

LE TRAITEMENT JUDICIAIRE DES ENTREPRISES

EN DIFFICULTE EN ALLEMAGNE

Textes de référence :

- ✓ la loi sur l'insolvabilité (*Insovenzordnung* = InsO) du 5 octobre 1994 (voir dans la Rubrique "Documents et Etudes" du site, la traduction du "Code de l'insolvabilité allemand")

Table des matières

A. LA REFORME DU 5 OCTOBRE 1994.....	2
1. Les raisons et les objectifs de la réforme.....	2
2. Les différences essentielles entre le droit actuel et le nouveau droit	3
B. LE DECLENCHEMENT DE LA PROCEDURE D'INSOLVABILITE	5
1. L'ouverture de la procédure	5
a) La demande d'ouverture	5
b) Conséquences de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.....	7
2. Le redressement judiciaire.....	10
a) Le redressement par cession de l'entreprise du débiteur.....	10
b) Le redressement du débiteur dans le cadre du plan d'insolvabilité	11
3. La liquidation judiciaire	14
C. ORGANISATION JURIDICTIONNELLE DE LA PROCEDURE D'INSOLVABILITE.....	16
1. Jurisdiction compétente.....	16
2. Les auxiliaires de la procédure d'insolvabilité.....	19
a) L'administrateur provisoire de l'insolvabilité.....	19
b) L'administrateur de l'insolvabilité.....	20
c) L'administrateur des biens	23
D. APPRECIATION DU SYSTEME	24

Introduction

En Allemagne, le droit applicable au traitement judiciaire des entreprises en difficulté a fait l'objet d'une récente réforme. En effet, face à l'accroissement des demandes de mise en faillite et à l'impossibilité de sauver les entreprises en situation difficile, le législateur allemand a voté, le 5 octobre 1994, **la loi sur l'insolvabilité** (*Insolvenzordnung* = InsO) qui doit entrer en vigueur le 1er janvier 1999 et qui unifiera le droit allemand.

Elle remplacera en effet non seulement l'actuelle loi relative à la faillite du 10 février 1877 (*Konkursordnung* = KO) et la loi sur le concordat du 26 février 1935 (*Vergleichsordnung* = VO) applicable dans les anciens Lander, mais elle remplacera également, dans les nouveaux Lander, le régime actuel de l'exécution forcée générale (*Gesamtvollstreckungsordnung*). A compter du 1er janvier 1999, la législation actuellement en vigueur sera encore applicable à toute procédure dont l'ouverture aura été demandée avant cette date. Compte tenu de la longue durée des procédures collectives en pratique, la véritable unification de la législation allemande se fera donc attendre.

A. LA REFORME DU 5 OCTOBRE 1994

1. Les raisons et les objectifs de la réforme

La Commission de réforme - instituée en 1978 - déplorait avant tout l'inefficacité du droit allemand de la faillite dans les années 1985 à 1990, 75 à 80 % des demandes d'ouverture d'une procédure de faillite étaient rejetées, faute de patrimoine suffisant, ne couvrant même pas les frais de procédure. En outre presque 20 % des procédures ouvertes étaient clôturées de nouveau, faute de masse active seuls les créanciers privilégiés et en premier lieu les ouvriers et les employés, les caisses sociales, l'agence nationale pour l'emploi et le fisc ont quelque espoir d'être satisfait. Même pour ces créanciers privilégiés, la cote de satisfaction est d'environ 18% ; quant aux créanciers chirographaires, leur cote de satisfaction atteint, en moyenne, à peine 4 à 6%. Ils ne sont donc plus intéressés à suivre les procédures de faillite dont le but initial, à savoir la volonté d'assurer la satisfaction rapide et maximale du créancier par vente et répartition du patrimoine du débiteur, n'est pas atteint.

De plus la procédure du concordat, mise en place par le législateur allemand en 1935 et valable aujourd'hui encore, n'a plus d'importance pratique. Son intérêt est d'ailleurs limité du fait que les créanciers privilégiés ou munis de sûretés réelles doivent être remboursés intégralement en dehors de la procédure de concordat. Le débiteur n'a donc pas la possibilité d'éviter la dilapidation de son patrimoine en recherchant un concordat avec ses créanciers. En outre, dans moins de 1 % des cas d'insolvabilité seulement, un concordat judiciaire a été confirmé depuis

1983. Aujourd'hui, à peine 40 procédures de concordat sont menées à terme en Allemagne chaque année.

La pratique a donc trouvé des moyens d'assainissement dans un concordat extrajudiciaire, exigeant l'accord de tous les créanciers ou l'assainissement de l'entreprise dans le cadre de la procédure de liquidation des biens, mais qui n'était pas destiné à la sauvegarde des entreprises. D'ailleurs tous les instruments actuels mis à la disposition du syndic pour sauver l'entreprise ou une partie au moins de celle-ci ne sont pas satisfaisants et le pourcentage d'entreprises sauvées est faible.

Selon la Commission, le nombre des faillites d'entreprises en 1994 était supérieur à 18 000, tandis que les pertes des créanciers privés s'élevaient à environ 18 milliards de DM par an et celles de l'Administration, en particulier de l'Administration des finances, s'élevaient à près de 12 milliards de DM par an. Or ces pertes causent la destruction d'entreprises ainsi que des emplois et s'avèrent très coûteuses pour l'économie allemande.

La loi sur la faillite de 1877 a manifestement vieilli. Son seul objectif, à savoir la liquidation de l'entreprise, est dépassé. Il était indispensable d'ouvrir également la voie du redressement ou d'une autre forme de mise à profit de l'entreprise en difficulté. Aussi le but premier de la réforme a-t-il été d'assurer la meilleure satisfaction possible des créanciers (art. 1er de la loi sur l'insolvabilité). Pour cela, le législateur allemand s'est attaché à simplifier et à accélérer l'ouverture de la procédure et à lutter contre toutes les mesures d'appauvrissement de la masse de nature à léser les créanciers. Il a établi un cadre qui permet la liquidation ou le redressement conformément aux exigences concrètes du marché. Par ailleurs, la nouvelle loi vise à favoriser une répartition équitable du produit de la procédure, à accroître la participation des créanciers en renforçant leur autonomie et à ouvrir aux débiteurs de bonne foi la possibilité de se libérer de leurs dettes résiduelles afin de pouvoir prendre un nouveau départ au plan économique (art. 1 phrase 2 InsO)¹.

2. Les différences essentielles entre le droit actuel et le nouveau droit

Dans le cadre de l'ancienne loi sur la faillite, l'assemblée des créanciers avait déjà une influence déterminante sur le déroulement de la procédure. La nouvelle loi sur l'insolvabilité **renforce la position des créanciers**. L'assemblée des créanciers décide, sur la base d'un rapport de l'administrateur de l'insolvabilité si l'entreprise insolvable doit être liquidée ou si un redressement peut être tenté. L'assemblée des créanciers peut demander à l'administrateur de l'insolvabilité d'établir un **plan d'insolvabilité** définissant les modalités de redressement de

¹ Sources F. Trockels, «Aperçu du nouveau régime juridique de l'insolvabilité en Allemagne », in Revue des procédures collectives, 1996, n°1, p. 23 et s. ; Dr. E. Pick, Bonn, NJW 1995, p. 992 et s.

l'entreprise. Ce plan d'insolvabilité est un instrument nouveau qui se fonde sur la constitution de groupes de créanciers.

La nouvelle loi sur l'insolvabilité supprime les privilèges du salarié, du fisc, des églises et des associations publiques et autres créanciers privilégiés. En effet, l'accroissement du poids des créances salariales sur le patrimoine du failli ainsi que la prolongation des délais légaux de licenciements pesaient très lourd sur l'entreprise en difficulté. La loi sur l'insolvabilité supprime donc le privilège du salarié (art. 61 al. 1 n° 1 KO) et le privilège de masse dont étaient dotées les créances salariales (art. 59 al. 1 n° 3 KO). Comme par le passé, une indemnité de mise à pied pour pertes de salaires sera payée pour une période pouvant aller jusqu'à 3 mois. La nouvelle loi limite le préavis de licenciement à 3 mois dans la cadre de la procédure d'insolvabilité.

Sous l'empire de la législation actuelle, les créanciers dotés de sûretés réelles sont en droit de recourir à leur garantie sans tenir compte de l'ouverture de la procédure de faillite et sont donc en général peu intéressés au redressement de l'entreprise. Le nouveau régime de l'insolvabilité interdit aux créanciers bénéficiant d'un droit de revendication, c'est-à-dire titulaires d'une propriété constituée en sûreté réelle, ou au profit desquels une cession à titre de garantie a été opérée, de réaliser le patrimoine de l'entreprise insolvable. Ils sont également tenus de participer aux frais issus de la constatation et de la réalisation des sûretés réelles dans le cadre de la procédure d'insolvabilité. En outre, leurs droits dans le plan d'insolvabilité peuvent être limités par décision de la majorité.

Aux termes du droit en vigueur, le débiteur est libéré d'une partie de sa dette si les créanciers consentent majoritairement à un concordat. Une libération du débiteur par seul effet de la loi n'existe pas. A l'avenir en revanche, le débiteur de bonne foi aura la possibilité de se libérer de la dette subsistante au terme de la procédure d'insolvabilité, sans le consentement de ses créanciers. Après liquidation de son patrimoine, il devra remettre mensuellement, à un mandataire des créanciers, la partie saisissable de ses revenus pendant une période de sept années. Si le tribunal estime que son comportement a été correct durant ces sept années, il pourra le libérer, à la fin de cette période, des dettes subsistantes.

B. LE DECLENCHEMENT DE LA PROCEDURE D'INSOLVABILITE

1. L'ouverture de la procédure

a) La demande d'ouverture

Le droit actuel comme le nouveau droit prévoient que la procédure d'insolvabilité ne peut être ouverte que sur demande. Les personnes habilitées sont les créanciers et le débiteur (art. 103 KO et art. 14 et 15 InsO). La demande d'un créancier n'est recevable que s'il a un intérêt juridique à l'ouverture de la procédure et qu'il rend crédible sa créance ainsi que la cause d'ouverture. Si la demande est recevable, le tribunal doit entendre le débiteur.

La loi de 1994 dispose en outre qu'en dehors des créanciers, tout membre de l'organe de représentation - pour les personnes morales - et tout associé obligé personnellement - pour les sociétés sans personnalité morale ou les sociétés en commandite par actions - ainsi que tout liquidateur peuvent demander l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

Les conditions de l'ouverture

Le droit allemand exige qu'il y ait une raison suffisante pour l'intervention judiciaire dans l'ouverture d'une procédure collective. La cause principale d'ouverture de la procédure reste l'insolvabilité du débiteur (art. 102 et 209 KO; art. 17 InsO). Le débiteur est insolvable s'il n'est pas en mesure d'exécuter les obligations de paiement arrivées à échéance. Cet état survient dès que le débiteur ne dispose plus de liquidités suffisantes pour exécuter ses obligations et qu'il ne peut plus se procurer ces liquidités par crédit.

Pour les sociétés de capitaux, telles que les sociétés à responsabilité limitée ou les sociétés par actions, le surendettement constitue toujours un motif d'ouverture de la procédure d'insolvabilité (art. 207, 209 et 213 KO ; art. 19 InsO). Il y a surendettement lorsque le patrimoine du débiteur ne suffit plus à couvrir le montant des dettes. Un pronostic favorable quant à la continuation de l'entreprise n'exclut pas le surendettement.

La loi de 1994 facilite l'ouverture de la procédure en introduisant un nouveau motif d'ouverture, à savoir la menace d'insolvabilité (art. 18 InsO). Seul le demandeur peut en faire la demande, dès lors qu'il est prévisible qu'il ne pourra pas faire face au règlement de ses engagements financiers au moment de leur exigibilité. La nouvelle disposition a pour objectif de sauvegarder la possibilité de redressement de l'entreprise avant qu'il ne soit trop tard pour prendre des mesures appropriées. On empêche ainsi les créanciers de causer l'ouverture de la

procédure sur le fondement d'une simple menace d'insolvabilité. En déposant rapidement une demande d'ouverture de la procédure judiciaire, le débiteur pourra profiter, par exemple, de la libération de la dette subsistante ou encore conserver la disposition de son patrimoine (art. 270 à 285 InsO).

L'article 26 al. 1 de la nouvelle loi révèle la volonté du législateur de réduire le nombre des rejets faute de masse suffisante. La masse existante doit suffire à couvrir les frais de procédure au sens strict, à savoir les frais judiciaires ainsi que la rémunération de l'administrateur de l'insolvabilité et des membres du comité des créanciers pour que la procédure puisse être ouverte (art. 54 InsO). Aux termes de l'article 107 de la loi encore en vigueur, les autres «frais de masse» devaient également être couverts et en particulier les dettes de masse prioritaires par rapport aux frais de procédure (art. 60 KO). Il s'agit avant tout des obligations résultant de rapports de travail ou de baux qui se poursuivent. La loi sur l'insolvabilité a modifié cet ordre: aux termes de l'article 209 InsO, les frais de procédure doivent être réglés avant les obligations résultant de rapports contractuels subsistants lorsque le patrimoine est insuffisant.

Mesures conservatoires

La satisfaction optimale des créanciers suppose que le patrimoine du débiteur soit conservé lorsqu'une longue période sépare la demande d'ouverture de l'ouverture de la procédure proprement dite, notamment en raison des difficultés rencontrées pour constater si les conditions d'ouverture d'une procédure de faillite sont réunies. A cet effet, les tribunaux ordonnent souvent la séquestration. La nouvelle loi qualifie cette mesure d'administration provisoire de l'insolvabilité et oblige le tribunal de l'insolvabilité à prendre toutes mesures qui apparaissent nécessaires pour empêcher, jusqu'à la décision sur la demande d'ouverture de la procédure, la détérioration de la situation économique du débiteur.

Le tribunal peut notamment:

- ✓ désigner un administrateur provisoire de l'insolvabilité²;
- ✓ frapper le débiteur d'une interdiction générale de disposer ou ordonner que les actes de disposition du débiteur n'aient d'effet qu'avec l'autorisation de l'administrateur provisoire, ou encore
- ✓ geler toute saisie mobilière en cours à l'encontre du débiteur.

La décision d'ouverture

La loi de 1994 apporte peu de modifications aux dispositions du droit actuel relatives au contenu et à la publication de la décision d'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Si le tribunal ne refuse pas la demande d'ouverture de la procédure pour insuffisance d'actifs (art. 26

² Voir *infra*, les auxiliaires de la procédure d'insolvabilité (II, B).

InsO), il ouvre la procédure selon les règles des articles 27 à 33 InsO et nomme un administrateur de l'insolvabilité³.

La décision d'ouverture contient:

- ✓ des informations détaillées sur l'identité du débiteur,
- ✓ le nom et l'adresse de l'administrateur de l'insolvabilité,
- ✓ le moment précis de l'ouverture de la procédure,
- ✓ l'injonction aux créanciers de notifier leurs créances auprès de l'administrateur dans un délai de deux semaines au moins et de trois mois au plus, ainsi que de déclarer les sûretés dont ils sont titulaires sur les biens ou les droits du débiteurs,
- ✓ l'injonction aux personnes qui ont des obligations envers le débiteur de se libérer de leurs obligations auprès de l'administrateur et non du débiteur lui-même,
- ✓ la date de l'audience de l'assemblée des créanciers au cours de laquelle, sur la base d'un rapport de l'administrateur de l'insolvabilité, il sera décidé de la continuation ou de la liquidation de l'entreprise. Cette «audience de rapport» a lieu de six semaines à trois mois après la décision d'ouverture,
- ✓ la date de l'audience de l'assemblée des créanciers au cours de laquelle les créances qui ont été notifiées seront vérifiées (« audience de vérification »).

La publication de la décision d'ouverture de la procédure d'insolvabilité est faite immédiatement par le greffe du tribunal de l'insolvabilité après son prononcé (art. 30 InsO). La signification de la décision doit être faite spécialement aux créanciers et aux débiteurs du débiteur ainsi qu'au débiteur lui-même. Si le débiteur est une personne physique, il doit être informé, lors de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, qu'il peut demander à être libéré du passif restant dû dans les conditions des articles 286 à 303 InsO.

Les voies de recours sont possibles contre la décision du tribunal de l'insolvabilité. Ainsi, l'art. 34 de la loi nouvelle prévoit que si l'ouverture de la procédure est refusée, le pourvoi immédiat est ouvert à celui qui a déposé la demande, et au débiteur quand le rejet de la demande est fondé sur une insuffisance d'actifs.

Si la procédure d'insolvabilité est déjà ouverte, le débiteur peut former un pourvoi immédiat.

b) Conséquences de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité

Lors de l'ouverture de la procédure, un administrateur de l'insolvabilité est en principe

³ *Insolvenzverwalter*.

nommé par le tribunal. Sous l'empire du droit actuel, cet auxiliaire est appelé «syndic de faillite»⁴ (art. 78, 80 et s., 100 KO). Avec le nouveau droit, on parlera d'«administrateur de l'insolvabilité»⁵ (art. 27, 56 et s. InsO). Nous reviendrons sur les fonctions de celui-ci dans la section B.

Une autre conséquence de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité est la transmission à l'administrateur des droits du débiteur d'administrer et de disposer de son patrimoine (art. 6 KO, art. 80 InsO). Tout acte de disposition du débiteur après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité est désormais nul, et non plus seulement sans effet à l'égard des créanciers de la faillite, comme le prévoit le droit actuel. La loi de 1994 introduit l'interdiction pour le débiteur de constituer des sûretés dans le mois précédent l'ouverture de la procédure ou après cette ouverture (art. 88 InsO). De plus, le débiteur est obligé de fournir tous les renseignements dont il dispose concernant la procédure (art. 100 KO et art. 97 InsO).

La phase préliminaire de la procédure d'insolvabilité est conclue par l'audience de **rapport**. Au cours de cette assemblée des créanciers, l'administrateur présente un rapport sur la situation économique du débiteur et sur la possibilité de son redressement. Les créanciers décident, sur le fondement de ce rapport, si l'entreprise insolvable doit être liquidée ou continuée (art. 156 et 157 InsO).

L'assemblée des créanciers est convoquée par le tribunal de l'insolvabilité. Ont le droit de participer à cette assemblée tous les créanciers titulaires d'une sûreté, tous les créanciers de l'insolvabilité, l'administrateur de l'insolvabilité et le débiteur. N'ont un droit de vote que les créanciers dont la créance a été déclarée. Comme par le passé, les décisions de l'assemblée des créanciers seront prises à la majorité simple, calculée en fonction des créances détenues par les différents créanciers. La nouvelle loi sur l'insolvabilité accorde désormais aux créanciers titulaires d'un droit de revendication le droit de voter dans la mesure où ils sont davantage intégrés à la procédure qu'avant (art. 76 al. 2 InsO, à la différence de l'art. 93 KO). De plus, les créanciers mis en minorité peuvent demander au tribunal d'annuler toute décision de l'assemblée des créanciers qui porterait atteinte à l'intérêt général des créanciers de l'insolvabilité (art. 78 InsO). L'intérêt général des créanciers de l'insolvabilité apparaît comme le meilleur fondement à invoquer pour recouvrer les créances de l'insolvabilité (non assorties d'une sûreté) car il écarte la prise en considération des intérêts particuliers, éventuellement divergents, des créanciers.

L'assemblée des créanciers intervient dans le choix de l'administrateur de l'insolvabilité pour en proposer éventuellement un autre ; elle décide si un comité des créanciers sera constitué

⁴ Konkursverwalter.

⁵ Insolvenzverwalter

et quels en seront les membres (art. 68 InsO)⁶; conformément à la pratique actuelle⁷, l'assemblée des créanciers est en droit d'exiger de l'administrateur non seulement un rapport d'ensemble sur sa gestion des affaires, mais aussi tous renseignements particuliers (art. 79 InsO) ; elle peut aussi lui demander de proposer un plan d'insolvabilité (art. 157 al. 2 InsO).

Il reste à souligner qu'avant la première assemblée des créanciers le tribunal peut mettre en place un comité des créanciers où sont représentés les créanciers titulaires d'une sûreté, les créanciers de l'insolvabilité bénéficiaires des créances les plus élevées et les petits créanciers (art. 67 et s. InsO). Le comité doit également comprendre un représentant des salariés lorsque ceux-ci y ont un intérêt particulier en qualité de créanciers de l'insolvabilité et pour des créances relativement importantes.

La mission du comité des créanciers consiste à assister et contrôler l'administrateur de l'insolvabilité dans sa gestion des affaires, à se renseigner sur le déroulement des opérations, à vérifier les livres et documents comptables et commerciaux, et à faire examiner la situation financière et les circulations d'argent. Le comité des créanciers doit donner son accord sur les principaux actes juridiques accomplis pendant la procédure ; tout refus de sa part oblige l'administrateur à obtenir l'autorisation de l'assemblée des créanciers. Les membres du comité des créanciers sont responsables des dommages causés aux créanciers titulaires d'une sûreté et aux créanciers de l'insolvabilité et dus à un manquement fautif à leurs obligations. Une décision du comité des créanciers est valable si la majorité des membres du comité a participé au vote et si la décision a été prise à la majorité des voix exprimées.

Contrairement à ce qui est prévu par le droit actuel de la faillite, le patrimoine que le débiteur acquiert durant la procédure d'insolvabilité fera également partie de la masse d'insolvabilité (art. 35 InsO). Il convient de noter que l'influence de l'ouverture de la procédure sur les rapports juridiques entre le débiteur et les tiers est réglée de manière différente par le nouveau droit de l'insolvabilité que par le droit actuel de la faillite :

- ✓ les articles 129 à 142 de la loi sur l'insolvabilité définissent le droit de l'administrateur de contester les actes juridiques pris avant l'ouverture de la procédure et qui lèsent l'intérêt des créanciers. A l'avenir le droit de contestation devrait être plus facile à faire valoir. Ainsi, le nouveau droit présume-t-il la connaissance par les proches du débiteur de sa situation les prestations à titre gratuit du débiteur peuvent être remises en cause pour les quatre années précédant la demande d'ouverture de la procédure;

⁶ Si le tribunal de l'insolvabilité a déjà pris l'initiative de mettre en place un tel comité, l'assemblée des créanciers décide si ce dernier doit être maintenu ; elle peut sinon contraindre à la démission certains de ses membres pour en nommer de nouveaux.

⁷ BGH (Cour fédérale de justice), 23 novembre 1973, IZB 9/73, NJW 1974, p. 238.

- ✓ le régime d'insolvabilité interdit aux créanciers dotés d'une sûreté réelle de recourir à leur sûreté entre le moment de l'ouverture de la procédure et la date de l'audience du rapport au cours de laquelle les créanciers décident de la poursuite de la procédure. De cette façon, le patrimoine du débiteur est conservé et les chances de redressement et de cession globale de l'entreprise sont améliorées;
- ✓ l'administrateur de l'insolvabilité peut, dans la période séparant l'ouverture de la procédure de la date d'audience du rapport, faire suspendre la vente forcée des terrains du débiteur sans autre condition;
- ✓ les biens mobiliers objet d'un droit de revendication, ainsi que les biens cédés à titre de sûreté et les créances cédées à titre de garantie, ne peuvent être réalisés que par l'administrateur de l'insolvabilité après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité (art. 166 al. 1 InsO)⁸. Pendant la période séparant l'ouverture de la procédure de la date d'audience du rapport, l'administrateur n'est pas tenu de faire usage du droit de réalisation. Il peut continuer à utiliser le bien objet de la sûreté au profit de la masse. Il est alors juste tenu à la compensation des pertes de valeur (art. 172 InsO).

2. Le redressement judiciaire

Si les créanciers acceptent, dans le cadre de l'assemblée des créanciers, le principe d'une continuation de l'entreprise insolvable, deux voies existent le redressement par cession de l'entreprise du débiteur et le redressement par le débiteur lui-même dans le cadre du plan d'insolvabilité.

a) Le redressement par cession de l'entreprise du débiteur

Dans la pratique actuelle, le redressement par cession, c'est-à-dire par la vente de l'entreprise ou de parties essentielles de l'entreprise à un tiers, joue un grand rôle. En droit allemand, l'accent est mis sur la nécessité de régler les dettes du débiteur et de satisfaire les créanciers, plus que sur le sauvetage de l'activité de l'entreprise et par là des emplois. Selon la nouvelle loi de 1994, l'administrateur de l'insolvabilité n'est autorisé à opérer une telle cession qu'avec le consentement du comité des créanciers. Dans certains cas particuliers, le consentement de l'assemblée des créanciers pourra être nécessaire (art. 163 InsO).

La cession de l'entreprise coupe celle-ci de tout lien avec ses anciens créanciers. L'acquéreur n'est pas responsable des dettes du débiteur; il décide seul de la manière dont il gèrera l'entreprise à l'avenir. En cas de cession de la totalité de l'entreprise, les créanciers reçoivent un dividende constitué par le prix de cession de la même façon que si les biens du

⁸ Le droit de réalisation existe pour tous les biens meubles grevés d'un droit de revendication dont l'administrateur a la possession. Il s'agit par exemple de biens cédés à titre de sûreté, de biens soumis à une réserve de propriété prolongée ou étendue et de biens soumis à un droit de saisie.

débiteur étaient liquidés.

Un redressement par cession suppose, en règle générale, une réduction considérable du nombre de salariés des unités de production à transmettre. Le nouveau régime de l'insolvabilité devrait faciliter la réduction du personnel par un certain nombre de dispositions modificatives. Comme par le passé, l'administrateur doit respecter la loi de protection en matière de licenciement. Dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité, la principale question sera celle de savoir si la sélection des salariés a été convenablement réalisée lors des licenciements pour motif économique. Si l'administrateur de l'insolvabilité et le comité d'entreprise fixent d'un commun accord la liste des salariés à licencier, la loi sur l'insolvabilité présume que des impératifs liés à la continuation de l'entreprise fondent le licenciement. Par ailleurs, ce choix social ne peut être remis en question que si les trois critères «ancienneté au sein de l'entreprise», «âge» et «obligations alimentaires» n'ont pas été pris en considération ou si le choix effectué est entaché d'erreur grossière. Aux termes de l'article 125 al. 1 InsO, cette sélection des salariés à licencier n'est pas considérée comme entachée d'une erreur grossière lorsqu'une structure du personnel équilibrée est maintenue ou établie. Ainsi, la possibilité de licencier des salariés âgés appartenant depuis longtemps à l'entreprise et ayant des obligations alimentaires est-elle admise afin qu'une structure équilibrée au plan de l'âge puisse être atteinte.

Si aucun accord n'est trouvé avec le comité d'entreprise, l'administrateur peut faire contrôler la régularité des licenciements, avant de les prononcer, par le tribunal du travail. L'administrateur a cependant le droit de prononcer des licenciements sans recourir à cette procédure de contrôle préalable.

Il faut souligner enfin qu'aux termes de l'art. 613a al. 4 du Code civil allemand (BGB), le licenciement par l'employeur ou par le nouveau propriétaire en raison de la cession d'entreprise ou d'une partie de l'entreprise est irrégulier. L'article 128 de la nouvelle loi de 1994 dispose expressément que les dispositions ci-avant mentionnées trouvent également application lorsque le licenciement doit intervenir après la cession de l'entreprise. En outre, on présume que le licenciement est intervenu pour un motif autre que la cession de l'entreprise. Or, malgré les demandes formulées par de nombreux administrateurs de la faillite, le législateur n'a pas abrogé l'art. 613a BGB dans le cadre de la procédure d'insolvabilité⁹.

b) Le redressement du débiteur dans le cadre du plan d'insolvabilité

L'aspect le plus novateur de la réforme est probablement le plan d'insolvabilité, outil

⁹ Les dispositions de la procédure d'exécution forcée générale actuellement en vigueur dans les nouveaux Länder et selon lesquelles l'art. 613a BGB n'est pas applicable aux cessions d'entreprises n'ont donc pas été reproduites dans la réforme.

central du futur régime de redressement des entreprises en difficulté. Lorsque l'assemblée des créanciers se prononce en faveur du redressement du débiteur, le but de la procédure utilisée est alors de garantir que les bénéfices futurs de l'entreprise seront employés à la satisfaction des créanciers. La nouvelle procédure s'appuyant sur un tel plan d'insolvabilité se substituera à l'actuelle procédure en vertu de laquelle un tel redressement ne peut être obtenu que sur la base du concordat forcé ; celle-ci prévoit à ce niveau une simple suggestion de règlement de la part du débiteur.

A compter du 1er janvier 1999, le plan d'insolvabilité remplacera donc le concordat forcé et ses fondements seront différents de ceux existant actuellement pour le concordat forcé. En effet, le concordat constituait un allègement pour le débiteur honnête. Le plan d'insolvabilité doit permettre, au contraire, une utilisation économiquement plus efficace du patrimoine du débiteur. Par le biais des négociations convenues entre les parties prenantes, ce patrimoine doit être mieux utilisé que par la liquidation.

Aux termes de l'article 218 InsO, le débiteur et l'administrateur de l'insolvabilité ont le droit de proposer au tribunal un plan d'insolvabilité. Le débiteur peut joindre son plan à sa demande d'ouverture de la procédure. L'administrateur de l'insolvabilité peut élaborer un plan de sa propre initiative. Il en ira par exemple ainsi lorsque l'administrateur aura contrôlé les capacités de redressement de l'entreprise en sa qualité d'administrateur provisoire de l'insolvabilité. Il peut aussi attendre que l'assemblée des créanciers le charge, lors de l'audience de rapport, d'élaborer ce plan. Dans ce dernier cas, le comité des créanciers, s'il en a été constitué un, le conseil d'entreprise, le comité représentant des cadres supérieurs et le débiteur lui-même sont consultés.

Le plan d'insolvabilité se divise en deux parties la partie descriptive et la partie dispositive.

- ✓ la partie **descriptive** (*darstellender Teil*) reproduit les mesures économiques prises après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ainsi que les mesures à prendre afin d'assurer les bases de la réalisation projetée des droits des créanciers. Elle doit également contenir toutes informations relatives aux fondements et aux effets du plan et qui s'avèrent nécessaires pour que la décision des créanciers d'accepter le plan et pour que l'homologation judiciaire soient éclairées (art. 220 InsO).
- ✓ la **partie dispositive** (*gestaltender Teil*) décrit la manière dont la situation juridique des créanciers peut être modifiée par le plan. La renonciation par les créanciers à une partie de leur créance ainsi que l'échelonnement d'une autre partie de leur créance devraient devenir des dispositions typiques de cette partie dispositive du plan d'insolvabilité. Il pourra aussi prévoir la diminution ou même la suppression de sûretés.

L'assentiment des créanciers au plan est facilité par la formation de différents groupes de

créanciers, selon leur position et rang dans la procédure et ayant des intérêts économiques identiques (créanciers titulaires d'une sûreté, créanciers de l'insolvabilité d'un rang non inférieur, catégories particulières de créanciers de l'insolvabilité d'un rang ultérieur). Les critères de délimitation de ces groupes doivent figurer dans le plan. Ainsi, pour les créanciers non dotés d'une sûreté, il sera par exemple possible de distinguer selon que les créanciers sont, en même temps, associés de l'entreprise insolvable. Dans ce cas, une cote inférieure pour les créanciers-associés pourrait se justifier par le fait que ces créanciers tirent également un bénéfice du redressement en leur qualité d'associé. Il est aussi envisageable que les fournisseurs et les créanciers détenant des créances fondées sur la responsabilité du fait des produits défectueux forment un groupe particulier de créanciers. Le plan d'insolvabilité est, de ce point de vue, très flexible ; il permet de trouver des solutions adaptées à chaque cas d'espèce.

Le droit allemand actuel souffre du fait que tous les créanciers bénéficiant d'un privilège ou d'une sûreté restent en dehors des remises de dettes et doivent être remboursés intégralement. La nouvelle loi sur l'insolvabilité offre désormais la possibilité de **limiter les droits des créanciers titulaires d'une sûreté, dans le cadre du plan** d'insolvabilité. Les créanciers titulaires d'une sûreté réelle, à l'exception des créanciers bénéficiaires d'un droit de revendication¹⁰, devront, à l'avenir, participer à la procédure en qualité de créancier de l'insolvabilité et participeront au vote relatif au plan d'insolvabilité¹¹.

Chaque groupe de créanciers vote séparément sur le plan. Est décisive la majorité des créanciers du même groupe. Si un seul groupe de créanciers rejette le plan à la majorité, le plan est néanmoins adopté si les créanciers ne sont pas placés, par le plan, dans une position moins favorable que celle dans laquelle ils se trouveraient sans l'existence du plan.

Le plan d'insolvabilité doit être homologué par le tribunal. Cette homologation est automatique dès lors que le débiteur a donné son accord concurremment à la majorité des créanciers et que les dispositions procédurales ont été respectées. Le tribunal soumet ensuite le plan au comité des créanciers, au débiteur (si le plan émane de l'administrateur) ou à l'administrateur (si le plan a été élaboré par le débiteur). Chaque créancier peut obtenir du tribunal que l'homologation judiciaire du plan soit refusée parce que la situation dudit créancier serait plus mauvaise en cas d'application du plan qu'en cas de liquidation. Ce droit subsiste au profit de chacun des créanciers, même si le groupe auquel il appartient a donné son accord au

¹⁰ Sont notamment dotés d'un droit de revendication (*Aussonderungsrecht*), c'est-à-dire du droit de demander la restitution d'un bien, les fournisseurs qui ont vendu sous l'empire d'une clause de réserve de propriété leur sûreté se réalisera, comme avant, en dehors de la procédure.

¹¹ Il s'agit des créanciers titulaires de sûretés tels que le gage, le transfert de propriété sans dépossession à titre de sûreté (*Sicherungsübereignung*) et la cession de créance à titre de garantie. Ces sûretés, autorisées par le droit allemand, sont très fréquemment utilisées en pratique.

plan à la majorité¹²

Les effets juridiques du plan sont régis, dans la nouvelle loi sur l'insolvabilité, par les articles 254 et suivants. Le plan ainsi homologué a force de chose jugée entre les parties, il tient lieu de titre exécutoire (art. 257 al. 1 InsO) et la partie dispositive produit immédiatement ses effets au profit et à l'encontre de tous les intéressés. La clôture de la procédure d'insolvabilité est prononcée par le tribunal dès que le plan a acquis force de chose jugée. A la date d'entrée en vigueur de la clôture, les fonctions de l'administrateur et celles des membres du comité des créanciers prennent fin, le débiteur peut à nouveau disposer librement de ses biens.

Le plan peut prévoir que son exécution sera surveillée pendant une durée maximale de trois ans par l'administrateur de l'insolvabilité (art. 260, 261 et 268 InsO). Pendant cette période de surveillance, l'obtention de crédits de redressement est favorisée. Le plan peut définir le cadre du crédit, ce qui a pour effet de conférer un rang privilégié au prêteur pour le recouvrement de sa créance en cas d'échec du plan de redressement (art. 264 à 266 InsO).

3. La liquidation judiciaire

Si l'assemblée des créanciers décide la liquidation de l'entreprise ou si le plan de redressement échoue avant la clôture de la procédure, la masse de l'insolvabilité est réalisée et le produit réparti par l'administrateur de l'insolvabilité. Les dispositions applicables à la liquidation ne diffèrent guère des dispositions actuellement en vigueur aux termes du droit de la faillite (cf. art. 159 à 161 et 187 à 206 InsO).

Comme en cas de redressement de l'entreprise, c'est donc **l'administrateur de l'insolvabilité** qui a le pouvoir de disposition sur le patrimoine du débiteur, c'est-à-dire sur la masse de l'insolvabilité ; hormis le cas de l'auto-administration, le débiteur n'a plus ce pouvoir. Avec la nouvelle loi sur l'insolvabilité, l'administrateur aura le droit de réaliser les biens mobiliers objets d'un droit de revendication. Le produit de la réalisation doit être remis aux créanciers dotés d'une sûreté. L'administrateur a cependant un droit de rétention d'une partie du produit de la réalisation au profit de la masse de l'insolvabilité, car les créanciers dotés d'une sûreté doivent supporter les frais de la vérification et de la réalisation des sûretés (art. 170 al. 1 et 171 InsO). Le désintéressement des créanciers ne peut commencer qu'après l'audience générale de vérification.

Le produit réalisé avec les biens non grevés de droits de tiers sert à couvrir les frais de la

¹² Aucun créancier n'est, par exemple, tenu de se satisfaire du montant de 10% prévu par le plan s'il est établi qu'il obtiendrait 20 % sans le plan.

procédure et les autres dettes de la masse. Le reste est réparti entre les créanciers. Tous les créanciers de l'insolvabilité obtiennent le même montant. Les privilèges en matière de faillite tels qu'ils résultent du droit actuel sont écartés par le nouveau régime de l'insolvabilité. Les créances salariales, fiscales et autres créances aujourd'hui privilégiées perdront à l'avenir toute prééminence.

Il y a lieu de considérer que dans de nombreux cas d'insolvabilité, la masse ne permettra pas de mener à bien une procédure d'insolvabilité. La nouvelle loi de 1994 s'intéresse davantage que le droit de la faillite actuel aux cas de clôture de **la procédure en raison de la pauvreté de la masse**. La loi sur l'insolvabilité distingue deux cas de clôture la clôture «faute de masse» (art. 207 InsO) et la clôture pour «insuffisance de la masse» (art. 208 à 211 InsO).

- ✓ Le tribunal clôt la procédure **faute de masse** lorsque la masse disponible est si faible qu'elle ne suffit pas à couvrir les frais de procédure, la rémunération de l'administrateur de l'insolvabilité et des membres du comité des créanciers. De ce fait, la procédure est interrompue et seules les liquidités existantes sont distribuées. Les frais de la procédure et les rémunérations sont prises en considération à égalité de rang et proportionnellement. La masse non utilisée est restituée au débiteur car sa réalisation ne peut être confiée à l'administrateur faute de possibilités de rémunération.
- ✓ Si les frais de la procédure sont couverts et si les autres dettes de la masse ne peuvent pas être intégralement satisfaites, il y a **insuffisance de la masse**. En ce cas, la procédure n'est close qu'après réalisation et distribution de l'intégralité de la masse de l'insolvabilité. L'administrateur doit immédiatement déclarer l'insuffisance de la masse au tribunal. Il doit cependant continuer à réaliser la masse et à distribuer le produit de la réalisation selon les modalités suivantes couverture, en premier lieu, des frais de procédure, ensuite, des dettes de la masse nées après la déclaration d'insuffisance de la masse, au troisième rang, couverture des autres dettes de la masse. Le privilège des dettes de la masse permet à l'administrateur de conclure et d'exécuter de nouveaux contrats en dépit de l'insuffisance de la masse, ce qui est impossible en l'état actuel du droit.

Si une personne physique supporte l'entreprise, une phase procédurale particulière peut venir conclure la procédure d'insolvabilité. Son but est la **libération de la personne physique des dettes subsistantes**. Le débiteur doit déposer une demande formelle de libération. La demande peut être formulée lors de la demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité ; elle doit cependant être déposée au plus tard à la date de l'audience de rapport. Le débiteur doit, en outre, déclarer qu'il cède, pour une période de sept années, l'ensemble de ses revenus saisissables à un administrateur fiduciaire à nommer par le tribunal (art. 287 al. 1 et 2 InsO).

Lors de l'audience finale, les créanciers de l'insolvabilité et l'administrateur de l'insolvabilité sont entendus à propos de la demande du débiteur. A la demande d'un seul créancier, le tribunal peut refuser de faire droit à la demande d'exonération du débiteur, à

condition qu'un motif légal de refus rende l'exonération insupportable au créancier. Si aucun motif de refus de l'exonération n'existe, le tribunal désigne l'administrateur fiduciaire auquel sont versés les revenus saisissables du débiteur après la clôture de la procédure d'insolvabilité.

Durant les sept années qui suivent la fin de la procédure d'insolvabilité, le débiteur est tenu d'exercer une activité professionnelle adaptée et de faire état de ses revenus. Si le débiteur exerce une profession libérale, il doit verser à l'administrateur fiduciaire les revenus tirés d'un rapport de travail adapté (art. 295 InsO). Si le débiteur viole ses obligations, l'exonération lui est refusée par le tribunal de l'insolvabilité à la demande d'un seul créancier de l'insolvabilité (art. 296 InsO). Si le débiteur, au contraire, remplit ses obligations, le tribunal prononce l'exonération de dettes au terme de la période de sept années (art. 300 InsO).

C. ORGANISATION JURIDICTIONNELLE DE LA PROCEDURE D'INSOLVABILITE

Hormis la pratique, peu efficace, du concordat extrajudiciaire, l'ouverture et le déroulement de la procédure d'insolvabilité requièrent le recours à une juridiction. Certains auxiliaires de justice sont spécialement compétents pour assurer l'organisation de la procédure et la gestion de l'entreprise en difficulté.

1. Juridiction compétente

La réforme du 5 octobre 1994 n'a pas modifié de manière substantielle les règles de compétence de la juridiction chargée de se prononcer sur le sort des entreprises en difficulté. En Allemagne, aucune juridiction particulière n'a été spécialement créée à cet effet. Aussi, c'est le **tribunal cantonal**¹³, juridiction ordinaire de première instance, qui est, comme par le passé, exclusivement compétent pour ordonner l'ouverture de la procédure (art. 71 KO et art. 3 InsO).

Est seul compétent le tribunal dans le ressort duquel le débiteur a son domicile judiciaire général. Si le débiteur exerce une activité commerciale indépendante en un autre lieu, le tribunal de l'insolvabilité compétent pour ce territoire a une compétence exclusive. En cas d'insolvabilité de SA, de SARL, de sociétés coopératives, de fondations, de sociétés en nom collectif, de sociétés en commandite simple et d'associations de fait sans personnalité civile, le siège social

¹³ *Amtsgericht*. Cette juridiction de première instance statue à juge unique (art. 22 de la loi sur l'organisation judiciaire) et intervient en matière civile et pénale. Le tribunal intervient dans les affaires dans lesquelles la valeur du litige ne dépasse pas 10 000 DM et, indépendamment de la valeur du litige, dans les conflits entre bailleurs et locataires, ou en matière de filiation, de pension alimentaire, de régime matrimoniaux, d'incapacité, de faillite et de concordat (à l'avenir d'insolvabilité), etc.

déterminé par les statuts est déterminant. A défaut d'une telle prévision, le lieu où se réunit le conseil d'administration sert de référence pour déterminer le tribunal de l'insolvabilité qui est compétent. En raison de la compétence matérielle et territoriale exclusive du tribunal cantonal, toute clause attributive de juridiction est nulle.

A l'avenir, un seul tribunal cantonal dans le ressort d'un tribunal régional aura compétence exclusive, en matière d'insolvabilité, pour la circonscription de ce tribunal régional (art. 2 InsO). Le législateur allemand souhaite ainsi que le tribunal compétent dispose des moyens matériels et de la compétence nécessaires. Cette centralisation devrait permettre la spécialisation d'un tribunal en matière de procédures d'insolvabilité et donc l'accélération de leur déroulement. Il convient de remarquer ici que l'actuelle loi sur la faillite autorisait déjà les gouvernements des Länder à attribuer, par décret réglementaire, à un seul tribunal cantonal une compétence territoriale couvrant les ressorts de plusieurs tribunaux cantonaux ; mais il ne s'agissait que d'une mesure facultative (art. 71 al. 2 KO). A l'avenir la centralisation est impérative dans l'ensemble des Länder.

Le risque ici est celui de la surcharge d'affaires et donc de l'encombrement du tribunal cantonal compétent. C'est pourquoi la nouvelle loi accorde aux gouvernements des Länder la possibilité de désigner un autre tribunal cantonal comme tribunal de l'insolvabilité - c'est le droit actuel (art. 71 KO) - ou de modifier l'étendue de sa circonscription ordinaire (art. 2 al. 2 InsO).

Le tribunal cantonal assure les fonctions suivantes :

- ✓ ouverture de la procédure (art. 108 et s. KO et art. 11 et s. InsO),
- ✓ désignation de l'administrateur de l'insolvabilité (art. 78 KO et art. 27 InsO),
- ✓ contrôle de l'activité de l'administrateur de l'insolvabilité, actuel syndic de faillite (art. 83 KO et art. 58 InsO),
- ✓ mise en place du comité des créanciers (art. 87 KO et art. 67 InsO),
- ✓ direction de l'assemblée des créanciers (art. 93 et 94 KO ; art. 76 InsO),
- ✓ clôture de la procédure (art. 163 KO et art. 200 InsO).

Parmi ces diverses missions, il faut souligner que, au sein du tribunal cantonal, le juge (*Richter*) a ou aura toujours une compétence réservée pour :

- ✓ la procédure préalable à la décision sur la demande d'ouverture et cette décision elle-même,
- ✓ la désignation de l'administrateur de l'insolvabilité,

- ✓ le futur plan d'assainissement des dettes (en vertu des articles 305 à 310 de la nouvelle loi qui institue une procédure d'insolvabilité pour les particuliers),
- ✓ certaines décisions qu'il devra prendre à l'avenir dans le cadre d'une demande de remise de dette formulée par le débiteur et lorsqu'un créancier de l'insolvabilité s'oppose à cette remise de dettes (en vertu des article 289 et s. InsO).

Comme par le passé, le juge pourra également se réserver la procédure d'insolvabilité en tout ou en partie s'il l'estime nécessaire. Sinon, il est en droit de déléguer ses fonctions dans la procédure à un auxiliaire de justice, le «**Rechtspfleger** », tout en conservant la possibilité de retirer la procédure à lui, si et dans la mesure où cela est nécessaire compte tenu de l'importance d'une question.

Le «Rechtspfleger» est un organe indépendant qui appartient au service de la justice et est rattaché comme fonctionnaire à un tribunal cantonal ; il bénéficie d'une indépendance personnelle qui subit toutefois des restrictions importantes du fait que, dans certains cas, le «Rechtspfleger» doit soumettre l'acte dont le juge lui a confié la rédaction au contrôle de ce dernier. En effet, le «Rechtspfleger» n'est pas un magistrat mais un fonctionnaire de la juridiction qui se voit confier, par la loi ou par le juge, certaines attributions. Il exécute, au sein du tribunal cantonal, toutes les opérations requises pour le déroulement de la procédure d'insolvabilité et qui ne sont pas de la compétence exclusive du juge (§ 3 al. 2 Rechtspflegergesetz).

On constate que le « Rechtspfleger », inconnu du droit français, accomplit un certain nombre de tâches qui relèvent en France de la compétence tantôt du greffier, tantôt du juge lui-même. Sa compétence cesse en outre là où commence le monopole du juge, c'est-à-dire lorsque sont en cause des décisions graves relevant de l'exercice du pouvoir judiciaire. En Allemagne, l'institution du «Rechtspfleger» est jugée indispensable et extrêmement utile pour décharger le juge de tâches souvent administratives, longues et fastidieuses ; elle ne doit toutefois pas conduire à confier à des non-juges des missions jurisprudentielles. Dans les nouveaux Länder de l'Est, de nombreux postes de «Rechtspfleger» étaient à pourvoir, car la profession n'existait plus en R.D.A. depuis 1952.

La loi du 5 octobre 1994 sur l'insolvabilité introduit une nouvelle disposition à la loi portant statut du «Rechtspfleger» prévoyant que ce fonctionnaire, dans la première année de sa nomination, n'a pas le droit de prendre en charge les affaires d'insolvabilité (art. 181V RPflG¹⁴).

¹⁴ Introduit par l'art. 14 n^o 5 de la loi d'introduction de la loi d'insolvabilité (EGInsO).

2. Les auxiliaires de la procédure d'insolvabilité

a) *L'administrateur provisoire de l'insolvabilité*

La nouvelle loi de 1994 a prévu la possibilité de désigner un administrateur provisoire chargé de l'administration du patrimoine du débiteur avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité (art. 21 al. 2 n^o 2 et art. 22 InsO). Cette mesure met fin à l'actuelle incertitude juridique née de l'absence de fondements légaux à l'utilisation de la séquestration dans le cadre de la procédure de faillite et de la procédure d'exécution forcée générale.

Comme l'administrateur définitif, l'administrateur de l'insolvabilité est une personne physique, nommée par le tribunal de l'insolvabilité et qui reste sous le contrôle de ce dernier (art. 58 InsO). Il peut être destitué pour motif grave (art. 59 InsO). Il est responsable de tout manquement à ses obligations (art. 60 InsO) ainsi que de l'inexécution des obligations de la masse (art. 61 InsO). Le droit à des dommages et intérêts à l'encontre de l'administrateur provisoire de l'insolvabilité se prescrivent après trois années. La rémunération de l'administrateur provisoire se règle sur les dispositions applicables à l'administrateur définitif. Si, pour des motifs réels ou juridiques, l'administrateur provisoire ne peut pas remplir sa mission, un «administrateur spécial de l'insolvabilité» pourra être désigné.

L'article 22 InsO distingue les pouvoirs de l'administrateur provisoire selon que le débiteur a été frappé ou non d'une interdiction générale de disposer.

Dans le premier cas l'administrateur provisoire seul a le pouvoir d'administration et de disposition des biens appartenant à la masse d'actif. Il est alors obligé de sauvegarder le patrimoine de débiteur, de gérer la ou les entreprises du débiteur jusqu'à la décision d'ouverture de la procédure et de vérifier si le patrimoine du débiteur est suffisant pour couvrir les coûts de la procédure¹⁵. Par ailleurs, le tribunal peut lui demander d'examiner les chances de succès d'un redressement (art. 22 al. 1 InsO). Le juge a ainsi la possibilité de retarder l'ouverture de la procédure jusqu'à la conclusion de cet examen, même si les conditions d'ouverture de la procédure sont déjà préalablement établies. Il est ainsi indirectement possible, dans la pratique, de prolonger la période précédant l'ouverture de la procédure pour laquelle une indemnité de mise à pied pour cause d'insolvabilité est versée.

¹⁵ Dans la mesure où il est chargé de garantir et de maintenir le patrimoine du débiteur, l'administrateur provisoire remplit le même rôle que le séquestre. En revanche, sous l'empire du droit actuel, le séquestre ne peut ni administrer ni disposer des biens du débiteur failli ; seules les mesures de sauvegarde pour la conservation des biens de la masse lui sont autorisées. En outre, l'administrateur provisoire pourra reprendre des instances en cours (art. 85 et 86 InsO) alors que l'actuel séquestre ne le peut pas.

Lorsque les pouvoirs de disposition du débiteur ne sont pas restreints, le tribunal doit préciser le contenu des tâches de l'administrateur provisoire afin qu'elles n'empiètent pas sur les fonctions de l'administrateur de l'insolvabilité.

Si les chances de parvenir à un redressement de l'entreprise sont bonnes, des liquidités supplémentaires peuvent être réunies avant l'ouverture de la procédure par le biais d'un préfinancement de l'indemnité de mise à pied pour cause d'insolvabilité, avec l'accord de l'administration du travail.

Avant de quitter ses fonctions, l'administrateur provisoire doit rendre des comptes à l'assemblée des créanciers.

b) L'administrateur de l'insolvabilité

La nouvelle loi sur l'insolvabilité renomme l'actuel syndic de faillite en «administrateur de l'insolvabilité ». Ses attributions sont sensiblement identiques. Il est le représentant du débiteur failli et agit en toute impartialité. Il sera, en principe, nommé lors de l'ouverture de la procédure.

Statut juridique

L'administrateur de l'insolvabilité doit être une **personne physique**, particulièrement informée de l'affaire et indépendante des créanciers et du débiteur. Sont ainsi qualifiées pour cette fonction des personnes tels que les avocats, les commerçants, les experts-comptables, les conseillers fiscaux, dans la mesure où ils ont suffisamment d'expérience concernant les multiples missions d'un administrateur de l'insolvabilité (en pratique, les administrateurs sont le plus souvent des avocats). Si la présomption et la crainte d'une certaine partialité de l'administrateur semble exister lorsque celui-ci est recommandé par les principaux créanciers, il faut surtout analyser leur démarche comme une volonté de garantir une liquidation équitable et qualifiée. C'est pourquoi le juge de l'insolvabilité ne donne suite à ces recommandations que lorsqu'aucun doute ne subsiste sur l'indépendance de l'éventuel administrateur.

En vertu de l'article 57 InsO, l'administrateur de l'insolvabilité est désigné par le tribunal de l'insolvabilité. Il reçoit un document justificatif de sa désignation (art. 56 InsO). L'administrateur ainsi nommé peut, comme par le passé, être démis de sa fonction par un vote de la première assemblée des créanciers qui a le pouvoir d'élire une autre personne ; celle-ci ne pourra être refusée par le tribunal que si elle n'est pas qualifiée pour prendre en charge cette fonction (art. 57 InsO). Le tribunal ne saurait ici refuser sous le seul prétexte qu'il a déjà lui-même proposé une autre personne, ou encore pour des considérations d'opportunité (par exemple, l'administrateur qu'il a désigné a déjà commencé à travailler et la nomination d'une

autre personne risquerait de retarder la procédure et d'augmenter les frais ; de tels inconvénients sont les conséquences nécessaires des dispositions de l'article 57 phr. InsO). Contre la décision de refus du tribunal, les créanciers de l'insolvabilité sont les seuls à pouvoir exercer un pourvoi immédiat (ni le débiteur ni l'administrateur proposé par les créanciers ne disposent de cette voie de recours).

Le nom de l'administrateur de l'insolvabilité n'est annoncé qu'après la déclaration officielle d'ouverture de la procédure d'insolvabilité. L'administrateur de l'insolvabilité sera placé sous le **contrôle du tribunal cantonal** et, comme sous l'empire de la pratique actuelle, sera tenu de fournir à tout moment des renseignements particuliers ou un rapport sur la situation actuelle et la gestion du patrimoine du débiteur failli (art. 58 InsO)¹⁶. Le comité des créanciers conserve lui aussi son pouvoir de contrôle sur les actes de gestion et d'administration de l'administrateur et peut exiger un compte rendu d'activité.

Si l'administrateur ne remplit pas ses obligations, l'art. 58 al. 2 InsO prévoit la possibilité pour le tribunal, après un avertissement préalable, de lui infliger une amende. Selon le droit aujourd'hui applicable, l'administrateur de la faillite ne peut être relevé d'office de ses fonctions après la première assemblée des créanciers que sur demande du comité des créanciers ou de l'assemblée des créanciers (art. 84 al. 2 KO). Avant cette date, c'est-à-dire jusqu'à la première réunion des créanciers, il peut être relevé d'office par le tribunal. A l'avenir, l'article 59 InsO admet la possibilité de destituer l'administrateur pour un motif grave, soit d'office, soit sur demande de l'administrateur, du comité des créanciers ou de l'assemblée des créanciers. Il s'agit ainsi de garantir la destitution immédiate afin d'empêcher toute opposition des créanciers privilégiés qui souhaiteraient conserver l'administrateur pour leurs intérêts personnels. Contre la décision de destitution, l'administrateur a le droit d'exercer un pourvoi immédiat.

La nouvelle loi détaille de manière plus précise les règles relatives à la **responsabilité** de l'administrateur de l'insolvabilité. Ces règles reprennent, pour l'essentiel, les solutions données par la jurisprudence de la Cour fédérale allemande sur la responsabilité de l'actuel syndic de faillite l'administrateur est responsable de toutes les fautes commises lors de l'exécution de ses obligations à l'encontre de tout intéressé (art. 82 KO et art. 60 InsO)¹⁷ Les intéressés sont ici le débiteur, les créanciers de l'insolvabilité, les créanciers de la masse ainsi que les créanciers titulaires d'un droit de revendication. Il est également responsable des fautes commises par les

¹⁶ BGH, 12 juillet 1967, III ZR 41/64, WM 1965, p. 1158.

¹⁷ Cf. aussi la jurisprudence BGH, 4 décembre 1986, IX ZR 47/86, ZIP 1987, p. 115 ; BGH du 14 avril 1987, IX ZR 260/86, WM 1987, p. 685 ; BGH du 12 octobre 1989, IX ZR 245/88, ZIP 1989, p. 1548. On peut relever comme manquement à ses devoirs, le manquement à l'obligation de rendre compte ou de fournir des renseignements, la production d'un rapport défectueux, l'omission de tenir un livre-journal fiscal, la diminution de la masse, le règlement anticipé des nouvelles dettes de la masse, la continuation d'une entreprise dont l'administrateur savait qu'il ne pourrait pas rembourser les dettes compte tenu de la masse disponible, le non paiement des cotisations dues au titre des assurances sociales et nées de la continuation de l'entreprise, etc.

salariés du débiteur qu'il charge de l'exécution de ses obligations. L'administrateur est plus particulièrement responsable des dettes qu'il fait naître à la charge du patrimoine du débiteur¹⁸. Si de telles dettes ne peuvent être éteintes faute de masse suffisante, l'administrateur est personnellement responsable à l'encontre des créanciers de la masse. Cette responsabilité ne disparaît que si l'administrateur ne pouvait pas prévoir, lors de la naissance de la dette, que la masse serait insuffisante. Il doit alors apporter la preuve de son ignorance (art. 61 InsO). Les prétentions à l'encontre de l'administrateur font l'objet d'une prescription triennale à compter du moment où la personne lésée a connaissance du manquement, la prescription étant acquise au plus tard trois ans après la fin de la procédure (art. 62 InsO)¹⁹.

L'administrateur de l'insolvabilité a droit à une rémunération pour la gestion des affaires et les remboursements des frais et son taux est calculé d'après la valeur de la masse de l'insolvabilité au moment de la fin de la procédure d'insolvabilité. Comme par le passé, c'est le tribunal cantonal qui fixe cette rémunération ainsi que le montant des dépenses à rembourser (art. 85 KO et art. 63 InsO). Il semble qu'à l'avenir la rémunération de l'administrateur sera largement conforme à celle versée, dans la pratique, aux administrateurs de la faillite, avec toutefois des limitations importantes aux niveaux les plus élevés.

Fonctions

L'administrateur de l'insolvabilité gère, administre, exploite le patrimoine du débiteur et le répartit entre les créanciers. S'agissant des contrats synallagmatiques, il a un droit d'option entre l'exécution ou le refus d'exécution de ces contrats (art. 103 InsO). Il peut contester les actes juridiques passés avant l'ouverture de la procédure et qui portent préjudice aux créanciers de l'insolvabilité (art. 129 et s. InsO). Comme par le passé, c'est après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité que l'administrateur prend immédiatement en sa possession et administre les biens de la masse (art. 148 InsO). Conformément à l'article 160 InsO, il doit attendre l'autorisation du comité des créanciers pour procéder à tout acte juridique particulièrement important pour la procédure.

L'audience de rapport, nouvellement introduite par la loi de 1994, servira de base à la discussion sur les chances de poursuivre ou non la procédure (art. 156 InsO). Cette obligation pour l'administrateur de rédiger un rapport est issue de la nouvelle procédure unique d'insolvabilité. Il s'agit d'une analyse de la situation économique du débiteur, de ses causes, des possibilités d'un assainissement de son entreprise ainsi que des répercussions sur le règlement

¹⁸ La nouvelle loi sur l'insolvabilité consacre ici aussi la jurisprudence constante de la Cour fédérale de justice allemande (BGH), fondée sur l'interprétation de l'article 82 KO et relative à la responsabilité du syndic de faillite en cas d'inexécution des obligations de la masse.

¹⁹ Sur ce point également, l'actuelle loi sur la faillite n'avait pas prévu de délai de prescription ; toutefois la pratique dominante qualifie déjà la responsabilité du syndic comme une responsabilité délictuelle, soumise à la prescription du droit commun qui est de trois ans (art. 852 C. civ.).

des créanciers. L'administrateur, le conseil d'entreprise et le comité des porte-parole des cadres doivent être entendus à cette audience.

Dans le cadre de la future procédure s'appuyant sur un plan d'insolvabilité, l'administrateur occupera une place plus importante que celle initialement prévue par le projet de loi. A l'inverse de ce projet initial, seul l'administrateur et le débiteur auront le droit de présenter un tel plan (et non pas le comité des créanciers).

Avant de quitter ses fonctions, l'administrateur de l'insolvabilité doit rendre des comptes à l'assemblée des créanciers, sous forme d'un rapport le plus complet et le plus précis possible sur l'activité qu'il a déployée pour administrer et exploiter la masse (art. 66 InsO). Si ce rapport n'est pas suffisant, le tribunal de l'insolvabilité pourra intervenir pour obtenir des précisions. Sur ce compte-rendu, le comité des créanciers doit prendre position avant un certain délai fixé par le tribunal.

Les fonctions de l'administrateur de l'insolvabilité prennent fin soit avec la clôture de la procédure, soit en cas de destitution, de non-réélection ou de décès.

c) L'administrateur des biens

Le nouveau régime de l'insolvabilité, par opposition au régime actuel de la faillite, prévoit qu'il est possible, à titre exceptionnel, de renoncer à la nomination de l'administrateur de l'insolvabilité. En ce cas, le débiteur garde le droit de disposer de son patrimoine, mais il est placé sous la surveillance d'un «**administrateur des biens**»²⁰ (cf. art. 270 à 285 InsO relatifs à l'administration de son patrimoine par le débiteur lui-même). Le tribunal ne renoncera à nommer un administrateur de l'insolvabilité que si aucune atteinte aux intérêts des créanciers n'est à craindre²¹, si le débiteur a un comportement correct et bénéficie de la confiance des créanciers et s'il a fait lui-même cette demande d'une auto-administration de la masse de l'insolvabilité. Si les conditions sont réunies, une telle formule est intéressante pour les créanciers (banques) dotés d'un droit de revendication: l'inscription au livre foncier et au registre des véhicules maritimes et aériens est ainsi évitée et les créanciers économisent 4 % des frais de constatation (art. 282 al. 1, en lien avec l'art. 171 al. 1 InsO).

Les droits et les obligations de «l'administrateur des biens» correspondent, pour l'essentiel, aux droits et obligations de l'administrateur du concordat tels qu'ils résultent du régime actuel du concordat. Le tribunal peut exiger que le débiteur obtienne le consentement de

²⁰ *Sachverwalter*.

²¹ Il suffira cependant que la procédure soit retardée pour qu'il y ait violation de ces intérêts.

«l'administrateur des biens» avant la réalisation de certaines opérations. Par de telles dispositions, le statut juridique de «l'administrateur des biens» se rapproche du statut juridique de l'administrateur de l'insolvabilité.

D. APPRECIATION DU SYSTEME

A défaut de toute pratique, la loi sur l'insolvabilité n'entrant en vigueur qu'au 1er janvier 1999, il est difficile d'apprécier de manière définitive les conséquences de l'introduction de la loi sur l'insolvabilité. Il convient de souligner que l'adoption de la loi a été unanime au Bundestag, même si quelques votes dissidents ont été émis sur certaines questions particulières. Toutefois, les Länder ont soulevé de vives objections à l'encontre de la date d'entrée en vigueur de cette loi et réclament une prolongation de trois ans — ce qui porterait cette date au 1er janvier 2002 — en raison des difficultés budgétaires liées à la mise en place d'un personnel judiciaire suffisant.

En ce qui concerne les tribunaux en effet, la réforme nécessite des modifications importantes sur le plan de l'organisation judiciaire afin d'assurer la formation et la mise à disposition d'experts spécialisés en matière de procédure d'insolvabilité (juges, «Rechtspfleger», employés au greffe du tribunal). C'est pour cette raison notamment que le délai d'entrée en vigueur de la loi est inhabituellement long (4 ans), les administrations de la justice devant se préparer à leur nouvelle tâche hautement spécialisée. Mais ce délai est jugé trop court compte tenu des frais à engager pour palier au manque de personnel et pour instituer les procédures nouvelles tel le plan d'insolvabilité ou la procédure de surendettement des particuliers. Ainsi, le Ministère de la Justice de Basse-Saxe a pu évaluer le besoin en personnel pour son Land à 42 juges, 105 «Rechtspfleger» et 170 employés pour les services annexes, soit un coût de 22 Millions de DM²². En outre, la disposition en vertu de laquelle les «Rechtspfleger» ne pourront régler aucune affaire d'insolvabilité dans l'année de leur nomination (art. 18 IV RPfIG) retardera le traitement des dossiers d'insolvabilité, d'autant plus qu'ils occupent désormais un rôle prépondérant dans la procédure d'insolvabilité des particuliers. C'est pourquoi les gouvernements des Länder proposent d'élargir les possibilités de recours au règlement extrajudiciaire des cas d'insolvabilité.

Quoiqu'il en soit, l'urgence de la réforme du droit des procédures collectives en Allemagne semble être la priorité du Bundestag qui n'envisage pas, à l'heure actuelle, de retarder l'entrée en vigueur de la loi sur l'insolvabilité.

Sur le fond, l'oeuvre législative appelle une appréciation positive ; quelques dispositions ne semblent toutefois guère appropriées et adaptées aux données de la pratique.

²² Chiffres cités par Hans-Ulrich Heyer, magistrat au tribunal cantonal de Westerstede, NJW 1997, p. 2803.

Il apparaissait manifestement opportun, depuis la réunification allemande, d'adopter une procédure unique pour le redressement ou la liquidation des entreprises en difficulté. D'un point de vue plus technique, il faut approuver les dispositions légales visant à renforcer l'influence des créanciers dans la procédure d'insolvabilité, en particulier au niveau du plan d'insolvabilité. Le plan apparaît comme un instrument souple. La modification des règles de majorité pour les prises de décision des créanciers, règles qui deviennent moins sévères, devrait faciliter le redressement de l'entreprise en difficulté. La disparition des privilèges et la satisfaction de tous les créanciers à égalité de rang mérite d'être saluée. En effet, la priorité donnée jusqu'ici à certains groupes de créanciers (salariés, administration fiscale) au détriment d'autres groupes de créanciers (les fournisseurs par exemple) n'était guère justifiable. Il est probable également que la priorité accordée aux obligations de la masse en cas d'insuffisance de masse permettra à l'administrateur de conclure et d'exécuter de nouveaux contrats. On peut souligner enfin les aspects positifs de la possibilité donnée au débiteur de demander l'ouverture de la procédure d'insolvabilité en cas de simple menace d'insolvabilité. L'avenir dira si les demandes en insolvabilité doivent être déposées plus tôt, le surendettement intervenant plus vite.

Il faut s'attendre à ce que les créanciers principaux et plus particulièrement les banques et les fournisseurs augmentent le volume de leurs sûretés, propriétés constituées à titre de sûretés et cessions à titre de garantie, afin de s'adapter au nouveau système de contribution aux coûts de la vente par l'administrateur (notamment afin de compenser les frais liés à la vérification - 4 % - et à la réalisation - 5 % - qui naîtront dans le cadre de la procédure d'insolvabilité). L'actif disponible s'en trouvera réduit. Une enquête effectuée à l'Université de Regensburg a démontré qu'environ 60 % des contrats de crédits garantis par des sûretés mobilières seraient à réévaluer²³. A cet égard, la période de transition (de 1994 à 1999) doit permettre une adaptation graduelle de la pratique.

L'effort du législateur d'augmenter le volume de la masse par augmentation de la participation aux frais de vérification et de réalisation doit aussi être approuvé. D'un autre côté, il est à craindre que la masse soit grevée d'important frais d'expertise sur le fondement du nouveau droit il faut partir du principe que les tribunaux de l'insolvabilité feront face à l'obligation de contrôle du compte-rendu de l'administrateur (art. 66 al. 2 InsO) par la transmission du contrôle à un expert indépendant, afin d'échapper à tout recours des créanciers.

La décision du législateur allemand de ne pas renoncer à l'application de l'article 613a BGB en cas de cession dans le cadre de la procédure d'insolvabilité est regrettable. Elle ignore le but que le législateur s'était fixé, à savoir: favoriser la continuation de l'entreprise. En effet, si la reprise de l'entreprise échoue, celle-ci sera généralement liquidée, ce qui entraînera la perte de

²³ Drukarczyk, *in* Wertpapiermitteilungen 1992, p. 1136.

tous les emplois. Bien que la pratique allemande ait toujours attiré l'attention du législateur sur cette conséquence, ce dernier a donc refusé de faire face à la réalité.

Procédures de faillite ouvertes en Allemagne²⁴

(Tableaux)

L'Office fédéral allemand de la statistique ne fournit aucun chiffre sur le nombre de cessations ou de redressement de ces entreprises à l'encontre desquelles une procédure de faillite a été ouverte.

La tendance amorcée en 1996 d'une diminution des ouvertures de procédures de faillite semble se confirmer pour le premier semestre 1998.

D'après les estimations des tribunaux, le montant global des créances enregistrées s'élève à environ 43 millions DM pour l'année 1997 (contre 43 millions DM pour l'année 1996 et 33 millions DM pour l'année 1995).

Les secteurs les plus touchés par les faillites d'entreprises sont l'industrie du bâtiment et de l'hôtellerie alors que les activités de transformations et les activités commerciales sont les moins touchées par les difficultés d'entreprises.

²⁴ Statistiques communiquées par l'Office fédéral allemand de la statistique (Statistisches Bundesamt), *in* Mitteilung für die Presse, 5 mars 1998 et 3 septembre 1998.