

La procédure d'insolvabilité en Allemagne après la réforme entrée en vigueur le 1 janvier 1999 – RECIT –

I. Les acteurs

1. Le Juge

Le tribunal compétent à traiter la procédure d'insolvabilité est le « Amtsgericht » (TI), la procédure d'insolvabilité rangeant au niveau des affaires d'exécution près de l' « Amtsgericht ».

Il n'y a pas de juges consulaires, mais que des juges fonctionnaires.

Il n'y a même pas de TC de nature français; les dossiers du droit commercial – à l'exception des affaires de l'insolvabilité (!) - sont traités d'une chambre particulière du « Landgericht » (TGI) en première instance, appelée « Kammer für Handelssachen (KfH) ». Là, il existe l'échevinage, mais pas à l' « Amtsgericht ».

Pour arriver donc au niveau européen, il faut d'abord lever la procédure au niveau du TGI, chambre de commerce (jusque là, il y a cependant au ministère de justice une initiative de la déroger à un niveau encore plus bas).

La compétence personnelle du juge se termine après avoir lancé la décision d'ouverture et l'assignation du liquidateur/administrateur. Après, la compétence se transfère automatiquement au « Rechtspfleger ». Le « Rechtspfleger » ou la « Rechtspflegerin » sont une sorte de greffiers de compétence élargi. Ils reçoivent une formation particulière de 3 ans auprès de la justice et sont compétents par exemple dans les matières suivants :

- la tutèle
- l'exécution forcée mobilière et immobilière
- la procédure d'insolvabilité
- les registres.

Ils rendent toutes décisions requises pendant la procédure ouverte sauf la décision d'ouverture même et l'assignation du liquidateur/administrateur. Ils président les assemblées des créanciers et surveillent le respect des règles formelles dans la procédure. En théorie ils devraient aussi surveiller les actions de l'administrateur, contrôler ses comptes etc., contrôle qui n'est pas très efficace en pratique.

Sur demande d'une personne concernée les décisions du « Rechtspfleger » seront corrigés ou approuvés par le juge avant que la personne concernée ne puisse se pourvoir au TGI.

Le juge peut cependant réserver sa compétence personnelle à lui même quand il le lui semble utile, ce qui est très rarement le cas.

2. L'administrateur / liquidateur

Ce sont de préférence des avocats et, parfois, des experts comptables ou des auditeurs qui sont assignés. Il n'y a pas de formation particulière ni d'organisation qui veille sur des règles déontologiques comme en France.

Il n'y a pas de distinction entre la profession du liquidateur et celle de l'administrateur, et il n'est pas nécessaire de renoncer à sa licence d'avocat pendant que l'on exerce la profession d'administrateur ou de liquidateur.

Cela permet les administrateurs/liquidateurs allemands de s'associer facilement avec d'autres praticiens dans tout l'Europe. Sur le plan national de grands réseaux se sont déjà établi au détriment des petits cabinets locaux.

L'assignation est libre et la concurrence s'est aggravé en Allemagne dès que la Cour Constitutionnelle (« Bundesverfassungsgericht ») a tenu que chaque personne qualifiée a droit à être assigné (libre accès à la profession). Sur le plan international les refus d'assignation doivent être motivés, alors que cette décision peut être contestée.

Les administrateurs/liquidateurs ont droit à une rémunération selon le barème suivant :

40,0 %	pour les premières	25.000 €
25,0 %	pour les suivants	25.000 €
7,0 %	pour les suivants	200.000 €
3,0 %	pour les suivants	250.000 €
2,0 %	pour les suivants	24.500.000 €
1,0 %	pour les suivants	25.000.000 €
0,5 %	pour tout le reste	

Un multiplicateur leur sera accordé par le tribunal quand ils ont exercés certaines activités excédants l'activité d'une simple liquidation, par ex. s'ils ont continué l'exploitation de l'entreprise pour un certain temps, dressé un plan de continuation, préparé le licenciement d'une multitude de salariés avec concordat de désintéressement des-mêmes etc. La rémunération est exigible seulement à la fin de la procédure ; entretemps, l'administrateur a droit à des paiements d'avance.

Le montant de la rémunération est contestable par les créanciers à la fin de la procédure.

3. Les créanciers

Il n'y a plus de droits de préférence (sauf les sûretés), ni pour le fisc ni pour les salariés ni pour les caisses sociaux.

Les salariés ont droit à leur salaire non payé de trois mois avant l'ouverture de la procédure (ou bien la décision de rejet de la demande d'ouverture).

Les créanciers ont droit de vote selon le montant leur créance. Seuls les créances déclarés donnent un droit de vote. L'harmonisation sur la personne de l'administrateur/liquidateur requiert cependant la majorité des personnes présents – ou représentés – et du montant des créances (cumulatif) est requise. L'harmonisation sur le plan de continuation et du désendettement (« Insolvenzplan ») se déroule en groupes, parmi lesquelles la simple majorité des personnes présents – ou représentés – est suffisante, tandis que l'unanimité des groupes est requise.

Le délai pour la déclaration des créances fixé par le juge dans la décision d'ouverture n'a pas d'effet de forclusion! La créance peut être déclarée encore après cette date avec – éventuellement – une taxe extra d' €10,-.

Les créanciers votent dans l'assemblée des créanciers ; un comité des créanciers peut être établi (par vote de l'assemblée). En pratique il est établi par exemple quand il s'agit d'une entreprise importante qui doit être continuée ou vendue.

II. La procédure

La procédure s'applique aux sociétés et aux entrepreneurs particuliers, les membres des libres professions. Pour les personnes privées (i.e. les consommateurs) il y a une procédure particulière prévu dans le même code, qui n'est pas l'objet de ce récit.

Il y a 2 phases : 1. phase préliminaire
 2. procédure ouverte

1. phase préliminaire

- Dépôt de la demande d'ouverture :

le tribunal ne peut être saisi que par

- un créancier ou
- le débiteur même

Il n'y pas d'initiative d'office ni de participation du parquet !

- activités du juge (fonctionnaire) :

1° il va mandater un expert (c'est en général le futur admin./liquid.), qui doit examiner

- s'il y a vraiment un des motifs légaux pour l'ouverture, qui sont

- le surendettement (seulement pour les sociétés)
- la cessation des paiements
- la cessation imminente des paiements,

- s'il y a assez de moyens à couvrir les frais de la procédure (si non, la demande sera rejeté par manque de moyens = m.M. = « mangels Masse », et les créanciers peuvent poursuivre l'exécution forcée à leur gré ; les sociétés seront éliminées du registre, mais se trouveront désormais théorétiquement « en liquidation »),

- s'il y a une possibilité de continuer l'entreprise.

- 2° il va prendre des mesures conservatoires du patrimoine :
- mettre les gérants sous curatèle d'un administrateur provisoire (admin. provis. nommé « faible »)
 - désaisir les gérants entièrement de leurs pouvoirs, en transgérant le pouvoir à l'administrateur provisoire (admin. provis. nommé « fort »),
 - arrêter et interdire toute mesure d'exécution forcée

Cette phase se termine par la décision d'ouverture du juge (ou de la décision de rejet).

Contre la décision d'ouverture il n'y a pas de recours pour les créanciers, ce qui sera important sur le plan du Règlement Européen relatif aux proc. d'insolvabilité et la question de la violation de l'ordre public par usurpation de compétence!

2. procédure ouverte

- la compétence personnelle se transfère automatiquement du juge au greffier (« Rechtspfleger »),
- la décision d'ouverture a l'effet de la confiscation des biens
- le juge assigne l'administrateur/liquidateur et fixe les dates des assemblées des créanciers avec l'ordre du jour et le délai pour la déclaration des créances (dans la même décision d'ouverture).
- l'administrateur/liquidateur est obligé à continuer l'exploitation de l'entreprise (sauf imprévu) jusqu'à la première assemblée des créanciers.
- sur demande du débiteur le juge peut transférer les pleins pouvoirs au directoire de l'entreprise (ainsi nommé « Eigenverwaltung » qui suit le modèle américain du « debtor-in-possession »)

- sera continué éventuellement -

3. terminaison de la procédure

La procédure sera terminée par

- clôture officielle (après liquidation des biens terminée)
- par voie de résolution sur un plan de continuation avec désendettement (« Insolvenzplan »)

- sera continué éventuellement -

**TABLE RONDE
- QUESTIONNAIRE -**

Barbara Brenner, avocat (Bonn/D)

1. Est-ce que vous direz que la réforme de la procédure d'insolvabilité en Allemagne, notamment l'introduction du plan de continuation, était un succès ?

Si vous regardez les statistiques des années 1999 à 2003 il faut admettre qu'assez peu à changé en relation avec la situation avant la réforme. Avant 1999 on trouvait un pourcentage de 1% de concordats effectués largement insatisfaisant. Après la réforme la situation s'est au début encore aggravé.

Voici les chiffres:

	1999	2000	2001	2002	2003	2004
Procédures (sociétés)	6451	7214	8884	9960	10092	23.800 (toutes entreprises)
Plans initiés	47	76	96	154	162	?
Plans effectués	24	58	79	121	?	?
%	0,37	0,80	0,88	1,21	1,6	?

Récemment, les administrateurs proposent le plan aux créanciers pour résoudre les problèmes particuliers d'une insolvabilité des membres des professions libres (i.e. médecins).

Parce que le succès de la procédure est complètement dépendant de la coopération personnelle du débiteur. Une terminaison rapide de la procédure leur semble donc préférable.

2. Quelles sont les raisons de cet échec?

D'abord, laissez-moi exprimer mon espoir, que l'histoire du plan se développe au futur en une histoire de succès. Parce que je vois un intérêt augmentant parmi mes confrères à accepter cette option.

Les raisons pour leur restriction sont multiples:

Premièrement, c'est la situation financière de l'entreprise qui est grièvement insuffisante. Même si la nouvelle loi ait établi une obligation de continuation au lieu de la liquidation automatique, la situation financière des entreprises en crise ne permet effectivement pas très souvent la continuation, sauf dans la phase préliminaire.

Deuxièmement, le résultat peu satisfaisant relève à un problème psychologique : Le succès d'une loi dépend très fort des personnes qui doivent l'appliquer et notamment de la question s'ils se serviraient des nouvelles possibilités ou non. D'abord, les administrateurs et les juges étaient très réservés envers le plan. Traditionnellement liquidateurs, il leur était longtemps impossible de changer leur attitude. Entretemps, certains administrateurs ont développé une certaine ambition à proposer des plans aux créanciers. Ils ont même commencé à faire de la réclame pour leurs cabinets quand un de leurs plans fut accepté et mis en vigueur.

Troisièmement, les conseillers des entreprises en difficulté et surtout les avocats n'ont pas encore adopté une certaine culture de réorganisation extra-judiciaire comme l'ont fait par exemple les Américains (qui avaient donc développé cette solution par leur Chapter-11-procédure, qui a servi de modèle pour le plan allemand). S'ils auront une fois remarqué les chances qu'offre une bonne préparation de la procédure, je suis sûre qu'ils arriveront beaucoup plus souvent à convaincre les créanciers (et l'administrateur obstructif) à accepter un plan.

3. ...et la demande du débiteur de rester en plein pouvoir ?

Là, c'est beaucoup pire: Là aussi on peut remarquer que la culture américaine ne s'impose pas automatiquement dans la culture de droit continentale. Les acteurs de la procédure se méfient encore plus du débiteur restant en charge du patrimoine que du plan. Puisqu'il n'y a pas de règles, les juges sont complètement libres à nommer un administrateur externe en rejetant la demande de la gestion de l'entreprise débitrice de rester en charge.

Le juge qui se méfie très fort de la capacité du gérant n'ordonnera pas qu'il reste en charge. Il va donc demander à l'expert si celui-ci voit des raisons en faveur de cette solution. Comme celui-ci est régulièrement le futur liquidateur ou administrateur lui-même, il plaidera contre. Contre la vote de l'expert, le juge n'imposera pas une telle décision. L'assemblée des créanciers peut corriger, mais contre la vote de l'administrateur, personne ne votera.

Entretemps, certains administrateurs ont développé un modèle qui permet aux juges d'accepter cette solution malgré tout. Ils entreront dans l'entreprise comme membres de la gestion eux-mêmes bien avant l'ouverture de la procédure et lancent eux-mêmes la demande de rester en charge. Ainsi le juge sera rassuré que le nouveau gérant respectera les règles de la loi et est assez fiable et habile à lancer le procès d'assainissement et de réorganisation. Ainsi, d'importantes procédures sur de grands entreprises furent déjà déroulés, la gestion restant en charge (récemment par ex.: la Babcock Borsig AG).

4. Quel est le problème éminents au moment an Allemagne?

Deux problèmes:

- a) La sélection de l'administrateur par le juge parmi les cabinets résidents et non-résidents (libre accès de chaque personne à la profession)
- b) La compétence locale des tribunaux en ce qui concerne l'Art. 3 du Règlement Européen sur l'Insolvabilité ("Centre of Main Interests")

- sera continué éventuellement -