation antérieure à l'ouverture d'une procédure des créanciers en vue du vote du plan (A). A côté de cette phase indispensable, la validité du *prepackaged plan* est soumise au respect d'autres dispositions de droit commun dont le droit des garanties constituant un véritable frein à cette pratique (B).

A. Le vote du plan dans le cadre d'un prepackaged plan

La première règle relative au vote du plan de réorganisation est la Règle de la Faillite 3018(b). Cette disposition exige que le plan ait été transmis à tous les créanciers amenés à le voter au sein de leur classe respective dans un délai raisonnable et que la sollicitation soit conforme aux dispositions de la section 1126(b) du Code de la Faillite. Le vote du plan issu d'un *prepackaged plan*, intervenu avant ou à la suite de l'ouverture d'une procédure de faillite sera valable que si les phases de sollicitation du vote et le vote lui-même respectent les dispositions du code de la faillite.

1. La sollicitation du vote

Dans le cadre d'une procédure de réorganisation ouverte au titre du Chapitre 11 du code fédéral de la faillite, le débiteur doit obtenir du tribunal l'accord de divulguer le projet de plan par le biais d'une « déclaration de divulgation » ou *disclosure statement*. Cette étape permet au tribunal de s'assurer que toutes les informations nécessaires ont été transmises aux créanciers afin de voter le plan de manière avertie⁴³⁰. Une fois cet accord obtenu, le débiteur peut solliciter les créanciers par le biais des classes de créances en vue de voter en

⁴³⁰ 11 U.S.C. 1125

faveur ou contre le plan proposé.

En présence d'un *prepackaged plan* classique, le débiteur contourne cette étape et demande l'avis des créanciers sur son projet de plan avant l'obtention de l'approbation du tribunal. L'approbation du *disclosure statement* sera demandée au tribunal parallèlement à la confirmation du plan. La procédure en matière de sollicitation doit néanmoins être respectée au risque de voir le tribunal de la faillite exiger une seconde sollicitation ultérieure, ce qui impliquera des coûts et des délais supplémentaires. La section 1126 (b) du code fédéral de la faillite prévoit le cas de l'adoption d'un plan avant l'ouverture d'une procédure de faillite et dispose qu'

un vote en faveur ou à l'encontre d'un plan effectué avant l'ouverture d'une procédure de faillite est valable si : (i) la sollicitation d'un tel vote est conforme aux lois applicables, hors lois de la faillite, régissant la divulgation d'informations dans le cadre d'une telle sollicitation, ou (ii) en l'absence de telles lois, si un tel vote a été sollicité après la divulgation des informations adéquates telles que définies à la section 1125 (a) du Code de la Faillite ⁴³¹.

Cette disposition a donc des conséquences aussi variées que la nature des créances peut l'être⁴³². Ainsi les dispositions relatives à la lutte contre la fraude issues de la loi fédérale sur les actions et obligations s'appliquent aux plans qui envisagent la modification ou la création de sûretés⁴³³. Ces dispositions prévoient que « la personne qui propage tout prospectus ou communications orales comprenant une information erronée fondée sur des faits matériels ou qui omettent de préciser un fait matériel permettant de placer l'information dans les circonstances nécessaires à son utilisation. » engage sa responsabilité civile⁴³⁴. De même le *Securities and Exchange Act* de 1934 dispose que la responsabilité civile de toute toute personne qui remet à la *Securities and Exchange Commission* (« SEC » : commission des actions et obligations) des informations « qui étaient, au moment et à la lumière des circonstances dans lesquelles elles ont été

⁴³¹ Traduction par nos soins

⁴³² T. R. POHL, R. M. SAMOLE, "Out of court restructurings and prepackaged plans, Dealing with secured claims and structured financial products in Bankruptcy Cases 2004", Practising Law Institute, *Commercial Law and Practice Course Handbook Series*, PLI Order No. 3172, oct.2004, p.9 in <westlaw. com>

⁴³³ 1933 Act

⁴³⁴ 15 U.S.C. 77l(a)(2) : « Any person who offers or sells a security (whether or not exempted by the provisions of section 77c of this title, other than paragraphs (2) and (14) of subsection (a) of said section), by the use of any means or instruments of transportation or communication in interstate commerce or of the mails, by means of a prospectus or oral communication, which includes an untrue statement of a material fact or omits to state a material fact necessary in order to make the statements, in the light of the circumstances under which they were made, not misleading (the purchaser not knowing of such untruth or omission), and who shall not sustain the burden of proof that he did not know, and in the exercise of reasonable care could not have known, of such untruth or omission »

transmises, fausses ou trompeuses » est engagée⁴³⁵.

A défaut de lois applicables quant à la divulgation d'informations requises en vue d'une prise de décision, la section 1125 du code de la faillite s'applique. Cette section définit la notion d'information de manière très large. Les créanciers doivent être suffisamment informés pour voter le plan de manière éclairée. La section 1126(e) du code de la faillite précise que le vote qui n'a pas été sollicité dans la bonne foi et conformément aux dispositions du code de la faillite ne pourra être pris en compte. Cependant dans le doute et l'ignorance des lois fédérales et étatiques relatives aux actions et obligations, les juridictions appliquent automatiquement, de manière directe ou indirecte, la section 1125 du Code de la Faillite.

La pratique s'est posé la question de la validité de la sollicitation du vote en cas d'ouverture d'une procédure de faillite avant l'issue des votes. Pendant longtemps, la doctrine a considéré que si un débiteur avait débuté la phase de vote d'un *prepackaged plan* et que l'ouverture d'une procédure de faillite était demandée avant la fin des votes, la sollicitation des créanciers devait cesser. Cela permettait ainsi aux créanciers réticents au *prepackaged plan* de demander l'ouverture d'une procédure involontaire et de mener ainsi à l'échec un *prepackaged plan* qui aurait pu être confirmé. Le *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act (BAPCPA)* du 20 avril 2005 (Pub.L. 109-8, 119 Stat. 23) corrige cette interprétation, en introduisant la section 1125(g), dans le but d'encourager l'utilisation des *prepacks*. Le *BAPCPA* permet à la phase de sollicitation qui a débuté avant l'ouverture d'une procédure de faillite de continuer après celle-ci, tant que la sollicitation est conforme aux lois applicables hors du cadre du droit de la faillite, notamment les lois relatives aux garanties. Ainsi les créanciers réticents à l'application d'un *prepackaged plan* ayant de fortes chances d'être confirmé par le tribunal ne pourront plus échapper à l'application du *prepackaged plan* par l'ouverture d'une procédure involontaire⁴³⁶.

Outre le respect des modalités de sollicitation du vote des classes de créances prévues par

⁴³⁵ 15 U.S.C.78r(a): "Any person who shall make or cause to be made any statement in any application, report, or document filed pursuant to this chapter or any rule or regulation thereunder or any undertaking contained in a registration statement as provided in subsection (d) of section 78o of this title, which statement was at the time and in the light of the circumstances under which it was made false or misleading with respect to any material fact, shall be liable to any person »

⁴³⁶ R. LEVIN ET J.R. LEDERER, "Prepacks under BAPCPA", *Bankruptcy Practice after the Bankruptcy Act of 2005*, American Law Institute, American Bar Association Continuing Legal Education December 7-8, 2006

le code de la faillite, le vote du plan, lorsqu'il intervient en dehors de la procédure judiciaire dans le cadre d'une réorganisation « pré-apprêtée »⁴³⁷, doit être conforme aux dispositions dudit code pour être pris en compte en vue de la confirmation du *prepackaged plan*.

2. Le vote

La Règle de la Faillite 3018(b) prévoit que le vote du plan doit avoir lieu dans un délai raisonnable. Cette règle prévaut sur les lois non relatives à la faillite. A défaut du respect de cette disposition, les votes des créanciers ne pourront être pris en compte.

La notion de délai raisonnable pour demander le vote des créanciers n'est définie par aucune règle du droit de la faillite. Les juridictions considèrent ce délai en fonction des faits de l'espèce. De manière générale, vingt-cinq jours sont considérés comme étant un délai raisonnable⁴³⁸.

Les modalités de vote sont les mêmes que dans le cadre d'un plan voté au cours d'une procédure du Chapitre 11. Le plan est considéré accepté par une classe de créances s'il a été accepté par la majorité de ses membres, représentant au moins les deux tiers du montant des créances de la classe de créances⁴³⁹.

Dans le cadre d'un Chapitre 11, quelque soit le plan, les classes dont les créances sont inchangées, classes dites *unimpaired*, sont supposées avoir accepté le plan. Comme nous l'avions mentionné précédemment, la constitution des classes de créances est une prérogative du débiteur. Il est donc de l'intérêt du débiteur de déterminer dans le cadre du *prepackaged plan* un grand nombre de classes dites *unimpaired* et de négocier le contenu du plan avec quelques créanciers représentant un montant important des créances au sein des classes dites *impaired*, classes dont les créances sont modifiées par le projet de plan. Leur vote en faveur du plan au sein de leurs classes respectives imposera le vote en faveur du plan aux autres créanciers de la classe.

Le vote doit ainsi respecter les modalités prévues par le code de la faillite que le vote soit

⁴³⁷ F.-X. LUCAS, « Le plan de sauvegarde apprêté ou le *prepackaged plan* à la française », *Cahier de droit de l'entreprise*, n°5, sept.oct 2009, p.35

⁴³⁸ Un délai de 10 jours a été considéré irraisonnable et une nouvelle sollicitation d'une durée supérieure à 25 jours a été exigée (*Affaire Southland Corp.*, 124 B.R. 211 (Bankr. N.D. Tex. 1991)). Décision par laquelle le tribunal a décidé que le délai de 13 jours constituait un délai raisonnable aux vues des circonstances de l'espèce (*Affaire Harvest Foods Inc., et al.* Case N°. 94-1198 (Bankr. D. Del. Dec. 29, 1994))

⁴³⁹ 11 U.S.C. 1126(c)

postérieur ou antérieur à l'ouverture d'une procédure. La principale différence entre une procédure de *prepack* et une procédure de Chapitre 11 est la validité de la sollicitation du vote des créanciers. Une autre difficulté propre aux procédures de *prepacks* vient de la nécessité de respecter d'autres dispositions étrangères au droit de la faillite⁴⁴⁰ et notamment le droit des garanties.

B. Le prepackaged plan et le respect du droit des garanties

Le *prepack* sera considéré valide si les règles relatives à l'octroi de nouvelles garanties sont respectées. En effet, dans le cadre d'une procédure de *prepack*, le débiteur peut offrir de nouvelles garanties aux créanciers, afin de s'assurer de leur vote en faveur du plan. Or la création de nouvelles garanties est sujette à des règles précises. La loi fédérale dispose que les garanties doivent faire l'objet d'un enregistrement auprès de la *Security Exchange Commission* ou *SEC*⁴⁴¹. Le Code de la Faillite prévoit une exception à cette règle : le cas d'ouverture d'une procédure de réorganisation. La section 1145(a) du code de la faillite prévoit l'exemption d'un tel enregistrement pour les nouvelles garanties émises ou modifiées par un débiteur dans le cadre d'une réorganisation et prévues dans un plan du Chapitre 11 confirmé par le tribunal. Bien qu'il semble que cela pourrait s'appliquer aux garanties prévues dans le cadre d'un *prepack*, la *SEC* en a décidé le contraire. Cette dernière considère qu'antérieurement à l'ouverture d'une procédure de faillite, l'émetteur des garanties n'est pas un « débiteur » au sens de la section 1145 du code de la faillite, une procédure de faillite n'étant pas encore ouverte⁴⁴². La Commission nationale de révision du droit de la faillite a demandé l'amendement de la section 1145 en vue de son application aux procédures impliquant un *prepack*. A l'heure actuelle, aucun amendement en ce sens n'a vu le jour.

Face à cette insécurité et aux sanctions lourdes en cas d'une éventuelle violation d'une loi relative aux garanties, les parties doivent être particulièrement prudentes et devraient procéder de manière automatique à l'enregistrement des garanties auprès de la *SEC*. Cependant cette formalité a un coût et peut durer jusqu'à un mois.

Cette difficulté peut être écartée dans le cadre d'un *prepack* partiel. Le débiteur sollicitera

⁴⁴⁰ Dispositions relatives à la sollicitation des créanciers, à la majorité requise

⁴⁴¹ 1933 Act, section 5

⁴⁴² 11 U.S.C. 101 (13) définit la notion de « débiteur » comme personne ou municipalité concernée par une procédure ouverte dans le cadre du Titre 11 du Code fédéral de la faillite.

avant l'ouverture de la procédure que les classes de créances qui ne sont pas concernées par l'obligation d'enregistrement, c'est-à-dire les classes ne bénéficiant d'aucune nouvelle garantie. Les autres classes seront sollicitées dans un deuxième temps soit après l'ouverture de la procédure et se verront ainsi épargnées de l'obligation d'enregistrement. Cette difficulté est également écartée dans le cadre d'un plan pré-négocié puisque le plan n'est adopté et donc les nouvelles garanties octroyées qu'une fois la procédure de faillite ouverte.

Le mécanisme du *prepack* est pragmatique. La pratique et le législateur l'apprécient pour son efficacité. Ce dernier est ainsi favorable à tout aménagement de la réglementation allant dans le sens de la validation des *prepackaged bankruptcies* et la pratique, quant à elle, trouve, les moyens dans la liberté contractuelle de contrer les obstacles législatifs existants. Mais de manière générale, le recours au *prepack* est fortement encouragé par le législateur qui assouplit au cours des années son utilisation et lui associe de nombreux avantages. Nous étudierons ces avantages qui font le succès de la procédure avec *prepack*, mais également ses inconvénients afin de comprendre le mécanisme dans son intégralité.

III. LES AVANTAGES ET INCONVENIENTS DE LA PREPACKAGED BANKRUPTCY

Le *prepackaged plan* répond tout d'abord aux objectifs du droit de la faillite américain. Il permet le sauvetage rapide et efficace de l'entreprise, en renforçant le caractère conventionnel de la procédure et en impliquant les créanciers dans l'élaboration du plan. L'utilisation d'un *prepackaged plan* reflète une solution pragmatique : la prévention des difficultés de l'entreprise. En effet, le débiteur et ses créanciers recherchent une solution adéquate à ces difficultés le plus en amont possible. Le recours à un tel mécanisme est ainsi encouragé par le législateur. De nombreux avantages sont attribués aux procédures avec *prepack* (A). Cependant l'existence de quelques inconvénients dissuade certains débiteurs à recourir à ce mécanisme (B).

A. Les avantages du prepackaged plan

Les procédures faisant recours au *prepackaged plan* sont attractives pour le débiteur, mais également pour ses créanciers, du fait de ses nombreux avantages. Elles présentent un gain de temps, d'argent, la quasi-certitude du succès de la procédure, tout en permettant au

débiteur de rester maître de son entreprise, d'exercer une grande liberté contractuelle dans les négociations et surtout de bénéficier des avantages que procure l'ouverture d'une procédure de réorganisation du Chapitre 11.

1. Une procédure plus rapide et moins onéreuse

Le premier avantage que la pratique et la doctrine associent au *prepack* est la célérité de ce procédé. En effet, il permet un gain de temps important. Dans la plupart des cas de *prepack*, la confirmation du plan a lieu entre un et quatre mois après l'ouverture de la procédure⁴⁴³. Comme nous l'avons précisé antérieurement, le mécanisme du *prepack* classique permet d'éviter au cours de la procédure de réorganisation les phases d'élaboration et de vote du plan. Quant aux autres *prepacks*, le gain de temps intervient dans la phase d'élaboration du plan, qui, en dehors d'un tel procédé, pourrait durer plusieurs mois. L'obtention du *disclosure statement* est fortement allégée puisqu'il suffit de démontrer que les informations nécessaires ont été transmises aux créanciers préalablement à leur vote⁴⁴⁴.

Le code de la faillite encourage le recours au *prepack* et met tout en œuvre pour favoriser la célérité des procédures avec *prepackaged plan*. Un exemple important de la dernière réforme est l'ajout de la section 341(e) relative à la réunion obligatoire des créanciers chirographaires.

La section 341(a) prévoit, en effet, que peu après l'ouverture de la procédure, *l'US Trustee* doit organiser la réunion des créanciers, et notamment celle des créanciers chirographaires. Le *BAPCPA* est venu assouplir cette exigence en ajoutant à cette section l'alinéa (e) disposant que le tribunal peut décider, suite à une notification et une audience, que *l'US Trustee* ne doit pas organiser une telle réunion si le débiteur a déposé un plan résultant d'une sollicitation antérieure à l'ouverture d'une procédure de faillite⁴⁴⁵. Cette disposition concerne ainsi toutes les procédures impliquant un *prepackaged plan* dont la sollicitation des classes de créances a débuté avant l'ouverture d'une procédure de faillite, c'est-à-dire aussi bien les *prepacks* classiques que les *prepacks* partiels. L'objectif de cet ajout par le *BAPCPA* est d'accélérer les procédures de *prepack* lorsque le plan est « prêt » pour la

⁴⁴³ *Affaire Blue Bird Body Co.*, Case No. 06-50026-GWZ (Bankr. D. Nev. January 26, 2006).

⁴⁴⁴ 11 U.S.C. 1126(b)

⁴⁴⁵ 11 U.S.C. 341 (e), R. LEVIN et J.R. LEDERER, *Supra* note 436

confirmation du tribunal⁴⁴⁶. Ainsi grâce à cette disposition, le tribunal a pu confirmer des *prepackaged plans* dans des temps record⁴⁴⁷.

Afin d'appliquer l'alinéa (e) de la section 341 du code de la faillite, le tribunal s'assure que la confirmation du plan est certaine. Seul un nombre suffisant de votes en faveur du projet de plan est nécessaire. Ainsi dans la décision *In Blue Bird Body Company*⁴⁴⁸, le débiteur avait demandé au tribunal, dans sa requête en vue de la confirmation du plan par le tribunal, que l'*US Trustee* n'organise pas une réunion des créanciers telle que prévue par la section 341, étant donné que suffisamment de classes des créances s'étaient accordées avec le débiteur pour accepter le plan. Le tribunal a accepté d'appliquer l'alinéa (e) de la section 341 du code de la faillite. De même, dans la décision *Davis Petroleum Corp.*⁴⁴⁹, les débiteurs avaient sollicité le vote d'un groupe de six actionnaires, dont un ne s'était pas exprimé. Les actionnaires ayant voté le plan avaient suffisamment d'informations relatives au débiteur, au plan de restructuration et aux circonstances afférentes. Le tribunal a décidé que l'*US Trustee* ne devait pas organiser une réunion des créanciers bien que la décision des actionnaires votants s'imposait aux groupes d'actionnaires s'étant abstenus.

La célérité des procédures avec un *prepackaged plan* est un avantage certain pour ce type de procédure. Cette économie de temps permet une économie financière importante quant au coût de la procédure.

Les frais de procédure et ceux des professionnels découlant d'une procédure du Chapitre 11 tels que les conseillers, les experts et éventuellement le *trustee* peuvent se révéler très élevés. Il est intéressant de citer en exemple la réorganisation de la société *Mcorp* dont les frais de quatre ans de procédure s'élevaient à 31 524 886 dollars⁴⁵⁰.

Dans le cadre d'une procédure dont les négociations sont entamées avant l'ouverture de la procédure et donc sans le recours aux professionnels de la faillite, le patrimoine de la faillite est moins entamé. Le patrimoine afférant à la faillite étant plus important, les créanciers ont ainsi un avantage certain au recours à un *prepack*.

⁴⁴⁶ *Affaire Curative Health Services, Inc. et al.*, Case No. 06-10552 (Bankr. S.D.N.Y. March 27, 2006)

⁴⁴⁷ 34 heures après l'ouverture de la procédure dans la décision *Affaire Blue Bird Body Co.*, Case No. 06-50026-GWZ (Bankr. D. Nev. January 26, 2006).

⁴⁴⁸ *Affaire Blue Bird Body Co.*, Case No. 06-50026-GWZ (Bankr. D. Nev. January 26, 2006).

⁴⁴⁹ *Affaire Davis Petroleum Corp.*, Case No. 06-20152 (Bankr. S.D. Tex. 2006)

⁴⁵⁰ Autres exemples : réorganisation de la chaîne de supermarchés en 1989 *Almac's Supermarket Incorporation* dont les frais des consultants s'élèvent à 1.3 million de dollars. La firme *Macy's* aurait reçu une facture de 5.27 millions de dollars, le juge n'autorisant que 15 % du paiement de cette somme. Chiffres fournis dans le *Bankruptcy Almanach* de 1996, de la New Generation Research

2. Une liberté de négociation assurant le succès de la procédure

L'élaboration du plan et le vote en amont des créanciers assurent au débiteur le succès du plan et donc du sauvetage de sa société. Le plan est élaboré loin des pressions judiciaires et de la rigidité dans les négociations. Les parties peuvent négocier librement selon les conditions du marché les modalités de la restructuration de l'entreprise. Le débiteur a une situation intéressante dans le cadre d'une procédure avec *prepack*. Au cours de l'élaboration du plan, le débiteur conserve le contrôle de l'entreprise, le risque de la nomination d'un trustee pour mener les négociations étant écarté. De plus, pendant cette période, le débiteur a libre accès aux actifs de l'entreprise. Le débiteur, tout en ayant moins de pouvoirs qu'un *debtor in possession*, conserve ses prérogatives de chef d'entreprise. Il est ainsi libre de mener les négociations avec ses créanciers en toute liberté.

Le plan peut prévoir des règlements partiels de manière beaucoup plus souple que dans le cadre d'un Chapitre 11 classique. Le *prepackaged plan* accentue ainsi le caractère conventionnel attribué au plan de réorganisation américain. Cependant l'intervention judiciaire est un atout pour les créanciers qui sont ainsi assurés du respect de leurs droits. Le plan ne pourra, en effet, être confirmé que si les dispositions du code de la faillite sont respectées, dont l'égalité entre les créanciers d'une même classe. Cette avantage fourni par le *prepack* est accentué par le fait que le débiteur mais également les créanciers peuvent bénéficier des avantages de l'ouverture d'une procédure du Chapitre 11.

3. Une procédure simplifiée avec les avantages offerts par le Chapitre 11

Les procédures avec *prepack* présentent de nombreux avantages absents des procédés extrajudiciaires, tels que les *exchange offer*. En effet, le fait que, dans le cadre d'un *prepack*, l'ouverture d'une procédure du Chapitre 11 est prévue, permet au débiteur et aux créanciers de bénéficier de la protection d'une procédure du Chapitre 11.

Le débiteur peut en conséquence bénéficier de tous les avantages que cette procédure offre. Il s'agit notamment de la *discharge* et donc la chance d'un nouveau départ pour le débiteur, mais aussi de la possibilité de mettre fin à des contrats considérés comme trop coûteux pour l'entreprise constituant un frein pour son exploitation. La protection du Chapitre 11 offre également des bénéfices fiscaux, notamment lorsque le plan prévoit une conversion de créances en parts sociales ou actions.

En effet, dans la situation où la suite d'une conversion de créances en parts sociales ou

actions, des créanciers deviennent majoritaires à 51% au moins de la société, le droit fiscal américain considère qu'il y a un changement de la propriété de la personne morale. Or le code fiscal interdit l'imputation des pertes d'exploitation dégagées par les exercices précédents sur les résultats futurs de la société, en cas de changement de propriétaire⁴⁵¹. L'ouverture d'une procédure de faillite permet de contourner cette disposition. Lorsque ce schéma intervient dans le cadre d'une procédure de faillite, le pourcentage d'actions ou de parts sociales cédées contre des créances nées dix-huit mois avant l'ouverture de la procédure n'est pas pris en compte dans la détermination du changement de majorité au sein de la société. La société se retrouve ainsi en deçà du pourcentage fiscal en question, et peut ainsi compenser les pertes d'exploitation antérieures sur les résultats futurs. Cette disposition a pour conséquence de diminuer le bénéfice imposable.

Les avantages du mécanisme du *prepackaged plan* sont nombreux et variés. Les plus intéressants sont ceux relatifs à son coût et sa célérité les rendant attractifs, notamment pour les créanciers. Cependant le *prepackaged plan* présente également des inconvénients qui rendent certains créanciers ou débiteurs réticents à son utilisation.

B. Les inconvénients du *prepackaged plan*

Les inconvénients du *prepack* sont aussi variés que ses avantages. Ils présentent pour certains débiteurs un frein à son recours. Ces inconvénients sont notamment dus à un nombre important de dispositions devant être respectées pour que le *prepack* soit considéré valide (1), mais également au risque de détournement de la procédure du Chapitre 11 qui peut découler du *prepack* (2). Ces inconvénients, bien que représentant les plus importants du *prepack*, ne sont pas les seuls à représenter un obstacle à son application (3).

1. Des conditions de validité à respecter

La section 1126 (b) du code de la faillite pose plusieurs conditions à la validité de la procédure de *prepack* qui peuvent s'avérer lourdes pour certains débiteurs. Cette procédure aboutira à l'approbation du *disclosure statement* et à la confirmation du plan si la procédure est conforme aux modalités des lois étrangères au droit de la faillite, que nous avons mentionnées antérieurement⁴⁵². En cas de rejet du *disclosure statement*, les votes des classes intervenus antérieurement seront rejetés, ce qui entraînera une nouvelle phase de

⁴⁵¹ Internal Revenue Code, section 382

⁴⁵² Cf. Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, I., A.

sollicitation et un nouveau vote des créanciers et donc une perte de temps considérable. Une bonne illustration de l'échec d'une procédure de *prepack* est la décision *Southland Corp.*⁴⁵³. Dans cette décision, le juge a rejeté la validité de la sollicitation menée avant l'ouverture de la procédure et exige du débiteur une nouvelle sollicitation. Compte tenu du temps pour organiser une telle sollicitation et les coûts financiers que cela peut entraîner, la procédure a duré plus de dix ans. Cette affaire est l'exemple type d'une procédure de *prepack* qui tourne au cauchemar⁴⁵⁴.

2. Un risque de détournement de la procédure

De plus, les créanciers peuvent craindre le détournement de la procédure de faillite par le débiteur. En effet, le débiteur négocie avec les principaux créanciers afin de s'assurer d'un nombre de votes en faveur du projet de plan suffisant au sein de chaque classe dite *impaired* pour que le plan puisse être confirmé. Les créanciers des classes *unimpaired* sont mis à l'écart dans les procédures de *prepackaged plan*. Ils ne sont pas consultés et sont réputés avoir voté en faveur du plan. Le débiteur a donc tout intérêt à déterminer dans le plan un maximum de classes dites *unimpaired*.

Les créanciers des classes de créances dites *impaired*, réticents au projet de plan, devront se plier à la volonté de la majorité. Ainsi, la plupart des *prepackaged plan* sont utilisés dans les situations où le débiteur souhaite la restructuration de certaines créances, qui en dehors d'une procédure de faillite requièrent l'approbation de l'unanimité des créanciers concernés. L'utilisation d'un *prepack* offre une souplesse par l'exigence de la simple majorité. Le débiteur et les créanciers en faveur d'une restructuration peuvent l'imposer aux autres créanciers d'une même classe sans leur consentement⁴⁵⁵. Ce pouvoir de la majorité est présent dans la plupart des procédures avec *prepack*.

L'inégalité entre les créanciers dans le cadre d'un *prepack* existe aussi quant à la nature de la créance. Il est, en effet, particulièrement difficile de mettre en place un *prepackaged plan* avec des prêteurs ou obligataires qui ne recevront pas 100% de leur créance. Tout d'abord, les prêteurs, contrairement aux obligataires, ne sont pas représentés par un agent ou un *trustee*, ce qui rend les négociations plus difficiles. De plus, le montant de leurs créances varie quotidiennement en valeur monétaire mais aussi quant à la propriété des

⁴⁵³ Affaire *Southland Corp.*, 124 B.R. 211 (Bankr. N.D. Tex. 1991)

⁴⁵⁴ S. E. MAYERSON, *Supra* note 420

⁴⁵⁵ D. A. DANDENEAU, "Developing and soliciting vote on a confirmable plan of reorganization in chapter 11 cases", *westlaw* 918 PLI/comm. 379, Nuts and Bolts of Corporate Bankruptcy, 2009

créances, les cessions de créances étant chose courante. Enfin, le commencement des négociations en vue d'un *prepackaged plan* alerte les créanciers de l'ouverture d'une procédure de faillite imminente. Si les prêteurs et obligataires n'ont pas la certitude de recouvrer la totalité de leurs créances, ils pourraient mettre fin à leur participation financière au cours des négociations et pendant la période de sollicitation, ce qui empirerait de manière importante les difficultés financières de la société⁴⁵⁶.

De même, le débiteur peut recourir au mécanisme du *prepack* lorsqu'il souhaite procéder à une transaction avec un créancier, une vente par exemple, en bénéficiant des droits offerts par le droit de la faillite. Parmi ces droits, celui de l'invalidité des clauses de transfert de propriété d'un des biens de la faillite entre les mains d'un créancier est un avantage recherché⁴⁵⁷.

3. Les autres inconvénients

Le *prepackaged plan* présente d'autres inconvénients. D'une part, les phases d'élaboration du plan et le vote intervenant hors la procédure de faillite, le débiteur ne bénéficie pas de l'avantage de l'*automatic stay* ou l'arrêt automatique des poursuites. Le montant de sa dette peut ainsi croître pendant la période de négociations. D'autre part, le *prepack* impliquant l'ouverture d'une procédure de faillite postérieure à l'élaboration du plan, le tribunal peut décider de la nomination d'un *trustee*. Dans ce cas, le plan élaboré préalablement à l'ouverture de la procédure ne pourra faire l'objet d'une confirmation par le tribunal. La procédure du Chapitre 11 s'opérera dans le cadre classique, c'est-à-dire les différentes phases de la procédure s'opéreront après l'ouverture de celle-ci.

De plus, bien que la jurisprudence et certaines juridictions⁴⁵⁸ soient venues compléter les règles relatives au *prepackaged plan*, cette notion et les règles s'y référant demeurent imprécises et entraînent donc un contentieux important.

Enfin, le caractère conventionnel du *prepackaged plan* étant important, les juges ont un faible pouvoir d'interprétation de celui-ci. Les termes utilisés par le débiteur doivent donc être précis.

Malgré les quelques inconvénients qui peuvent être relevés relativement aux procédures

⁴⁵⁶ E. ROSOF, *Supra* note 423, p.21

⁴⁵⁷ D. A. DANDENEAU, *Supra* note 455

⁴⁵⁸ Notamment le tribunal du District Sud de New-York, *Southern District of New York General Order on Prepackaged Plan* (order 203) adoptée le 24 fév. 1999

avec un *prepackaged plan*, leur nombre ne cesse de s'accroître. Le nombre de procédures du chapitre 11 où les *prepack* et plans pré-négociés sont utilisés est de plus en plus important. Le nombre de *prepack* a augmenté entre 2008 et 2009 de 300%. En novembre 2009, les procédures de *prepack* représentaient 124 milliards de dollars⁴⁵⁹. L'affaire *CIT*⁴⁶⁰, fournisseur de services financiers pour les petites et moyennes entreprises, illustre le *prepack* le plus important réalisé. La confirmation du plan a eu lieu approximativement un mois après l'ouverture de la procédure. En 2010, il est prévu un nombre encore plus important de *prepack* aux Etats-Unis.

Le succès des procédures avec un *prepackaged plan* attise la curiosité française. En effet, les praticiens français s'inspire de ce procédé original issu du droit américain pour répondre à un besoin pragmatique. C'est ainsi qu'à plusieurs reprises, les tribunaux français se sont trouvés face à un *prepackaged plan* à la française.

⁴⁵⁹ D. PALMER, J. FINK, "Recent Developments in Distressed Debt, Restructurings and Workouts – Fallout From the Credit Crunch 2010", Practising Law Institute, *Commercial Law and Practise Course Handbook Series*, 28 janvier 2010, PLI Order n°23322, in <westlaw.com>

⁴⁶⁰ La procédure a pris fin en décembre 2009. L'affaire CIT avec 71 milliards de dollars en biens et 65 milliards de dollars en obligations fait partie des faillites les plus importantes de l'histoire américaine, *New York Times*, 2 nov. 2009, in <http://topics.nytimes.com/top/news/business/companies/cit_group_inc/index.html?inline=nyt-org>

CHAPITRE 2 APPLICATION DU

***PREPACKAGED PLAN* EN DROIT FRANÇAIS**

Ces dernières années a laissé apparaître l'introduction du *prepackaged plan* en droit français, après les nombreux articles de la doctrine et de la pratique vantant les mérites d'une telle pratique. Voyons ainsi dans ce chapitre, l'apparition du *prepack* dans le paysage français pour étudier (I), en deuxième temps, sa validité en droit français (II).

I. LE PREPACKAGED PLAN, UNE SOLUTION ADOPTÉE EN DROIT FRANÇAIS

Le succès des procédures avec *prepack* aux Etats-Unis a fortement inspiré la doctrine et la pratique françaises, qui, depuis plusieurs années, se penchent sur l'étude de ce mécanisme original et ambitieux. Le pragmatisme américain a séduit une grande partie de la doctrine qui depuis quelques années défend le recours à un mécanisme similaire au *prepackaged plan* en droit français (A). La pratique est allée plus loin en appliquant ce mécanisme en l'absence de tout texte afin de sauvegarder des entreprises et ainsi démontrer l'intérêt de l'utilisation de ce nouvel outil en droit français des procédures collectives (B). Le succès du recours au *prepackaged plan* par la pratique a incité le législateur à se pencher sur l'adoption d'un tel mécanisme en droit français, ce qui a abouti à la rédaction d'un projet de modification du code de commerce instaurant la « procédure de sauvegarde financière expresse » (C).

A. Une solution désirée par la doctrine

L'idée d'introduire en droit français une procédure de sauvegarde simplifiée selon le modèle américain du *prepackaged plan* n'est pas nouvelle. Plusieurs études ont été menées afin de démontrer l'intérêt de transposer en droit français un tel mécanisme⁴⁶¹.

Déjà, avant l'adoption de la loi du 26 juillet 2005, certains auteurs mentionnaient l'intérêt et la possibilité de transposer le mécanisme du *prepackaged plan* en droit français,

⁴⁶¹ E. CHIVKA, « Prepackaged Bankruptcy : alternative au traitement exclusivement judiciaire du droit des procédures collectives », *revue de droit des affaires de l'Université Panthéon-Assas*, n°2, p.29-74, 1^{er} octobre 2004

permettant « une mise en œuvre rapide d'un « accord pré-établi » »⁴⁶². Au moment de la réforme du 18 décembre 2008, la doctrine a avancé une fois de plus les divers intérêts que le législateur français aurait à adopter le mécanisme de *prepackaged plan*⁴⁶³.

Ce mécanisme constitue, tout d'abord, une alliance entre le conventionnel et le pouvoir judiciaire dans un but préventif. Il correspond ainsi aux objectifs de la sauvegarde⁴⁶⁴. Un tel accord conclu dans un cadre purement informel présente de nombreux avantages : la confidentialité des négociations, l'absence du dessaisissement des dirigeants et surtout l'anticipation d'une procédure de sauvegarde⁴⁶⁵. Le Conseil National des Administrateurs Judiciaires et des Mandataires Judiciaires (CNAJMJ), consulté par la Chancellerie à l'occasion de la réforme, avait formulé des propositions de transposition en droit français d'un mécanisme proche du *prepack*. Celles-ci prévoyaient la possibilité d'une procédure accélérée destinée à permettre au débiteur de bénéficier d'un plan ayant été négocié avant l'ouverture de la procédure collective.

La Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris (CCIP) a également défendu l'introduction de la pratique des *prepackaged plans* en droit français favorisant une « efficacité économique et une procédure plus rapide »⁴⁶⁶. La CCIP constate que de nombreux conseils d'entreprises en difficulté leur recommandent de recourir au mandat *ad-hoc* ou à la conciliation afin de préparer leur restructuration dans un cadre plus feutré. L'utilisation du *prepackaged plan* en droit français permettrait de concilier les avantages d'une procédure de conciliation où les informations demeurent confidentielles et d'une procédure judiciaire où le tribunal peut imposer le choix de la majorité aux créanciers récalcitrants par les biais des comités de créanciers. Ce mécanisme jouerait le rôle de passerelle entre les deux procédures. La CCIP ajoute que, de ce constat, deux voix de réformes peuvent être imaginées. Tout d'abord, la procédure ouverte suite à l'élaboration d'un plan préétabli devrait être raccourcie et permettre ainsi une procédure de sauvegarde simplifiée. La deuxième possibilité serait d'offrir au tribunal le pouvoir de *cram down*,

⁴⁶² H. CHRIQUI, « Prévention des difficultés des entreprises : peut-on aller plus loin ? », *G.P.* 18 mai 2004, n° 139, p. 2

⁴⁶³ T. MONTERAN, *Supra* note 82, p.9 ; Table ronde animée par D. TRICOT : *G.P.* 26 juin 2008, n° 178, p. 99.

⁴⁶⁴ « L'objectif affirmé de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 est de moderniser le droit applicable aux entreprises en difficulté en privilégiant la prévention et la négociation » in <<http://www.textes.justice.gouv.fr/index.php?rubrique=10083&ssrubrique=10458>>

⁴⁶⁵ A. BESSE et N. MORELLI, *Supra* note 395, p.1628

⁴⁶⁶ Commission de réflexion animée par M^{me} OUTIN-ADAM, de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris, Chambre de commerce et d'industrie de Paris, Projet de réforme de la loi de sauvegarde des entreprises - Contribution de la CCIP : févr. 2008, p. 13 et s. in <www.etudes.ccip.fr> ;

permettant au tribunal de confirmer un plan en l'absence d'une majorité de vote en faveur du plan, tel qu'existant en droit américain dans des cas restreints. Malheureusement, la réforme de 2008 n'a pas tenu en compte de ces propositions.

A l'heure actuelle, la doctrine continue de défendre l'idée que le *prepackaged plan* serait une solution logique permettant « un alliage parfait de l'efficacité et de l'absence de brutalité »⁴⁶⁷. En effet, « pour le débiteur, l'intérêt est évident puisqu'il se trouve en mesure d'imposer des sacrifices à ses créanciers dans le cadre d'une procédure collective sans pour autant subir trop durement les effets collatéraux qu'accompagne toute ouverture d'une telle procédure. »⁴⁶⁸ De plus, l'adoption d'un tel mécanisme est encouragée au niveau international notamment par le célèbre rapport *Doing Business* de 2010⁴⁶⁹ ou encore par le guide de la Commission des Nations Unies pour le Droit du Commerce International (CNUDCI) de 2004⁴⁷⁰.

Malgré la démonstration de l'intérêt d'une transposition du *prepackaged plan* en droit français pour répondre à un besoin pragmatique de rapidité et d'efficacité des procédures collectives françaises, l'introduction de ce mécanisme dans la « boîte à outils » française des procédures collectives n'a pas eu lieu lors de la réforme de 2008. Ce n'est qu'en 2010 que le législateur se laisse convaincre par le bien-fondé de cette nouvelle technique.

La pratique, sensible à l'intérêt que suscite le *prepack*, a néanmoins recouru à ce mécanisme en droit français des entreprises en difficulté avant sa reconnaissance législative dans deux affaires devenues célèbres, démontrant ainsi son efficacité.

B. Une solution importée par la pratique

Lors des travaux préparatoires de la réforme du droit des entreprises en difficultés de 2008, le législateur a émis le souhait de privilégier, par le biais de la procédure de sauvegarde, une « contractualisation des solutions aux difficultés de trésorerie »⁴⁷¹. Afin d'éviter de « replonger corps et biens dans les vieux démons du droit des faillites, exclusivement

⁴⁶⁷ F.-X. LUCAS, *Supra* note 437, p.36

⁴⁶⁸ *Ibid*, p.35

⁴⁶⁹ Rapport *Doing Business* 2010, p.75 : « *creating a framework for prepackaged reorganization can help keep companies operating as a going concern* », traduit par l'auteur : « mettre en place un mécanisme de *prepackaged plan* peut aider les entreprises à se maintenir en activité »

⁴⁷⁰ Guide de la CNUDCI sur la coopération, la communication et la coordination dans les procédures d'insolvabilité internationale (projet de 2009), en sa page 260 évoque les procédures accélérées avec une restructuration informelle nécessitant un pouvoir de contrainte de la minorité par le tribunal.

⁴⁷¹ Rapp. AN n° 3651, sur la mise en application de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 31 janvier 2007, par X. de Roux, p. 55.

judiciaire et structurellement contentieux »⁴⁷², certains praticiens ont décidé d'employer la procédure de sauvegarde comme outil de négociation préalable.

A cet égard, il semble indispensable de mentionner les deux affaires dans lesquelles la pratique a utilisé le mécanisme du *prepackaged plan* issu du droit américain afin d'assurer le succès de la procédure de sauvegarde. Il s'agit des affaires Autodistribution en 2009⁴⁷³ et Thomson en 2010⁴⁷⁴, aboutissant toutes les deux à l'arrêté d'un plan de sauvegarde dans des délais très courts et marquant une étape importante dans la résolution des difficultés des entreprises en France.

Afin de comprendre le recours au *prepackaged plan* en droit français, il est intéressant de se pencher sur les faits et les circonstances de ces deux affaires qui ont fait couler beaucoup d'encre. Etudions ainsi, dans un premier temps, l'affaire Autodistribution (1) pour continuer notre analyse sur la seconde affaire qui s'en est inspirée, l'affaire Thomson (2).

1. La décision Autodistribution, introduction de la notion de *prepackaged plan* à la française

Le groupe Autodistribution⁴⁷⁵ est le leader mondial de la distribution indépendante de pièces détachées d'automobiles et de poids lourds et compte environ 6700 salariés dont 5200 en France. Son chiffre d'affaires en 2008 s'élevait à 1,1 milliards d'euros. Sa dette financière quant à elle était de 690 millions d'euros suite à une LBO⁴⁷⁶ réalisée en 2006, logée dans deux holdings financières du groupe : Parts Holdings (France) et Autodis. La crise du secteur automobile de 2008 accompagnée de la Loi de Modernisation de l'Economie du 4 août 2008 qui a diminué les délais de paiements aux fournisseurs, ont fortement affecté le chiffre d'affaires du groupe. Une renégociation de la dette financière de la société s'avérait indispensable afin d'éviter un dépôt de bilan imminent.

Les dirigeants du groupe ont ainsi décidé d'entamer une procédure de mandat *ad-hoc* afin de « trouver une solution consensuelle avec les créanciers du groupe et (...) rechercher

⁴⁷² A. BESSE et N. MORELLI, *Supra* note 395, p.1628

⁴⁷³ TC Evry, 6 avril 2009

⁴⁷⁴ TC Nanterre, 17 fév. 2010

⁴⁷⁵ R. COURTIER et N. LAURENT, « Analyse de l'opération Autodistribution : premier « prepack » à la française, rôle prépondérant des juges consulaires », *Cahiers de Droit de l'entreprise*, n°5, sept.oct. 2009, p.26

⁴⁷⁶ Le *leveraged buy-out* (LBO) est le terme anglais pour financement d'acquisition par emprunt, consistant à racheter une société en ayant recours à l'endettement bancaire en générant un effet de levier facilitant l'acquisition et la défiscalisation du projet – définition Wikipedia www.fr.wikipedia.org

éventuellement un partenaire susceptible d'entrer au capital et de relancer l'activité du groupe par un apport de fonds »⁴⁷⁷. Ces négociations ont abouti à l'offre d'un nouveau fonds d'investissement, TowerBrook, allié au fonds actionnaire en place, Investcorp, proposant ensemble l'apport de 110 millions d'euros en échange d'une restructuration financière de la dette existante impliquant notamment une conversion en capital (sans droit de vote) dans une proportion différente selon la catégorie de prêteurs concernée, dans la limite de 20% du capital. Cette offre permettant la restructuration du groupe était subordonnée à la condition selon laquelle l'unanimité des prêteurs devait accepter l'offre. Or le nombre de prêteurs étant important⁴⁷⁸ et les intérêts en jeu divers, il s'est avéré impossible d'obtenir l'unanimité des prêteurs.

Une autre solution à la restructuration financière du groupe était une procédure de sauvegarde. Mais cette dernière présentait plusieurs risques : tout d'abord une issue incertaine et une procédure longue qui aurait eu un impact négatif sur le chiffre d'affaires du groupe. En effet, la majorité de la clientèle du groupe n'était liée par aucun contrat et pouvait ainsi mettre fin à leur relation commerciale avec le groupe dès l'ouverture de la procédure. Les procédures collectives présentent toujours une image négative de l'entreprise en difficulté. Enfin, rien ne garantissait que l'accord établi antérieurement, bien qu'accepté par la majorité des prêteurs, serait réitéré au cours de la procédure et accepté par les comités des créanciers.

C'est dans ces circonstances que les praticiens du droit français se sont tournés vers le droit américain et se sont inspirés des procédures de *prepack* dont notamment le plan pré-arrangé ou *prearranged plan*. Le débiteur signe avec la majorité des créanciers, parallèlement à l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, un accord selon lequel ces derniers s'engagent à voter en faveur du projet de plan de sauvegarde qui leur sera présenté et dont les modalités seront celles de l'offre qu'ils avaient préalablement acceptée. Ce procédé s'inspire du *lock-up agreement* américain que nous avons étudié précédemment⁴⁷⁹.

Cette idée originale présentait des risques pour les signataires de l'accord qui s'engageaient sans vraiment connaître les conséquences de la procédure. Cependant, ce processus présentait un intérêt non négligeable : le gain de temps qui permettait de limiter fortement les effets néfastes dus à la publicité d'une procédure de sauvegarde.

⁴⁷⁷ Plans de sauvegarde d'Autodis et Parts Holdings (France)

⁴⁷⁸ Près de 200

⁴⁷⁹ Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, I., B, 2.

La signature d'un accord de restructuration de la dette financière par des prêteurs représentant au moins la majorité des deux tiers du montant de la dette de chaque comité et assemblée d'obligataires eut lieu le 26 février 2009, au terme de quatre mois de négociation.

En parallèle, le 18 février 2009, deux procédures de sauvegarde ont été ouvertes à l'encontre de Parts Holdings (France) et d'Autodis. L'accord avec les créanciers a été signé après l'ouverture de la procédure, contrairement au mécanisme américain. Mais l'idée reste la même puisque l'entrée en sauvegarde et la conclusion de l'accord ont été annoncées concomitamment le 2 mars 2009. Un peu plus d'un mois plus tard, le 6 avril 2009, le tribunal d'Evry arrêta les plans de sauvegarde des deux sociétés concernées. La procédure n'a duré que sept semaines.

L'affaire Autodistribution est la première décision adoptant le mécanisme du *prepackaged plan* du droit américain dans une procédure française. Elle démontre l'efficacité d'une telle pratique en droit français et le pragmatisme des juges consulaires. Le succès de la procédure de sauvegarde avec un plan négocié antérieurement à l'ouverture de la procédure inspire des praticiens à la recherche de procédures rapides et efficaces avec des conséquences négatives limitées. L'affaire Thomson, inspirée par l'affaire Autodistribution, est l'illustration que cette pratique a un bel avenir en droit français.

2. L'affaire Thomson, réitération du succès du mécanisme de *prepackaged plan* en droit français

La société Thomson, devenue « Technicolor » en janvier 2010, est une société cotée à Paris et à New-York, intervenant dans le secteur des services et les équipements pour les studios de cinéma ainsi que pour les chaînes de télévision. Elle emploie 20000 personnes dont 3000 en France. La société Thomson SA assure les fonctions centrales du groupe et employait plus de 500 salariés fin décembre 2009.

En novembre 2009, le montant du passif de la société Thomson SA s'élevait à 3500 millions d'euros dont 6,4 millions d'euros échus, composé principalement de créances bancaires et obligataires d'un montant de 2,7 millions d'euros. Le montant des actifs de la société était quant à lui de 3919 millions d'euros dont 155 millions d'euros disponibles.

Dès 2009, les difficultés financières de la société sont constatées : la société ne disposera pas d'une trésorerie suffisante en 2010 et 2011 pour assurer les paiements requis. La société

a ainsi entrepris avec ses créanciers des négociations en vue d'un accord de restructuration.

Les parties sont parvenues à un accord de restructuration en juillet 2009 selon lequel les créanciers signeront le plan proposé à trois conditions. Tout d'abord, le plan proposé devait refléter l'accord de restructuration. Les deux autres conditions reposaient sur le nombre de signataires à l'accord de restructuration : deux tiers des créanciers inclus dans les comités des créanciers et deux tiers des obligataires devaient avoir signé l'accord de restructuration. Thomson SA a obtenu la signature de l'accord par une grande partie des créanciers, celle des obligataires s'avérait plus délicate. En effet, un créancier représentant une part substantielle des créances obligataires a refusé de conclure cet accord ; ses créances étant garanties par un « *credit default swap* », c'est-à-dire une garantie sur la valeur de la créance qui est actionnée en cas d'ouverture d'une procédure collective notamment. Des difficultés supplémentaires existaient, dès lors que cette dette obligataire avait fait l'objet d'une négociation sur le marché, de sorte qu'il n'était pas possible d'identifier tous les porteurs de la dette obligataire. Les conditions requises pour engager les créanciers à signer le plan de sauvegarde n'étaient donc pas remplies. Malgré ce défaut, les difficultés financières grandissantes poussent la société Thomson SA à demander l'ouverture d'une procédure de sauvegarde qui sera prononcée par un jugement du Tribunal de commerce de Nanterre en date du 30 novembre 2009.

L'ouverture de la procédure de sauvegarde s'avérait risquée puisque la société n'avait aucune certitude de la signature des créanciers parties à l'accord de restructuration en faveur du plan proposé. Le plan a été accepté par les créanciers à hauteur de 100% par le comité des principaux fournisseurs et le comité des établissements de crédit et de 98,77% par l'assemblée des obligataires dans les mêmes termes que l'accord de restructuration. Le plan a été arrêté le 17 février 2010. Les négociations préalables à l'ouverture ont ainsi abouti au succès de la procédure de sauvegarde de la société Thomson SA. La procédure n'a duré que deux mois et demi.

La décision Thomson⁴⁸⁰ réitère le succès de l'utilisation en droit français du *prepackaged plan* assurant une facilité d'élaboration du projet de plan et surtout une rapidité de la

⁴⁸⁰ H. BOULGOUROUX, « Vote du plan de sauvegarde de la société Thomson SA », L'ESSENTIEL Droit des entreprises en difficulté, 01 avril 2010 n° 4, p.2 ; C. Lebel, « L'ouverture d'une procédure de sauvegarde : Thomson SA », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 51, 17 Déc. 2009, act. 604 ; A. LIENHARD, « Ouverture d'une procédure de sauvegarde pour Thomson », D. 9 déc. 2009, in <www.dalloz.fr/actualité> ; A. LIENHARD, *Supra* note 399 ; G. TEBOUL, « L'affaire Technicolor : la sauvegarde en rose (A propos de TC Nanterre, 17 février 2010) », P.A., 1er avril 2010, n°65, p.3 ; P.6M. LE CORRE, *Supra* note 224, p.839

procédure.

Les affaires Autodistribution et Thomson sont les deux cas devenus célèbres de l'influence américaine quant à l'utilisation d'un *prepack* dans le but de faciliter et de garantir le succès de la procédure de sauvegarde. L'efficacité d'un tel mécanisme a incité le législateur à se pencher sur son adoption en droit français. La loi du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière⁴⁸¹ introduit ainsi une nouvelle procédure : la « sauvegarde financière accélérée ».

C. Une consécration législative : la « sauvegarde financière accélérée »

Au vu du succès de l'adaptation par la pratique du *prepackaged plan* et de ses avantages, le législateur français se tourne vers l'idée d'adopter en droit français un *prepackaged plan* à la française ou la « procédure de sauvegarde financière expresse »⁴⁸²⁴⁸³ assurant une passerelle entre la procédure de conciliation et la procédure de sauvegarde. Ce sera la procédure de sauvegarde accélérée qui sera adoptée par une loi du 22 octobre 2010⁴⁸⁴. Cette nouvelle procédure dérivée de la procédure de sauvegarde classique présente les avantages du *prepack*, dont celui de la célérité, garantissant le succès d'une procédure de sauvegarde. Le code de commerce modifié propose ainsi une procédure palliant les inconvénients de la procédure de sauvegarde classique en permettant, à certaines conditions, l'application d'une procédure accélérée et relative uniquement à la réorganisation financière de l'entreprise. A l'image du *prepackaged plan* américain, la « procédure de sauvegarde financière expresse » se veut ainsi être une procédure accélérée (1.) et financière (2.).

1. Procédure accélérée

Bien que la pratique ait su démontrer la validité de recourir à un plan pré-arrangé en droit français et la possibilité d'une procédure de sauvegarde accélérée, le législateur français consacre son application en apportant des aménagements au code de commerce ayant pour

⁴⁸¹ Loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière

⁴⁸² Projet portant modification du Code de commerce in

http://www.budget.gouv.fr/directions_services/dgtpe/secteur_financier/haut_comite_place/100817projet_codecom.pdf

⁴⁸³ Note de présentation des « mesures susceptibles d'améliorer le financement des entreprises en difficultés » voir *Ibid*

⁴⁸⁴ Loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière

objectif de « faciliter le rebond des entreprises en prévoyant une procédure accélérée »⁴⁸⁵.

Un des principaux atouts de la procédure de *prepack* est la célérité causée par la possibilité d'élaborer un projet de plan en amont de l'ouverture d'une procédure de faillite. La procédure de sauvegarde financière expresse présente le même avantage.

La nouvelle procédure représente la continuité d'une procédure de conciliation qui n'a pu aboutir faute de l'obtention de l'accord de l'unanimité des créanciers. Le projet de plan est élaboré avec le concours du conciliateur antérieurement à la demande d'ouverture de la procédure de sauvegarde expresse. Allant dans ce sens, le conciliateur est nommé, par le tribunal, administrateur judiciaire de la nouvelle procédure pour assurer un suivi du dossier⁴⁸⁶. Ceci accompagné du fait que le plan est élaboré antérieurement à l'ouverture de la procédure de sauvegarde présentent un gain de temps considérable.

De plus, le nouveau code offre la possibilité de délais de procédure plus courts. Tout d'abord, les créanciers concernés par la procédure qui ont participé à la conciliation n'ont pas à déclarer leurs créances, elles « sont réputées déclarées »⁴⁸⁷. Le comité et l'assemblée des obligataires, le cas échéant, ont un mois pour se prononcer sur le projet du plan. A défaut d'un vote dans le délai d'un mois à compter de la remise de la proposition du plan par la débiteur, le tribunal mettra fin à la procédure. Ils doivent être consultés dans un délai de vingt à trente jours suivant la proposition du débiteur, délai qui peut être réduit à huit jours⁴⁸⁸. Enfin, le juge dispose d'un délai d'un mois à compter du jugement d'ouverture pour statuer sur l'arrêté du plan⁴⁸⁹, alors que le code de commerce actuel ne prévoit aucun délai dans le cadre d'une procédure de sauvegarde classique. Le projet de loi limitait les délais de la procédure de manière plus importante. Ainsi, le mandataire ne disposait que de cinq jours après la publication par le greffe pour transmettre aux créanciers concernés les propositions de règlement de leur créance. Ces derniers avaient quinze jours pour les contester. Le projet de loi prévoyait que le tribunal statue sur l'ouverture de la procédure, sur rapport du conciliateur, dans un délai d'un mois, mais ceci n'a pas été maintenu dans la loi. L'adoption de toutes les dispositions prévues par le projet de loi aurait réduit les délais

⁴⁸⁵ Note de présentation des « mesures susceptibles d'améliorer le financement des entreprises en difficultés » in http://www.budget.gouv.fr/directions_services/dgtpe/secteur_financier/haut_comite_place/100817presentation_codecom.pdf

⁴⁸⁶ Art. L.628-4 du projet de modification du Code de commerce proposé par la Chancellerie le 27 juillet 2010

⁴⁸⁷ Art. L.628-5 c. com.

⁴⁸⁸ Art. L.628-4 c.com.

⁴⁸⁹ Art. L.628-6 c. com.

de procédure à quinze ou vingt-et-un jours maximum.

Pour assurer le succès de cette procédure, le législateur la souhaite uniquement financière.

2. Procédure financière

Suivant le modèle américain du *prepackaged plan*, la nouvelle procédure envisage uniquement la restructuration financière de l'entreprise plaçant les créanciers financiers au cœur de la procédure. La nouvelle procédure permet d'éviter un éventuel blocage de la part du comité des fournisseurs à l'adoption d'un projet de plan. En effet, les créances des fournisseurs ne sont pas prises en compte pour la composition des comités des créanciers, de même que les créances non affectées par le projet de plan ou dont le projet prévoit le paiement intégral⁴⁹⁰. Les créances des fournisseurs ne sont gelées mais réglées suivant les délais contractuellement prévues. Elles sont ainsi assimilées à des créances non affectées par le projet de plan. Les phases d'élaboration et de vote s'en trouvent fortement allégées. Cette disposition permet de maintenir les relations commerciales existant entre le débiteur et ses fournisseurs. Ces derniers étant assurés du devenir de leur créance ne seront pas tentés de mettre fin au contrat les liant avec le débiteur.

La nouvelle loi met ainsi l'accent sur l'amélioration du financement des entreprises en difficulté. Le comité des établissements de crédits et l'assemblée des obligataires sont les seuls à participer à l'élaboration du plan, par la voie du vote. Le débiteur, à la recherche d'une solution financière, est encouragé par cette procédure à agir le plus en amont possible, dès l'apparition de difficultés financières et donc à entamer une conciliation avec ses créanciers.

En effet, l'innovation majeure de cette nouvelle procédure repose sur le fait qu'il consacre l'existence d'une passerelle entre la procédure de conciliation et celle de sauvegarde. Le dirigeant peut demander l'ouverture d'une procédure de sauvegarde financière expresse au tribunal de commerce uniquement à la fin d'une procédure de conciliation qui n'a pu aboutir à défaut d'obtention d'un accord par l'unanimité des créanciers. Le dirigeant doit démontrer qu'une large majorité des créanciers soutient la solution proposée⁴⁹¹. En l'absence de précision, il semble que le débiteur doit s'assurer avant l'ouverture de la procédure que cette majorité est composée des comités financiers, les seuls à voter le plan.

⁴⁹⁰ Art. L.626-30-2 c. com.

⁴⁹¹ L.628-1 c. com.

Bien que le principe du *prepackaged plan* soit repris dans la procédure de sauvegarde dérivée, l'absence de précisions risque de poser des difficultés. Certains éclaircissements sont souhaités. Ainsi, qu'en est-il en cas d'échec du projet de plan, soit du fait d'un vote négatif du comité des établissements de crédit ou de l'assemblée des obligataires ; soit du fait du dépassement du délai d'un mois à compter du jugement d'ouverture par le tribunal pour statuer sur le projet du plan. Le débiteur pourra-t-il demander l'ouverture d'une procédure de sauvegarde classique ? Dans un but d'efficacité de la nouvelle procédure, le code de commerce devrait être le plus précis possible afin d'éviter aux professionnels de travailler dans le doute et d'attendre des solutions de la jurisprudence.

Enfin, le délai d'un mois dont dispose le tribunal pour statuer sur l'ouverture de la procédure à la suite d'une conciliation nous semble être un obstacle au souhait d'une procédure accélérée. D'après le projet, deux mois peuvent s'écouler entre la demande d'ouverture d'une procédure et l'arrêté du plan. Le suivi du modèle américain permettant une ouverture automatique de la procédure, à la demande du débiteur sur autorisation du conciliateur, pourrait suffire à assurer le sérieux de la requête. Un allègement du pouvoir du tribunal serait à souhaiter dans une procédure dite expresse.

Au-delà de son adaptation en droit français, l'utilisation d'un *prepack* par les professionnels du droit dans le but de faciliter et de garantir le succès de la procédure de sauvegarde a suscité de nombreuses analyses de la doctrine quant à sa validité au regard du droit français actuel. Il est intéressant de se pencher sur ces conditions de validité afin d'asseoir l'utilisation et l'efficacité du *prepackaged plan* dans la pratique française, dans l'attente d'une législation en la matière.

II. LA VALIDITE DU PREPACKAGED PLAN EN DROIT FRANÇAIS

Plusieurs articles du code de commerce démontrent que le législateur français n'avait pas envisagé la possibilité d'utiliser un mécanisme semblable au *prepackaged plan* du droit américain dans le cadre d'une procédure de sauvegarde. L'article L.626-2 disposant que « au vu du bilan économique, social et, le cas échéant, environnemental, le débiteur, avec le concours de l'administrateur, propose un plan » en est une démonstration. Le bilan économique est supposé précéder le projet de plan. Or, dans le cadre d'un *prepack*, le projet de plan précède le bilan économique établi par l'administrateur.

A l'inverse, les récentes réformes du droit des entreprises en difficulté favorisent les procédures amiables telles que le mandat *ad hoc* et la conciliation, des procédures au sein desquelles un plan de restructuration est négocié amiablement entre le débiteur et ses créanciers. Permettre aux acteurs de la procédure de sauvegarde de se mettre d'accord sur les grands principes fondateurs du futur plan de sauvegarde et de solliciter par la suite le tribunal en vue de l'arrêté du plan semble bien être la pensée du législateur français. L'introduction du *prepackaged plan* en droit français est ainsi la suite logique de l'évolution du droit français des procédures collectives. Les praticiens français ont donc tout naturellement pris cette nouvelle voie et utilisé, comme nous l'avons vu, à plusieurs reprises ce magnifique outil.

Afin d'approfondir notre étude de l'application du *prepackaged plan* en droit français et notamment sa validité, il est intéressant de se pencher sur le droit français actuel afin d'analyser si le *prepack* tel qu'utilisé par la pratique peut s'appliquer valablement en droit français (A), pour poursuivre sur l'étude de différentes modifications du code de commerce en vue d'envisager la banalisation du recours du *prepackaged plan* en droit français (B).

A. La validité du *prepackaged plan* quant au droit actuel français

Comme nous le rappelle le Professeur Lucas au sujet du *prepackaged plan* : « Tout ce qui n'est pas interdit est autorisé »⁴⁹². En effet, aucune disposition de la loi de sauvegarde ne prévoit la possibilité de recourir au mécanisme du *prepackaged plan*, ni ne l'interdit. Mais le fait que le débiteur et une majorité de ses créanciers négocient un plan de restructuration, soit le futur projet de plan sans l'intervention des organes de la procédure, tribunal, administrateur ou mandataire judiciaires, juge-commissaire ou Ministère public, risquerait d'être considéré comme un détournement de la procédure⁴⁹³. Hormis les cas de fraude, il ne semble pas que cela soit le cas.

En effet, dès lors que les principes d'égalité des créanciers et d'équité du plan sont respectés, rien ne s'oppose à ce que le tribunal accepte un plan élaboré avant l'ouverture d'une procédure de sauvegarde. Le tribunal se devra de vérifier, avant toute homologation, que tous les créanciers aient été invités à l'élaboration de l'accord de restructuration et

⁴⁹² F.-X. LUCAS, *Supra* note 437, p.35

⁴⁹³ R. COURTIER et N. LAURENT, *Supra* note 475, p.29

qu'ils disposent d'un même niveau d'information. Enfin, le tribunal devra s'assurer que l'engagement des parties au *prepackaged plan* est fait en toute liberté, en dehors de tout vice du consentement.

Un tel contrôle du juge s'avère nécessaire pour éviter notamment deux abus : la constitution de comités de complaisance et l'imposition par des majoritaires de solutions trop inéquitables. Un débiteur pourrait se trouver maître du fonctionnement de comités savamment constitués, c'est-à-dire constitués de façon à ce que des créanciers qui lui sont affiliés y détiennent la majorité. Dans ce sens, l'article R.626-55 du code de commerce a une rédaction large, en ce qu'il permet à un associé qui a réalisé une avance en compte courant au bénéfice de la société en difficulté d'être membre du comité des établissements de crédit. Le rôle du tribunal sera de vérifier que la composition des comités de créanciers n'aura pas faussé la négociation avec les créanciers⁴⁹⁴.

Une fois, ce contrôle effectué, l'objectif de la procédure de sauvegarde, à savoir le sauvetage de l'entreprise en la préservant et l'aidant à surmonter les difficultés rencontrées, étant respecté, le tribunal pourra arrêter le plan de sauvegarde.

Outre le respect du principe d'égalité des créanciers et d'équité du plan proposé, la question de la validité de la procédure avec *prepack* en droit français peut poser quelques problèmes. En effet, il est intéressant de se pencher sur la possibilité en droit français d'une procédure de sauvegarde accélérée découlant de l'adoption du *prepackaged plan* (1), ainsi que sur la possibilité de consulter les créanciers sur l'élaboration d'un projet de plan de sauvegarde avant l'ouverture de la procédure (2).

1. Possibilité d'une procédure de sauvegarde accélérée

Plusieurs auteurs reprochent à la procédure de sauvegarde actuelle de « demeurer encore trop lourde »⁴⁹⁵. Une procédure allégée, adaptée est souhaitée. Le *prepackaged plan* permet une procédure plus rapide. Mais qu'en est-il du respect des différents délais prévus par le code de commerce en matière des procédures collectives ?

En effet, le code de commerce prévoit une multitude de délais à respecter dans le cadre d'une procédure de sauvegarde. Il s'agit notamment du délai de vingt jours, qui peut être

⁴⁹⁴ Une illustration du respect de ce principe est l'affaire Thomson où le principal actionnaire prêteur de la société n'a pas participé au vote « pour lequel la participation de l'actionnaire aura été déterminante » R. COURTIER et N. LAURENT, *ibid*, p.32

⁴⁹⁵ F.-X. LUCAS, *Supra* note 437, p.35

conduit à quinze jours avec l'autorisation du juge-commissaire, entre l'envoi du projet de plan aux créancier et la date de convocation des comités des créanciers en vue de procéder au vote du plan⁴⁹⁶, du délai entre le vote des comités et l'audience du tribunal au cours de laquelle l'arrêté du plan de sauvegarde sera discuté⁴⁹⁷, du délai de quinze jours entre la convocation de l'assemblée des obligataires et son vote du projet de plan⁴⁹⁸, l'exigence que le projet de plan soumis aux obligataires soit adopté au préalable par les comités des créanciers⁴⁹⁹, des délais de déclaration des créances⁵⁰⁰, du délai de consultation des créanciers hors comité sur les propositions d'apurement de leurs créances⁵⁰¹, du délai de consultation du comité d'entreprise, ou à défaut des délégués du personnel sur la projet de plan⁵⁰² ou encore du délai existant entre le dépôt du projet de plan et l'audience du tribunal relative à l'arrêté du plan. Le code de commerce prévoit, à côté de ces délais, d'autres exigences temporelles. Mais ce qu'il est intéressant de remarquer afin de constater les conditions et les limites dans lesquelles une procédure de *prepack* sera considérée valide aux yeux du droit français est que parmi ces délais, de nombreux s'additionnent ou se superposent. Il est donc envisageable de contrer l'obstacle que pose le respect de ces délais pour parvenir à une procédure accélérée.

Si les délais relatifs à la consultation des comités ne présentent pas un obstacle à la procédure accélérée en tant que tels, la nécessité d'attendre le vote du plan par les comités pour le soumettre aux obligataires en est tout autre. D'après l'article L.626-32 du code de commerce, il convient d'attendre que les comités des créanciers aient voté le projet de plan pour convoquer l'assemblée des obligataires de manière à s'assurer que le projet de plan soumis aux obligataires est bien celui qui a été « adopté par les comités des créanciers ». De plus, l'article R.626-61 du même code précise que « chaque obligataire a le droit, pendant le délai de quinze jours qui précède la réunion de l'assemblée générale, de prendre par lui-même ou par mandataire, en tout lieu fixé par la convocation, connaissance du

⁴⁹⁶ Art.L.626-30-2 c.com.

⁴⁹⁷ Aucun délai n'est prévu à cet égard, l'article R. 626-17 du Code de commerce se bornant à énoncer : « Dès le dépôt au greffe du projet de plan par le débiteur, le greffier convoque, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, le débiteur, les représentants du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel et les contrôleurs ». En pratique, il faut compter entre 10 et 15 jours, selon les juridictions.

⁴⁹⁸ Art. R.626-60 c.com.

⁴⁹⁹ Art. L.626-32 et R.626-61 c.com.

⁵⁰⁰ Deux mois à compter de la publication du jugement au BODACC pour les créanciers domiciliés sur le territoire national (art. R. 622-24 c.com.) pour les créances nées avant l'ouverture de la procédure ; deux mois à compter de la date d'exigibilité de la créance pour les créances nées régulièrement après l'ouverture du jugement (art. L.622-24 c.com.)

⁵⁰¹ Art. L.626-5 c. com.

⁵⁰² Art. L.626-8 c. com. ; Cass. soc., 12 sept. 2007 : Bull. civ. 2007, V, n° 125.

projet de plan adopté par les comités des créanciers ». Ces deux articles indiquent bien que les obligataires ne peuvent être convoqués que postérieurement à l'adoption du plan par les comités des créanciers.

Cependant une lecture souple des textes permettrait de contourner l'attente du vote du projet de plan des comités avant de convoquer les obligataires. En effet, rien n'empêche de convoquer les comités et l'assemblée des obligataires quinze jours avant la date désirée du vote, en faisant de sorte que les comités se réunissent avant l'assemblée des obligataires. Dans cette situation, les divers délais relatifs à la convocation et le vote des comités et de l'assemblée des obligataires sont respectés. Une exception pour laquelle les obligataires pourraient exiger un nouveau délai de quinze jours sera le cas où à la suite des négociations avec les comités, des modifications profondes du projet de plan interviennent. En effet, le projet de plan soumis aux obligataires ne serait pas le même que celui adopté par les comités. Cependant il est possible d'envisager que le vote favorable de l'assemblée des obligataires purge cette irrégularité⁵⁰³.

En conséquence, la période comprise entre la date du jugement d'ouverture et celle à laquelle le tribunal arrête le plan peut être brève, telles que le démontrent les affaires Autodistribution et Thomson, les procédures ayant duré moins de trois mois. L'administrateur, à condition qu'il ait eu connaissance du dossier, peut constituer les comités des créanciers et simultanément communiquer à chacun des membres des comités et aux obligataires le projet de plan de sauvegarde élaboré antérieurement. Cela sera facilité si l'administrateur judiciaire s'avère être le mandataire *ad hoc* ou le conciliateur. Le vote des comités peut avoir lieu dès le vingtième jour suivant la communication du projet de plan, ou le quinzième jour sur autorisation du juge-commissaire. Quant au vote de l'assemblée des obligataires, il peut avoir lieu dès le lendemain, tel que le démontre la décision Thomson⁵⁰⁴. L'audience au cours de laquelle l'arrêté du plan sera discuté aura lieu entre sept et quinze jours après le dépôt au greffe du projet de plan adopté par les créanciers. Ainsi, en cas de plan élaboré préalablement à l'ouverture, l'arrêté du plan peut être prononcé dans un délai entre trente et cinquante jours, en fonction de la présence d'obligataires, de représentants des salariés et de la bonne volonté de chacun. Une procédure de sauvegarde accélérée est ainsi tout à fait envisageable en droit français.

⁵⁰³ F.-X. LUCAS, *Supra* note 437, p.35

⁵⁰⁴ Dans la décision Thomson SA, les comités de créanciers ont voté le plan le 21 décembre 2009 et l'assemblée des obligataires le 22 décembre 2009.

Cependant celle-ci sera possible à l'unique condition qu'un projet de plan de sauvegarde soit élaboré préalablement à l'ouverture de la procédure collective. Cela revient donc à se poser la question de la possibilité de consulter les créanciers en vue de l'élaboration d'un projet de plan antérieurement à l'ouverture de la procédure.

2. Possibilité de consulter les créanciers avant l'ouverture de la procédure de sauvegarde

Le recours au *prepackaged plan* en droit français bouleverse le déroulement de la procédure de sauvegarde, la consultation des créanciers se déroulant avant l'ouverture d'une procédure. Cela pose quelques interrogations sur la validité de cette pratique. En effet, est-il possible d'après le code de commerce de consulter les créanciers et donc les comités sans la participation de l'administrateur judiciaire et sans connaître la composition des comités des créanciers ? De plus, est-il possible d'envisager une telle consultation avant la vérification du passif et notamment la consultation des créanciers hors comité avant la déclaration de leur créance permettant de les révéler à la procédure ?

- **La consultation des créanciers sans le concours de l'administrateur judiciaire**

Le concours de l'administrateur judiciaire mentionné dans le code de commerce au cours de la période d'observation semble être un obstacle à l'utilisation du *prepackaged plan* en droit français, notamment au vu de deux prérogatives clés qui lui sont dévolues : l'élaboration du plan et la composition des comités de créanciers.

L'article L.626-30-2 du code de commerce dispose qu'en présence des comités de créanciers, que « le débiteur, avec le concours de l'administrateur, présente aux comités de créanciers des propositions en vue d'élaborer le projet de plan mentionné à l'article L.626-2. Tout créancier membre d'un comité peut également soumettre de telles dispositions au débiteur ou à l'administrateur ». Or, dans le cadre du *prepackaged plan*, la consultation des créanciers a lieu avant l'ouverture d'une procédure et donc antérieurement à la nomination d'un administrateur. Ce dernier ne participe donc pas à la consultation des créanciers parties à l'accord. Les jurisprudences Autodistribution et Thomson mettent en exergue la solution dégagée pour ne pas aller à l'encontre de cette disposition. Le *prepack* utilisé dans ces affaires est un *prearranged plan*, ou un plan pré-arrangé, où un simple accord contractuel est conclu entre le débiteur et certains de ses créanciers. Les organes de la

procédure ne sont en rien liés par cet accord. L'administrateur reste maître de la composition des comités⁵⁰⁵ et participe au déroulement du vote du plan⁵⁰⁶. De plus, à la lecture de l'article L.626-30-2 du code de commerce, le rôle de l'administrateur dans la consultation est secondaire : c'est le débiteur qui mène la phase de la consultation. Cet article s'oppose néanmoins à l'application en droit français d'un *prepackaged plan* dit classique où le vote des comités des créanciers intervient avant l'ouverture de la procédure. Le concours de l'administrateur judiciaire lors de l'élaboration du projet de plan ne s'oppose donc pas à l'utilisation du *prepack* de manière générale en droit français dans le cadre d'une procédure de sauvegarde. Il en ira différemment dans le cas d'une procédure de redressement judiciaire où le plan est élaboré par l'administrateur, « avec le concours du débiteur »⁵⁰⁷.

L'intervention de l'administrateur judiciaire au cours de la procédure de sauvegarde est également requise pour constituer les comités de créanciers. En effet, l'article L.626-30 du code de commerce dispose que : « Les établissements de crédit et ceux assimilés (...) ainsi que les principaux fournisseurs de biens ou de services, sont constitués en deux comités de créanciers par l'administrateur judiciaire ». De plus, selon l'article R.626-58 du même code, l'administrateur arrête le montant des créances des membres des comités huit jours avant le vote. Le montant des créances varie ainsi en fonction de la durée de la période d'observation. Ces dispositions ne concernent pas directement l'élaboration du plan et n'affectent pas en tant que telle la validité d'un accord de restructuration signé entre le débiteur et ses créanciers préalablement à l'ouverture d'une procédure. Cependant, afin d'assurer l'efficacité d'un tel accord, et donc le vote des comités des créanciers en faveur du projet de plan proposé au sein de cet accord, le débiteur doit connaître la composition des comités à l'avance. Le débiteur doit donc s'assurer que les signataires de l'accord représenteront bien la majorité au sein des futurs comités.

En droit français, le rôle confié à l'administrateur peut constituer un frein au recours d'un *prepackaged plan* en droit français, ce qui n'est pas le cas en droit américain. En effet, selon le code américain de la faillite, dans le cadre d'un Chapitre 11 dit volontaire, il revient au débiteur d'élaborer le plan⁵⁰⁸ mais surtout de constituer les différentes classes de

⁵⁰⁵ Art. L.626-30 c. com.

⁵⁰⁶ Art. L.626-30-2 al.3 c. com.

⁵⁰⁷ Art. L.631-19 I. al. 2 c. com.

⁵⁰⁸ 11 U.S.C. 1121(a)

créances⁵⁰⁹. Il peut ainsi facilement s'assurer que la majorité requise au sein des classes sera réunie au moment du vote du plan. Ces dispositions lui offrent une grande liberté et une souplesse importante dans l'élaboration d'un *prepackaged plan*. En droit français, le débiteur ne détient pas cette certitude et doit s'assurer que les signataires à l'accord de *prepack* représenteront bien la majorité lors du vote.

Au-delà de la participation de l'administrateur judiciaire dans la phase d'élaboration du plan, une autre question peut se poser au regard de la validité du *prepackaged plan* en droit français. Il s'agit de la consultation des créanciers avant la vérification du passif, voire avant l'expiration du délai de déclaration des créances.

- **La consultation des créanciers antérieurement à l'expiration du délai de déclaration des créances**

La question de la validité de la consultation des créanciers, dans une procédure désirée accélérée, se pose à l'égard des comités des créanciers (a) mais également des créanciers hors comités (b).

- a. La consultation des comités des créanciers**

La question s'est posée de savoir si les comités des créanciers pouvaient être réunis avant le délai de consultation prévu par les textes⁵¹⁰. Aucune disposition du code de commerce ne prévoit l'obligation d'attendre la fin des opérations de vérifications du passif du débiteur avant de composer les comités et de les faire voter. Cela est bienvenu car la vérification du passif peut prendre du temps et être un sérieux obstacle au succès d'une procédure de sauvegarde où la célérité de la procédure doit être un atout. L'article R.626-56 du code de commerce prévoit en ce sens que la composition des comités des principaux fournisseurs dépend de la liste remise par le débiteur et non de la liste des créances déclarées.

Le moment de la composition des comités a fait l'objet d'un débat à l'origine de la procédure de sauvegarde. L'article R.626-55 du code de commerce prévoyait, dans sa rédaction d'origine, la possibilité de constituer le comité des établissements de crédit dans les trente jours de l'ouverture de la procédure sans attendre qu'ils ne déclarent leur créance. Le député Pascal Clément est allé encore plus loin lors des travaux parlementaires en proposant un amendement au projet de loi prévoyant la dispense de vérification des

⁵⁰⁹ 11 U.S.C. 1123(a)(1)

⁵¹⁰ F.-X. LUCAS, *Supra* note 437, p.35

créances dans la cadre d'une procédure de sauvegarde. Cet amendement a été rejeté. L'Assemblée Nationale a, quant à elle, voté un amendement dispensant de la vérification des créances dont le montant indiqué par le débiteur et certifié par son commissaire aux comptes était identique au montant de la créance déclarée. Cet amendement n'a pas été retenu par le Sénat. Le délai important causé par la vérification du passif est considéré par certains comme un obstacle à l'efficacité d'une procédure et donc attendre cette étape pour constituer, consulter les comités des créanciers et procéder à leur vote semble en opposition avec l'objectif de la procédure de sauvegarde. Comme le dit le Professeur Françoise Pérochon, il existe « un risque de décalage entre la liste des prétendus créanciers qui auront voté dans les comités (...), et la liste officielle des vrais créanciers connue, dans le meilleur des cas, un ou deux ans plus tard (...). Tant pis : l'essentiel est qu'elle soit rapide, pour que le projet de plan soit examiné rapidement. »⁵¹¹.

La consultation des comités avant la vérification du passif, voire avant la déclaration des créances par leurs membres, est tout à fait possible en vue de préparer un accord de *prepack*, en prenant en considération que le débiteur doit bien évaluer les majorités dont il aura besoin pour obtenir un vote favorable du projet de plan élaboré. Qu'en est-il pour la consultation des créanciers hors comités ? Leur consultation est rendue obligatoire par la loi. Comment les consulter sans connaître leur identité déterminée qui sera déterminée lors de la déclaration de leur créance ?

b. La consultation des créanciers hors comités

D'après l'article R.626-7 du code de commerce, la consultation des créanciers sur les propositions relatives au règlement du passif est une obligation et même une condition de l'adoption d'un plan par le tribunal⁵¹². Une telle disposition ne s'applique qu'aux créanciers non membres des comités. Elle semble inviter à attendre que la totalité de ces créanciers aient déclaré leur créance avant de débiter la consultation. Mais une telle supposition ne s'avère pas applicable dans la pratique considérant que les créances doivent

⁵¹¹ F. PEROCHON et R. BONHOMME, *Supra* note 410, p.300, n°339-1

⁵¹² La doctrine est unanime pour conclure à la nullité du jugement qui arrêterait un plan de continuation en l'absence de toute consultation des créanciers, solution qui a été consacrée par de nombreux arrêts (CA Paris, 3e ch. A, 24 oct. 1995 : [JurisData n° 1995-023982](#) ; Rev. proc. coll. 1996, p. 372, n° 6. – CA Toulouse, 29 oct. 1987 : [JurisData n° 1987-049141](#) ; JCP E 1988, p. 752, obs. M. Cabrillac et M. Vivant. – CA Paris, 10 juin 1987 et CA Lyon, 17 juin 1987 : D. 1987, p. 546, note F. Derrida ; CA Paris, 22 mars 1988 : [JurisData n° 1988-021861](#) ; Rev. proc. coll. 1988, p. 385. – CA Rennes, 2 nov. 1988 : [JurisData n° 1988-048966](#) ; Rev. proc. coll. 1989, p. 195. – CA Dijon, 12 août 1987 : [JurisData n° 1987-601533](#) ; JCP E 1988, II, 15114, obs. M. Cabrillac et M. Vivant).

être déclarées non dans un délai à compter de la publication du jugement d'ouverture de la procédure mais à compter de leur date d'exigibilité. L'article R.626-7 du code de commerce ne peut donc imposer que la consultation des créanciers hors comités ne débute qu'une fois que tous les créanciers concernés aient déclaré leur créance. Cela pourrait entraîner un report des consultations des créanciers de plusieurs années. Il faut interpréter l'article L.626-5 du code de commerce comme obligeant le débiteur à transmettre les propositions « relatives aux délais et remises de dettes à chaque créancier ayant déclaré sa créance ».

De plus, il est tout à fait envisageable de ne pas consulter les créanciers dont la créance ne subirait aucune modification par le projet du plan⁵¹³. Les créanciers non-consultés seront considérés comme des créanciers qui ne se seraient vus soumettre aucune proposition, ou auraient refusé celles du débiteur, et auxquels l'article L.626-18 du code de commerce permet d'imposer des délais uniformes de paiement. En conséquence, seuls les créanciers qui auront été consultés et qui auront accepté la proposition faite par le débiteur seront liés par les stipulations de l'accord de restructuration ou du projet de plan. Les autres ne pourront se voir imposer par le tribunal que les délais uniformes de l'article L.626-18 du code de commerce. Cette interprétation permet de ne pas faire de la déclaration des créances et de la vérification du passif un obstacle temporel au succès d'une procédure de sauvegarde. Il n'apparaît donc pas nécessaire d'attendre que les créanciers aient déclaré leur créance pour les consulter. L'administrateur peut ainsi faire le choix de consulter les créanciers hors comités sans connaître avec certitude l'ampleur de leur créance, l'omission de consultation de l'un de ces créanciers n'étant pas de nature à affecter la validité du plan. L'arrêt de principe de la Cour de cassation⁵¹⁴ selon lequel « le plan de continuation doit prévoir le règlement de toutes les créances déclarées, même si elles sont contestées » ne va pas à l'encontre de notre raisonnement. Ce principe posé ne signifie pas que le plan doit prévoir le sort des créances qui ne sont pas inscrites au passif au moment de l'adoption du plan, sous peine de nullité de ce dernier, mais il signifie que l'admission d'une créance au cours de l'exécution du plan imposera les modalités de paiement de cette dernière selon les délais et remises de paiement prévus par le plan arrêté. La cour d'appel de Paris⁵¹⁵ rappelle ce principe en jugeant que, lorsqu'une déclaration de créance est adressée au mandataire

⁵¹³ A. LIENHARD, *Supra* note 399

⁵¹⁴ Cass. com., 6 janv. 1998, n° 95-20.588: [JurisData n° 1998-000004](#) ; Bull. civ. 1998, IV, n° 8, p. 5; JCP E 1998, p. 654.

⁵¹⁵ CA Paris, 3^e ch. A, 17 janv. 1989: [JurisData n° 1989-0200](#) ; Quot. jur. 1989, n° 134, p. 5.

judiciaire postérieurement au jugement statuant sur le plan et qu'il ne peut plus y avoir de consultation, la procédure d'adoption du plan n'en devient pas pour autant irrégulière.

La consultation des créanciers hors comités est tout à fait possible préalablement à l'expiration du délai de déclaration des créances, c'est-à-dire avant de connaître l'identité de tous ces créanciers.

De manière générale, la consultation de l'ensemble des créanciers, telle que requise par le code de commerce, avant leur identification et le montant de leurs créances validés par l'administrateur judiciaire est possible. Ainsi, la consultation avant l'ouverture de la procédure, en vue de la rédaction d'un *prepackaged plan* est envisageable en droit français.

Les affaires Autodistribution et Thomson démontrent l'efficacité du recours au *prepack* dans le cadre de structure d'endettement simple, concernant des sociétés et des tribunaux français. Le succès de cette procédure motive le législateur français à se pencher sur l'adaptation d'une telle procédure accélérée en droit français dans un projet modifiant le code de commerce et instaurant la « procédure de sauvegarde financière expresse »⁵¹⁶. Afin de contempler l'étendue de l'influence du droit américain à la matière, cette innovation fera l'objet d'une étude approfondie.

La procédure de sauvegarde financière expresse concrétise l'application du *prepackaged plan* par la pratique en droit français mais de manière limitée. De nombreux aménagements à ce projet pourraient être envisagés afin de faciliter l'application de la procédure de sauvegarde financière expresse, voire sa banalisation.

B. L'efficacité du prepackaged plan en vu de sa banalisation en droit français

L'utilisation de ce procédé est-il envisageable dans des cadres plus complexes ? Afin de garantir le succès et l'accès des procédures de *prepack* au plus grand nombre d'entreprises débitrices, il est intéressant d'envisager différentes améliorations du droit français des entreprises en difficulté qui pourraient assurer l'efficacité de la procédure, et, pourquoi pas, sa banalisation à l'image du *prepack* en droit américain.

Le mécanisme du *prepackaged plan* est envisageable en droit français, et comme le démontrent les deux décisions citées précédemment, accentue les chances de succès d'une

⁵¹⁶ Projet de modification du code de commerce déposée par la Chancellerie pour consultation le 27 juillet 2010

procédure de sauvegarde. Il permet d'anticiper la procédure de sauvegarde et de renforcer ses effets. Il est donc opportun de se pencher sur cette pratique américaine en vue de l'appliquer de manière la plus large possible aux différentes situations aboutissant à l'ouverture d'une procédure de sauvegarde.

En vue de la banalisation du mécanisme de *prepackaged plan*, il est nécessaire de renforcer la possibilité et l'efficacité d'un accord conclu dans un cadre purement informel, c'est-à-dire en dehors de toute procédure de mandat *ad-hoc* ou de conciliation⁵¹⁷. Cependant, tel que nous l'avons énoncé précédemment, l'application du *prepack* en droit français présente des difficultés pratiques, notamment l'imposition d'une décision prise par une majorité sur le reste des créanciers, ou encore la garantie que les créanciers signataires de l'accord respecteront leurs obligations au moment du vote. Afin d'envisager une banalisation du *prepackaged plan* en droit français, trois améliorations du droit français peuvent être envisagées en vue d'accentuer son efficacité en droit français. Il s'agit de renforcer le pouvoir des majoritaires (1), sécuriser le vote des créanciers signataires de l'accord (2) et assurer une sécurité juridique (3).

1. Renforcer le pouvoir des majoritaires

L'efficacité du *prepack* repose sur la possibilité pour les créanciers signataires de l'accord de restructuration ou du *prepackaged plan*, représentant la majorité des créanciers au sein de leur comité ou de leur classe, de pouvoir imposer leur vote aux autres créanciers. Or la mise en place d'un tel accord de restructuration suppose, dans la plupart des cas, que ce soit dans le cadre d'un mandat *ad-hoc*, d'une conciliation ou d'un *prepack*, l'obtention d'un accord unanime des créanciers. Cette unanimité peut se révéler difficile, voire impossible, à obtenir en présence d'un nombre important de créanciers avec des intérêts souvent divergents. Ceci peut conduire les uns à accepter les termes de l'accord sans difficulté et les autres à opposer un refus systématique à toute proposition. La conclusion d'un tel accord peut s'avérer utopiste et mener les négociations à un échec.

A défaut d'avoir obtenu l'accord unanime de ses principaux créanciers, le mécanisme du *prepack* permet toutefois de valoriser l'éventuelle majorité constituée des signataires de l'accord de restructuration permettant d'imposer à l'ensemble des créanciers le plan tel qu'approuvé par les principaux créanciers. Le *prepack* constitue ainsi une « passerelle »

⁵¹⁷ A. BESSE et N. MORELLI, *Supra* note 395, p.1628 ; H. CHRIQUI, *Supra* note 462, p. 2

entre les procédures dites amiables, le cas échéant, et la procédure de sauvegarde. Le débiteur s'engage à proposer un plan identique à celui pré-établi. Et les créanciers, quant à eux, s'engagent à voter en faveur de ce plan.

Les créanciers représentant la majorité au sein des comités des créanciers et de l'assemblée des obligataires, le cas échéant, imposeront leur vote aux autres créanciers conformément aux articles L.626-29 et suivants du code de commerce. Ce pouvoir confié à la majorité des créanciers appartenant à une catégorie est l'essence du succès des procédures de *prepack* américaines. L'ordonnance du 18 décembre 2008 a facilité l'obtention d'une majorité. Alors qu'avant cette réforme, une double majorité était nécessaire pour obtenir l'approbation du plan par un comité. Une seule majorité est désormais requise : « La décision est prise par chaque comité à la majorité des deux tiers du montant des créances détenues par les membres ayant exprimé un vote »⁵¹⁸. D'une part, cette disposition permet à la majorité qualifiée des membres de chaque comité d'imposer à la minorité récalcitrante le plan de restructuration pré-établi par celle-ci, alors que l'obtention d'un tel accord aurait fait l'objet de multiples refus opposant son application en dehors de toute procédure judiciaire. D'autre part, elle permet d'éviter aux porteurs de créances, notamment bancaires, de se constituer une minorité de blocage pour s'opposer au plan de sauvegarde, en cédant des fractions de leur créance à des entités contrôlées et donc modifier la majorité⁵¹⁹.

Le projet de loi instaurant la procédure de sauvegarde financière expresse va dans ce sens en permettant l'ouverture d'une procédure dès l'obtention d'une majorité en faveur du plan. Cette majorité doit être financière puisque les créanciers membres du comité des fournisseurs ne sont pas appelés à voter le projet de plan⁵²⁰. Le projet de loi devrait ainsi requérir l'existence d'une majorité financière comme condition d'ouverture de la procédure de sauvegarde financière expresse, afin d'assurer son succès certain. Cette solution est envisageable considérant que les difficultés rencontrées par l'entreprise et le débiteur ne sont que financières. L'influence américaine en la matière est certaine. Le *prepackaged plan* est en effet utilisé dans le cadre d'une restructuration uniquement

⁵¹⁸ Art. L.626-32 c. com.

⁵¹⁹ La modification des règles de majorité a d'ailleurs pour objet de supprimer le « risque de fraude par subdivision de créances » (Rapp. au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté : Journal Officiel 18 Décembre 2008) dans A. BESSE et N. MORELLI, *Supra* note 395

⁵²⁰ Art. L.628-5 du projet

financière de l'entreprise. L'intérêt de limiter l'objectif de la sauvegarde est d'assurer le succès de cette dernière.

Malgré cette position, le pouvoir des majoritaires se trouve limité par le contrôle judiciaire exercé lors de l'audience où sera examiné le contenu du plan, mais aussi par le fait que la majorité n'est limitée qu'au sein des comités et de l'assemblée des obligataires. Le projet de loi prévoit un pouvoir à la majorité des créanciers financiers pour adopter le plan. Qu'en est-il si seule la majorité au sein du comité des établissements de crédit est acquise et non au sein de l'assemblée des obligataires ? il pourrait être intéressant de confier dans ce cas l'équivalent du pouvoir de *cram down* au juge, pour qu'il puisse contraindre l'adoption d'un plan équitable et viable à tous les créanciers.

Afin de permettre une efficacité maximale du *prepack* en droit français, le vote des créanciers doit être sécurisé.

2. Sécuriser le vote des créanciers signataires

Sécuriser le vote des créanciers afin d'obtenir le vote en faveur du plan proposé par le débiteur est nécessaire à l'efficacité du *prepack*. Le débiteur doit avoir l'assurance qu'une majorité qualifiée des créanciers votera en faveur de son plan. Certains auteurs envisagent la possibilité de nommer un mandataire *ad-hoc* chargé de suppléer le créancier signataire défaillant⁵²¹. Cela aurait pour conséquence de retirer de manière brutale une prérogative importante des créanciers, propre aux procédures de sauvetage de l'entreprise⁵²² : le vote. A côté de cette idée, la doctrine envisage deux parades possibles.

Tout d'abord, parallèlement au *prepackaged plan*, les créanciers signataires peuvent signer un acte dans lequel ces derniers s'engagent sous peine de sanctions à voter en faveur du plan proposé par le débiteur, si ce plan reprend les termes du *prepackaged plan*. Ce procédé serait une analogie au *lock-up agreement* pratiqué en droit américain. Un second mécanisme envisageable afin de s'assurer le vote des créanciers serait le développement des conventions de vote, signées en amont, avant que le débiteur n'envisage l'ouverture d'une procédure collective.

⁵²¹R. COURTIER et N. LAURENT, *Supra* note 475, p.30

⁵²² La procédure de sauvegarde et le redressement judiciaire

- **La mise en place d'un *lock-up agreement* à la française**

Tel qu'existant en droit américain dans le but de s'assurer le respect de l'engagement des créanciers, les créanciers signataires de l'accord de restructuration peuvent formaliser au sein de l'accord, ou d'un accord annexe, leur engagement à voter en faveur du plan reprenant les termes de l'accord de restructuration négocié avec le débiteur. Il s'agit de ce que le droit américain appelle le *lock-up agreement*, ou accord engageant en français. Tout comme en droit américain, afin d'éviter tout litige ou mauvaise interprétation future, ce second accord doit être précis et prévoir les conséquences en cas d'inexécution de l'obligation de faire qu'il comporte. Certains auteurs français⁵²³ énumèrent une liste de dispositions que ces accords engageants devraient comporter afin d'être efficaces.

Tout d'abord, il pourrait être intéressant de prévoir au sein de cet accord la renonciation au bénéfice de l'article 1142 du code civil selon lequel « toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur », telle qu'acceptée par la Cour de Cassation⁵²⁴. Cet accord pourrait également stipuler une exécution forcée de l'accord en cas d'inexécution de leur engagement de vote, telle que pratiquée actuellement aux Etats-Unis. Cependant cela poserait des problèmes en pratique car une telle inexécution ne sera connue que le jour du vote. Un second vote serait donc nécessaire. Or le code de commerce ne prévoit pas la possibilité d'un second vote en cas de rejet du plan. Le refus du plan proposé est sanctionné par la reprise de la procédure de sauvegarde dans les conditions prévues en cas d'absence de comités des créanciers⁵²⁵. Pourrions-nous envisager en droit français la solution américaine selon laquelle l'accord des créanciers équivaut à leur vote du plan, et notamment au sein des comités ? L'article L.626-30-2 du code de commerce prévoit que les comités de créanciers sont constitués par l'administrateur judiciaire, ce qui empêche le vote des comités préalablement à l'ouverture d'une procédure de sauvegarde. Par contre rien ne semble faire obstacle au vote des créanciers futurs membres des comités avant l'ouverture de la procédure. Il semble ainsi tout à fait envisageable que la signature par certains créanciers de l'accord dit engageant puisse valoir vote en faveur du plan de ces derniers, à la condition que cet accord stipule de manière précise que la signature de l'accord engageant a valeur de vote en faveur du plan

⁵²³ R. COURTIER et N. LAURENT, *Supra* note 475, p.30

⁵²⁴ Solution jurisprudentielle : Cass. 3^e civ., 27 mars 2008, n°07-11.721, JurisData n°2008-043404 ; *Bull. Joly*, 11/2008, p.852, note R. Libchaber ; *P.A.* 13 oct.2008, p.13, note A. Lebois ; *Rev. contrats*, n°3-2008, p.734, note D. Mazeaux.

⁵²⁵ Art. L.626-34 c. com.

de sauvegarde proposé par le débiteur qui reprend les termes de l'accord de restructuration préalablement négocié. Le code américain de la faillite prévoit une telle disposition en la section 1125(g) qui précise qu'un créancier peut être sollicité avant l'ouverture d'une procédure de faillite dès lors que les règles applicables en dehors du cadre de la faillite sont respectées⁵²⁶. Cette section introduite par le *BAPCPA* du 20 avril 2005 permet ainsi de comptabiliser les votes des créanciers émis avant l'ouverture d'une procédure du Chapitre 11 sans qu'il soit nécessaire de procéder à un nouveau vote des créanciers postérieurement à l'ouverture de la procédure⁵²⁷.

Un autre procédé permettant de sécuriser le vote des créanciers signataires de l'accord de restructuration serait d'introduire, au sein de l'accord dit engageant, des éléments dissuasifs. La renonciation à l'application de l'article 1142 du code civil pourrait être doublée d'une promesse de vente de la créance pour un euro en cas du non respect de l'obligation de voter en faveur du plan⁵²⁸. Une telle clause qui peut être analysée comme une clause pénale réductible par le juge présente un caractère dissuasif non négligeable. L'effet dissuasif pourrait être renforcé en introduisant au sein de l'accord une reconnaissance expresse par les créanciers signataires de l'existence d'un préjudice considérable pour la société dans l'hypothèse où ils reviendraient sur leurs engagements.

La mise en place d'un accord sur le modèle américain du *lock-up agreement* permettrait de renforcer l'efficacité de la procédure de *prepack* en droit français, voire d'envisager son application générale en matière de sauvegarde.

Une autre possibilité permettant de sécuriser le vote des créanciers en faveur du plan serait le développement des conventions de vote.

- **Le développement de conventions de vote**

La nécessité d'un vote des comités de créanciers en matière de sauvegarde peut entraîner la recherche de la maîtrise de ces votes, bien antérieurement à l'ouverture d'une procédure collective, et même dès la conclusion des conventions de subordination entre créanciers⁵²⁹ dans le cadre d'une LBO par exemple⁵³⁰. Cette pratique qui peut sembler

⁵²⁶ Pour plus de précisions sur la sollicitation des créanciers dans le cadre d'un *prepack*, cf. Chapitre 1, II, A, 1.

⁵²⁷ K. A. MAYR, "Unlocking The Lockup : The Revival of Plan Support Agreements Under New § 1125(g) of the Bankruptcy Code" : *Norton Bankr. Law and Prac.*, déc. 2006, Vol. 15, p. 729

⁵²⁸ R. COURTIER et N. LAURENT, *Supra* note 475, p.25

⁵²⁹ Ou intercreditors agreements

⁵³⁰ Q. URBAN, « Opérations de LBO et les techniques assimilées », Séminaire « Groupes de sociétés », 2003-

innovante existait déjà à l'époque de l'ancien concordat, qui requérait le vote favorable des créanciers. Il s'agit de prévoir que les créanciers subordonnés voteront dans le sens des créanciers de premier rang, et ce, dès la signature de ces conventions de subordination. Ces conventions résultaient de la pratique et seuls les articles 597 et 598 du code de commerce de 1807 s'y rapportaient. Ils sanctionnaient de nullité « à l'égard de toute personnes les conventions par lesquelles un créancier aurait stipulé des avantages particuliers en raison de son vote dans les délibérations de la faillite »⁵³¹.

Le nouveau livre VI du code de commerce ne prévoit pas de dispositions relatives à de telles conventions de vote des créanciers au sein des comités, ce qui n'interdit pas pour autant leur application. Ces conventions applicables en droit des entreprises en difficulté n'ont pas de lien avec celles existantes en droit des sociétés⁵³². En droit des sociétés, l'existence d'un intérêt supérieur pour la société est recherchée à l'encontre des intérêts particuliers de chaque associé⁵³³. Les comités de créanciers, n'étant pas dotés d'une personnalité morale, ne détiennent pas d'intérêt supérieur. L'assimilation des conventions de vote en droit des entreprises en difficulté avec celles en droit des sociétés ne peut être retenue. De plus, contrairement au droit des sociétés, rien ne semble s'opposer à ce qu'une convention de vote ne prévoise pas de terme, engageant le créancier signataire à voter dans un sens particulier en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire de son débiteur.

Les conventions de vote semblent ainsi tout à fait possibles en droit français des procédures collectives. Néanmoins, malgré une grande liberté illusoire, le juge pourra revenir sur la validité de telles conventions en raison d'un éventuel non-respect du principe d'égalité des créanciers ou d'un cas de fraude. Ces conventions, en raison de l'effet relatif des conventions, ne pourront être opposables ni à la procédure collective, ni à l'administrateur judiciaire, ni à un éventuel cessionnaire d'une créance qui n'aurait pas accepté les termes de la convention. L'efficacité de ces conventions de vote pourra, tout comme les accords dits engageants, être renforcée par une renonciation à l'application de l'article 1142 du code civil et l'ajout d'une clause d'exécution forcée.

2004 p.16 in < sites.estvideo.net/fdm/doc/gpsoc/20032004/LBO.doc>

⁵³¹ Pour une illustration, V. Cass. req., 17 oct. 1939 : *D.* 1940, jur., p. 3.

⁵³² A. BESSE et N. MORELLI, *Supra* note 395, p.1628

⁵³³ Sur la licéité des conventions de vote en droit des sociétés, V. notamment : A. CONSTANTIN, « Réflexions sur la validité des conventions de vote », in Mél. Ghestin : LGDJ, 2001, p. 253 ; P. DIDIER, « Les conventions de vote », Mél. J. Foyer : PUF, 1997, p. 342 ; Adde, M. JEANTIN, « Les conventions de vote : RJ. com., nov. 1990 », n° spécial, *La stabilité du pouvoir et du capital dans les sociétés par actions*, spéc. p. 124.

Le débiteur peut ainsi sécuriser le vote des créanciers de manière conventionnelle dans le cadre d'un accord dit engageant ou en suivant l'ancien modèle des conventions de vote. D'autres parades ayant le même objectif ont vu le jour. Il s'agit notamment de prévoir la nomination d'un mandataire ad-hoc chargé de suppléer le créancier défaillant lors du vote⁵³⁴ ou encore de solenniser le vote en prévoyant qu'il intervienne au tribunal de commerce⁵³⁵. La première de ces propositions entraînerait la perte pour le créancier de sa principale prérogative dans le cadre d'une procédure de sauvegarde. Ceci semble être une sanction beaucoup trop lourde dans une procédure où la participation et la confiance du créancier envers son débiteur est recherchée. Elle n'entre pas, à notre avis, dans l'idéologie de la sauvegarde. Par contre, la seconde proposition paraît plus envisageable dans le cadre d'une procédure de sauvegarde. L'intervention du vote au sein du tribunal de commerce, que celui-ci ait lieu de manière individuelle avant l'ouverture d'une procédure ou par les comités, la procédure une fois ouverte, confierait à cette étape importante un caractère, il est vrai, solennel, mais surtout responsabilisant à l'égard des créanciers. Cependant, l'intervention du judiciaire irait-il à l'encontre de la nature conventionnelle des négociations entreprises entre le débiteur et ses créanciers ? Nous ne le pensons pas puisque le vote ne fait qu'entériner le fruit des négociations.

Ceci nous démontre que la participation des organes judiciaires, que ce soit le juge ou les mandataires judiciaires, est indispensable afin d'assurer la sécurité juridique. Notamment en matière de *prepack* où la liberté conventionnelle est de rigueur, l'intervention de ces organes améliorerait l'efficacité du *prepack* en assurant les différentes parties concernées du respect des principes du droit de la faillite et ainsi renforcerait la sécurité juridique.

3. Renforcer la sécurité juridique

Afin de banaliser le recours au mécanisme de *prepack* ou de plan pré-arrangé dans notre droit, le débiteur comme les créanciers signataires doivent se sentir sécurisés juridiquement et être surs que les résolutions prises dans le plan de restructuration seront mises en place lors de l'application du plan, notamment la possibilité pour la majorité d'imposer son vote à la minorité.

⁵³⁴ A. BESSE et N. MORELLI, *Supra* note 395, p.1628

⁵³⁵ R. COURTIER et N. LAURENT, *Supra* note 475, p.30

- **Renforcer les prérogatives du tribunal**

En l'état actuel du droit français, le pouvoir des majoritaires est limité à deux niveaux. Le premier est constitué du contrôle judiciaire. En effet, d'après l'article L.626-31 du code de commerce, le juge doit vérifier que les intérêts de tous les créanciers soient protégés avant d'arrêter le plan de sauvegarde. Mais quelle est la portée de cet article ? Certains auteurs interprètent la notion de recherche de la protection des intérêts des créanciers par la vérification par le tribunal de l'absence, dans le projet du plan, d'un sacrifice trop important des créanciers n'ayant pas accepté le plan. De même, un contrôle identique concernant les droits des obligataires, membres de l'assemblée unique instituée par l'article L. 626-32, alinéa 1er, du code de commerce, s'imposait⁵³⁶.

Jusqu'à aujourd'hui, la jurisprudence ne présente pas, à notre connaissance, de cas où le plan a été accepté par les comités mais rejeté par le juge sur le fondement de l'article L.626-31 dudit code. La signification de la notion de protection des intérêts de tous les créanciers peut porter à interrogation. Pour déterminer qu'une telle condition est respectée, serait-il possible de se fier au critère américain selon lequel un projet de plan est considéré juste à l'égard des créanciers dès lors que ces derniers ne recouvrent pas moins qu'ils auraient recouvré en cas d'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire⁵³⁷ ? Certains auteurs envisagent une telle possibilité dans le cas d'une procédure de sauvegarde ouverte à l'encontre d'une société holding pure n'employant aucun salarié.

Une solution pour éviter l'abus des majoritaires, et donc l'absence de protection des intérêts des créanciers minoritaires au sein d'un comité, est de prévoir que les actionnaires prêteurs intra-groupe, assimilés à des établissements de crédit par l'article R.626-24 du code de commerce, s'abstiennent de voter au sein du comité des établissements de crédit pour permettre aux autres créanciers de faire entendre leur voix afin que le résultat du vote ne découle pas d'une seule entité, notamment un actionnaire. Cette technique a été utilisée dans l'affaire Autodistribution, « le résultat du vote reflétant ainsi la décision majoritaire des seuls créanciers extérieurs au groupe »⁵³⁸. Dans le cas contraire, il aurait été envisageable pour le juge de rejeter le plan pour non-respect de la disposition de l'article L.626-31 du code de commerce, les intérêts des créanciers minoritaires n'ayant pas été protégés faute d'avoir pu s'exprimer.

⁵³⁶ P.-M. LE CORRE, *Supra* note 224, p.839

⁵³⁷ 11 U.S.C. 1129 a (7) (A) (11)

⁵³⁸ R. COURTIER et N. LAURENT, *Supra* note 475, p.25

La seconde limite au pouvoir des majoritaires présente dans le droit français des entreprises en difficulté est le fait que la majorité doit être atteinte au sein de chaque comité et au sein de l'assemblée des obligataires⁵³⁹. Cette condition peut constituer un blocage important à la majorité. Un exemple intéressant serait le cas où un accord de restructuration est signé par les principaux créanciers dits seniors, représentant la majorité au sein du comité des établissements de crédit. Cependant, les créanciers dit mezzanine ou junior, soit les créanciers les plus subordonnés, qui sont dans la plupart des cas des obligataires, ne sont pas liés par le choix de vote des créanciers dits seniors. Et bien que les créanciers obligataires ne représentent qu'une partie infime de la dette du débiteur, ils peuvent s'opposer à l'adoption du plan tel que négocié par les principaux établissements de crédit et le débiteur.

Cette situation de blocage n'existe pas en droit américain où le vote favorable au plan d'une classe de créances dit *impaired* suffit pour que le juge puisse décider que le plan est juste et arrêter le plan. Dans ce cas, le juge utilise son pouvoir de *cram down*, c'est-à-dire son pouvoir d'imposer une décision malgré l'absence de majorité lorsque le plan s'avère être juste et équitable⁵⁴⁰. Un tel pouvoir conféré au juge français lui permettrait d'éviter de nombreuses difficultés, dont les fameux blocages causés par une minorité de créanciers⁵⁴¹. Le juge pourrait ainsi arrêter un plan dès que ce dernier se révèle être juste, équilibré et viable et qu'un comité l'ait accepté.

Comme nous le voyons, face aux diverses limites du droit français, différentes parades peuvent être envisagées afin de faciliter le recours au *prepack*, voire sa banalisation en vue de simplifier la procédure de sauvegarde.

Parallèlement à d'une augmentation des prérogatives du juge afin de banaliser le recours au *prepack* en droit français, l'attribution de nouvelles compétences aux mandataires judiciaires permettrait d'assurer une protection juridique dans la pratique du *prepack* en droit français.

- **Renforcer les prérogatives des mandataires judiciaires**

Les mandataires judiciaires ont un rôle important à jouer pour assurer la sécurité juridique du mécanisme de *prepack*. Il pourrait se révéler intéressant de recourir à l'intervention

⁵³⁹ Art. L626-34 c. com.

⁵⁴⁰ Voir développement de la notion dans la Partie II.

⁵⁴¹ Contribution de la CCIP : févr. 2008, p. 13 et s. in <www.etudes.ccip.fr>

d'un mandataire *ad-hoc* lors des négociations de l'accord de restructuration entre le débiteur et les créanciers futurs signataires afin de garantir le principe de loyauté. D'une part, toute crainte d'un éventuel abus d'une partie sur une autre ou de pressions, et donc tout contestation, serait, de la sorte, écartée. L'image du *prepack* ne serait, ainsi, que positive pour les parties intéressées par la procédure de sauvegarde ultérieurement ouverte. D'autre part, le juge aurait la certitude de la bonne volonté des parties et pourrait ainsi arrêter le plan, une fois accepté, sans procéder à des contrôles retardant la mise en œuvre du plan.

Dans le même sens, la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris propose qu'en cas de plan de restructuration élaboré antérieurement à l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, une procédure de mandat *ad-hoc* ou de conciliation précède cette ouverture. Ceci permettrait de favoriser le caractère amiable de la procédure. Cette hypothèse pourrait également être envisagée en présence des critères d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, soit une situation financière irrémédiablement compromise, tout comme existe en droit américain la possibilité de procéder à des *exchange offers*⁵⁴² avant l'ouverture d'une procédure de Chapitre 11.

L'idée d'assurer une passerelle entre les procédures de prévention et la procédure de sauvegarde est reprise par la Chancellerie dans le cadre du projet de loi déposé pour consultation le 27 juillet 2010. En effet, ce projet prévoit que l'ouverture d'une procédure de sauvegarde financière expresse soit précédée d'une procédure de conciliation, au cours de laquelle le conciliateur participe à l'élaboration d'un projet de plan. De plus, le jugement d'ouverture de cette dérive de la procédure de sauvegarde nomme le conciliateur administrateur judiciaire afin de garantir un suivi efficace du sauvetage de l'entreprise.

Le professeur Lucas, quant à lui, propose, afin d'assurer le succès du plan découlant d'un *prepack*, d'appliquer une solution mise en œuvre dans l'affaire Autodistribution⁵⁴³, soit la nomination d'un mandataire *ad-hoc* « chargé de prendre en charge toute mesure utile et de conclure tout document en vue de la mise en œuvre des plans de sauvegarde »⁵⁴⁴. Cette nomination s'appliquerait uniquement dans les cas où la personne représentée « ne peut sérieusement contester être tenue de les passer »⁵⁴⁵. Cela permettrait à un mandataire *ad-*

⁵⁴² Cf. Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, I.A « Le prepackaged plan et ses dérivés »

⁵⁴³ T. com. Evry, 6 avril 2009

⁵⁴⁴ F.-X. LUCAS, *Supra* note 437, p.43

⁵⁴⁵ *Ibid*, p.42

hoc de prendre toutes les mesures utiles à la réalisation de la conversion d'une créance en actions, et notamment de signer le bulletin d'adhésion au nom et pour le compte d'un créancier, qui tenu par le plan refuserait de s'y plier. Cette technique a déjà fait l'objet d'approbation judiciaire. La Cour de cassation avait, en effet, approuvé la nomination d'un mandataire en justice dans le but de signer un acte pour le compte d'une personne qui s'était engagée à céder des parts sociales et qui n'a pas respecté ces engagements⁵⁴⁶. Un tel procédé pourrait aussi supposer, tel que mentionné antérieurement, l'idée qu'un mandataire *ad-hoc* pourrait voter le plan au nom d'un créancier qui ne tiendrait pas ses engagements pris dans le cadre d'un *prepack* à la française. Néanmoins dans une telle hypothèse, la nomination du mandataire *ad-hoc* devrait être prévue par le jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde et non par celui arrêtant le plan.

Le recours au *prepackaged plan* en droit français nous démontre l'efficacité et la célérité dont la pratique a fait preuve, que ce soit de la part des consultants que de celle des magistrats, afin de répondre à un besoin pragmatique. La légalité du recours d'un tel procédé en droit français a été démontrée, bien que l'utilisation du *prepack* soit jusqu'alors limitée à certaines situations. Le chemin vers la banalisation du mécanisme est encore long. Il est à espérer des réformes en ce sens afin de simplifier et surtout d'accélérer la procédure de sauvegarde en vue de garantir son succès. Le droit américain est sur ce point une source d'inspiration incontournable.

⁵⁴⁶ Cass. com., 12 novembre 2008, n° 07-20.844 ; *Bull. Joly. Sociétés* 2009, p.234, §45, note R. Libchaber

Conclusion Partie 1

L'influence du droit américain de la faillite en droit français de l'insolvabilité marque une étape en matière de réorganisation et de prévention des difficultés des entreprises. En effet, le législateur français fait preuve d'audace en adoptant des notions de *Common Law* en droit français. Après l'adoption du *trust* en droit français avec la nouvelle fiducie⁵⁴⁷ ou encore le recours à un patrimoine d'affectation avec l'EIRL, le droit des entreprises en difficulté fait l'objet d'une inspiration anglo-saxonne. Le législateur français, ainsi que les professionnels, s'orientent vers une conception américaine du droit de la faillite misant sur l'anticipation comme solution. Le débiteur est encouragé à demander l'ouverture d'une procédure collective dès l'apparition des premières difficultés financières et les créanciers participent au sauvetage de l'entreprise. Ainsi, de nouvelles notions issues du droit américain ont été intégrées dans le paysage juridique français. Il s'agit pour l'essentiel du *debtor in possession*, du droit à une seconde chance et de l'accès facilité aux procédures collectives à un plus grand nombre de débiteurs mais aussi en n'exigeant plus l'état de cessation des paiements comme condition d'ouverture d'une procédure. De plus, le droit français s'est inspiré du droit américain de la faillite en reprenant l'idée de l'implication des créanciers, notamment par la voie de la consultation via les comités des créanciers. La loi du 26 juillet 2005 et l'ordonnance du 18 décembre 2008 reprennent ces innovations. La loi du 22 octobre 2010 va encore plus loin en consacrant l'adoption du plan pré-établi calqué sur le modèle américain du *prepackaged plan*.

Après la défense par la doctrine de l'adoption du *prepackaged plan* en droit français, la pratique l'a adoptée afin de parvenir à un plan de sauvegarde rapide et efficace. Le débiteur et ses créanciers se mettent d'accord sur le contenu du plan, soit des remises ou des délais de paiement, avant qu'une demande d'ouverture de procédure de sauvegarde soit demandée. Le caractère conventionnel du plan est mis en avant dans le sauvetage du plan. Le succès de la restructuration de l'entreprise en difficulté repose sur un partenariat entre le débiteur et ses

⁵⁴⁷ F. BARRIERE, *La réception du Trust au travers de la fiducie*, Thèse pour le doctorat en droit, Paris II, présentée en 2001 ; J.-P. BERAUDO, *Les trusts anglo-saxons et le droit français*, Paris, L.G.D.J., 1992 ; C. CHAMPAUD, « Mort et résurrection du *trust* en droit français », *La Vie judiciaire*, n° 2329, du 28 nov. 1990 ; C. CHAMPAUD et D. DANET, « Fiducie. Origines et vicissitudes de la résurrection législative d'une très ancienne institution mise hors la loi depuis 181 ans. Nature et portée sociétale de la fiducie en tant que technique juridique de « substitution fidéicommissaire » », *RTD Com.* 2007, p. 728 ; M. GRIMALDI ET R. DAMMANN, « La fiducie sur ordonnance », *D.* 2009, p.670

principaux créanciers. Le recours par les professionnels français au *prepackaged plan* a suscité l'intérêt du législateur qui adopta en 2010 une variante : le plan de sauvegarde financière accélérée.

Il n'existe plus de doute de l'inspiration américaine dans le droit français des entreprises en difficulté. Les dernières réformes du droit des entreprises en difficulté marque un intérêt de plus en plus prononcé pour le droit américain de la faillite. Jusqu'où le législateur peut-il aller dans cette voie ? De nouvelles réformes adoptées sous « l'emprise » du droit américain sont-elles souhaitées et réalisables ? Après avoir étudié l'influence directe du droit américain de la faillite en droit français des entreprises en difficulté, il est intéressant de se pencher sur son devenir.

**PARTIE 2. LE DEVENIR DE
L'INFLUENCE DU DROIT
AMERICAIN DE LA FAILLITE EN
DROIT FRANÇAIS**

Les apports constants du droit américain de la faillite constatés en droit français des entreprises en difficulté nous entraînent vers l'interrogation du devenir de l'influence du droit américain de la faillite sur le droit français. Pour certains auteurs, ce mouvement très intéressant et enrichissant pour le droit français, tel que nous avons pu l'étudier, aurait un certain intérêt à être poursuivi. En effet, le droit français pourrait s'inspirer d'autres concepts présents en droit américain méconnu jusqu'alors du droit français. Cependant, le droit américain de la faillite n'est pas parfait. Une simple reprise des notions américaines constituerait une erreur pour le droit français. En effet, le droit américain a présenté ces dernières années des lacunes. Il est ainsi intéressant de se pencher sur ces lacunes pour les fixer en tant que limites à l'influence du droit américain de la faillite en droit français des entreprises en difficulté. La question du devenir du droit américain de la faillite trouve ici une réponse nuancée entre l'éventualité d'un mouvement à poursuivre (Titre 1) et l'existence de limites à cette influence (Titre 2).

TITRE 1 UN MOUVEMENT A POURSUIVRE

Renforcer l'efficacité des procédures de faillite est un objectif recherché par tous les droits nationaux des entreprises en difficulté. Le droit américain a démontré au cours de ces dernières décennies que son système de réorganisation était pragmatique et donc efficace. Il a ainsi influencé de nombreuses législations dont la notre. Bien que les réformes récentes aient démontré un vif intérêt du gouvernement français à la loi pratiquée outre-atlantique, le droit français des entreprises en difficulté pourrait s'inspirer d'avantage du Chapitre 11 du Titre 11 du Code fédéral des Etats-Unis et adopter de nouvelles notions pour renforcer l'efficacité des procédures françaises de réorganisation. Ce mouvement est notamment encouragé par la Banque Mondiale.

La Banque Mondiale dans son rapport annuel *Doing business* classe les droits de la faillite de 181 pays selon leur efficacité. Dans son rapport de 2009, la France occupe la quarantième place et les Etats-Unis la quinzième place. La Banque Mondiale prône l'efficacité du droit américain et encourage les différents états à s'inspirer de ce droit pour adopter un droit de la faillite plus efficace. Le rapport *Doing Business* s'attache à démontrer depuis 2004 que « les pays de tradition civiliste sont plus longs, plus coûteux et plus compliqués pour la vie des affaires que les pays de tradition de *common law*. » Mais les rapports élaborés par la Banque Mondiale sont à considérés dans un contexte particulier⁵⁴⁸ et fait ainsi l'objet de nombreuses critiques, notamment est-il concevable de comparer la solution issue du Chapitre 11 avec la solution du droit français en prenant en compte une seule situation. Les conclusions de ce rapport sont donc « à manier avec prudence tant les chiffres qu'elle avance ne correspondent pas aux réalités économiques telles qu'elles ont été mesurées au plan national dans ces pays »⁵⁴⁹. La comparaison semble trop simple pour mener à un constat définitif.

⁵⁴⁸ « Une société à responsabilité limitée qui conduit son activité dans la ville la plus peuplée de son pays, qui dispose d'un hôtel qu'elle exploite comme actif principal, qui emploie 201 employés et qui fait appel à 50 fournisseurs. Elle emprunte et donne son hôtel en hypothèque comme sûreté. Cinq ans après l'emprunt, l'entreprise connaît des difficultés de trésorerie. Il n'y a plus d'argent pour payer la dette de la banque (le capital ou les intérêts). Il faut fermer l'entreprise » M. HARAVON, « Doing Business 2009 : mesurer l'efficacité des faillites ? », *D.*, 2009, p.244

⁵⁴⁹ M. HARAVON, *Ibid*

Cependant le droit français des entreprises en difficulté pourrait s'inspirer d'avantage du droit américain pour améliorer certains points. Parmi les avantages recherchés, deux seront développés dans ce titre : éviter les blocages par une minorité de créanciers lors de l'adoption du plan de réorganisation (Chapitre1) et renforcer le caractère attractif de la procédure pour le débiteur mais également pour les créanciers (Chapitre 2). Les procédures de réorganisation seraient ainsi perçues plus comme un moyen de gestion de l'entreprise en difficulté que comme la dernière solution, voire une sanction pour le débiteur.

CHAPITRE 1 EVITER LES BLOCAGES LORS DE L'ADOPTION DU PLAN

L'adoption d'un plan de sauvegarde ou de redressement est l'ultime but des procédures de réorganisation en France ainsi qu'aux Etats-Unis afin de sauver l'entreprise en difficulté. Le droit américain offre une palette de solutions pour éviter d'éventuels blocages par une minorité de créanciers à l'adoption d'un plan. D'une part, les créanciers se voient confier un rôle important dans l'élaboration du plan en évinçant l'intervention judiciaire (I) et, d'autre part, le droit américain offre des mécanismes facilitant l'approbation du plan (II).

A ce stade de la procédure, l'intérêt général est recherché. Alors qu'en France, l'intérêt général vient légitimer la notion de puissance et de service public, « l'intérêt général aux Etats-Unis se dégage à travers la confrontation d'une multitude d'intérêts particuliers sous la regard de l'opinion publique et dans le cadre de règles de jeu préalablement fixées »⁵⁵⁰. Cette différence de conceptions devrait être une source d'inspiration. Voyons les différents concepts que le droit français des entreprises en difficulté pourrait adopter en vue de renforcer l'efficacité des procédures de réorganisation.

I. PRIVILEGIER LES NEGOCIATIONS PRIVEES

Plusieurs auteurs se rejoignent pour défendre l'idée que le droit français devrait adopter une conception de la faillite plus contractuelle, en permettant au débiteur de négocier avec ses créanciers la réorganisation de son entreprise en difficulté. Cela nous rapproche de la logique défendue par la loi du 13 juillet 1967 instaurant le concordat, abrogée par la loi du 25 janvier 1985 favorisant une intervention judiciaire plus importante.

La recherche du consensualisme dans le cadre des procédures collectives est renforcée depuis la loi de 2005. Le législateur a souhaité faire de la procédure de sauvegarde le moyen privilégié d'une « contractualisation des solutions aux difficultés de trésorerie »⁵⁵¹. Ainsi, il est vrai qu'à l'heure actuelle, l'adoption du plan de sauvegarde ou de réorganisation en présence des comités des créanciers en France est, tout comme aux États-

⁵⁵⁰ J.-P. LASSALE, *La démocratie américaine, autonomie d'un marché politique*, Armand Colin, 1991, p.51

⁵⁵¹ Rapp. AN n° 3651, sur la mise en application de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 31 janvier 2007, par X. de Roux, p. 55.

Unis, le résultat de négociations, d'un accord entre les différentes parties. Le plan revêt les caractéristiques d'un contrat. Les créanciers, tout comme le débiteur, deviennent, suite à l'homologation du plan, parties à ce dernier. Les parties sont comme ainsi tenues au respect des stipulations formant ce « contrat ». L'article L.626-11 du Code de commerce et la section 1141(a) du code américain de la faillite disposent que l'homologation ou confirmation du plan rend applicables à tous les membres les propositions acceptées. Tel un contrat, l'exécution du plan devient obligatoire.

Le caractère conventionnel de la réorganisation d'une entreprise en difficulté en droit français est souhaité plus poussé afin notamment d'inclure les créanciers davantage dans la procédure. « Le contrat doit être un mode alternatif de règlement des difficultés des entreprises »⁵⁵². Que le débiteur soit en cessation des paiements ou non, il devrait, à l'image des débiteurs américains, pouvoir entamer des négociations avec ses créanciers avant toute ouverture d'une procédure collective. D'une part, en l'absence de cessation des paiements, les négociations sont possibles dans le cadre d'une procédure de prévention : un mandat *ad-hoc* ou une procédure de conciliation. De plus, la loi adoptée le 22 octobre 2010 sur la régularisation bancaire et financière institue l'adoption d'une procédure de sauvegarde financière accélérée, inspirée du *prepackaged plan* américain, favorisant les négociations entre le débiteur et ses créanciers en l'absence d'un état de cessation des paiements (A). D'autre part, E. Chvika, dans sa thèse, évoque un point intéressant envisageant l'existence de négociation dès l'apparition de difficultés financières et ce même en présence d'un état de cessation des paiements (B).

A. Avant l'apparition de la cessation des paiements

Dès l'apparition de la moindre difficulté financière, le débiteur peut se tourner vers les procédures de mandat *ad-hoc* ou de conciliation pour trouver une solution par une négociation avec ses principaux créanciers. Le succès de ces procédures démontrent leur efficacité et notamment leur attirance pour des débiteurs à la recherche de discrétion. En effet, elles assurent « confidentialité des négociations, intervention d'un tiers facilitateur d'accord, absence de dessaisissement des dirigeants, sécurité juridique attachée à l'accord conclu sous l'égide du mandataire *ad hoc* ou du conciliateur », de même que les effets du

⁵⁵² E. CHVIKA, « Prepackaged Bankruptcy : alternative au traitement exclusivement judiciaire du droit des procédures collectives », revue de droit des affaires de l'Université Panthéon-Assas, n°2, p.29-74, 1er octobre 2004, p.359 et s.

jugement d'homologation du protocole de conciliation. Le succès de ces procédures devrait inciter le législateur français à aller plus dans le sens des négociations en tant que moyen de solution des difficultés financières d'une entreprise. Pour cela, des négociations privées pourraient être envisagées en l'absence totale d'une intervention judiciaire (1) ou du moins avec une intervention partielle du judiciaire (2).

1. Absence totale d'une intervention judiciaire

Il n'existe en droit français aucun obstacle, en l'absence de cessation des paiements, à l'élaboration d'un accord de restructuration par le biais d'un cadre purement informel, en dehors de toute intervention d'un organe judiciaire. Il pourrait être intéressant d'inciter le débiteur et ses créanciers à se réunir en vue de la négociation d'un accord de restructuration en dehors de toute intervention judiciaire à l'image des *offers* existant en droit américain⁵⁵³. Les *offers* sont des propositions de délais ou de remises que fait le débiteur à ses créanciers en vue de restructurer l'entreprise en difficulté. Les créanciers préférant éviter l'ouverture d'une procédure de faillite longue, dont les débouchés sont incertains, acceptent de négocier avec le débiteur. Ce procédé de restructuration des dettes est très répandu en droit américain, notamment car il apporte plusieurs avantages.

Il est tout d'abord privé. En dehors du débiteur et du créancier concerné, personne ne connaît ni les arrangements pris, ni la situation financière difficile du débiteur, ni le sacrifice accepté par les créanciers. De plus, il apporte une certitude aux créanciers. Les négociations débouchant sur un contrat, les créanciers ont la certitude quant au devenir de leur relation avec le débiteur. Particulièrement en période de réformes telles qu'existant aujourd'hui aux Etats-Unis et en France, les professionnels de la faillite ne peuvent prédire le débouché d'une procédure de faillite. Ils sont dans l'attente de décisions jurisprudentielles qui poseront enfin le droit. En présence d'un éventuel flou juridique, les professionnels de la faillite, tout comme les débiteurs, préfèrent entamer des négociations privées avec leurs créanciers dont les effets sont connus, plutôt que d'ouvrir une procédure qui peut s'avérer longue et dont l'aboutissement est incertain⁵⁵⁴. Aux Etats-Unis, ces négociations aboutissent notamment sur des « cessions au bénéfice des créanciers » ou *assignments for the benefit of creditors* dits *ABC* considérés par de nombreux avocats comme une meilleure solution qu'une procédure du Chapitre 11.

⁵⁵³ H. CHRIQUI, *Supra* note 462, p. 2

⁵⁵⁴ J. FRIEDLAND, *Supra* note 20, p.11

De telles négociations devraient être encouragées dans la pratique française dans le but d'éviter l'ouverture tardive de procédures. Octroyer une telle liberté au débiteur, sans remettre en cause de tels accords en cas d'ouverture d'une procédure collective future aurait des répercussions positives en matière de sauvetage des entreprises en difficulté, ou du moins en matière de prévention de difficultés financières avant qu'elles ne deviennent insurmontables. Ces échanges entre débiteur et créanciers ont les avantages d'une procédure de mandat *ad-hoc* ou de conciliation mais, n'appelant pas l'intervention d'un mandataire de justice, laisse au débiteur la liberté et donc la responsabilité totale du sauvetage de son entreprise.

Idéalement, les entreprises préfèrent éviter de rendre publiques leurs difficultés financières et privilégient le recours aux négociations. Elles préservent ainsi la confiance de leurs partenaires commerciaux. Cependant face à des endettements de plusieurs millions d'euros, impliquant de nombreux créanciers et des schémas complexes, les négociations peuvent s'avérer impossibles. Un recours judiciaire est, dans cette hypothèse, inévitable pour arriver à un point d'équilibre entre les différents créanciers aux intérêts, la plupart du temps, divergents. Tout en privilégiant les négociations et le caractère conventionnel de la restructuration, une intervention judiciaire partielle est ainsi souhaitable⁵⁵⁵.

2. Intervention partielle du judiciaire

Malgré les différentes possibilités envisagées, celle qui attire particulièrement notre attention est l'adoption d'un *prepack* à la française⁵⁵⁶. Nous avons étudié dans le cadre de la première partie que les professionnels ainsi que les juges avaient adopté cette solution pragmatique permettant au débiteur d'entamer des négociations et d'aboutir à une proposition de plan avant l'ouverture d'une procédure de sauvegarde. Une loi en date du 22 octobre 2010⁵⁵⁷ est venue consacrer cette position en introduisant un Chapitre VIII au Livre VI du code de commerce intitulé : la sauvegarde financière accélérée. Cette nouvelle procédure permet au débiteur qui a ouvert, antérieurement, une procédure de conciliation de poursuivre une procédure collective permettant la restructuration uniquement financière de son entreprise. Ces nouvelles dispositions adaptent le concept du *prepackaged plan* américain en droit français et offrent aux débiteurs, qui ont réagi dès l'apparition de

⁵⁵⁵ R. Damman et G. Podeur, « Sauvegarde financière express : vers une consécration législative du « *prepack* à la française » ? », *Dalloz Actualité*, 8 sept. 2010

⁵⁵⁶ T. MONTERAN, *Supra* note 82, p.9

⁵⁵⁷ Loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière

difficultés financières par l'ouverture d'une procédure de conciliation qui n'a malheureusement pu aboutir, une procédure de sauvegarde simplifiée

Cette nouvelle procédure est, en effet, une sauvegarde simplifiée puisque seuls les créanciers financiers sont concernés. Elle surmonte ainsi les difficultés rencontrées dans le cadre d'une conciliation ou d'un mandat *ad-hoc*, où l'obtention d'un accord unanime des principaux créanciers peut être périlleux, en particulier lorsque cet accord repose sur la restructuration d'une dette bancaire ou financière complexe⁵⁵⁸. La principale raison à un éventuel blocage est la division de la dette et la multiplicité des acteurs, dont les intérêts en jeu varient souvent

La sauvegarde financière accélérée (SFA) est une réponse à ce problème. Le débiteur reste à la tête de son entreprise et peut rassurer ses différents partenaires et salariés « qu'il est engagé dans un processus de restructuration rapide, planifié et maîtrisé »⁵⁵⁹. Des négociations ont lieu avec les partenaires financiers du débiteur dans le cadre d'une procédure de conciliation. Cette dernière ne pouvant aboutir, le débiteur propose dans le cadre d'une SFA une proposition de plan qui fera l'objet d'un vote que de la part des créanciers financiers, soit le comité des établissements de crédit et l'assemblée unique des obligataires, le cas échéant. La procédure est ainsi simplifiée, la consultation du comité des fournisseurs ainsi que des autres créanciers n'étant pas requise. Cette solution est logique puisque ces derniers ne sont pas concernés par le plan de sauvegarde issu de cette nouvelle procédure. Cette procédure offre un second avantage non négligeable pour le débiteur et ses créanciers : la rapidité. La procédure est en principe limitée à un mois, et ne peut, en toute hypothèse, être prorogée que pour un mois supplémentaire. Cependant, cette alternative à la procédure de sauvegarde classique pourrait se dérouler plus vite. La procédure de conciliation étant une procédure encadrée judiciairement, un contrôle d'un bon déroulement des négociations et, surtout, de la réunion des conditions d'ouverture d'une procédure de SFA devrait être effectué au préalable à toute demande d'ouverture d'une telle procédure par le conciliateur. Un nouvel examen du tribunal pour autoriser l'ouverture d'une SFA s'avère inutile. Le juge ne pourrait intervenir que pour homologuer le plan, à l'image du droit américain. Cela entraînerait un gain de temps d'un mois et un allègement certain de la procédure.

⁵⁵⁸ A. BESSE et N. MORELLI, *Supra* note 395, p.1628

⁵⁵⁹ R. DAMMANN et G. PODEUR, « Sauvegarde financière : le « *prepack* » à la française », *Dalloz*, 28.10.2010, p.2504

Aussi, il pourrait être envisagé une extension de ce mécanisme en l'absence de l'ouverture d'une procédure de conciliation, c'est-à-dire à la suite de simples négociations entre le débiteur et ses créanciers. Dans une telle hypothèse, le débiteur se rapprocherait de ses créanciers afin de trouver une solution à ses difficultés financières et ouvrir par la suite une procédure de sauvegarde financière accélérée. Il devra, comme le débiteur soumis au droit américain, s'assurer que le plan émanant de telles négociations sera approuvé par les comités de créanciers financiers, le comité des établissements de crédit et l'assemblée unique des obligataires, si cette dernière existe. Un examen des conditions d'ouverture de la procédure de SFA sera, dans ce cas, exercé par le tribunal.

La procédure de sauvegarde financière accélérée, en tant que procédure limitée à certains créanciers, devrait s'avérer efficace en vue d'éviter d'éventuels blocages, notamment du comité des fournisseurs. De plus, la SFA, étant une procédure judiciaire, possède l'atout de surmonter un blocage causé par les créanciers financiers qui ne parviennent pas à atteindre une unanimité. « Le mécanisme de *prepack* consistera alors à valoriser l'éventuelle majorité qui se sera dégagée autour du projet de plan prévu par le débiteur [...] aux fins d'imposer à l'ensemble des créanciers le plan d'ores et déjà approuvé par la majorité. »⁵⁶⁰. Le plan tel que prévu par la majorité sera adopté et imposé dans les termes de l'accord original à la minorité réticente. Un équivalent à l'accord engageant ou *lock-up agreement* américain étudié précédemment pourrait être envisagé dans le but de contraindre les parties à l'accord de voter en faveur du projet de plan proposé par le débiteur dans le cadre de la SFA. Répondant à un besoin certain, nous souhaitons à la sauvegarde financière accélérée le succès du *prepack* américain.

L'attrait des procédures de prévention qu'il s'agisse de la procédure de mandat *ad-hoc* ou de la procédure de conciliation, ainsi que l'orientation du législateur vers des procédures favorisant le consensualisme démontrent l'importance des négociations comme moyen de résolution des difficultés financières d'une entreprise. Le droit français pourrait cependant aller plus loin dans cette voie et encourager le débiteur et les créanciers à négocier des solutions même si l'état de cessation des paiements est constaté. Cette solution existe déjà aux Etats-Unis où le seul critère financier exigé à l'ouverture d'une procédure de faillite est de posséder des dettes.

⁵⁶⁰ A. BESSE et N. MORELLI, *Supra* note 395, p.1628

B. Une fois la cessation des paiements constatée

Le droit américain offre une souplesse à l'ouverture d'une procédure de faillite. Le seul critère financier exigé est l'existence de dettes. Il n'existe pas en droit américain d'équivalent à l'exigence française d'ouvrir une procédure collective en cas de cessation des paiements. Ainsi des négociations privées entre le débiteur et ses créanciers sont pratiquées bien que la situation financière de l'entreprise soit avérée. Il pourrait être envisagé en droit français que le débiteur puisse entamer des négociations avec ses créanciers en dehors de toute intervention judiciaire et ce même en cas de cessation des paiements.

A l'heure actuelle, le débiteur est dans l'obligation de demander l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation dans les quarante-cinq jours suivant la cessation des paiements s'il n'a pas dans ce délai demandé l'ouverture d'une procédure de conciliation. Une telle omission était dans le passé sanctionnée par la faillite personnelle du dirigeant. Depuis l'entrée en vigueur de la loi de 2005, l'article L.653-8, alinéa 3 du code de commerce prévoit comme sanction l'interdiction de gérer. Les conséquences du prononcé d'une telle sanction par le tribunal sont notamment la privation du droit de vote du dirigeant dans les assemblées de la personne morale⁵⁶¹. Le tribunal peut enjoindre aux dirigeants condamnés de céder leurs droits sociaux qu'il possède dans la personne morale, ou encore d'ordonner leur cession forcée, par un mandataire judiciaire, après expertise si nécessaire. La durée de l'interdiction de gérer devait respecter un minimum de cinq ans, aucune durée maximale n'était précisée. La loi de 2005 ne fixe plus de minimum et limite l'interdiction à quinze ans⁵⁶², dans le but d'humaniser la sanction, et de recadrer le pouvoir des juridictions dans ce domaine.

Le débiteur qui constate un état de cessation des paiements est ainsi dans l'obligation de demander l'ouverture d'une procédure collective, redressement ou liquidation judiciaires, ou de conciliation placée sous contrôle judiciaire. Ainsi la procédure est soumise au contrôle du juge ou d'un conciliateur, auxiliaire de justice « investi de sa mission par décision judiciaire »⁵⁶³ qui doit rendre compte au tribunal de l'état d'avancement de sa

⁵⁶¹ M. JEANTIN et P. LE CANNU, *Supra* note 91, p.807

⁵⁶² Art. L.653-11, al. 1, c.com.

⁵⁶³ Cass. com., 17 février 1998 : *D. Aff.* 1998, n°109, p.478 ; *Procédures*, avr.1998, n°4, p.10, obs. H. Croze ; *JCP éd. E*, 1998, 1247, note Soinne.

mission⁵⁶⁴. Bien que l'ouverture d'une procédure de conciliation semble être un bon compromis permettant une certaine liberté au débiteur dans les négociations, « l'évolution de la législation traduit le souci d'encadrer toujours d'avantage cette négociation »⁵⁶⁵. De plus, en imposant le redressement judiciaire de l'entreprise sans en assurer sa sauvegarde, le tribunal va à l'encontre de la liberté d'entreprendre du débiteur. Les entrepreneurs devraient connaître une plus grande liberté dans le domaine du sauvetage de leur entreprise.

La résolution des difficultés financières dans le cadre d'une procédure collective présente plusieurs inconvénients en plus de son caractère public. Le rôle du juge est déterminant. « Il lui revient d'apprécier non seulement la viabilité de l'entreprise, mais aussi la forme pouvant apparaître la meilleure pour assurer sa viabilité »⁵⁶⁶. Il a le droit de vie ou de mort sur l'entreprise. Le plan devient ainsi un acte juridictionnel que seul l'usage des voies de recours peut remettre en cause⁵⁶⁷. Le plan apparaît donc comme le « produit d'une négociation venant se couler dans le moule d'une décision judiciaire »⁵⁶⁸. Le judiciaire a un pouvoir plus important que le contractuel. L'intervention du juge laisse peu de place à la négociation, au risque de laisser des traces dans les relations entre le débiteur et ses créanciers, dommageables pour le futur de l'entreprise⁵⁶⁹. Une solution extrajudiciaire est souhaitable.

Les vicissitudes de la législation applicable aux entreprises dites en difficulté (1955, 1967, 1985, etc.) montrent que l'ingéniosité inépuisable des juristes ne parvient pas à mettre un terme au fait que l'immense majorité des entreprises qui déposent leur bilan sont tôt ou tard liquidées et que si l'on y regardait bien, on pourrait faire l'économie d'un système judiciaire qui ne se justifie pas et pourrait être aisément remplacé.⁵⁷⁰

Certains auteurs considèrent que l'état de cessation des paiements n'est pas un état nécessairement permanent⁵⁷¹. Il pourrait donc être intéressant de permettre à un débiteur en

⁵⁶⁴ Art. L.611-6, al.4 c. com.

⁵⁶⁵ M. JEANTIN et P. LE CANNU, *Supra* note 91, p.807, p.76

⁵⁶⁶ S. NEUVILLE, *Le plan en droit privé*, LGDJ, 1998, n°128, p.128

⁵⁶⁷ E. CHVIKA, *Supra* note 552, p.359

⁵⁶⁸ M. JEANTIN, *Le plan de redressement*, in Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1986, t.34, Le nouveau droit des entreprises en difficulté, p.255

⁵⁶⁹ E. CHVIKA, *Supra* note 552, p.363

⁵⁷⁰ F. TERRE, « L'inutile et l'injuste », Mélanges Ghestin, *Le contrat au début du XXIème siècle*, L.G.D.J., 2001, p.869

⁵⁷¹ A BRICARD ET G. TEBOUL, « La cessation des paiements : approche pratique par les conseils de l'entreprise », *La lettre de l'observatoire consulaire des entreprises en difficulté*, nov. 2001, N°19, Affic, p.25 ; M.-A. LAFORTUNE, « Le périmètre de l'état de cessation des paiements du débiteur dans l'actualité jurisprudentielle », *P.A.*, 25 Juillet 2002, n°148, p.14 ; V. MATINEAU-BOURGUINAUD, « La cessation des

état de cessation des paiements passer d'entreprendre des négociations d'ordre privé avec ses créanciers. « Une approche négociée sans intervention judiciaire, peut donc se concevoir lorsque l'entreprise est toujours en activité, sur un marché encore vivant, avec des moyens humains et matériels globalement appropriés et que plusieurs de ses créanciers acceptent de la soutenir. »⁵⁷². Il existe une réelle convergence des intérêts entre l'entreprise, ses créanciers et ses actionnaires orientés vers le redressement de la situation économique et financière de l'entreprise. Dans sa thèse, E. Chvika propose que, lors de l'apparition des difficultés financières de l'entreprise, la phase judiciaire soit précédée par un délai raisonnable au cours duquel les créanciers et le débiteur doivent tenter de parvenir à une solution négociée⁵⁷³.

Afin de permettre au débiteur et à une partie de ses créanciers de trouver une solution aux difficultés financières de l'entreprise leur satisfaisant, une plus grande liberté pourrait leur être accordée à l'image du droit américain. Sans pour autant remettre en cause le critère de cessation des paiements qui présente l'avantage d'éviter l'ouverture de procédure trop tardive entraînant de manière automatique l'échec d'une réorganisation, la proposition de Chvika pourrait être envisageable. En cas de cessation des paiements temporaire, le débiteur devrait être dans la possibilité de rester maître du devenir de son entreprise, en négociant directement avec ses créanciers.

Qu'elles aient lieu avant ou après le constat de cessation des paiements, les avantages d'une restructuration privée sont certains : un coût réduit, la confidentialité des négociations, qui peut empêcher d'éventuels mouvements sociaux tels que des grèves ou l'occupation de locaux, et la protection de l'image de l'entreprise pour les partenaires de cette dernière non parties aux négociations. Elle répond à une recherche de pragmatisme et d'efficacité d'une réorganisation d'entreprise. « L'adaptation à la réalité économique doit être par la force des choses permanente »⁵⁷⁴.

Favoriser l'intervention des créanciers avant que la situation ne soit irrémédiable permet de les faire participer au sauvetage de l'entreprise et donc d'éviter des blocages lors de l'adoption d'une solution. Privilégier les négociations privées est ainsi un moyen efficace. Emprunter au droit américain des concepts permettant de faciliter l'approbation du plan est

paiements, notion fonctionnelle », *RTD com.* 2002, p.245 ; T. MONTERAN, « L'état de cessation des paiements, clef de voûte des procédures collectives », *Rev. Proc. Coll.* 2001, p.6

⁵⁷² E. CHVIKA, *Supra* note 552, p. 361

⁵⁷³ E. CHVIKA, *Supra* note 461, n° 257

⁵⁷⁴ D. RANDOUX, « *La spécialisation des sociétés* », Mélanges Weill, éd. Dalloz-Litec, 1983, p.471

un autre moyen de renforcer l'efficacité des procédures françaises de réorganisation.

II. FACILITER L'APPROBATION DU PLAN

Le droit américain de la faillite prévoit plusieurs techniques afin de dégager une majorité favorable à l'adoption du plan et donc d'en faciliter l'approbation ou la confirmation par le tribunal. Parmi ces dernières, celles retenant notre attention sont la restriction au vote du plan pour les seuls créanciers affectés par ce dernier (A), la classification des créanciers en fonction de la nature de leur créance permettant de mettre en avant une majorité au sein de toutes les catégories de créanciers (B) et enfin le pouvoir accordé au tribunal le permettant d'imposer un plan (C).

A. Accès au vote limité aux seuls créanciers affectés par le plan

Dans le but d'éviter le blocage de l'adoption d'un plan par une minorité, notamment par des créanciers qui ne sont pas affectés par le projet de plan, le droit américain prévoit que les classes de créances dont les droits des membres ne sont pas altérés par le plan proposé ne participent pas au vote. Ces classes dites *unimpaired* sont supposées avoir voté en sa faveur et ne sont donc pas consultées. Leur créance est considérée intacte lorsqu'elle demeure inchangée ou que le plan prévoit son paiement en comptant⁵⁷⁵. De même, la classe ne sera pas consultée si « les effets des défauts d'exécution ont été réparés et que le plan propose simplement le rétablissement du terme initial des échéances, en décélérant l'exigibilité de la dette, en restaurant le cours ainsi que le taux des intérêts applicable avant l'ouverture de la procédure »⁵⁷⁶. Il en résulte que seules les classes de créances dont les droits sont modifiés et dont le paiement est échelonné pendant la durée du plan ont l'opportunité de voter le plan. Les autres classes dont les membres recouvreront leur créance dans les termes prévus initialement sont considérées chanceuses. Leur permettre de s'exprimer sur un projet de plan ne les affectant pas est perçu comme inéquitable, voire injuste.

Cette solution s'est présentée pour la première fois dans la pratique française dans la décision Thomson⁵⁷⁷ où les créanciers titulaires de titres super-subordonnés (TSS)

⁵⁷⁵ 11 U.S.C. 1124(3)

⁵⁷⁶ M. TANGER, *Supra* note 67, p.406

⁵⁷⁷ TC Nanterre, 17 fév. 2010 ; cf. *Supra* note 474

n'avaient pas été ni consultés, ni invités à participer au vote du projet du plan. Le tribunal a suivi le raisonnement des avocats de la défense selon lequel ces créanciers n'avaient pas à s'exprimer relativement à la partie de leur créance qui n'était pas affectée par le projet de plan. Ainsi le nominal des TSS n'a pas été comptabilisé pour prendre en compte les droits de vote de ces créanciers⁵⁷⁸. Une telle position fut consacrée par le législateur, tout d'abord, en matière de fiducie-sûreté⁵⁷⁹ pour se généraliser à toutes les créances par une loi de 2010⁵⁸⁰. Le dernier alinéa du nouvel article L.626-5 du code de commerce dispose ainsi que : « Le mandataire judiciaire n'est pas tenu de consulter les créanciers pour lesquels le projet de plan ne modifie pas les modalités de paiement ou prévoit un paiement intégral en numéraire dès l'arrêté du plan ou dès l'admission de leurs créances ». Pour les autres créanciers dont le plan prévoit des remises ou délais, l'absence de réponse dans le délai imparti vaut acceptation de leur part⁵⁸¹. De même en présence de comités de créanciers, l'article L.626-30-2 dudit code prévoit que : « Ne prennent pas part au vote les créanciers pour lesquels le projet de plan ne prévoit pas de modification des modalités de paiement ou prévoit un paiement intégral en numéraire dès l'arrêté du plan ou dès l'admission de leurs créances »⁵⁸².

Cette nouvelle législation présente l'avantage certain de simplifier le processus de vote de la proposition du plan en diminuant les participants au vote et aussi d'être logique. Pourquoi demander à un créancier dont les droits prévus par un contrat ne sont pas altérés par le plan son accord à l'adoption du plan? Un bémol peut cependant être formulé. Le créancier exclu de la consultation ne sera pas dans la possibilité d'accorder une remise ou un délai que l'on ne lui aura pas réclamé. Une alternative serait que le débiteur se rapproche de son créancier afin de savoir si ce dernier a l'intention de lui accorder une remise ou un délai. Dans l'affirmative, le débiteur peut inclure cette faveur dans sa proposition de plan. Le créancier en question sera alors consulté. Cette possibilité aurait l'avantage d'être plus rapide que de passer par le biais d'un mandataire judiciaire.

⁵⁷⁸ A. LIENHARD, *Supra* note 413, *D. Actualité*, 30 juillet 2010

⁵⁷⁹ Art. L.626-30, al.4, c. com.

⁵⁸⁰ Loi n°2010-1249 du 22 octobre 2010 sur la régularisation bancaire et financière, opérant des modifications du Code de commerce en matière de sauvegarde et en conséquence en matière de redressement judiciaire (le Chapitre III du Titre II de la loi n°2010-1249 s'intitule « Améliorer la procédure de sauvegarde pour les entreprises en difficulté »)

⁵⁸¹ Art. L.626-5 al.2, c. com.

⁵⁸² G. NOTTE, « Procédure de sauvegarde financière accélérée », *J.C.P.éd. E* n° 41, 14 Octobre 2010, act. 550

B. Classification de catégories homogènes des créanciers

Le droit français actuel prévoit la composition de comités de créanciers pour les grandes entreprises en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire. Il existe trois comités : le comité des fournisseurs, le comité des établissements de crédit et l'assemblée unique des obligataires, celui-ci n'étant pas obligatoire. En droit américain, la classification des créanciers ne repose pas sur la nature du propriétaire des créances mais sur la nature initiale de celles-ci. Ainsi il existe autant de catégories de créances que de créances différentes. Il revient au *debtor in possession* de définir les classes de créances.

En pratique, la composition des comités français de créanciers a posé des difficultés, notamment la détermination des établissements de crédit⁵⁸³. Une créance peut être cédée, scindée ou ne plus être détenue par un établissement de crédit, au sens de l'article L. 511-1 du code monétaire et financier, au moment de l'ouverture de la procédure⁵⁸⁴. Cette difficulté se retrouve pour le comité des fournisseurs. Une solution semblait être trouvée par l'ordonnance de 2008 qui élargit de manière considérable l'accès au comité des établissements de crédit puisqu'elle inclut dans ce comité les établissements assimilés à ces derniers⁵⁸⁵.

L'absence de classification homogène des créanciers en droit français peut entraîner les créanciers chirographaires membres d'un comité à imposer à des créanciers titulaires de sûretés des abandons ou des conversions de créances affectant la valeur de leurs sûretés.

Cet élargissement du champ des possibles - à comparer avec le système antérieur à l'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde des entreprises, dans lequel le créancier ne pouvait se voir imposer, dans le pire des cas, qu'un rééchelonnement de sa créance sur une durée de dix ans - emporte nécessairement une responsabilité accrue pour le tribunal qui, au moment de l'arrêt du plan, devra être particulièrement attentif à ce qu'aucun créancier ne soit lésé.⁵⁸⁶

⁵⁸³ « La principale difficulté a résulté de ce que la loi n'avait pas pris en compte les éventuelles cessions de créances intervenues avant ou après le jugement d'ouverture de la procédure. Le traitement des émissions obligataires soumises à un droit étranger a également suscité des interrogations. Enfin, un débat existait quant à la nature des mesures de restructuration pouvant être votées par les comités nonobstant l'opposition de membres minoritaires de ces comités. La loi n'abordait pas, en particulier, la conversion de créances en capital et le traitement différencié des créanciers en fonction de leur situation économique » R. DAMMANN et G. PODEUR, *Supra* note 139, p. 2094

⁵⁸⁴ T. MONTERAN, *Supra* note 82, p.8

⁵⁸⁵ Art. L.626-30 c. com.

⁵⁸⁶ A. BESSE et N. MORELLI, *Supra* note 395, p.1628

Une classification des créanciers à l'image de celle prévue dans le Chapitre 11 pourrait être envisagée en droit français. Le nombre des comités de créanciers pourrait être augmenté afin que tous les créanciers soient représentés en fonction de la nature de leur créance au moment de l'adoption du plan. Monsieur Thierry Montéran propose en ce sens la création de quatre comités de créanciers :

- créanciers titulaires d'une créance d'origine bancaire (comités des établissements de crédit) ;
- créanciers titulaires d'une créance ayant pour origine un contrat de fourniture de biens ou de services (comité de fournisseurs) ;
- créanciers titulaires de créances nées d'un contrat de crédit-bail ou d'un contrat de location financière (comité des loueurs financiers) ;
- créanciers titulaires d'une créance garantie par une hypothèque ou une sûreté réelle (comité des créanciers hypothécaires).⁵⁸⁷

Une telle répartition a été suggérée lors de l'élaboration du projet de loi de 2010. Des classes de créanciers homogènes créées en fonction des spécificités du dossier auraient pu voir le jour. Cette idée, par manque de temps, a été rejetée⁵⁸⁸.

Le législateur, dans le cadre d'une future réforme du droit des entreprises en difficulté, pourrait envisager d'adapter la classification américaine en prenant en compte le fait que les créances concernées sont affectées par le projet du plan. Ainsi il existerait des classes ou comités amenés à voter le plan alors que d'autres seraient présumés l'avoir accepté, sans être au préalable consultés. De plus, il pourrait laisser au débiteur la liberté de déterminer leur composition, sachant que le juge aura un devoir de contrôle lors de l'approbation du plan sur cette dernière. En effet, les mêmes difficultés que celles observées en droit américain pourront se retrouver en droit français. Ainsi le juge devra vérifier que le débiteur ne classe pas les créances de manière trop large afin d'obtenir une majorité en leur sein. En effet, plus le nombre de classes est faible, plus les chances d'avoir un refus d'une classe sont limitées. De même, le débiteur peut être amené à déterminer un nombre important de classes dites non affectées (*unimpaired*) afin que les classes concernées par les modifications apportées par le plan soient en minorité et qu'un refus des créanciers concernés ne soit pas un obstacle insurmontable à la confirmation du plan par le tribunal : dans le cadre d'une procédure américaine du Chapitre 11, le juge a, en effet, la possibilité d'imposer un plan rejeté par une ou plusieurs classes de créances si ce plan s'avère être viable.

⁵⁸⁷ T. Montéran, *Supra* note 82, p.8

⁵⁸⁸ R. Dammann et G. Podeur, *Supra* note 559, p.2504

C. Imposer un plan : le pouvoir de contrainte conféré au juge

En présence des comités des créanciers, le droit français prévoit deux options : soit les deux comités et l'assemblée des obligataires votent en faveur du plan, soit le plan est adopté selon le procédé applicable en l'absence des comités des créanciers, c'est-à-dire une consultation individuelle des créanciers⁵⁸⁹. Un plan qui ne sera pas accepté à l'unanimité par les comités ne sera pas adopté. Ainsi il peut s'avérer facile pour une partie de créanciers de rejeter un plan et donc d'empêcher l'adoption d'un plan même si ce dernier s'avère viable. Le tribunal pourra cependant adopter un plan résultant d'un échange avec chaque créancier et reprenant les engagements des créanciers. En présence d'un nombre important de créanciers, cette tâche peut s'avérer laborieuse et longue.

Le code fédéral de la faillite prévoit que le plan ne pourra être homologué que s'il est accepté par les classes de créanciers dites affectées (*impaired*) à l'unanimité. Cependant, une échappatoire à un éventuel blocage de la part d'une ou plusieurs classes de créances est prévue. Dans l'hypothèse où l'unanimité ne peut être atteinte, la section 1129(b) dudit code prévoit que le juge peut tout de même homologuer le plan si une série de critères sont remplis. Il utilise un pouvoir de contrainte dit de *cram down*. Ainsi le juge peut imposer un plan rejeté par une ou plusieurs classes dès lors que le plan s'avère juste et raisonnable et qu'au moins une classe de créances dite affectée ait accepté le plan⁵⁹⁰. Mais si ce vote positif émane uniquement d'une classe composée d'actionnaires, d'associés, de dirigeants ou de leurs proches, il ne sera pas pris en compte. Dans l'hypothèse du recours au *cram down*, le contrôle du juge sera beaucoup plus sévère. Le code énumère en effet les éléments permettant de qualifier un plan de juste et équitable⁵⁹¹. Le plan ne fera l'objet d'une confirmation par le tribunal que si plusieurs tests s'avèrent positifs : *fair and equitable test*, le plan doit être juste et équitable pour les créanciers ; le *Best Interest Test*, que nous étudierons plus tard en détail ; l'absence de discrimination injustifiée et enfin l'*Absolute Priority Rule*⁵⁹². Le plan doit ainsi notamment permettre aux créanciers munis de sûretés de conserver leur garantie, ou en cas de cession du bien garanti d'obtenir leur paiement total de leur créance. En ce qui concerne les autres créanciers, le plan sera considéré juste et équitable s'il prévoit qu'ils recouvreront leur créance dans sa totalité, ou

⁵⁸⁹ Art. L.626-34 c.com.

⁵⁹⁰ 11 U.S.C. 1129(b)(1)

⁵⁹¹ 11 U.S.C. 1129(b)(2)

⁵⁹² K. N., Klee, *Bankruptcy and the Supreme Court*, American College of Bankruptcy, Lexis Nexis, 2008, p.392

que le principe de l'*Absolute Priority Rule* est respecté. Ce principe, rappelons-le, exige que les créances dites *junior* soient payées une fois les créances dites *senior* remboursées.

La pratique du *cram down* va à l'encontre du consensualisme recherché jusque là en matière de réorganisation et contre l'esprit libéral américain. Cependant cette particularité du droit américain a l'avantage d'assurer le succès de la réorganisation de l'entreprise en difficulté. La sauvegarde de l'entreprise est une priorité pour le juge qui agit dans l'intérêt général au-delà de l'intérêt d'une catégorie de créanciers. Le droit français n'offre pas au tribunal de commerce la même prérogative. Il possède cependant certains pouvoirs pour assurer le succès d'une telle réorganisation. Le juge français peut influencer sur le contenu du plan pour le rendre plus effectif. Il peut ainsi modifier les délais accordés par certains créanciers⁵⁹³ ou encore déclarer inaliénables des biens qu'« il estime indispensables à la continuation de l'activité ». Dans ce cas, le tribunal ne remet pas en cause le vote du plan mais procède à de simples aménagements. Bien que l'adoption du *cramdown* ne semble pas être d'actualité, plusieurs auteurs⁵⁹⁴ mentionnent son intérêt en tant que « moyen de pression sur certains comités peu soucieux de l'intérêt général »⁵⁹⁵. L'adoption d'une telle notion en droit français offrirait des avantages certains en matière de rapidité et d'efficacité de la procédure de réorganisation.

Cette solution rappelle celle existante sous la loi française de 1967 qui prévoyait l'adoption du concordat à la condition de la réunion de deux majorités. A défaut de ces majorités, une nouvelle assemblée composée uniquement des créanciers absents lors du premier vote devait avoir lieu dans les huit jours. Si aucune majorité n'avait pu être obtenue à la suite de ce vote, le concordat était définitivement rejeté et le règlement judiciaire converti en liquidation. Cette règle fut l'objet de plusieurs critiques dont la reconnaissance aux créanciers chirographaires d'« un droit de veto absolu à l'octroi du concordat alors que l'entreprise aurait pu être sauvée »⁵⁹⁶.

La solution américaine, contrairement à celle issue de la loi de 1967, n'impose pas le choix des créanciers chirographaires sur les autres créanciers, grâce à l'existence des conditions d'application prévues par le code. Elle permet d'imposer un plan n'ayant pas fait l'unanimité des classes de créances. Le juge se voit ainsi accordé un pouvoir important. Le

⁵⁹³ Art. L.626-18 c. com

⁵⁹⁴ R. DAMMANN et G. PODEUR, *Supra* note 559, p.2504 ; M. TANGER, *Supra* note 67, p.408

⁵⁹⁵ T. DORLEAC, *Supra* note 29

⁵⁹⁶ F. DERRIDA, « Pour une nouvelle conception du concordat dans le règlement judiciaire », *Dix ans de droit de l'entreprise*, Litec 1978, p.1011

cramdown permet de contrer le refus injustifié du plan par des créanciers et favoriser ainsi le sauvetage de l'entreprise. De plus, l'utilisation du *cramdown* par le juge demeure rare. Le plan de réorganisation doit rester le plus conventionnel possible. Ainsi il a été rappelé par une juridiction américaine que les décisions économiques étaient adoptées soit en conseil d'administration et non au tribunal, (*in the board room, not in the court room*)⁵⁹⁷.

Il pourrait être envisagé d'accorder un pouvoir équivalent au tribunal lors de l'approbation du plan en tant qu'alternative au vote unanime des comités de créanciers et de l'assemblée des obligataires. En effet, un plan peut s'avérer tout à fait viable pour le sauvetage de l'entreprise en difficulté malgré le fait qu'un comité ne l'ait pas accepté. De plus, l'adoption du *cramdown* en droit français des entreprises en difficulté présenterait un gain de temps considérable dans un domaine où le temps est précieux.

Le droit français pourrait se pencher ainsi sur des notions considérées nouvelles du droit américain dans le but d'éviter des blocages au moment du vote du plan ou de son acceptation par le tribunal. Il pourrait s'avérer intéressant de poursuivre le mouvement de l'influence du droit américain afin de garantir le succès d'un plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire viable. De même, le droit américain pourrait poursuivre son influence afin de renforcer le caractère attractif de la procédure.

⁵⁹⁷ *Affaire Curlew Valley Ass.*, 14 B.R. 511 (Bankr. D. Utah 1981) cité par M. TANGER, *Supra* note 67, p.363

CHAPITRE 2 RENFORCER LE CARACTERE ATTRACTIF DE LA PROCEDURE

Pour rendre une procédure attractive et donc faciliter son ouverture, la procédure de réorganisation doit présenter des avantages certains pour le débiteur qui veut sauver son entreprise (I), mais également pour les créanciers qui doivent être confiants quant au remboursement de leur créance malgré l'ouverture d'une procédure collective (II). Le droit français peut s'inspirer du droit américain de la faillite en la matière, ce dernier mettant en œuvre des concepts étrangers du droit français et privilégiant l'ouverture d'une procédure de réorganisation.

I. POUR LE DEBITEUR

Les réformes récentes du droit français ont démontré les efforts importants menés par le législateur pour encourager les dirigeants d'entreprise en difficulté à faire ouvrir une procédure collective, dont notamment une procédure de sauvegarde, le plus tôt possible. Le droit français s'est ainsi fortement inspiré du droit américain de la faillite qui accorde au débiteur un large panel de prérogatives pour mener à bien le sauvetage de son entreprise. Dans cette perspective, le législateur peut aller plus loin et rendre la procédure de réorganisation plus attractive aux yeux du débiteur.

Parmi les dispositions du droit fédéral de la faillite qui pourraient être une source d'inspiration, le *debtor in possession* est l'une d'entre elles (A). De même, il pourrait être envisagé une plus grande liberté au débiteur lors de l'ouverture de la procédure, lui permettant notamment de se rétracter à tout moment, ou encore lui permettre de prévoir la fin d'une procédure de réorganisation par une conversion en liquidation judiciaire à sa seule initiative (B). Enfin, une particularité du Chapitre 11 est que la procédure produit ses effets dès la demande d'ouverture, et donc antérieurement à tout jugement d'ouverture (C). Le droit français aurait un intérêt certain à s'en inspirer.

A. Un debtor in possession à la française

Historiquement, le droit français percevait le débiteur d'une entreprise placée en procédure collective comme un mauvais dirigeant qui doit rembourser ses créanciers. Le droit

américain de la faillite repose sur une conception différente du débiteur. Ce dernier est une victime qu'il faut soutenir. Le droit français des entreprises en difficulté a beaucoup évolué dans ce domaine confiant au débiteur de nouvelles prérogatives. Mais le modèle de *debtor in possession* est-il envisageable tel quel en droit américain?

Le concept de *debtor in possession* s'explique par le fait que dans la plupart des cas, les difficultés ne sont pas dues à l'incompétence du dirigeant de l'entreprise, mais trouvent plutôt leur source dans des causes externes à l'entreprise. Sanctionner un débiteur honnête et malchanceux en lui retirant la gestion de son entreprise ne se justifie pas en droit américain⁵⁹⁸. Ainsi, le débiteur demeurant aux commandes de l'entreprise au cours de la procédure est le principe. Il conserve la direction de l'entreprise, accomplit les actes d'administration et de gestion habituels et exerce tous les droits et fonctions dévolus normalement au *trustee*⁵⁹⁹. Il change cependant de casquette. Il ne lui appartient plus de représenter que ses intérêts propres et ceux de l'entreprise. Il agit désormais pour le compte de la masse des créanciers et devient en conséquence le défenseur des intérêts collectifs des créanciers. En lui accordant une telle confiance, le droit américain laisse au débiteur la possibilité de réparer ses erreurs.

Les procédures de réorganisation en droit français, qu'il s'agisse de la procédure de redressement judiciaire, de la sauvegarde ou de la nouvelle sauvegarde financière accélérée, demeurent sous contrôle judiciaire. Un mandataire de justice est présent dans ces procédures pour contrôler les faits du débiteur. Dans les procédures de sauvegarde, le débiteur détient une entière liberté. Le rôle confié au mandataire judiciaire est, dans la plupart des cas, inexistant. Le droit français pourrait s'inspirer du droit américain en la matière. En effet, le débiteur ne serait-il pas plus enthousiaste face à une procédure collective lui offrant une entière liberté, et donc confiance, dans la gestion de son entreprise pour la sauvegarder et limiter le contrôle judiciaire lors de l'homologation du plan ? En effet, le débiteur est parfois la personne plus apte à résoudre les difficultés que vit son entreprise. Lui imposer la présence d'un tiers pourrait le dissuader de demander une ouverture d'une procédure en amont de difficultés insurmontables.

Sans vouloir remettre en cause le caractère judiciaire de la procédure de sauvegarde, un allègement des prérogatives des mandataires judiciaires pourrait être envisagé : pourquoi

⁵⁹⁸ *Ibid*

⁵⁹⁹ 11 U.S.C. 1107

ne pas confier au débiteur la gestion totale de son entreprise, sans assistance externe, avec la possibilité pour ce dernier de se tourner vers un expert de la faillite, soit un administrateur judiciaire, en cas de besoin ou de doute quant à la démarche à suivre dans des cas précis ? Les créanciers ou un organisme interne à l'entreprise, expert-comptable, comité d'entreprise et autres, auraient la possibilité de demander l'intervention d'un administrateur, de manière ponctuelle si un doute dans la bonne gestion de l'entreprise existe ou alors de manière permanente dans l'hypothèse où le débiteur aurait fait preuve d'une incompétence à gérer correctement l'entreprise en difficulté ou d'une malhonnêteté. Une telle disposition aurait l'avantage de démontrer la confiance du législateur envers le débiteur de bonne foi, tout en protégeant les créanciers contre d'éventuels abus du débiteur. En effet, la procédure de sauvegarde doit pouvoir offrir au débiteur une seconde chance suite à la résolution du plan. Le débiteur sera de nouveau à la tête de son entreprise. Le maintenir dans cette position durant la procédure semble donc logique. De plus, le débiteur qui aura réussi à sauver son entreprise avec un « coup de pouce » judiciaire prouvera à ses créanciers sa compétence et sa bonne foi. L'ouverture d'une procédure de réorganisation ne serait plus perçue comme la « dernière chance » mais comme une solution également favorable aux créanciers.

B. Le débiteur, maître du devenir de la procédure

Le débiteur soumis au droit français est la personne la plus à même de comprendre le fonctionnement de son entreprise et les conséquences de l'ouverture d'une procédure de réorganisation sur ses affaires. Il serait intéressant de lui permettre, à l'image du droit américain, de décider du devenir de la procédure. Ainsi le droit américain permet au débiteur de se rétracter à tout moment de la procédure (1) mais également de demander la conversion de la procédure en liquidation lorsqu'il estime qu'une restructuration financière s'avère impossible (2).

1. Possibilité pour le débiteur de se rétracter

Au cours de la procédure du Chapitre 11, le droit américain permet au débiteur de se rétracter à tout moment ou de demander au tribunal de procéder à la radiation de la procédure antérieurement ouverte. Il doit cependant motiver sa démarche⁶⁰⁰. Le débiteur

⁶⁰⁰ 11 U.S.C.1112(b)

peut également simplement ne pas payer les frais de requête⁶⁰¹ ou omettre de fournir les documents financiers et informations requis⁶⁰². Le tribunal procédera dans ce cas à la radiation de la procédure.

En droit français, il existe aucune disposition relative à l'éventuelle rétractation du débiteur. Cette possibilité n'est pas envisagée, sauf en cas de disparition des « difficultés qui ont justifié l'ouverture de la procédure »⁶⁰³. Dans cette hypothèse, le débiteur doit justifier sa demande auprès du tribunal. Il serait possible de considérer, comme en matière de *prepackaged plan*, que ce qui n'est pas interdit est autorisé. Le débiteur pourrait ainsi être dans la possibilité de se rétracter de sa demande d'ouverture d'une procédure de sauvegarde tant que le jugement d'ouverture n'aura pas été rendu. En effet, le législateur souhaite rendre le débiteur responsable en lui octroyant l'initiative d'une procédure de sauvegarde. Lui permettre de se rétracter poursuivrait cette même optique. De même, le droit français pourrait envisager en matière de sauvegarde que le débiteur puisse demander l'annulation du jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde. N'étant pas en état de cessation des paiements, le débiteur n'est dans aucune obligation d'ouvrir une procédure collective. Le seul effet négatif est qu'en cas d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire future, le fait d'ouvrir une procédure collective tardivement alors que le débiteur avait entamé une procédure de sauvegarde soit caractérisé en une faute de gestion empêchant le débiteur de demeurer à la tête de son entreprise.

2. Possibilité pour le débiteur de demander la conversion de la procédure en liquidation

Le débiteur soumis à la loi américaine peut également demander à tout moment la conversion de la procédure du Chapitre 11 initialement ouverte en procédure de liquidation⁶⁰⁴, à condition de pouvoir bénéficier légalement de la nouvelle procédure⁶⁰⁵ et de n'avoir pas été déjà avantagé par une telle mesure antérieurement. Le débiteur doit agir dans le meilleur intérêt des créanciers⁶⁰⁶. Mais une telle conversion est impossible lorsqu'un *trustee* a été désigné ou lorsqu'il s'agit d'une faillite involontaire. L'arrêt des poursuites en vigueur n'est pas affecté par une telle mesure.

⁶⁰¹ 11 U.S.C. 1112(b)(10)

⁶⁰² 11 U.S.C. 1112 (e)

⁶⁰³ Art. L.622-12 c. com.

⁶⁰⁴ 11 U.S.C. 1112 (a)

⁶⁰⁵ 11 U.S.C 706(d) et 1112(f)

⁶⁰⁶ 11 U.S.C. 1112(e)

En droit français, le débiteur, tout comme l'administrateur, le mandataire judiciaire, le Ministère Public, ou le tribunal d'office, peut demander la conversion de la procédure en redressement ou en liquidation judiciaires si les conditions d'ouverture de ces procédures sont remplies⁶⁰⁷. Le débiteur peut également demander la conversion en redressement judiciaire si « l'adoption d'un plan de sauvegarde est manifestement impossible et si la clôture de la procédure conduirait, de manière certaine et à bref délai, à la cessation des paiements »⁶⁰⁸. Les cas de conversion en droit français s'avèrent ainsi limités. La condition requise de l'état de cessation des paiements pour accéder aux autres procédures restreint fortement l'initiative du débiteur. Cependant le débiteur soumis à une procédure de sauvegarde peut demander à tout moment au tribunal d'« ordonner la cessation d'une partie de son activité »⁶⁰⁹. Permettre au débiteur de convertir la procédure de sauvegarde en procédure de liquidation judiciaire reviendrait à remettre en cause le critère d'état de cessation des paiements. Il en est autrement en matière de redressement judiciaire.

Dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire, le débiteur, dans les mêmes conditions qu'en matière de sauvegarde, peut demander au tribunal d'ordonner la conversion de la procédure en liquidation judiciaire « si le redressement est manifestement impossible »⁶¹⁰. Il statue après avoir entendu ou dûment appelé le débiteur, l'administrateur, le mandataire judiciaire, les contrôleurs et les représentants du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel entendus ou dûment appelé et l'avis du ministère public recueilli.

Le débiteur ne peut donc pas demander à tout moment cette conversion. Le débiteur ne peut pas choisir en cours de procédure de redressement de liquider l'entreprise s'il considère que cela est la meilleure solution. La liquidation est la dernière solution souhaitable tant pour le débiteur que pour les créanciers. Cependant, contrairement au droit américain qui ne redoute pas de voir mourir une entreprise non viable, le droit français et la mentalité française considèrent la liquidation comme un échec. Ainsi de nombreux efforts judiciaires et financiers sont portés au sauvetage de l'entreprise qui peut se révéler être en vain. Il pourrait être souhaitable de faciliter l'accès à la liquidation judiciaire et confiant son ouverture au débiteur, personne la plus consciente de l'état de l'entreprise, notamment

⁶⁰⁷ Art. L.622-10, al.2 c. com.

⁶⁰⁸ Art. L.622-10, al.3 c. com.

⁶⁰⁹ Art. L.622-10, al.1 c. com.

⁶¹⁰ Art. L.631-15, II, c. com.

lorsque l'état de cessation des paiements est déjà constaté.

Confier au débiteur le devenir de son entreprise est certainement un élément qui peut rendre les procédures de réorganisation attractives à son égard. Un autre point dans ce sens qui pourrait inspirer le droit français est le fait que la demande d'ouverture produise les effets de la procédure de manière immédiate.

C. Effets de la procédure dès la demande d'ouverture

En droit français une procédure ne peut être ouverte qu'en cas de réunion des différentes conditions légales par le débiteur, qui sera déterminée au terme d'une enquête sur la situation financière, économique et sociale de l'entreprise. La procédure collective ne produira ses effets qu'une fois le jugement d'ouverture prononcé. Le jugement d'ouverture est dit « constitutif »⁶¹¹.

En droit américain, le législateur adopte une conception plus souple. Il considère que le débiteur qui se place sous la protection des lois de la faillite doit pouvoir bénéficier d'un secours immédiat. Ainsi, l'ouverture d'une procédure de faillite, à savoir l'« *order for relief* » entre immédiatement en application dès la formulation de la demande d'ouverture et sans que le tribunal n'ait préalablement à tenir une audience, ni à rendre un jugement formel. Aussitôt la requête formée et enregistrée en bonne et due forme, la procédure s'ouvre et produit ses effets dont la suspension automatique des poursuites ou *automatic stay*. Le débiteur n'a pas à se présenter devant un juge. La faillite prend de ce fait une tournure banale. Par cette disposition, le droit américain encourage les démarches volontaires des débiteurs et « s'attache davantage à une procédure collective-gratification »⁶¹² sous réserve des abus étudiés plus loin.

Une telle disposition a l'avantage certain de déculpabiliser le débiteur qui n'a pas à subir une audience. De plus, l'automatisme des effets de la procédure dont la suspension des poursuites est un attrait certain pour le débiteur dans une situation difficile. Un tel contrôle *a posteriori* est-il souhaitable en droit français ? Il demeure intéressant en droit français de conserver un jugement d'ouverture d'une procédure collective et de contrôler qu'un tel recours ne s'avère pas abusif. Cependant, dans certaines hypothèses où il existe une réelle urgence de donner un répit au débiteur en lui accordant la suspension des poursuites, le

⁶¹¹ M. JEANTIN et P. LE CANNU, *Supra* note 91, p.195

⁶¹² M. TANGER, *Supra* note 67, p.57

droit français devrait permettre à la procédure en cours d'ouverture de produire des effets immédiats. En effet, le jugement d'ouverture peut avoir lieu plusieurs mois après la demande émanant du débiteur. Le tribunal peut désigner un juge chargé de recueillir tous renseignements sur la situation financière, économique et sociale de l'entreprise⁶¹³. Puis a lieu une audience en chambre du conseil⁶¹⁴, où sont entendus ou dûment appelés le débiteur et les représentant du comité d'entreprise, ou à défaut des délégués du personnel, ainsi que l'ordre professionnel ou l'autorité compétente dont relève le débiteur. Pendant ce délai, la situation de l'entreprise peut s'aggraver de manière considérable et ainsi porter atteinte au sauvetage de l'entreprise et aux intérêts des créanciers. En effet, pendant ce temps, l'actif de l'entreprise n'est pas protégé des éventuelles poursuites des créanciers.

II. POUR LES CREANCIERS

Rendre les procédures de réorganisation favorables aux créanciers consiste à leur assurer le paiement d'une partie au moins de leur créance. Les créanciers sont ainsi moins réticents et moins inquiets lorsqu'une procédure de réorganisation est ouverte à l'encontre d'un de leurs débiteurs. De plus, la certitude de recouvrer une partie de leur créance facilite par la suite le crédit, les prêteurs n'ayant plus peur de prêter. Une procédure efficace est une procédure rapide qui désintéresse le plus grand nombre de créanciers. Une procédure de réorganisation doit donc protéger les droits des créanciers (A) et notamment les créanciers chirographaires (B).

A. Protéger les droits des créanciers

Afin d'assurer la protection des droits des créanciers, le droit français peut s'inspirer du droit américain sur plusieurs aspects, notamment en leur offrant la certitude qu'ils toucheront au minimum le même montant qu'en cas d'ouverture d'une procédure de liquidation (2), mais également en simplifiant de manière considérable la déclaration des créances (1).

1. Simplifier la déclaration des créances

Contrairement au droit français qui a plutôt tendance à minorer le passif pour ne pas

⁶¹³ Art. L.621-1, al. 3 c.com.

⁶¹⁴ Art. L.662-3 c. com.

alourdir les chances de redressement du débiteur, le droit américain prône l'établissement exhaustif du passif pour intégrer le plus grand nombre de créanciers dans la procédure et permettre ainsi l'acquittement du maximum de créances⁶¹⁵. Ainsi

toutes les prétentions conditionnelles et incertaines ou même, simplement potentielles, susceptibles d'entraîner une exécution monétaire du débiteur, doivent aussi être traitées dans la procédure en cours. Aussi les créanciers peuvent-ils obtenir la reconnaissance de leurs créances même si leur droit à réparation n'est pas déjà (et ne peut ne jamais l'être) disponible sous le droit commun⁶¹⁶.

La définition de *claim* est ainsi très large⁶¹⁷.

Le droit français reconnaît la même solution préconisant la déclaration des créances conditionnelles, voire éventuelles, dès lors qu'elles se fondent sur un acte ou un fait juridique antérieur à l'ouverture de la procédure. Antérieurement à la loi de 1985, les dettes non encore échues étaient prises en compte, mais cette solution fut abandonnée alourdissant fortement le passif du débiteur⁶¹⁸.

Dans les deux droits, l'initiative de la déclaration repose sur le débiteur. Il lui revient en effet de dresser l'inventaire des créances et de le remettre au greffe du tribunal compétent, dans les quinze jours à compter du dépôt de la requête pour le débiteur américain, et dans les huit jours du jugement d'ouverture de la procédure pour le débiteur français. La loi de 1994 disposait que le débiteur qui ne procédait pas à l'inventaire pouvait subir une interdiction de gérer. Cette sanction a été abrogée par la loi de 2005. Désormais si le débiteur n'accomplit pas ces formalités, « le juge-commissaire désigne pour y procéder ou les achever un commissaire-priseur judiciaire, un huissier de justice, un notaire ou un courtier en marchandises assermenté en considération de leurs attributions respectives telles qu'elles résultent des dispositions qui leur sont applicables »⁶¹⁹. Il n'existe pas de sanction en droit américain en cas d'oubli de créance dans l'inventaire. Cette formalité a pour simple objet de permettre aux organes de la procédure d'apprécier l'importance du passif et de procéder à la notification des créanciers. La seule conséquence négative pour le débiteur est que les créances non déclarées ne seront pas prises en compte par la *discharge*

⁶¹⁵ A. L. GROPPER et H. BELTZER, *Supra* note 2

⁶¹⁶ M. TANGER, *Supra* note 67, p.186

⁶¹⁷ Cependant certains tribunaux n'incluent pas dans la décharge les créances de créanciers avertis de l'ouverture d'une procédure trop tardivement pour pouvoir y participer. De même, certains tribunaux excluent de la décharge les créances qui ne se sont pas concrétisées avant l'ouverture d'une procédure (notamment dans le cas d'une créance résultant d'un dommage personnel, ou environnemental).

⁶¹⁸ Art. 56, loi 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises

⁶¹⁹ Art. L.622-6-1 c.com

dans le cadre d'une procédure de liquidation. Dans le cadre d'une procédure de réorganisation, toutes les créances incluses dans le plan, qu'elles aient fait l'objet d'une déclaration par les créanciers ou non seront éteintes. Le débiteur a donc intérêt à énumérer toutes ses dettes dans l'inventaire.

Une fois la liste des créances formulée par le débiteur et remise au greffe, les créanciers sont amenés à déclarer leur créance. Le droit français est à ce sujet beaucoup moins souple que le droit américain. Il prévoit que la déclaration des créances concerne les créances antérieures au jugement d'ouverture, de même que celles postérieures autres que « les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant cette période, sont payées à leur échéance »⁶²⁰. La déclaration doit être faite dans les deux mois à compter de la publication du jugement d'ouverture ou de la date d'échéance pour les créances postérieures. Les créanciers titulaires de sûretés publiées doivent également procéder à la déclaration à compter de la réception d'une notification personnelle. Cette déclaration peut être faite par le créancier, ou tout préposé ou mandataire de son choix. A défaut d'une déclaration dans les délais, les créanciers seront exclus du plan à moins que « le juge-commissaire ne les relève de leur forclusion s'ils établissent que leur défaillance n'est pas due à leur fait ou qu'elle est due à une omission volontaire du débiteur »⁶²¹. Dans le cas contraire, leur créance ne sera pas pour autant éteinte.⁶²² L'ordonnance de 2008 innove en ce que « les créances non déclarées régulièrement dans ces délais sont opposables au débiteur pendant l'exécution du plan et après cette exécution lorsque les engagements énoncés dans le plan ou décidés par le tribunal ont été tenus »⁶²³. En cas de bonne exécution du plan, le débiteur bénéficie ainsi d'une sorte de *discharge* inspirée du droit américain lui offrant une seconde chance. Toutes les créances déclarées ou non seront en effet considérées comme payées à la suite du plan.

Les formalités exigées par le droit américain sont moins complexes et contraignantes qu'en droit français. En droit américain, la déclaration des créances suppose la production ou le dépôt de la preuve des créances. Dans la lettre leur notifiant l'ouverture d'une procédure

⁶²⁰ Art. L.622-17 c.com.

⁶²¹ Art. L.622-25 c. com.

⁶²² Cette disposition constitue une innovation majeure pour les droits des créanciers, issue de la loi du 26 juillet 2005. Antérieurement, les créances qui n'étaient pas déclarées dans les délais ou relevées de forclusion étaient éteintes.

⁶²³ Art. L.622-26 c. com.

collective, les créanciers sont, en effet, invités à fournir des documents prouvant leur droit de créances contre l'actif, appelés *proof of claims*. De même pour les associés, actionnaires, détenteurs de parts sociales et propriétaires (*equity security holders*) doivent de leur côté produire la *proof of interests*.

Contrairement au droit français, les créances concernées par la déclaration sont limitées. Seules les créances de sommes d'argent dont le fait générateur est antérieur à l'ouverture de la procédure sont concernées par la déclaration des créances. Ainsi, seuls les créanciers qui peuvent revendiquer un *right of payment* c'est-à-dire « tout droit à paiement qu'il soit ou non constaté par un jugement, liquide ou non liquide, certain ou conditionnel, échu ou non échu, contesté ou non contesté, légal ou équitable, chirographaire ou privilégié »⁶²⁴ doivent déclarer leur créance. Les exécutions en nature sont donc exclues sauf si elles sont novées en paiement. Une illustration célèbre est la décision Chateaugay⁶²⁵, dans laquelle la Cour d'appel a décidé que toutes les fois que la loi sur l'environnement concernée laissait à l'Etat une alternative entre ordonner le nettoyage du site ou procéder lui-même au nettoyage contre remboursement des dépenses engagées, l'obligation devait être considérée comme une créance de somme d'argent.

De plus, la déclaration des créances ne concerne que les créances antérieures. Les créances postérieures qui doivent être payées à échéance n'ont pas à être déclarées, à l'exception des créances résultant de la renonciation à la poursuite d'un contrat en cours⁶²⁶, des dettes courantes nées entre le dépôt d'une assignation par les créanciers, l'ordonnance d'ouverture de la procédure⁶²⁷ prononcée par le tribunal et les créances fiscales dont l'assiette repose sur une période imposable antérieure à l'ouverture de la procédure.

Enfin dans le cadre d'une procédure du Chapitre 11, les créanciers qu'ils soient privilégiés ou chirographaires n'ont pas à déclarer leur créance dès lors qu'elle est correctement répertoriée sur la liste dressée par le débiteur. La déclaration est présumée être faite automatiquement (*deemed filed automatically*) pour toutes les créances répertoriées sur la liste fournie par le débiteur⁶²⁸. Les créanciers privilégiés ont intérêt à faire preuve de leurs

⁶²⁴ 11 U.S.C. 101(5) "The term "claim" means right to payment, whether or not such right is reduced to judgment, liquidated, unliquidated, fixed, contingent, matured, unmatured, disputed, undisputed, legal, equitable, secured, or unsecured" (traduction par l'auteur)

⁶²⁵ *Affaire Chateaugay Corp.*, 112 B.R.513 (Bankr. S.D.-Y.1990) confirmé par 944 F.2d 997 '2d Cir. 1991)

⁶²⁶ 11 U.S.C. 502(g)

⁶²⁷ 11 U.S.C. 502(f)

⁶²⁸ 11 U.S.C 1111 (a)

droits s'il conteste la déclaration faite par le débiteur. De même, si une créance chirographaire ne figure pas sur la liste, ou si son exigibilité ou liquidité est contestée, son détenteur doit la déclarer car toute créance chirographaire non traitée dans la procédure est éteinte. En cas de conversion, les créanciers qui n'avaient pas à produire sous le chapitre 11, c'est-à-dire les créanciers chirographaires, doivent le faire dans le cadre du Chapitre 7 afin de participer à la distribution des dividendes.

En cas d'oubli d'une créance, le créancier évincé doit produire sa créance. Le code préconise une présomption d'admission de toutes les créances produites qui sont dites présumées autorisées ou *deemed allowed*. Cette présomption peut être combattue par le débiteur, le *trustee* et les autres créanciers. La décision d'admission ne revêt pas l'autorité de la chose jugée. Les créances fixées et admises peuvent faire l'objet d'action en nullité ou être reconsidérées.

La grande flexibilité du régime de déclaration se retrouve également quant au respect des délais. En matière de réorganisation, le délai de production est déterminé par le tribunal. Le délai de déclaration n'est pas extensible en droit américain sauf pour le créancier à invoquer des circonstances exceptionnelles prévues par le code l'empêchant de déclarer⁶²⁹. De même, le code fédéral octroie dans le cadre d'une procédure de réorganisation aux retardataires qui ont été dûment informés d'avoir à former l'équivalent d'une demande d'un relevé de forclusion sous la forme de l'*excusable neglect*⁶³⁰ (étourderie, erreur, négligence, inadvertance) suivant l'appréciation du tribunal.

Enfin, dans le but de déjouer les calculs des créanciers espérant échapper à la procédure et ne pas subir l'extinction de leurs créances au terme de la procédure, d'autres personnes que le créancier peuvent déclarer une créance en son nom⁶³¹. C'est le cas du débiteur ou du syndic pendant le mois suivant l'expiration du délai normal de déclaration⁶³². De même le codébiteur, la caution, l'aval ou toute personne tenue de la dette au lieu et place du débiteur peuvent également déclarer la créance au nom du créancier ou en leur propre nom, si elles n'ont pas encore réglé la dette du débiteur.

Le droit américain de la faillite montre une tolérance et une souplesse importante allégeant fortement les devoirs des créanciers en cas d'ouverture d'une procédure de réorganisation

⁶²⁹ Bankruptcy Rules 3002(c)

⁶³⁰ Bankruptcy Rules 6006

⁶³¹ Bankruptcy Rule 3004

⁶³² 11 U.S.C. 501(c)

de leur débiteur. La déclaration des créances apparaît en droit américain comme une simple formalité pour s'assurer qu'il n'existe aucune contestation entre la déclaration du débiteur et les prétentions des créanciers.

Le droit français a tout intérêt à s'inspirer du procédé américain de déclaration de créances, et ce particulièrement en matière de sauvegarde où la célérité est requise au succès de la procédure. La nouvelle procédure de sauvegarde financière accélérée ne prévoit pas d'allègement de la déclaration des créances, ce qui est regrettable. En effet, il pourrait être considéré que dès lors que le débiteur a dressé un inventaire de ses dettes reflétant la réalité de la situation, le créancier ne devrait pas confirmer la situation. De même, pourquoi demander aux créanciers titulaires de sûretés, qui reçoivent notification personnelle de l'ouverture d'une procédure collective de leur débiteur, de déclarer une créance non contestée ? La solution américaine semble être une solution souhaitable en droit français. Le débiteur et ses créanciers ont tout intérêt à ce que le plan reprenne le montant correct de la créance car en cas de bonne exécution du plan, les créances déclarées et non déclarées dans les délais sont considérées éteintes. Ainsi une présomption de déclaration pourrait être adoptée en droit français.

Une procédure de déclaration des créances simplifiée implique une meilleure protection des droits des créanciers. Le droit français des entreprises en difficulté devrait sur ce point s'inspirer du droit américain. Le Chapitre 11 offre une autre protection aux créanciers qu'il serait intéressant d'étudier en vue d'une éventuelle adaptation en droit français. Il s'agit du *Best Interest Test*.

2. La protection des créanciers : le *Best Interest Test*

Dans le cadre d'une procédure du Chapitre 11, la section 1129 (a) pose treize conditions à la confirmation du plan par le tribunal⁶³³. Parmi ces conditions, une garantit que les créanciers recevront par la procédure de réorganisation au moins l'équivalent de ce qu'ils auraient reçu en cas d'ouverture d'une procédure de liquidation du Chapitre 7⁶³⁴. « Autrement dit, elle établit un « minimum » définissant le montant de recouvrement auquel chaque créancier a droit dans le cadre d'un plan de réorganisation confirmé. »⁶³⁵.

⁶³³ Voir pour une étude approfondie de ces critères: R. F. Broude, *Reorganizations under Chapter 11 of Bankruptcy Code*, ALM Properties inc. Law Journal Press, 2005, 12-19

⁶³⁴ 11 U.S.C. 1129(a)(7)

⁶³⁵ "In other words, it establishes a "floor" with respect to the level of recovery to which creditors and interest holders are entitled pursuant to any confirmed plan of reorganization.", in B. J. Houser, M. A. Levinson et J. R

Cette recherche du meilleur intérêt des créanciers prend le nom de *Best Interest of Creditors Test* ou le *Best Interest Test* en droit américain.

A l'origine, le Chapitre XI du Code de la faillite exigeait que le plan soit juste et équitable ce qui impliquait que le principe de l'*absolute priority rule* soit respecté mais également que le plan soit dans le meilleur intérêt des créanciers chirographaires. Le nouveau Chapitre 11 en définissant le meilleur intérêt des créanciers est plus strict et offre ainsi une meilleure protection aux créanciers. Le *Best Interest Test* a pour objectif de protéger les créanciers réticents à l'adoption d'un plan imposée par la majorité au sein d'une classe. Ainsi la règle s'applique à tous les créanciers membres d'une classe dite *impaired* qui n'ont pas accepté le plan.

A cette règle, il existe une exception où le *Best Interest Test* ne s'applique pas. Dans le cas d'un créancier titulaire d'une sûreté, si la garantie n'est pas suffisante pour couvrir la totalité de la créance, le créancier a la possibilité de réclamer la partie de la créance qui n'est pas garantie. Si le créancier ne revendique pas ce droit, il devra obtenir par le plan au moins la valeur de la part garantie de la créance pour que l'exigence du *Best Interest Test* soit considérée comme satisfaite⁶³⁶.

Afin de calculer le montant que le débiteur aurait touché en cas d'ouverture d'une procédure du Chapitre 7, le juge prend en compte la valeur des actifs à la date effective du plan, c'est-à-dire à la date où le plan s'applique et le prix qui serait obtenu si les actifs étaient vendus, soit par cession de l'unité de production, soit en détail. Cette valeur prend en compte le numéraire, les biens personnels ou réels et tout autre droit que le débiteur reçoit. La valeur issue de la liquidation est notamment prouvée par l'évaluation d'experts ou de comptables.

En droit français, le contrôle de la protection des créanciers par le tribunal est plus flou. En effet, cette protection est prévue par l'article L.626-31 du code de commerce qui dispose que le tribunal ne peut arrêter le plan qu'après s'être assuré « que les intérêts de tous les créanciers sont suffisamment protégés ». Il s'agit d'un souci de l'équité « au sens où les sacrifices demandés aux créanciers et acceptés par la majorité d'entre eux ne doivent pas traduire la brutalité d'une majorité qui impose sa loi à des minoritaires qui subissent des

Truitt, "Liquidation value and the Best Interest of Creditors Test Bankruptcy Code §1129(a)(7)", Conference on Bankruptcy Valuation, 4-5 mars 2004, on <http://www.utcle.org/eLibrary>

⁶³⁶ "Reorganization Plan: Best Interest of Creditors" on <http://bankruptcy.lawyers.com/commercial-bankruptcy/Reorganization-Plan-Best-Interest-of-Creditors.html>

atteintes à leurs droits pour la simple raison qu'ils sont minoritaires. »⁶³⁷. Les différences de traitement des créanciers imposées par le plan doivent être justifiées par les différences de situation existant entre eux⁶³⁸.

L'approche américaine est concevable en droit français pour offrir aux créanciers une certaine assurance de paiement. Certains auteurs considèrent que la notion de *Best Interest Test* a déjà été adoptée en droit français en matière de fiducie-sûreté. En effet, s'agissant des « créanciers bénéficiaires d'une fiducie constituée à titre de garantie par le débiteur, sont seules prises en compte, lorsqu'elles existent, celles de leurs créances non assorties d'une telle sûreté »⁶³⁹. Dès lors, ces créanciers ne votent qu'à concurrence des montants de leurs créances non assorties d'une telle sûreté. Ils sont assurés de recouvrer au moins le montant de leur créancier placé sous fiducie⁶⁴⁰.

Le droit français pourrait aller plus loin et offrir cette protection à tous les créanciers membres des comités qui ont voté contre l'acceptation du plan afin d'éviter aux créanciers dont la créance est altérée par le plan une soumission aux créanciers majoritaires. De plus, ce test correspond à une réalité et peut facilement être mis en place. En effet, l'article L.626-31 du code de commerce est flou et il est difficile de déterminer ce que signifie « suffisamment protégés ». L'intérêt d'une telle règle, ou test, est qu'elle est concrète et qu'elle limiterait des doutes et donc une insécurité juridique en la matière.

La simplification de la déclaration des créances, ainsi qu'une protection des créanciers minoritaires au sein d'un comité sont des concepts du droit américain qui pourraient être adoptés en droit français afin d'assurer une protection des créanciers et l'efficacité de la procédure. D'autres concepts du droit américain protégeant particulièrement les créanciers chirographaires, considérés comme les principales victimes des procédures de faillite, sont également des sources d'inspiration.

B. Protéger les créanciers chirographaires

Parmi les procédés existant en droit américain de la faillite permettant une protection adéquate des intérêts des créanciers chirographaires, deux attirent notre attention. Il s'agit tout d'abord de la création d'une masse de la faillite regroupant les actifs de la masse (1),

⁶³⁷ F.-X. LUCAS, *Supra* note 437, p.41

⁶³⁸ Art. L.626-30-2, al.2 c. com.

⁶³⁹ Art. L.626-30, al.4 c. com.

⁶⁴⁰ R. Dammann et G. Podeur, « Les sûretés-propriété face au plan de sauvegarde », *D.* 2008, p.928

et de l'existence d'un comité composé de créanciers chirographaires dont la fonction est de surveiller la gestion de l'entreprise par le débiteur dans l'intérêt collectif des créanciers chirographaires (2).

1. Création d'une masse de la faillite

L'ouverture d'une procédure de faillite aux Etats-Unis entraîne la création automatique de la masse des actifs de la faillite ou le *Bankruptcy estate*. A l'origine, l'objectif de la masse était d'assurer la préservation des biens du débiteur sur l'ensemble de la fédération. La variété des législations étatiques avait pour effet pervers de permettre au débiteur de soustraire certains de ses biens de la faillite en traversant la frontière d'un état. Désormais, elle a vocation à geler les biens et droits du débiteur mis en œuvre dans le règlement de la procédure⁶⁴¹, et placés pour cela entre les mains du tribunal afin d'être gérés par un *trustee* conformément aux lois de la faillite, et dans l'intérêt des créanciers chirographaires. Mais en matière de réorganisation, le débiteur n'est plus dessaisi de ses biens. Il doit cependant agir dans un intérêt autre que celui personnel. Sa gestion doit être respectueuse de l'intérêt collectif. Les biens sont affectés au règlement de la procédure, le débiteur ne peut plus en jouir librement et pour son propre compte. Ils constituent le gage commun des créanciers. Le droit américain confie ainsi deux rôles à la masse de la faillite : dessaisir le débiteur et réaliser la « socialisation des avoirs du créancier »⁶⁴². Elle entraîne donc une restriction des prérogatives du débiteur sur ses biens.

Une telle conception existait sous la loi du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens. L'ouverture d'une faillite avait pour effet de regrouper les créanciers, à l'exception de ceux qui étaient titulaires de privilèges et de sûretés, sous l'entité de masse des créanciers. Cette masse exerçait une sorte de mainmise sur le patrimoine du débiteur, lequel était désormais géré par le syndic dans l'intérêt collectif et égalitaire des créanciers de la masse. Contrairement au droit américain, la masse de la faillite ne représentait pas la collectivité des créanciers mais l'ensemble patrimonial soumis à leurs droits. En matière de règlement judiciaire, le débiteur pouvait être maintenu à la tête de son entreprise mais se

⁶⁴¹ La section 541(a)(1) du Code de la faillite dispose que la masse est constituée de « tous les droits légaux et de fait dont le débiteur a la propriété au commencement de la procédure », « all legal and equitable interests of the debtor in property as the commencement of the case », traduction par l'auteur ; La masse ne concerne que « les biens existants au jour de la constitution de la masse et à ceux qui y sont introduits par une cause d'évolution interne de la masse », Van Gysel, *Les masses de liquidation en droit privé : Faillites – successions – communautés- sociétés*, Collection de la Faculté de Droit de l'Université de Bruxelles 1994, p.334

⁶⁴² M. TANGER, *Supra* note 67, p.107

trouvait soumis à un contrôle judiciaire, placé sous la tutelle du syndic. Il perdait ainsi la libre administration et la libre disposition de ses biens⁶⁴³. La masse avait la personnalité morale et disposait de certaines prérogatives comme l'exercice dans l'intérêt collectif des droits appartenant aux créanciers paralysés par l'arrêt des poursuites. Elle se voyait dotée de droits propres pour mener les actions visant à accroître l'actif commun. Elle jouissait également d'une hypothèque légale sur tous les biens présents du débiteur et futurs garantissant le paiement de ceux des créanciers dont elle prenait la charge, à savoir les créanciers de la masse.

La masse des créanciers fut abolie par la loi du 25 janvier 1985 en raison de la complexité du concept et de la volonté du législateur de séparer l'homme de l'entreprise. « Le chef d'entreprise n'est plus, par principe dessaisi et représenté par le syndic »⁶⁴⁴. L'activité ne se poursuit plus pour le compte des créanciers mais dans l'intérêt de l'entreprise. La suppression de ce concept marque un changement des préoccupations du législateur. Le désintéressement des créanciers n'était plus la priorité de la loi de 1985⁶⁴⁵. Aujourd'hui, le corollaire à la création de la masse est l'« arrêt des poursuites des créanciers, règle qui est destinée à soustraire les biens affectés dans la masse aux actions individuelles des créanciers afin de favoriser la réalisation des objectifs collectifs et d'intérêt général de la faillite »⁶⁴⁶. L'article L.622-21 du Code de commerce prévoit que « le jugement d'ouverture interrompt ou interdit toute action en justice de la part de tous les créanciers ».

Si aucun fondement n'a justifié le maintien d'une masse regroupant les créanciers en droit français, la masse de faillite du droit américain démontre une efficacité certaine. Comme nous l'avons mentionné précédemment, la masse de la faillite est constituée de l'ensemble du patrimoine soumis à la faillite du débiteur, dans le but de protéger l'intérêt collectif des créanciers chirographaires du débiteur, ayant un droit de gage général sur le patrimoine de ce dernier. « Le législateur considère que la faillite ne doit pas cristalliser les divergences mais les faire converger dans l'intérêt général »⁶⁴⁷. Les différents intérêts sont les intérêts des créanciers, la réorganisation de l'entreprise, la préservation de l'équilibre de son environnement économique, social et géographique. Les créanciers chirographaires sont

⁶⁴³ M. DE JUGLART ET B. IPPOLITO, *Droit commercial – Règlement judiciaire et liquidation des biens-Faillite personnelle – Suspension provisoire des poursuites*, Montchrestien, 2^e éd., 1977

⁶⁴⁴ Motifs de la loi de 1985, p.5

⁶⁴⁵ Anc. Art. L.620-1 al.1^{er} C. com.: «Il est institué une procédure de redressement judiciaire destinée à permettre la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et de l'emploi...»

⁶⁴⁶ M. TANGER, *Supra* note 67, p.103

⁶⁴⁷ *Ibid*, p.112

protégés contre la dissipation de l'assiette de leur gage par le débiteur et contre les effets de poursuites qui seraient exercés par les autres créanciers.

Plusieurs théories ont été avancées pour défendre la notion de la masse, dont la théorie de la *new person*, ou nouvelle personne, et la théorie de la *property view*, ou de la propriété. La théorie de la *new person* consiste à qualifier la masse de « *new person* »⁶⁴⁸. Les actifs du débiteur seraient transmis à une nouvelle personne juridique à l'ouverture de la procédure. La formation de la masse provoque une sorte d'affectation des biens à un but déterminé : la valorisation des actifs dans l'intérêt des créanciers, par la réorganisation de l'activité ou par une liquidation collective, sous la supervision du débiteur ou du *trustee*. Il s'agit donc d'« un patrimoine doté d'une certaine autonomie, dont l'autonomie patrimoniale active, puisqu'elle détient des actions propres, actions en inopposabilité ou en nullité, comme à l'époque la masse des créanciers en France »⁶⁴⁹. Cette théorie, comme celle retenue en France, est considérée trop complexe et ne remporte donc pas l'unanimité.

Une autre théorie avancée est celle de la *property view*⁶⁵⁰. Le nouveau patrimoine créé n'aurait qu'une fonction pratique : assurer l'identification des biens mis sous le contrôle de la justice et dévolus au règlement de la procédure et du passif. La société en faillite en conserve donc la jouissance pour sa réorganisation, moyennant toutefois une réglementation de ses droits et pouvoirs, la surveillance des créanciers ainsi que celle des organes judiciaires et administratifs. Dans l'hypothèse où le débiteur est une personne physique, il se retrouve ainsi à la tête de deux masses : un patrimoine affecté et un patrimoine indisponible. Le droit fédéral créerait donc au moment de la faillite un patrimoine d'affectation de l'entreprise individuelle, tant souhaitée par une partie de la doctrine française⁶⁵¹.

L'année 2010 marque un tournant dans la conception du patrimoine concerné par une procédure collective ouverte à l'encontre d'un entrepreneur individuel. Jusque là, le principe d'unicité du patrimoine prévalait. Les créanciers avaient un gage sur les biens professionnels et personnels du débiteur comprenant les biens que ce dernier possède en

⁶⁴⁸ Expression issue de la décision *Patton v. John Deere Co.*, 87 B.R 300 , (Bankr. D. Del. 1998)

⁶⁴⁹ M. TANGER, *Supra* note 67, p.115

⁶⁵⁰ S. McJohn, « Person or property: on the legal nature of the bankruptcy estate », *Bankruptcy Development journal*, vol.10, 1994, p. 465 et s.

⁶⁵¹ Idée d'un patrimoine d'affectation défendue par Claude Champaud en 1978 - présentation de son rapport *R.T.D. com.* 1979, 579

commun avec son conjoint ou en indivision. Suivant une logique doctrinale⁶⁵², la jurisprudence consacre en 2010 l'effet réel de la procédure collective lorsque le débiteur est une personne physique. En effet, par un arrêt du 16 mars 2010, la chambre commerciale de la Cour de cassation⁶⁵³ consacre l'effet réel de la procédure collective en décidant qu'un bien dépendant de la liquidation judiciaire d'un débiteur fait partie de manière exclusive de cette procédure et ne peut donc être appréhendé par le liquidateur nommé ultérieurement dans la procédure ouverte contre son conjoint. « Il en résulte que le juge-commissaire, qui autorise la vente d'un immeuble commun à deux époux, alors que, par l'effet réel de la liquidation judiciaire précédemment ouverte contre l'un des époux, l'immeuble était déjà inclus dans cette liquidation, excède ses pouvoirs. »⁶⁵⁴. La Cour de cassation réitère cette solution le 16 novembre 2010 en jugeant que « les salaires d'un époux marié sous un régime de communauté sont des biens communs frappés par la saisie collective au profit des créanciers de l'époux mis en procédure collective qui ne peuvent être saisis, pendant la durée de celle-ci, au profit d'un créancier de l'époux, maître de ses biens ». Cette jurisprudence rappelle fortement la notion d'*estate* existant en droit américain en permettant au jugement d'ouverture d'une procédure collective de confier à celle-ci un effet réel immédiat.

L'effet réel de la procédure collective ouverte à l'encontre d'une personne physique fait l'objet d'une consécration législative par la loi 2010-658 du 15 juin 2010 créant le statut de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL) alignant la situation de l'entrepreneur individuel sur celle des associés dans les sociétés à responsabilité limitée⁶⁵⁵. Cette loi qualifiée de « bombe juridique »⁶⁵⁶ prévoit la séparation du patrimoine de l'entrepreneur entre son patrimoine personnel et son patrimoine professionnel. Les biens affectés à l'activité professionnelle constituent les seuls gages des créanciers professionnels. Les biens compris dans un patrimoine d'affectation ne peuvent concerner plusieurs activités du débiteur. Ainsi autant de procédures collectives peuvent être ouvertes à l'encontre de l'EIRL qu'il possède de patrimoines d'affectation relatifs à des activités

⁶⁵² M. Sénéchal, Effet réel de la procédure collective, essai sur la saisie collective du gage commun des créanciers, éd. Litec, bibl. dt. Entr., 2002

⁶⁵³ Cass. com. 16 mars 2010 n°08-13 147, A. Lienhard, *D. Actualité*, 24 mars 2010

⁶⁵⁴ F.-X. Lucas et P.-M. Le Corre, « Droit des entreprises en difficulté, Septembre 2009 - avril 2010 », *D.* 2010, p.1820

⁶⁵⁵ B. Saintourens, « L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée. Commentaire de la loi n°2010-658 du 15 juin 2010 », *Rev. Soc.* 2010, p.351

⁶⁵⁶ E. Dubuisson, « Projet de loi relatif à l'EIRL, comprendre la technique et les enjeux », *JCP N* 2010. 1115

distinctes. L'objectif de la loi est de « favoriser l'initiative individuel et l'esprit d'entreprise tout en protégeant l'entreprise et sa famille contre les risques liés à l'exercice d'une activité professionnelle »⁶⁵⁷. La création de cette nouvelle entité a nécessité l'insertion dans le code de commerce d'un nouveau Titre VIII au Livre VI intitulé : « Dispositions particulières à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée »⁶⁵⁸. Celle-ci notamment crée une action en réunion des patrimoines pour confusion des patrimoines ou en cas de fraude ; frappe de nullité les affectations et les modifications d'affectations de biens réalisées au cours de la période suspecte dans le seul but de les soustraire à l'actif ; permet, en cas de fraude, la reprise des poursuites individuelles sur le patrimoine affecté après clôture de la procédure pour insuffisance d'actifs et crée un mécanisme de coordination des procédures collectives et du traitement de surendettement des particuliers⁶⁵⁹. Les principales conséquences sont la nécessité de renoncer au caractère personnel de la procédure collective pour adopter un caractère patrimonial et de limiter l'état de cessation des paiements aux éléments incorporés dans le patrimoine affecté à l'activité.

Le droit français adopte ainsi tout comme le droit américain une conception patrimoniale de la faillite en instaurant (ou réinstaurant) une masse de la faillite par le biais d'un patrimoine d'affectation, constituée de l'ensemble des biens et des droits du débiteur affectés à l'activité professionnelle de ce dernier et non de l'ensemble de ses créanciers. L'étude de la notion de masse de la faillite telle qu'existant en droit américain est très enrichissante pour le droit français. En effet, elle démontre un intérêt pour les créanciers chirographaires, les biens du débiteur étant protégés. Ces créanciers, contrairement aux créanciers titulaires de sûretés, ne détiennent aucun droit sur les biens du débiteur et sont de la sorte fragilisés lors de la réalisation de l'actif. Le droit français peut cependant aller plus loin et confier la masse à un tiers tel le *trustee* en droit américain. Elle serait entre les mains du débiteur dans le cadre d'une procédure de réorganisation, ou d'un administrateur en cas de dessaisissement du débiteur. Le détenteur de la masse aurait pour mission de fructifier son contenu dans l'intérêt des créanciers. Le débiteur ou le syndic pourrait, tout comme le *debtor in possession* ou le *trustee* américains vendre ou acheter des biens si

⁶⁵⁷ A.-M. Leroyer, « Entrepreneur individuel à responsabilité limitée. Loi n° 2010-658 du 15 juin 2010. JO 16 juin 2010, p. 10984 », *RTD civ.* 2010, p.632

⁶⁵⁸ Ord. 2010-1512 du 9 décembre 2010, voir A. Lienhard, « EIRL : adaptation du droit des procédures collectives », *D. Actualité*, 13 décembre 2010

⁶⁵⁹ V. Legrand, « L'EIRL pourra-t-il prétendre à une procédure de surendettement ? », *D.* 2010, 2385

l'opération entre dans la continuité normale de l'activité de l'entreprise. Pour les autres opérations, une permission du tribunal serait requise. Le contrôle de ces opérations est effectué en droit américain par le comité des créanciers ou le *creditors' committee*. L'adaptation en droit français d'un tel comité, qui contrôlerait les opérations effectuées par le débiteur, mérite ainsi une étude particulière.

2. Le *creditors' committee*

Tel que nous l'avons étudié précédemment le comité des créanciers, ou *creditors' committee*, en droit américain s'apparente fortement aux contrôleurs du droit français⁶⁶⁰. Leur rôle est similaire : protéger l'intérêt collectif des créanciers⁶⁶¹. Dans le cadre d'une procédure de faillite américaine, le *creditors's committee* agit sous la houlette de l'*US Trustee*. Celui-ci est un agent gouvernemental nommé par le Procureur Général au sein de chaque district judiciaire fédéral, ou groupe de districts. Il représente, d'une part, les intérêts du gouvernement à l'image du Ministère Public français, et, d'autre part, il s'assure que la protection des intérêts des créanciers ou de toute autre partie intéressée soit effective. Parmi les créanciers, l'*US Trustee* assure tout particulièrement la protection des intérêts des créanciers les plus affectés par l'ouverture d'une procédure de faillite : les créanciers chirographaires. Ces derniers ressortent généralement sans un denier d'une procédure de liquidation et sont les derniers satisfaits à la suite d'une procédure de réorganisation. Le Code de la faillite prévoit ainsi la désignation obligatoire, par l'*US Trustee*, d'un comité de créanciers, constitué de créanciers chirographaires, agissant dans l'intérêt de ces derniers : le *creditors' committee*⁶⁶². L'*US Trustee* est libre de désigner autant de comités de créanciers additionnels qu'il le souhaite⁶⁶³. Ces comités défendront les intérêts collectifs de la catégorie de créanciers qu'ils représentent⁶⁶⁴. Mais compte tenu du coût et de la lenteur occasionnés par l'existence de multiples comités, cette possibilité est rarement mise en œuvre. De plus, dans le cadre d'une faillite ouverte à l'encontre d'une

⁶⁶⁰ Tel qu'étudié précédemment

⁶⁶¹ Sénat , « La sauvegarde des entreprises en difficulté », Étude de législation comparée n° 135, juin 2004 www.senat.fr

⁶⁶² 11 U.S.C. §1102(a)(1); Entité existante depuis 1898, le *creditors' committee* fait l'objet d'un écrit en 1933(*Act of March 3, 1933*, ch.204 §74 (h)). Ce n'est qu'en 1938, avec l'adoption du *Chandler Act*, qu'il devient une institution de la faillite.

⁶⁶³ 11 U.S.C. 1102(a)(2)

⁶⁶⁴ Par exemple, un comité de créanciers composés d'actionnaires agit dans l'intérêt des actionnaires de l'entreprise.

petite entreprise⁶⁶⁵, toute partie intéressée peut demander au tribunal qu'aucun *creditors'committee* ne soit désigné.

Le *creditors'committee* est ordinairement constitué, au minimum, des sept créanciers détenant les plus grosses créances chirographaires. Mais l'*US Trustee* désigne généralement plus que sept personnes pour assurer le rôle de défense de l'intérêt des créanciers chirographaires. Cette mission est exercée sur la base du volontariat. Si aucun créancier désigné ne souhaite faire parti du comité, aucun comité ne sera formé. Dans cette hypothèse, l'*US Trustee* jouera un rôle plus actif dans la défense des intérêts des créanciers chirographaires.

Le rôle de ces comités est très large. Ils consultent la personne en charge de la gestion de l'entreprise, le *debtor in possession* ou le *trustee*, sur les différentes opérations effectuées. Ils peuvent demander la nomination d'un *trustee* s'ils ont des doutes sur les compétences ou l'honnêteté du débiteur. Ils veillent, de manière générale, à la bonne gestion de l'entreprise. Ils participent également à l'élaboration du plan. De plus, les *creditors'committees* peuvent intenter une action en leur nom dans l'intérêt collectif des créanciers qu'ils représentent. Ils exercent de la sorte une fonction disciplinaire, de coordination et de conseil auprès de leurs représentés.

Cette entité présente en droit américain est proche du concept de contrôleurs en droit français, à la différence que ces derniers agissent dans l'intérêt collectif de l'ensemble des créanciers dans la seule hypothèse où le mandataire judiciaire ne le fait pas. Le *creditors'committee* offre aux créanciers chirographaires une plus grande protection de leurs intérêts et une participation dans le sauvetage de l'entreprise. Pourquoi ne pas offrir aux créanciers chirographaires soumis au droit français les mêmes prérogatives ? Il est vrai que cela s'apparenterait à un retour à une masse des créanciers, telle qu'existante sous l'empire de la loi de 1967, mais représentant uniquement les créanciers chirographaires. Cette entité aurait la personnalité morale et la possibilité d'ester en justice dans l'intérêt des créanciers chirographaires. Elle devrait exister dans le cadre d'une procédure de réorganisation ou de liquidation. Tout comme en droit américain, il pourrait être envisagé qu'elle ne soit pas obligatoire dans le cadre d'une procédure de sauvegarde financière accélérée dans un but d'effectivité et de célérité de la procédure. Au sein des comités de

⁶⁶⁵ La section 101(51D) du Code de la faillite définit un « *small business* » comme la société dont la somme des dettes conclues dans le cadre d'une activité commerciale, autres que les dettes liées à un droit de propriété, n'excède pas deux millions de dollars

créanciers français, les créanciers chirographaires seraient ainsi protégés contre le poids des créanciers titulaires de sûretés et des délais ou remises pourraient leur être imposés que si cela respecte l'intérêt général de tous les créanciers chirographaires.

Dans l'état actuel du droit français des entreprises en difficulté, il ne s'avère pas nécessaire de constituer une telle représentation pour les créanciers chirographaires non membres des comités de créanciers, ces derniers étant consultés individuellement. Cependant, en cas d'adoption future d'une classification américaine des créanciers reposant sur la nature des créances au lieu de la nature des créanciers, l'« importation » d'une telle notion serait recommandée. Les créanciers chirographaires étant les derniers de la liste des créanciers à recouvrer leur créance, ils méritent une protection particulière. D'un point de vue économique, l'absence de prise en compte des intérêts des créanciers chirographaires remettrait en cause le recours au crédit. Tous les prêteurs exigeraient des garanties de plus en plus importantes et donc coûteuses dans l'hypothèse de l'ouverture d'une procédure collective, tel qu'existant aujourd'hui aux Etats-Unis.

TITRE 2 LES LIMITES DE L'INFLUENCE DU DROIT AMERICAIN DE LA FAILLITE

Malgré les vertus confiées au droit américain, l'influence du droit américain de la faillite sur le droit français des entreprises en difficultés doit connaître des bémols. En effet, l'efficacité du droit américain de la faillite a fait l'objet d'une remise en cause ces dernières années. Il est intéressant de considérer que l'influence du droit américain présente des limites. Elles sont de plusieurs ordres. Tout d'abord, cette influence connaît des limites culturelles. En effet, malgré la volonté du législateur, le monde économique français devra opérer une « révolution copernicienne »⁶⁶⁶ pour que le recours à une procédure collective pour assurer la pérennité de l'entreprise ne soit pas perçu comme un échec personnel. Une formation des entrepreneurs pour anticiper les difficultés de leur entreprise semble nécessaire pour apprendre à utiliser les nouveaux outils offerts par la loi de sauvegarde. Un changement des mentalités est nécessaire au succès de la réforme. La même situation existe en Allemagne qui a adopté le 1^{er} janvier 1999 une procédure de restructuration calquée sur le Chapitre 11. Les milieux d'affaires allemands attendaient beaucoup de cette réforme mais les résultats sont mitigés, les mentalités ont peu évolué. Les dirigeants continuent à déposer le bilan que tardivement et les banques hésitent à apporter de nouveaux financements aux entreprises en difficulté. La réforme française ne saurait être un succès que si elle est accompagnée d'une modification du comportement de tous les acteurs concernés.

D'autres limites à l'influence du droit américain de la faillite existent. Il s'agit notamment des défaillances du droit américain de la faillite qui permettront au législateur français de ne pas commettre les mêmes erreurs et du caractère international du droit de la faillite. En effet, le droit de la faillite connaît une expansion internationale, l'implication d'éléments soumis à différents droits nationaux devenant la norme. Cette internationalisation fera l'objet d'une étude particulière dans le second chapitre de ce titre (Chapitre 2). Le premier chapitre concernera les limites de l'influence telles qu'issues des défaillances du système américain de la faillite (Chapitre 1).

⁶⁶⁶ Rapport d'information déposé par le député Pascal Clément le 11 février 2005, Rapport A.N. n°2094

CHAPITRE 1

LIMITES ISSUES DES DEFAILLANCES DU SYSTEME AMERICAIN DE LA FAILLITE

Bien que le droit américain de la faillite ait été perçu pendant des années comme un modèle de réussite des procédures de restructuration, il est sujet, ces dernières années, à de nombreuses critiques et ce notamment à la suite de la crise dite de *subprimes*⁶⁶⁷. En avril 2005, le droit américain de la faillite a fait l'objet d'une refonte, qui affecte principalement la faillite des consommateurs mais qui a des répercussions également sur la pratique du Chapitre 11. Le nouveau texte, le *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act (BAPCPA)*, tente de corriger les lacunes de l'ancien code, notamment pour limiter les multiples abus dont il faisait l'objet. Reprendre le droit américain à la lettre n'est donc pas la solution pour le droit français. Afin de prendre le meilleur parti de ce droit riche, il est intéressant d'étudier ses lacunes en tant que limites à son adaptation en droit français. Il s'avère ainsi intéressant de se pencher sur les diverses critiques faites à ce système au cours de ces dernières années, (I) qui ont poussé le droit américain à adopté une conception plus européenne de la faillite (II).

I. LE CHAPITRE 11, SUJET A DE NOMBREUSES CRITIQUES

Le droit américain de la faillite offre la possibilité à un grand nombre de débiteurs, en situation financière difficile ou non⁶⁶⁸, de demander l'ouverture d'une procédure de faillite. De nombreux débiteurs, attirés ou incités par les multiples avantages qu'offrent ces procédures, décident de manière plus ou moins abusive, voire stratégique, de se placer sous la protection du Chapitre 11 et bénéficier ainsi de l'*automatic stay*. La faillite fait partie de la vie d'une entreprise et il devient préférable pour un débiteur de se mettre en faillite

⁶⁶⁷ R. Dammann, G. Podeur, « La crise des subprimes et la responsabilité bancaire », D.2008, p.427 ; pour les conséquences en droit français voir D. Legeais, « Droit au crédit. Portée des engagements souscrits par les banques pour remédier à la crise du crédit. De l'existence d'un droit au crédit », *RTD com.* 2009, p.186

⁶⁶⁸ Quelques exemples célèbres de faillites opportunistes sont celle de l'acteur Burt Reynolds qui, avec \$10 millions de dettes, a bénéficié de la *discharge* tout en conservant sa maison de \$2millions, celle de l'actrice Kim Basinger, du footballeur Derek Sanderson et du boxeur Mike Tyson, M. J. White, « Abuse or protection? Consumer Bankruptcy Reform under 'BAPCPA' », *Revue de l'Institut d'Économie Publique*, 2006, n°18 -19 – 2006/1-2

plutôt que devoir gérer certaines difficultés de son entreprise.⁶⁶⁹ Ainsi dans le secteur aérien, chaque fois que la situation économique se dégrade, des compagnies aériennes se déclarent en faillite. Certains facteurs sociologiques accentuent cette dérive. Il s'agit notamment de la baisse des coûts d'ouverture et d'accès à la procédure⁶⁷⁰. Les débiteurs sont mieux informés des procédures disponibles grâce à la publicité faite par les avocats et l'« effet de contagion ». Les frais des avocats, du fait de l'effet massif et répétitif des demandes, sont ainsi réduits. Ceci ajouté à la tendance à souscrire des crédits non garantis, principalement sous la forme de cartes de crédits bancaires, qui restent impayés en cas de faillite et « le déclin de la stigmatisation de la faillite »⁶⁷¹, c'est-à-dire la dépersonnalisation de la relation entre les prêteurs et les clients, dédramatise le droit de la faillite retirant à cette dernière le caractère culpabilisant ou honteux existant il y a vingt ans.

La conséquence est un nombre important de sociétés qui se placent sous la protection du Chapitre 11⁶⁷². Or « apurer le passif et préserver l'entreprise peut avoir pour conséquence le maintien en vie, dans un secteur donné, d'un trop grand nombre d'acteurs »⁶⁷³. Face aux multiples abus existant depuis plusieurs années certains auteurs⁶⁷⁴ se demandent si l'abrogation pure et simple du Chapitre 11 ne serait pas une solution envisageable

Ces multiples abus, facteurs de la nouvelle réforme, sont accentués par un déséquilibre certain entre le débiteur et les créanciers faisant pencher la balance en faveur du débiteur (A), ce qui entraîne des chances du succès de la procédure de réorganisation du Chapitre 11 faibles (B).

⁶⁶⁹ Commission européenne, « Conférence sur l'insolvabilité et le fresh start », Bruxelles, 28 mars 2006 [sur http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/files/sme2chance/conference/highlights_en.pdf](http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/files/sme2chance/conference/highlights_en.pdf)

⁶⁷⁰ T. Zywicki, : “Why so Many Bankruptcies and What To Do About It : An Economic Analysis of Consumer Bankruptcy Law and Bankruptcy Reform” – Working Paper No. 03-46 – George Mason University School of Law

⁶⁷¹ J. Mistral et C. Alix, “Les Etats-Unis cherchent le moyen de réformer le droit de la faillite pour mettre fin à une utilisation abusive du système par les débiteur qui y trouvent un moyen d'éteindre leurs dettes », communiqué de l'ambassade de France aux Etats-Unis, AF 03.131-CA, du 10 nov.2003

⁶⁷² Entre 1980 et 2003, le nombre de procédure de faillite ouverte devant les tribunaux fédéraux a été multiplié par cinq pour atteindre un chiffre de 1.650.279 pour la période du 30 juin 2002 au 30 juin 2003, représentant une hausse de 9.6% par rapport à l'année précédente , J. Mistral et C. Alix, “Les Etats-Unis cherchent le moyen de réformer le droit de la faillite pour mettre fin à une utilisation abusive du système par les débiteur qui y trouvent un moyen d'éteindre leurs dettes », communiqué de l'agence financière de l'ambassade de France aux Etats-Unis, AF 03.131-CA, du 10 nov.2003

⁶⁷³ J. HAZARD, *Supra* note 63, p.15

⁶⁷⁴ T. C. G. Fischer, J. Matel, “Should we abolish Chapter 11? Evidence from Canada”, recherché 96s-22 pour le Centre Interuniversitaire de Recherche en ANalyse des Organisations (CIRANO), Montréal, août 1996. Le CIRANO est une corporation privée à but non lucratif constituée en vertu de la Loi des compagnies du Québec.; T. Jackson, « The logic and limits of Bankruptcy »; D. Baird, « The uneasy case for corporate reorganization »

A. Déséquilibre entre le débiteur et les créanciers

La procédure prévue par le Chapitre 11 du Titre 11 du Code de la faillite telle qu'antérieure à la réforme de 2005 était une procédure clairement « pro-débiteur ». Ce dernier se voyait octroyer de multiples avantages, dont des exclusivités (1), favorisés par les tribunaux plaçant l'intérêt des créanciers en second plan (2).

1. Des prérogatives du débiteur trop importantes

Les prérogatives dont bénéficie le débiteur⁶⁷⁵ et qui font l'objet de critiques sont l'exclusivité octroyée au débiteur pour ouvrir une procédure de Chapitre 11 et celle lui permettant d'être le seul à élaborer le plan de réorganisation.

- **Exclusivité quant à l'ouverture de la procédure**

La section 301 du Titre 11 du code fédéral des Etats-Unis permet l'ouverture volontaire d'une procédure de faillite, c'est-à-dire une faillite à l'initiative du débiteur, dans des conditions très souples, voire trop souples (a). Au contraire, l'ouverture d'une procédure du Chapitre 11 par les créanciers, dite procédure involontaire, s'avère être très rare car limitée dans sa faisabilité. Les conditions d'ouverture de cette dernière sont en effet très strictes(b).

a. Conditions d'ouverture d'une faillite volontaire trop souples

Comme nous l'avons mentionné dans notre première partie, les conditions d'ouverture de la procédure du Chapitre 11 sont très souples, ayant pour avantage d'encourager les débiteurs à ouvrir une telle procédure dès l'apparition de difficultés financières. Cette souplesse présente de nombreux avantages en théorie mais en pratique elle favorise les abus. Ces abus se constatent sur le plan national, de même que sur le plan international où des débiteurs étrangers demandent l'ouverture d'une procédure du Chapitre 11 aux Etats-Unis pour bénéficier des multiples avantages de cette dernière.

Ainsi il n'existe aucune condition d'insolvabilité pour demander l'ouverture d'une procédure de faillite. Cependant d'un point de vue constitutionnel, les juges considèrent les termes de faillite et d'insolvabilité similaires. « Malgré les tentatives de distinguer faillite et insolvabilité, il est acquis depuis longtemps, qu'au sens [des dispositions de la faillite],

⁶⁷⁵ Dans ce chapitre, le terme débiteur fait référence au *debtor in possession* en cas d'absence de nomination d'un trustee par le tribunal

les termes sont convertibles »⁶⁷⁶. Ainsi, l'ouverture d'une procédure de faillite devrait être limitée au débiteur en situation d'insolvabilité, bien que les limites de cette notion soient floues. Certes, l'ouverture d'une telle procédure doit être possible avant qu'il ne soit trop tard, mais non dans les situations où le débiteur est solvable et a les liquidités nécessaires pour payer ses dettes à leur échéance⁶⁷⁷. Ce point de vue n'est que théorique puisque dans la pratique le caractère insolvable du débiteur n'est pas recherché. Seule sa nature de débiteur l'autorise à ouvrir une procédure de faillite⁶⁷⁸. La question s'est ainsi posée de savoir si le code de la faillite s'appliquant à un débiteur solvable ayant suffisamment de liquidités est inconstitutionnel. L'ouverture des procédures de faillite dépendant de tribunaux, ces derniers sont libres d'interpréter les conditions d'ouverture d'une procédure. Le code de la faillite ne mentionne pas l'exigence d'une insolvabilité du débiteur, que cette dernière soit définie dans des termes comptables, c'est-à-dire que le passif exigible soit supérieur à l'actif disponible ou qu'elle soit définie comme une cessation des paiements, situation dans laquelle le débiteur ne paie pas ses créanciers à échéance ou n'est pas capable de les payer⁶⁷⁹. Il a ainsi été décidé par certains tribunaux que « les dispositions relatives à la faillite n'exige ni le test comptable, ni une illiquidité pour saisir un tribunal fédéral de la faillite »^{680 681}.

De plus, contrairement au droit français des entreprises en difficulté, il n'existe pas dans le droit américain de la faillite d'obligation pour le débiteur de demander l'ouverture d'une procédure de faillite à un moment particulier. Les entreprises continuent ainsi le cours normal de leurs affaires alors qu'elles sont en situation d'insolvabilité. Les dirigeants sont, certes, tenus d'une obligation fiduciaire d'agir dans l'intérêt des actionnaires et, en cas de situation d'insolvabilité ou de difficultés financières, des créanciers. Ainsi, en théorie, ils seraient dans l'obligation de commencer une procédure de faillite dès l'apparition des premières difficultés financières. Mais il est difficile pour un tribunal de déterminer mieux

⁶⁷⁶ “While attempts have been made to formulate a distinction between bankruptcy and insolvency, it has long been settled that, within the meaning of the [Bankruptcy Clause], the terms are convertible”, *Chicago Rock Island*, 294 U.S. 667-668. Traduction par l'auteur.

⁶⁷⁷ Selon l'association *The Coalition for Responsible Bankruptcy Laws*, entre 10% et 20% des débiteurs mis en faillite en 2002 ont utilisé le système de manière frauduleuse ou abusive pour s'affranchir de leurs obligations de paiement alors qu'ils avaient les ressources nécessaires pour les honorer, au moins partiellement, Compte-rendu de l'audition devant le sous-comité droit administratif et commercial de la Chambre des Représentants, 4 mars 2003.

⁶⁷⁸ 11 U.S.C. 301

⁶⁷⁹ A. L. GROPPER et H. BELTZER, *Supra* note 2, U.S.-22

⁶⁸⁰ *Affaire Marshall*, 300 B.R. 507, 510 (Bankr. C.D. Cal. 2003)

⁶⁸¹ K N. Klee, *Supra* note 592, p.130

que les dirigeants eux-mêmes si l'ouverture d'une procédure de faillite est dans l'intérêt des actionnaires ou des créanciers de la société. Il revient ainsi aux créanciers de démontrer la rupture de cette obligation fiduciaire en cas d'ouverture tardive d'une procédure de faillite, ce qui demeure difficile.⁶⁸² Enfin, contrairement au droit français, il n'existe pas de sanctions pour ouverture tardive d'une procédure de faillite.⁶⁸³

Certains auteurs vont même jusqu'à dire que de nombreuses grandes entreprises américaines qui se placent dans le cadre de la procédure du *Chapter 11* le font, non pas dans un but de sauvegarde de l'activité, mais uniquement avec l'objectif affiché de vendre les actifs et de partager, entre créanciers, les sommes ainsi engendrées. Sans parler des renoncements aux avantages sociaux par les salariés, la mise en cause des régimes de retraite, souvent à la clef d'une telle procédure ou des distorsions de concurrence.⁶⁸⁴

Cette facilité offerte au débiteur d'ouvrir à sa convenance une procédure du Chapitre 11 repose sur le fait que le débiteur est perçu comme une victime, un entrepreneur qui n'a pas eu de chance et donc ne mérite pas de sanction mais des encouragements. Cette idée existe depuis les débuts du droit américain de la faillite. Bien que jusqu'au début du 20^e siècle, la seule procédure de faillite existante était la liquidation dans le but d'éliminer les entreprises sujettes aux multiples crises financières de l'époque, le *Bankruptcy Act* de 1898 est venu changer la donne permettant un étalement des dettes pour les personnes percevant des revenus réguliers. Le redressement de l'entreprise est désormais possible. Les textes futurs poursuivent cette volonté d'accorder une certaine tolérance aux débiteurs et notamment le *Bankruptcy Reform Act* de 1978 instaurant le code fédéral de la faillite qui substitue le terme de *bankrupt* ou failli par celui de débiteur⁶⁸⁵. Certains auteurs considèrent que protéger le débiteur à l'encontre des créanciers est incohérent, la plupart des entreprises connaissant des difficultés financières non à cause d'un manque de fonds ou de malchance mais d'une mauvaise gestion par le dirigeant⁶⁸⁶. De même, le Professeur LoPucki⁶⁸⁷ concluait dans une étude de 1983 que l'échec d'une grande partie des procédures de faillite était causé par le retard des débiteurs à engager l'ouverture d'une procédure de liquidation ou de réorganisation.

La souplesse d'ouverture d'une procédure de faillite offerte aux débiteurs transforme la

⁶⁸² A. L. GROPPER et H. BELTZER, *Supra* note 2, U.S.-24

⁶⁸³ En droit français, le dirigeant d'une entreprise en difficulté qui ne déclare pas l'état de cessation de paiement de cette dernière dans les quarante-cinq jours encourt une condamnation d'interdiction de gérer (art. L.631-4 et L.653-8 c. com.)

⁶⁸⁴ M. HARAVON, *Supra* note 548

⁶⁸⁵ M. TANGER, *Supra* note 67, p.27

⁶⁸⁶ A. S. DEWING, *The financial policy of corporations*, 5^e é d., 1953, p. 1418-19

⁶⁸⁷ L. LOPUCKI, "The Debtor in Full Control - Systems Failure Under Chapter 11 of the Bankruptcy Code?", *American Bankruptcy Law Journal* (1983) 57

faillite en « un moyen pour les dépensiers désespérés d'échapper au paiement de leurs dettes »⁶⁸⁸.

Pour pallier ces abus de la part de certains débiteurs, il existe une procédure dite involontaire à l'initiative des créanciers mais l'accès à cette procédure étant très limité, elle ne se retrouve en pratique que très rarement, restreignant l'implication des créanciers de manière importante.

b. Conditions d'ouverture d'une faillite involontaire trop strictes

En théorie, la possibilité pour les créanciers d'être à l'initiative de la procédure de réorganisation de l'entreprise connaissant des difficultés financières présente de nombreux avantages pour les créanciers. Elle permet de maintenir les intérêts des créanciers et la valeur des actifs, et ce grâce à une réorganisation sous contrôle judiciaire. Lorsque le débiteur ne peut plus payer ses créanciers, les mettant dans une situation délicate, une procédure collective doit être ouverte. En effet, laisser l'unique initiative de la procédure au débiteur peut s'avérer dangereux pour la valeur des actifs du débiteur et en conséquent pour les créanciers. L'intervention des créanciers, face à l'inaction du débiteur, est ainsi souhaitable.

Selon le droit américain, la demande du créancier, dite pré-ouverture de la procédure de réorganisation, conduit à la mise sous sauvegarde de justice les biens du débiteur visés par la procédure, et ce dès le formulaire enregistré (*the petition filed*)⁶⁸⁹ auprès d'une autorité fédérale ainsi que la nomination automatique d'un *trustee* chargé de poursuivre les actes de gestion et d'administration, et de gérer les biens du débiteur regroupés dans une masse, le *bankruptcy estate* ou le patrimoine de la faillite. Cependant afin de permettre au débiteur de rester à la tête de son entreprise, les conditions relatives à l'ouverture d'une procédure involontaire limitent une telle procédure. Ainsi l'ouverture d'une procédure de faillite involontaire n'est possible à l'encontre que de certains débiteurs et requiert que plusieurs conditions soient remplies par les créanciers demandeurs.

Conditions quant au débiteur assigné

En matière de procédure involontaire, le législateur américain a souhaité limiter cette

⁶⁸⁸ « Bankruptcy has become a way for reckless spender to escape their debts », Representative G. W. Gekas introducing the 1998 legislation, <http://www.house.gov/gekas>, dans J. BRAUCHER, « Options in consumer bankruptcy: an american perspective », *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 37, n°1 et 2, p.154, traduction par l'auteur

⁶⁸⁹ 11 U.S.C. section 303

procédure de façon restrictive. Les créanciers ne peuvent pas ouvrir une telle procédure à l'encontre de tous les débiteurs. Ainsi le code fédéral exclut du champ d'application du Chapitre 11 non seulement les établissements de crédit et les compagnies d'assurance, comme c'est le cas en France, mais également les associations philanthropiques, les écoles, les églises, les sociétés à but non lucratif ou dont l'objet social n'est pas commercial, les fondations caritatives⁶⁹⁰ et les agriculteurs. D'autres procédures s'appliquent à ces entités.

Conditions quant au créancier demandeur

La jurisprudence américaine prévoit que le ou les créancier(s) souhaitant engager une procédure involontaire doivent posséder une créance certaine, non litigieuse, mais ne requiert pas le caractère exigible ou liquide. En cas de contestation du débiteur, le juge fédéral recherche le bien-fondé de la contestation élevée par le débiteur. Pour déterminer s'il y a « *bona fide dispute* », c'est-à-dire une demande reposant sur la bonne foi, les tribunaux peuvent confronter les intérêts en jeu. Lorsque la contestation est jugée fondée, le créancier doit prouver l'absence de litige. De plus, tout comme en droit français⁶⁹¹, la demande d'ouverture d'une procédure de faillite est incompatible avec toute demande individuelle, telle que la demande en paiement de créance. L'assignation ne doit pas représenter un moyen de pression sur le débiteur, mais être dans l'intérêt collectif des créanciers. De même, le juge américain est très sévère en cas de procédure de faillite involontaire ouverte de mauvaise foi. Dans l'arrêt *John Richards Homes Bldg. Co*⁶⁹², le créancier a été condamné à deux millions de dollars en dommage et intérêts pour avoir demandé l'ouverture d'une procédure involontaire alors que la créance en question faisait l'objet d'un litige en cours.

Le créancier doit également apporter la preuve de la dégradation financière du débiteur, élément que le débiteur lui-même est exempté de prouver. Le ou les créanciers, auteurs de la demande d'ouverture d'une procédure, doivent justifier leur demande en y joignant des arguments économiques prouvant une telle dégradation. Les preuves de la cessation des paiements ou de la situation compromise de l'entreprise peuvent se faire par tout moyen et

⁶⁹⁰ 11 U.S.C. Section 303(b)

⁶⁹¹ Com. 17 février 1998 ; D. aff. 1998, 427, obs. A.L. ; JCP éd. E, 1998, p.469, note F.-X. Lucas ; PA, 9 nov.1998, n°134, p.14, note Teillais ; v. F.-X. LUCAS, « L'assignation téméraire en redressement judiciaire », *Mélanges AEDBF* (Association européenne pour le droit bancaire et financier), II, Banque éditeur, 1999, p.271.

⁶⁹² *John Richards Homes Bldg. Co.*, L.L.C., 439 F.3d 248, 46 Bankr. Ct. Dec. (CRR) 35, Bankr. L. Rep. (CCH) P 80462, 2006 FED App. 0081P (6th Cir. 2006).

seront analysées par les tribunaux⁶⁹³. Les juges américains prennent en compte le nombre et le montant des créances impayées, la réalité du non-paiement et la manière dont le débiteur mène ses affaires. Le non-paiement des dettes à échéance doit être général et ne doit pas concerner uniquement un créancier⁶⁹⁴. Lorsque le débiteur a un créancier unique, les tribunaux se montrent peu accueillants à la demande d'ouverture d'une procédure involontaire de réorganisation. Ils considèrent que « l'existence d'une créance ne démontre pas que le débiteur ne paie pas généralement ses dettes, et qu'une procédure collective ne peut se résumer à un litige entre deux personnes »⁶⁹⁵.

Une telle preuve est difficile à apporter, le débiteur étant dans la plupart des cas le détenteur des éléments relatifs à sa situation financière. Cependant, si les créanciers ont fait la demande d'une injonction gelant les biens du débiteur dans les cent-vingt jours précédents leur requête, le code fédéral prévoit que les créanciers n'ont plus à prouver que le débiteur ne paie plus ses dettes. En effet, dans ce cas, se crée une présomption irréfragable de la gravité des difficultés financières du débiteur. De plus, la loi fédérale dispense les créanciers de ramener cette preuve si le débiteur ne conteste pas l'existence de difficultés financières. Mais face à la lourdeur relative à l'apport d'une preuve, certains organismes ont été créés pour venir en aide aux créanciers. Il s'agit notamment des associations de crédit des commerçants pouvant informer les créanciers-membres des paiements d'un débiteur à d'autres créanciers-membres⁶⁹⁶.

Enfin le code de la faillite pose des limites quant au montant de la créance que doit détenir le créancier-demandeur. Alors que le créancier français peut agir seul pour demander l'ouverture d'un redressement judiciaire à l'encontre de son débiteur quelque soit le montant de sa créance, ou la résolution du plan de sauvegarde en vue d'une conversion de la procédure en redressement judiciaire⁶⁹⁷, le droit américain limite l'action des créanciers. Un créancier peut agir seul, si le débiteur a moins de douze créanciers, et si sa créance est égale ou supérieure à 10 000 dollars⁶⁹⁸. Au-delà de douze créanciers, ces derniers doivent être au minimum trois, et la moyenne de leurs créances doit s'élever à 10 000 dollars. De plus, les créances à prendre en compte sont uniquement celles chirographaires. Les

⁶⁹³ M. TANGER, *Supra* note 67, p. 71

⁶⁹⁴ 11 U.S.C. 303(h)(1)

⁶⁹⁵ M. TANGER, *Supra* note 67, p. 72

⁶⁹⁶ *Bankruptcy Practice Handbook*, 2nd éd., Chp. 17, Westlaw International : www.westlaw.com.

⁶⁹⁷ Art. L.626-27 II. C. com.

⁶⁹⁸ 11 U.S.C. 303 (b) (1)

créanciers chirographaires ont ainsi un avantage certain sur les créanciers garantis. Les créanciers titulaires de sûretés s'ils souhaitent l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de leur débiteur doivent se reposer sur les créanciers chirographaires en cas d'inaction du débiteur. Enfin, les salariés, les contractants de la période suspecte, les actionnaires et associés considérés comme les créanciers internes de la société⁶⁹⁹, ne peuvent demander l'ouverture d'une procédure.

Le législateur américain limite ainsi les cas d'ouverture de la procédure involontaire. La procédure involontaire américaine se veut être limitée et rare afin que la faillite ne soit pas perçue comme un échec. La faillite doit rester « un moyen de rédemption pour le débiteur malchanceux »⁷⁰⁰. L'ouverture de la procédure marque un véritable déséquilibre entre le débiteur et ses créanciers. L'exclusivité que détient le débiteur quant à l'élaboration du plan vient creuser d'avantage ce fossé.

- **Exclusivité quant à l'élaboration du plan**

En cas d'absence de nomination d'un *trustee*, seul le débiteur peut proposer un plan de réorganisation de son entreprise⁷⁰¹. Cette exclusivité confère un réel pouvoir au débiteur sur les créanciers et est souvent accompagnée d'une rétention d'informations financières et économiques relatives à l'entreprise. L'élaboration de contre-opposition par les créanciers s'avère ainsi difficile, voire quasi-impossible. Les créanciers, et notamment ceux chirographaires, n'ont d'autre choix que de considérer de manière sérieuse les propositions émanant du débiteur⁷⁰².

Bien qu'à l'origine cette exclusivité ne connaisse aucune limite temporelle, elle est aujourd'hui limitée à 120 jours dans le cadre d'une procédure de Chapitre 11 classique⁷⁰³ et à 100 jours pour celle touchant les petites entreprises ayant opté pour une procédure simplifiée⁷⁰⁴. Si ce délai est respecté, le tribunal accorde au débiteur un délai supplémentaire de 60 jours pour le faire voter par les créanciers et en obtenir

⁶⁹⁹ *Skye Marketing Corp*, (Bankr. E.D.N-Y.1981)

⁷⁰⁰ Discours du Représentant de Lewis de la Géorgie, 31 Cong. Rec. (1908) : cité par Warren Westbrook, *The law of debtors and creditors*, Text, Cases and Problems, Little, Brown & Co., 3rd. ed., 1996, p.456-457. [Traduction par l'auteur]

⁷⁰¹ 11 U.S.C. 1121 (a), (b)

⁷⁰² M. TANGER, *Supra* note 67, p.371

⁷⁰³ Limite posée par le Code de 1898

⁷⁰⁴ Procédure instaurée par la réforme de 1994 ; 11 U.S.C. 1121 (e) (1)

l'homologation⁷⁰⁵. Ce délai bref semble représenter un idéal, mais les abus sont nombreux. En effet, la loi autorise le tribunal à étendre le délai d'exclusivité sans limite, ce qui peut conduire à des délais dérisoires, et ce notamment que la loi n'impose aux juges aucun critère d'appréciation. Il s'agit notamment du cas dans l'affaire *Hoffinger Indus., Inc.*⁷⁰⁶ où la période d'exclusivité a duré 435 jours. La situation peut ainsi « s'éterniser au détriment des créanciers »⁷⁰⁷.

Les créanciers ont la possibilité de contester la prorogation de l'exclusivité s'ils parviennent à démontrer les risques encourus tels qu'une mauvaise gestion manifeste ou le déclin de la valeur des actifs. De même, le tribunal refusera de proroger le délai d'exclusivité s'il constate que les créanciers s'opposeront à un plan émanant du débiteur⁷⁰⁸. Les juges considèrent, cependant, que seul le débiteur est capable de « réconcilier les divers intérêts concurrents des parties » et que permettre aux créanciers de proposer des plans concurrents à celui du débiteur serait « chaotique et coûteux et font de leur possible pour éviter des contre-propositions et d'inclure d'autres parties dans l'élaboration du plan »⁷⁰⁹.

Plusieurs auteurs se regroupent pour critiquer ce délai d'exclusivité trop long qui ralentit de manière importante la procédure⁷¹⁰. Il serait intéressant de limiter ce délai, voire d'abroger cette exclusivité pour permettre aux créanciers de faire des contre-propositions au plan élaboré par le débiteur et ainsi intervenir plus tôt dans la procédure. De cette manière, les deux « camps » participent à l'élaboration du plan sans l'intervention du tribunal, limitant ainsi la durée de la procédure et par conséquent son coût.

Les avis sont partagés quant à la nomination d'un *trustee* dans les procédures du Chapitre 11. Il est évident qu'en droit américain de la faillite, l'un des atouts majeurs encourageant l'ouverture d'une procédure de Chapitre 11 par le débiteur est la possibilité pour ce dernier de conserver le contrôle de son entreprise. Si cet argument n'était pas déterminant dans les

⁷⁰⁵ 11 U.S.C. 1121 (b), (c)

⁷⁰⁶ 292 B.R. 639, 644 (B.A.P. 8th Cir. 2003)

⁷⁰⁷ M. TANGER, *Supra* note 67, p.372

⁷⁰⁸ Epstein, D., Nickles, S., White, J., Bankruptcy, Hornbook series, West publishing Co., 1993, p. 815 et s.

⁷⁰⁹ A. L. Gropper et H. Beltzer, *International Insolvency*, Juris Publishing, vol. 2, 2000 U.S.-70 traduction par l'auteur

⁷¹⁰ J. Binford, "Ten Most Important Changes Affecting Chapter 11 Practice", in *Understanding the Bankruptcy Reform Act of 2005 in Texas*, 2006, p.7 ; T. C. G. Fischer, J. Matel, "Should we abolish Chapter 11? Evidence from Canada", recherché 96s-22 pour le CIRANO, août 1996, p. 32; A. L. Gropper et H. Beltzer, *International Insolvency*, Juris Publishing, vol. 2, 2000, U.S. - 69

années 1980⁷¹¹, il semble qu'aujourd'hui, à la vue des multiples abus commis par des débiteurs ne nécessitant pas une réorganisation mais profitant simplement des avantages de cette procédure, le maintien du débiteur à la tête de son entreprise soit un élément décisif pour la demande d'ouverture d'une procédure du Chapitre 11. Certains auteurs considèrent qu'un moyen d'accélérer les procédures de réorganisation américaines serait de nommer un *trustee* de manière automatique⁷¹². Ceci permettrait de rendre la procédure transparente pour les créanciers, tout en profitant de l'expérience et des connaissances d'un spécialiste et surtout permettre de stimuler les négociations en transmettant les informations nécessaires aux deux parties. Cependant bien que le recours à un *trustee* ait un coût, celui-ci serait compensé par le gain de temps de la procédure. D'autres envisagent l'idée de renforcer les prérogatives du *trustee* en cas de nomination dans le cadre d'un Chapitre 11. Ce dernier devrait pouvoir « modifier la composition des comités de créanciers pour assurer une représentation adéquate des créanciers et des porteurs »⁷¹³.

Les exclusivités accordées au débiteur font pencher la balance définitivement du côté du débiteur à l'encontre des créanciers. De plus, ce déséquilibre est accentué par le rôle que jouent les tribunaux, qui est ouvertement en faveur du débiteur.

2. Interventions du tribunal en faveur du débiteur

Les interventions du tribunal en faveur du débiteur reposent principalement sur deux aspects. Le premier est les rares cas de condamnation du débiteur et le second est l'exercice du pouvoir de *cramdown* par les juges permettant la confirmation d'un plan élaboré par le débiteur et rejeté par une partie des créanciers.

- **Responsabilité du débiteur rarement engagée**

Poursuivant l'objectif d'encourager l'ouverture d'une procédure de réorganisation, le droit

711 D'après le professeur LoPucki, l'échec d'une procédure de réorganisation américaine est souvent dû à une ouverture tardive de la procédure. La nomination d'un trustee et donc la perte de contrôle de son entreprise par le débiteur ne serait pas un élément déterminant, empêchant le débiteur de demander l'ouverture d'une telle procédure. L. LoPucki, "The Debtor in Full Control - Systems Failure Under Chapter 11 of the Bankruptcy Code?", 57 *American Bankruptcy Law Journal* (1983)

712 Notamment tel qu'il existe aujourd'hui en droit canadien, voir T. C. G. Fischer, J. Matel, "Should we abolish Chapter 11? Evidence from Canada", recherché 96s-22 pour le Centre Interuniversitaire de Recherche en ANalyse des Organisations (CIRANO), Montréal, août 1996, p.31. Le CIRANO est une corporation privée à but non lucratif constituée en vertu de la Loi des compagnies du Québec.

713 J. Mistral et C. Alix, "Les Etats-Unis cherchent le moyen de réformer le droit de la faillite pour mettre fin à une utilisation abusive du système par les débiteurs qui y trouvent un moyen d'éteindre leurs dettes", communiqué de l'agence financière de l'ambassade de France aux Etats-Unis, AF 03.131-CA, du 10 nov.2003, p.4.

américain de la faillite ne prévoit pas de sanction pénale à l'encontre du débiteur. La responsabilité des dirigeants d'une entreprise peut être engagée dans certaines situations indépendamment de la procédure de faillite. Il s'agit des cas de fraude, de mauvaise foi dans la tenue des comptes de l'entreprise, de paiement privilégié d'une classe de créanciers dans le but de ne pas être soumis ultérieurement aux dispositions du Code de la faillite. Cependant certaines lois étatiques autorisent le paiement préférentiel d'un créancier sur un autre. De même certains Etats sanctionnent le dirigeant pour violations de lois environnementales ou encore des lois fiscales⁷¹⁴. Mais ces différentes règles sont limitées et constituent des exceptions au principe d'absence de responsabilité des dirigeants.

Cette absence de sanction inciterait le débiteur à violer certains principes. Il s'agit notamment du principe de l'*Absolute Priority Rule (APR)*⁷¹⁵. D'après ce principe, le débiteur ne peut toucher aucun revenu ou somme quelconque provenant d'un bien donné en garantie tant que les créanciers dont la créance est garantie par ce bien ne sont pas payés. De plus, il prévoit que les créanciers dits *senior* doivent être payés avant les créanciers dits *junior*, c'est-à-dire que les créanciers de rang supérieur doivent être payés avant ceux de rang inférieur, les créanciers chirographaires étant les derniers à recouvrer leur créance⁷¹⁶. Une clause contractuelle peut expressément exclure l'application de ce principe au contrat en cause, mais en cas d'ouverture d'une procédure de faillite, les parties sont à nouveau soumises à son application. Cependant, plusieurs dispositions du code de la faillite encouragent la violation de l'*APR* en accordant une trop grande liberté au débiteur⁷¹⁷. Il s'agit en particulier du fait que le débiteur demeure aux commandes de son entreprise sans contrôle judiciaire⁷¹⁸ sauf exception ; que celui-ci peut obtenir de nouveaux crédits plaçant ses nouveaux créanciers dans une situation de priorité de paiement sur tous les autres créanciers. De plus, le débiteur a l'exclusivité pour élaborer le plan de réorganisation. De telles prérogatives confèrent au débiteur un pouvoir qu'il peut user de manière excessive au détriment des créanciers. Le débiteur peut ainsi de manière intentionnelle retarder la procédure ou proposer des délais et remises abusifs. Les

⁷¹⁴ A. L. Gropper et H. Beltzer, *International Insolvency*, Juris Publishing, vol. 2, 2000, U.S.-24

⁷¹⁵ S. D. Lonhofer et Charles T. Calstrom, « Absolute Priority Rule in Bankruptcy », *Economic Review*, Federal Reserve Bank of Cleveland, 1995, p.21

⁷¹⁶ T. C. G. Fischer, J. Matel, "Should we abolish Chapter 11? Evidence from Canada", recherché 96s-22 pour le CIRANO, août 1996, p.28

⁷¹⁷ J. Franks et W. Torous, "An Empirical Investigation of U.S. Firms in Reorganization", 44 *Journal of Finance* (1989). D'après les auteurs, le principe de l'*APR* n'est pas respecté dans 78% des cas.

⁷¹⁸ Debtor in possession

créanciers chirographaires sont de ce fait incités à accepter une réduction de leur créance au bénéfice des créanciers garantis, afin d'obtenir un remboursement.

Le code de la faillite ne prévoit pas de disposition sanctionnant la mauvaise foi du débiteur. Certains auteurs revendiquent ainsi la nomination automatique d'un trustee dans le cadre d'une procédure de Chapitre 11 pour contrôler les actes du débiteur, vivifier les négociations et surtout amener une certaine transparence à la procédure. L'intervention d'un organe judiciaire est ainsi souhaitée.

Bien que la doctrine s'accorde sur la nécessité d'une telle intervention, elle souhaite voir réduit le pouvoir du tribunal d'homologuer un plan rejeté par la majorité des créanciers, à savoir le pouvoir de *cram down*⁷¹⁹.

- **Le pouvoir de *cram down* du juge, une faveur excessive pour le débiteur**

En droit américain de la faillite, il existe une particularité dans le but d'assurer la défense des intérêts collectifs des créanciers. Le juge de la faillite, par le pouvoir de *cram down*, a la possibilité d'imposer un plan refusé par la majorité des classes de créances. En cas d'un vote négatif du plan par une classe de créances, le juge peut imposer l'adoption du plan dès qu'une classe dite *impaired* a accepté le plan, s'il le considère juste et qu'il offre des chances de survie à l'entreprise débitrice. Le contrôle du juge est, dans ce cas, plus poussé. Il vérifie le respect des droits des créanciers, l'absence de discrimination à l'égard d'une classe de créances et le caractère sérieux du plan. Cette faculté qu'a le tribunal se justifie de manière pragmatique : il faut mettre fin à un blocage des créanciers en présence d'un plan acceptable. En effet, certains créanciers, concurrents directs du débiteur, ont tout intérêt à voir l'entreprise débitrice liquidée ou d'autres créanciers ne veulent simplement plus avoir à faire avec le débiteur et préfèrent refuser un plan, sachant qu'en cas de liquidation ils toucheront le montant de leur créance. Ce qui n'est pas le cas des créanciers chirographaires pour qui la réorganisation est la meilleure solution, la chance de paiement de leur créance en cas de liquidation étant quasi-nulle. Le juge recherche ainsi un plan qui serait conforme à leurs intérêts et donc la défense de l'intérêt général. Le plan sera considéré convenable pour les créanciers chirographaires s'il ne prévoit aucune répartition, ou de rétention de biens au profit de toute personne occupant un rang inférieur à celui des créanciers dont le droit est ainsi réduit. Il s'agit du principe de l'*Absolute Priority Rule* déjà

719 Littéralement 'enfoncé dans le fond de la gorge '

mentionné précédemment.

Ce pouvoir conféré au tribunal va à l'encontre du caractère conventionnel du plan car il s'impose aux créanciers. De plus, il est exercé à la suite d'une évaluation par le tribunal de l'entreprise qui peut s'avérer longue et coûteuse. Certains auteurs considèrent que la disposition relative au *cram down* devrait être simplement « abolie » du Chapitre 11 n'y trouvant aucune justification⁷²⁰. Le sort de l'entreprise devrait revenir davantage aux premiers concernés, soit les créanciers.

Le pouvoir de *cram down* trouverait une justification si

le tribunal pouvait avoir accès à plus d'informations que les créanciers eux-mêmes concernant le futur de l'entreprise, ou que le tribunal estime que l'entreprise ait plus de probabilité de succès que ne le pensent les créanciers réticents au plan proposé, ou encore que le tribunal prenne en considération d'autres facteurs tels que les pertes d'emploi, les conséquences environnementales, le droit des retraités à leur pension.⁷²¹⁷²²

La première hypothèse est très peu probable, la deuxième n'est pas recommandée, les créanciers devant détenir un pouvoir décisionnel quant à l'avenir de leur créance, et enfin le troisième point est rejeté par les auteurs considérant que le droit de la faillite doit se concentrer sur la réorganisation financière de l'entreprise, indépendamment de toute considération sociale ou environnementale⁷²³.

L'intervention du tribunal est ainsi critiquée : d'une part, le juge devrait pouvoir sanctionner un débiteur qui n'agit pas dans l'intérêt collectif des créanciers ; et d'autre part, certains auteurs critiquent la démesure du pouvoir de *cram down* octroyé au juge. Le juge ne peut raisonnablement mieux connaître la situation du débiteur que les créanciers eux-mêmes. Un plan ne devrait donc leur être imposé, si ces derniers le considèrent non approprié à la situation. « La décision finale doit être entre les mains des créanciers »⁷²⁴. Il est nécessaire de rétablir un équilibre entre le débiteur et ses créanciers au sein de la

720 T. C. G. Fischer, J. Matel, "Should we abolish Chapter 11? Evidence from Canada", recherché 96s-22 pour le CIRANO, août 1996, p.32

721 Selon le droit américain, les pensions de retraite sont versées directement par l'entreprise. Si cette dernière fait faillite, les retraités de l'entreprise ne toucheront pas la totalité de leur retraite pour manque de fonds.

722 Ibid 720

723 Pour un avis contraire, R. Broude, "Some Comments on the Challenges of Commercial Reorganization in Insolvency: Why Chapter 11?", in *Current Development in International Comparative Corporate Insolvency Law*, ed. J. Ziegel, Clarendon Press, Oxford, 1994.

724 T. C. G. Fischer, J. Matel, "Should we abolish Chapter 11? Evidence from Canada", recherché 96s-22 pour le CIRANO, août 1996, p.32

procédure de réorganisation.

A côté de ce déséquilibre critiqué, le droit américain de la faillite, et particulièrement le Chapitre 11, se voit reproché un faible taux de réussite.

A. Faible taux de réussite des procédures de réorganisation

Bien que le taux d'ouverture d'une procédure du Chapitre 11 soit supérieur aux pays d'Europe⁷²⁵, « la liquidation reste l'issue la plus courante pour les sociétés »⁷²⁶ aux Etats-Unis. Et parmi les procédures de réorganisation ouvertes, le taux de réussite est faible. D'après une étude de 1992⁷²⁷, seules 47% des procédures sont dites « consommées », c'est-à-dire que tous les paiements des créanciers sont accomplis conformément au plan. Le taux de confirmation des plans de réorganisation par les tribunaux est également faible : 13%⁷²⁸. Ces faibles taux s'expliquent par plusieurs facteurs. Le premier d'entre eux est relatif à l'absence d'intervention des organes judiciaires dans la grande majorité des procédures avant la phase de confirmation du plan. Aucun filtre n'existe pour distinguer les entreprises viables de celles non viables précédant la demande d'ouverture d'une procédure de réorganisation (1). Le second repose sur le fait que la procédure du Chapitre 11 attire principalement des petites et moyennes entreprises auxquelles elle n'est pas adaptée (2).

1. Absence de filtre entre les entreprises viables et celles non-viables

Dans l'idéal, les procédures de réorganisation ne devraient être ouvertes qu'à l'égard d'entreprises ayant une forte chance de survie, les autres entreprises devant faire l'objet d'une procédure de liquidation. « Le mérite d'un bon système de faillite est défini par son efficacité à corriger des difficultés déterminées par la détresse financière du débiteur »⁷²⁹.

⁷²⁵ 28% des procédures ouvertes sont consommées aux Etats-Unis alors que ce taux est de 20% en France, 14% en Grande-Bretagne et 0.2% en Allemagne, d'après une étude de Oscar Couwenberg : "Survival Rates in Bankruptcy Systems : Overlooking the Evidence" – *European Journal of Law and Economics* - 12 (3) - - Novembre 2001, p.253-273.

⁷²⁶ J. Mistral et C. Alix, "Les Etats-Unis cherchent le moyen de réformer le droit de la faillite pour mettre fin à une utilisation abusive du système par les débiteurs qui y trouvent un moyen d'éteindre leurs dettes", Communiqué de l'ambassade de France aux Etats-Unis, p.1

⁷²⁷ S. Jensen-Conklin, "Do Consumed Chapter 11 Plans Consummate? The Results of a Study and Analysis of the Law", *Commercial Law Journal* (1992), p.97

⁷²⁸ T. C. G. Fischer, J. Matel, "Should we abolish Chapter 11? Evidence from Canada", recherché 96s-22 pour le CIRANO, août 1996, p.16

⁷²⁹ "The merits of any bankruptcy system are determined by its effectiveness in correcting the inefficiencies that are signaled by the debtor's financial distress", G. Triantis, "The Interplay of Liquidation and Reorganization in the Bankruptcy Systems of Canada and the U.S.: The Role of Screens, Gatekeepers and Guillotines",

Or, cela n'est pas le cas en droit américain. En effet, le débiteur est libre quant au choix de la procédure. Il peut demander l'ouverture d'une procédure de réorganisation du Chapitre 11 ou de liquidation du Chapitre 7. Certains s'interrogent sur l'opportunité de confier cette tâche à un officier public⁷³⁰. D'autres considèrent que ce rôle devrait revenir au tribunal⁷³¹. Une grande partie des échecs des procédures de réorganisation est due à une erreur de choix des procédures par les entreprises pour faire face à leur situation et résoudre leurs difficultés.

Deux types d'erreur sont évoqués⁷³². L'« erreur de Type I » intervient lorsqu'une entreprise non-viable est sauvée par une procédure de réorganisation, alors qu'une « erreur de Type II » existe lorsqu'une entreprise qui était viable est liquidée dans le cadre d'une procédure de liquidation. Il demeure, cependant, difficile de déterminer les critères permettant de considérer qu'une entreprise ait le droit à une procédure de réorganisation alors que ceci est refusé à une autre. Les critères se partagent ainsi entre la durée sur laquelle les échéances sont payées⁷³³, la probabilité d'acceptation d'un plan par les créanciers chirographaires et les paiements en liquide prévus contractuellement⁷³⁴.

Afin d'éviter de telles erreurs et une perte importante de temps et d'argent, un procédé permettant de distinguer entre les entreprises pouvant demander l'ouverture d'une procédure de réorganisation et les autres est souhaitable. Alors qu'en droit français, la rigidité du critère de cessation des paiements permettant de pratiquer une telle répartition est regrettée, la souplesse du droit américain n'est pas non plus exempte de critiques. Un juste milieu doit être trouvé. Le rôle des autorités judiciaires devrait être renforcé. Le juge devrait pouvoir refuser plus communément l'application de la procédure à certains

International Review of Law & Economics (1996), p.16 (traduction par l'auteur).

⁷³⁰ J. Mistral et C. Alix, « Les Etats-Unis cherchent le moyen de réformer le droit de la faillite pour mettre fin à une utilisation abusive du système par les débiteur qui y trouvent un moyen d'éteindre leurs dettes », Communiqué de l'ambassade de France aux Etats-Unis, p.3 ; T. C. G. Fischer, J. Matel, « Should we abolish Chapter 11? Evidence from Canada », recherché 96s-22 pour le CIRANO, août 1996,, p.32

⁷³¹ G. Triantis, « The Interplay of Liquidation and Reorganization in the Bankruptcy Systems of Canada and the U.S.: The Role of Screens, Gatekeepers and Guillotines », International Review of Law & Economics (1996), p.16.

⁷³² T. C. G. Fischer, J. Matel, « Should we abolish Chapter 11? Evidence from Canada », recherché 96s-22 pour le CIRANO, août 1996, p.18

⁷³³ Martel, Signaling in Financial Reorganization, Theory and Evidence from Canada, Unpublished Manuscript, CIRANO (1999)

⁷³⁴ T. Fisher & J. Martel, The Creditors' Financial Reorganization Decision: New Evidence from Canadian Data, 11 J. of Law, Economics and Organization (1995)

débiteurs, dans le but de favoriser les créanciers⁷³⁵.

Le faible taux de réussite de la procédure de réorganisation se justifie ainsi par l'absence de filtres à l'ouverture d'une procédure de réorganisation mais également par son accès à des entreprises de toute taille. En effet, plusieurs études constatent que la procédure du Chapitre 11 est inadaptée aux petites et moyennes entreprises.

2. Procédure inadaptée aux petites et moyennes entreprises

Les procédures de réorganisation ouvertes à l'encontre des petites et moyennes entreprises, dont le capital social est inférieur à 500 000 dollars, représentent les deux tiers des procédures du Chapitre 11 ouvertes⁷³⁶. Et seulement, 10% de ces entreprises survivent à la suite de la procédure. Les chances de confirmation sont cinq fois supérieures pour les entreprises dont l'actif s'élève à plus d'un million de dollars⁷³⁷. Les petites et moyennes entreprises entament une procédure de réorganisation espérant pouvoir être sauvées, jusqu'à ce que les fonds manquent et qu'elles n'aient d'autre solution que la liquidation. « Le Chapitre 11 est simplement un passage vers une éventuelle liquidation »⁷³⁸.

Ce taux de succès très faible pour les petites et moyennes entreprises se justifie tout d'abord le fait que l'ouverture d'une procédure du Chapitre 11 produit des effets juridiques très attractifs de manière systématique dont la suspension des poursuites, ou *automatic stay*. Cet avantage représente l'une des premières causes d'ouverture d'une procédure de Chapitre 11 car il permet de mettre fin aux poursuites en recouvrement et aux relances des créanciers⁷³⁹.

Ensuite, la procédure du Chapitre 11 s'avère être trop longue et trop coûteuse pour des entreprises de petite envergure. Le période entre la demande d'ouverture et la confirmation du plan par le tribunal est en moyenne de 20 mois⁷⁴⁰. Or prenant en compte le montant des honoraires des conseillers et du *trustee* qui peuvent s'avérer exorbitants, le montant d'une

⁷³⁵ T. C. G. Fischer, J. Matel, "Should we abolish Chapter 11? Evidence from Canada", recherché 96s-22 pour le CIRANO, août 1996, p.16

⁷³⁶ Baird, D. "Revisiting Auctions in Chapter 11." *Journal of Law and Economics*, 36 (1993): p. 633-669.

⁷³⁷ Flynn, E. "Statistical Analysis of Chapter 11." *The Administrative Office of the United States Courts, Bankruptcy Division* (1989): p. 1- 42.

⁷³⁸ D. Baird, "Revisiting Auctions in Chapter 11." *Journal of Law and Economics*, 36 (1993): p. 633-669.

⁷³⁹ J. Braucher : "Lawyers and Consumer Bankruptcy : One Code, Many Cultures " – 67 *Am.Bankr.L.J.* (1993), p. 501-522.

⁷⁴⁰ T. C. G. Fischer, J. Matel, "Should we abolish Chapter 11? Evidence from Canada", recherché 96s-22 pour le CIRANO, août 1996, p.25

journée de procédure du Chapitre 11 s'élève à 75 dollars⁷⁴¹. De manière générale, les coûts administratifs de cette procédure sont trop importants. D'après une étude de 1991, les procédures du Chapitre 11 ont représenté 2,5% des procédures ouvertes conformément au code fédéral mais ont requis près de 37% des effectifs judiciaires.

Certains auteurs estiment que la procédure du Chapitre 11 devrait donc être limitée aux entreprises au capital social de plus d'un million de dollars et que les petites et moyennes entreprises devraient être orientées vers une procédure de liquidation⁷⁴². D'autres proposent une procédure du Chapitre 11 à deux niveaux, un pour les grandes entreprises et un adapté aux petites et moyennes entreprises en introduisant une nouvelle procédure accélérée pour les entreprises de moins de deux millions de dollars de dettes à l'image de celle instituée en 1994 par le *Bankruptcy Reform Act* avec quelques aménagements⁷⁴³. Il pourrait se révéler intéressant que l'ouverture de la procédure accélérée prenne en compte non seulement le critère relatif au montant des dettes mais également celui de la taille de l'entreprise, c'est-à-dire le capital social et le nombre de salariés, et éviter ainsi aux grosses entreprises dont le montant de la dette ne dépasse pas deux millions de dollars de demander de manière abusive l'ouverture d'une procédure accélérée et de bénéficier de *l'automatic stay*. Une dernière solution apportée serait de conserver une seule procédure de réorganisation pour les entreprises de toute taille avec suffisamment de souplesse pour s'adapter aux différentes situations⁷⁴⁴.

Une des caractéristiques de la procédure du Chapitre 11 qui attire les débiteurs en difficulté est le fait que le débiteur demeure, dans la majorité des cas, à la tête de son entreprise tout au long de la procédure. Mais cet attrait présente des difficultés en pratique. En effet, de trop nombreuses procédures de réorganisation sont ouvertes à l'encontre d'entreprises qui devraient être liquidées. De plus, l'idée de nommer un *trustee* de manière automatique fait son entrée dans les critiques du Chapitre 11 afin d'assurer le succès des procédures.

Face à ces multiples critiques, le droit américain de la faillite doit évoluer. Les dernières

⁷⁴¹ White, M. "Economics of Bankruptcy: Liquidation and Reorganization." Working Paper n°. 239. New York: Solomon Brother Center for the Study of Financial Institutions, Graduate School of Business Administration, New York University (1981).

⁷⁴² G. Bermant, A. Lombard and E. Wiggin, "A Day in the Life: The Federal Judicial Center's 1988-1989" Bankruptcy Court Time Study", American Bankruptcy Law Journal 65(1991)

⁷⁴³ J. Mistral et C. Alix, "Les Etats-Unis cherchent le moyen de réformer le droit de la faillite pour mettre fin à une utilisation abusive du système par les débiteur qui y trouvent un moyen d'éteindre leurs dettes », Communiqué de l'ambassade de France aux Etats-Unis, p.4

⁷⁴⁴ T. C. G. Fischer, J. Matel, "Should we abolish Chapter 11? Evidence from Canada", recherché 96s-22 pour le CIRANO, août 1996, p.31

réformes marquent un tournant dans la conception de la faillite. Elle devient moins « pro-débiteur » et s'oriente désormais vers le désintéressement des créanciers, adoptant ainsi une conception plus européenne de la faillite.

II. REFORMES DU CHAPITRE 11, VERS UNE CONCEPTION EUROPEENNE ?

Les multiples critiques formulées à l'encontre du droit américain de la faillite ont conduit le Congrès américain à se pencher sur des améliorations du système. Deux réformes majeures ont eu lieu depuis le Code de 1978. Il s'agit des réformes de 1994, le *Bankruptcy Reform Act* (BRA)⁷⁴⁵, et de celle de 2005, le *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act* (BAPCPA)⁷⁴⁶. Ces dernières procèdent à une modification de l'objectif des procédures de faillite et reprennent des concepts défendus par les droits européens des entreprises en difficulté, à savoir le maintien des emplois et le désintéressement des créanciers. Certains auteurs parlent d'un rapprochement du droit américain à une conception européenne, avec notamment une sévérité accrue des dispositions relatives au débiteur. Le droit américain de la faillite connu pour sa souplesse quant à l'ouverture d'une procédure et l'élaboration du plan connaît avec ces réformes récentes quelques restrictions. Le droit américain recherche désormais la promotion du recours au crédit, soit une amélioration de la situation des créanciers, et la lutte contre les abus en pénalisant les débiteurs malhonnêtes. Cette nouvelle philosophie du droit américain se rapproche de la conception défendue pendant longtemps en Europe et notamment en France où le droit de la faillite avait comme principal objectif le paiement des créanciers et la sanction des débiteurs.

Alors qu'en Europe, on constate un assouplissement des règles du droit de l'insolvabilité, il est intéressant de relever que le droit américain de la faillite devient plus strict sur certains points.

En effet, en droit européen, la tendance était à l'origine tournée vers une procédure « pro-créanciers », favorisant de la sorte le crédit, les créanciers étant dans une situation leur étant favorable. En droit américain, le paiement des créanciers n'a jamais été jusqu'à ces

⁷⁴⁵ Loi n°103-394 adoptée par la chambre des représentants le 5 octobre 1994, voté par le Sénat et ratifié par le président Bill Clinton le 22 octobre 1994

⁷⁴⁶ *Bankruptcy Reform Bill* S.256 adopté par le Sénat le 10 mars 2005, signé par la Maison Blanche par le président G. Bush le 20 avril 2005, applicable dès le 17 octobre 2005.

dernières années une priorité. Les taux d'intérêts des emprunts sont en conséquence très élevés à hauteur du risque que les prêteurs encourent. Une procédure privilégiant de manière disproportionnée les débiteurs, considérés comme des victimes, n'est pas la solution et conduit, comme démontré, à de trop nombreux abus et donc un déséquilibre dans l'économie d'un pays. Il semble ainsi important pour le droit américain de prendre en compte de nouveaux enjeux (A) et de considérer d'avantage le sort des créanciers dans les procédures de réorganisation (B).

A. Nécessité de prendre en compte de nouveaux enjeux

Depuis 1898, le droit américain de la faillite représente pour les débiteurs l'offre d'une seconde chance, du droit à un nouveau départ. La mentalité américaine est affectée par cette conception qui attire de nombreux débiteurs nationaux et étrangers vers les procédures américaines et notamment le Chapitre 11. Certains auteurs défendent ces valeurs en arguant que le droit américain est un droit encourageant « la prise de risque et l'entrepreneuriat »⁷⁴⁷ et relance l'économie du pays. Une telle optique favorise la création d'entreprises, et donc la création d'emplois, ainsi que l'augmentation des recettes fiscales et contribue globalement à l'amélioration de l'économie du pays. « Le droit américain de la faillite vise à encourager les entrepreneurs, qui ont échoué, à continuer à créer d'autres projets ». La faillite n'est pas mal perçue aux Etats-Unis: «le Chapitre 11 y est vu comme un outil permettant aux entreprises de restructurer leurs activités pour améliorer leur compétitivité».⁷⁴⁸ Un grand nombre des hommes d'affaires américains les plus prospères ont échoué lors de leur première entreprise comme John Henry Heinz, Henry Ford et Phineas Barnum. Suite à la loi de 1978⁷⁴⁹, le but fondamental du Chapitre 11 n'est pas clair. S'agit-il de satisfaire les créanciers en prévoyant leur paiement ou bien de donner au débiteur une seconde chance ?

L'évolution de la société et la mainmise de l'Etat fédéral en matière de faillite ont mis en exergue de nouveaux enjeux, dont les intérêts sociaux et environnementaux. Ainsi, en 1984, quelques mesures ont été adoptées destinées à la protection des salariés, notamment

⁷⁴⁷ N. Martin, « Le droit américain de la faillite encourage la prise de risque et l'entrepreneuriat », *ejournal USA*, janv.2006 in <http://usinfo.state.gov/journals/ites/0106:ijef/martin.htm>

⁷⁴⁸ W. Keukens, « Séminaire de l'université de Tilburg sur les évolutions récentes du droit de l'insolvabilité », compte-rendu du séminaire, *Eurofenix*, hiver 2007, p.34

⁷⁴⁹ Loi n° 95-598, 92 Stat. 2549 du 6 novembre 1978

en cas de rupture des conventions collectives de travail⁷⁵⁰. En 1994, le *Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act* dit *CERCLA* introduit des règles relatives à la protection de l'environnement qui s'appliquent à la faillite⁷⁵¹. Et la jurisprudence a reconnu à plusieurs reprises la suprématie des lois environnementales sur celles de la faillite⁷⁵².

Ce tournant vers d'autres implications du droit de la faillite s'intensifie en période de crise. La réforme de 1994, le *Bankruptcy Reform Act* de 1994⁷⁵³, adoptée sous la présidence de Bill Clinton, prend déjà une tournure plus européenne. La loi est adoptée dans un contexte de situation désespérée, voire de panique économique. Suite à la débâcle des chemins de fer en début de siècles, les compagnies aériennes sèment la consternation et l'indignation. Il s'agit notamment de l'affaire de la *Compagnie Eastern Airlines* où l'actionnaire principal avait dissipé quelques 120 millions de dollars en un an alors qu'il avait été autorisé en tant que *debtor in possession* à gérer son entreprise après son dépôt de bilan en 1989, ou encore l'exemple de *Continental Airlines* qui avait mis en œuvre une faillite stratégique, ou *strategic bankruptcy*, dans le but de modifier la convention collective en se passant de l'accord des syndicats de salariés. Ces affaires ont suscité de vives interrogations sur la moralité du redressement judiciaire aux Etats-Unis où de nombreuses irrégularités et fautes de gestion ont lieu dans le but de satisfaire des intérêts autres que ceux des actionnaires et créanciers⁷⁵⁴. Certains auteurs⁷⁵⁵ sont allés jusqu'à proposer l'abrogation pure et simple du Chapitre 11, en proposant notamment comme alternative une vente aux enchères des actifs. Face à ces nombreux questionnements quant aux bienfaits de la procédure de réorganisation américaine, il est devenu nécessaire de lui donner un nouveau tournant. Le *BRA* a pris en compte de nouveaux enjeux économiques tels que la restructuration des industries de bases, des commerces de détail, le rétablissement de la paix sociale et l'environnement.

Cette réforme n'a pas été la refonte du code de la faillite espérée, mais elle crée une

⁷⁵⁰ 11.U.S.C. 1113

⁷⁵¹ M. TANGER, *Supra* note 67, p.23

⁷⁵² Folsom, Levasseur, *Pratique du droit des affaires aux Etats-Unis*, Précis Dalloz, 1995, p.647 ; voir en droit français une décision statuant sur une créance environnementale: TGI de Béthune, 13 mai 1998, *SCI Les Gresses C/ SA Dercam Technologie*, *Rev. Proc. Coll.*, n°5, 12/1999, *Chr. Larrieu*, C. Saint Halary-Houin, p.220, n°6

⁷⁵³ M. TANGER, *Supra* note 67, p.14

⁷⁵⁴ Rozenweig et Bradley, "The Untenable case of Chapter 11", *Yale Law Journal*, mars 1992

⁷⁵⁵ ⁷⁵⁵ T. C. G. Fischer, J. Matel, "Should we abolish Chapter 11? Evidence from Canada", *recherché* 96s-22 pour le CIRANO, août 1996; Thomas Jackson, « The logic and limits of Bankruptcy », Douglas Baird, « The uneasy case for corporate reorganization »

Bankruptcy Revision Commission chargée de faire des recommandations en vue d'une révision du Code de la faillite dans les années suivantes. Mais, ce n'est qu'en 2005, après sept ans de débat et 10 millions de dollars dépensés par les lobbyings de cartes de crédit, que le *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act (BAPCPA)* est adopté.

L'objectif principal de cette nouvelle loi, qualifiée de la plus grande réforme depuis l'adoption du Code de 1898, est, tout en renforçant l'efficacité du système, de moraliser le droit des affaires et ainsi éviter les abus commis notamment par les consommateurs. Bien que ces derniers soient les débiteurs visés par la réforme, le Chapitre 11 est concerné et prend de la sorte des tournures sociales, favorisant les créanciers dont les salariés. En effet, un plan a comme objectif de « tenter de maximiser les distributions aux créanciers et de permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise et de maintenir les employés à leur poste et de donner aux actionnaires au moins une chance de récupérer leur investissement »⁷⁵⁶.

La prise en compte de nouveaux enjeux conduit certains auteurs à faire une analogie directe avec le droit européen de l'insolvabilité. Cette influence est également constatée à l'égard de l'importance des créanciers dans la procédure. Alors qu'auparavant, l'objectif de la procédure du Chapitre 11 était exclusivement le sauvetage de l'entreprise, il repose désormais également sur le désintéressement des créanciers.

B. Une procédure « pro-créanciers »

Le dispositif mis en place par le législateur américain en 1978 avait conduit à un déséquilibre certain entre débiteurs et créanciers. Le débiteur, organe de gestion, restait maître de son entreprise et de l'élaboration du plan, laissant aux créanciers le seul droit de l'accepter ou de le refuser⁷⁵⁷. Les dernières réformes du droit américain ont mis en avant un besoin de lutter contre les abus d'ouverture de procédures. Des aménagements au code de la faillite, dont certains affectant le Chapitre 11, ont eu comme effets de limiter les prérogatives du débiteur (1) et d'améliorer la situation des créanciers (2).

1. Limitation des pouvoirs du débiteur

Le *Bankruptcy Reform Act* de 1994 dont l'un des objectifs était la lutte contre les

⁷⁵⁶ « a Plan should attempt to maximize distributions to creditors and keep the business operating and keep employees employed and give shareholders at least a chance to recoup their investment. », A. L. Gropper et H. Beltzer, *International Insolvency*, Juris Publishing, Vol.2, 2000, U.S.-7. Traduction par l'auteur

⁷⁵⁷T. Dorléac, « La procédure de sauvegarde : un chapitre 11 à la française ? », *Lettre du recouvrement*, sept. 2005

ouvertures abusives du Chapitre 11 met en œuvre peu d'aménagements qui limitent les pouvoirs du débiteur en possession. Ceux-ci pourraient se limiter à favoriser la nomination d'un *trustee* par toute personne intéressée et sanctionner le débiteur en cas de manœuvres frauduleuses. Au contraire, le *BAPCPA* de 2005 marque un tournant important rendant la procédure de réorganisation moins favorable au débiteur. Bien que cette réforme ait comme principaux concernés les individus, elle affecte tout de même les procédures de réorganisation ouvertes à l'encontre des entreprises. La réforme contre ainsi les critiques faites aux procédures de faillite dont la procédure du Chapitre 11⁷⁵⁸.

Le *BAPCPA* contient plusieurs dispositions dissuadant les débiteurs de demander l'ouverture d'une procédure de Chapitre 11 de manière abusive. En effet, l'un des objectifs de la réforme est « de rendre plus accessible le crédit, car lorsque l'ouverture d'une procédure de faillite est moins commune, un crédit peut être offert à un plus grand nombre de personne à un taux plus bas »⁷⁵⁹. Ainsi, la réforme de 2005 prévoit une augmentation des frais considérés comme des dépenses d'administration, permettant de dissuader les débiteurs qui ne sont pas réellement en situation de difficultés financières mais qui souhaitent juste profiter des avantages de la procédure. Les dépenses d'administration de l'entreprise listées à la section 503 du Titre 11 du code fédéral des Etats-Unis⁷⁶⁰ sont désormais des créances prioritaires sur toutes les créances garanties et doivent être payées en comptant le jour de l'adoption du plan de réorganisation. Est également comprise dans ces dépenses la valeur des biens transférés dans le cours normal des affaires dans les 20 jours précédents l'ouverture de la procédure. L'ouverture d'une procédure de réorganisation nécessite désormais que le débiteur ait les capacités financières pour satisfaire le paiement de ces diverses dépenses.

De plus, l'exclusivité conférée au débiteur en matière d'élaboration du plan est limitée à dix-huit mois à compter de l'ouverture de la procédure⁷⁶¹, alors qu'auparavant cette période d'exclusivité était de 120 jours dans une procédure normale et 100 jours dans une procédure simplifiée et pouvait être prorogée de manière illimitée par le tribunal sur

⁷⁵⁸ J. BINFORD, "Ten Most Important Changes Affecting Chapter 11 Practice", in *Understanding the Bankruptcy Reform Act of 2005 in Texas*, 2006, p.5

⁷⁵⁹ "This new law will help make credit more affordable, because when bankruptcy is less common, credit can be extended to more people at better rates", discours du président Georges Bush, lors de la signature de la loi, 20 avril 2005, www.whitehouse.gov, traduction par l'auteur

⁷⁶⁰ Parmi ces frais sont notamment concernés les honoraires, salaires, commissions dus en échange d'un service rendu après le commencement de la procédure ; les taxes sur la propriété ; les amendes pénales.

⁷⁶¹ 11 U.S.C. 1121

demande motivée du débiteur⁷⁶². Cela permet aux créanciers de participer à l'élaboration du plan dans les cas où le débiteur ne respecte pas les délais.

La réforme américaine va plus loin. Les pouvoirs du tribunal en matière de nomination d'un *trustee*, de conversion des procédures de réorganisation en procédure de liquidation ou encore de rejet d'une demande d'ouverture d'une procédure du Chapitre 11 sont élargis. La section 1104(e) prévoit ainsi la possibilité de nommer un *trustee* dans le cas où il existe un soupçon que des membres de l'équipe dirigeante aient participé à une fraude, soient malhonnêtes ou aient eu une conduite criminelle dans les affaires du débiteur. Cette section élargit certes le champ de désignation d'un *trustee* mais le terme « soupçon » crée un flou qui risque d'entraîner un contentieux important. Bien que le texte prévoit des délais à respecter⁷⁶³, ces dispositions limitent le pouvoir d'appréciation discrétionnaire du tribunal et rend les procédures plus longues et plus coûteuses pour le débiteur. De plus, en cas de conduite malhonnête du débiteur ou criminelle dans la gestion de l'entreprise, le *US Trustee* peut demander au tribunal de désigner un *trustee* ou mandataire pour gérer l'entreprise à la place du débiteur. La section 1112 envisage un plus grand nombre de situations où la conversion de la procédure aura lieu qu'auparavant. Cependant le tribunal peut toujours décider de ne pas procéder à la conversion ou au rejet de la demande d'ouverture s'il est établi que cela n'est pas dans l'intérêt des créanciers et du patrimoine de la faillite, c'est-à-dire l'ensemble de l'actif disponible qui servira au désintéressement des créanciers.

Le *BAPCPA* vient, de même, limiter un des avantages que procurait la procédure du Chapitre 11 à savoir la possibilité pour le débiteur de ne pas payer ses loyers qu'avec de faibles pénalités. Le débiteur avait 60 jours pour décider de conserver un contrat de bail relatif à un bien non résidentiel. Au-delà le bail était considéré comme résilié. Le débiteur pouvait multiplier les demandes de prorogations de ce délai. Désormais des prorogations à répétition ne sauraient être octroyées et la période, pendant laquelle le débiteur peut décider s'il poursuit ou non le contrat de bail, est limitée à 120 jours⁷⁶⁴. Le tribunal peut tout de même étendre cette période de 90 jours, voire plus si le bailleur donne son accord.

Enfin, dans les cas où le débiteur est un organisme de santé, les ventes d'informations

⁷⁶² *Affaire Hoffinger Indus., Inc.*, 292 B.R. 639, 644 (B.A.P. 8th Cir. 2003) où la période d'exclusivité a duré 435 jours

⁷⁶³ Une audience doit avoir lieu dans les 30 jours suivant la demande de conversion ou de rejet de la procédure, et la cour doit prendre sa décision dans les 15 jours à compter de l'ouverture de cette audience.

⁷⁶⁴ 11 U.S.C. 365

personnelles sont contrôlées. Le tribunal devra nommer une personne chargée d'être présent aux audiences relatives à la vente de telles informations. De même le tribunal devra nommer une personne chargée de contrôler la qualité des soins fournis aux patients et remettre régulièrement au tribunal un rapport sur ces activités⁷⁶⁵.

Les prérogatives du débiteur sont ainsi limitées pour atténuer l'analyse selon laquelle une procédure de réorganisation est un acte de simple gestion de l'entreprise. La recherche du bénéfice de l'*automatic stay* ne peut plus être l'unique motivation à une demande d'ouverture d'une procédure de réorganisation. Le droit américain va encore plus loin en apportant des aménagements améliorant la situation des créanciers.

2. Amélioration de la situation des créanciers

Le Congrès commence à prendre en compte les intérêts autres que ceux du débiteur dès les années 1980 mais ce sont surtout les réformes de 1994 et de 2005 qui marquent cette nouvelle préoccupation. La procédure se concentre d'avantage sur le sort des créanciers dont la situation se voit améliorée.

- **Le Bankruptcy Reform Act de 1994**

La réforme de 1994 met en place plusieurs nouveautés dans le but de permettre le désintéressement du plus grand nombre de créanciers⁷⁶⁶.

Face au grand nombre de procédures de réorganisation ouvertes à l'encontre de petites ou moyennes entreprises qui aboutissait dans la plupart des cas à une liquidation sans désintéresser les créanciers pour manque de fonds, le *Bankruptcy Reform Act* de 1994 met en place un régime simplifié pour les petites entreprises dit *Fast track Chapter 11 small business cases*. Cette nouvelle procédure concerne les entreprises ayant une activité principale autre que relative à la propriété immobilière ou une opération immobilière et un total de dettes privilégiées certaines, liquides et de dettes chirographaires ne dépassant pas deux millions de dollars. A l'origine de la loi, d'autres critères déterminant le champ d'application avaient été envisagés. Il s'agissait notamment du nombre d'employés, de créanciers du débiteur, la valeur total des actifs, le chiffre d'affaires ou encore la nature de l'activité⁷⁶⁷. La volonté du législateur étant de permettre à un maximum d'entreprises

⁷⁶⁵ 11 U.S.C. 332 et 333

⁷⁶⁶ M. TANGER, « Le Bankruptcy Reform Act de 1994 », P.A., 1995, n°111, p.14

⁷⁶⁷ *Ibid*

d'accéder à cette procédure, les critères ont été assouplis. Dans le cadre de cette nouvelle procédure, le tribunal a la possibilité d'autoriser à la demande d'une partie la non-constitution d'un comité des créanciers, de réduire la période d'exclusivité du débiteur en vue de l'élaboration du plan à 100 jours au lieu de 120 jours. Les extensions des délais sont difficiles à obtenir, le débiteur devant démontrer des circonstances indépendantes de sa volonté. L'avantage principal de la procédure de réorganisation accélérée américaine est qu'elle permet aux entreprises ayant un montant de dettes peu important de bénéficier d'une procédure plus rapide donc moins coûteuse. Les actifs disponibles sont ainsi moins affectés par la procédure et un plus grand nombre de créanciers pourra espérer recouvrer leur créance dans des délais courts.

De même, la réforme de 1994 tente de limiter les frais administratifs et notamment ceux du *trustee* en confiant à l'*US Trustee* le contrôle de ses indemnités et du remboursement des dépenses qu'il déclare. « Le *BRA* de 1994 a spécifié son rôle en la matière, afin que l'on atteigne une certaine uniformité dans les pratiques. Les émoluments et frais dont le paiement est réclamé par les professionnels doivent être « raisonnables » et représenter « les dépenses présentes et nécessaires. » »⁷⁶⁸.

Le *BRA* aménage des dispositions plus favorables à certaines catégories de créanciers. Ainsi le débiteur doit rendre parfaite la sûreté donnée en garantie d'un prêt servant à l'achat d'un bien dans les 20 jours à compter de l'ouverture de la procédure, contre 10 jours auparavant, afin de prévenir l'annulation par le *trustee* de la garantie en vertu de son pouvoir de résiliation des droits préférentiels⁷⁶⁹. La période de revendication de ses biens par le vendeur est étendue de 10 jours à 20 jours. Le *trustee* avec l'accord du créancier peut autoriser le débiteur à restituer des biens au vendeur dans les 120 jours à compter de l'ouverture de la procédure si c'est dans l'intérêt du patrimoine de la faillite défini précédemment. Enfin, les membres du comité des créanciers ont la possibilité de demander le remboursement des dépenses nécessaires survenues dans l'exercice de leurs fonctions. La liste des dettes dont le débiteur ne peut se libérer est élargie, intégrant les amendes pénales ou les emprunts contractés pour payer des impôts fédéraux.

Poursuivant la logique de la loi de 1994, le *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act* de 2005 prévoit des dispositions améliorant également la situation des

⁷⁶⁸ M. TANGER, *Supra* note 67, 2002, p.21

⁷⁶⁹ 11 U.S.C. 547

créanciers.

- **Le Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act de 2005**

Le *BAPCPA* poursuit ce courant octroyant aux créanciers des prérogatives ou des extensions de pouvoirs qu'ils ne détenaient pas jusqu'à présent. Voyons quelles sont les plus importants apports de la réforme allant dans ce sens⁷⁷⁰.

Les créances des fournisseurs d'énergie requise pour la poursuite de l'activité sont garanties par l'*adequate protection*⁷⁷¹. Cette garantie voit sa définition élargie. Cette assurance adéquate de paiement peut désormais prendre en outre la forme d'un dépôt, d'une lettre de crédit, d'un certificat de dépôt. En pratique, cette modification devrait obliger le débiteur à prendre des dispositions à même d'assurer le paiement d'un tel service. Le délai pour fournir cette *adequate protection* est de vingt jours après la demande d'ouverture de la procédure. Si le débiteur faillit à cette obligation, le fournisseur peut interrompre la fourniture du service.

La nouvelle section 547 du code de la faillite permet au débiteur de vendre des biens grevés de sûretés en vue d'en distribuer la valeur aux créanciers bénéficiaires de ces garanties. Elle permet également au débiteur de poursuivre un de ses créanciers envers lequel il a une créance pour la recouvrer et ainsi permettre au montant de cette créance d'entrer dans le patrimoine de la faillite. Antérieurement à 2005, ce droit pouvait être exercé s'il était établi que la créance avait été constituée « dans le cours normal des affaires et de la relation financière entre le débiteur et le bénéficiaire ». La section 546, quant à elle, élargit le droit de revendication d'un vendeur de biens. Désormais, ce dernier peut reprendre possession de biens qu'il a vendus au débiteur alors que ce dernier était insolvable. Ce droit était limité dans le temps à 10 jours après réception des biens par le débiteur ou 20 jours si une procédure de faillite était ouverte pendant ce délai de 10 jours. Le *BAPCPA* étend ce droit l'octroyant au vendeur de biens pendant 45 jours après réception des biens par le débiteur si la vente a eu lieu avant l'ouverture de la procédure. Le code modifié ajoute qu'en cas d'échec à démontrer ce droit de revendication, le vendeur de biens peut toujours réclamer le paiement du prix des biens vendus en se fondant sur la section 503 relative aux frais administratifs. Ces diverses dispositions ont été critiquées comme étant un poids à l'apurement du passif du débiteur, augmentant de manière

⁷⁷⁰ J. BINFORD, *Supra* note 379, p.5

⁷⁷¹ 11 U.S.C. 366

significative le poids financier du débiteur et limitant ainsi le succès d'une réorganisation⁷⁷².

Les autres créanciers bénéficiaires de la réforme sont les employés, considérés comme les grands oubliés des réformes antérieures. La créance de salaire, que peuvent réclamer les employés, passe de 5000 dollars à 10 000 dollars, ce qui entraîne des conséquences financières énormes pour le débiteur⁷⁷³. Mais pour contrebalancer cet élan social, le nouveau code prévoit que les employés dits « employés clés », qui se voyaient accorder des bonus considérables pour rester dans l'entreprise, peuvent être rémunérés à partir du patrimoine de la faillite qu'avec approbation du tribunal. Le tribunal approuvera une telle rémunération s'il peut être rapporté que « ces employés ont reçu une offre d'emploi par une autre société avec un salaire équivalent; et les services fournis par l'employé sont indispensables à la survie de l'entreprise »⁷⁷⁴.

Enfin la réforme améliore l'information des créanciers. Elle prévoit que le *creditors' committee* est dans l'obligation de partager les informations relatives au débiteur avec les créanciers qu'il représente⁷⁷⁵. Ce comité de créanciers constitué de créanciers chirographaires⁷⁷⁶, et représentant ces derniers, joue un rôle important dans la procédure en matière d'investigation, d'assistance dans la formulation du plan ou encore de dénonciation des actes du débiteur qui lui semblent être contraires aux dispositions du Code de la faillite. Les membres des comités ont une obligation fiduciaire d'agir dans l'intérêt des créanciers qu'ils représentent, mais n'avaient pas l'obligation de partager avec ces derniers les informations recueillies et relatives au débiteur. Le *BAPCPA* modifie ce point en ce qu'il rend obligatoire le partage de ces informations pour les membres des comités avec les créanciers représentés. Bien que ce point augmente la transparence, il risque de rendre certains débiteurs réticents à partager des informations financières sensibles avec les créanciers membres des comités. De plus cette disposition pourrait encourager un concurrent du débiteur de racheter une créance pour avoir accès aux informations financières sensibles le concernant.

L'amélioration de la situation des créanciers permet de limiter les décisions unilatérales du

⁷⁷² B. LEONARD, *Supra* note 259, p.15

⁷⁷³ B. LEONARD, *Supra* note 259, p.15

⁷⁷⁴ 11 U.S.C. 503

⁷⁷⁵ 11 U.S.C. 1102

⁷⁷⁶ Un comité de créanciers chirographaires est obligatoire. *L'US Trustee* peut décider d'en nommer plusieurs, mais dans le but de limiter les coûts de la procédure, cela est rarement le cas.

débiteur, d'encourager le consensualisme des procédures de faillite et de rendre en conséquence la procédure du *Chapter 11* plus efficace. Cependant les professionnels du droit de la faillite sont dans l'attente de décisions jurisprudentielles permettant d'asseoir ce nouveau droit de la faillite.

Le droit américain prend ainsi une tournure plus « européenne » qui tend à se poursuivre au vu du contexte actuel de crise financière et les nouveaux enjeux sociaux du gouvernement en place aux Etats-Unis. Le droit français des entreprises en difficulté, quant à lui, continue sa lancée vers l'adoption de concepts américains. Entre assouplissement du droit français et durcissement du droit américain, le rapprochement entre ces deux systèmes est réel. Certains auteurs vont jusqu'à avancer que « les Etats-Unis semblent adopter une démarche plus européenne en matière de restructuration au moment même où l'Europe semble tendre vers une démarche plus américaine à leur égard »⁷⁷⁷.

Le droit français des procédures collectives a donc tout intérêt à prendre en compte les critiques portées au Chapitre 11 et les considérer comme une limite à l'influence du droit américain sur le droit français des entreprises en difficulté..

Plusieurs points méritent attention. Le droit français s'oriente vers une conception « pro-débiteur » de la faillite accordant à celui-ci une plus grande liberté et notamment plus de prérogatives. Or les critiques du droit américain nous démontrent qu'il est dans l'intérêt de la réorganisation de l'entreprise de limiter ces pouvoirs du débiteur par une intervention et/ou un contrôle des organes judiciaires ou des créanciers. La présence actuelle en France d'un administrateur ou autre mandataire judiciaire est un élément à conserver. Il permet une gestion saine et transparente de l'entreprise. Le caractère judiciaire de la procédure est donc à maintenir.

De plus, la procédure de sauvegarde doit laisser une place à l'intervention des créanciers, que ce soit lors de l'ouverture de la procédure ou lors de l'élaboration du plan. Ainsi, bien que la saisine exclusive du tribunal par le débiteur en matière de sauvegarde se comprend par le caractère préventif de la procédure, il est souhaitable que l'ouverture d'une procédure de redressement demeure à l'initiative du débiteur mais également des créanciers par la démonstration de l'état de cessation des paiements de leur débiteur. La considération d'état de cessation des paiements, très critiqué de nos jours⁷⁷⁸, doit être maintenue dans le droit des

⁷⁷⁷ B. LEONARD, *Supra* note 259

⁷⁷⁸ Voir première partie

entreprises en difficulté comme critère de l'obligation faite au débiteur de déclencher la procédure collective. Cela réduirait le risque de demandes d'ouverture de procédures trop tardives, aboutissant irrémédiablement à une liquidation.

En matière d'élaboration du plan, l'intervention des créanciers est également souhaitable pour contrebalancer les seuls intérêts du débiteur. Le droit français suite à la réforme de 2005 a fait de grands efforts dans ce domaine qui sont, comme nous l'avons vu, à poursuivre. Pour permettre une certaine efficacité à ce moment crucial de la procédure et encourager l'adoption du plan par les créanciers, il faut conserver en droit français la participation de l'administrateur à l'élaboration du plan, que ce soit pour guider le débiteur, c'est-à-dire l'assister comme en matière de sauvegarde, ou pour le suppléer dans le cadre d'un redressement judiciaire.

L'examen des défaillances du système américain démontre tout l'intérêt qu'a le droit français à maintenir les fonctions des organes judiciaires de manière générale pour limiter les pouvoirs du débiteur et ainsi éviter des procédures ouvertes de manière abusive.

Dans le même état d'esprit, pour éviter les ouvertures abusives de procédures de réorganisation, la suspension des poursuites automatique dès la demande d'ouverture de la procédure par le débiteur, soit l'*automatic stay*, ne devrait pas être reprise en droit français. En effet, un tel avantage attire les débiteurs plus soucieux d'obtenir des délais de paiement que de sauver leur entreprise. Il est donc intéressant de conserver une suspension des poursuites une fois la réalité des difficultés financières constatée judiciairement et le jugement d'ouverture prononcé⁷⁷⁹.

L'inspiration du droit américain est positive pour le droit français des entreprises en difficulté. Ce dernier devra cependant limiter cette influence pour éviter que les procédures collectives deviennent un moyen de gestion des risques et fassent l'objet d'abus.

Les critiques faites au droit américain de la faillite constituent, d'une part, une limite forte intéressante à l'influence de ce droit en droit français des entreprises en difficulté. D'autre part, cette influence trouve également une limite du fait du caractère international du droit de la faillite. En effet, le droit français des entreprises en difficulté doit prendre en compte non seulement des objectifs d'ordre national, mais il doit aussi envisager les conséquences internationales de l'ouverture d'une procédure collective. Cet aspect du droit de la faillite

⁷⁷⁹ Art. L.622-7 c.com.

constitue une limite non négligeable à l'influence d'un seul droit en droit français. L'influence américaine en droit français des procédures collectives trouve ses limites d'ores et déjà dans l'apparition de solutions alternatives, qu'elles aient été développées par des organismes internationaux ou directement par le législateur français.

CHAPITRE 2 LIMITES POSEES PAR LE

CARACTERE INTERNATIONAL DU DROIT DE

LA FAILLITE

Aujourd'hui le droit des affaires, dont le droit des entreprises en difficulté, n'est plus une affaire nationale. L'heure est à la mondialisation. Dans ce nouveau contexte, les Etats cherchent à rendre leurs droits nationaux attractifs pour attirer de nouveaux investisseurs sur leur territoire et développer l'économie nationale. Cependant l'existence de traitements différents des débiteurs et des créanciers entre les Etats peut conduire à l'existence d'un *forum shopping*⁷⁸⁰. Ainsi, dans un but de sécurité juridique, il est souhaitable que les droits en matière d'insolvabilité ne soient pas trop divergents. Le droit américain du fait de l'existence d'une cohabitation de deux droits en son sein, les droits étatiques et le droit fédéral constituent une source d'inspiration pour de nombreux organismes internationaux. Ces derniers ont entrepris des études sur le sujet d'une convergence des droits de la faillite. Deux idées ont été avancées : l'uniformisation du droit de la faillite et son harmonisation. Alors que la première solution bien qu'utopiste ne soit pas réalisable (I), la seconde fait aujourd'hui l'objet d'une considération toute particulière (II).

I. UNE UNIFORMISATION ENVISAGEE

Face à la nécessité d'une sécurité juridique pour les différents acteurs du droit des entreprises en difficulté, l'idée de modifier les droits nationaux de l'insolvabilité pour instaurer une réglementation unique a été avancée. En effet, cette solution représente un idéal puisqu'elle permettrait un traitement égal des créanciers et des débiteurs quelque soit le pays d'ouverture d'une procédure collective. L'uniformisation du droit de la faillite a donc été projetée en toute logique par la doctrine pour mettre fin au risque de *forum shopping*. Cependant, malgré l'existence de nombreux facteurs l'encourageant (A), la mise en œuvre de l'uniformisation du droit de la faillite présente trop de contraintes pour les différents Etats empêchant sa réalisation (B).

⁷⁸⁰ Le terme *forum shopping* se définit comme la « possibilité d'offrir à un demandeur la diversité des règles de la compétence internationale de saisir les tribunaux d'un pays appelé à rendre la décision la plus favorable à ses intérêts » dans G. CORNU, *Supra* note 97, p.410

A. Facteurs encourageant une uniformisation

L'uniformisation du droit de la faillite semble être la solution idéale se fondant sur plusieurs facteurs. Tout d'abord, les impacts économiques des faillites sont reconnus en matière d'emplois, d'investissements et même de création d'entreprises⁷⁸¹. Le soutien aux entrepreneurs et l'efficacité du désintéressement des créanciers sont autant d'éléments pris en compte par les entrepreneurs avant la création d'une entreprise dans un pays donné. Les Etats offrant un droit de la faillite tolérant envers le débiteur verront logiquement la création d'entreprises plus nombreuses que les Etats dont le droit de la faillite a pour finalité première le désintéressement des créanciers et qui encouragent donc les investissements et les financements des PME.

De plus, les économies nationales sont toutes orientées aujourd'hui vers l'international : la mondialisation est une réalité. Le droit des affaires s'affranchit des frontières étatiques. Il n'est pas rare pour une société de s'implanter à l'étranger et d'avoir donc des créanciers étrangers. Ainsi les faillites ont de plus en plus des orientations internationales. Il est nécessaire pour les Etats de prévoir des dispositions applicables pour les biens situés hors du territoire national. La divergence de solutions offertes par les droits nationaux dans des situations comportant une composante internationale similaire semble illogique voire dangereuse. L'existence d'un seul et unique droit de la faillite applicable serait une solution.

Du point de vue européen, une uniformisation pure et simple du droit de la faillite simplifierait de manière importante l'application des directives d'ores et déjà adoptées. En effet, à l'heure actuelle, les droits européens restent disparates en matière de faillite. L'exigence d'une transposition conduit ainsi à des disparités ou des incohérences dans les modalités de réception et d'interprétation de la directive dans les législations nationales. La « législation européenne est hétérogène dans ses manifestations »⁷⁸². En se penchant sur les réformes récentes des droits européens⁷⁸³, nous pouvons remarquer une tendance commune allant dans le même sens : le soutien du débiteur malchanceux et le désintéressement des

⁷⁸¹ A. PIETRANCOSTA et S. VERMEILLE, Le droit des procédures collectives à l'épreuve de l'analyse économique du droit, perspectives d'avenir ?, *RTDF*, mars 2010, p. 5, n° 94

⁷⁸² R. DAMMANN ET F. LACROIX, « Les lacunes du droit de la faillite internationale », *Rev. De droit bancaire et financier*, n°5, sept. 2009, dossier 25

⁷⁸³ Allemagne : le Code de 1999 voté en 1994 remplace la loi de 1877 et la loi sur le concordat de 1935 ; Italie : le texte de 1942 a connu des modifications importantes en 1998 ; Pays-Bas : loi du 17 juillet 2008; Grande-Bretagne : l'Insolvency Act de 1896 subit une réforme en 1994 et une autre en 2000 et l'Enterprise Act de 2002 dont le titre 10 traite des procédures d'insolvabilité.

créanciers. Au lieu d'ériger des droits convergents, adopter un droit uniforme applicable à ces différents pays pourrait être envisageable. La multiplicité et la fréquence des réformes relative au droit de la faillite pourraient encourager les législateurs à élaborer un texte commun.

Malgré les multiples facteurs encourageant l'adoption de règles uniformes du droit de la faillite, plusieurs limites s'opposent une telle uniformisation.

B. Limites à une telle uniformisation

L'uniformisation du droit de la faillite se trouve limitée, voire impossible, par l'existence de plusieurs facteurs. Ces freins sont principalement d'ordre culturel.

La faillite du groupe international financier Lehman Brothers⁷⁸⁴ et de sa filiale anglaise, Lehman Brother UK, a mis en exergue les lacunes du droit européen de la faillite et un vide juridique en la matière. D'après certains auteurs, l'affaire Lehman Brothers montre la nécessité « d'une règle de jeu commune » et de « la concentration du pouvoir de décision »⁷⁸⁵, notamment face aux banques où le besoin d'une régulation mondiale n'est plus discuté suite à la crise financière mondiale de 2007⁷⁸⁶. Ensuite, pour atteindre une uniformisation, il est nécessaire de pouvoir se baser sur des textes nationaux solides. Or le droit de la faillite en Europe est un droit en mouvement, connaissant de nombreuses réformes.

Un premier constat que chacun peut faire porte sur les philosophies juridiques différentes en matière de droit de l'insolvabilité. Si ces différences font le délice des spécialistes du droit comparé, elles sont un cauchemar pour les praticiens. Certes, ces différences ont leur légitimité : le droit de l'insolvabilité s'ancre dans une histoire nationale, celle du droit civil de chaque État. Cela concerne aussi bien les règles sur les contrats, la propriété des biens, les sûretés, les règles procédurales, le droit du travail comme le droit des sociétés, le droit fiscal, le droit pénal. Au-delà, l'ordre public, dont chaque État a sa propre conception, imprègne naturellement les règles applicables au maintien de politiques législatives nationales.⁷⁸⁷

En effet, certaines notions légales dépendent tellement de la culture politique de la société dans laquelle elles existent qu'imaginer leur transfert dans d'autres sociétés entraînerait des changements profonds de son système politique afin de pouvoir s'appliquer de manière

⁷⁸⁴ Le 15 septembre 2008, la banque Lehman Brothers déclare faillite et se met sous la protection du Chapitre 11

⁷⁸⁵ H. SYNDET, « La faillite Lehman Brothers : premiers enseignements », *Rev. De droit bancaire et financier*, n°5, septembre 2009, dossier 20

⁷⁸⁶ Crise dites des *Subprimes*

⁷⁸⁷ J.-L. VALLENS, « Quelles convergences pour améliorer le traitement des difficultés des entreprises dans l'Union européenne ? », *Revue Lamy Droit des affaires*, juin 2009, n°39

efficace⁷⁸⁸. Ainsi pour de nombreux auteurs, l'existence d'un droit unique n'est concevable qu'en présence de systèmes juridiques suffisamment homogènes.

Trouver un droit applicable aux pays de *Common Law* et de droit civil en outre n'est pas l'unique difficulté. Il faut également trouver un compromis afin que « la règle étrangère n'écrase pas une culture locale »⁷⁸⁹. En effet, bien que l'idée d'une uniformisation soit attirante, aucun Etat ne souhaite renoncer aux caractères propres de sa législation et à la liberté de son pouvoir judiciaire. Malgré la libre circulation des biens, des personnes et des services existant dans l'Union Européenne, ses Etats-membres veulent conserver un certain pouvoir décisionnel sur leur économie et les conditions sociales dans leur pays. Dans un objectif d'uniformisation législative à échelle mondiale, « il faudra affronter la contradiction qui se fait jour entre le caractère très national des interventions financières de la puissance publique et la prise à l'échelle internationale de décisions qui conditionnent ces interventions »⁷⁹⁰.

Ensuite, le droit de la faillite présente un intérêt économique pour les Etats qui souhaitent pouvoir conserver un contrôle en la matière. L'existence d'un droit unique causerait un transfert du pouvoir central et donc une perte de contrôle des pouvoirs législatifs nationaux. De plus, le droit de la faillite doit répondre à un besoin économique actuel. Or tous les Etats ne connaissent pas un développement économique à même vitesse. Dans un but de pragmatisme, le droit ne doit pas aller plus vite que l'économie. Le droit de l'insolvabilité doit ainsi être adapté à la situation économique locale. Une communautarisation ou uniformisation des droits est donc impossible⁷⁹¹.

Enfin, l'idée d'un texte unique pose problème quant à sa rédaction. Le premier souci est celui du temps. La confection d'un droit unique représente une tâche telle qu'une fois accomplie, les règles applicables risquent d'être désuètes. De plus, « une loi uniforme n'est jamais détaillée »⁷⁹² à cause des différences de vocabulaire juridique et linguistiques. Ainsi

⁷⁸⁸ G. TEUBNER, *infra* note 791, p.22

⁷⁸⁹ “a foreign rule [to be] imposed on a domestic culture” dans G. TEUBNER, « Legal Irritants : Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences », (1998) 61 *Modern L.R.* 11, p.12 [traduction par l'auteur]

⁷⁹⁰ H. SYNDET, *Supra* note 785

⁷⁹¹ Mme FRANKEN, dans W. KEUKENS, « Séminaire de l'université de Tilburg sur les évolutions récentes du droit de l'insolvabilité », compte-rendu du séminaire, *Eurofenix*, hiver 2007, p.35

⁷⁹² “Uniform law is never comprehensive”, J. BASEDOW, « The effects of Globalization on Private International Law », dans J. BASEDOW et T. KONO, *Legal Aspects of Globalization, Conflict of Laws, Internet, Capital Markets and Insolvency in a Global Economy*, Kluwer Law International, 2000, p.1 [traduction par l'auteur]

en cas de vide juridique, les législateurs nationaux devront recourir au droit national, ce qui va à l'encontre d'une uniformisation. Une juridiction commune dont une des fonctions serait d'interpréter la règle uniformisée serait nécessaire. Cependant, la création d'une telle institution serait une source supplémentaire de discorde entre les différents états.

Ces divers points avancés à l'encontre de l'éventualité d'une uniformisation du droit de la faillite à l'échelle européenne ou mondiale montrent les difficultés quasi-insurmontables que les législateurs nationaux rencontreraient lors de la tentative d'élaboration d'un droit uniforme. L'uniformisation du droit de la faillite n'est donc pas envisageable à l'heure actuelle. Au contraire, afin de faciliter l'application internationale des règles du droit de la faillite, une mise en commun des règles applicables en matière du droit de la faillite dans plusieurs pays est souhaitable afin de prendre en considération uniquement les règles considérées les plus efficaces. Cette mise en commun prend la forme d'une harmonisation observable depuis quelques temps à l'échelle européenne mais également mondiale.

II. UNE SIMPLE HARMONISATION ENVISAGEABLE

L'harmonisation du droit de l'insolvabilité prend la forme d'« un rapprochement entre deux ou plusieurs systèmes juridiques »⁷⁹³. Celle qui nous intéresse aujourd'hui est mondiale. L'harmonisation du droit de l'insolvabilité repose sur les études entreprises en droit comparé et fait l'objet d'un vif enthousiasme pour les professionnels, les universitaires et les organismes internationaux⁷⁹⁴. En effet, elle devient indispensable au bon fonctionnement du commerce international. Pour ce, l'harmonisation du droit de l'insolvabilité est fortement encouragée par plusieurs organismes internationaux qui proposent des modèles de règles à adopter (A). Nous verrons aussi qu'en l'absence d'adoption de ces règles par les différents Etats, une harmonisation « silencieuse » a lieu. Chaque Etat adopte un droit reposant sur les mêmes influences et reprenant en conséquence les mêmes principes. L'harmonisation du droit de l'insolvabilité est en cours par l'adoption de droits nationaux convergents (B).

⁷⁹³ G. CORNU, *Supra* note 97

⁷⁹⁴ M. DELMAS-MARTY, « Le phénomène de l'harmonisation : l'expérience contemporaine » dans B. FAUVARQUE-COSSON et D. MAZEAUD, *Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit*, Paris : Droit privé comparé et européen, 2003

A. Sur le plan international, harmonisation encouragée

A l'échelle mondiale, la pratique du droit de la faillite tirerait un avantage certain de l'harmonisation de la multitude de règles nationales applicables en la matière. Les besoins d'une harmonisation du droit de la faillite sur le plan international sont bien réels. « Un nombre croissant de problèmes sociaux reflète aujourd'hui une dimension internationale et ne peut trouver de solutions dans les droits nationaux »⁷⁹⁵. Une harmonisation présente de nombreux avantages. Elle permettrait d'éviter les pertes de temps relatives à la recherche du droit applicable dans un domaine où le temps est compté. Ensuite, une harmonisation faciliterait la mobilité des sociétés. « L'Histoire nous rappelle que la mobilité a toujours été une des forces motrices du développement économique et social »⁷⁹⁶. En effet, la faillite d'une société-mère entraîne celle de ses filiales à travers plusieurs pays. L'existence d'un texte harmonisé en matière de faillite ou insolvabilité éviterait de voir appliquer à une même procédure différentes lois nationales. Les créanciers seraient ainsi dans la possibilité de connaître la loi applicable et leurs droits avant l'ouverture d'une procédure et la détermination de la loi compétente. Enfin, un avantage certain d'une harmonisation du droit de la faillite est l'évitement d'un *forum shopping* par le créancier à la recherche du droit qui lui est le plus favorable.

Une harmonisation consiste à mettre en commun les droits de la faillite pratiqués dans différents Etats pour adopter les meilleures solutions dans les droits nationaux. Le droit français des entreprises en difficulté y trouverait certains avantages. En effet, certains points pourraient être corrigés tels que le caractère bureaucratique du droit français. En effet, « la transplantation des règles juridiques françaises conduit à un plus grand interventionnisme de l'Etat et à une inefficacité bureaucratique (...) et que cette voie sape l'efficacité des juridictions également »⁷⁹⁷. A l'inverse, certaines caractéristiques du droit des entreprises en difficulté « à la française » pourraient inspirer des juridictions étrangères. Ainsi, le taux élevé de succès des procédures informelles françaises de renégociation des dettes peut amener les droits étrangers à s'intéresser à notre droit⁷⁹⁸, ou

⁷⁹⁵ “[A]n increasing number of social problems have a global dimension today and can no longer be solved by national solutions” dans J. BASEDOW, *Supra* note 796, p.2 [traduction par l’auteur]

⁷⁹⁶ “History tells us that mobility has always been one of the driving forces of economic and social development” dans J. BASEDOW, *Supra* note 796, p. 3 [traduction par l’auteur]

⁷⁹⁷ DJANKOV, LA PORTA, LOPEZ-DE-SILANES et SCHLEIFER, « Courts », *Quartely journal of economics*, mai 2003.23

⁷⁹⁸ « Une analyse comparative des procédures de faillite : France, Allemagne, Royaume-Uni », *Regards sur les PME* n°16, Observatoire des PME 2008, p.16

encore ces derniers pourraient s'inspirer de la volonté affichée des juridictions commerciales françaises de sauvegarder l'emploi, en facilitant la poursuite de l'activité et en réduisant l'effet domino de la faillite.

Plusieurs organismes internationaux se sont ainsi penchés sur le sujet pour élaborer des lignes directrices, des protocoles, des règles commerciales ou des exemples d'accords que les Etats pourraient adopter en tant que solutions aux divers problèmes existant dans le milieu des faillites internationales tels que ceux relatifs à la détermination des procédures principales ou secondaires, la répartition des biens ou encore l'ouverture de la procédure⁷⁹⁹. Le droit américain est ici une source d'inspiration intéressante. En effet, le droit de la faillite est une matière fédérale qui réussit la conciliation des préoccupations étatiques avec celles fédérales. Le droit américain de la faillite est ainsi un modèle de droit supra-étatique éclairant dans des perspectives d'harmonisation de ce droit. Ainsi, les travaux dans ce domaine reflètent de manière importante une approche américaine. Parmi les organismes œuvrant pour l'application d'un droit à orientation américaine se trouvent notamment l'Association Internationale du Barreau (*International Bar Association*), qui a promulgué en 1989 une loi-modèle sur la coopération internationale en matière d'insolvabilité et un concordat pour les faillites transfrontalières proposant des principes généraux en 1996, la Banque Mondiale⁸⁰⁰ dont les rapports annuels « *Doing Business* » ne s'efforcent à démontrer la supériorité des pays de *Common Law* sur les pays de droits civils, ou encore de l'association Insol International constituée d'avocats et de praticiens du droit de l'insolvabilité de tous les pays⁸⁰¹. D'autres travaux sur lesquels nous nous pencherons dans le cadre de cette thèse et servant de référence internationale sont ceux élaborés par la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI) (1), et l'Union Européenne (UE) (2).

1. Les travaux de la CNUDCI

La Commission des Nations Unies pour le Droit du Commerce International voit le jour le

⁷⁹⁹ R. F. BROUDE, « Some comments on harmonization of jurisdictional and recognition rules », 33, dans J. S. ZIEGEL, *Current developments in international and comparative corporate insolvency law*, Clarendon Press, Oxford, 1994 ; M. TURGEON, « L'harmonisation du droit de l'insolvabilité transfrontalière en matière commerciale : tentatives, échecs et solutions pratiques » *Les Cahiers de droit*, vol. 38, n° 1, 1997, p. 167-229.

⁸⁰⁰ World Bank, « Principles and guidelines for effective insolvency and creditors' rights », 2001 sur le site de la World Bank: <http://www.worldbank.org/gild>.

⁸⁰¹ Voir également les travaux de l'OHADA (Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires) qui a adopté en 1998 un acte uniforme relatif aux procédures d'insolvabilité pour 16 Etats africains. Cf. J.-L. VALLENS, *L'insolvabilité des entreprises en droit comparé*, Joly Editions, 2011, p.135

17 septembre 1966 suite à la résolution 2102 du 20 décembre 1965 dans le but d' « aborder très prudemment la prospection des aspects juridiques du nouvel essor économique international ». Son objectif est de veiller à la coordination des initiatives internationales d'unification et d'harmonisation du droit commercial. Pendant longtemps les travaux de la CNUDCI reflètent une influence des pays de *Common Law*. Peu d'Etats de droit civil sont représentés. Cette situation change avec l'arrivée au secrétariat de la commission de deux Français, le Pr. Mouly et Renaud Sorieul, et le déplacement du siège de New York à Vienne⁸⁰².

Antérieurement à la création de la CNUDCI, les organismes chargés de l'harmonisation du droit commercial⁸⁰³ ont connu plusieurs difficultés⁸⁰⁴. Une harmonisation en la matière était ralentie par des difficultés relatives aux modifications des lois et pratiques nationales, de l'absence d'organisme spécialisé disposant d'une autorité mondiale⁸⁰⁵, du fait que les pays en voie de développement qui venaient d'obtenir leur indépendance n'ont que peu participé aux tâches d'harmonisation entreprises et enfin parce qu'il n'existait pas de coopération et de coordination suffisantes entre les différents organismes chargés de l'harmonisation du droit commercial. En conséquence, les résultats de leurs recherches se chevauchent entraînant une anarchie et un « gaspillage d'efforts »⁸⁰⁶. Face à ce constat, l'ONU était l'organisme disposant de la plus grande notoriété pour tenir le rôle de coordinateur dans le domaine de l'harmonisation du droit⁸⁰⁷. Elle est ainsi la référence en matière d'harmonisation des règles juridiques.

Au fil des années, la CNUDCI a rédigé deux travaux en vue d'encourager une harmonisation du droit de la faillite : la loi-type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale en 1997 et le guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité en 2004.

⁸⁰² J. LEMONTE, « Les débuts de la C.N.U.D.C.I et l'expérience française », *PA* du 18 déc. 2003 n°252, p. 19

⁸⁰³ Avant la création de la CNUDCI, les organismes chargés de l'harmonisation et de la création d'un droit commercial international étaient les organes des Nations Unis tels que la Conférence des Nations Unis pour le commerce et le développement (CNUCED), les organes à vocation universelle tels qu'UNIDROIT et la conférence du droit international privé de La Haye, les organismes et groupements intergouvernementaux régionaux tels que la Communauté Economique Européenne, Organisation des Etats Américains, les chambres de commerce internationales, le comité international maritime, l'association de droit international...

⁸⁰⁴ Obstacles établis dans le rapport de Clive Schmitthoff et le rapport du secrétariat général lors de la 21^e session en 1966, Document A/6396 (annuaire de la C.N.U.D.C.I., volume I : 1968-70 A/CN.9/SER.A/197)

⁸⁰⁵ M. LUBY, « La C.N.U.D.C.I. et l'intégration régionale », *PA*, 18 déc. 2003 n°252, p.28

⁸⁰⁶ Document A/6396 (annuaire de la C.N.U.D.C.I., volume I : 1968-70 A/CN.9/SER.A/197) §210 d)

⁸⁰⁷ J. A. ESTRELLA FARIA, « La C.N.U.D.C.I et les autres organisations internationales », *PA* du 18 déc. 2003 n°252, p.21

- **La loi-type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale**

Dans le domaine de la faillite, la CNUDCI a beaucoup œuvré. L'exemple d'un texte élaboré par la CNUDCI en matière de faillite est la loi-type ou loi-modèle sur l'insolvabilité internationale de 1997⁸⁰⁸. Ce travail fut inspiré notamment par la Convention européenne sur les procédures d'insolvabilité et présente le même champ d'application, la même hiérarchie entre faillite principale et faillites secondaires, les mêmes obligations prescrites, les mêmes destinations retenues, tout en étant moins inspirée que l'Union Européenne par les intérêts politiques et économiques. De plus, la CNUDCI contrairement à l'Union Européenne ne dispose pas de juge supranational dans le but d'uniformiser l'interprétation des textes et de les rendre effectifs.

La loi-type de la CNUDCI prévoit la reconnaissance et l'assistance pour les procédures d'insolvabilité ouvertes à l'étranger. Elle propose une méthode de reconnaissance des praticiens de l'insolvabilité étrangers, leur permettant de demander « toute mesure appropriée ». Cette loi-type ou loi-modèle a fait l'objet de nombreuses adaptations notamment en Pologne, au Mexique, au Japon, en Afrique du Sud, en Roumanie et aux Etats-Unis qui l'intègre en créant un nouveau chapitre au titre 11 de son Code fédéral : le Chapitre 15⁸⁰⁹. Cette loi-type se limite cependant aux relations internationales alors qu'une harmonisation des solutions dégagées au niveau national est à souhaiter⁸¹⁰.

- **Le guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité**

La CNUDCI a également adopté, le 25 juin 2004, le guide législatif sur le droit de l'insolvabilité⁸¹¹. Ce guide présente des recommandations permettant de résoudre de manière efficace et rapide les difficultés financières des débiteurs dans un contexte national ou local. La CNUDCI prône une harmonisation en droit de la faillite en suggérant à chaque pays les orientations à suivre⁸¹².

La quatrième partie de ce guide est consacrée aux procédures de redressement. Dans cette

⁸⁰⁸ J.-L. VALLENS, « La loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale », D. 1998, chron., p. 157 ; H. LYONS et J. TILLMAN, « Insolvabilité internationale : un patchwork », *Eurofenix*, automne 2005, p.11

⁸⁰⁹ D. M. GLOSBAND, "Comparison of chapter 15 to model law", International Insolvency Institute, LIBC/1794570.2, www.iiiglobal.org

⁸¹⁰ H. KENFACK, « La limitation des textes de la C.N.U.D.C.I. aux relations internationales », *P.A.*, 18 déc. 2003, n°252, p.75

⁸¹¹ Présentation du guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité sur http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/insolvency/2004Guide.html

⁸¹² J.-L. VALLENS, « Le guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité : vers l'harmonisation du droit de la faillite ? », D. 2004, p.2420.

partie, le guide recommande un droit de l'insolvabilité souple offrant un panel de solutions possibles pour trouver celle correspondant le mieux à une situation précise, tout en fixant des principes directeurs. Ces principes sont relatifs notamment au rang de priorité des créanciers, le fait que les créanciers devraient recevoir autant que ce qu'ils auraient reçu dans une procédure de liquidation à l'image du principe du *Best Interest Test* existant en droit américain. L'adoption de notions de droit américain est encouragée par la CNUDCI, dont la classification des créanciers selon leurs droits respectifs, le fait que les créanciers non affectés par le plan ne doivent pas se prononcer ou encore que le plan sera considéré approuvé s'il est adopté par une majorité de classes à condition qu'au moins une classe affectée par le plan ait voté en sa faveur⁸¹³. La CNUDCI suggère aussi l'adoption d'une procédure de redressement accélérée⁸¹⁴. Le guide législatif reprend également des concepts européens dont l'intervention d'un organe judiciaire afin de renforcer la confiance des créanciers au cours de la procédure.

Le guide sert de base de travail pour de nombreux états. Il propose comme solution une procédure intermédiaire entre la procédure américaine du Chapitre 11 et une procédure reprenant une conception européenne. L'encouragement certain à suivre ces recommandations conduit le législateur français à adopter des notions américaines du droit de la faillite tout en limitant son influence. L'harmonisation mondiale du droit de la faillite est en cours. A plus petite échelle, celle de l'Union Européenne, de nombreuses tentatives d'harmonisation des droits européens de la faillite ont déjà eu lieu mais n'ont pas connu le succès espéré.

2. Les tentatives d'harmonisation par l'Union Européenne

L'harmonisation du droit de la faillite au sein de l'Union européenne n'est pas une chose aisée du fait de l'existence d'une multitude de droits de la faillite reprenant des spécificités nationales, mais également car le droit de la faillite est un droit ayant des répercussions dans de nombreux autres domaines du droit. La convention de Bruxelles du 25 septembre 1968 sur l'application et la reconnaissance des jugements avait, en conséquence, expressément exclu, dans son titre I, les procédures d'insolvabilité de son champ d'application. De nombreuses tentatives ont eu lieu pour parvenir à un droit harmonisé de la faillite mais très peu de traités

⁸¹³ Recommandations 145 et s. du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité, *Supra* note 812

⁸¹⁴ Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité p.360, *Ibid*

sont aujourd'hui en vigueur⁸¹⁵.

Les premiers travaux d'harmonisation du droit de la faillite en Europe datent de 1963. Il s'était révélé nécessaire d'élaborer une convention distincte de celle de Bruxelles. Durant son élaboration, le Royaume-Uni intègre la Communauté Européenne rajoutant des difficultés dues à son système juridique différent des autres Etats-membres. Le Royaume-Uni a un système juridique de *Common Law* alors que les autres membres de la CE étaient, à l'époque, principalement des Etats de droit civil.

Une deuxième proposition de texte harmonisé vit le jour en 1970. Elle proposait comme solution la création d'une juridiction unique européenne compétente en matière de faillite. La loi applicable serait la *lex fori*. « Cependant, au Royaume-Uni, la doctrine souleva les difficultés fondamentales d'harmoniser la loi britannique avec des conventions dont les termes reflètent une conception civiliste »⁸¹⁶.

Après une tentative d'harmonisation du droit de la faillite par le Conseil de l'Europe en 1980 qui aboutit à un échec, la Convention Européenne sur certains aspects internationaux de la faillite, dite Convention d'Istanbul, fut adoptée en février 1990. Mais la convention n'a été ratifiée que par la République de Chypre.

A la suite d'un nouvel échec en 1995, une nouvelle proposition à l'initiative de la Finlande et l'Allemagne est présentée au Conseil de l'Europe. Elle suggérait une simplification de la reconnaissance et de l'application des décisions étrangères rendues en matière d'insolvabilité. Cette proposition aboutit à l'adoption du Règlement CE n°1346/2000 sur les procédures d'insolvabilité du 29 mai 2000 qui entra en vigueur le 29 mai 2002 modifié par le règlement CE n°603-2005 du 12 avril 2005 qui prévoit des règles de reconnaissance et d'exécution des procédures d'insolvabilité ouvertes dans un Etat-membre. Ce règlement définit dans son article 1^{er} les procédures d'insolvabilité comme « les procédures collectives fondées sur l'insolvabilité du débiteur, qui entraînent le dessaisissement partiel ou total de celui-ci, ainsi que la désignation d'un syndic ».

Vu les enjeux d'une harmonisation du droit de la faillite en Europe, plusieurs questions se

⁸¹⁵ T. M. GAA, « Harmonization of International Bankruptcy Law and Practice », *The International Lawyer*, 1993, vol.27, n°4, p.881-911

⁸¹⁶ « Commentators in the United Kingdom, however, did point to the fundamental difficulties of harmonising British law with convention terms that reflected the underlying views of civil law systems » dans P. J. Omar « Genesis of the European Initiative in Insolvency Law », *International Insolvency Review*, 2003, 12(3), p.153 [traduction par l'auteur]

posent :

Faut-il communautariser le droit de l'insolvabilité, que ce soit par le biais d'un texte européen ou par celui d'un traité entre les Etats-membres ? Faut-il s'inspirer des régimes favorables aux créanciers ou, au contraire, des régimes favorables au débiteur calqués sur le Chapitre 11 américain ? En outre, quel devrait être le rôle des institutions communautaires ? ⁸¹⁷

Une harmonisation est nécessaire et les institutions communautaires doivent œuvrer dans ce sens⁸¹⁸. Une harmonisation des règles de droit en matière de faillite au sein de l'Union Européenne apporterait plusieurs avantages : accroître la confiance des créanciers et leur participation financière et commerciale à l'entreprise et offrir au sein de l'Union Européenne une protection équivalente pour les créanciers présents dans les différents Etats-membres. Une telle harmonisation pourrait prendre la forme d'une reformulation du règlement communautaire du 29 mai 2000 en vue d'accroître les règles communes à tous les systèmes, de directives selon le modèle du guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité laissant une souplesse d'adaptation aux Etats-membres ou encore confier à la Commission européenne une mission d'évaluation des droits européens de l'insolvabilité. Cette dernière approche est celle retenue aujourd'hui par le Parlement européen qui a établi en 2010 un rapport sur l'harmonisation du droit de l'insolvabilité au niveau de l'Union Européenne⁸¹⁹. Ce rapport mentionne la possibilité d'un rapprochement des législations dans le domaine de l'insolvabilité de la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité au paiement et vérification des créances. Un tel rapprochement est envisageable au-delà des règles de reconnaissance ou d'exécution des décisions étrangères déjà en vigueur.

La prévention et l'anticipation des difficultés financières des entreprises sont souhaitées également par l'Union Européenne⁸²⁰. En effet, il existe en Europe une certaine méfiance à l'encontre de la défaillance d'entreprise. L'Union Européenne tente d'encourager les activités entrepreneuriales afin de faire disparaître les effets négatifs et le discrédit liés à l'état d'insolvabilité⁸²¹. Bien que l'Union Européenne prône pour le sauvetage des entreprises en difficulté, elle met l'accent sur l'importance de distinguer les entreprises non viables de celles qui ont une chance de survie. La prévention des défaillances est une priorité. L'Union Européenne voit dans la défaillance d'une entreprise une possibilité d'apprendre. Les entrepreneurs qui ont connu l'échec sont conscients des multiples difficultés et doivent être

⁸¹⁷ Mme FRANKEN, *Supra* note 792, p.34

⁸¹⁸ B. OPPETIT, « Retour à un droit commun européen » dans *Supra* note 795, p.15.

⁸¹⁹ PE note n° 419.633 de 2010

⁸²⁰ L'UE mise sur l'anticipation des difficultés avec la mise en ligne d'un « business health check »

⁸²¹ Commission européenne, « Insolvabilité et faillite » sur

<http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/business-environment/failure-new-beginning/> (1^{er} février 2011)

encouragés à prendre un nouveau départ. La restructuration devient une « destruction créative »⁸²². L'Union Européenne adopte une conception américaine de la faillite. Elle se tourne ainsi vers un désir de mettre en commun un droit intermédiaire à échelle européenne.

L'intérêt de l'harmonisation du droit de la faillite est grandissant tel que nous le démontre les travaux entrepris par les Nations-Unis et l'Union européenne. Le droit américain demeure une source d'inspiration mais n'est pas la seule. Les travaux internationaux démontrent l'intérêt de se pencher sur l'étude de ce droit tout en prônant les avantages d'une influence mitigée et l'adoption de droits intermédiaires.

Ainsi, en l'absence de textes en vigueur, les Etats procèdent à l'échelle nationale dans un but d'efficacité à une harmonisation naturelle en adoptant des droits intermédiaires.

B. Sur le plan national, vers des droits nationaux intermédiaires

L'étude de droit comparé des droits américains et français de la faillite ont démontré un vif intérêt pour les législateurs de s'inspirer des droits voisins même issus d'un système juridique distinct. Le législateur français n'a pas hésité à adopter des concepts nouveaux provenant de la *Common Law*⁸²³ en droit des entreprises en difficulté, notamment l'idée du *trust*. De son côté, le droit américain adopte une conception européenne de son droit par la réforme de 2005. Ce rapprochement des droits, considérés inconciliables car reposant sur des systèmes juridiques différents, n'est pas l'objet d'un accord entre la France et les Etats-Unis mais le fruit du droit comparé. Nous observons ainsi une « convergence naturelle des droits de l'insolvabilité »⁸²⁴. La différence de systèmes juridiques n'est plus un obstacle.

Ce mouvement pourrait s'étendre pour atteindre un niveau mondial. En effet, les législateurs

⁸²² Site de l'Union Européenne sur http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/business-environment/failure-new-beginning/second-chance-explained/financial-problems_en.htm (1er février 2011)

⁸²³ Cette approche s'est observée récemment en matière de sûretés avec l'adoption en droit français du *trust*, de l'hypothèque rechargeable inspirés du droit anglo-saxon ou encore du patrimoine d'affectation institué par la loi de 2010 sur l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée. Ainsi, la fiducie inspirée du *trust* anglo-saxon est (ré-) apparue en France par une loi du 19 février 2007 (Loi 2007-211). Ce procédé permet à un débiteur, le constituant, de transférer des actifs en tant que garantie, dans un patrimoine d'affectation géré par un banquier-fiduciaire, au bénéfice d'un créancier. En cas de défaut de remboursement de la créance, le fiduciaire devra réaliser les actifs afin de désintéresser le créancier. De même, l'hypothèque rechargeable inspirée également du droit anglo-saxon et des *mortgages* existant aux Etats-Unis est introduite en droit français en 2006 (Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 sur les sûretés ; T. DE RAVEL D'ESCLAPON, « L'hypothèque, une sûreté décidément bien en vue », *D.* 2008, p.2021) pour faire concurrence au système de cautionnement du crédit immobilier. Cette « nouvelle hypothèque » permet d'affecter un bien immobilier en garantie d'autres créances que celles mentionnées par l'acte constitutif (art. 2422 c. civ.) et donc peut servir en garantie de créances futures. Ces innovations en matière de sûretés ont comme objectif de renforcer le recours au crédit en offrant aux créanciers de nouvelles protections.

⁸²⁴ J.-L. VALLENS, *Supra* note 802, p.139

nationaux recherchent un droit de la faillite efficace qui répond à deux objectifs recherchés : le désintéressement des créanciers et le droit à une seconde chance. Les Etats à la recherche de l'accomplissement de ces objectifs se tournent vers les mêmes sources d'influence, notamment le guide législatif de la CNUDCI, les travaux de l'UE ou encore de manière directe le Chapitre 11 du droit américain. En effet, que ce soit en Europe ou en Amérique⁸²⁵, les législateurs adoptent, au niveau national, des principes similaires tels que l'existence de critères d'ouverture d'une procédure collective pour éviter les abus, encourager la prévention et les solutions amiables, le droit à une seconde chance, le *fresh start*, l'implication des créanciers ... Les réformes entreprises par les différents Etats reprennent ces principes. Les droits nationaux de la faillite convergent vers une même direction.

En l'absence de travaux en matière d'harmonisation, il semblerait qu'une convergence aurait également lieu. La France en est un bon exemple. Elle adopte une conception de la faillite proche de celle défendue par l'UE ou la CNUDCI en s'inspirant directement du droit américain. Comme nous l'avons déjà mentionné, le droit américain est une source directe d'inspiration pour de nombreuses législations.

Un autre constat peut ainsi être fait. Les divers principes repris dans les réformes des droits nationaux de la faillite sont pour la plupart des principes existant en droit américain de la faillite. Ainsi les Etats de manière individuelle procèdent à une harmonisation de leur droit sur le modèle américain. De nombreuses voix se regroupent pour défendre l'idée que les pays de *Common Law* sont plus propices au développement économique d'un pays que les pays de droit civil⁸²⁶. Le droit américain de la faillite devient une source d'inspiration autant pour les législateurs nationaux, mais également pour les organismes internationaux. Les Etats-Unis, étant une fédération, présentent un modèle de conciliation des intérêts nationaux avec des préoccupations fédérales à travers le droit de la faillite qui est un droit fédéral. Ils ont réussi à aller au-delà des difficultés nées du respect des spécificités locales pour ériger un droit supra-étatique. Le droit américain de la faillite est ainsi un modèle d'harmonisation également pour la CNUDCI et l'Union Européenne. Il existe ainsi un mouvement d'harmonisation orientée

⁸²⁵ « L'insolvabilité des entreprises. Allemagne, Italie, Grande-Bretagne, Pays-Bas, Etats-Unis, Canada » 1^{er} mars 2003 sur <http://service-public.fr>

⁸²⁶ Il s'agit notamment de la Banque Mondiale qui depuis 2004, dans les rapports annuels « Doing Business », compare les droits des affaires, dont le droit de l'insolvabilité, de 188 pays et s'efforce d'encourager l'influence des droits des pays de *Common Law*, dont le fameux Chapitre 11 ; R. LA PORTA, F. LOPEZ-DE-SILANES, A. SHLEIFER, R. W. VISHNY, « Law and Finance », *Journal of Political Economy*, 1998, p.1113-1155 ; P. J. OMAR, « Wrongful Trading: Prospects for a harmonizing Text in the European Union » *International Corporate Rescue*, Vol. 1, Issue 6, London: Kluwer Law International, 2004, p.294

vers une conception américaine du droit de la faillite en l'absence de tout texte ratifié par les Etats. Ce phénomène nous amène à constater que les droits nationaux de la faillite convergent vers des droits intermédiaires conservant leurs spécificités et présentant des solutions similaires et efficaces pour les entreprises en difficulté et leurs créanciers similaires.

Le rapprochement des droits de la faillite est réussi d'un point de vue conceptuel et juridique. Reste à espérer que les mentalités économiques suivront afin d'appliquer de manière efficace ces nouveaux droits⁸²⁷.

⁸²⁷ Dans cette optique, il pourrait s'avérer intéressant de se pencher sur le cas du droit fédéral canadien de la faillite qui a réussi à concilier deux cultures juridiques : la *Common Law* et le droit civil. Au sujet de l'harmonisation du droit fédéral canadien face au bijuridisme : A. BOHEMIER, "La faillite et l'insolvabilité" dans *The Harmonization of Federal Legislation with Quebec Civil Law and Canadian Bijuralism* (Canada : Department of Justice Canada : 1997) p.541 ; J.-M. BRISSON et A. MOREL, « Droit fédéral et droit civil : complémentarité, dissociation » dans *Ibid*, p.213; R. BROUDE, *Supra* note 800, p. 729; J. CHAMBERLAND et L. MORENCY, "Partage et chevauchement des compétences fédérale et provinciales en matière de faillite au Québec" dans E. SCHAEFFER, *Institut international de Droit d'expression et d'Inspiration Françaises : Droit des entreprises en difficulté*, Paris : Bruylant, 1991, p. 164.

BIBLIOGRAPHIE

DOCTRINE : OUVRAGES GENERAUX, DICTIONNAIRES, ENCYCLOPEDIES JURIDIQUES

BAIRD,

- *Elements of Bankruptcy*, Foundations Press Inc., 1992

CORNU (G.)

- *Vocabulaire juridique*, Quadriga/ PUF, 4^e éd., 2003

BROWN (Hon. W. H.)

- *The law of debtors and creditors*, part. VI, chapt. 16A, nov.2009, www.westlaw.com

DE JUGLART (M.) et IPPOLITO (B.),

- *Droit commercial – Règlement judiciaire et liquidation des biens- Faillite personnelle – Suspension provisoire des poursuites*, Montchrestien, 2^e éd., 1977

Lamy Droit Commercial, 2008

EPSTEIN (D.), NICKLES (S.), WHITE (J.)

- *Bankruptcy*, Hornbook series, West publishing Co., 1993

FOLSOM, LEVASSEUR

- *Pratique du droit des affaires aux Etats-Unis*, Précis Dalloz, 1995

FREY (M.A.), FREY (P. H.), McCONNICO (W. L.)

- *An Introduction to Bankruptcy Law*, West Legal Studies, 2nd éd., 1992,

GROPPER (A. L.) et BELTZER (H.)

- *International Insolvency*, Juris Publishing, Vol.2, 2000

GUYON (Y.)

- *Droit des affaires*, T.1, Droit commercial général et sociétés, Economica, 11^{ème} éd., 2001
- *Droit des affaires*, T. II, Entreprises en difficultés. Redressement judiciaire - Faillite,

Economica, 7ème éd., 1999

HAY (P.)

- *Law of the United States, overview*, Verlag c.H. Beck Munich, 2002.

JACQUEMONT (A.)

- *Procédures collectives*, 6e éd., Litec, 2009.

JEANTIN (M.) et LE CANNU (P.)

- *Entreprises en difficulté*, Dalloz, 7è éd., 2007

KLEE (K. N.)

- *Bankruptcy and the Supreme Court*, American College of Bankruptcy, Lexis Nexis, 2008

LE CANNU (P.)

- *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, refonte de l'ouvrage de M. Jeantin, 7e éd., Précis Dalloz, 2006

LE CORRE (P.-M.)

- *Droit et pratique des procédures collectives*, 2008/2009, Dalloz Action, 4e éd.

LIENHARD (A.)

- *Procédures collectives*, 3e éd., Delmas, 2009

PEROCHON (F.) ET BONHOMME (R.)

- *Entreprises en difficulté - Instruments de crédit et de paiement*, 7e éd., LGDJ, 2006

RIPERT (G.) et ROBLOT (R.)

- *Traité du droit commercial*, T.2, Contrats commerciaux, effets de commerce, banque, bourse, procédures collectives, 15è éd., 1996

SAINT-ALARY-HOUIN (C.)

- *Droit des entreprises en difficulté*, Montchrestien, 4ème éd., 2001

TANGER (M.)

- *La Faillite en Droit Fédéral des États-Unis*, Economica, 2002

WESTBROOK (W.)

- *The law of debtors and creditors, Text, Cases and Problems*, Little, Brown & Co., 3rd. ed., 1996

DICTIONNAIRE PERMANENT

- « Loi de sauvegarde des entreprises », Bull. 263, Septembre 2005.

DICTIONNAIRE PERMANENT, DROIT DES AFFAIRES

- « Réforme du droit des entreprises en difficulté », Bull.647, Septembre 2005, p.6115

DOCTRINE : OUVRAGES SPECIAUX, THESES

BARRIERE (F.)

La réception du Trust au travers de la fiducie, Thèse pour le doctorat en droit, Paris II, présentée en 2001

BAUDRON (A. M.)

- *La suspension provisoire des poursuites et l'apurement collectif du passif selon l'ordonnance du 23 septembre 1967*, Préface Chr. Gavalda, Paris, 1972

BROUDE (R. F.)

- *Reorganizations under Chapter 11 of Bankruptcy Code*, ALM Properties inc. Law Journal Press, 2005, 12-19

CAPOEN (A.-L.)

- *La responsabilité bancaire à l'égard des entreprises en difficulté*, Thèse de doctorat, sous la direction de C. Saint-Halary-Houin, 2008, p.54 sur <http://www.biu-toulouse.fr/uss/scd/theses/fiches-pdf/capoen-a-l/ThALCapoen.pdf>

CHVIKA (E.)

- *Droit privé et procédures collectives*, thèse, Paris II, 2003, n° 257

DE TOQUEVILLE (A.)

- *De la démocratie en Amérique II*, Folio histoire, 1993, p.219

DEWING (A. S.)

- *The financial policy of corporations*, 5^e é d., 1953, p. 1418-19

DOLE (R.)

- *Le cauchemar américain : Essai pamphlétaire sur les vestiges du puritanisme dans la mentalité américaine actuelle*, v/b éditeur, (Québec) Canada, 1996

GDJIDARA (S.)

- *L'endettement et le droit privé*, LGDJ., thèse, Bibl.dr.priv., t.316, 1999, n°389

GUILLIERON (P.-R.)

- *Poursuites pour dettes, faillite et concordat*, Coll. Juridique Romane, 3^e ed., Payot, Lausanne, 1993

HOPPIT (J.)

- *Risk and failure in English Business 1700-1800*, Cambridge University Press, 1987

JUDE (J.-M.)

- *Le droit international privé des procédures de surendettement des particuliers*, Université de Paris sud XI, thèse 2001

LASSALE (J.-P.)

- *La démocratie américaine, autonomie d'un marché politique*, Armand Colin, 1991

LAZIC (V.)

- *Insolvency proceedings and commercial arbitration*, Kluwer Law, La Haye, 1998

LIKILLIMBA (G. A.)

- *Le soutien abusif d'une entreprise en difficulté*, Litec 2^e éd., 2001, p.164, n°173

MESTRE (J.)

- *Réflexions sur l'abus de droit de recouvrer sa créance*, Mélanges Raynaud 1985, p.439

MICHEL (M.)

- *Le concordat préventif de la faillite*, thèse pour le doctorat, Université de Paris, 1915

NEUVILLE (S.)

- *Le plan en droit privé*, LGDJ, 1998, n°128, p.128

RANDOUX (D.)

- *La spécialisation des sociétés*, Mélanges Weill, 1983, p.471

ROUSSEL-GALLE (Ph.)

- *Réforme du droit des entreprises en difficulté, de la théorie à la pratique*, Litec, 2ème éd., 2007, 653

SENECHAL (M.)

- *Effet réel de la procédure collective, essai sur la saisie collective du gage commun des créanciers*, éd. Litec, bibl. dt. Entr., 2002

TANGER (M.)

- *Les créanciers antérieurs dans la loi fédérale américaine sur la faillite*, Economica 2002

VALLENS (J.-L.)

- *L'insolvabilité des entreprises en droit comparé*, Joly Editions, 2011

VAN GYSEL

- *Les masses de liquidation en droit privé : Faillites –successions – communautés-sociétés*, Collection de la Faculté de Droit de l'Université de Bruxelles, 1994

DOCTRINE : ARTICLES

AFFAKI (G.)

- « Les sûretés dans le négoce international », JDI, 3, 2000, p.646

AMENGUAL (H. D.)

- « Projet de loi de sauvegarde des entreprises anticiper pour restructurer », Décideurs : Stratégie, finance et droit, n°65, 15 mai-15 juin 2005, p.74

J.-P. BERAUDO

- *Les trusts anglo-saxons et le droit français*, Paris, L.G.D.J, 1992

BESSE (A.) et MORELLI (N.)

- « Le prepackaged plan à la française : pour une saine utilisation de la procédure de sauvegarde », *JCPE*, n° 25, 18 Juin 2009, p.1628

BINFORD (J.)

- “Ten Most Important Changes Affecting Chapter 11 Practice”, in *Understanding the Bankruptcy Reform Act of 2005 in Texas*, 2006, p.5

BLACKSTONE (W.)

- “Commentaries on the Law of England”, New-York, Harper & Brothers Publishers, 1857, 2, 472, note e.

BLONDEL

- « Le plan », dans Faillites, Liquidation des biens, Règlement judiciaire, Faillite personnelle, Banqueroute, sous la dir. Rodière, *D.*, 1970, p.379 n°15

BOHEMIER (A.)

- “La faillite et l’insolvabilité” dans *The Harmonization of Federal Legislation with Quebec Civil Law and Canadian Bijuralism* (Canada : Department of Justice Canada : 1997) p.541

BRISSON (J.-M.) et MOREL (A.)

- « Droit fédéral et droit civil : complémentarité, dissociation » dans *Ibid*, p.213; R. BROUDE, *Supra* note 800, p. 729

BOULGOUROUX (H.)

- « Vote du plan de sauvegarde de la société Thomson SA », *L'essentiel du Droit des entreprises en difficulté*, 1 avril 2010 n° 4, p.2

BRAUCHER (J.)

- “Lawyers and Consumer Bankruptcy : One Code, Many Cultures ” – 67 *Am.Bankr.L.J.* 1993, p. 501-522

BROUDE (R. F.)

- « Some comments on harmonization of jurisdictional and recognition rules », 33,

dans J. S. Ziegel, *Current developments in international and comparative corporate insolvency law*, Clarendon Press, Oxford, 1994

BROUWER (M.)

- « Reorganisation in the US and European Bankruptcy Laws», *Journal of European Law*, K12, 2004

BRUNET (A.)

- « La loi de sauvegarde des entreprises ou l'illustration des défauts « Elluliens » du droit », *P.A.* 5 juil. 2007, n°134, p.43

CAMPANA (M.-J.)

- « La situation des créanciers », *Les innovations de la loi sur le redressement juridique des entreprises*, *RTD com.* 1986, T1, éd. Sirey, p.171

CARAMELLI (D.)

- « Obligataires et déclaration de créances : le pragmatisme jurisprudentiel » *P.A.*, 8 juil. 2004, n°136, p.19

CHAMBERLAND (J.) et MORENCY (L.)

- “Partage et chevauchement des compétences fédérale et provinciales en matière de faillite au Québec” dans E. SCHAEFFER, *Institut international de Droit d'expression et d'Inspiration Françaises : Droit des entreprises en difficulté*, Paris : Bruylant, 1991, p. 164.

CHAMPAUD (C.)

- « Mort et résurrection du *trust* en droit français », *La Vie judiciaire*, n° 2329, du 28 nov. 1990 ;

CHAMPAUD (C.) et DANET (D.)

- « Fiducie. Origines et vicissitudes de la résurrection législative d'une très ancienne institution mise hors la loi depuis 181 ans. Nature et portée sociétale de la fiducie en tant que technique juridique de « substitution fidéicommissaire » », *RTD Com.* 2007, p. 728 ;

CHIVKA (E.)

- « Prepackaged Bankruptcy : alternative au traitement exclusivement judiciaire du droit des procédures collectives », *revue de droit des affaires de l'Université Panthéon-*

CHRIQUI (H.)

- « Prévention des difficultés des entreprises : peut-on aller plus loin ? », *GP* 18 mai 2004, n° 139, p. 2

CONSTANTIN (A.)

- « Réflexions sur la validité des conventions de vote », in *Mél. Ghestin* : LGDJ, 2001, p. 253

COOGAN (P.)

- « La responsabilité du banquier en droit américain », in *La responsabilité extra-contractuelle du donneur de crédit en droit comparé*, FEDUCI 1984, p.170 ets.

COUNTRYMAN

- « Executory Contracts in Bankruptcy », *Minnesota Law Review*, vol.57, 1973, p.439.

COURTIER (R.) et Laurent (N.)

- « Analyse de l'opération Autodistribution : premier « prepack » à la française, rôle prépondérant des juges consulaires », *Cahiers de Droit de l'entreprise*, n°5, sept.oct. 2009, p.25

CCH

- « CCH Bankruptcy Reform Act Briefing: Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005 », CCH, 15 avril 2005

DAIGRE (J.-J.)

- « Créances bancaires et créances ordinaires dans la faillite du client : vers deux points de mesures ? », *Revue du droit bancaire et financier*, 07-08.2005, p.5

DAMMANN (R.)

- « The reform of Lender's Liability in France », *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law*, Novembre 2005, p.395
- « La situation des banques titulaires de sûretés, après la loi de sauvegarde des entreprises », *Banque et Droit*, 2005, n°103, p.16

DAMMANN (R.) et PODEUR (G.)

- « La crise des subprimes et la responsabilité bancaire », D.2008, p.427
- « Les sûretés-propriétés face au plan de sauvegarde », D. 2008, p.928.
- « Les enjeux de la réforme des comités des créanciers », JCP éd. E 2009. 2094
- « Sauvegarde financière express : vers une consécration législative du « *prepack* à la française » ? », D. Actualité, 8 sept. 2010
- « Sauvegarde financière : le « *prepack* » à la française », D., 2010, p.2504

DANDENEAU (D. A.)

- “developing and soliciting vote on a confirmable plan of reorganization in chapter 11 cases”, westlaw 918 PLI/comm. 379, Nuts and Bolts of Corporate Bankruptcy 2009

DERRIDA (F.)

- « Pour une nouvelle conception du concordat dans le règlement judiciaire », *Dix ans de droit de l'entreprise*, Litec 1978,
- « Le financement de l'entreprise », *Les innovations de la loi sur le redressement juridique des entreprises*, RTD com. 1986, T1, éd. Sirey, p.61

DIDIER (I.)

- « France : le projet de loi de sauvegarde des entreprises », *Eurofenix* 2004, p.11

DIEGO AMENGUAL (H.)

- « Projet de loi de sauvegarde des entreprises anticiper pour restructurer », *Décideurs : Stratégie, finance et droit*, n°65, 15 mai-15 juin 2005, p.74

DORLEAC (T.)

- « La procédure de sauvegarde : un chapitre 11 à la française ? », *Lettre du recouvrement*, sept. 2005

DUBUISSON (E.)

- « Projet de loi relatif à l'EIRL, comprendre la technique et les enjeux », JCP N 2010. 1115.

ESTRELLA FARIA(J. A.)

- « La C.N.U.D.C.I et les autres organisations internationales », *PA* du 18 déc. 2003 n°252, p.21

FARNE

- « De quelques réflexions sur la notion de cessation de paiements », *Réseaux du droit*, n°17, janv.-fév.2000 (voir biblio Tanger)

FISCHER (T. C.) et MATEL (J.)

- “Should we abolish Chapter 11? Evidence from Canada”, recherché 96s-22 pour le CIRANO, août 1996.

FRANKS (J.) et TOROUS (W.)

- “An Empirical Investigation of U.S. Firms Aff.organization”, 44 *Journal of Finance* (1989).

FRIEDLAND (J.)

- « Why out-of-court restructuring alternatives are on the rise ? », *Daily Bankruptcy Review*, 24 octobre 2007, p.11 sur <http://dailybankruptcyreview.com>

GAA (T. M.)

- « Harmonization of International Bankruptcy Law and Practice », *The International Lawyer*, 1993, vol.27, n°4, p.881-911

GALL-HENG (E.)

- « Les acteurs des procédures, nouvelles règles de désignation, nouveaux pouvoirs du débiteur », *Revue Lamy droit des affaires*, n°39, juin 2009, p.75

GANDIN (M.)

- « Information et consultation des représentants des salariés dans le cadre de la prévention des difficultés – Loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises », *JCP. éd. E.*, 26 oct. 2006, n°43-44, p.1838.

GENITEAU (A.)

- « L'administrateur judiciaire et le nouveau livre VI du Code de commerce », *Revue des Procédures Collectives*, n°1, mars 2006, p.1

GLOSBAND (D. M.)

- “Comparison of chapter 15 to model law”, International Insolvency Institute, LIBC/1794570.2 , www.iiiglobal.org

GOODWIN

- “Borrowers in Chapter 11 Look Enticing”, *American Banker*, May 4, 1990, 1, 14.

GRELON (B.)

- « La consultation des créanciers obligataires dans le cadre d'une procédure collective d'insolvabilité », *Revue des sociétés* 2008, p. 25

GRIMALDI (M.) et DAMMANN (R.)

- “La fiducie sur ordonnance”, *D.* 2009. Dossier 670, spéc. 675, n° 20.

GROPPER (A. L.)

- “Chapter 15 of the united states bankruptcy code”, discours lors du colloque organisé par le centre français de droit comparé intitulé Faillite internationale et conflits de juridiction, 2007

GROPPER (A. L.) et BELTZER (H.)

- « The insolvency laws of major countries », dans *International Insolvency*, White & Case, LLP, Juris Publishing, 2000

HARAVON (M.)

- « Doing Business 2009 : mesurer l'efficacité des faillites ? », *D.* 2009, p.244

HAZARD (J.)

- « Les procédures d'insolvabilité aux Etats-Unis », *P.A.* 16 juin 2005, p.12

HESS (E.)

- « Une réforme culturellement courageuse », *P.A.* 11 fév. 2004, n°30, p.3

HOULETTE (E.)

- « Le rôle du ministère public dans la loi de sauvegarde », *JCP.* éd E., 2005, n°42, p. 1772

HOUSER (B. J.), LEVINSON (M. A.) et TRUITT (J. R.)

- “Liquidation value and the Best Interest of Creditors Test Bankruptcy Code §1129(a)(7)”, Conference on Bankruptcy Valuation, 4-5 mars 2004, on <http://www.utcle.org/eLibrary>

JACKSON (H.)

- “The Fresh start policy in Bankruptcy Law”, *Harvard Law Review*, vol. 98, 1885, p.1393.

JAULT-SESEKE (F.)

- « Le sort des salariés », dans Robine (D.) et JAULT-SESEKE (F.), dir., *L’effet international de la faillite : une réalité ?*, éd. Dalloz (2004), p.151

KENFACK (H.)

- « La limitation des textes de la C.N.U.D.C.I. aux relations internationales », *P.A.*, 18 déc. 2003, n°252, p.75

KEUKENS (W.)

- « Séminaire de l’université de Tilburg sur les évolutions récentes du droit de l’insolvabilité », compte-rendu du séminaire, *Eurofenix*, hiver 2007, p.34

KING (N. Jr.) et MCCRACKEN (J.)

- “Chrysler pushed into Fiat’s arms”, *The Wall Street Journal*, paru le 1er mai 2009 in< <http://online.wsj.com/article/SB124109550079373043.html>>

KING (N. Jr.) et JOHN (S. D.)

- “GM Emerges From Bankruptcy”, *The Wall Street Journal*, paru le 10 juillet 2009.

LA PORTA (R.), LOPEZ-DE-SILANES (F.), SHLEIFER (A.), VISHNY (R. W.)

- « Law and Finance », *Journal of Political Economy*, 1998, p.1113-1155

LAURENT (N.) et DE MICHELE (J.)

- « Le point de vue du praticien sur dix principales mesures du projet de réforme de la sauvegarde », *JCP G* 2008. I. 214, n° 2.

LEBEL (C.)

- « Les plans de sauvegarde et de redressement dans l’ordonnance du 18 décembre

2008 », *GP*, 7 mars 2009, n°66, p.46

- « L'ouverture d'une procédure de sauvegarde : Thomson SA », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* n° 51, 17 Déc. 2009, act. 604

LE CANNU (P.)

- « Effet international de la faillite et principe d'égalité des créanciers », dans ROBINE (D.) et JAULT-SESEKE (F.), dir., *L'effet international de la faillite : une réalité ?*, éd. Dalloz (2004), p.95

LE CORRE (P.-M.)

- « Les nouvelles règles de fixation du passif du débiteur », dans MONTERAN (T.) et LE CORRE (P.-M.), « loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises (2ème partie) », *GP*, n°252 à 253, p.17
- « Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises », *D.*, 2005, sup. n°33, p.2299
- « Porteurs de titres super-subordonnés et élaboration des plan de sauvegarde ou de redressement avec comités (à propos de T. com. Nanterre, 17 fév. 2010, aff. Thomson), *D.*2010, p.839

LEGEAIS (D.)

- « Les concours consentis à une entreprise en difficulté (c.com., art. L.650-1) », *JCP éd.E.*, n°42, p.1747
- « Droit au crédit. Portée des engagements souscrits par les banques pour remédier à la crise du crédit. De l'existence d'un droit au crédit », *RTD com.* 2009, p.186

LEGRAND (M.-N.)

- « Les pouvoirs du débiteur dessaisi », *Revue des Procédures Collectives*, 1991, p. 11

LEGRAND (V.)

- “ L'EIRL pourra-t-il prétendre à une procédure de surendettement ? », *D.* 2010, p. 2385

LEMONTE (J.)

- « Les débuts de la C.N.U.D.C.I et l'expérience française », *PA* du 18 déc. 2003 n°252, p. 19

LEONARD (B.)

- « Reforming Chapter 11: An international perspective », in *Eurofenix*, 2005

LEROYER (A.-M)

- « Entrepreneur individuel à responsabilité limitée. Loi n° 2010-658 du 15 juin 2010. JO 16 juin 2010, p. 10984 », *RTD civ.* 2010, p.632

LEVIN (R.)

- “ La restructuration d'entreprises dans le cadre du Chapitre 11 du Code américain des faillites”, *Cahiers de droit de l'entreprise*, sept.- oct. 2009, n°5, p.21

LEVIN (R.) et LEDERER (J. R.)

- “Prepacks under BAPCPA”, *Bankruptcy Practice after the Bankruptcy Act of 2005*, American Law Institute, American Bar Association Continuing Legal Education December 7-8, 2006

LIENHARD (A.)

- « Réforme du droit des entreprises en difficulté: présentation de l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *Dalloz*, 2009, p.110
- « Sauvegarde de Thomson : arrêté du plan de sauvegarde », *D.* 19 fév. 2010, in <www.dalloz.fr/actualite>
- « Nouvelle procédure de sauvegarde en vue », *D. actualité*, 30 juillet 2010

LONGHOFER (S. D.) et CARLSTROM (C. T.)

- «Absolute Priority Rule Violations in Bankruptcy », *Economic Review*, Vol. 31, No. 4, (4th Quarter 1995), p. 21-30

LOPUCKI (L.)

- “The Debtor in Full Control - Systems Failure Under Chapter 11 of the Bankruptcy Code?”, *American Bankruptcy Law Journal* (1983) 57

LUBY (M.)

- « La C.N.U.D.C.I. et l'intégration régionale », *PA.* 18 déc. 2003 n°252, p.28

LUCAS (F.-X.)

- « L'assignation téméraire en redressement judiciaire », *Mélanges AEDBF*, II, 1999,

p.271.

- « Le plan de sauvegarde apprêté ou le prepackaged plan à la française », *Cahier de droit de l'entreprise*, n°5, sept.oct 2009, p.35

LUCAS (F.-X.) et LE CORRE (P.-M.)

- « Droit des entreprises en difficulté, Septembre 2009 - avril 2010 », *D.* 2010, p.1820

LYONS (H.) et TILLMAN (J.)

- « Insolvabilité internationale : un patchwork », *Eurofenix*, automne 2005, p.11

MACORIG-VINIER (F.) et SAINT-ALARY-HOUIN (C.)

- « La situation des créanciers dans la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises », *Revue de Droit Bancaire et Financier*, janvier-février 2006, p.60

MARTIN (N.)

« Le droit américain de la faillite encourage la prise de risques et l'entrepreneuriat », *Perspectives économiques*, Janv. 2006

MARTIN-SERF (A.) et VALLENS (J.-L.)

- « Les « effets pervers » de la loi de sauvegarde des entreprises », *RTD Com.* 2007, p.604.

MARTINEAU-BOURGNINAUD (V.)

- « Le spectre de la cessation des paiements dans le projet de loi de sauvegarde des entreprises », *D.* 2005, chr., p.1356

MASCALA (C.)

- « Le nouveau régime des sanctions dans la loi de sauvegarde des entreprises », *RTD com.* 2006, p.209

MATHEWS (B.A.)

- « « Forgive us our debts » : bankruptcy and Insolvency in America », *American Review of Legal Histroy.*, spec. p.133

MAYERSON (S. E.)

- « Current developments in prepackaged bankruptcy plan », *Commercial Law and Practice Course Handbook Series*, PLI Order N°. A0-00 E6, 11 avril 2002, in

MAYR (K. A.)

- “Unlocking The Lockup : The Revival of Plan Support Agreements Under New § 1125(g) of the Bankruptcy Code” *Norton Bankr. Law and Prac.*, déc. 2006, Vol. 15, p. 729

MCJOHN (S.)

- “« Person or property » : on the Legal Nature of the Bankruptcy Estate”, *Bankruptcy Development Journal*, vol.10, 194, p.465 et s.

MELIN (F.)

- « La protection des salariés en cas d’insolvabilité de l’employeur : Loi du 30 janvier 2008 transposant la directive 2002/74/CE du 23 septembre 2002 », *J.C.P. éd. E.* 14 fév.2008, n°7-8, p.7

MISTRAL (J.) et ALIX (C.)

- “Les Etats-Unis cherchent le moyen de réformer le droit de la faillite pour mettre fin à une utilisation abusive du système par les débiteur qui y trouvent un moyen d’éteindre leurs dettes », communiqué de l’ambassade de France aux Etats-Unis, AF 03.131-CA, du 10 nov.2003

MONTERAN (T.)

- « Les sanctions pécuniaire et personnelles dans la loi du 26 juillet 2005 » *GP*, sept.2004, n°252, p.37
- « Pour améliorer le droit des entreprises en difficulté, osons la réforme », *GP* 23-24 janvier 2008, p.3
- « La procédure de sauvegarde en quelques chiffres », *GP* 23-24 janvier 2008, p.21

MOUIAL – BASSILANA (E.)

- « L’articulation de la période suspecte et des différentes procédures dans la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 », *D.*2006, n° 28, chr., p.1959

MOURY (J.)

- « La responsabilité du fournisseur de « concours » dans le marc de l’article L.650-1 du code de commerce », *D.* 2006, n°25, p.1743

NOTTE (G.)

- « Procédure de sauvegarde financière accélérée », *J.C.P.éd. E* n° 41, 14 Octobre 2010, act. 550

OMAR (P. J.)

- “Wrongful Trading: Prospects for a harmonizing Text in the European Union” *International Corporate Rescue*, Vol. 1, Issue 6, London: Kluwer Law International, 2004, p.294
- “Genesis of the European Initiative in Insolvency Law”, *International Insolvency Review*, 2003, 12(3), p.147-170

OPPETIT (B.)

- « Retour à un droit commun européen » dans B. FAUVARQUE-COSSON et D. MAZEAUD, *pensée juridique française et harmonisation européenne du droit* (Paris : Droit privé comparé et européen, 2003) p.15.

PALMER (D.) et FINK (J.)

- “Recent Developments in Distressed Debt, Restructurings and Workouts – Fallout From the Credit Crunch 2010”, Practising Law Institute, *Commercial Law and Practise Course Handbook Series*, 28 janvier 2010, PLI Order n°23322, in <westlaw.com>

PEROCHON (F.)

- « Interdictions de paiements et traitement des sûretés réelles », *D.* 2009, p.651

PETEL (Ph.)

- « Le nouveau droit des entreprises en difficulté », *JCP éd. E*, n° 42, 20 oct.2005, p.1730

PLAINER (A.)

- « Le marché européen de la dette des entreprises en difficulté », *Eurofenix*, automne 2005, p.20

POHL (T.,R.) et SAMOLE (R. M.)

- “Out of court restructurings and prepackaged plans, Dealing with secured claims and structured financial products in Bankruptcy Cases 2004”, Practising Law Institute,

- *Commercial Law and Practice Course Handbook Series*, PLI Order No. 3172, oct.2004, p.9 in <westlaw.com>

REY (P.)

- « De la sauvegarde des entreprises », *JCP éd.E.* 2005, n°42, p.1770

ROACHE (J. T.)

- « The fiduciary obligations of a debtor in possession », *University of Illinois law review*, 133, 1993

ROBACZEWSKI (C.)

- « La non-réforme des sanctions pénales de la loi de sauvegarde des entreprises », *GP* 9-10 sept. 2005, p.48

ROBINE (D.)

- « L'article 650-1 du code de commerce : un « cadeau » empoisonné ? » *D. Chr.* n°1, p.69

ROSOF (E.), NOVIKOFF (H.), WOLF (A.)

- “Distressed Mergers and Acquisitions”, Practising Law Institute, *Corporate Law and Practice Course Handbook Series*, PLI Order No. 23348, New York City, 26 février 2010, in <westlaw.com>

ROUSSEL-GALLE (Ph.)

- « Les contrôleurs, gardien de l'intérêt collectif », dans T. MONTERAN et P.-M. LE CORRE, « loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises (2ème partie) », *GP*, n°252 à 253, p.3

ROUTIER (R.)

- « Le cantonnement de la responsabilité pour soutien abusif », dans T. MONTERAN et P.-M. LE CORRE, « loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises (2ème partie) », *GP*, n°252 à 253, p.33

ROUTINE (R.)

- « De l'irresponsabilité du prêteur dans le projet de loi de sauvegarde des entreprises » *D. chr.* 2005, p.1478

ROZENWEIG et BRADLEY

- “The Untenable case of Chapter 11”, *Yale Law Journal*, mars 1992

SAINTOURENS (B.)

- « L’entrepreneur individuel à responsabilité limitée. Commentaire de la loi n°2010-658 du 15 juin 2010 », *Rev. Soc.* 2010, p.351

SANTELLA (P.)

- « Le droit des faillites d’un point de vue historique », texte présenté au colloque « Faillite et concordat judiciaire » organisé par la Faculté de Droit de l’Université catholique de Louvain et le Centre Jean Renauld, Louvain-la-Neuve, 25 et 26 avril 2002

SCHOLASTIQUE (E.) et BREMOND (G.)

- « Réflexions sur la composition des comités de créanciers dans les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaires », *JCP E* 2006. 1405, p. 466

SOINNE (B.)

- « La continuation d’entreprise », Les innovations de la loi sur le redressement des entreprises, *RTD com.* 1986, p.87
- « Réalisme et confusion (à propos du projet de loi réformant le droit des procédures collectives) », *D.* 2004, cah.dr.aff.,p.1506
- « Plan sur plan ne vaut », *Revue des procédures collectives*, mars 2006, p.18

STOUFFLET (J.) et MATHEY (N.)

- « Loi sur la Sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005, commentaire des dispositions applicables aux concours financiers », *Revue de Droit Bancaire et Financier*, Janv.-fév. 2006, p.54

TANGER (M.)

- « Le Bankruptcy Reform Act de 1994 », *P.A.*, 1995, n°111, p.14

TEBOUL (G.)

- « Procédures collectives: les effets du dessaisissement », *RJC*, 0209

TERRE (F.)

- « L'inutile et l'injuste », Mélanges Ghestin, *Le contrat au début du XXIème siècle*, L.G.D.J., 2001, p.869

TURGEON(M.)

- « L'harmonisation du droit de l'insolvabilité transfrontalière en matière commerciale : tentatives, échecs et solutions pratiques » *Les Cahiers de droit*, vol. 38, n° 1, 1997, p. 167-229.

URBAN (Q.)

- « Opérations de LBO et les techniques assimilées », Séminaire « Groupes de sociétés », 2003-2004 p.16 in < sites.estvideo.net/fdm/doc/gpsoc/20032004/LBO.doc>

VALDMAN (D)

- « Loi de sauvegarde: quelle procédure pour quelles difficultés des entreprises? », *GP*. 23-24 juin 2008, p.14

VALLENS (J.-L.)

- “ La réforme des procédures collectives : du bon usage du droit comparé », *PA*, 1998, n°112, p.14
- « Le guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité : vers l'harmonisation du droit de la faillite ? », *D*. 2004, p.2420.
- « L'affaire Youkos ou l'instrumentalisation du droit de la faillite », *D*. 2005, n°11, p.778
- « Bicentenaire du code de commerce : le droit des faillites de 1807 à aujourd'hui », *D*. 2007, Etudes et commentaires, chr.
- « Un créancier ne peut faire appel d'un jugement ayant arrêté un plan grâce au produit d'une vente irrégulière (Cass. com., 21 nov. 2006, Tchen c/ Blouin, pourvoi n° 04-20.214, inédit), *RTD Com*. 2007 p. 241
- « Actualité du droit des procédures collectives : loi de sauvegarde des entreprises et jurisprudence récente », *D*. 2008, www.dalloz.fr
- « Quelles convergences pour améliorer le traitement des difficultés des entreprises dans l'Union européenne ? », *Revue Lamy Droit des affaires*, juin 2009, n°39

VEAUX (D.) et VEAUX-FOURNERIE (P.)

- « Les surprises de la tierce opposition », *Mélanges Cosnard*, Economica, 1990

VINCKEL (F.)

- « Le nouveau régime de la période suspecte dans la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 et le décret n°200-1677 : une réforme en trompe l'œil », *JCP. E*, n°3, 2006, p. 129

VOIROT (D.)

- « La nouvelle procédure de sauvegarde », *PA* n°251, 8 sept. 2005, p.24

WHITE (M. J.)

- « Abuse or protection? Consumer Bankruptcy Reform under 'BAPCPA' », *Revue de l'Institut d'Économie Publique*, 2006, n°18 -19 – 2006/1-2

ZYWICKI (T.)

- “Why so Many Bankruptcies and What To Do About It : An Economic Analysis of Consumer Bankruptcy Law and Bankruptcy Reform” – Working Paper No. 03-46 – George Mason University School of Law

Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté *JORF* n°0295 du 19 décembre 2008 page 19457, texte n° 28

Badinter, Ass. Nat. 1^{ère} séance du 5 avril 1984, *J.O.* 1181

United States Bankruptcy Court Southern District of New York, in Matter of the Adoption of Prepackaged Chapter 11 Guidelines, General Order 203, Procedural guidelines for prepackaged chapter 11 cases in the United States Bankruptcy court for the southern district of New York, Feb. 24, 1999

Rapp. AN n° 2095, 11 févr. 2005, p. 476. , Rapport sur le projet de loi de sauvegarde des entreprises présenté à l'Assemblée Nationale le 11 février 2005 au nom de la commission des lois, point avancé par M. le député Xavier de Roux

Rapp. AN n° 3651, sur la mise en application de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 31 janvier 2007, par X. de Roux

LEGISLATIONS

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

Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 sur la sauvegarde des entreprises en difficulté

Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie

Loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée

Loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière

Ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008

Ordonnance 97-2008

Décret n°2005-1677 du 28 décembre 2005 pris en application de la loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises

1933 Act

Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act de 2005

Internal Revenue Code

JURISPRUDENCE

Jurisprudence américaine

Champion and Dickason v. Casey Cir. Ct., Rhode Island (1792)

Aff. Golden v. Prince, 10 Fed. Cas. 542, no. 5509 C.C.D.Pa. 1814

Campbell. v. Alleghany Corp., 75 F.2d. 947 (4th Cir. 1935)

Aff. Case v. Los Angeles Lumber Products Co., 308 U.S. 106 (1939)

Aff. Texlon 596 F.2d 1092 (2d Cir.1979)

Aff. Skye Marketing Corp, (Bankr. E.D.N-Y.1981)

Aff. Curlew Valley Ass., 14 B.R. 511 (Bakr. D. Utah 1981)

Aff. Setzer, (Bankr.E.In *Otte v. Manufacturers Hanover Commercial Corp.*D.N-Y.1985)

Aff. Cooper Properties Liquidating Trust, Inc., 61 B.R.531 (Bankr.W.D.Tenn.1986)

Aff. Elegant Concepts, Lld., 61 B.R. 723 (Bankr. E.D.N-Y.1986)

Aff. The Grouse Group, Inc., 71 B.R.544 (Bankr.E.D.Pa.1987)

Aff. Perkins, 71 B.R. 294 (Bankr.W.D.Tenn.1987)

Aff. Patton v. John Deere Co., 87 B.R. 300 (Bankr. D. Del.1988); Andrew, “Executory Contracts in Bankruptcy: understanding “rejection””, *University of Colorado Law Review*, vol.59, 1989, p.845

MacArthur Co. v. Johns-Manville Corp. (Aff. Johns-Manville Corp.), 837 F.2d 89 (2d Cir. 1988)

Aff. Schipper 109 B.R. 832 (Bankr.N.D.Ill.1989)

Aff. Chateaugay Corp., 112 B.R.513 (Bankr. S.D.-Y.1990)

Re Clark pipe & Supply Co. Inc. F2d (5th Circ. 1990)

Aff. Southland Corp., 124 B.R. 211 (Bankr. N.D. Tex. 1991)

Aff. Saybrook Manufacturing. Co., Inc., 963 F.2d 1490 (11th Cir.1992)

Aff. Harvest Foods Inc., et al. Case N°. 94-1198 (Bankr. D. Del. Dec. 29, 1994)

Aff. Barney, 200 B.R. 527 (Bankr. S.D.N.Y.1996)

Aff. Rollins, 200 B.R.427 (Bankr. N.D. Ga. 1996)

Aff. Iglesias, 226 B.R. 721, 722-23 (Bankr. S.D. Fla. 1998)

Aff. Head, 223 B.R. 648 (Bankr. W.D.N.Y. 1998)

Aff. Global Ocean Carriers, Ltd., 251 B.R. 31 (Bankr. D. Del. 2000)

Aff. Stations Holding Co. Inc., Case n° 02-10882 (Bankr. D. Del. 30 sept. 2002)

NII Holdings Inc., Case n° 02 -11505 (Bank. D. Del. 25 oct.2002)

Aff. Yukos Oil Co., 320 B.R. 130, 132 (Bankr. S.D.Tex. 2004)

Aff. John Richards Homes Bldg. Co., L.L.C., 439 F.3d 248, 46 Bankr. Ct. Dec. (CRR) 35,

Bankr. L. Rep. (CCH) P 80462, 2006 FED App. 0081P (6th Cir. 2006)

Aff. Blue Bird Body Co., Case No. 06-50026-GWZ (Bankr. D. Nev. January 26, 2006).

Aff. Curative Health Services, Inc. et al., Case No. 06-10552 (Bankr. S.D.N.Y. March 27, 2006)

Aff. Davis Petroleum Corp., Case No. 06-20152 (Bankr. S.D. Tex. 2006)

Jurisprudence française

Cass. com., 31 mai 1978, D. 1978, p. 646, note F. Derrida et J.-P. Sortais.

Cass. com., 6 mars 1990, D. 1990, p. 218 note F. Derrida

Cass. com., 27 nov. 1991, no 90-11.122, Bull. civ. IV, no 360, D. 1992, jur., p. 81, note Derrida F., RJDA 1992, no 2, no 146, RTD com. 1992, p. 684, obs. Martin-Serf A. ; Petites affiches 1er juill. 1992, p. 22, note Derrida F., RTD com. 1992, p. 684, obs. Chaput Y.

Cass. com., 27 avr. 1993, no 91-15.372, Bull. civ. IV, no 147, p. 101, JCP éd. G 1993, IV, p. 185, RJDA 1993, no 10, no 835.

Cass. com., 28 mars 1995, no 92-18.917, Bull. civ. IV, no 104, p. 92, RJDA 1995, no 10, no 1153 ;

Cass. com., 6 juin 1995, no 93-11.482

Cass. com., 19 déc. 1995, no 92-19.525, Bull. civ. IV, no 305, p. 279, D. 1996, jur., p. 145, note Campana M.

Cass. com., 22 juin 1993, no 90-17.418, JCP éd. G 1993, IV, p. 263

Cass. com., 6 janv. 1998, n° 95-20.588 : [JurisData n° 1998-000004](#) ; Bull. civ. 1998, IV, n° 8, p. 5 ; JCP E 1998, p. 654.

Cass. com., 3 févr. 1998, no 96-10.158, Bull. civ. IV, no 58, p. 45, Rev. Lamy dr. aff. 1998, no 4, no 225, Petites affiches 28 juill. 1999, p. 26, note Teillais G. ; voir no 2782

Cass. com. 17 février 1998 ; D. aff. 1998, 427, obs. A.L. ; JCP éd. E, 1998, p. 469, note F.-X. Lucas ; PA, 9 nov. 1998, n° 134, p. 14, note Teillais

Cass. com., 17 février 1998 : D. Aff. 1998, n° 109, p. 478 ; Procédures, avr. 1998, n° 4, p. 10, obs. H. Croze ; JCP éd. E, 1998, 1247, note Soinne.

Cass. com., 26 oct. 1999, no 97-11.734

Cass. com. 7 janv. 2003, n°25 D, Société Générale c/ Sandoli

Cass. com. 10 déc. 2003: Bull. Joly, 2004, p.491, note F.-X. Lucas

Cass. com., 23 nov. 2004, no 02-12.178

Cass. com., 4 janv. 2005, Gaz. Pal., 29-30 avr. 2005, p. 45, obs. E. Le Corre-Broly ; LXB n° N4884ABI, obs. P. M. Le Corre

Cass. com., 22 mars 2005, n°03-12.922, Crédit industriel de l'Ouest c. Chataignère, Bull.civ.IV n°67; G.P. Proc.coll.2005/2,6-7 juillet 2005, p.32, obs. R. Routier

Cass. com., 12 juillet 2005, trois arrêts, n°1265, 1264 et 1266, Banque et drto, n°104, nov-déc.2005, p.80, obs. T. Bonneau

Cass. com., 21 nov. 2006, Tchen c/ Blouin, pourvoi n° 04-20.214, inédit

Cass. com., 16 octobre 2007, n°06-15.386, G.P. 24 janvier 2008, note Richard Routier

Cass. 3è civ., 27 mars 2008, n°07-11.721, JurisData n°2008-043404 ; Bull. Joly, 11/2008, p.852, note R. Libchaber ; P.A. 13 oct.2008, p.13, note A. Lebois: Rev. contrats, n°3-2008, p.734, note D. Mazeaux.

Cass. 1re civ., 8 mars 1988, no 86-12.015, Bull. civ. I, no 65, p. 42, D. 1989, jur., p. 577, note Robert J., Rev. arb. 1989, p. 473, note Ancel P.

Cass. 1re civ., 5 févr. 1991, no 89-14.382, Bull. civ. I, no 44, p. 28, Rev. arb. 1991, p. 625, note L. Idot, Rev. proc. coll. 1992, p. 169

Cass. 3e civ., 7 juin 2001, nos 97-17.407 et 97-19.472, Actualité proc. coll. 2001, no 16, no 212

Cass. crim., 28 avr. 1997, no 96-82.607, Bull. crim., no 149, D. aff. 1997, p. 1008

Cass. soc., 12 sept. 2007 : Bull. civ. 2007, V, n° 125.

CA Paris, 3e ch. A, 17 janv. 1989 : JurisData n° 1989-0200 ; Quot. jur. 1989, n° 134, p. 5.

CA Paris, 8 mars 1991, D. 1991, I.R., p. 134

CA Paris, 1re ch., 3 mars 1998, D. 1998, I.R., p. 102, D. Aff. 1998, p. 846

CA Paris, 1re ch., 30 mars 1999, D. 1999, I.R., p. 125

CA Versailles, 9 mai 1996, RJDA 11/96, n°1392, p. 985

T. com. Beaune, 16 juill. 2008, RG n° 2008/001585 - affaire *Belvédère*

T. com. Paris, 3 nov. 2008, RG n° 2008/077997 - affaire *Heart of la Défense*

T. com. Evry, 6 avr. 2009: LEDEN juill.2009, obs. F.-X. Lucas - affaire *Autodistribution*.

T. com Nanterre, 17 fév. 2010 - affaire *Thomson*

.Sources internet

Banque Mondiale, <http://www.worldbank.org/gild>

Bankruptcy Practice Handbook, 2nd éd., Chp. 17, Westlaw International : www.westlaw.com

Contribution de la CCIP : févr. 2008, p. 13 et s. in <www.etudes.ccip.fr>

Commission européenne, « Insolvabilité et faillite » sur

<http://ec.europa.eu/youreurope/nav/fr/business/life-events/insolvency-bankruptcy/index>

Commission européenne, « Conférence sur l'insolvabilité et le fresh start », Bruxelles, 28 mars 2006 sur

http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/files/sme2chance/conference/highlights_en.pdf

"Obama Administration's New Warranty Commitment Program". Press Release (United States Department of the Treasury). 30 mars 2009

<http://www.treas.gov/initiatives/eesa/AIFP/WarranteeCommitmentProgram.pdf>. paru le 3 juin 2009. ; "US begins GM bankruptcy planning". BBC. 28 Mai 2009.

<http://news.bbc.co.uk/2/hi/business/8072536.stm>. paru le 29 mai 2009

Sénat , « La sauvegarde des entreprises en difficulté », Étude de législation comparée n° 135, juin 2004 sur www.senat.fr

Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité :

http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/insolvency/2004Guide.html

QUELQUES SITES INTERNET UTILES

<http://law.cornelle.edu>

<http://legifrance.gouv.fr>

<http://iiiglobal.org>

<http://westlaw.com>

INDEX

A

Assemblée des obligataires, 64

B

Best Interest Test (Etats-Unis), 195

C

Cessation des paiements, 27

CNUDCI, 244

comité des créanciers

recours, 98

vote, 71

Comité des créanciers, 64

constitution, 62

consultation, 67

Convergence des droits, 249

Créanciers

Financement, 74

D

Débiteur, 21

debtor in possession, 32, 36

prérogatives, 31, 184, 209

exclusivité, 39, 209

Déclaration des créances, 190

Dessaisissement du débiteur, 32, 184

Discharge (Etats-Unis), 4, 54

F

faillite

historique

Etats-Unis, 4

France, 4

Faillite involontaire, 212

Faillite volontaire, 22, 209

H

harmonisation, 242

Harmonisation des droits, 241

J

juge, 217

cram down, 219

défense de l'intérêt des créanciers, 86

M

Masse de la faillite, 198

P

Plan

élaboration, 62

Financement, 82

prepackaged plan, 106

rôle des créanciers, 60

vote, 67

Prepackaged plan, 131, 141, 151

Procédure, 24

procédure de réorganisation

accès, 221

ouverture, 22

cessation des paiements, 27

Procédure de réorganisation

Ouverture, 26

S

Sauvegarde financière accélérée, 151, 168

U

Uniformisation des droits, 237

US Trustee, 89

TABLE DES MATIERES

SOMMAIRE	3
INTRODUCTION	4
PARTIE 1. L'INFLUENCE DIRECTE DU DROIT AMERICAIN DE LA FAILLITE	16
TITRE 1 UNE APPROCHE ADOPTÉE PAR LE LÉGISLATEUR	18
<i>Chapitre 1. Encourager la réorganisation, une procédure pro-Débiteur.....</i>	<i>21</i>
I. UN Accès à la réorganisation facilité	21
A. La souplesse du droit américain, une procédure ouverte à tous.....	22
1. Souplesse du critère territorial	22
2. Souplesse du critère financier	23
B. L'assouplissement des conditions d'ouverture en droit français, une volonté d'attirer les débiteurs	26
1. Élargissement de la catégorie des débiteurs concernés.....	26
2. Fin de la cessation des paiements comme condition d'ouverture d'une procédure collective.....	27
II. DES Prérogatives renforcées pour le débiteur	31
A. En matière de gestion de l'entreprise durant la procédure	32
1. Concept de <i>debtor in possession</i> , le modèle américain.....	32
2. Le débiteur français sur les traces du <i>debtor in possession</i>	35
B. Au cours de l'élaboration du plan	38
1. Débiteur, l'exclusivité pour l'élaboration du plan	39
2. Débiteur, maître du contenu du plan	43
III. Déculpabilisation du débiteur	48
A. Des sanctions limitées	49
1. L'absence de sanctions en droit américain.....	49
2. L'assouplissement des sanctions en droit français	50
B. Le droit à une seconde chance	53
1. Le droit américain et le <i>fresh start</i>	53
• L'origine de la <i>discharge</i>	54
• La remise des dettes en droit américain actuel	55
2. Le droit français et le « nouveau départ » du débiteur	56

<i>Chapitre 2. Impliquer les créanciers, clé du succès d'une réorganisation</i>	59
I. L'accroissement du rôle des créanciers autour du plan	59
A. L'élaboration du plan	61
1. Constitution de comités et assemblée de créanciers	61
• Les classes des créances en droit américain	61
• Les comités de créanciers et l'assemblée des obligataires en droit français	63
2. Consultation et vote du plan par les créanciers	66
• La consultation des créanciers	66
a. Selon le droit américain	66
b. Selon le droit français	67
• Le vote des créanciers	70
B. Le financement du sauvetage de l'entreprise, les créanciers partenaires de l'entreprise	73
1. Le financement de l'entreprise pendant la procédure	74
• Priorités de paiement des apporteurs de deniers	74
• Absence de responsabilité des fournisseurs de crédit	78
2. Le financement du plan	81
II. Les créanciers et la défense de leurs intérêts	84
A. Défense de l'intérêt collectif des créanciers	84
1. La défense de l'intérêt collectif des créanciers par le tribunal et les organes procéduraux	85
• Le rôle du tribunal	85
• Le rôle des organes judiciaires	88
a. Le rôle de l'US Trustee et du creditors'committee obligatoire aux États-Unis	88
b. Le rôle des organes judiciaires en France	89
Le mandataire judiciaire et l'administrateur judiciaire	90
Le commissaire à l'exécution du plan	92
2. La défense de l'intérêt collectif par les créanciers : les creditors'committees et les contrôleurs	93
• Les creditors'committees	93
• Les contrôleurs	95
B. Défense de l'intérêt personnel des créanciers	97
1. Les actions des créanciers en cas de défaillance du débiteur	98
2. Les recours en cas d'inexécution du plan	99

•	Les recours en droit français	99
•	Les voies de recours aux Etats-Unis: l'appel	102
3.	Les contestations au vote	103
TITRE 2	APPROCHE ENCOURAGÉE PAR LA PRATIQUE : L'EXEMPLE DU PREPACKAGED PLAN	105
<i>Chapitre 1</i>	<i>Présentation du prepackaged plan en droit américain.....</i>	<i>109</i>
I.	Le prepackaged plan et ses dérivés.....	110
A.	Le prepackaged plan ou prepack classique.....	111
B.	Les dérivés du prepack classique: le plan et la vente pré-négociés	112
1.	Le plan pré-négocié	113
2.	Les ventes pré-négociées	115
II.	Les conditions de validité du prepackaged plan	117
A.	Le vote du plan dans le cadre d'un prepackaged plan	117
1.	La sollicitation du vote.....	117
2.	Le vote	120
B.	Le prepackaged plan et le respect du droit des garanties	121
III.	Les avantages et inconvénients de la prepackaged bankruptcy	122
A.	Les avantages du prepackaged plan	122
1.	Une procédure plus rapide et moins onéreuse	123
2.	Une liberté de négociation assurant le succès de la procédure	125
3.	Une procédure simplifiée avec les avantages offerts par le Chapitre 11	125
B.	Les inconvénients du prepackaged plan	126
1.	Des conditions de validité à respecter.....	126
2.	Un risque de détournement de la procédure.....	127
3.	Les autres inconvénients	128
<i>Chapitre 2</i>	<i>Application du prepackaged plan en droit français</i>	<i>130</i>
I.	Le prepackaged plan, une solution adoptée en droit français	130
A.	Une solution désirée par la doctrine	130
B.	Une solution importée par la pratique	132
1.	La décision Autodistribution, introduction de la notion de <i>prepackaged plan</i> à la française	133
2.	L'affaire Thomson, réitération du succès du mécanisme de <i>prepackaged plan</i> en droit français.....	135
C.	Une consécration législative : la « sauvegarde financière accélérée »	137

1.	Procédure accélérée.....	137
2.	Procédure financière	139
II.	La validité du prepackaged plan en droit français.....	140
A.	La validité du prepackaged plan quant au droit actuel français	141
1.	Possibilité d'une procédure de sauvegarde accélérée	142
2.	Possibilité de consulter les créanciers avant l'ouverture de la procédure de sauvegarde	145
	• La consultation des créanciers sans le concours de l'administrateur judiciaire	145
	• La consultation des créanciers antérieurement à l'expiration du délai de déclaration des créances 147	
a.	La consultation des comités des créanciers.....	147
b.	La consultation des créanciers hors comités	148
B.	L'efficacité du prepackaged plan en vu de sa banalisation en droit français.....	150
1.	Renforcer le pouvoir des majoritaires	151
2.	Sécuriser le vote des créanciers signataires	153
	• La mise en place d'un <i>lock-up agreement</i> à la française	154
	• Le développement de conventions de vote	155
3.	Renforcer la sécurité juridique	157
	• Renforcer les prérogatives du tribunal.....	158
	• Renforcer les prérogatives des mandataires judiciaires.....	159
	CONCLUSION PARTIE 1	162
	PARTIE 2. LE DEVENIR DE L'INFLUENCE DU DROIT AMÉRICAIN DE LA FAILLITE EN DROIT FRANÇAIS.....	164
	TITRE 1 UN MOUVEMENT À POURSUIVRE	165
	<i>Chapitre 1 Eviter les blocages lors de l'adoption du plan.....</i>	<i>168</i>
I.	Privilégier les négociations privées	168
A.	Avant l'apparition de la cessation des paiements	169
1.	Absence totale d'une intervention judiciaire	170
2.	Intervention partielle du judiciaire	171
B.	Une fois la cessation des paiements constatée	174
II.	Faciliter l'approbation du plan	177
A.	Accès au vote limité aux seuls créanciers affectés par le plan.....	177
B.	Classification de catégories homogènes des créanciers	179

C.	Imposer un plan : le pouvoir de contrainte conféré au juge.....	181
<i>Chapitre 2</i>	<i>Renforcer le caractère attractif de la procédure.....</i>	<i>184</i>
I.	Pour le débiteur	184
A.	Un debtor in possession à la française	184
B.	Le débiteur, maître du devenir de la procédure	186
1.	Possibilité pour le débiteur de se rétracter	186
2.	Possibilité pour le débiteur de demander la conversion de la procédure en liquidation	187
C.	Effets de la procédure dès la demande d'ouverture	189
II.	Pour les créanciers	190
A.	Protéger les droits des créanciers.....	190
1.	Simplifier la déclaration des créances	190
2.	La protection des créanciers : le <i>Best Interest Test</i>	195
B.	Protéger les créanciers chirographaires	197
1.	Création d'une masse de la faillite	198
2.	Le creditors' committee	203
TITRE 2	LES LIMITES DE L'INFLUENCE DU DROIT AMÉRICAIN DE LA FAILLITE	206
<i>Chapitre 1</i>	<i>Limites issues des défaillances du système américain de la faillite</i>	<i>207</i>
I.	Le Chapitre 11, sujet à de nombreuses critiques	207
	Déséquilibre entre le débiteur et les créanciers	209
1.	Des prérogatives du débiteur trop importantes.....	209
•	Exclusivité quant à l'ouverture de la procédure.....	209
a.	Conditions d'ouverture d'une faillite volontaire trop souples.....	209
b.	Conditions d'ouverture d'une faillite involontaire trop strictes	212
	Conditions quant au débiteur assigné.....	212
	Conditions quant au créancier demandeur.....	213
•	Exclusivité quant à l'élaboration du plan	215
2.	Interventions du tribunal en faveur du débiteur	217
•	Responsabilité du débiteur rarement engagée.....	217
•	Le pouvoir de <i>cram down</i> du juge, une faveur excessive pour le débiteur	219
A.	Faible taux de réussite des procédures de réorganisation	221
1.	Absence de filtre entre les entreprises viables et celles non-viables	221

2.	Procédure inadaptée aux petites et moyennes entreprises.....	223
II.	Réformes du Chapitre 11, vers une conception européenne ?.....	225
A.	Nécessité de prendre en compte de nouveaux enjeux.....	226
B.	Une procédure « pro-créanciers ».....	228
1.	Limitation des pouvoirs du débiteur	228
2.	Amélioration de la situation des créanciers	231
•	Le Bankruptcy Reform Act de 1994.....	231
•	Le Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act de 2005	233
<i>Chapitre 2</i>	<i>Limites posées par le caractère international du droit de la faillite.....</i>	<i>238</i>
I.	Une uniformisation envisagée	238
A.	Facteurs encourageant une uniformisation.....	239
B.	Limites à une telle uniformisation	240
II.	Une simple harmonisation envisageable	242
A.	Sur le plan international, harmonisation encouragée	243
1.	Les travaux de la CNUDCI	244
•	La loi-type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale	246
•	Le guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité	246
2.	Les tentatives d'harmonisation par l'Union Européenne	247
B.	Sur le plan national, vers des droits nationaux intermédiaires.....	250
BIBLIOGRAPHIE		254
INDEX		281
TABLE DES MATIÈRES		282