



DBB

Comment faire des classes ?

**Yves BRULARD Avocat associé – Head of Insolvency Group- DBB
Avocats à Bruxelles– Paris – Nivelles- Mons - Charleroi,
Spécialiste reconnu Avocat.be entreprise en difficulté
Ancien expert de la Commission européenne pour ce règlement
Chargé d'enseignement aux Ateliers de l'UCLouvain FUCaM Mons
Membre du comité scientifique de l'Ecole des Magistrats Français**

+ les PME qui peuvent choisir une procédure sans classe

- **PME = ?**
 - débiteurs qui n'excèdent pas un ou plusieurs critères suivants pendant deux exercices comptables consécutifs: — moyenne annuelle du nombre de travailleurs: 250; — chiffre d'affaires annuel hors taxe sur la valeur ajoutée: 40.000.000 euros; — total du bilan: 20.000.000 euros.
 - Ne sont pas PME entreprises qui, seules, le serait mais entre lesquelles existe une relation de filiation au sens de l'article I.23, 26°, du présent Code si ces entités, considérées dans leur ensemble, dépassent le seuil visé à l'alinéa 1er L'article I 23 26° renvoie à l'article I :20 CSA qui dispose que sont des "sociétés liées à une société": a) les sociétés qu'elle contrôle; b) les sociétés qui la contrôle ;c) les sociétés avec lesquelles elle forme un consortium; d) les autres sociétés qui, à la connaissance de son organe d'administration, sont contrôlées par les sociétés visées sub a), b) et c.
 - « Il ne s'agit donc pas uniquement des entreprises qui devront présenter des comptes consolidés. Des entreprises étrangères sont aussi concernées à supposer que le centre des intérêts principaux (COMI) de la PME sera établi en Belgique » (Exposé des motifs).
- **Option ? Oui rien de la directive n'obligeait le législateur à changer la PRJ actuelle : c'est un choix. (et quel choix !)**
- **Conclusions** :les entreprises qui recourront à la procédure avec classe sont quand même assez nombreuses.



la majorité de créanciers pour voter un plan

Sans classes XX 78/2

- 50% en nombre et en montant de créances en principal et intérêts

Avec classes XX83/18

- On vote en classe (par ex 5)
 - **1ère hyp**: une classe de créancier suffit celle qui pourrait percevoir un montant de la répartition de la valeur en activité
 - **2ème hyp** : une majorité de classe et une classe de garanti ou de privilégiés spéciaux
 - **3ème hyp**: l'unanimité des classes
- Dans chaque classe 50%+1 en montant en principal c'est-à-dire que l'unanimité des classes= 50% des créanciers en montant

+ Les classes ?

- Regroupement dans la liste des créanciers **d'abord** selon les droits des créanciers. (rangs)
- **Puis** traitement selon leur intérêt d'adopter le plan pour réunir dans une classe ceux qui ont un intérêt semblable à voter oui ou non
 - Ex: les garantis de la valeur en liquidation, donc sur d'être payés, n'ont pas le même intérêt qu'un chirographaire
 - Ex: Un chirographaire non garanti par une garantie externe, pas le même que le créancier garanti par une caution "réelle"
 - Ex: des privilégiés généraux dans la valeur de liquidation pas le même que les privilégiés généraux hors de cette valeur
 - Ex: Un fournisseur qui pourra se "rattraper" sur des livraisons futures car stratégique pas le même qu'un fournisseur remplaçable
- Enfin s'apprécie aussi par rapport à la proposition de paiement du plan conforme aux autres critères : best interest – priorité - car
- Le critère est de permettre au créancier en connaissance de cause de choisir entre la valeur de liquidation des actifs et la valeur future à recevoir de l'exploitation des actifs par le débiteur sur la durée du plan



Exemples de l'exposé des motifs

- « Il faut se garder de faire un classement uniquement en vertu de catégories purement formelles de droit national. La vérité est plus nuancée.
- Il doit s'agir de droits tellement différents qu'il ne peut être question d'une position comparable.
- Si le rédacteur du plan s'attend à ce qu'une classe supplémentaire n'affectera pas le résultat du vote, il pourra voir un avantage à procéder ainsi s'il veut éviter la discussion au sujet des classes. »
- « Un créancier privilégié garanti par une sûreté réelle n'appartient pas à la même classe qu'un créancier chirographaire,
- qu'un créancier chirographaire dont la créance est intégralement payée n'appartient pas à la même classe qu'un créancier chirographaire dont la créance est réduite pour 80 pour cent (puisque les droits qu'ils reçoivent sur la base du plan de réorganisation diffèrent à un point tel qu'il ne peut être question de position comparable).
- La différence peut aussi concerner la nature de la créance. Une obligation de faire n'a pas la même nature qu'une obligation d'indemniser.
- Une créance d'un service public peut être différente de la créance d'un opérateur privé.
- Le montant peut aussi créer un élément de différenciation: une créance d'un montant insignifiant pourra être classé dans une classe différente des créanciers majeurs.
- Un créancier nécessaire pour la survie de l'entreprise pourra bénéficier d'un régime particulier.
- Pour la répartition en classes, les différents droits (tant ceux qu'ils recevraient en cas de liquidation du patrimoine du débiteur que ceux qu'ils recevraient sur la base du plan de réorganisation) sont pertinents. À titre d'exemple, les droits d'un actionnaire qui disparaîtront quasiment toujours en cas de faillite sont subordonnés à ceux des créanciers et répartis dans une classe inférieure. »





Exemple

| | | | |
|----------------------|----------------|--|-------------|
| Total 1 | Factor | | 681.804 € |
| Total 2 | Leaser | | 46.280 € |
| Total 3 | Travailleur | | 244.502 € |
| Total 4 | Institutionnel | | 943.400 € |
| Total 5 | Fournisseur | | 600.099 € |
| Total 6 | Stratégique | | 3.673 € |
| Total 7 | Interco | | 39.839 € |
| Total général | 479 | | 2.559.597 € |

| Best interest | |
|---------------|-----------|
| Factor | 580.000 € |
| Leaser | 46.280 € |
| Travailleur | 60.000 € |
| Institutionne | - € |
| Fournisseur | 0% |
| Stratégique | 0% |
| Interco | 0% |
| | 686.280 € |

| Classe | Proposition | | |
|---------|--|--|--|
| Total 1 | Nouveau crédit par renouvellement de la prise en factor avec remboursement de la marge de perte | | |
| Total 2 | Maintien du crédit paiement des arriérés en 6 mois | | |
| Total 3 | Paiement de 100% de ce qui est du avec délai de 3 mois à date | | |
| Total 4 | Paiement de 4% an 1 + retour a meilleure fortune chaque année 4% prioritairement sur le cash flow positif | | |
| Total 5 | Paiement 4% an 1 après institutionnel et ensuite eilleure fortune chaque année 4% après prioritaire sur le cash flow positif | | |
| Total 6 | Rachat de créance par le groupe | | |
| Total 7 | Equitization après paiement des autres créanciers | | |
| | | | |

+ Contentieux ?

- XX.83/17 la répartition en classe a été établie de manière correcte et les créanciers partagent une communauté d'intérêt suffisante au sein de la classe avec une égalité de traitement proportionnel.
- XX.83/11 le débiteur ne peut déposer le plan qu'après vérification par le juge délégué que le plan répond aux conditions de forme.
- Recours en appel.
- Pas d'intérêt si cela ne change pas le vote de la classe ?
- Important contentieux d'admission de créance pour la nature des droits ?
- Classement des classes (pour la priorité) et noyer un créancier récalcitrant dans une classe ?
- Classe d'opportunité ?
- Conflit d'intérêt dans une classe et créanciers dans plusieurs classes.



+ Décisions récentes (1)

- Cour d'appel de Versailles 14/03/2023 « L'administrateur judiciaire fait ensuite état du caractère obligatoire de l'affectation à une classe des créanciers dont la créance est née antérieurement à la date du jugement d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire sans qu'il puisse y avoir de traitement différencié entre ces créanciers, observant que les arguments avancés par les appelantes tenant à la nature du privilège, au caractère modique ou provisoire de la créance ou encore à un 'pseudo usage', ne sont justifiés par un quelconque argument légal, jurisprudentiel voire doctrinal. Enfin, il soutient avoir respecté les modalités de répartition en classes de parties affectées en exposant en premier lieu avoir procédé conformément aux critères prévus par l'article L.626-30 III ; il s'explique sur les critères retenus pour distinguer les trois classes dans lesquelles il a affecté les différents créanciers bénéficiant d'un privilège, observant notamment que les dispositions de l'article L.626-31 2^o du code de commerce semblent imposer d'affecter dans des classes différentes des créanciers qui seront traités différemment et que la distinction entre les trois classes de créanciers privilégiés se justifie objectivement à la fois par des intérêts économiques non concordants et par la nature de leurs privilèges ».
- TC de Lyon 23/01/2023 : Une partie non affectée ne dispose pas de droit . Si elle n'est pas titrée elle n'est pas créancier.
- TC Rotterdam 09/03/2023: deux type de crédits garantis différemment peuvent être dans la même classe alors même qu'ils ont une nature différente si ces différences ne sont pas telles qu'il ne soit pas question de situation comparable.

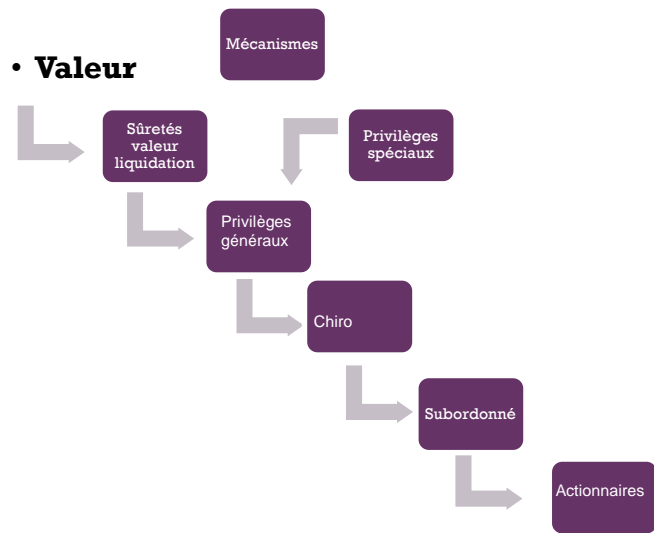
+ Décisions récentes (2)

- RFA BGH, Urteil vom 26.01.2023 - IX ZR 85/21 :La raison principale de la qualification de la créance d'une banque comme un prêt d'actionnaire est que la constitution d'un nantissement d'un tiers par l'actionnaire est économiquement équivalent à un prêt consenti par lui personnellement (cf. BGH, arrêt du 12 décembre 1988 - II ZR 378/87 , ZIP 1989, 161 , 162 ; du 27 novembre 1989 - II ZR 310/88 , ZIP 1990, 95, 96). En sécurisant les fonds de tiers, l'actionnaire permet à l'entreprise d'être financée, ce qu'il devrait autrement faire lui-même, que ce soit par apport de fonds propres ou par l'octroi d'un prêt d'actionnaire.
- High Court London 17/01/2023 La règle de base est qu'une catégorie doit être limitée aux personnes dont les droits ne sont pas si dissemblables qu'il leur est impossible de se consulter en vue de leur intérêt commun. Comme Chadwick LJ l'a dit dans *Re Hawk Insurance Company Limited* [2022] BCC 300 à [30] la question pour le tribunal est d'analyser et de comparer les droits qui doivent être libérés ou modifiés en vertu du régime et les nouveaux droits, le cas échéant, que le régime donne par voie de compromis ou d'arrangement. L'exercice sur lequel le tribunal est engagé est une évaluation de ce qui se passera en réalité si le plan n'est pas approuvé et sanctionné. Comme Snowden J l'a expliqué dans *Re Virgin Active Holdings Limited* [2021] EWHC 814 (Ch) , le comparateur contrefactuel à des fins de classe et l'alternative pertinente légale (s.901G(4) de CA 2006) sont des concepts clairement équivalents.

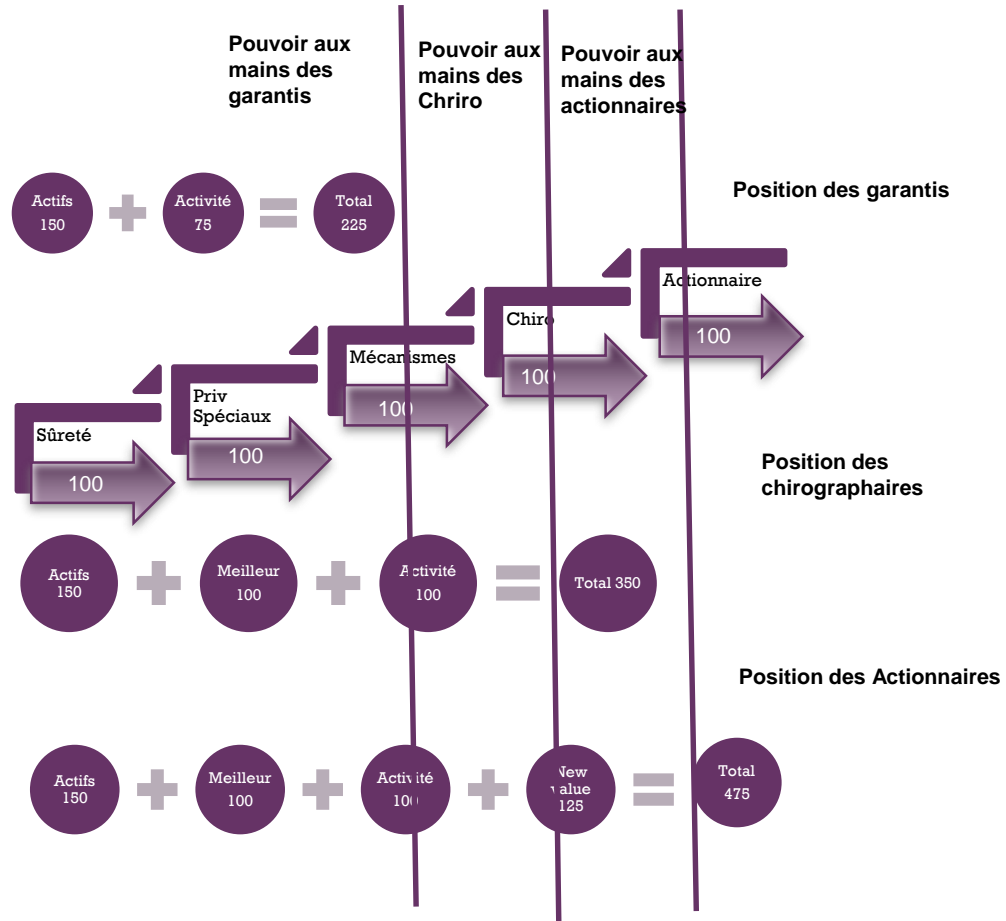
+ Donc la valeur permet à une classe d'imposer un plan



Le waterfall



Un jeu de pouvoir sur la valeur





La valeur exprime une équation juridique dans le cas d'une entreprise en difficulté



- Les créanciers doivent choisir de se payer en réalisant les actifs (dans le meilleur scénario possible) ou de se payer sur les flux financiers futurs des actifs laissés en possession du débiteur
- Chaque groupe d'intérêts dans cette décision doit pouvoir exprimer un choix politique propre
- L'équation visant à imposer ou non une solution à défaut d'unanimité absolue (tous) repose sur la protection "fair & équitable" des dissidents
- Ce n'est pas un prix mais une évaluation: les référentiels de marchés sont relatifs
- Cette protection « fair & equitable » provient d'une équation de valeur
 - Pas moins pour chacun que la valeur de liquidation ou du meilleur scénario
 - Autant pour les groupes (classe) dissidents que la valeur de réorganisation (priorité)
 - Seulement au pouvoir de la majorité si une classe de garantis le vote (pour protéger le financement et la prévisibilité)
 - Au pouvoir de chaque classe si la classe est dans la valeur en activité



La valeur crée une stratégie à laquelle le juge participe



- D'abord la valeur: si la valeur en activité dépasse les garantis, une classe peut suffire: pas besoin de majorité
- Encore la valeur de réorganisation pour définir le risque : plus elle sera proche de la valeur en activité, moins c'est coûteux
- Donc négocier la valeur car une diminution de la valeur en activité donne le pouvoir aux garantis et une augmentation un paiement important
- Tenter au moins la majorité avec une classe de privilégiés spéciaux
- Tenter l'accord des garantis
- Tenter l'unanimité des classes
- Négocier la valeur de liquidation
- Le rôle du juge délégué et du tribunal comme juge "stratège" (exposé des motifs)

+ Conséquence du vote par classes

Avec classes

| Classes | POUR | % | Classe |
|----------|-----------------------|------|--------|
| Total 1 | 681.804 € | 100% | OUI |
| Total 2 | 46.280 € | 100% | OUI |
| Total 3 | 244.502 € | 100% | OUI |
| Total 4 | 943.300 € | 100% | NON |
| Total 5 | 210.203 € | 35% | NON |
| Total 6 | 2.986 € | 81% | OUI |
| Total 7 | 39.839 € | 100% | OUI |
| Résultat | 5 classes / 7 classes | | |

Sans classes

| | | |
|-----------------------------------|-----|-------------|
| Extraordinaire | | 626.280 € |
| Leaser | | 46.280 € |
| Factor | | 580.000 € |
| Ordinaire | | 1.933.318 € |
| Total | | 2.559.597 € |
| PRJ classique | | |
| Votant | | 2.168.914 € |
| Vote | oui | 1.015.411 € |
| | non | 943.300 € |
| PRJ classique sur le total | | |
| Votant | | 2.559.597 € |
| Vote | oui | 1.015.411 € |
| | non | 1.544.186 € |



Exemples de vote en classes



- BCM : Une classe votant non (banque chirographaire) : le plan est imposé par le privilégié
- Pierre & Vacances: Les récalcitrants noyés dans une classe
- Allimand : La valeur en activité donne le droit à une classe chiro d'adopter le plan
- X (encours) : Créancier majoritaire chirographaire mais à destination particulière
- Orpea: l'affectation des actionnaires par la valeur qui dépasse les garantis sans atteindre les actionnaires
- TC Amsterdam : la valeur de liquidation dépasse la valeur des garantis si bien que Rabobank est sur d'être payée et la valeur en activité permet de payer plus mais pas de suite (abus?)
- Huricane (UK) v Orpea (FR): l'affectation des actionnaires nonb car il reste de la valeur
- Prépack test implicitede valeur Goodboxes (UK) et OUI (FR)