

# Le traitement des garanties personnelles dans le cadre des classes de parties affectées à la lumière du droit allemand

BJE201v7

Reinhard DAMMANN

Avocat au barreau de Paris  
Professeur affilié à Sciences Po

Le traitement des garanties personnelles (les « Cautionnements ») dans le cadre de la restructuration d'un groupe de sociétés avec classes de parties affectées (« CPA ») interroge. Une analyse comparative avec la loi allemande dite *StaRUG*, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2021, qui a transposé la directive (UE) n° 2019/1023 du 20 juin 2019 (la « Directive »), donne un éclairage intéressant.

Il convient de distinguer trois cas de figure dans le cadre d'un projet de plan de sauvegarde (le « Plan ») d'une société relevant des CPA (la « Société CPA ») :

- les Cautionnements (*down-stream, up-stream*) consentis par une société *in bonis* du groupe, qui ne fait pas l'objet d'une procédure de sauvegarde (la « Société *in bonis* ») pour garantir l'endettement de la Société CPA (filiale ou holding) ;
- les sûretés réelles consenties par la Société CPA, pour garantir le remboursement d'un prêt qui a été consenti par le titulaire de la sûreté réelle en faveur d'un tiers ; et
- les Cautionnements consentis par la Société CPA holding (la « Holding »), afin de garantir les dettes d'une filiale ou société affiliée du groupe (la « Filiale »).

## I. Les Cautionnements consentis par la Société CPA garantissant les dettes de sa filiale

Les créances résultant d'un Cautionnement consenti par la Société CPA peuvent être restructurées dans le cadre du Plan. Le paragraphe 3 de la loi *StaRUG*<sup>1</sup> adopte la même approche<sup>2</sup>.

Les bénéficiaires des Cautionnements, consentis par la Holding pour garantir une dette de la Filiale, doivent-ils former une CPA spécifique ?

### A. La constitution des CPA

L'article L. 626-30, I, du Code de commerce prévoit une répartition « en classes représentatives d'une communauté d'intérêt économique suffisante », en respectant les conditions suivantes : 1°) les créanciers titulaires de sûretés réelles portant sur les biens

du débiteur et les autres créanciers sont répartis en classes distinctes ; 2°) la répartition en classes respecte les accords de subordination ; et 3°) les détenteurs de capital forment une ou plusieurs classes à part.

Aussi, l'administrateur judiciaire peut créer des classes additionnelles de rang identique, en prenant notamment en considération comme critères : la nature spécifique de la créance, la personne du créancier, ou encore l'utilité pour la réussite du plan<sup>3</sup>. Un parallèle peut être établi avec le paragraphe 9, alinéa 2, de la loi *StaRUG*, qui prévoit la possibilité de créer des classes supplémentaires à la condition que la sélection soit appropriée (*sachgerecht*) au regard de la nature des difficultés économiques du débiteur et des circonstances du cas d'espèce<sup>4</sup>.

Le regroupement des bénéficiaires de Cautionnements est objectivement justifié. Les créances au titre d'un Cautionnement s'analysent comme des créances éventuelles, nées antérieurement à l'ouverture de la procédure de sauvegarde, qui, à ce titre, doivent d'ailleurs faire l'objet d'une déclaration de créances. En effet, un Cautionnement, un engagement par signature, est d'une nature différente par rapport à une avance en numéraire, consentie par un établissement de crédit ou résultant de l'émission d'un emprunt obligataire.

Les créanciers titulaires de Cautionnements se trouvent donc dans une situation spécifique au sens de l'article L. 626-30, I, du Code de commerce, justifiant la création d'une classe de parties affectées distincte par rapport aux autres créanciers chirographaires de la Société CPA.

Comment traiter ces dettes éventuelles dans le cadre du Plan ?

### B. Le traitement des bénéficiaires de Cautionnements dans le cadre du Plan

En application du principe du *best interest test*, dans un scénario contrefactuel, le Plan doit réserver pour chaque titulaire d'un Cautionnement, pris individuel-

1 V., pour un résumé, E. Delzant, « Le nouveau régime de la restructuration préventive en Allemagne », BJE mars 2021, n° BJE118n1 ; R. Dammann et M. Kioumji-Felbinger, *Transposition de la directive « restructuration » : vers une convergence franco-allemande ? Pour une analyse très approfondie*, 2021, D. Skauradszun et A. Fridgen (dir.), BeckOK, *StaRUG* ; Flöther, *StaRUG*, 2021, éd. C. H. Beck ; E. Braun, *StaRUG*, 2021, éd. C. H. Beck ; K. Pannen, S. Riedemann, S. Smid, *StaRUG*, 2021, éd. C. H. Beck ; F. Jacoby et C. Thole, *StaRUG*, 2023, éd. C. H. Beck ; Morgen, *StaRUG*, 2022, 2<sup>e</sup> éd., RWS.

2 Flöther, *StaRUG*, 2021, éd. C. H. Beck, § 3, n° 4 (Westpfahl/Dittmar) ; Morgen, *StaRUG*, § 3, n° 9 (Knapp/Wilde).

3 PE et Cons. UE, dir. n° 2019/1023, 20 juin 2019, cons. 44 ; Paulus/Dammann (Dammann), *European Preventive Restructuring, Beck-Hart-Nomos*, Munich, 2021, art. 9, n° 42 et s. ; D. 2021, p. 1931, R. Dammann et T. Bos.

4 Flöther (Tasma), *StaRUG*, 2021, § 8, n° 2, 6.

lement, un résultat au moins aussi favorable qu'une liquidation judiciaire (ou la meilleure solution alternative). Cette règle n'a pas pour objectif d'assurer une égalité de traitement de l'ensemble des classes de créanciers (chirographaires) de même rang.

L'allocation du surplus généré par le Plan, en comparaison avec le scénario liquidatif, doit être effectuée en fonction du rang des parties affectées. C'est la règle de la priorité absolue (*absolute priority rule*).

Mais cette règle ne s'applique qu'en cas de *cross-class cram-down*, c'est-à-dire lorsqu'une ou plusieurs CPA se prononcent contre le Plan.

Le concepteur du Plan peut-il librement allouer le surplus généré par le Plan entre les différentes CPA, y compris de même rang, lorsque chacune des classes y consent ?

La réponse est positive<sup>5</sup>. En effet, le *best interest of creditors' test* garantit seulement la protection individuelle des droits de chaque partie affectée dissidente. Il n'a pas pour objectif d'assurer une égalité de traitement de l'ensemble des créanciers minoritaires de même rang<sup>6</sup>.

Reste un dernier principe à prendre en considération : le principe d'égalité de traitement des créanciers de même rang (« *par condicio creditorium* »).

L'article L. 626-31, 2°, du Code de commerce prévoit que le Plan ne peut déroger à la règle selon laquelle les parties affectées au sein d'une même classe bénéficient d'une égalité de traitement et sont traitées de manière proportionnelle à leur créance ou à leur droit.

Il est toutefois possible que le Plan prévoie plusieurs options en faveur de tous les créanciers d'une même classe. Dans ce cas de figure, le principe *par condicio creditorium* de l'article L. 626-31, 2°, est respecté car tous les créanciers de la même classe sont traités de la même manière<sup>7</sup>. Il est également possible de déroger au principe d'égalité de traitement si tous les membres de la classe y consentent.

Est-il possible qu'un Plan prévoit un traitement différencié pour les classes de créanciers de même rang ?

La réponse est positive. En effet, il est possible de traiter les classes de créanciers (chirographaires) de même

rang d'une manière différente, à la condition qu'un tel traitement différencié soit objectivement justifié.

En effet, il convient de raisonner *a fortiori*<sup>8</sup>. Il est possible de traiter différemment les créanciers de classes de rang inférieur en application de la dérogation à la règle de la priorité absolue prévue à l'article L. 626-32, II, du Code de commerce. Ce texte prévoit deux conditions : 1°) la dérogation doit être nécessaire afin d'atteindre les objectifs du Plan et 2°) le Plan ne doit pas porter une atteinte excessive aux droits ou intérêts des parties affectées. Il doit donc être également possible de traiter différemment les créanciers de classes de rang similaire<sup>9</sup>.

Cette interprétation met l'accent sur la finalité de la Directive et de la procédure de sauvegarde : passer outre l'opposition des créanciers minoritaires à travers un mécanisme de *cross-class cram-down*, afin de favoriser le sauvetage de l'entreprise voulu par une large majorité de parties affectées. Cet argument a plus de poids que le principe d'égalité des classes de même rang qui, en tout état de cause, ne trouve pas à s'appliquer lorsque toutes les classes de parties affectées consentent au plan.

Cette interprétation peut s'appuyer sur la transposition de la Directive par la loi *StaRUG*. En effet, le paragraphe 28, alinéa 1, de la loi *StaRUG* permet un traitement inégalitaire des classes de parties affectées de même rang<sup>10</sup>. La différenciation doit être appropriée (« *sachgerecht* »), compte tenu des circonstances de l'espèce, pour surmonter les difficultés économiques. En outre, les créances de la classe opposante ne doivent pas représenter plus de la moitié des droits de vote des créanciers de toutes les classes de même rang<sup>11</sup>.

À la lumière de ces considérations, il est possible qu'un Plan prévoit un traitement différent des bénéficiaires de Cautionnements.

En effet, un Cautionnement est un engagement par signature, qui est d'une nature différente d'un prêt bancaire. La dette garantie n'est due et exigible qu'en cas de défaut du débiteur principal, lorsque le bénéficiaire appelle le Cautionnement. En cas de paiement de la dette garantie, la caution dispose d'une action récursoire contre le débiteur principal. Aussi, le risque encouru par la caution dépend *in fine* du recouvrement de son action récursoire contre le débiteur principal, c'est-à-dire de la valeur des sûretés réelles prises

5 R. Dammann et T. Bos, D. 2021, p. 1932 ; R. Dammann et M. Gerrer, « La nouvelle procédure de sauvegarde accélérée : le test du meilleur intérêt des créanciers », RD bancaire et fin. 2022, n° 4, études, n° 52.

6 R. Dammann et T. Bos, D. 2021, p. 1932 ; R. Dammann et M. Gerrer, « La nouvelle procédure de sauvegarde accélérée : le test du meilleur intérêt des créanciers », RD bancaire et fin. 2022, n° 4, études, n° 52.

7 Paulus/Dammann (Garcimartin) § 10, n° 16 ; R. Dammann et C. Masselot, *Mélanges en l'honneur du professeur Arlette Martin-Serf*, 2022, Larcier, p. 345 (357) ; v. également en ce sens, la doctrine allemande à condition que les deux options soient équivalentes d'un point de vue financier, Braun (Böhm) *StaRUG*, § 10, n° 3 ; *MiKo-IniO* (Breuer), 4<sup>e</sup> éd., 2021, § 226, n° 8.

8 R. Dammann, M. Gerrer, A. Hamouda, RD bancaire et fin. 2022, n° 6, étude 12, n° 34.

9 R. Dammann et T. Bos, D. 2021, p. 1938.

10 Bork, ZRI 2021, 345 (357).

11 R. Dammann et C. Masselot, *Mélanges en l'honneur du professeur Arlette Martin-Serf*, 2022, Larcier, p. 345 (360).

par la banque et, plus généralement, de la solvabilité du débiteur principal<sup>12</sup>.

En cas d'opposition de la classe des titulaires de Cautionnements, le plan peut néanmoins être arrêté par le Tribunal, si la dérogation au traitement égalitaire des classes de même rang est nécessaire pour atteindre les objectifs du plan et ne porte pas une atteinte excessive aux droits ou intérêts des parties affectées (*arg. C. com.*, art. L. 626-32, II).

Un Plan peut également prévoir un abandon (partiel ou total) des créances résiduelles des titulaires des Cautionnements, en fonction de la valeur de réalisation des sûretés réelles des prêts consentis aux débiteurs principaux garantis et/ou une estimation du montant de recouvrement desdits prêts.

En effet, les enjeux des bénéficiaires des Cautionnements sont limités au non-recouvrement du prêt principal. En application du *best interest of creditors test*, les titulaires des Cautionnements ne peuvent être affectés par le Plan, dans un scénario liquidatif, qu'à hauteur de la partie non-couverte par la valeur des actifs de la Filiale emprunteuse.

Le caractère éventuel des créances au titre des Cautionnements pourrait également justifier la subordination de l'appel des garanties par rapport aux remboursements des autres créanciers chirographaires, qui ont effectué des avances en numéraire, conformément au Plan.

Enfin, le Plan peut prévoir un plafonnement de recouvrement des créances au titre des Cautionnements en fonction du taux de recouvrement des créances chirographaires conformément au principe du meilleur intérêt du créancier. En effet, les titulaires des Cautionnements doivent se trouver dans une situation au moins aussi favorable du fait du Plan que celle qu'ils connaîtraient si le Plan n'était pas validé ou dans un scénario de liquidation judiciaire, conformément à l'article L. 626-31, 4°, du Code de commerce.

## II. Le traitement des titulaires d'une sûreté réelle garantissant la dette d'un tiers

Le bénéficiaire d'une sûreté réelle, pour garantir le remboursement d'un prêt consenti à un tiers, peut-il être considéré comme partie affectée au titre d'un Plan du garant au sens de l'article L. 626-30, I, du Code de commerce, si le projet de Plan prévoit d'affecter sa sûreté réelle ?

Un exemple concret permet de comprendre la problématique.

<sup>12</sup> R. Dammann, « Les classes de parties affectées – le couteau suisse de la restructuration », BJS oct. 2024, n° BJS203j3.

Une Société CPA a consenti un nantissement (le « Nantissement »), portant sur les parts sociales de sa Filiale en faveur d'un établissement financier (la « Banque ») pour garantir le remboursement de toutes sommes dues au titre d'un crédit consenti par la Banque en faveur de la Filiale (la « Dette principale »). Au titre du Nantissement, la Banque n'est pas créancière de la Société CPA, mais seulement titulaire du Nantissement, portant sur des actifs de la Société CPA au sens de l'article L. 626-30, III, 1°, du Code de commerce.

La Banque peut-elle être considérée comme une partie affectée au sens de l'article L. 626-30, I, du Code de commerce ? La réponse est assurément positive.

### A. La notion de partie affectée

La notion de « partie affectée » est la notion pivot de la réforme<sup>13</sup>. À cet égard, l'article L. 626-30, I, du Code de commerce vise « les créanciers dont les droits sont directement affectés par le projet de plan ». Par ailleurs, l'article L. 626-30, III, 1°, du Code de commerce stipule que « les créanciers titulaires de sûretés réelles portant sur les biens du débiteur, pour leurs créances garanties, et les autres créanciers sont répartis en classes distinctes ».

Comme il ressort de l'exemple, la Banque n'est pas un créancier de la Société CPA. Cependant, elle est titulaire de sûretés réelles portant sur les biens du débiteur.

L'interprétation des articles L. 626-30, I et L. 626-30, III, 1°, du Code de commerce doit être faite à la lumière de la jurisprudence de la Cour de cassation sur la qualification de la constitution d'une sûreté réelle pour garantir la dette d'un tiers.

### B. La jurisprudence de la Cour de cassation

Dans un arrêt en date du 17 juin 2020, la Cour de cassation a jugé que le prêteur n'a pas à déclarer sa créance à la procédure collective du débiteur, qui a consenti une sûreté réelle pour garantir la dette d'un tiers<sup>14</sup>. De plus, un tel prêteur n'est pas frappé par l'arrêt des poursuites individuelles. Il n'est donc pas affecté par la procédure collective et peut réaliser la sûreté réelle, comme si la procédure n'existait pas à son égard<sup>15</sup>. Les conséquences de cette jurisprudence, fortement critiquées par une grande partie de la doctrine pour son mépris dogmatique des contraintes de

<sup>13</sup> R. Dammann et K. Malavielle, « Nouvelle sauvegarde accélérée fusionnée : une procédure à la carte ? », D. 2021, p. 293.

<sup>14</sup> Cass. com., 17 juin 2020, n° 19-13.153, FS-PBR : BJE sept. 2020, n° BJE118b4, note C. Favre-Rochex.

<sup>15</sup> Cass. com., 25 nov. 2020, n° 19-11.525, FS-P : BJE janv. 2021, n° BJE118j5, note N. Borgia ; D. 2021, p. 532, note R. Dammann et K. Malavielle.

la procédure collective, ont été brisées par l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021.

Le législateur a modifié l'article L. 622-25 du Code de commerce. La sûreté réelle conventionnelle, qui a été constituée sur les biens du débiteur en garantie de la dette d'un tiers, doit dorénavant faire l'objet d'une déclaration<sup>16</sup>. À défaut d'une telle déclaration, la sûreté devient inopposable à la procédure. L'effet juridique de cette déclaration semble limité. Le titulaire de la sûreté n'a pas vocation à être admis au passif de la procédure d'une personne qui n'est pas son débiteur. Son intervention dans la procédure collective est limitée à une participation au produit de réalisation de l'actif affecté à titre de garantie<sup>17</sup>.

L'actif sur lequel porte la sûreté réelle pour garantir la dette d'un tiers fait pleinement partie du patrimoine du garant débiteur soumis à la procédure collective, et est inclus dans l'actif de la procédure collective, conformément au principe de l'effet réel de la procédure collective. Mais, depuis les arrêts de 2020, le bénéficiaire de la garantie pouvait néanmoins le saisir du fait qu'il n'était pas visé par l'arrêt des poursuites. Le législateur de 2021 a donc modifié l'article L. 622-21, II, du Code de commerce, afin d'étendre la règle de l'arrêt des poursuites d'exécution aux bénéficiaires d'une sûreté réelle constituée par ce débiteur pour garantir la dette d'un tiers<sup>18</sup>.

Quel est l'impact de la réforme sur la détermination du cercle des parties affectées ?

### C. L'impact de la réforme de 2021

La situation juridique du bénéficiaire d'une sûreté réelle, qui garantit la dette d'un tiers, a été modifiée par l'ordonnance du 15 septembre 2021. Ses droits sont dorénavant affectés par l'ouverture de la procédure collective. Il l'est par l'effet de la loi et il est donc logique qu'il puisse l'être également par le jeu des CPA, auxquelles il a vocation à participer en tant que partie affectée, si le plan affecte ses droits. En effet, le titulaire de la sûreté est un créancier du garant débiteur, puisqu'il a vocation à recevoir des fonds provenant de son patrimoine. De plus, il est lié par un contrat constitutif de la sûreté réelle, qui détermine les termes et conditions de la réalisation de la sûreté.

Un Plan ne peut aménager la dette du tiers débiteur. Toutefois, il est possible d'aménager les conditions d'exercice de la réalisation de la sûreté réelle constituée pour garantir la dette d'un tiers. Par exemple, il semble possible de subordonner la réalisation de la

sûreté à des conditions spécifiques. Ainsi, le Plan peut prévoir que la réalisation du Nantissement des titres de la Filiale sera subordonnée à la vente des actifs de la Filiale. Un tel aménagement des conditions de la réalisation d'une sûreté réelle pour la dette d'autrui fait particulièrement sens dans le cadre de la restructuration d'un groupe de sociétés.

Dans un tel cas de figure, les droits du titulaire de la sûreté réelle sont affectés par le Plan au sens de l'article L. 626-30, I, du Code de commerce et le bénéficiaire de la sûreté réelle pour garantir l'endettement d'un tiers doit intégrer une CPA spécifique. Comme l'explique Françoise Pérochon dans la nouvelle édition de son ouvrage de référence, il peut être demandé à des créanciers bien protégés un effort même très modéré, ce qui suffit à en faire des parties affectées, puisque cette qualité s'applique *in concreto* par rapport au projet de plan<sup>19</sup>. Ce raisonnement est transposable pour le titulaire d'une sûreté réelle en garantie de la dette d'autrui, en dépit de la jurisprudence de la chambre mixte de la Cour de cassation du 2 décembre 2005, condamnant le concept du cautionnement réel<sup>20</sup>.

### D. L'application dans le cas de l'espèce

Dans notre exemple, la constitution obligatoire d'une CPA pour des créanciers titulaires de sûretés réelles s'impose en application de l'article L. 626-30, III, 1°, du Code de commerce, si le plan prévoit de restreindre les droits de la Banque en sa qualité de créancier nanti. Le Nantissement de la Banque est inscrit pour un montant de la Dette principale.

Cela étant, la Banque, titulaire du Nantissement, n'a pas vocation à être admise au passif de la Société CPA, qui n'est pas son débiteur. Son intervention dans la procédure de sauvegarde de la Société CPA est limitée à une participation au produit de réalisation de l'actif affecté à titre de garantie<sup>21</sup>.

Par conséquent, la Banque n'est pas créancière de la Société CPA à hauteur de la Dette principale.

La valeur des parts, objet du Nantissement, doit faire l'objet d'une évaluation.

Il résulte de la jurisprudence<sup>22</sup> que les créances, qui sont garanties par des sûretés réelles, doivent être scindées en deux parties : 1°) la partie des créances, qui est garantie par des sûretés réelles, plafonnée à hauteur de la valeur des biens affectés à titre de garantie, et 2°) la partie chirographaire du solde des créances. Aussi, cette partie chirographaire doit être isolée dans une

16 P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives 2023/2024*, 12<sup>e</sup> éd., 2022, Dalloz, n° 711.421.

17 C. com., art. L. 622-26.

18 P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives 2023/2024*, 12<sup>e</sup> éd., 2022, Dalloz, n° 711.422.

19 F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, 12<sup>e</sup> éd., 2024, LGDJ, n° 1541, EAN : 9782275151069.

20 Cass. ch. mixte, 2 déc. 2005, n° 03-18.210 : Bull. ch. mixte, n° 7.

21 C. com., art. L. 622-26.

22 CA Versailles, 22 juin 2023, n° 23/03276 et 23/03338 : D. 2023, p. 1601, obs. R. Dammann.

classe à part et ne peut rejoindre la classe des « purs » créanciers chirographaires.

Faut-il appliquer cette jurisprudence dans notre exemple ? La réponse semble négative.

La Société CPA ne s'est pas portée « caution » en faveur de la Banque, en affectant sa participation dans la Filiale pour garantir la dette de la Filiale à l'égard de la Banque. La Société CPA a simplement affecté un actif en garantie de la dette d'un tiers (sa Filiale), sans prendre un engagement personnel. Par conséquent, il n'existe pas une partie « chirographaire » du solde d'une quelconque créance de la Banque à l'égard de la Société CPA.

Pour quel montant doit-elle voter puisqu'elle n'est pas créancière du garant débiteur ?

Il semble logique de déterminer ses droits de vote en fonction de la valeur des biens affectés en sûreté pour garantir la dette du tiers.

Si la Banque bénéficie par ailleurs d'un véritable cautionnement de la part de la Société CPA pour garantir le remboursement de la Dette principale, les parts, objet du Nantissement n'ont pas de valeur d'un point de vue patrimonial, si la créance de la Banque au titre de son cautionnement est acceptée par les commissaires aux comptes de la Société CPA pour un montant de la Dette principale.

Par conséquent, la Banque doit rejoindre la CPA spécifique des titulaires de sûretés pour garantir les dettes d'un tiers pour le montant d'un euro symbolique et voter sur le Plan dans la CPA des bénéficiaires des Cautionnements pour le montant de la Dette principale.

### III. Les garanties consenties par une Société *in bonis* pour garantir l'endettement de la Société CPA

Il faut distinguer deux cas de figure. Une Banque a consenti un prêt en faveur de la Filiale, dont la Holding s'est portée caution (« Cautionnement *down-stream* »). Une Filiale peut également se porter caution du remboursement d'un prêt bancaire consenti en faveur de sa Société mère (« Cautionnement *up-stream* »).

Dans le premier cas de figure, une procédure de sauvegarde est ouverte en faveur de la Filiale, tandis que la Holding reste *in bonis*. Dans le deuxième scénario, seule la Holding fait l'objet d'une procédure de sauvegarde. Se pose alors la question de savoir si les Plans de la Société Filiale CPA et de la Société Holding CPA respectivement peuvent restructurer les Cautionnements *down stream* ou *up-stream* ou s'il est

nécessaire d'ouvrir une procédure de sauvegarde en faveur du garant en question.

En effet, le tribunal ne peut arrêter qu'un Plan séparé en faveur de chaque Société CPA, restructurant son propre endettement (bancaire), y compris les engagements par signature au titre des Cautionnements. Un Plan ne peut aménager les dettes d'une Société *in bonis* tiers du Groupe et des créances éventuelles résultant d'un recours récursoire contre le débiteur principal.

En pratique, la Banque bénéficiaire d'un Cautionnement *down-stream*, dont le prêt bancaire est restructuré dans le cadre du Plan de la Filiale a tout intérêt à appeler le Cautionnement, ce qui est susceptible de contrarier l'efficacité du Plan arrêté en faveur de la Filiale. Dans le schéma d'un Cautionnement *up-stream*, le bénéficiaire du Cautionnement exercera ses droits au titre du Cautionnement contre la Filiale.

À l'occasion de la transposition de la directive (UE) n° 2019/1023, s'inspirant du droit anglais du *scheme of arrangement*, le paragraphe 2, alinéa 4, de la loi *StaRUG* prévoit la possibilité de restructurer ce type de sûretés personnelles et réelles dans le cadre d'un groupe de sociétés<sup>23</sup>. Le Plan doit prévoir une indemnité adéquate. En pratique, il faut précéder à une évaluation par un expert indépendant<sup>24</sup>. Les titulaires de ces sûretés sont réunis dans une CPA spécifique.

L'objectif de cette disposition de la loi *StaRUG* est d'éviter des frais et une importante complexité<sup>25</sup>. Le champ d'application du paragraphe 2, alinéa 4, n'est pas limité aux Cautionnements, mais comprend également des sûretés réelles, y compris la mainlevée totale ou partielle des sûretés ou leur substitution par d'autres garanties<sup>26</sup>.

Si l'on applique ces règles au premier scénario d'un Cautionnement *down-stream*, les bénéficiaires de la garantie sont réunis dans une CPA spécifique de la Filiale. Le Plan peut notamment prévoir une compensation financière contre une mainlevée (totale ou partielle) ou une subordination des droits du bénéficiaire de la sûreté.

L'avantage du système allemand est sa grande souplesse, qui évite l'ouverture d'une multiplicité de procédures de restructuration en faveur des sociétés d'un groupe.

23 La *StaRUG* renvoie à la définition du groupe de sociétés par § 15 *AktG* (loi sur les sociétés). Pour une analyse détaillée, Flöther (Westpfahl/Dittmar), *StaRUG*, 2021, C. H. Beck, § 2, n° 67 et s.

24 Flöther (Westpfahl/Dittmar), *StaRUG*, 2021, C. H. Beck, § 2, n° 74 et s. ; Morgen (Tresselt) *StaRUG*, § 2, n° 127 et s. ; Jacoby/Thole (Hoffmann) *StaRUG*, § 3, n° 61 et s.

25 Flöther (Westpfahl/Dittmar), *StaRUG*, 2021, C. H. Beck, § 2, n° 65 et s. ; Morgen (Tresselt), *StaRUG*, § 2, n° 114 et s.

26 Pour une analyse détaillée, Flöther (Westpfahl/Dittmar), *StaRUG*, 2021, C. H. Beck, § 2, n° 70 et s.

La reconnaissance des mesures de restructuration dans des procédures d'insolvabilité transfrontières relève du règlement *Insolvabilité* n° 2015/848 du 20 mai 2015, qui ne s'applique pas aux procédures de restructuration confidentielles<sup>27</sup>.

<sup>27</sup> Sur cette problématique Plöther (Westfahl/Dittmar), *StaRUG*, 2021, C. H. Beck, § 2, n° 69.

L'ordonnance du 15 septembre 2021 n'a pas prévu un système comparable. Il est dès lors nécessaire de négocier un traitement spécifique avec les bénéficiaires des Cautionnements et d'ouvrir, le cas échéant, une procédure de conciliation ou de sauvegarde accélérée au profit du garant.