

## 21 La directive sur les cadres de restructuration préventifs vue par les praticiens allemands <sup>1</sup>

Dr. ROBERT HÄNEL,

Rechtsanwalt – Avocat, spécialiste restructuring, cabinet ANCHOR

### 1. Vue d'ensemble de la procédure d'insolvabilité et des officiers publics dans la procédure d'insolvabilité —

1 - Le droit allemand de l'insolvabilité se caractérise par le fait qu'il ne connaît aucune distinction entre la procédure de restructuration et de liquidation, mais uniquement une procédure d'insolvabilité uniforme et flexible visant à satisfaire les créanciers de manière uniforme et optimale. Ce but peut être atteint par le redressement de l'entité insolvable ou du fonds de commerce uniquement (par la vente en bloc des biens nécessaires à la poursuite de l'activité) ou par la réalisation de l'actif par le biais de ventes isolées desdits biens. Dans la mesure où il existe des alternatives équivalentes en pratique, la décision quant au redressement ou la liquidation est prise au cours de la procédure et doit, si les circonstances le permettent, être réservée aux créanciers, à savoir à l'assemblée des créanciers ou au comité des créanciers si un tel comité a été constitué. Un plan d'insolvabilité permet de dévier de la procédure standard à différents égards, par exemple – mais pas uniquement – afin de conserver l'entité insolvable.

2 - Dans le cas d'une activité commerciale en cours, le tribunal statuant en matière d'insolvabilité ordonne, en règle générale (très vite) une procédure d'insolvabilité provisoire et désigne un administrateur judiciaire provisoire. Ceci doit sauvegarder le *statu quo* et permettre la poursuite de l'activité commerciale jusqu'à la décision à intervenir sur l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. À ce stade, les mesures de sauvegarde comprennent une interdiction des procédures d'exécution et des restrictions au droit de disposer de ses biens pour le débiteur allant jusqu'au transfert du droit de disposer à l'administrateur judiciaire provisoire. La durée de la procédure d'insolvabilité provisoire ne fait l'objet d'aucune disposition légale, mais est déterminée, de fait, par la période durant laquelle les frais de main-d'œuvre sont couverts par « l'indemnité d'insolvabilité », prise en charge par l'office fédéral du travail. Cette période est de 3 mois et commence à courir à compter de la décision sur le dépôt de bilan.

3 - Sous certaines conditions, le débiteur peut, sur demande, gérer lui-même la procédure d'insolvabilité provisoire comme la procédure d'insolvabilité ouverte, c'est-à-dire que le débiteur

conserve essentiellement son droit intégral de disposer de ses biens et se charge lui-même des missions incombant sinon à l'administrateur judiciaire (provisoire). Il est possible de basculer à tout moment de l'auto-administration à l'administration standard, notamment sur décision de l'assemblée des créanciers. En cas d'auto-administration (provisoire), le tribunal constitue, en lieu et place de l'administrateur judiciaire (provisoire), un syndic (provisoire) chargé essentiellement du contrôle, mais dont la mission consiste, entre autres, également à exercer des droits de contestation de certains actes et à engager des actions en responsabilité.

4 - À ce jour, il n'existe aucune réglementation professionnelle obligatoire détaillée pour les administrateurs judiciaires ou syndics au règlement judiciaire. Il n'y a notamment aucune certification ou condition d'agrément comparable. À l'article 56 de l'InsO (Code de l'insolvabilité allemand), la loi ne prévoit, essentiellement, que l'obligation pour l'administrateur d'être une personne physique indépendante du débiteur et des créanciers, ayant notamment des connaissances et la qualification en la matière. La désignation effective incombe aux tribunaux, les propositions faites par les débiteurs ou les créanciers devant être prises en compte sous certaines conditions. L'association des administrateurs judiciaires allemands, VID (*Verband Insolvenzverwalter Deutschlands e.V.*), en tant que regroupement volontaire d'administrateurs judiciaires régulièrement constitué a établi des règles – « *best practice* » – les obligeant, toutefois à titre volontaire exclusivement. De plus, les membres du VID sont soumis à une procédure de certification à titre régulier.

5 - Ce sont les dispositions légales sur la responsabilité figurant aux articles 60, 61 de l'InsO, selon lesquelles l'administrateur répond personnellement de toute violation fautive de ses obligations spécifiques en matière d'insolvabilité et, le cas échéant, même des dettes de la masse, qui constituent un mécanisme de contrôle de l'activité de l'administrateur judiciaire (provisoire).

6 - C'est tout au moins dans les procédures majeures en auto-administration que s'est établie la pratique qui veut que les associés de l'entreprise débitrice s'adjoignent d'un praticien de l'insolvabilité pour la direction de l'entreprise ou le constituent fondé de pouvoir pour permettre à l'entreprise débitrice de s'acquitter de ses missions spécifiques à l'insolvabilité dans les règles. Selon une décision de la cour fédérale<sup>2</sup>, les dirigeants de la société débitrice qui gèrent l'entreprise en auto-administration encourent les mêmes responsabilités qu'un administrateur judiciaire.

7 - Dans les procédures majeures, il est d'usage que l'administrateur judiciaire et les membres du comité des créanciers

1. Intervention aux premières « Rencontres de l'Europe » organisées le 20 mars 2019 par le Conseil national des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires, sur « La directive du Parlement européen et du Conseil du 22 novembre 2016 relative aux cadres de restructuration préventifs et à la seconde chance », sous le Haut Patronage de Nicole Belloubet, garde des Sceaux, ministre de la Justice. Le Dr. Robert Hänel remercie la rédaction pour son aide dans la mise en forme de l'article.

2. BGH, 26 avr. 2018, n° IX ZR 238/17.

contractent une assurance responsabilité civile séparée. Selon des informations non officielles en provenance des milieux des assurances, seuls ceux des directeurs généraux travaillant régulièrement comme administrateurs judiciaires en auto-administration se voient accorder une telle assurance. Lorsqu'un praticien de l'insolvabilité est délégué à la direction de l'entreprise, il sera éventuellement possible d'obtenir une co-assurance également pour les autres dirigeants mais ce sera uniquement moyennant un surcoût important.

## 2. Conséquences de la directive sur la profession

8 - Dans ses considérants 40 et 40a ainsi que dans ses articles 26 et 27, la directive indique aux États membres des mesures à prendre afin de garantir que les officiers publics disposent d'une formation appropriée et d'une qualification suffisante pour les procédures d'insolvabilité et de restructuration. Les États membres sont tenus de mettre en place des systèmes de désignation en toute transparence, des normes pour l'exercice de la profession et des mécanismes réglementaires de contrôle des professionnels ainsi que des règles de rémunération adéquates et des obligations relatives à l'existence d'une couverture d'assurance suffisante.

9 - Étant donné les pratiques en partie très diverses des tribunaux allemands statuant en matière d'insolvabilité en ce qui concerne la désignation d'administrateurs judiciaires, le contrôle et la rémunération, la VID réclame depuis 2009 déjà l'adoption d'un régime obligatoire pour les administrateurs judiciaires qui permettrait de satisfaire aux exigences de la directive. Les réflexions englobent aussi la création d'un ordre professionnel (à l'instar des avocats et des notaires) afin de conserver la maîtrise des mécanismes de contrôle et des sanctions. Or, ces efforts sont très contestés ; nombreux sont les administrateurs judiciaires qui craignent une bureaucratisation accrue de leur profession et les coûts supplémentaires entraînés par la création d'un ordre professionnel. À la lumière de la directive, le gouvernement allemand en place a alors intégré dans l'accord de coalition le projet de créer une réglementation professionnelle pour les administrateurs judiciaires. On s'attend à ce que le projet soit mis en œuvre en même temps que la directive, au cours de la législature actuelle. Ceci changera profondément le cadre légal pour les administrateurs judiciaires en Allemagne.

## 3. Le rôle du praticien selon la directive

10 - Abstraction faite de la codification probable d'une réglementation professionnelle, les missions et les règles prévues pour le « praticien dans le domaine des restructurations » ne comportent aucune nouveauté importante pour les praticiens allemands.

Les qualités requises des professionnels telles qu'elles sont décrites aux articles 26 et 27, les mécanismes de contrôle et de responsabilité ainsi que les règles de « *best practice* » pour l'exercice de la profession répondent déjà aux pratiques en cours chez les administrateurs judiciaires allemands – au moins pour ceux membres de la VID. Ceci vaut également pour une couverture d'assurance suffisante<sup>3</sup>.

Les missions prévues au considérant 18a et à l'article 2 (15) – notamment le contrôle et l'assistance du débiteur et potentiellement la prise en charge (partielle) de la gestion – ainsi que la

sauvegarde des intérêts des parties<sup>4</sup>, la vérification et les commentaires quant au plan<sup>5</sup> correspondent aux missions incombant d'ores et déjà à un administrateur judiciaire (provisoire) ou syndic dans le cadre des procédures d'insolvabilité allemandes. Seul le contrôle préalable de prêts-relais et autres transactions en vertu du considérant 31a seraient des aspects nouveaux pour les praticiens allemands.

## 4. Instruments futurs de restructuration en Allemagne

11 - Avec la mise en œuvre de la directive, l'instrument allemand destiné à surmonter les crises sera désormais enrichi d'un élément. À l'avenir aussi, les efforts de restructuration débiteront alors, en règle générale, par des négociations extrajudiciaires. En cas d'échec sans que l'entreprise débitrice soit déjà matériellement insolvable, il sera possible de mettre en œuvre les instruments prévus à la directive, notamment le moratoire, la sauvegarde de crédit-relais et les nouveaux financements ainsi que la mise en minorité de créanciers dissidents via un *cross class cram down* lors de la validation judiciaire du plan de restructuration. Les avantages par rapport à la procédure d'insolvabilité allemande résident dans l'aspect psychologique puisque l'on évite le stigmate d'une procédure d'insolvabilité ainsi que dans la faculté de restreindre la procédure à un groupe de créanciers limité. En cas d'insuffisance des options offertes par la directive, on peut recourir aux instruments de restructuration déjà existants et qui subsistent, qui vont plus loin dans de nombreux aspects dans le cadre d'une insolvabilité. Or, dans un tel cas, l'intégration de tous les créanciers est inévitable.

12 - Le législateur allemand chargera des missions judiciaires prévues à la directive probablement certains tribunaux statuant en matière d'insolvabilité qui porteront, pour des raisons psychologiques, une autre désignation.

13 - À l'avenir, les mêmes praticiens continueront à être désignés administrateurs judiciaires (provisoires) et syndics dans des procédures d'insolvabilité et il faut s'attendre à ce que les missions attribuées par la directive au « praticien dans le domaine de restructurations » soient également attribuées aux praticiens travaillant d'habitude comme administrateurs judiciaires. En effet, ce sont eux qui disposent de la qualification nécessaire et les tribunaux désigneront utilement des personnes en qui ils ont confiance.

14 - De plus, les praticiens en matière d'insolvabilité continueront à assumer des postes de management dans les procédures d'insolvabilité majeures gérées en auto-administration et le fait pour les grandes entreprises de faire appel, même pour gérer une simple restructuration, à des praticiens de l'insolvabilité en utilisant les outils mis à leur disposition par la directive est de nature à améliorer la confiance du tribunal et du praticien de la restructuration et permet de s'assurer de l'existence d'une couverture d'assurance adéquate. Les praticiens de l'insolvabilité disposent du savoir-faire et de l'expérience requise pour la procédure du plan qui correspond largement à la procédure allemande en la matière.

15 - Dans la gamme des champs d'activités futures des praticiens dans le domaine de l'insolvabilité, le rôle du praticien dans le domaine des restructurations représentera, selon la directive, la mission la moins intéressante car parmi les officiers publics judiciaires, c'est lui qui assume le rôle le plus passif, ce qui devrait également se traduire par la rémunération à attendre. Qui

3. Cons. 40.

4. Cons. 18a.

5. Art. 8, 1, g. – Ou son établissement art. 9, 01.

plus est, il est improbable qu'il puisse être désigné administrateur judiciaire dans une éventuelle procédure d'insolvabilité ultérieure, ceci en raison d'un possible conflit d'intérêts. ■

**Mots-Clés :** Directive relative aux cadres de restructuration préventifs - Praticiens de l'insolvabilité - Statut et rôle  
Praticiens de l'insolvabilité - Droit européen - Droit allemand

## 22 Approche de droit européen de la convergence des statuts des praticiens de l'insolvabilité au sein de l'Union européenne<sup>1</sup>

Emmanuelle INACIO,

université du littoral Côte d'Opale,  
membre du LARJ (Laboratoire de Recherche Juridique) EA 3603

1 - La convergence des statuts des principales personnes chargées d'appliquer le droit de l'insolvabilité à travers l'Union européenne (UE) – les praticiens de l'insolvabilité, pour reprendre la terminologie européenne – a longtemps posé la question de savoir si l'harmonisation des statuts de ces praticiens au niveau de l'UE était nécessaire et réalisable.

Si la question de la convergence des droits nationaux relatifs à l'insolvabilité a été abondamment traitée, celle des statuts des praticiens de l'insolvabilité a longtemps été considérée comme inutile et fait l'objet de peu de développements<sup>2</sup>.

Pourtant, en matière d'insolvabilité, les praticiens de l'insolvabilité sont les acteurs les plus importants de quasiment toutes les procédures d'insolvabilité au sein de l'UE. En effet, en pratique, une procédure d'insolvabilité réussie dépend essentiellement de l'intervention d'un praticien qualifié et expérimenté<sup>3</sup>. Comme l'a déclaré le professeur Américain Jay Westbrook, dans le domaine de l'insolvabilité, l'intégrité et l'expérience de cet acteur est au cœur du fonctionnement du système d'insolvabilité<sup>4</sup>.

Par ailleurs, les praticiens de l'insolvabilité ont des rôles non seulement fondés ou limités par leur droit national mais également par les dispositions du droit européen de l'insolvabilité.

2 - Dès lors que le droit des difficultés des entreprises devient européen, on ne peut plus envisager le statut des praticiens chargés de l'appliquer dans un cadre exclusivement national<sup>5</sup>. Partant, la convergence des statuts des praticiens de l'insolvabilité est progressivement apparue nécessaire à la mise en œuvre du droit européen de l'insolvabilité (1) avant qu'elle ne soit récemment consacrée par le législateur européen (2).

### 1. La nécessaire convergence des statuts des praticiens de l'insolvabilité au sein de l'Union européenne

3 - La question de la nécessaire convergence des statuts des praticiens de l'insolvabilité au sein de l'UE s'est tout d'abord posée à la suite de l'adoption du règlement européen n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité<sup>6</sup> (A) remplacé par le règlement n° 2015/848 depuis le 26 juin 2017<sup>7</sup> (B).

#### A. - La nécessaire convergence des statuts des praticiens de l'insolvabilité pour la mise en œuvre du règlement européen du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité

4 - L'ensemble des praticiens de l'insolvabilité au sein de l'UE a été désigné sous le terme générique de « syndic » dans sa traduction française pour la première fois au sein du règlement

1. Intervention aux premières « Rencontres de l'Europe » organisées le 20 mars 2019 par le Conseil national des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires, sur « La directive du Parlement européen et du Conseil du 22 novembre 2016 relative aux cadres de restructuration préventifs et à la seconde chance », sous le Haut Patronage de Nicole Belloubet, garde des Sceaux, ministre de la Justice.  
2. E. Inacio, *Quel avenir pour le mandat de justice français au regard des dernières évolutions du statut des syndics en Europe ?* : Rev. proc. coll. 2013, dossier 43.  
3. E. Inacio, *Des « lignes directrices » pour l'harmonisation du statut de syndic et le droit comparé* : Rev. proc. coll. 2015, dossier 15.  
4. J.-L. Westbrook et a., *A Global View of Business Insolvency Systems*, (The World Bank, Washington DC 2010), p. 203. – B. Wessels et a., *Rescue of Business in Insolvency Law, 2017 Instrument of the European Law Institute (ELI)*, ISBN : 978-3-9503458-9-6, p. 105.

5. D. Fasquelle et E. Inacio, *Bref regard de droit comparé sur le statut des professionnels de l'insolvabilité dans l'Union européenne* : Rev. proc. coll. 2014, étude 21. – E. Inacio, *Bilan du rapprochement des professionnels de l'insolvabilité au sein de l'Union européenne* : Rev. proc. coll. 2016, dossier 37.  
6. Règl. (CE) n° 1346/2000, 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité : JOCE n° L 160, 30 juin 2000, p. 1.  
7. Règl. (UE) 2015/848, 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité : JOCE n° L 141, 5 juin 2015, p. 19.