

RESUME

Objectifs. Omniprésente et insaisissable, la notion de caractère collectif est aujourd'hui à la croisée des chemins, vouée à renaître ou à disparaître. En effet, l'évolution du droit de la faillite est constamment analysée à l'aune de cette notion désignant la substance d'une procédure collective. La notion est toujours employée pour mettre en évidence une singularité du régime de la faillite, soit pour dénoncer la dénaturation d'une institution ancienne, soit pour souligner l'innovation d'une institution nouvelle qui semble en être dépourvue. Toutefois, l'absence de définition légale jette le trouble sur toutes ces analyses, abandonnant la notion à l'interprétation de chacun. La structure tout entière employée à décrire le régime de la faillite s'en trouve déstabilisée. Plus largement, tous les concepts associés au caractère collectif pâtissent d'une telle approximation, au premier rang desquels figurent la discipline collective, l'égalité des créanciers et l'intérêt collectif. L'imprécision du caractère collectif s'étend alors inévitablement à la mise en œuvre de toutes les règles qui reposent sur ceux-ci. L'étude vise à arrêter une définition précise du caractère collectif. Sur cette base, un système traduisant l'évolution du droit de la faillite, et assurant l'intelligibilité du droit des procédures collectives, peut être édifié, qui constituerait un guide apte à dissiper les incertitudes présentes ou à venir en la matière.

Problématique. La loi de régulation bancaire et financière du 22 octobre 2010 constitue le point de départ de l'étude en ce qu'elle illustre un tournant du droit de la faillite. L'institution d'une procédure de sauvegarde financière accélérée bouleverse le modèle classique de la procédure collective. La procédure de sauvegarde financière accélérée concentre ses effets sur le seul passif financier du débiteur, sans affecter celui qui relève de l'exploitation courante, ce qui semble *a priori* remettre en cause les cadres de pensée existants. Comment pourrait-on y voir encore une procédure patrimoniale universelle, qui appréhende tous les actifs du patrimoine du débiteur et envisage le règlement de toutes ses dettes en soumettant les créanciers à une discipline collective ? Le caractère collectif semble altéré. Il en est de même dans toutes les hypothèses où un créancier obtient un moyen de recouvrement détourné. Comment en décider autrement lorsque des créanciers gagistes peuvent recouvrer leur créance en retenant simplement le bien ou en obtenant son attribution judiciaire ?

Démarche. Toutefois, la prémisse d'une telle analyse est erronée, en ce qu'elle repose sur une égalité des créanciers qui serait observable en tant que résultat des procédures collectives. Contrairement à l'opinion communément admise, l'égalité n'a jamais imposé un traitement homogène des créanciers dans la faillite. En droit de la faillite, la différenciation est légitime dès lors qu'en considération des situations dans lesquelles sont placés les créanciers, l'objectif assigné à la procédure appelle un traitement différent.

L'examen des législations successives de la faillite démontre que la discipline collective ne constitue qu'un instrument, dont la mise en œuvre ne peut conditionner la qualification de procédure collective. Toutes les législations successives de la faillite ont mis en place un régime dont les effets sur les créanciers étaient toujours dépendants de l'objectif assigné à la procédure. Or, si l'intérêt collectif défendu à compter de l'ouverture de la procédure constitue le siège de l'ensemble des distinctions opérées en la matière, alors il globalise nécessairement en son sein, non seulement l'intérêt des créanciers, mais également celui du débiteur, et de l'entreprise. Le traitement collectif des créanciers trouve ainsi sa raison d'être dans une approche globale des différents intérêts en jeu au sein de la faillite.

Le propre du caractère collectif est de permettre une différenciation des situations des créanciers conforme à l'objectif de la procédure. Jusqu'ici, en procédure collective classique, cet objectif conditionnait seulement en cours de procédure le contenu de la discipline collective. En procédure de sauvegarde financière accélérée, cet objectif conditionne également dès l'ouverture de la procédure le domaine de la discipline collective. L'intérêt collectif, ainsi appréhendé à partir des procédures accélérées, permet d'éclairer plus largement le caractère collectif des procédures collectives classiques.

Enjeux. En même temps qu'elle commande la qualification de procédure collective et l'application du droit européen de l'insolvabilité, la définition renouvelée du caractère collectif permettra demain de justifier la dualité du régime des procédures collectives en tirant toutes les conséquences de l'intérêt collectif étendu.

Selon l'objectif de la procédure, en d'autres termes selon qu'il s'agit de continuer l'activité du débiteur ou seulement de liquider son patrimoine, les intérêts en jeu ne sont pas ordonnés de la même façon. Cela doit assurément avoir une incidence sur le régime des procédures collectives. Le caractère collectif ainsi appréhendé justifie l'adoption d'un régime efficace de consultation des classes de parties affectées qui seront prochainement transposées en droit français, conformément à la directive du 20 juin 2019 relative aux cadres de restructuration préventive. Les propositions faites aux membres de ces classes pourraient être fonction des objectifs particuliers du plan, en considération notamment des activités qu'il est prévu de développer à l'avenir. Pour l'élaboration de ces classes, le droit français pourra prendre en considération les nouveaux concours financiers fournis par les créanciers pour le financement du plan, le montant des créances, leurs échéances, ainsi que la continuation d'une relation d'affaires avec le débiteur. De plus, la globalisation en un intérêt collectif étendu des intérêts en jeu dans la faillite justifie qu'une même classe puisse inclure des détenteurs de capital consentant un nouvel apport au débiteur et des créanciers acceptant la conversion de leur créance en titre de capital. Ces propositions sont cohérentes avec la réforme qu'il est prévu d'opérer dans les mois à venir. L'article 196 de la loi Pacte du 22 mai 2019 habilitant le gouvernement à réformer le droit des faillites par voie d'ordonnance pour l'introduction d'un cadre de restructuration préventif dispose en effet qu'une telle transposition devra être opérée « dans des conditions favorisant la poursuite de l'activité, la sauvegarde de l'emploi et l'apurement du passif », autrement dit conformément à la finalité assignée à la procédure.

À l'inverse, en l'absence d'un intérêt de l'entreprise à protéger en procédure de liquidation, la procédure collective est réduite à organiser l'harmonisation de l'intérêt collectif des créanciers et du débiteur. Sans la nécessité d'assurer la prééminence de l'entreprise, rien ne s'oppose à ce que les intérêts individuels des créanciers protégés en droit commun le soient également en procédure collective. La distinction des procédures de continuation et de liquidation permettrait alors de justifier un sacrifice variable des sûretés selon la procédure, en particulier la privation d'effets de la propriété-sûreté en procédure de continuation.