

LA FAILLITE À L'AMÉRICAINNE : UNE INTRODUCTION AU CHAPITRE 11 DU CODE DES FAILLITES DES ÉTATS-UNIS

MICHAEL ST. PATRICK BAXTER*

Cet article propose une brève explication du Chapitre 11 du Code des faillites des États-Unis. Il traite principalement de la restructuration des sociétés selon le Chapitre 11. Il ne fera allusion aux autres Chapitres de ce code que pour noter certaines différences fondamentales entre le Chapitre 7 et le Chapitre 11. Il est à noter que la simplicité et la brièveté relatives de cet article ne permettent pas à son auteur de fournir un traitement plus substantiel du sujet.

1. NOTIONS FONDAMENTALES DE LA PROCÉDURE DE FAILLITE

A. Les principaux types de procédures de faillite d'entreprises

Lorsque l'on parle de « débiteur », il s'agit en général d'une entreprise en faillite. Si le débiteur conserve la possession et le contrôle de son actif après avoir déposé une demande de mise en faillite, il est alors un « debtor-in-possession », c'est-à-dire un débiteur en possession (de son actif).

Il existe deux types majeurs de faillites d'entreprises : le Chapitre 7 et le Chapitre 11. Le Chapitre 7 du Code des faillites des États-Unis concerne la liquidation. En général, l'activité de l'entreprise d'un débiteur qui a invoqué le Chapitre 7 a cessé. Ses affaires sont placées sous la direction et le contrôle d'un « trustee-in-bankruptcy », c'est-à-dire d'un syndic de faillite désigné en cas de faillite. Le « trustee-in-

* Associé du cabinet Covington & Burling à Washington. Président du sous-comité sur le Chapitre 11 de l'Association des barreaux américains (American Bar Association, ABA), et membre du comité consultatif sur les restructurations d'entreprises de l'ABA. Copyright © 2003 par Michael St. Patrick Baxter. Cet article a été préparé de pair avec une présentation proposée par le cabinet Covington & Burling le 11 novembre 2003 à Washington devant le Conseil national des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires et des représentants du ministère de la Justice français.

bankruptcy » est, en général, un avocat qui est nommé par l'« Office of the United States Trustee » (c'est-à-dire le Bureau des syndics de faillite des États-Unis).

L'« Office of the United States Trustee » est un bureau du gouvernement qui dépend du Département de la Justice des États-Unis. Le « trustee-in-bankruptcy » est chargé de vendre tout l'actif du débiteur et de distribuer le produit net de ces ventes à ses créanciers. S'il se place sous la protection du Chapitre 7, le débiteur cesse toute activité. Son actif est vendu et le produit net de ces ventes est distribué aux créanciers.

Le Chapitre 11 est la partie du Code des faillites qui prévoit une restructuration. En général, un débiteur qui se place sous la protection du Chapitre 11 a l'intention de restructurer ou de réorganiser son entreprise afin qu'elle redevienne rentable et qu'il puisse rembourser ses créanciers intégralement ou en partie. Un débiteur qui se place sous la protection du Chapitre 11 (à la différence d'un débiteur qui se placerait sous la protection du Chapitre 7) continue à exploiter son entreprise après le dépôt de la demande de mise en faillite. C'est là la différence fondamentale entre les deux chapitres.

S'il s'agit d'une faillite de Chapitre 7, le débiteur ne peut pas restructurer son entreprise. Quand un débiteur dépose une demande de mise en faillite de Chapitre 7, l'actif de son entreprise sera liquidé. Si un débiteur dépose une demande de mise en faillite en vertu du Chapitre 11, son entreprise pourra continuer à fonctionner et il pourra restructurer ses affaires de manière à sortir de la faillite.

Bien que le Chapitre 11 du Code des faillites soit essentiellement le chapitre de la restructuration, un débiteur peut également liquider son actif après s'être placé sous la protection du Chapitre 11. En d'autres termes, à la différence du Chapitre 7, le Chapitre 11 donne au débiteur le choix entre la restructuration et la liquidation. Pourquoi un débiteur chercherait-il à liquider dans le cadre du Chapitre 11 plutôt que

dans le cadre du Chapitre 7 ? Il faut, en général, chercher la réponse à cette question du côté du contrôle et de l'argent. Voici deux différences fondamentales entre la faillite de Chapitre 7 et de Chapitre 11 : (1) un débiteur qui s'est placé sous la protection du Chapitre 7 perd le contrôle de son actif en faveur d'un « trustee-in-bankruptcy » alors qu'un débiteur qui s'est placé sous la protection du Chapitre 11 continue en général à posséder et à contrôler son actif ; et (2) un débiteur qui se place sous la protection du Chapitre 11 a besoin d'argent pour payer les frais administratifs associés au Chapitre 11. Si le contrôle de la liquidation est important pour le débiteur et s'il a suffisamment d'argent pour payer les frais importants associés au Chapitre 11, il choisira en général une liquidation en vertu du Chapitre 11.

B. Les faillites volontaire et involontaire

Un débiteur peut se retrouver en faillite en vertu du Chapitre 11 de façon volontaire ou involontaire.

Une procédure de faillite volontaire en vertu du Chapitre 11 débute dès que le débiteur dépose une demande de faillite en vertu du Chapitre 11. La demande doit être déposée par le débiteur en toute bonne foi, mais il n'est pas nécessaire qu'il soit insolvable pour avoir le droit d'en déposer une. En général, pour une personne morale débitrice, l'autorisation de déposer une demande de faillite nécessite l'approbation préalable de son conseil d'administration. Pour les sociétés en nom collectif et en commandite simple, l'autorisation de déposer une telle demande nécessite le consentement de tous les associés gérants. La déposition d'une demande de faillite de la part d'une société en nom collectif ne met que la société en nom collectif en position de faillite et non tous ses associés.

Une faillite involontaire survient lorsque les créanciers d'un débiteur le forcent à se déclarer en faillite. Une faillite involontaire en vertu du Chapitre 11 peut être

entamée lorsque au moins trois créanciers qui détiennent des créances inconditionnelles et non garanties d'un montant total d'au moins 11 625 dollars déposent une demande de faillite.¹ Si le débiteur a moins de 12 créanciers qui ne sont pas des employés et des personnes internes à l'entreprise, une demande de faillite involontaire peut être déposée par un seul créancier dont la créance inconditionnelle et non garantie est d'un montant minimum de 11 625 dollars U.S..²

C. Le « Debtor-in-Possession »

Une fois la demande de faillite involontaire en vertu du Chapitre 11 déposée, le débiteur devient un « debtor-in-possession ».³ Ceci implique que le débiteur (et non un « trustee-in-bankruptcy ») possède et contrôle l'actif. Le conseil d'administration et les responsables déjà en place continuent à exercer le pouvoir et l'autorité à assurer l'activité normale de l'entreprise. Cette direction est cependant sous la surveillance du tribunal des faillites.⁴

2. LE SURSIS DE PLEIN DROIT

Lorsqu'une demande de faillite en vertu du Chapitre 11 est déposée, le sursis de plein droit entre immédiatement en vigueur.⁵ Ce sursis de plein droit est une injonction statutaire imposée dès la déposition de la demande de faillite. Il interdit presque toutes les actions entamées à l'encontre du débiteur, y compris l'application des sûretés, des

¹ Code des faillites § 303(b)(1). Le montant en dollars U.S. est sujet à un ajustement périodique. Code des faillites §104.

² Code des faillites § 303(b)(2). Le montant en dollars U.S. est sujet à un ajustement périodique.

Code des faillites § 104.

³ Code des faillites § 1101(1), 1107(a) et 1108.

⁴ Dans certaines situations, par exemple en cas de fraude, de malhonnêteté, d'incompétence ou de mauvaise gestion de la part de la direction, le tribunal des faillites peut, à la demande d'un créancier ou d'une autre partie intéressée, ordonner la nomination d'un « trustee-in-bankruptcy » pour assumer le contrôle du débiteur. Code des faillites §1104(a).

⁵ Code des faillites § 362(a).

droits de rétention, des saisies des biens et des actions juridiques.⁶ La position des créanciers est effectivement bloquée à compter de la date de la déposition de la demande de faillite. Un créancier détenant une sûreté non opposable ne peut pas émettre d'opposition au sursis de plein droit.⁷

Certaines actions ou procédures sont pourtant exonérées du sursis de plein droit. Par exemple : les actions ou les procédures entamées par un organisme gouvernemental qui exerce son pouvoir d'intervention, l'application d'un jugement (autre que ceux de nature pécuniaire) obtenu en action ou en procédure par un organisme gouvernemental qui applique son pouvoir d'intervention,⁸ et les actions entamées par le bailleur du débiteur pour obtenir la possession de propriété immobilière non résidentielle par un bail dont la durée a expiré avant la déclaration de faillite.⁹

La violation volontaire du sursis de plein droit est une chose sérieuse. En cas de violation intentionnelle, le tribunal des faillites peut imposer certaines sanctions.¹⁰ Une violation volontaire du sursis de plein droit est traitée comme une violation intentionnelle même si le créancier croyait de bonne foi que l'action n'était pas sujette au sursis.

Un créancier qui souhaite engager des poursuites contre un débiteur pour l'application du sursis suite à la déposition d'une demande de faillite ne peut le faire qu'après obtention de l'autorisation du tribunal des faillites. On dit alors qu'on demande une exonération du sursis de plein droit. D'habitude, les créanciers garantis

⁶ De nombreux avocats ont activement cherché à inventer des manières d'éviter le sursis de plein droit. Voir de façon générale, l'article *Prepetition Waivers of the Automatic Stay: A Secured Lender's Guide* par Michael St. Patrick Baxter dans 52 BUSINESS LAWYER 577 (1997). Voir également l'article *Bankruptcy Proofing: Bankruptcy Provisions in Restructuring Agreements* par Michael St. Patrick Baxter dans 8 JOURNAL OF BANKRUPTCY LAW & PRACTICE 483 (1999).

⁷ Code des faillites 362(a)5.

⁸ Code des faillites § 362(b)(4).

⁹ Code des faillites § 362(b)(10).

¹⁰ Code des faillites § 362(h).

souhaitent demander une exonération du sursis de plein droit afin de saisir des biens en réalisation d'une garantie. Un créancier a la possibilité de demander au tribunal des faillites d'être exonéré du sursis de plein droit s'il est en mesure de démontrer l'une des deux choses suivantes : (1) un intérêt pour agir, y compris l'absence de protection adéquate d'un intérêt pour une propriété ; ou (2) le fait que le débiteur ne possède aucuns fonds propres de la garantie et que cette propriété n'est pas indispensable à une restructuration efficace de l'entreprise.¹¹ En règle générale, plus l'ouverture de la faillite en vertu du Chapitre 11 est récente, plus il est difficile pour un créancier d'obtenir une exonération du sursis de plein droit. Les tribunaux des faillites préfèrent en général accorder au débiteur une chance raisonnable de restructurer son entreprise avant d'autoriser un créancier garanti à saisir des biens importants en réalisation d'une garantie qui diminuerait ainsi la capacité du débiteur à restructurer son entreprise de manière efficace. Le créancier aura donc à présenter des arguments extrêmement convaincants s'il veut obtenir une exonération du sursis de plein droit pendant les premières phases de la faillite.

3. LES ACTIVITÉS DU « DEBTOR-IN-POSSESSION »

A. Les activités après la demande de mise en liquidation

Comment fonctionnent les affaires du « debtor-in-possession » qui s'est placé sous la protection du Chapitre 11 ? Suite à la déposition d'une demande de faillite en vertu du Chapitre 11, le débiteur peut continuer à exploiter normalement son entreprise.¹² La déposition d'une demande de faillite en vertu du Chapitre 11 établit une distinction importante entre les dettes qui ont été contractées avant la déposition de la demande et celles contractées après. On appelle les dettes contractées avant la

¹¹ Code des faillites § 362(d).

¹² Code des faillites § 363(c)(1).

déposition de la demande des « Créances datant d'avant la demande de mise en liquidation » (« prepetition debts »). Les dettes contractées après la déposition de la demande sont qualifiées de « Créances datant d'après la demande de mise en liquidation » (« postpetition debts »). Après la déposition d'une demande de mise en faillite en vertu du Chapitre 11, un débiteur n'est pas autorisé à rembourser des créances datant d'avant la demande sans l'autorisation du tribunal des faillites. Le débiteur pourra rembourser des créances datant d'après la demande de mise en liquidation si ces créances ont été contractées au cours des activités normales de l'entreprise. L'approbation du tribunal des faillites doit être accordée au débiteur pour toutes les transactions qui sortent du cours des activités normales de l'entreprise. Les transactions suivantes ne font pas, par exemple, partie des activités normales de l'entreprise et nécessitent l'approbation du tribunal des faillites : la vente partielle ou entière de l'actif, l'obtention de crédit sur notoriété qui sort du cours des activités normales de l'entreprise, et l'obtention de crédit garanti.¹³ Le Code des faillites exige que le tribunal des faillites approuve le recrutement par le débiteur d'avocats, de comptables et d'autres professionnels même si ces actions peuvent être considérées comme faisant partie des activités normales de l'entreprise.¹⁴ Le tribunal des faillites n'approuvera le recrutement par le débiteur de professionnels que si ceux-ci sont « désintéressés » et si les conditions de leur engagement sont raisonnables. Dès que le tribunal des faillites approuve le recrutement de professionnels, ils peuvent être payés par le débiteur conformément aux demandes périodiques de rémunération déposées au tribunal des faillites.¹⁵

¹³ Code des faillites § 363(b)(1).

¹⁴ Code des faillites § 327.

¹⁵ Code des faillites § 331.

B. Les comités officiels

Immédiatement après la déposition d'une demande de faillite en vertu du Chapitre 11, un comité officiel de créanciers ordinaires est nommé par l'« Office of the United States Trustee ». Dans la mesure du possible, le Code des faillites exige qu'un comité officiel de créanciers ordinaires soit créé pour toutes les procédures de faillite de Chapitre 11. Seuls les comités nommés par l'« Office of the United States Trustee » sont considérés comme des « comités officiels ». Les comités informels formés par les créanciers ne sont pas des comités officiels. La distinction entre les comités officiels et les comités non officiels est importante. Les comités officiels sont autorisés par le Code des faillites à représenter les intérêts de leurs membres. Les comités non officiels n'ont pas d'ordre statutaire. Plus important encore, les honoraires des professionnels engagés par des comités officiels doivent être payés par le débiteur. Les comités non officiels doivent payer les honoraires des professionnels qu'ils contractent à moins que le tribunal des faillites n'en décide autrement. Le comité officiel de créanciers ordinaires (communément appelé le « comité de créanciers ») comprend en théorie les sept créanciers du débiteur qui prétendent aux plus grandes réclamations non garanties.¹⁶ Dans la réalité, le comité de créanciers peut être plus petit ou plus grand selon l'intérêt montré par les créanciers de créer un comité de représentation adéquate. Dans des procédures de faillite de Chapitre 11 qui traitent de petites affaires, il se peut qu'aucun comité de créanciers ne soit créé si aucun des créanciers ordinaires ne veut y participer. Le but d'un comité officiel est de représenter et de veiller aux intérêts de ses membres tout au long de la procédure de faillite. La fonction d'un comité de créanciers est, par exemple, de représenter et de protéger les intérêts des créanciers ordinaires du débiteur. Dans des procédures de faillite de Chapitre 11 qui traitent d'affaires importantes et

¹⁶ Code des faillites § 1102.

complexes, plusieurs comités officiels peuvent être créés. Par exemple, en cas de procédure entamée par une entreprise d'amiante, il existe en général un comité de créanciers dont les réclamations consistent exclusivement en des demandes en justice pour dommages corporels, et un comité dont les membres sont des créanciers commerciaux ordinaires. Dans toutes les procédures de faillite de Chapitre 11 dont le débiteur est solvable, il y a en général un comité officiel composé de détenteurs de valeurs mobilières qui représente les intérêts des actionnaires. Rien n'oblige à ce qu'il y ait plus d'un comité officiel. Dans la plupart de ces procédures, il n'y a qu'un comité officiel qui représente les intérêts de tous les créanciers ordinaires du débiteur.

Suite à la formation du comité officiel, le comité engage en général un avocat et un conseiller financier. Tout comme le recrutement par le débiteur de professionnels après la demande de mise en liquidation, le recrutement effectué par les comités de professionnels doit être approuvé par le tribunal des faillites.¹⁷ Le tribunal des faillites n'approuve le recrutement effectué par le comité que s'il s'agit de professionnels « désintéressés » et que si leurs conditions d'embauche sont raisonnables. Les honoraires des professionnels engagés par le comité sont à la charge du débiteur. C'est pourquoi une faillite en vertu du Chapitre 11 a tendance à coûter cher aux débiteurs. Le débiteur doit payer non seulement ses professionnels mais aussi ceux qui auront été engagés par le comité. S'il y a plus d'un comité officiel, le débiteur devra payer les professionnels engagés par chaque comité officiel. Dès que le tribunal des faillites approuve l'engagement de professionnels par le comité, ces derniers peuvent être payés par le débiteur conformément aux demandes périodiques de rémunération déposées au tribunal des faillites.¹⁸

¹⁷ Code des faillites § 1103(a).

¹⁸ Code des faillites § 331.

Pendant la procédure de faillite de Chapitre 11, les comités officiels examineront les actions du débiteur pendant la procédure et adopteront des positions qui soutiennent ou qui s'opposent à ces actions, selon que le comité estime (ou non) que ces actions servent les intérêts des membres du comité. Si, par exemple, le débiteur a l'intention de vendre tout ou presque tout son actif à un acheteur, l'approbation du tribunal des faillites sera nécessaire car elle sort du cadre des activités normales de l'entreprise. Le débiteur sera obligé de déposer une demande afin d'obtenir du tribunal des faillites l'approbation de cette vente. Si le comité de créanciers estime que cette vente sert les intérêts des créanciers ordinaires, il soutiendra l'action du débiteur devant le tribunal des faillites en se prononçant en faveur de l'approbation de la vente. Si la procédure comporte aussi un comité garantissant l'équité, ce dernier prendra aussi une position par rapport à la vente proposée. Si le comité garantissant l'équité estime, par exemple, que le prix de vente est inadéquat ou que la vente ne sert pas les intérêts véritables des actionnaires, il s'opposera à la demande du débiteur et plaidera pour le rejet de la demande d'approbation de la vente. Les comités officiels jouent un rôle important dans les procédures de faillite de Chapitre 11. Ils surveillent les actions du débiteur afin d'assurer que celles-ci servent bien les intérêts des différents membres représentés par le comité. Par conséquent, pour des actions qui peuvent se prêter à contestation, les débiteurs cherchent en général à obtenir le soutien des comités officiels avant de demander l'approbation du tribunal des faillites.

C. L'« Office of the United States Trustee » (Bureau des administrateurs judiciaires des États-Unis)

L'« Office of the United States Trustee » est une division du « Department of Justice » des États-Unis. On le nomme plus généralement « U.S. Trustee. » L'« U.S. Trustee » et le « Trustee-in-bankruptcy » (Administrateur judiciaire ou légal en cas de

faillite) pouvant être chargé d'assurer la gestion des biens du débiteur sont deux entités différentes. Le rôle de l'« U.S. Trustee » consiste généralement à superviser toutes les procédures de faillites de façon à ce que l'intégrité du système de faillite soit assurée. L'une de ses fonctions principales en cas de procédure de faillite de Chapitre 11 consiste à former le comité officiel de créanciers ordinaires. C'est l'« Office of the United States Trustee » qui choisit les créanciers qui feront partie du comité. En cas de procédure de faillite de Chapitre 11, un comité de créanciers sera toujours formé si les créanciers ont suffisamment intérêt à siéger dans un tel comité. Si les créanciers n'ont pas véritablement intérêt à faire partie d'un tel comité, l'« U.S. Trustee » ne pourra pas former de comité de créanciers.

L'« Office of the United States Trustee » détermine également le nombre de comités officiels qui seront formés pour une procédure de faillite de Chapitre 11. Par exemple, dans une procédure où le débiteur est solvable, l'U.S. Trustee nomme aussi, en général, un comité garant de l'équité. Lorsqu'il s'agit d'une faillite liée à un problème d'amiante, l'U.S. Trustee nommera en général également un comité officiel de créanciers qui possèdent des créances accordées pour cause de lésions corporelles (ou d'atteinte à la personne) provoquées par l'amiante.

Une fois les comités officiels désignés, le rôle de l'« Office of the United States Trustee » devient moins important dans le cadre du Chapitre 11. Ce sont les comités officiels qui prennent le relais en supervisant les démarches du débiteur et en participant à la procédure lorsque cela s'avère nécessaire. L'« U.S. Trustee » continuera cependant à veiller attentivement à ce que le débiteur ainsi que les comités officiels fassent appel à des professionnels et les rémunèrent comme il convient. Par conséquent, l'« U.S. Trustee » peut être amené à intervenir dans le recrutement de professionnels

par le débiteur ou par les comités officiels, ou dans la rémunération de ces professionnels une fois qu'ils ont été recrutés.

D. Le dépôt en garantie

Au cours d'une restructuration en vertu du Chapitre 11, le débiteur ne peut disposer des espèces (ou de toutes autre forme de liquidités) sur lesquelles un ou plusieurs créanciers exercent un quelconque privilège, droit de rétention ou de sûreté, sans l'accord des créanciers concernés ou, en l'absence d'un tel accord, sans l'autorisation du tribunal des faillites.¹⁹ Le « dépôt en garantie » est la somme en espèces ou en autres formes de liquidités appartenant au débiteur sur laquelle le créancier possède un droit de rétention ou un privilège. En général, le tribunal des faillites n'autorisera le débiteur à disposer des dépôts en garantie, malgré le refus du créancier possédant un droit de détention ou un privilège, que dans le cas où le créancier recevrait une autre forme de garantie en substitution ou verrait ses intérêts adéquatement protégés contre toute forme de perte pécuniaire pouvant résulter de l'utilisation du dépôt en garantie original. Le plus souvent, la première bataille juridique que le débiteur devra livrer dans une procédure de faillite de Chapitre 11 est celle concernant son droit à faire usage du dépôt en garantie. Si un débiteur sait qu'il aura besoin de pouvoir disposer du dépôt en garantie, il cherchera en général à parvenir à un accord avec le créancier garanti avant d'entamer la procédure pour se placer sous la protection du Chapitre 11.

4. FINANCEMENT DU « DEBTOR-IN-POSSESSION »

Où le débiteur peut-il se procurer l'argent nécessaire à la poursuite de ses activités dans le cadre d'une procédure de Chapitre 11 ? Au cours de la restructuration en vertu du Chapitre 11, un débiteur pourra éventuellement obtenir de l'argent de la

¹⁹ Code des faillites § 363 (c)(2).

part de ses prêteurs courants ou de nouveaux prêteurs. De tels financements obtenus après la demande de mise en liquidation sont couramment appelés « Financements du «debtor-in-possession» », ou en anglais « DIP financing ». Le financement du « debtor-in-possession » doit, en général, être approuvé par le tribunal des faillites.²⁰ Le plus souvent, le prêteur sollicité après la requête de mise en liquidation demandera à ce que le prêt soit prioritaire par rapport à toute autre dépense effectuée après la demande de mise en liquidation. Il demandera également au tribunal des faillites de lui attribuer un droit de rétention sur tous les actifs acquis par le débiteur après l'ouverture de la procédure de Chapitre 11. Ces actifs acquis après la demande de mise en liquidation sont souvent non grevés puisque le Code des faillites n'autorise pas, en général, à ce que les droits de rétention accordés avant la demande de mise en liquidation puissent également être exercés sur les actifs acquis après la demande de mise en liquidation.²¹ La mise en garantie du financement du « debtor-in-possession » doit être approuvée par le tribunal des faillites. C'est aussi le tribunal des faillites qui décidera de donner priorité au remboursement du dit financement.²² La plupart des débiteurs qui se sont placés sous la protection du Chapitre 11 auront besoin d'un financement « DIP ». Si un débiteur réclame un tel financement, c'est qu'il aura généralement obtenu un accord de financement auprès d'un prêteur. Cet accord de financement sera ensuite soumis au tribunal des faillites, peu de temps après que le débiteur a entamé la procédure de Chapitre 11. Même s'il est vrai que de nombreux prêts de financement « DIP » sont accordés par d'anciens créanciers déjà garantis dans le cadre d'une procédure de Chapitre 11, de nombreux prêteurs privés cherchent aussi activement à octroyer des

²⁰ Code des faillites § 364.

²¹ Code des faillites § 552(a).

²² Code des faillites § 364.

financements « DIP ». En effet, ce type de prêts suppose le versement de commissions relativement élevées et doit être remboursé en priorité dans les procédures de faillite.

Les financements « DIP » ne constituent pas la seule source de financement possible pour un débiteur qui s'est placé sous la protection du Chapitre 11. L'argent permettant au débiteur d'exercer son activité peut également provenir du profit généré par les opérations et les activités qu'il aura effectuées après la demande de mise en liquidation. Étant donné que le débiteur n'est en général pas autorisé à rembourser les créances contractées avant la demande de mise en liquidation sans accord préalable du tribunal, les bénéfices disponibles peuvent s'avérer plus importants que ceux dont le débiteur disposait avant la procédure de Chapitre 11.

5. LES POUVOIRS D'ANNULATION

Le Code des faillites assure l'égalité de distribution. Cela signifie qu'en cas de procédure de faillite, tous les créanciers dans la même situation recevront le même recouvrement proportionnel. En vue d'y parvenir, le Code des faillites autorise le débiteur à annuler certaines transactions effectuées avant la mise en faillite et à récupérer les biens transférés pour le bénéfice de ses créanciers.

Le Code des faillites accorde au débiteur le droit d'annuler deux principaux types de transactions ayant pu être effectuées avant la mise en faillite du débiteur : il s'agit des transferts frauduleux et des privilèges.

A. Les transferts frauduleux

En général, un « transfert frauduleux » est un transfert effectué par le débiteur avant sa demande de mise en faillite, alors qu'il était déjà insolvable, et en échange duquel il n'a pas reçu de biens raisonnablement équivalents.²³ Le Code des faillites autorise le débiteur à annuler de tels transferts frauduleux de façon à recouvrer les biens

²³ Code des faillites § 548.

transférés pour le bénéfice de ses créanciers. On peut dire que la transaction est annulée, dans la mesure du possible. Le bénéficiaire du transfert frauduleux qui aura restitué le bien transféré se verra octroyer un droit de réclamation non garantie du montant du transfert.

B. Les privilèges

Il y a « privilège » lorsque le débiteur privilégie un créancier par rapport à un autre. Un privilège permet au créancier privilégié de recevoir de la part du débiteur une plus grande portion de la distribution que les autres créanciers jouissant du même statut et du même ordre de priorité. Les privilèges enfreignent la clause du Code des faillites qui garantit l'égalité de distribution. En conséquence, le Code des faillites autorise le débiteur à annuler ces privilèges de façon à recouvrer les sommes versées au créancier privilégié.²⁴ Si un versement s'avère être un privilège, le créancier est dans l'obligation de restituer ce versement au débiteur.²⁵ Lorsque le créancier aura restitué cette somme, il se verra octroyer un droit de réclamation non garantie du montant du versement restitué.

6. LES CONTRATS EXÉCUTOIRES

En vue de faciliter la restructuration du débiteur, le Code des faillites autorise ce dernier à se dégager des contrats exécutoires qui ne lui sont plus profitables. Les « contrats exécutoires » sont des contrats dont les achèvements substantiels n'ont pas encore été atteints par les deux parties contractantes.²⁶ Les exemples les plus courants de contrats exécutoires sont les contrats de travail, les baux et les contrats de licence.

²⁴ Code des faillites § 547(b).

²⁵ Code des faillites § 550.

²⁶ Cf. : NORTON BANKRUPTCY LAW AND PRACTICE 2 D §§ 39:5 et 39:6 de 39-15 à 39-22. Une toute petite minorité de tribunaux ont adopté une approche analytique fonctionnelle des contrats exécutoires en décidant d'ignorer le concept d'exécution différée et en ne considérant que ce qui pourra bénéficier au patrimoine du débiteur. Dans cette optique, tout contrat peut être

En vertu du Code des faillites, le débiteur a le droit d'endosser ou de rejeter les contrats exécutoires.²⁷ L'« endossement » signifie que le débiteur a choisi d'honorer le contrat. Il continuera à être lié par les termes de ce contrat et pourra jouir des bénéfices qui en résultent. Le « rejet » signifie en revanche que le débiteur a choisi de ne pas honorer le contrat à partir de la date de rejet effective. L'endossement ou le rejet d'un contrat exécutoire doit être approuvé par le tribunal des faillites. Le plus souvent, ce dernier approuve tout endossement ou rejet souhaité par le débiteur lorsque cette décision résulte de l'exercice raisonnable du bon jugement professionnel du débiteur.

Les baux concernant les propriétés immobilières non résidentielles (ou les baux commerciaux) n'étant pas encore arrivés à terme bénéficient d'un traitement particulier dans le cadre du Code des faillites. Dans les procédures de Chapitre 11, le rejet d'un bail qui n'est pas arrivé à terme pour une propriété immobilière non résidentielle est automatique si le débiteur se trouve être le locataire. Ce rejet aura automatiquement lieu, à moins que le débiteur ne décide d'endosser ce contrat dans les 60 jours qui suivent la demande officielle de mise en faillite.²⁸ Il en ira différemment pour le traitement d'autres types de contrats exécutoires, lorsque le Code des faillites n'impose pas de rejet automatique après un certain laps de temps.²⁹ La plupart des autres types de contrats exécutoires pourront, par exemple, être endossés ou rejetés par le débiteur à tout moment, avant que le plan de restructuration n'ait été confirmé. Chacune des parties de ces contrats peut cependant, si elle le souhaite, demander au tribunal des faillites, pour une raison déterminée, d'obliger le débiteur à endosser ou à rejeter le

endossé ou rejeté selon que l'une ou l'autre de ces actions bénéficiera au débiteur. *Id.* § 39:7 de 39-23 à 39-29.

²⁷ Code des faillites § 365(a).

²⁸ Code des faillites § 365(d)(4).

²⁹ Code des faillites § 365(d)(2).

contrat exécutoire, dans des délais spécifiques.³⁰ En règle générale, le débiteur cherchera et obtiendra du tribunal des faillites un ou plusieurs délais en supplément aux 60 jours habituellement accordés durant lesquels il aura la possibilité d'endosser ou de rejeter les baux de propriétés immobilières n'étant pas encore arrivés à terme.³¹

Avant d'endosser ou de rejeter un bail de propriété immobilière non résidentielle qui n'est pas encore arrivé à terme, le débiteur devra nécessairement s'acquitter convenablement des obligations auxquelles il est soumis par le bail.³²

A. L'endossement de contrats exécutoires

En général, seuls les contrats bénéficiant financièrement au débiteur seront endossés. S'il y a eu défaillance (ou négligence) dans le cadre d'un contrat exécutoire, le débiteur pourra décider de ne pas endosser le contrat, à moins (1) qu'il ne remédie à ces défaillances et (2) qu'il ne présente les garanties appropriées de son bon comportement à venir dans le cadre de ce contrat.³³ Pour qu'il y ait réparation des défaillances, il n'est pas nécessaire que le débiteur verse des pénalités ou des intérêts

³⁰ Code des faillites § 365(d)(2).

³¹ En vertu de certaines propositions d'amendement du Code des faillites actuellement soumises au Congrès américain, le débiteur pourrait avoir jusqu'à l'aube du jour où son plan est confirmé ou jusqu'à 120 jours après sa demande de mise en faillite pour endosser ou rejeter un bail de propriété immobilière non résidentielle n'étant pas encore arrivé à terme. Avant l'expiration de la période de 120 jours, le tribunal pourra accorder un délai de 90 jours supplémentaires le cas échéant. De plus amples délais ne pourront être accordés qu'avec l'accord écrit préalable du propriétaire. *Cf.* *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2001*, House Reports 333, 107th Cong., voté par la House of Representatives (Chambre des Représentants des États-Unis) (2001), *Bankruptcy Reform Act of 2001*, S. 420, 107th Cong., voté par le Sénat des États-Unis (2001). Sous le régime de la législation invoquée, le débiteur n'aura donc que quatre mois (et jusqu'à sept mois si un délai lui est accordé) pour endosser ou rejeter un bail de propriété immobilière non résidentielle n'étant pas arrivé à terme. Cette législation viendrait mettre un terme à l'octroi actuel de délais indéfinis ou continus.

³² Code des faillites § 365(d)(3). De plus, avant d'endosser ou de rejeter un bail de propriété immobilière non résidentielle n'étant pas encore arrivé à terme, le débiteur peut choisir d'exercer tout droit de renouvellement ou de prolongation que le bail lui accorde. *Cf.* *Circle K Corp.*, 127 F. 2d 904 (9th Cir. 1997), *refus de cert.*, 522 U.S. 1148 (1998) et *In re Leisure Corp.*, 234 B.R. 916 (9th Cir. B.A.P.). *Voir également* Michael St. Patrick Baxter, *Recent Developments in Executory Contracts*, 10 JOURNAL OF BANKRUPTCY LAW & PRACTICE 121,146-150 (2001).

³³ Code des faillites § 365(b)(1).

moratoires.³⁴ Pour endosser un contrat exécutoire, le débiteur n'est pas tenu de fournir des garanties appropriées concernant ses performances futures s'il n'y a pas eu de défaillance de sa part dans le cadre du contrat en question.

Le débiteur n'a pas à remédier à toute défaillance constituant un manquement aux dispositions lié (1) à l'insolvabilité ou aux conditions financières du débiteur à tout moment avant la fin de la procédure de faillite, (2) au dépôt d'une demande de mise en faillite ou (3) à la prise de possession par un « trustee-in-bankruptcy » ou un dépositaire (ou à leur désignation) avant la demande de mise en faillite.³⁵ De plus, le débiteur n'est pas non plus tenu de fournir les garanties appropriées concernant ses performances futures quant à n'importe laquelle des dispositions ci-dessus.³⁶

Si le contrat exécutoire se trouve être un bail de propriété immobilière dans un centre commercial, les garanties de performances futures comprennent l'assurance appropriée (1) de sources d'argent pour le loyer et les autres obligations endossées lors de la signature du dit bail, (2) que tout loyer proportionnel dû en vertu du bail ne diminuera pas substantiellement, (3) que l'endossement du bail est soumis à toutes les dispositions prévues par ce bail, y compris les dispositions telles que la portée, l'emplacement et le recours aux dispositions d'exclusivité, et que cet endossement ne violera aucune des dispositions mentionnées dans quelque autre bail que ce soit, accord de financement ou autre convention collective concernant ce centre commercial ; enfin, ces garanties comprennent également l'assurance que (4) l'endossement ne viendra pas interrompre l'assortiment de commerces dans ce centre commercial.³⁷

³⁴ Code des faillites § 365(b)(2)(D).

³⁵ Code des faillites § 365(b)(2).

³⁶ Code des faillites § 365(b)(2).

³⁷ Code des faillites § 365(b)(3).

S'il décide d'endosser un contrat exécutoire, le débiteur (ou son « trustee-in-bankruptcy », si le débiteur en a désigné un) devra l'honorer conformément aux termes du contrat. Le manquement ultérieur du débiteur aux obligations endossées sous contrat constituera une violation du contrat qui donnera lieu à des réclamations de dommages et intérêts de la part de l'autre partie contractante. Ces réclamations seront considérées en priorité dans la procédure de faillite.

Il arrive fréquemment que le débiteur décide d'endosser un contrat exécutoire dans l'intention de revendre le contrat ou de le céder à un tiers. À quelques exceptions près, le Code des faillites des États-Unis accorde au débiteur le droit de céder un tel contrat, sauf si l'une des dispositions du contrat exécutoire interdit ou restreint la cession, ou encore la soumet à certaines conditions. Le tribunal des faillites approuvera la cession d'un contrat en dépit des objections de l'autre partie liée par le contrat (1) si le débiteur endosse le dit contrat et (2) s'il fournit des garanties appropriées du bon comportement à venir du cessionnaire de ce contrat.³⁸

La cession par un débiteur d'un contrat exécutoire qu'il endossait jusque là le libère de toute dette pouvant être contractée à la suite de toute violation de ce contrat ayant lieu après la cession.³⁹

Deux principaux types de contrats exécutoires ne peuvent être endossés ou cédés si l'autre partie contractante y voit une objection. Premièrement, un contrat exécutoire ne peut être endossé ou cédé si une règle de non-faillite appropriée dispense l'autre partie contractante d'avoir à honorer son contrat vis-à-vis de qui que ce soit d'autre que le débiteur (ou que le « debtor-in-possession ») ou d'avoir à accepter de traiter avec qui que ce soit d'autre. Il en sera toujours ainsi, que le contrat en question

³⁸ Code des faillites § 365 (f).

³⁹ Code des faillites § 365(k).

comporte ou ne comporte pas de disposition interdisant ou restreignant la cession de droits ou la délégation d'obligations.⁴⁰ En d'autres termes si, en vertu d'une loi en vigueur, un contrat ne peut être cédé sans l'accord de l'autre partie contractante, le contrat ne pourra en aucun cas être endossé ou cédé par le débiteur sans l'accord de l'autre partie, que ce contrat comprenne ou ne comprenne pas de disposition de non-cession. L'exemple le plus classique est sans doute celui du contrat pour services personnels. Deuxièmement, un contrat exécutoire visant à prêter de l'argent, à fournir un concours financier (que le débiteur en soit le bailleur ou le bénéficiaire), ou à octroyer une sûreté au débiteur ne peut pas être endossé ou cédé.⁴¹

B. Le rejet de contrats exécutoires

En général, le débiteur rejettera tout contrat exécutoire qui est financièrement à son désavantage. La plus souvent, il y a rejet lorsque le contrat lèse le débiteur. Concrètement, le tribunal des faillites approuvera le rejet de tout contrat exécutoire que le débiteur jugera désavantageux.

Le rejet d'un contrat exécutoire (volontaire ou automatique) constitue un manquement au contrat en question et l'autre partie contractante se verra octroyer un droit de réparation non garantie (daté d'avant la mise en liquidation) en compensation des préjudices occasionnés par ce manquement.⁴²

En cas de rejet de baux de propriétés immobilières n'étant pas arrivés à terme, la réclamation de dommages et intérêts est limitée par le Code des faillites. La réclamation de dommages et intérêts pour cause de rejet d'un bail de propriété immobilière est limité à un maximum de (1) un an de loyer ou (2) 15 % du loyer afin que le solde de la durée du bail ne soit pas supérieur à l'équivalent de trois ans de

⁴⁰ Code des faillites § 365(c)(1).

⁴¹ Code des faillites § 365(c)(2).

⁴² Code des faillites § 365(g).

loyer.⁴³ Dans l'éventualité du refus d'un contrat de travail, les dommages et intérêts pouvant être réclamés sont limités par le Code des faillites à un montant équivalent à une année de salaire.⁴⁴ Ces montants représentent les montants maximaux qui peuvent être attribués dans le cadre des réclamations de dommages et intérêts suite au rejet d'un contrat. Le plaignant se verra toujours attribuer une somme limitée par le montant des dommages réels, si celui-ci est inférieur au montant maximum autorisé.

C. Les clauses ipso facto ou de faillite

Toute disposition d'un contrat exécutoire qui devient applicable exclusivement suite à (1) l'insolvabilité ou la situation financière du débiteur, (2) l'initiation d'une procédure de faillite ou (3) la nomination ou la prise de contrôle par un « trustee-in-bankruptcy », ou un dépositaire avant la faillite est valide une fois que le débiteur est en faillite.⁴⁵ Ces dispositions sont communément désignées sous le nom de « clauses ipso facto » ou « clauses de faillite ».

Par conséquent, il est possible qu'un contrat exécutoire ne soit pas résilié ou modifié, et qu'aucun droit ou obligation en vertu du contrat exécutoire ne soit annulé ou modifié, après la faillite, uniquement grâce à l'existence d'une clause ipso facto ou de faillite dans le contrat. En dépit de leur nullité dans les procédures de faillite, les clauses ipso facto et de faillite sont devenues une norme dans la plupart des contrats. Ceci est dû au fait qu'elles sont généralement valides en dehors des faillites. En d'autres termes, les clauses seront généralement valides, pour peu que le débiteur ne déclare pas la faillite.

⁴³ Code des faillites § 502(b)(6).

⁴⁴ Code des faillites § 502(7).

⁴⁵ Code des faillites § 365(f)(3).

D. Les règles spéciales applicables à certains contrats exécutoires

(i) Conventions collectives

Les conventions collectives avec les syndicats constituent des contrats de travail qui peuvent généralement être pris en charge ou rejetés dans les procédures de faillite relevant du Chapitre 11. Les conventions collectives de travail peuvent être rejetées uniquement sur approbation par le tribunal des faillites, après que le débiteur a fait au syndicat une proposition permettant les modifications aux conventions collectives qui sont nécessaires pour la réorganisation du débiteur et qui garantissent que les créanciers, le débiteur et toutes les parties concernées reçoivent un traitement juste et équitable.⁴⁶ Le tribunal des faillites approuvera le rejet uniquement si (1) le débiteur a fait la proposition, (2) le syndicat a rejeté la proposition sans motif valable et (3) le principe de l'équilibrage des préjudices établit clairement la nécessité du rejet.⁴⁷ Il est possible que le tribunal autorise des modifications provisoires aux conditions, salaires, avantages sociaux et règles de travail établis par une convention collective si ces modifications sont essentielles pour la poursuite des activités commerciales du débiteur ou pour éviter des dommages irréparables à la masse de la faillite.⁴⁸

⁴⁶ Code des faillites § 1113.

⁴⁷ Code des faillites § 1113(c). Il n'est pas évident que le rejet d'une convention collective résultera dans une réclamation de dommages et intérêts résultant du rejet. Voir In re Blue Diamond Coal Co., 147 B.R. 720 (Bankr. E.D. Tenn. 1992), jugement affirmé, 160 B.R. 574 (E.D. Tenn. 1993) (aucune réclamation de dommages et intérêts résultant du rejet). Toutefois, voir United Food and Commercial Workers Union, Local 328, AFL-CIO v. Almac's Inc., 90 F. 3d 1 (1st Cir. 1996) et Mass Air Conditioning & Heating Corp. v. McCoy, 196 B.R. 659 (D. Mass. 1996). Voir également Michael St. Patrick Baxter, *Is There a Claim for Damages from the Rejection of a Collective Bargaining Agreement Under Section 1113 of the Bankruptcy Code?* 12 BANKRUPTCY DEVELOPMENTS JOURNAL 703 (1996).

⁴⁸ Code des faillites § 1113(e).

(ii) Les licences de propriété intellectuelle

Les contrats exécutoires aux termes desquels le débiteur est le concédant de licence pour ce qui concerne un droit de « propriété intellectuelle »⁴⁹ se voient réserver un traitement spécial dans le cadre du Code des faillites.⁵⁰

Si le débiteur est le concédant de licence pour ce qui concerne la propriété intellectuelle, le Code des faillites offre certaines protections au licencié dans l'éventualité où le débiteur rejette l'accord de licence. Lorsque l'accord de licence est rejeté, le licencié peut, à sa discrétion, considérer le contrat résilié suite au rejet et déposer une réclamation pour des dommages et intérêts ou alors conserver ses droits en vertu de l'accord de licence, étant donné que ces droits existaient à la période précédant immédiatement la faillite du débiteur, pour la durée de la licence, augmentée de toute période pour laquelle il dispose d'un droit de renouvellement.⁵¹ Si le licencié choisit de conserver ses droits en vertu de l'accord de licence, (1) le licencié doit poursuivre le paiement de toutes redevances au débiteur et sera considéré comme ayant renoncé à tout droit de reconvention qui lui aurait été conféré en vertu de l'accord de licence et (2) le débiteur doit permettre au licencié de faire usage de la licence et ne doit pas

⁴⁹ La « propriété intellectuelle », telle qu'elle est définie dans le Code des faillites, signifie un secret commercial, un processus d'invention, une conception ou un équipement protégé en vertu du Titre 35, une demande de brevet, une variété d'équipement ou un ouvrage d'auteur protégé en vertu du Titre 17 ou une topographie de circuits intégrés protégée en vertu du Chapitre 9 du Titre 17, tout ceci dans la limite de la protection offerte par la loi pertinente qui ne concerne pas les faillites. Code des faillites § 101(35A). Si l'objet de la licence n'est pas défini comme une « propriété intellectuelle », il ne bénéficiera pas du traitement spécial réservé à la « propriété intellectuelle » par le Code des faillites. À titre d'exemple, les marques commerciales ne sont pas définies comme une « propriété intellectuelle ».

⁵⁰ Code des faillites § 365(n). Voir généralement, Marjorie F. Chertok, *Structuring License Agreements with Companies in Financial Difficulty*, 65 ST. JOHN'S LAW REVIEW 1045 (1991) ; Barbara C. Brown, Craig A. Hansen & Thomas J. Salermo, *Technology Licenses Under Section 365(n) of the Bankruptcy Code: The Protections Afforded the Technology User*, 95 COMMERCIAL LAW JOURNAL 170 (1990) ; Scott A. Steinberg & Michael A. Gerber, *Software Licensing: Protecting Intellectual Property in Bankruptcy*, 6 JOURNAL OF BANKRUPTCY LAW & PRACTICE 535 (1997), et Stuart S. Moskowitz, *Intellectual Property Licenses in Bankruptcy: New "Veto Power" for Licensees Under Section 365(n)*, 44 BUSINESS LAWYER 771 (1989).

⁵¹ Code des faillites § 365(n).

entraver les droits conférés au licencié en vertu de l'accord de licence.⁵² Toutefois, en dehors des obligations ci-dessus, le débiteur, après le rejet de l'accord de licence, n'aura pas d'obligations de performance à l'égard du licencié dans l'avenir.

(iii) Les contrats de vente de propriété immobilière

Étant donné que les accords visant à la vente de propriété immobilière sont généralement des contrats exécutoires, le débiteur est en droit de rejeter un accord de vente concernant une propriété immobilière. Si le débiteur est le vendeur et l'acheteur est en possession de la propriété, après le rejet du contrat de vente, l'acheteur peut considérer le contrat résilié suite au rejet ou alors conserver ses droits en vertu de la convention de vente.⁵³ Si l'acheteur choisit de conserver ses droits en vertu de la convention de vente : (1) l'acheteur doit poursuivre le versement au débiteur des paiements dus en vertu de la convention mais il a la possibilité de retirer de ces paiements une contrepartie correspondant aux dommages soufferts après la date du rejet et occasionnés par le défaut de performance du débiteur et (2) le débiteur doit livrer le titre à l'acheteur une fois tous les paiements honorés mais il est libéré de ses obligations de performance aux termes de la convention.⁵⁴ Un acheteur qui considère un contrat exécutoire pour la vente par le débiteur d'une propriété immobilière résilié ou un acheteur dont le contrat exécutoire est rejeté alors qu'il n'est pas en possession de la propriété se voit attribuer un droit de rétention sur les intérêts du débiteur dans la propriété, pour un montant équivalent au prix d'achat versé par l'acheteur.⁵⁵

(iv) Le débiteur bailleur de la propriété immobilière

⁵² Code des faillites § 365(n)(3).

⁵³ Code des faillites § 365(i)(1).

⁵⁴ Code des faillites § 365(i)(2).

⁵⁵ Code des faillites § 365(j).

Si le débiteur rejette un bail non expiré relatif à une propriété immobilière pour laquelle il est le bailleur alors que le bail est en vigueur, le locataire peut considérer le bail résilié suite au rejet ou conserver ses droits en vertu du bail.⁵⁶ Si le locataire choisit de conserver ses droits en vertu du bail, il doit poursuivre le versement au débiteur des paiements dus en vertu du bail mais il a la possibilité de retirer de ces paiements une contrepartie correspondant aux dommages soufferts après la date du rejet et occasionnés par le défaut de performance du débiteur.⁵⁷ Toutefois, en dehors des obligations ci-dessus, le débiteur, après le rejet du bail, n'aura pas d'obligations de performance à l'égard du locataire à l'avenir.⁵⁸

(v) Les baux non expirés sur des propriétés immobilières

Le débiteur doit s'acquitter de toutes ses obligations en vertu de tout bail non expiré sur une propriété immobilière (à l'exclusion d'une propriété mobilière louée à une personne individuelle et utilisée principalement dans un but non commercial) dans un délai de 60 jours à compter de l'initiation de la procédure de faillite, y compris si le débiteur n'a pas pris de décision concernant la prise en charge ou le rejet du bail, ceci à moins que le tribunal des faillites décide autrement, au nom du principe d'équilibrage des préjudices.⁵⁹

7. LA CONFIRMATION D'UN PLAN DE RÉORGANISATION

En général, un débiteur sort de la faillite une fois qu'il confirme un plan de restructuration. Un plan de restructuration consiste simplement en une proposition offerte par le débiteur, visant à la restructuration de ses actifs et de ses dettes. Au cours des 120 premiers jours suivants le dépôt de la demande de faillite, le débiteur jouit du

⁵⁶ Code des faillites § 365(h)(1).

⁵⁷ Code des faillites § 365(h)(1)(B).

⁵⁸ Code des faillites § 365(h)(1)(B).

⁵⁹ Code des faillites § 365(d)(10).

droit exclusif de déposer un plan de restructuration.⁶⁰ Aucune autre personne n'est habilitée à déposer un plan durant cette période d'exclusivité. Cette période peut être prolongée par le tribunal des faillites, pour une raison déterminée.⁶¹ En règle générale, un débiteur se verra accorder une ou deux prolongations de la période d'exclusivité pour peu qu'il démontre des progrès satisfaisants vers le dépôt d'un plan de restructuration. À la fin de la période d'exclusivité, tout créancier ou toute partie concernée est habilitée à déposer un plan de restructuration.⁶²

La procédure de confirmation comporte deux étapes distinctes : l'approbation de la « disclosure statement » (attestation de conformité) et la confirmation du plan de restructuration.

A. La « Disclosure Statement »

Avant qu'un plan puisse être confirmé, le tribunal des faillites doit, au préalable, approuver la « disclosure statement » du débiteur. Une « disclosure statement » est simplement un document similaire à un prospectus qui décrit le plan du débiteur. La « disclosure statement » est le document communiqué aux créanciers par le débiteur dans un effort de les convaincre de voter en faveur du plan. Le Code des faillites interdit la sollicitation de l'acceptation ou du rejet d'un plan, à moins que la personne qui est l'objet de la sollicitation ait reçu une « disclosure statement » approuvée par le

⁶⁰ Code des faillites § 1121(b).

⁶¹ Code des faillites § 1121(d).

⁶² Code des faillites § 1121(c)(2). En vertu d'un projet de loi en instance d'examen par le Congrès américain, qui vise à amender le Code des faillites, la période d'exclusivité originale de 120 jours ne pourrait être prolongée au-delà de 18 mois après le dépôt de bilan. Ceci constituerait un changement significatif de la loi en vigueur selon laquelle il n'existe pas de restriction au nombre d'extensions de la période d'exclusivité pouvant être accordées par un juge statuant sur une procédure de faillite. Voir *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2001*, H.R. 333, 101th Cong., voté par la House of Representatives (Chambre des Représentants des États-Unis) (2001) ; *Bankruptcy Reform Act de 2001*, S. 420, 107th Cong., voté par le Sénat des États-Unis (2001).

tribunal des faillites.⁶³ Le tribunal des faillites approuve une « disclosure statement » s'il juge que celle-ci contient des renseignements dont la nature et le caractère détaillé permettraient à un investisseur raisonnable d'émettre un jugement fondé sur le plan.⁶⁴

L'approbation de la « disclosure statement » par le tribunal des faillites ne signifie pas que celui-ci a également approuvé le plan. À ce point de la procédure, le tribunal des faillites approuve uniquement la suffisance des renseignements fournis dans la « disclosure statement ». Une fois la « disclosure statement » approuvé, le débiteur transmettra la « disclosure statement » et le plan aux créanciers en vue d'un vote. Généralement, tous les créanciers sont censés émettre un vote d'approbation ou de rejet du plan. Le vote sur le plan constitue la transition à l'étape finale de la procédure de Chapitre 11, la confirmation du plan de restructuration.

B. Confirmation du plan de restructuration

Pour qu'un plan de restructuration puisse être confirmé, chaque « classe » de réclamations en souffrance doit voter pour l'approuver. Une « classe » de réclamations correspond simplement au groupe auquel le débiteur a affecté des réclamations en vue du vote sur le plan. Chaque classe doit compter uniquement des réclamations qui possèdent des similarités importantes.⁶⁵ Par exemple, dans une procédure simple relevant du Chapitre 11, le plan du débiteur devrait s'en tenir à trois classes : les créanciers garantis, les créanciers ordinaires et les actionnaires.

Une réclamation est « en souffrance » si, en vertu du plan de restructuration proposé, le créancier en possession de ladite réclamation reçoit une réparation inférieure à la somme à laquelle il est en droit de prétendre aux termes du contrat

⁶³ Code des faillites § 1125(b).

⁶⁴ Code des faillites § 1125(a)(1).

⁶⁵ Code des faillites § 1122(a).

conclu avant la faillite.⁶⁶ Par exemple, si un créancier est en droit de prétendre à un taux d'intérêt supérieur à celui offert par le débiteur dans le plan ou si le créancier est en droit de recevoir un paiement immédiat pour solde alors que le plan du débiteur propose un paiement différé, la réclamation du créancier serait en souffrance. Seules les parties en possession de réclamations en souffrance sont habilitées à participer au vote. Les parties en possession de réclamations qui ne sont pas en souffrance ne sont pas habilitées à participer au vote sur le plan.⁶⁷

Une classe est considérée avoir approuvé le plan si celui-ci est approuvé par des créanciers appartenant à cette classe, qui détiennent au moins deux tiers de la valeur totale des réclamations autorisées dans cette classe et plus de la moitié du nombre de réclamations autorisées dans cette classe.⁶⁸ Les deux conditions doivent être satisfaites. Les proportions sont basées sur le nombre de créanciers ayant participé au vote sur le plan et non pas sur le nombre de créanciers admissibles au vote. À titre d'exemple, supposons qu'une classe de réclamations comporte 100 créanciers et que les réclamations associées correspondent à une somme totale de 500 000 dollars U.S.. Supposons également que seuls 40 créanciers appartenant à cette classe ont pris part au vote et que les réclamations détenues par ces créanciers correspondent à une somme totale de 300 000 dollars U.S.. Afin que cette classe soit considérée avoir approuvé le plan, un nombre minimum de 21 de ces créanciers ayant pris part au vote doit avoir voté pour approuver le plan et les réclamations détenues par ces 21 créanciers doivent correspondre à une somme totale au moins égale à 200 000 dollars U.S..

⁶⁶ Code des faillites § 1124.

⁶⁷ Code des faillites 1126(f).

⁶⁸ Code des faillites § 1126(c).

Pour qu'un plan puisse être confirmé, toutes les classes en souffrance participant au vote doivent voter pour l'approuver.⁶⁹ Dans l'éventualité où toutes les classes en souffrance ayant participé au vote n'approuvent pas le plan, celui-ci est toujours susceptible d'être confirmé en dépit de l'opposition de certaines classes, si certaines conditions sont remplies.⁷⁰ Cette procédure est désignée sous le nom de « cramdown ».

Généralement, dans le cas d'un « cramdown », il est possible que le tribunal des faillites confirme un plan malgré le fait que toutes les classes de réclamations en souffrance n'ont pas approuvé le plan. Toutefois, pour imposer un « cramdown », le tribunal des faillites doit juger que le plan ne fait pas de discrimination et réserve un traitement juste et équitable à chaque classe de réclamations ayant voté pour le rejeter. Par exemple, si les détenteurs d'une classe de réclamations garanties n'ont pas approuvé le plan, le tribunal des faillites peut confirmer le plan en dépit de leur vote de rejet si ces créanciers garantis qui ont rejeté le plan conservent les privilèges garantissant leurs réclamations et si le plan garantit qu'ils recevront au titre de leurs réclamations garanties des paiements différés en espèces dont la somme totale est au moins égale à la valeur de leurs réclamations garanties à la date de prise d'effet du plan. Si les détenteurs d'une classe de réclamations ordinaires n'ont pas approuvé le plan, le tribunal des faillites peut confirmer le plan en dépit de leur vote de rejet si le plan garantit qu'aucun détenteur d'une réclamation dont la classe est inférieure à celle des réclamations ordinaires détenues par le groupe ayant rejeté le plan ne recevra de distribution en vertu du plan.

⁶⁹ Code des faillites § 1129(a)(8).

⁷⁰ Code des faillites § 1129(b).

Dans la pratique, si une classe de créanciers ordinaires rejette le plan, ce dernier peut être confirmé en dépit du vote de rejet de cette classe dissidente uniquement s'il garantit que les détenteurs de réclamations dont la classe est inférieure à celle des réclamations dissidentes ne recevront aucune distribution en vertu du plan.

Généralement, ceci signifie que les actionnaires ne peuvent recevoir de distribution dans le cadre d'un plan de restructuration si une classe de créanciers ordinaires a rejeté le plan.⁷¹ En d'autres termes, pour que le plan puisse être imposé en dépit du vote de rejet de la classe de créanciers ordinaires dissidents par le biais d'un « cramdown », les capitaux propres des actionnaires existants doivent être éliminés.⁷²

L'effet de la confirmation est de mettre en œuvre le plan de restructuration et d'obtenir l'agrément de l'ensemble des créanciers et des actionnaires, indépendamment de leur vote concernant le plan, pour les termes du plan.⁷³ En résultat, les droits de tous les créanciers et de tous les actionnaires sont modifiés dans la mesure établie par le plan.

* * *

⁷¹ Code des faillites § 1129(b)(2).

⁷² Cette règle connaît une exception. Les actionnaires peuvent conserver leurs intérêts dans une personne morale débitrice en dépit de l'objection d'une classe de créanciers dissidente si ces actionnaires « créent de la valeur » pour le débiteur. Ceci signifie essentiellement que les actionnaires conservant leur participation peuvent créer une valeur significative pour le créancier, sous la forme de capitaux ou d'autres considérations de valeur nécessaires à la restructuration du débiteur. Ceci est indiqué sous l'appellation de « new value exception ». Voir Bank of America National Trust and Savings Association v. 203 North LaSalle Street Partnership, 526 U.S. 439 (1999).

⁷³ Code des faillites § 1141(a).