N° 7123

LA LOI RELATIVE À LA CONTINUITÉ DES ENTREPRISES — LE POINT DE VUE DU CANDIDE(*)

TRAITEMENT DIFFÉRENCIÉ DES CRÉANCIERS — RÉFLEXIONS CRITIQUES ET DROIT COMPARÉ

Le plan de réorganisation peut prévoir le règlement différencié de certaines catégories de créances, notamment en fonction de leur ampleur ou de leur nature : c'est la règle établie à l'article 49 de la loi sur la continuité des entreprises. Cette règle fonctionne mal. Les débiteurs en abusent, d'où un volume de contentieux excessif. La doctrine et la jurisprudence s'y perdent sans cohérence. Et à la base, le mécanisme crée des incitants microéconomiques qui appellent des effets pervers. La loi de réforme du 27 mai 2013 a identifié en partie le problème mais ne l'a pas résolu. Une analyse de droit comparé révèle des alternatives plus appropriées.

CHAPITRE I — TRAITEMENT DIFFÉRENCIÉ DES CRÉANCIERS EN DROIT BELGE

I. — La loi sur la continuité des entreprises a introduit la possibilité qu'un plan de réorganisation traite les créanciers de manière différenciée : « *Le plan [...] peut prévoir [...] le règlement différencié de certaines catégories de créances, notamment en fonction de leur ampleur ou de leur nature* »(1). La règle antérieure, sous le régime du concordat judiciaire, était celle du traitement égalitaire qui interdisait par exemple de prévoir des taux d'abattement progressifs en fonction du montant de la créance(2).

(*) La version initiale du présent texte a été rédigée à l'occasion de l'après-midi d'étude *La loi relative à la continuité des entreprises — Année 2013* organisée le 26 avril 2013 par le CRIDES-Jean Renauld de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain. Seules les références à la loi du 27 mai 2013 ont été mises à jour au 30 novembre 2015.

(1) Loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises, ci-après « LCE », article 49, alinéa 1^{er}. Cet alinéa n'a pas été modifié depuis l'adoption du texte originaire.

(2) Cass., 2 mai 1985, R.G. n° 4031, *Pas.*, 1985, I, n° 526, p. 1078, et *R.C.J.B.*, 1989, p. 420 avec note F. T'KINT et M. FORGES, « Égalité des créanciers et concor-

2. — La pratique fait depuis lors un usage systématique de cette possibilité. Rares sont les plans de réorganisation qui ne prévoient pas une forme ou une autre de classification des créanciers sursitaires, certaines classes étant payées proportionnellement plus, ou plus rapidement, que les autres.

Dans la forme la plus simple, il s'agit uniquement d'une dégressivité par tranches : par exemple, pour chaque créancier, la première tranche de 1.000 euros est remboursée intégralement, la tranche de 1.000 à 5.000 euros est remboursée à 75 %, et ce qui dépasse 5.000 euros est remboursé à 50 %. La formule offre l'avantage de réduire le nombre de créanciers que le débiteur doit convaincre de soutenir son plan, et lui permet de concentrer ses efforts de négociation sur les créanciers les plus importants. Les créanciers remboursés intégralement ne seront en effet pas invités à voter, puisqu'ils ne sont pas affectés par le plan⁽³⁾. Une variante de cette formule, qui prévoit pour la première tranche certaines renonciations relativement indolores (par exemple, report d'échéance jusqu'au 30^e jour suivant l'homologation du plan et abandon des pénalités et intérêts de retard), permet au contraire d'obtenir sans grande difficulté un vote positif des « petits » créanciers, qui sont généralement les plus nombreux, et d'ainsi atteindre déjà l'une des deux majorités requises pour l'approbation du plan, celle qui est comptée par tête.

Une forme plus sophistiquée, fréquente également, de classification des créanciers est basée sur le caractère plus ou moins « stratégique » ou « vital » de leur contribution à la survie de l'entreprise. Par exemple, un fournisseur dont les marchandises sont indispensables au fonctionnement de l'entreprise, et qui cesserait ses livraisons à défaut de paiement intégral, est classé par le plan dans la catégorie « vitale » qui bénéficie d'un paiement total sans abattement ; les fournisseurs qui, sans être totalement irremplaçables, sont destinés à rester des partenaires commerciaux sont rangés dans la catégorie « stratégique » et payés par

dat judiciaire ». Pour un état de la jurisprudence sous le régime du concordat judiciaire, voir A. DE WILDE, « Gelijkheid tussen schuldeisers. Toetsing aan de hand van de Wet op de Continuïteit van de Ondernemingen », in *L'égalité de traitement dans le monde de l'entreprise*, collection *Le droit des affaires en évolution*, n° 20, Institut des juristes d'entreprises, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 77, n° 25.

(3) LCE, article 53. Cet article n'a pas été modifié depuis l'adoption du texte originaire.

exemple à concurrence de 80 % de leur créance ; les fournisseurs, enfin, auprès de qui l'entreprise ne souhaite pas rester cliente sont qualifiés de « non stratégiques » et payés à concurrence de 40 % en quatre annuités de 10 % chacune.

En première analyse une telle approche paraît logique : l'objectif d'une réorganisation judiciaire est en premier lieu d'assurer la continuité de l'entreprise, et il est donc justifié de traiter les créanciers plus ou moins bien selon le degré de leur participation à la réalisation de cet objectif. La pratique montre toutefois que cette logique n'est très souvent qu'apparente. D'une part, le caractère « stratégique » d'un créancier est une notion floue. Ce sont les débiteurs qui élaborent les projets de plan et de classification des créanciers, et empiriquement l'on note une forte corrélation entre le niveau stratégique qu'ils veulent bien reconnaître à un créancier et la sympathie que celui-ci leur inspire ; le fisc et l'ONSS(4) se retrouvent ainsi invariablement en bas de l'échelle, de même souvent que les créanciers avec qui l'entreprise est en litige. D'autre part, les prémisses du raisonnement s'arrêtent en général à une simple affirmation : l'idée qu'un fournisseur cessera de livrer si ses anciennes factures ne sont pas payées est présentée comme une évidence, sans aucune démonstration concrète. Or, dans un marché concurrentiel où le fournisseur n'est pas en situation de monopole, la rationalité économique poussera normalement celui-ci à décider de continuer à livrer ou non selon le degré de confiance qu'il a en l'obtention d'un paiement pour ses nouvelles ventes, et donc d'un bénéfice ; le fait que ses anciennes factures soient éventuellement perdues ne justifie pas de renoncer aux profits que produiront les nouvelles livraisons. Une cessation de livraisons n'a de sens, dans la logique du fournisseur, que s'il craint que ses nouvelles livraisons ne seront pas payées, ou que s'il se sait indispensable et irremplaçable de sorte qu'une menace d'interruption des livraisons obligera le débiteur à payer les arriérés.

(4) Depuis la loi du 27 mai 2013 modifiant diverses législations en matière de continuité des entreprises (ci-après L. 27 mai 2013), l'article 49/1 LCE dispose cependant : « Si le plan prévoit un traitement différencié des créanciers, il ne peut accorder aux créanciers publics munis d'un privilège général un traitement moins favorable que celui qu'il accorde aux créanciers sursitaires ordinaires les plus favorisés. Un pourcentage inférieur peut être prévu conformément à l'alinéa 3 et moyennant motivation stricte ». Cfr aussi *infra*, n° 7.

3. — Sans surprise, ceci a donné lieu depuis l'entrée en vigueur de la LCE à un important volume de contentieux. De nombreux jugements et arrêts ont dû examiner des objections à l'homologation d'un plan de réorganisation fondées sur un traitement prétendument discriminatoire des créanciers⁽⁵⁾. Le nombre de contestations est en lui-même révélateur d'un problème de fond.

Mais pire encore que les simples chiffres, la jurisprudence en la matière est disparate. Il est impossible pour l'instant d'en tirer des lignes directrices cohérentes qui permettent à un débiteur, lors de l'élaboration d'un projet de plan, de savoir jusqu'où il peut pousser la différenciation entre catégories de créancier⁽⁶⁾.

4. — Le cadre théorique dans lequel s'intègrent l'article 49 de la LCE et le traitement différencié des créanciers est controversé. Trois thèses sont proposées.

La Cour constitutionnelle applique à la question le principe général de droit constitutionnel d'égalité et de non-discrimination, d'ordre public. Selon la Cour, « [c]e principe général de droit, qui n'est pas un simple principe de bonne législation et de bonne administration, interdit aux individus d'instaurer des différences

(5) En se limitant à la jurisprudence publiée des cours d'appel antérieure à la L. 27 mai 2013, voir Bruxelles, 1^{er} février 2013, R.G. n° 2012/AR/1717, *juridat* ; Bruxelles, 17 janvier 2013, R.G. n° 2012/AR/1036, *juridat* ; Anvers, 22 novembre 2012, *R.A.B.G.*, 2013, p. 195 ; Bruxelles, 19 octobre 2012, *J.L.M.B.*, 2013, p. 297 ; Bruxelles, 5 octobre 2012, R.G. n° 2012/AR/775, *juridat* ; Bruxelles, 4 octobre 2012, R.G. n° 2012/QR/52, *juridat* ; Gand, 10 septembre 2012, *R.A.B.G.*, 2013/4, p. 203, note S. LOOSVELD ; Gand, 30 juillet 2012, *T.R.V.*, 2013, p. 135 et *R.W.*, 2012-2013, p. 1035 ; Liège, 22 décembre 2011, *J.T.*, 2012, p. 136 ; Bruxelles, 8 décembre 2011, R.G. n° 2011/QR/62, *juridat* ; Gand, 17 octobre 2011, *T.G.R.*, 2012, p. 48 ; Anvers, 6 octobre 2011, *R.W.*, 2011-2012, p. 1686, note ; Anvers, 30 juin 2011, *R.W.*, 2011-2012, p. 573 ; Liège, 24 mars 2011, *J.T.*, 2011, p. 468 ; Anvers, 10 février 2011, *R.D.C.*, 2011, p. 932 ; Bruxelles, 16 décembre 2010, *R.D.C.B.*, 2011, p. 921, note A. VAN HOE et I. VEROUGSTRAETE ; Liège, 24 juin 2010, *J.T.*, 2012, p. 138.

(6) A. ZENNER, « Considérations conclusives », in *Actualité de la continuité, continuité de l'actualité, États généraux de la continuité des entreprises* (dir. M. DAL, A. ZENNER), Bruxelles, Larcier, 2012, p. 725, spéc. p. 742, selon qui « le principe [d'égalité] n'est pas facile à manier : les juges l'utilisent avec un bonheur variable, c'est-à-dire en posant des jugements de valeur très différents en fonction de leurs sensibilités propres » ; *contra* : G. DE FOESTRAETS, « Sort susceptible d'être réservé aux créances sursitaires ordinaires dans le plan de réorganisation », dans le même ouvrage, p. 347, n° 29, qui note que « [l]a jurisprudence a fait état d'une belle cohérence en la matière ».

de traitement qui ne sont pas raisonnablement justifiées »(7). Elle en déduit une interdiction de principe des différenciations entre créanciers, sauf justification raisonnable.

Le professeur E. DIRIX analyse la possibilité de différenciation comme une forme de *partijbeslissing* organisée par la loi(8), où le vote majoritaire des créanciers tient lieu de décision prise par une partie. Conformément aux principes applicables à cette figure juridique, les tribunaux conservent un pouvoir de contrôle marginal lorsque la décision en question est manifestement déraisonnable. C'est une application du principe de la bonne foi ; ce principe est d'ordre public et sa violation est donc l'une des deux hypothèses — inobservation des formalités requises ou violation de l'ordre public — dans lesquelles l'article 55 de la LCE prévoit un refus d'homologation(9).

Messieurs A. VAN HOE et I. VEROUGSTRAETE sont les auteurs de la troisième thèse en présence(10). La possibilité de différenciation prévue par l'article 49 de la LCE a une fonction déterminée, qui est de permettre la continuité de l'entreprise. Ce n'est que dans les limites de cette fonction que l'article 49 peut être utilisé. Les auteurs reconnaissent qu'un dépassement de ces limites ne constitue pas nécessairement une infraction à l'ordre public qui justifierait en toute hypothèse un refus d'homologation ; tout sera une question de degré. Lorsqu'il est manifeste que la différenciation proposée n'est pas objective et proportionnée, compte tenu de sa fonction liée à la continuité de l'entreprise, l'ordre public économique est enfreint et l'homologation doit être refusée.

5. — L'intérêt de la controverse n'est pas purement doctrinal. L'application pratique des différentes thèses n'aboutit en

(7) C.C., 18 janvier 2012, n° 8/2012, B.15.5. Pour un commentaire approfondi de l'arrêt, voir M.-F. RIGAUX, « Le droit de l'insolvabilité à l'épreuve de la règle de l'égalité. Une analyse de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle », *Actualité de la continuité, continuité de l'actualité*, *op. cit.*, pp. 60 et sq., n°s 94 et sq.

(8) E. DIRIX, « De *paritas*-regel en het reorganisatieplan », note sous Anvers, 30 juin 2011, *R.W.*, 2011-2012, p. 573.

(9) L'article 55 LCE a été remplacé par l'article 28 L. 27 mai 2013, mais l'exigence de respect des formalités et de l'ordre public ont été maintenues.

(10) A. VAN HOE et I. VEROUGSTRAETE, « Van toegelaten differentiatie tot verboden discriminatie », note sous Bruxelles, 16 décembre 2010, *R.D.C.B.*, 2011/9, p. 921. Voir aussi M. VANMEENEN, « De (veron)gelijk(t)e positie van de schuldeisers bij gerechtelijke reorganisatie via collectief akkoord », *D.A.O.R.*, 2011, p. 293, n° 7 et pp. 296-298, n° 10.

effet pas au même résultat. Celles de Messieurs E. DIRIX, A. VAN HOË et I. VEROUGSTRAETE laissent aux débiteurs une plus grande liberté dans l'établissement de différenciations que ne leur en laisse la Cour constitutionnelle. Certaines différences de traitement peuvent être admises si l'on applique les critères de ces éminents juristes, mais seront sanctionnées si l'on suit ceux de la Cour constitutionnelle(11).

Pour la Cour constitutionnelle, le principe est l'interdiction des différences de traitement, sauf justification raisonnable : « *Lorsque le plan de réorganisation prévoit un règlement différencié pour certaines catégories de créances, le tribunal de commerce doit examiner s'il existe une justification raisonnable à ce règlement différencié. Si tel n'est pas le cas, le tribunal doit en principe refuser l'homologation du plan de réorganisation* »(12). La règle applicable par défaut est celle du traitement égalitaire, et le débiteur a la charge de la preuve du caractère justifié des différenciations qu'il propose. Cette approche se retrouve dans un arrêt du 4 octobre 2012 rendu par la cour d'appel de Bruxelles dans l'affaire *Small Caps Finance* : « *un plan de réorganisation doit en principe traiter tous les créanciers sursitaires ordinaires de manière égalitaire. Des écarts à cette règle sont possibles, mais chaque dérogation doit être raisonnablement justifiée aussi bien quant à son principe que quant à son ampleur* »(13).

Les thèses de la *partijbeslissing* ou de l'interprétation fonctionnelle de l'article 49, en revanche, partent du principe que les différenciations sont autorisées et ne s'y opposent le cas échéant que par un contrôle marginal, dans les cas où il est manifeste que la différence de traitement proposée est déraisonnable, non

(11) S. LOOSVELD, « De gedifferentieerde behandeling van schuldeisers in een reorganisatieplan: de grenzen van de openbare orde », note sous Gand, 10 septembre 2012, *R.A.B.G.*, 2013/4, pp. 212-213, n° 8.

(12) C.C., 18 janvier 2012, n° 8/2012. La présente note a été clôturée avant la publication de l'arrêt du 7 février 2013 de la Cour de cassation (C.12.0165.F et C.12.0229.F), dont les termes sont très proches de la formule utilisée par la Cour constitutionnelle : « lorsque le plan de réorganisation prévoit un règlement différencié pour certaines catégories de créances, le tribunal de commerce doit examiner si les catégories prévues par le plan reposent sur des critères objectifs raisonnablement justifiés et si les différenciations ainsi opérées sont dans un rapport raisonnable de proportionnalité par rapport à l'objectif poursuivi, à savoir préserver la continuité de l'entreprise par le biais d'un accord des créanciers sur ce plan ».

(13) Bruxelles, 4 octobre 2012, R.G. n° 2012/QR/52, *juridat*.

objective ou disproportionnée. La charge de la preuve est inversée, et c'est le créancier opposant qui sera tenu de démontrer que la différence de traitement est injustifiée. La barre est en outre placée plus haut, puisqu'il ne suffit pas à ce créancier d'établir que la différenciation est déraisonnable mais qu'il doit montrer que cela est le cas à un degré « manifeste ». Il n'y a pas nécessairement d'examen d'office par le tribunal.

De manière générale, l'application par les cours et tribunaux du principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination comporte quatre aspects : les différences de traitement ne peuvent être arbitraires, doivent être basées sur des critères objectifs, doivent être pertinentes par rapport à leur objectif, et enfin doivent être proportionnées à cet objectif. Les trois premiers critères font l'objet d'un contrôle complet, et seul le quatrième — celui de la proportionnalité — ne donne généralement lieu qu'à un contrôle marginal(14). Lorsqu'il s'agit du traitement différencié de créanciers dans le cadre d'un plan de réorganisation, ce seront essentiellement les critères de la pertinence par rapport à l'objectif (la différenciation contribue-t-elle à la continuité de l'entreprise ?) et de la proportionnalité (la différenciation n'est-elle pas excessive, compte tenu de son objectif ?) qui devront être examinés. L'étendue du contrôle, si l'on suit la thèse de la Cour constitutionnelle, sera donc en partie complète et en partie marginale.

Les nuances sont subtiles et n'apparaissent pas toujours dans la jurisprudence des tribunaux de commerce et des cours d'appel, qui invoque presque systématiquement le principe d'égalité et la jurisprudence de la Cour constitutionnelle(15) mais applique

(14) Y. LEJEUNE, *Droit constitutionnel belge*, Bruxelles, Larcier, 2010, n° 170 ; A. ALLEN et K. MUYLLE, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Malines, Kluwer, 2011, n° 453 ; J. VANDE LANOTTE et G. GOEDERTIER, *Handboek Belgisch publiekrecht*, Bruges, la Charte, 2010, n°s 589 et 590 ; M.-F. RIGAUD, « Le contrôle du plan de réorganisation d'une entreprise en difficultés : la Cour constitutionnelle précise les pouvoirs du juge », note sous C.C., 18 janvier 2012, *J.T.*, 2012, p. 129, n° 19.

(15) Pour les raisons de la préférence de la jurisprudence pour cette thèse, voir S. PAUWELS, « De weigering tot homologatie van een collectief reorganisatieplan binnen de WCO: schending van de openbare orde wegens ongelijke behandeling van schuldeisers », note sous comm. Bruges, 29 juin 2012, *T.R.V.*, 2013, p. 138, spéc. p. 143. L'arrêt du 6 octobre 2011 de la cour d'appel d'Anvers (*R.W.*, 2011-2012, p. 1686, note) est à notre connaissance la seule décision publiée d'une cour d'appel qui se base expressément sur la thèse de l'interprétation fonctionnelle de l'article 49 plutôt que sur le principe constitutionnel d'égalité : « *De mogelijkheid waarover de schuldenaar beschikt om een reorganisatieplan op te stellen dat*

souvent la technique d'un contrôle purement marginal. C'est par exemple ce que fait la cour d'appel de Gand dans l'affaire *Dobbels Quality*, en déclarant que « [s]lechts wanneer de grenzen van het redelijke zijn overschreden, kan er sprake zijn van de strijdigheid met art. 10 en 11 Gw. en meteen van de openbare orde zoals begrepen in art. 55, tweede lid WCO » et en acceptant un règlement dégressif par tranche — de 100 % pour la première tranche à 10 % pour ce qui dépassait 10.000 euros — au motif que « de wet voorziet uitdrukkelijk de mogelijkheid om categorieën te bepalen volgens een louter cijfermatig onderscheid », sans vérification d'une quelconque justification au regard des besoins concrets de la continuité de l'entreprise en l'espèce(16).

6. — Les problèmes suscités par l'article 49 de la LCE et les traitements différenciés qu'il autorise sont en réalité une conséquence inévitable du mécanisme mis en place par le législateur. Chaque intervenant — débiteur ou créancier — veut utiliser le mécanisme de manière économiquement rationnelle, c'est-à-dire en fonction de ses intérêts propres. Un débiteur a intérêt à être dispensé autant que possible de payer ses dettes ; toutes autres choses égales par ailleurs, plus les abattements ou les reports d'échéances sont importants, mieux le débiteur s'en trouve. Inversement, un créancier a intérêt à récupérer la proportion la plus élevée possible de ses créances et, puisque le débiteur est par hypothèse incapable de payer intégralement toutes ses dettes, chaque créancier a intérêt à réduire les montants attribués aux autres créanciers. C'est un jeu où le malheur des uns est nécessaire au bonheur des autres. Confier la résolution de ces divergences d'intérêts à un processus d'accord entre le débiteur et une majorité des créanciers entraîne inévitablement un résultat discriminatoire, où la minorité reçoit peu et la majorité beaucoup : le débiteur profite des abattements imposés à la minorité, la majorité profite de paiements plus élevés que ce que le débiteur serait en mesure de lui offrir s'il devait payer tout le monde de la

in een gedifferentieerde regeling voorziet voor bepaalde categorieën van schuldvoordelingen, is een doelgebonden bevoegdheid. Vereist is dat de gedifferentieerde regeling verantwoord wordt door het doel van de wet, namelijk het behoud van de continuïteit van de onderneming en haar sanering ».

(16) Gand, 30 juillet 2012, *T.R.V.*, 2013, p. 135 et *R.W.*, 2012-2013, p. 1035. Dans le même sens, Gand, 10 septembre 2012, *R.A.B.G.*, 2013/4, p. 203, note S. LOOSVELD.

même manière, et la minorité subit. Une telle discrimination est le point d'équilibre naturel produit par le mécanisme de l'article 49.

Cette logique microéconomique démontre que la combinaison d'un système de vote majoritaire et d'une liberté de différenciation provoque nécessairement des résultats insatisfaisants. La majorité et le débiteur ont objectivement intérêt à s'allier pour opprimer la minorité à leur profit. Une règle de droit qui leur donne précisément le pouvoir de conclure de telles alliances est perverse : elle institutionnalise l'exploitation de la minorité par la majorité. C'est ce que révèlent empiriquement les trop nombreux plans adoptés majorité contre opposition, où l'opposition se voit imposer des abattements de créances parfois considérables sous le prétexte qu'elle n'est pas stratégique ou, dans les schémas de type dégressif, que le montant de sa créance est trop élevé.

Certes, la jurisprudence et la doctrine s'efforcent d'empêcher les abus. Mais leurs outils ne sont pas à la hauteur de la tâche : la technique du « contrôle marginal », en particulier, est inadéquate pour contrer un système qui crée naturellement des déséquilibres discriminatoires.

7. — La loi du 27 mai 2013 modifiant diverses législations en matière de continuité des entreprises a introduit deux mécanismes correcteurs (17).

Premièrement, les propositions d'abattements ne peuvent réduire les recouvrements à moins de 15 % du montant en principal des créances ; aucune catégorie de créanciers ne peut en principe être contrainte d'accepter moins que cela. Mais il reste possible d'imposer un report d'échéance allant jusqu'à cinq ans après l'exécution du plan (18), et de supprimer tout paiement d'intérêt pendant ces cinq ans. Le texte légal permet en outre de faire exception à ce minimum « *sur la base d'exigences impérieuses et motivées liées à la continuité de l'entreprise* ».

En second lieu, la loi nouvelle accorde au fisc et à l'ONSS, habituellement relégués en queue de peloton par les plans de réorganisation, le statut de créancier le plus favorisé : le plan « *ne peut accorder aux créanciers publics munis d'un privilège général un traitement moins favorable que celui qu'il accorde aux créanciers*

(17) Article 49/1, nouveau, LCE.

(18) LCE, article 52, non modifié.

sursitaires ordinaires les plus favorisés ». Ici aussi des exceptions sont possibles sur la base d'exigences impérieuses liées à la continuité de l'entreprise, « *moyennant motivation stricte* ».

Ces deux modifications sont positives mais insuffisantes. Le régime de faveur accordé au fisc et à l'ONSS nous paraît justifié, parce qu'il rétablit une certaine cohérence avec le statut de créancier privilégié dont ils peuvent bénéficier dans une situation de faillite ou de liquidation (19). Les conditions auxquelles le bénéfice de cette exception est soumis sont cependant en partie tautologiques dans ce contexte — un plan de réorganisation est toujours justifié par des considérations liées à la continuité de l'entreprise — et en partie dépendantes de questions de degré impossibles à mesurer — quand une exigence est-elle suffisamment « impérieuse » et une motivation suffisamment « stricte » ? La marge d'appréciation laissée aux magistrats est trop large et trop discrétionnaire. Quant au minimum de 15 %, il est tellement dérisoire que l'on n'en aperçoit pas l'utilité.

La notion de « *traitement moins favorable* », qui ne peut plus être imposé au fisc ni à l'ONSS, gagnerait par ailleurs à être précisée. *Quid* d'une proposition qui prévoit une dégressivité continue, selon une formule unique applicable à tous les créanciers, du type « pourcentage de récupération = $1 / ([0,000.039.282 \times \text{montant de la créance}] + 1,071.829)$ » ? La formule (20) est la

(19) Sous le régime antérieur à la L. 27 mai 2013, la cour d'appel de Liège a considéré dans son arrêt du 24 mars 2011 (*J.T.*, 2011, p. 468), qu'« *il peut certes être demandé [aux créanciers institutionnels, c'est-à-dire au fisc et à l'ONSS], compte tenu de leur mission particulière, un effort plus important qui sera contrebalancé par les impôts, taxes et cotisations futures dus en cas de redressement de l'entreprise* ». Ceci nous semble constituer un choix d'opportunité politique qui relèverait le cas échéant du Parlement, et dans lequel il n'appartient pas aux cours et tribunaux d'intervenir.

(20) La formule est $f(x) = 1 / (ax + b)$, où x est le montant de la créance et $f(x)$ est le pourcentage de récupération attribué à cette créance de montant x (les pourcentages étant exprimés en forme décimale, par exemple 0,5 pour 50%). Le paramétrage de la formule se fait de la manière suivante, en supposant que l'on souhaite un pourcentage de récupération de P pour les petites créances de montant m et un pourcentage de récupération de p pour les grandes créances de montant M :

$$a = (1/p - 1/P) / (M - m)$$

$$b = [(M/P) - (m/p)] / (M - m)$$

Certains paramètres peuvent parfois produire un résultat supérieur à 100%, et il faut donc prévoir que le pourcentage de récupération est en toute hypothèse limité à 100%. Si l'on souhaite que toutes les créances d'un montant égal ou inférieur à m soient remboursées intégralement, et que les créances d'un plus

même pour tous les créanciers, mais elle aboutit à ce qu'une créance de 1.000 euros soit remboursée à 90 % et une créance de 100.000 euros à 20 %. Si c'est le fisc qui détient la créance de 100.000 euros, est-il traité moins favorablement que les créanciers dont la créance est de 1.000 euros ? Nous pensons que la réponse est affirmative et qu'une telle formule ne peut donc pas être imposée au fisc, mais la question peut se discuter.

8. — Le droit comparé suggère des solutions alternatives à cette problématique. Nous examinons dans la suite de cette note comment les droits américain, britannique et français règlent la question du traitement différencié des créanciers dans leurs régimes de restructuration d'entreprises en difficultés.

La première conclusion de cette analyse est que le droit belge est isolé : aucun des trois autres systèmes juridiques ne permet à la majorité des créanciers d'imposer à la minorité des remises de dettes plus importantes que ce que la majorité est disposée à consentir elle-même.

Chacun de ces systèmes reconnaît l'opportunité de pouvoir dans certains cas traiter les créanciers de manière différenciée, mais les éventuelles différenciations sont encadrées de façon à éviter les excès. Cet encadrement se fait selon deux modèles, l'un qui est fondé sur l'accord individuel ou collectif des créanciers subissant la différence de traitement, le second qui est basé sur le contrôle judiciaire ; les deux approches sont parfois utilisées conjointement.

Le premier modèle est fondé sur le consentement des créanciers en défaveur de qui un traitement différencié est proposé. Le système français exige, sauf lorsque le débiteur est une grande entreprise, l'accord individuel de ces créanciers. Les systèmes qui prévoient un mécanisme d'accord collectif utilisent la technique du vote par classes. Au sein d'une même classe, les différences

grand montant M obtiennent un pourcentage de récupération de p , la formule doit être paramétrée de la manière suivante :

$$a = (1/p - 1) / (M - m)$$

$$b = [M - (m/p)] / (M - m)$$

Les paramètres doivent en toute hypothèse respecter les trois relations suivantes :

$$M > m$$

$$P > p$$

$$p \times M > P \times m$$

de traitement ne sont pas permises. Si le débiteur veut traiter différents créanciers de manière différenciée, il doit constituer des classes différentes pour les besoins du vote et doit obtenir une majorité dans chaque classe. Ceci empêche tout effet d'exploitation de la minorité par la majorité, puisqu'aucune classe ne peut être « exploitée » sans son accord. C'est le mécanisme qui est utilisé par les *schemes of arrangement* britanniques, par le *chapter 11* américain, et dans une certaine mesure par les procédures de redressement ou de sauvegarde en France lorsqu'il s'agit de grandes entreprises (en combinaison, aux États-Unis et en France, avec une échappatoire sous contrôle judiciaire).

Le second modèle s'appuie sur le contrôle judiciaire. C'est celui du *scheme of arrangement* britannique, des *cramdown plans* du *chapter 11* américain, et dans une certaine mesure également des procédures françaises applicables aux grandes entreprises. Dans chacun de ces systèmes, l'intensité du contrôle est telle que les types de différenciation fréquemment vus en Belgique n'apparaissent pas.

Il nous paraît souhaitable que le droit belge s'inspire de ces exemples étrangers et remplace la règle de l'article 49 de la LCE par l'un des modèles offerts par le droit comparé.

CHAPITRE II — ÉTATS-UNIS

9. — Le « chapter 11 » américain est l'équivalent célèbre de notre procédure de réorganisation judiciaire, à côté du « chapter 7 » qui correspond à notre faillite et du « chapter 13 » qui s'apparente au règlement collectif de dettes. Il s'agit chaque fois de chapitres du *Bankruptcy Code*, qui constitue le Titre 11 du *United States Code*.

Si les concepts se ressemblent, la réalité est toutefois très différente. Le *chapter 11* est nettement moins utilisé — proportionnellement à la taille de l'économie américaine — que la réorganisation judiciaire. En 2011, il y a eu aux États-Unis 10.361 demandes de *chapter 11* (21), et en Belgique 1.398 demandes de sursis (22), soit

(21) Administrative Office of the U.S. Courts, www.uscourts.gov/Statistics/BankruptcyStatistics.aspx.

(22) Graydon, *La loi sur la continuité des entreprises : le point après 3 ans de fonctionnement*, www.graydon.be.

un rapport de 7 à 1 alors que le rapport des produits intérieurs bruts des deux pays est de 35 à 1(23). Et surtout, le *chapter 11* s'adresse souvent à des grandes entreprises, alors que la procédure de réorganisation belge est principalement utilisée par des PME ; parmi les entreprises qui demandent le bénéfice d'une réorganisation judiciaire en Belgique, 2 % seulement emploient plus de 50 personnes(24). La comparaison des deux régimes doit tenir compte de cette différence de perspective.

Deux aspects du régime *chapter 11* sont pertinents pour notre étude : les règles relatives au paiement volontaire des dettes antérieures à l'introduction de la procédure, et les mécanismes de différenciation entre classes de créanciers.

Section 1. — *Payements volontaires*

10. — Les dettes antérieures au dépôt de la requête en *chapter 11* ne peuvent être payées volontairement par le débiteur qu'avec l'autorisation du tribunal. L'usage veut que, lors du dépôt de la requête, le débiteur demande et obtienne une telle autorisation (on parle de *first day motions* et de *first day orders*) pour certains types de dettes dont le paiement est nécessaire à la continuité de l'exploitation, en particulier ceux qui sont dus aux fournisseurs essentiels (les *critical vendors*). Les tribunaux exercent toutefois un contrôle effectif sur le caractère de nécessité de ces paiements.

Dans l'affaire *Kmart*(25), une chaîne de grands magasins, le débiteur avait demandé l'autorisation de payer en totalité les factures antérieures à la requête dues à plus de 2.300 fournisseurs prétendument stratégiques. L'autorisation fut accordée en premier ressort et aboutit à des paiements pour un montant total de l'ordre de 300 millions de dollars. Les autres créanciers non privilégiés, dont 2.000 autres fournisseurs, n'ont pour leur part pu récupérer que 10 % du montant de leurs créances. La cour d'appel, sur recours d'une société de factoring qui avait financé des fournisseurs non stratégiques, réforma l'autorisation. L'arrêt

(23) OCDE, <http://stats.oecd.org>, PIB 2011 de 14.991 milliards de dollars pour les États-Unis et de 427 milliards de dollars (370 milliards d'euros) pour la Belgique.

(24) Graydon, *op. cit.*

(25) *In re Kmart Corporation*, 359 F.3d 866 (7th Cir. 2004).

rendu en appel accepte le principe que des dettes antérieures au commencement de la procédure puissent être payées avec l'autorisation du tribunal, mais considère qu'une telle autorisation ne peut être octroyée que si elle est dans l'intérêt de l'ensemble des créanciers. Ceci peut être le cas lorsque certains fournisseurs, à défaut de paiement, cesseraient de livrer et empêcheraient ainsi la poursuite des activités du débiteur. Il faut cependant — et c'est ici que la jurisprudence américaine diffère sensiblement de l'article 33, § 1^{er}, de la LCE(26) — que la réalité de ce risque soit démontrée dans les circonstances concrètes de l'affaire. L'arrêt constate que, si les fournisseurs se comportent de manière économiquement rationnelle, leur décision de continuer ou non à livrer dépendra de l'assurance qu'ils auront que les nouvelles livraisons seront payées ; s'ils ont cette assurance, ils accepteront de livrer afin de réaliser un bénéfice sur les nouvelles ventes. *Kmart* n'avait en l'espèce apporté aucune preuve que les fournisseurs concernés s'écarteraient de cette rationalité microéconomique :

« The foundation of a critical-vendors order is the belief that vendors not paid for prior deliveries will refuse to make new ones. Without merchandise to sell, a retailer such as Kmart will fold. [...] For the premise to hold true, however, it is necessary to show [...] that the supposedly critical vendors would have ceased deliveries if old debts were left unpaid while the litigation continued. If vendors will deliver against a promise of current payment, then a reorganization can be achieved, and all unsecured creditors will obtain its benefit, without preferring any of the unsecured creditors.

[...] Nor was Fleming [a supplier] likely to walk away even if it had a legal right to do so. Each new delivery produced a profit; as long as Kmart continued to pay for new product, why would any vendor drop the account? That would be a self-inflicted wound. To abjure new profits because of old debts would be to commit the sunk-cost fallacy; well-managed businesses are unlikely to do this. »

(26) « *Le sursis ne fait pas obstacle au paiement volontaire de créances sursitaires par le débiteur dans la mesure où ce paiement est nécessaire à la continuité de l'entreprise* ». Dans sa version antérieure à la L. 27 mai 2013, ce texte — qui était alors l'article 33, alinéa 1^{er}, LCE — disposait : « *Le sursis ne fait pas obstacle au paiement volontaire de créances sursitaires par le débiteur* ».

11. — Certains tribunaux ont pris pour règle de n'autoriser les paiements volontaires de dettes antérieures qu'à la condition que le débiteur indique, dans sa demande, le montant maximum qu'il se propose de payer(27). Les débiteurs sont tenus de déposer mensuellement un *Monthly Operating Report* auprès du tribunal et du United States Trustee, un département du Ministère de la justice qui supervise l'administration des procédures d'insolvabilité(28). Ce rapport doit notamment indiquer le montant des dettes antérieures qui ont été payées au cours du mois concerné. Le régime du *chapter 11* combine donc, en ce qui concerne le paiement volontaire de dettes antérieures, des mécanismes d'autorisation préalable et de contrôle *a posteriori*.

Section 2. — *Classification des créanciers
et paiements différenciés*

12. — En vue du vote sur le plan de réorganisation, les créanciers sont répartis en classes(29). Le vote se fait classe par classe. Au sein de chaque classe, une double majorité de deux tiers en montants et de plus de la moitié en nombre de créances est requise pour l'adoption du plan(30).

Aucune différenciation n'est permise entre créanciers d'une même classe ; à l'intérieur d'une classe, tous les créanciers doivent bénéficier du même pourcentage de récupération de leur créance (sauf éventuellement avec l'accord individuel du créancier traité moins favorablement)(31). Entre classes distinctes, en revanche, des différences de traitement sont possibles, mais comme chaque classe vote séparément les créanciers moins bien traités ont l'occasion de s'opposer au plan. Le débiteur visera en général à obtenir l'approbation du plan par chacune des classes de créanciers, parce que ceci rend le plan *consensual* et facilite son homologation par le tribunal. Le mécanisme de vote incite donc les débiteurs soit à traiter les créanciers de manière égalitaire, soit à veiller à

(27) United States Bankruptcy Court for the District of Delaware, General Chambers Procedures, 30 juin 2011, § 2(b)(v).

(28) Le modèle de rapport est établi par le bureau régional compétent du United States Trustee ; pour la région de New York, par exemple, voir http://www.justice.gov/ust/r02/docs/chapter11/mor/corporate_mor.xls.

(29) 11 U.S.C. § 1123(a)(1).

(30) § 1126(c).

(31) § 1123(a)(4).

ce que le sort réservé aux créanciers défavorisés reste acceptable pour ceux-ci. Un vote négatif d'une ou plusieurs classes de créanciers n'empêche pas nécessairement l'homologation du plan, qui est alors qualifié de *cramdown plan*, mais le tribunal doit dans ce cas vérifier le respect de diverses conditions supplémentaires relatives notamment à la justification des différences de traitement entre classes.

§ 1 — *Les classes de créanciers*

13. — La répartition des créanciers en différentes classes est proposée dans le plan de réorganisation, c'est-à-dire généralement par le débiteur, sous le contrôle du tribunal(32).

Des créances de nature dissimilaire (typiquement, les créances chirographaires et les créances privilégiées) doivent être placées dans des classes différentes(33). La granularité de la classification est assez fine ; ainsi, chaque créance bénéficiant d'une sûreté réelle constituera en principe une classe distincte à elle seule parce que l'assiette de la sûreté qui lui est propre constitue un facteur de non-similitude(34). À l'inverse, toutefois, des créances similaires ne doivent pas nécessairement être groupées dans une classe unique ; des créances de même rang peuvent ainsi être réparties entre diverses classes auxquelles des traitements différenciés seront proposés. Les tribunaux exigent que les critères de séparation entre classes soient raisonnablement justifiables, mais en pratique ceci laisse un degré de flexibilité assez large aux débiteurs. La distinction ne peut cependant pas être motivée par le seul objectif de créer artificiellement une classe qui voterait en faveur du plan, ce qui est qualifié de *gerrymandering* des votes(35). En pratique, les créanciers chirographaires sont souvent groupés dans une seule classe, ou répartis en deux classes incluant respectivement les créances commerciales (fournisseurs et autres) et les créances financières.

(32) § 1123(a)(1).

(33) § 1122(a).

(34) *In re Commercial Western Finance Corp.*, 761 F.2d 1329 (9th Cir. 1985).

(35) *In re Greystone III Joint Venture*, 995 F.2d 1274 (5th Cir. 1991). L'intérêt d'une telle manipulation des votes vient du fait qu'une demande d'homologation d'un plan *cramdown* n'est recevable que si au moins une classe de créanciers affectée par le plan a voté en faveur de celui-ci, § 1129(a)(10).

Le Bankruptcy Code permet expressément la constitution d'une classe dite d'*administrative convenience*, qui inclut pour la facilité toutes les créances chirographaires dont le montant ne dépasse pas un certain seuil de *minimis*(36). Les plans prévoient souvent le paiement intégral de ces petites créances, ce qui évite de devoir les faire participer au vote.

§ 2 — *Le respect des rangs*

14. — Une procédure *chapter 11* doit respecter le rang des créanciers. Sauf accord individuel du créancier concerné, le plan de réorganisation doit prévoir le paiement intégral des créances bénéficiant d'un privilège général (dites *priority claims*). Ceci concerne en particulier, dans certaines limites, les salaires, cotisations de pension, impôts et créances alimentaires(37).

Un plan *cramdown* — c'est-à-dire un plan qui s'est heurté à un vote négatif d'au moins une classe de créanciers — ne peut prévoir aucun paiement en faveur d'une classe de créanciers aussi longtemps qu'une classe de rang supérieur n'est pas intégralement payée ; c'est la règle dite *absolute priority rule*. Un créancier bénéficiant d'une sûreté ne peut donc pas subir d'abattement sans son accord, sauf le cas échéant pour la partie de sa créance qui dépasse la valeur de sa sûreté (cet excédent étant qualifié de *deficiency claim* et traité comme une créance chirographaire). Les créanciers subordonnés ne peuvent rien percevoir si les créanciers seniors ne sont pas payés entièrement ; de même, les droits des actionnaires s'effacent devant ceux des créanciers(38), et ceci s'applique en particulier aux actions en dommages et intérêts pour fraude financière commise au préjudice des actionnaires investisseurs(39). La Cour suprême a jugé, dans la même ligne, que lorsqu'un plan de réorganisation prévoit une augmentation de capital du débiteur, le droit d'y souscrire ne peut pas être réservé aux anciens actionnaires et doit être offert par priorité aux créanciers : le raisonnement de

(36) § 1122(b).

(37) § 507 et 1129(a)(9).

(38) *In re Armstrong World Industries, Inc.*, 432 F.3d 507 (3rd Cir. 2005).

(39) §§ 510(b) et 1129(b)(2)(B)(ii) ; *Allen v. Geneva Steel Co.* (*In re Geneva Steel Co.*), 281 F.3d 1173 (10th Cir. 2002) ; *In re Granite Partners, L.P.*, 208 B.R. 332 (Bankr. S.D.N.Y. 1997).

la Cour est qu'un tel droit de souscription constitue une option susceptible d'avoir une valeur économique ; si cette valeur est positive, elle doit revenir aux créanciers plutôt qu'aux anciens actionnaires. La Cour explique l'origine de l'*absolute priority rule* par un sain scepticisme face aux motivations des débiteurs : « *The reason for such a limitation was the danger inherent in any reorganization plan proposed by a debtor, then and now, that the plan will simply turn out to be too good a deal for the debtor's owners* » (40).

§ 3 — L'homologation du plan

15. — Les conditions d'homologation (dite *confirmation*) du plan par le tribunal dépendent du résultat du vote : si chacune des classes de créanciers affectées par le plan a voté en faveur de celui-ci, le plan est *consensual* et son homologation requiert que le tribunal constate le respect des seize conditions prévues par le § 1129(a) du *Bankruptcy Code*. Si une ou plusieurs classes ont voté contre le plan (et pour autant qu'au moins une classe se soit prononcée favorablement), il s'agit d'un plan *cramdown* dont l'homologation exige en outre que le tribunal constate conformément au § 1129(b) l'absence de discrimination injuste (*unfair discrimination*) et le caractère juste et équitable (*fair and equitable*) du plan. L'homologation d'un plan *cramdown* est généralement une procédure lourde, où le tribunal devra examiner de manière approfondie des témoignages et rapports d'experts relatifs à la situation de l'entreprise.

Parmi les seize conditions qui doivent être remplies en toute hypothèse, il faut noter en particulier les deux suivantes.

Premièrement, une liquidation serait pire. Le plan doit être tel que chaque créancier qui ne l'a pas approuvé — qu'il ait voté contre ou n'ait pas pris part au vote — s'en trouve mieux que si le débiteur était liquidé, c'est-à-dire que le plan doit

(40) *LaSalle*, 526 U.S. 434 (1999). Il s'agissait en l'espèce d'une société immobilière, propriétaire d'un immeuble de bureaux à Chicago. L'immeuble était hypothéqué en faveur de Bank of America pour un montant supérieur à sa valeur. Le plan prévoyait le remboursement de Bank of America à concurrence d'une partie seulement de sa créance (cette partie étant néanmoins supérieure à la valeur estimée de l'immeuble) et l'abandon du solde, et l'apport par les anciens actionnaires de capitaux frais en considération de 100% des actions du débiteur après réorganisation.

offrir à ces créanciers des répartitions aux moins équivalentes aux dividendes qu'ils pourraient obtenir dans l'hypothèse d'une mise en faillite(41). C'est le critère dit des *best interests of creditors*.

En second lieu, le débiteur doit être viable. Il doit démontrer au tribunal que le plan aboutira normalement à éviter à l'avenir une faillite ou une autre procédure de réorganisation(42). C'est le critère de la *feasibility* du plan.

16. — L'absence de discrimination injuste n'est examinée par le tribunal que dans l'hypothèse où le plan n'est pas *consensual*, et donc qu'une classe de créanciers s'y est opposée. Ce critère concerne les rapports entre classes de créanciers de même rang. Il exige en principe que ces différentes classes perçoivent dans le cadre du plan un pourcentage de récupération de leurs créances approximativement équivalent, même si les modalités de paiement peuvent être différentes : une classe peut par exemple être payée moins mais plus rapidement qu'une autre, de telle sorte qu'en valeur actualisée les recouvrements des deux classes s'équilibrent. Des différences relativement minimales entre les pourcentages de récupération de différentes classes ne font pas obstacle à l'homologation du plan(43). Pour le reste, la jurisprudence accepte des récupérations différenciées entre différentes classes pour autant que leur justification soit raisonnable et que la différenciation soit nécessaire pour assurer le succès de la réorganisation(44). L'analyse se fait toutefois de manière relativement sévère, et une partie de la jurisprudence adopte la présomption simple, c'est-à-dire non irréfragable, que toute différence significative dans les pourcentages de récupération, mesurés en valeur

(41) § 1129(a)(7)(A)(ii).

(42) § 1129(a)(11).

(43) *In re Greate Bay Hotel & Casino, Inc.*, 251 B.R. 213 (Bankr. D. N.J. 2000) ; *In re Armstrong World Industries, Inc.*, 348 B.R. 111, 122 (Bankr. D. Del. 2006) ; *In re Unbreakable Nation Co.*, 437 B.R. 189 (Bankr. E.D. Pa. 2010).

(44) *In re Ambanc La Mesa Limited Partnership*, 115 F.3d 650 (9th Cir.1997), où la cour d'appel a présenté les critères à satisfaire de la manière suivante : « *Discrimination between classes must satisfy four criteria to be considered fair under 11 U.S.C. § 1129(b): (1) the discrimination must be supported by a reasonable basis; (2) the debtor could not confirm or consummate the Plan without the discrimination; (3) the discrimination is proposed in good faith; and (4) the degree of the discrimination is directly related to the basis or rationale for the discrimination* ». Cette présentation en quatre critères est régulièrement reprise par une partie des juges du fond.

actualisée, ou dans les risques auxquels sont exposés différentes classes de créancier, fait obstacle à l'homologation(45).

Alors que l'absence d'*unfair discrimination* concerne les rapports entre créanciers de même rang, le caractère *fair and equitable* du plan se rapporte aux rapports entre créanciers de rangs différents. Ceci consiste essentiellement en le respect de l'*absolute priority rule* décrite ci-dessus.

CHAPITRE III — ROYAUME-UNI

17. — Le droit du Royaume-Uni connaît deux mécanismes de type concordataire : le *scheme of arrangement* prévu par les articles 895 et suivants du *Companies Act 2006*, et le *company voluntary arrangement* prévu par les articles 1 à 7 de l'*Insolvency Act 1986*(46).

Section 1. — *Schemes of arrangement*

18. — Le mécanisme du *scheme of arrangement* fait partie du droit des sociétés, et son utilisation ne requiert pas que la société concernée soit nécessairement confrontée à un risque d'insolvabilité. Une partie significative de la jurisprudence y relative concerne des plans de liquidation de compagnies d'assurance qui souhaitent clôturer leurs affaires et imposer à leurs assurés titulaires de polices à long terme un règlement anticipé et définitif de leurs droits. Les *schemes of arrangement* ne sont d'ailleurs pas couverts par le règlement européen n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité(47) ; ceci a permis le

(45) *In re Dow Corning Corp.*, 244 B.R. 696 (Bankr. E.D. Mich. 1999). C'est l'approche dite du *Markell test*, initialement proposée en doctrine par B.A. MARKELL, « A New Perspective on Unfair Discrimination in Chapter 11 », 72 *Am. Bankr. L.J.* 227 (1998). Cette jurisprudence s'exprime de la manière suivante : « a *rebuttable presumption of unfair discrimination* [arises] where there is: (1) a *dissenting class*; (2) *another class of the same priority*; and (3) a *difference in the plan's treatment of the two classes that results in either (a) a materially lower percentage recovery for the dissenting class (measured in terms of the net present value of all payments), or (b) regardless of percentage recovery, an allocation under the plan of materially greater risk to the dissenting class in connection with its proposed distribution* ».

(46) Il existe également un régime d'*individual voluntary arrangement* prévu par les articles 252 et suivants de l'*Insolvency Act 1986*, qui est l'équivalent pour les personnes physiques du *company voluntary arrangement*.

(47) La liste des procédures d'insolvabilité figurant à l'annexe A du règlement inclut notamment les « *Voluntary arrangements under insolvency legislation* »,

développement relativement récent du recours à ce mécanisme pour organiser une restructuration de l'endettement financier de sociétés étrangères en difficultés, lorsque les conventions de financement sont régies par le droit anglais et malgré la localisation du centre des intérêts principaux du débiteur hors du Royaume-Uni(48).

Le recours à un *scheme of arrangement* reste néanmoins possible dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité. La loi permet expressément que la requête en vue d'un tel plan soit déposée par un liquidateur ou un *administrator*(49).

19. — Un *scheme of arrangement* permet à un débiteur de proposer à ses créanciers, ou à une ou plusieurs classes de créanciers, une modification de leurs droits. Tout type de modification peut être envisagé : abattement d'une partie des créances, reports d'échéance, liquidation forfaitaire anticipée d'éventuelles indemnités d'assurance futures, etc. Une assemblée des créanciers concernés est convoquée par le tribunal. Le vote se fait par classe de créanciers, le cas échéant, et une double majorité de 75 % en montants et de plus de la moitié en nombre des créanciers prenant part au vote est requise dans chaque classe. Si le vote est favorable, le tribunal peut homologuer le plan, ce qui rend celui-ci obligatoire pour tous les créanciers des classes concernées. L'homologation (dite *sanction*) du plan n'est pas possible si une classe de créanciers s'y est opposée(50).

C'est essentiellement par le biais de la répartition des créanciers en différentes classes que se fait le contrôle des différenciations de traitement. Puisque l'homologation du plan ne peut pas se faire contre le gré d'une classe de créanciers, les différenciations entre classes ne sont possibles que dans la mesure où elles sont acceptables pour chacune des classes, y compris celle qui serait par hypothèse moins bien traitée. C'est donc le mécanisme de

mais pas les *schemes of arrangement*. Il n'en va de même dans le cadre du règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité, *J.O.U.E.* n° L 141 du 5 juin 2015, p. 19, applicable pour l'essentiel à partir du 26 juin 2017.

(48) *Primacom Holding GmbH v a group of the Senior Lenders and Credit Agricole* [2011] EWHC 3746 (Ch) (20 décembre 2011) et [2012] EWHC 164 (Ch) (20 janvier 2012) ; *Re Rodenstock GmbH* [2011] EWHC 1104 (Ch) (6 May 2011).

(49) Section 896(2)(c), CA 2006.

(50) Section 899, CA 2006.

vote lui-même, plutôt que les tribunaux, qui fixent les limites aux possibilités de différenciation. Les tribunaux ont en théorie le pouvoir, à leur discrétion, de rejeter un plan qui leur paraîtrait déraisonnable malgré qu'il ait été approuvé par chacune des classes de créanciers concernées ; c'est le test de la *reasonableness* ou *fairness* du plan, exprimé de manière assez vague par l'exigence que « *the arrangement is such as an intelligent and honest man, a member of the class concerned and acting in respect of his interest, might reasonably approve* »(51). Il semble toutefois que ce pouvoir n'ait jamais été utilisé(52).

La constitution des classes joue donc un rôle fondamental dans l'équilibre du système. Elle est soumise à une double vérification par les tribunaux. Lors de la demande de convocation de l'assemblée des créanciers, une première vérification est faite dans le cadre d'une procédure qui est à ce stade unilatérale ; après le vote, un créancier qui s'opposerait à l'homologation peut rouvrir la discussion dans le cadre d'une procédure qui est alors devenue contradictoire(53). Si le tribunal constate que la répartition des créanciers ne s'est pas faite comme il eût fallu, le plan ne peut pas être homologué. La nécessité de trouver le juste équilibre est clairement mise en évidence par la jurisprudence, qui vise à éviter tant les risques d'oppression par la majorité au sein de classes définies trop largement que les risques de veto par la minorité si les classes sont définies de manière trop fine(54).

20. — Le critère retenu depuis la fin du XIX^e siècle pour déterminer si des créanciers doivent ou non être regroupés au sein d'une même classe est celui de la communauté d'intérêts, permettant aux créanciers de se concerter utilement quant à l'attitude à prendre face à la proposition de plan(55) :

« *The scheme proposed may be regarded as a single arrangement with those creditors whom it is intended to bind if, but only if, the rights of those creditors are not so dissimilar as*

(51) *Re British Aviation Insurance Company Ltd* [2005] EWHC 1621 (Ch) (21 juillet 2005), n° 74.

(52) *Ibid.*, n° 76.

(53) *Re Hawk Insurance Company Ltd* [2001] EWCA Civ 241 (23 février 2001).

(54) *Ibid.*, n^{os} 26 et 33.

(55) *Ibid.*, n° 26, qui s'appuie sur le précédent *Sovereign Life Assurance Company v Dodd* [1892] 2 QB 537.

to make it impossible for them to consult together with a view to their common interest. If the rights of those creditors whom the scheme is intended to bind are such as to make it impossible for them to consult together with a view to their common interest, then the scheme must be regarded as a number of linked arrangements. In the latter case it will be necessary to have a separate meeting of each class of creditors; a class being identified by the test that the rights of those creditors within it are not so dissimilar that as to make it impossible for them to consult together with a view to their common interest. »

La dissimilitude des situations, qui entraîne l'absence de communauté d'intérêts et la nécessité de répartir les créanciers entre classes différentes, peut se rapporter tant au statut préexistant des créanciers qu'au traitement qui leur est offert par le plan (56) :

« ... the answer... will depend upon analysis (i) of the rights which are to be released or varied under the scheme and (ii) of the new rights (if any) which the scheme gives, by way of compromise or arrangement, to those whose rights are to be released or varied. It is in the light of that analysis that the test formulated by Lord Justice Bowen in order to determine which creditors fall into a separate class — that is to say, that a class “must be confined to those persons whose rights are not so dissimilar as to make it impossible for them to consult together with a view to their common interest” — has to be applied. »

Dans l'affaire *BAIC*, par exemple, la cour s'est attachée à l'examen du statut préexistant des différents types de créanciers. Il s'agissait de clôturer les affaires d'une compagnie d'assurance et la cour a considéré qu'il n'y avait pas de communauté d'intérêts entre, d'une part, les assurés qui avaient déjà subi un sinistre en attente d'évaluation et d'indemnisation et, d'autre part, les assurés qui bénéficiaient d'une couverture pour des risques anciens encore susceptibles de se matérialiser (il s'agissait de la responsabilité de fabricants d'amiante). La cour a en conséquence refusé d'homologuer le plan qui ne comportait qu'une seule classe pour les deux catégories de créanciers (57) :

(56) *Ibid.*, n° 30.

(57) *Re British Aviation Insurance Company Ltd*, n° 92. Dans le même sens, *Re Sovereign Marine & General Insurance Company Ltd and others* [2006] EWHC

« ... those with accrued claims and those with IBNR [incurred but not reported] claims have interests which are sufficiently different as not to make it possible for them sensibly to consult together “in their common interest”. In truth, they do not have a common interest at all. »

Dans l'affaire *Hawk*, c'était au contraire le traitement différencié proposé par le plan qui était en question. Les assurés se voyaient proposer un paiement de 100 %, 75 % ou 50 % de leurs créances selon le type d'indemnités réclamées. La cour d'appel, au terme d'un raisonnement qui suggère que des taux de recouvrement différenciés exigeraient en effet la constitution de classes distinctes, considère néanmoins qu'en l'espèce ces pourcentages reflétaient simplement une approximation de la valeur réelle des créances compte tenu de leurs degrés respectifs d'incertitude, et qu'en réalité les intérêts de tous les créanciers étaient similaires(58) :

« Seen in that light, it becomes clear not only that the provisions of the scheme do not reflect any difference in the rights which are to be released or varied, but also that the new rights given in place of the pre-existing rights do not fall into distinct classes. ... The common interest, in the present case, is in achieving a relatively simple, inexpensive and expeditious winding up of the company's affairs outside a formal liquidation. It is a striking feature of this case that the creditors have, in fact, found it possible to consult together with a view to that common interest: there have been no dissentient voices. »

21. — L'intervention des tribunaux dans un *scheme of arrangement* se limite en réalité à vérifier — de manière parfois très approfondie — l'intégrité de l'ensemble du processus de vote. Comme nous l'avons vu ci-dessus au paragraphe 19, les tribunaux n'utilisent pas leur pouvoir de refuser l'homologation d'un plan, pour des motifs liés à l'insuffisance de *reasonableness* ou de *fairness*, lorsque les créanciers l'ont dument approuvé. Ceci ne les empêche toutefois pas d'indiquer dans des motifs surabondants ou des *obiter dicta* qu'ils refuseraient l'homologation d'un plan

1335 (Ch) (9 juin 2006), n° 71 à 180, qui illustre sur une quarantaine de pages la complexité de l'analyse.

(58) *Re Hawk Insurance Company Ltd*, n° 15.

qui attribue à certains créanciers moins que ce qu'ils pourraient obtenir dans un scénario de faillite(59), ou qui vise à permettre aux actionnaires de récupérer des fonds alors que les créanciers ne sont pas intégralement remboursés(60).

Section 2. — *Company voluntary arrangements*

22. — Les *company voluntary arrangements* ou *CVAs*, comparables aux réorganisations par accord collectif de la LCE, sont moins utilisés que ces dernières : pour l'année 2011, il y a eu en Angleterre 767 procédures de CVA, alors que pour la même année il y a eu en Belgique 1.330 procédures de réorganisation annonçant comme objectif un accord collectif(61).

23. — Un CVA consiste en un accord qui lie la société débitrice et l'ensemble de ses créanciers moyennant un vote majoritaire de ceux-ci. L'accord porte typiquement sur des abattements ou rééchelonnements des créances.

Le débiteur doit nommer en début de procédure un *insolvency practitioner*, c'est-à-dire un professionnel indépendant et spécialisé, qui gèrera l'ensemble du processus. Celui-ci exerce une fonction de contrôle importante. Il doit soumettre au tribunal un rapport initial relatif aux chances de succès du plan, et la procédure ne se poursuivra que s'il émet un avis favorable à cet égard(62). Après approbation du plan il surveille sa mise en œuvre et a le pouvoir, si une bonne exécution du plan n'est plus possible, de faire aveu de faillite(63). Les tribunaux insistent sur la nécessaire

(59) *Re T&N Ltd. and others* [2004] EWHC 2361 (Ch) (21 octobre 2004), n° 82 : « *I find it very difficult to envisage a case where the court would sanction a scheme of arrangement, or not interfere with a CVA, which was an alternative to a winding-up but which was likely to result in creditors, or some of them, receiving less than they would in a winding-up of the company, assuming that the return in a winding-up would in reality be achieved and within an acceptable timescale* ».

(60) *Re British Aviation Insurance Company Ltd*, n° 142 et 143 : « *But if I had had jurisdiction I would not have sanctioned the scheme. ... The purpose of the scheme is to allow surplus funds to be returned to shareholders in preference to satisfying the legitimate claims of creditors* ».

(61) UK National Statistics, http://data.gov.uk/dataset/insolvency_statistics et Graydon, *op. cit.* (n. 23).

(62) Section 2(2)(a), IA 1986 : « *a report to the court stating ... whether, in his opinion, the proposed voluntary arrangement has a reasonable prospect of being approved and implemented* ».

(63) Section 7(4)(b).

indépendance et objectivité de ces *insolvency practitioners*, qui sont tenus de vérifier la conformité des projets de plans à l'intérêt de chacun des créanciers (64) :

« *I wish to emphasise that it is the duty of administrators or other office holders, in such circumstances, to maintain an independent stance, to act in good faith, and only to propose a CVA if they are satisfied that it will not unfairly prejudice the interests of any creditor, member or contributory of the company. The need for a responsible and professional attitude is even more pronounced where the CVA is structured in such a way that it is bound to be passed by the votes of creditors whose position is either unaffected or improved, and where another much smaller class of creditors is to be deprived of valuable contractual rights ...* »

24. — Le plan ne peut pas affecter les créanciers qui bénéficient d'une sûreté réelle, sauf éventuellement dans la mesure où leur créance dépasse la valeur de la sûreté. Le plan doit également respecter les privilèges, et ne peut imposer d'abattements aux créanciers privilégiés (les titulaires de *preferential debt*) sans leur accord (65).

25. — L'approbation du plan requiert une majorité de plus de 75 % en valeur des créances pour lesquelles il est pris part au vote, ainsi qu'une majorité de plus de 50 % en valeur des créances pour lesquelles il est pris part au vote et dont les titulaires ne sont pas liés au débiteur (c'est-à-dire les titulaires autres que, par exemple, les actionnaires, les administrateurs, leur famille proche et les sociétés du même groupe) (66). Le vote inclut l'ensemble des créanciers, sans division en classes, sauf ceux qui bénéficient d'une sûreté réelle.

Le plan est obligatoire pour tous les créanciers dès son approbation par l'assemblée des créanciers. Il n'y a pas de formalité d'homologation par le tribunal. Un créancier peut toutefois prendre l'initiative de contester le plan devant le tribunal, si le

(64) *Mourant & Co Trustees Ltd and another v Sixty UK Ltd and others* [2010] EWHC 1890 (Ch) (23 juillet 2010), n° 88. Il s'agissait d'une espèce où le débiteur demandeur de CVA était déjà en procédure d'*administration*, et où l'*insolvency practitioner* en charge de la CVA avait également la qualité d'*administrator*.

(65) Section 4(3) et (4), IA 1996. Des abattements peuvent en théorie être imposés aux créanciers privilégiés si les créanciers chirographaires ne reçoivent rien.

(66) Section 1.19, *Insolvency Rules* 1986.

plan lui cause un préjudice injuste (*unfair prejudice*) ou si son approbation a donné lieu à une irrégularité grave (*material irregularity*). Le tribunal peut dans ce cas révoquer ou suspendre le plan, ou ordonner qu'un nouveau vote ait lieu, le cas échéant après modification du projet de plan(67).

26. — Le critère du préjudice injuste donne aux tribunaux le moyen de se prononcer sur d'éventuelles différences de traitement entre catégories de créanciers. La jurisprudence accepte le principe d'une différenciation, en particulier lorsqu'elle est nécessaire pour assurer la continuité de l'exploitation, mais ajoute que cela exige une vérification attentive : « *it is not necessarily unfair that one creditor or class of creditors should be paid in full when others are not; though obviously that requires particularly careful scrutiny* »(68).

Les tribunaux s'attachent principalement à ce qu'ils décrivent comme une « comparaison verticale », c'est-à-dire la comparaison entre ce que le plan offre au créancier opposant et ce que celui-ci pourrait obtenir dans un scénario alternatif de liquidation. Si le plan offre moins, le créancier subit un préjudice injuste et son opposition est fondée(69). Lorsqu'un plan, en revanche, permet au créancier opposant de percevoir au moins autant qu'une liquidation, et qu'il n'y a pas d'alternative réaliste au plan proposé, l'examen s'arrête là : la jurisprudence considère que le créancier n'est pas injustement préjudicié, même si d'autres créanciers récupèrent proportionnellement plus que lui(70). Les tribunaux évitent dans cette analyse de spéculer sur ce qu'un plan alternatif aurait pu prévoir ; ils se limitent à comparer un scénario de liquidation avec le plan tel qu'il est(71). L'approche peut sembler

(67) Section 6, IA 1996.

(68) *HMRC v Portsmouth City Football Club Ltd and others* [2010] EWHC 2013 (Ch) (5 août 2010), n° 41. Voir aussi *Mourant v Sixty*, n° 67 ; *Sisu Capital Fund Ltd and others v Tucker and others* [2005] EWHC 2170 (Ch) (9 septembre 2005), n° 69 ; *Inland Revenue v Wimbledon Football Club Ltd and others* [2004] EWHC 1020 (Ch) (11 mai 2004), n° 18.

(69) Voir note 60. Également, *Mourant v Sixty*, n° 75 ; *Prudential Assurance Company Ltd and others v PRG Powerhouse Ltd. and others* [2007] EWHC 1002 (Ch) (1^{er} mai 2007), n° 75 à 81 ; dans une affaire concernant un *individual voluntary arrangement*, *Child Maintenance and Enforcement Commission v Beesley and another* [2010] EWCA Civ 1344 (24 novembre 2010), n° 64.

(70) *HMRC v Portsmouth City Football Club Ltd*, n° 68 ; *Inland Revenue v Wimbledon Football Club Ltd and others* [2004] EWHC 1020 (Ch) (11 mai 2004), n° 23.

(71) *Sisu Capital Fund v Tucker*, n° 73.

quelque peu rudimentaire, mais elle s'explique probablement par l'intervention systématique d'un *insolvency practitioner* préalablement à la présentation d'un plan aux créanciers. Celui-ci est indépendant et a pour rôle de veiller de manière neutre aux intérêts des créanciers. Il est vraisemblable que sa présence supprime dès l'origine d'éventuelles velléités de discrimination. Les tribunaux reconnaissent d'ailleurs expressément ce rôle et la crédibilité qu'il donne au projet de plan(72) :

« *If an administrator or liquidator puts forward a proposal which he considers to be fair then, unless it is established that he acted other than in good faith or that he is partisan to the interests of some only of the creditors, the court should not speculate about what other proposals might have gained acceptance and been capable of implementation [...]* »

Le test de la « comparaison horizontale » est également mentionné en jurisprudence comme étant pertinent(73). Il s'agit ici de comparer la situation respective des différents créanciers les uns par rapport aux autres, et de vérifier que d'éventuelles différences de traitement ne sont pas disproportionnées ou injustifiées. En pratique l'application de ce test semble toutefois assez rare, sauf à titre surabondant lorsque le critère de la comparaison verticale aboutit déjà à la constatation d'un préjudice injuste(74), et ne semble pas suivre des lignes directrices très précises. L'on trouve un cas, original mais souvent cité comme précédent, d'un éleveur de chevaux qui avait des dettes envers le fisc et divers amis ; le plan consistait à payer immédiatement au fisc, pour solde de tout compte, 19 % de sa créance (ce qui absorbait la totalité de l'actif), et à tenter ensuite de rembourser les amis au moyen des revenus que l'éleveur pourrait encore acquérir à l'avenir. Le tribunal y a vu un préjudice injuste au détriment du fisc parce que celui-ci devait subir un abattement de sa créance alors que les autres créanciers conservaient l'intégralité de leurs droits(75).

(72) *Ibid.*

(73) *Prudential v PRG Powerhouse*, n° 75 et 83 à 90 ; *Mourant v Sixty*, n° 67 et 80 à 85.

(74) *Ibidem.*

(75) *Re a debtor (No. 101 of 1999) [2001] 1 BCLC 54* (10 juillet 2000). Il s'agissait d'un *individual voluntary arrangement*, mais les principes sont identiques pour les CVAs.

La jurisprudence mentionne encore que l'on peut éventuellement déduire un préjudice injuste du fait que, si le plan avait été présenté sous la forme d'un *scheme of arrangement*, le créancier opposant aurait fait partie d'une classe distincte qui aurait voté contre le plan et aurait ainsi pu empêcher son adoption. Mais ce critère n'est qu'indicatif, et ne semble jamais avoir été utilisé comme un motif justifiant à lui seul le rejet d'un plan(76).

En fin de compte, les critères restent assez vagues et les tribunaux se réservent un large pouvoir d'appréciation : sur la base de tous les précédents(77),

« [it] is common ground that there is no single and universal test for judging unfairness in this context. The cases show that it is necessary to consider all the circumstances [...] »

CHAPITRE IV — FRANCE

27. — Le droit français prévoit deux procédures de restructuration : la procédure de sauvegarde, accessible aux entreprises en difficultés qui ne sont pas encore en cessation de paiement, et la procédure de redressement judiciaire utilisable après cessation de paiement(78). Les deux procédures sont similaires à de nombreux égards, la principale différence étant que le dirigeant d'entreprise conserve son autonomie de gestion dans le cadre d'une procédure de sauvegarde alors qu'il est subordonné à l'administrateur judiciaire s'il s'agit d'une procédure de redressement.

Les procédures donnent lieu à l'établissement d'un plan. Dans les petites ou moyennes entreprises (pas plus de 150 salariés ni de 20 millions d'euros de chiffre d'affaires), les créanciers sont consultés individuellement et il n'y a en principe pas d'assemblée des créanciers ni de vote. Le plan est arrêté par le tribunal. Le tribunal peut imposer des délais de paiement aux créanciers, mais il ne peut pas leur imposer de remises de dettes sans leur accord individuel. Les délais de paiement doivent être uniformes pour tous les créanciers, sauf également leur accord individuel.

(76) *Prudential v PRG Powerhouse*, n^{os} 85 et 108 ; *Mourant v Sixty*, n^o 70.

(77) *Prudential v PRG Powerhouse*, n^o 74.

(78) Code de commerce, articles L620-1 et suivants pour la procédure de sauvegarde, et articles L631-1 et suivants pour la procédure de redressement judiciaire. L'article L631-19 rend applicables au redressement judiciaire les dispositions relatives au plan de sauvegarde.

Il est possible d'offrir à chaque créancier d'opter pour des délais de paiement plus brefs moyennant une réduction du montant de sa créance. Lorsqu'il y a accord individuel d'un ou plusieurs créanciers sur des délais ou remises, la décision du tribunal en donne simplement acte.

Dans les grandes entreprises, deux comités des créanciers sont constitués, respectivement le comité des établissements de crédit et le comité des principaux fournisseurs ; le cas échéant, il y a également un comité des obligataires. Le plan est soumis aux différents comités. Si chacun des comités approuve le plan à la majorité des deux tiers du montant des créances, le plan peut être homologué (le Code de commerce dit « arrêté ») par le tribunal. Ce plan peut imposer aux créanciers membres des comités des délais de paiement et des remises de dettes. Pour les créanciers qui ne sont pas membres des comités (c'est-à-dire les « petits » fournisseurs(79) et les créanciers qui ne sont ni fournisseurs ni établissements de crédit), le même régime s'applique que dans le cas des procédures sans comité : le tribunal peut imposer des délais de paiement uniformes mais pas de remises de dettes, sauf accord du créancier concerné.

Les petites ou moyennes entreprises peuvent opter volontairement pour la procédure avec comités des créanciers.

Les créances *de minimis* doivent en toute hypothèse être payées intégralement et sans délais. Il s'agit des créances de maximum 300 euros, à concurrence d'un montant total n'excédant pas 5 % du passif estimé.

28. — Depuis sa modification par une ordonnance du 18 décembre 2008, l'article L626-30-2 du Code de commerce (applicable uniquement dans les procédures avec comités des créanciers, c'est-à-dire généralement dans les grandes entreprises) prévoit que le plan « *peut établir un traitement différencié entre les créanciers si les différences de situation le justifient* »(80). Le tribunal ne peut toutefois homologuer le plan qu'après s'être

(79) Le comité des principaux fournisseurs est ouvert aux fournisseurs dont la créance représente plus de 3% du total des créances des fournisseurs. Les autres fournisseurs peuvent être membres du comité sur invitation de l'administrateur.

(80) La même disposition figure à l'article L626-32 relatif à l'assemblée du comité des obligataires, et permet un « *traitement différencié entre les créanciers obligataires si les différences de situation le justifient* ».

« *assur[é] que les intérêts de tous les créanciers sont suffisamment protégés* »(81).

L'application pratique de cette faculté de différenciation, depuis son entrée en vigueur le 15 février 2009, semble avoir été extrêmement limitée. Un cas concerne un plan qui prévoyait pour les porteurs d'obligations subordonnées un remboursement inférieur à ce qui était prévu pour les porteurs d'obligations ordinaires ; la différenciation a été jugée valable(82). Pour le reste les seules différenciations qui sont en pratique proposées par les plans sont celles qui appliquent un régime différent d'une part aux principaux fournisseurs et d'autres part aux établissements de crédit, les fournisseurs étant payés de manière relativement rapide et complète alors que les établissements de crédit participent à une restructuration plus lourde de la dette financière de l'entreprise.

Il faut noter également l'existence depuis 2010 de la procédure de sauvegarde accélérée, qui n'affecte que les établissements de crédit et les créanciers obligataires. Le plan de sauvegarde est soumis à l'approbation, à la majorité des deux tiers en montant, du comité des établissements de crédit et le cas échéant du comité des obligataires. Cette procédure n'est disponible que pour les entreprises dont le total de bilan dépasse 25 millions d'euros(83).

29. — Ce n'est donc que très rarement que le droit français tolère qu'un plan s'écarte du respect de l'égalité des créanciers. La plupart des procédures concernent des petites ou moyennes entreprises, où aucune différenciation n'est permise sans l'accord du créancier en défaveur duquel la différence de traitement est proposée. Dans les procédures relatives aux grandes entreprises, les traitements différenciés apparaissent essentiellement entre fournisseurs d'une part et créanciers financiers d'autre part, et sont soumis à un vote majoritaire séparé au sein de chacun de ces deux groupes de créanciers ; pour le reste les traitements différenciés sont autorisés en principe mais très peu utilisés en pratique,

(81) C. comm., article L626-31.

(82) Cass. fr., comm., 21 février 2012, n° 11-11.693, www.courdecassation.fr. Depuis les faits qui ont donné lieu à cet arrêt, une loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010 a complété l'article L626-30-2 pour prévoir expressément que le plan « prend en compte les accords de subordination entre créanciers conclus avant l'ouverture de la procédure ».

(83) Ou 10 millions d'euros si certains autres critères de taille sont remplis.

probablement parce que les débiteurs craignent que cela entraîne un refus d'homologation du plan par le tribunal.

CHAPITRE V — CONCLUSION

30. — Sous l'empire de la LCE, le plan de réorganisation peut prévoir le règlement différencié de certaines catégories de créances, notamment en fonction de leur ampleur ou de leur nature : c'est la règle établie à l'article 49 de la loi sur la continuité des entreprises.

Cette règle fonctionne mal. Les débiteurs en abusent, d'où un volume de contentieux excessif. La doctrine et la jurisprudence s'y perdent sans cohérence. Et à la base, le mécanisme crée des incitants microéconomiques qui appellent des effets pervers.

La loi de réforme du 27 mai 2013 a identifié en partie le problème mais ne l'a pas résolu. Une analyse de droit comparé révèle des alternatives plus appropriées.

YVES HERINCKX

AVOCAT AU BARREAU DE BRUXELLES
SOLICITOR (ENGLAND AND WALES)