

## Les thèses de Gravenbruch

### « L'Allemagne a-t-elle besoin d'une procédure de redressement précédant l'insolvabilité ? », 14 janvier 2017

Sur invitation du Cercle de Gravenbruch, 16 spécialistes représentant

le ministère fédéral allemand de la Justice et de la Protection du consommateur,  
Commerzbank AG,  
Deutsche Bank AG,  
l'Association allemande des avocats (Deutscher Anwaltverein e.V.),  
Euler Hermes Deutschland AG,  
la Gesellschaft für Restrukturierung TMA Deutschland e.V.,  
le Cercle de Gravenbruch,  
le monde juridique,  
Pensions-Sicherungs-Verein AG,  
UniCredit Bank AG,  
VID Verband Insolvenzverwalter Deutschlands e.V., ainsi que  
le monde scientifique

ont participé à la discussion de Gravenbruch, un entretien sur le thème « L'Allemagne a-t-elle besoin d'une procédure de redressement précédant l'insolvabilité ? » qui s'est tenu à Berlin à la mi-janvier 2017. Dans le cadre de cet entretien, lié aux discussions de Gravenbruch de novembre 2015 et mai 2016 sur le même sujet, les participants ont évoqué la nécessité de ce cadre de procédure en Allemagne et la manière de le transposer, le cas échéant. Le Cercle de Gravenbruch a, dans cette optique, actualisé ses thèses du 23 mai 2016, par l'intermédiaire desquelles il prend position dans le débat spécialisé actuel :

#### Observation préalable

L'Allemagne possède l'un des meilleurs droits des entreprises en difficulté au monde et se classe troisième sur 190 pays, selon l'étude de la Banque mondiale intitulée « Doing Business 2017 - Equal Opportunity for All » en date du 25 octobre 2016, dans le domaine des entreprises en difficulté.<sup>1</sup> Le droit des entreprises en difficulté allemand contient des dispositions particulièrement efficaces et, dans l'ensemble, applique un standard de restructuration des entreprises adéquate. Les dispositions allemandes permettent déjà actuellement de redresser les entreprises de manière efficace et efficiente à un stade précoce. Les procédures de redressement exécutées en vertu de la législation nationale en vigueur sont prévisibles

PRÉSIDENT:

RA Prof. Dr. Lucas F. Flöther  
Franzosenweg 20  
06112 Halle  
Tél +49 (0)345 21222-0  
Fax +49 (0)345 21222-395

[www.gravenbrucher-kreis.de](http://www.gravenbrucher-kreis.de)  
[kontakt@gravenbrucher-kreis.de](mailto:kontakt@gravenbrucher-kreis.de)

MEMBRES ACTIFS :

Dr. Dirk Andres, juriste  
Axel W. Bierbach, juriste  
Joachim Exner, juriste  
Udo Feser, juriste  
Prof. Dr. Lucas F. Flöther, juriste  
Dr. Michael C. Frege, juriste  
Arndt Geiwitz, expert-comptable et conseiller fiscal  
Ottmar Hermann, juriste, expert-comptable et conseiller fiscal  
Tobias Hoefer, juriste  
Dr. Michael Jaffé, juriste  
Dr. Frank Kebekus, juriste  
Dr. Bruno M. Kübler, juriste  
Prof. Dr. Rolf-Dieter Mönning, juriste  
Dr. Jörg Nerlich, juriste  
Horst Piepenburg, juriste  
Michael Pluta, juriste  
Dr. Andreas Ringstmeier, juriste  
Christopher Seagon, juriste  
Dr. Sven-Holger Undritz, juriste  
Rüdiger Wienberg, juriste

MEMBRES PASSIFS :

Prof. Dr. Siegfried Beck, juriste  
Barbara Beutler, juriste  
Joachim G. Brandenburg, juriste  
Dr. Volker Grub, juriste  
Horst M. Johlke, juriste  
Heinrich Müller-Feyen, juriste  
Dr. Wolfgang Petereit, juriste  
Hans P. Runkel, juriste  
Werner Schneider, expert-comptable et conseiller fiscal  
Dr. Gerd Gustav Weiland, juriste  
Dr. Jobst Wellensiek, juriste

<sup>1</sup> Étude de la Banque mondiale intitulée « Doing Business 2017 - Equal Opportunity for All » du 25 octobre 2016, p. 208, consultable à l'adresse suivante : <http://www.doingbusiness.org/~media/WBG/DoingBusiness/Documents/Annual-Reports/English/DB17-Report.pdf> (date de consultation : 14 janvier 2017) ; voir également à l'adresse suivante : <http://www.doingbusiness.org/rankings> (date de consultation : 14 janvier 2017).

et transparentes. Les coûts qu'elles entraînent sont calculables et peuvent faire l'objet d'un recours. Les normes minimales allemandes régissant le redressement extrajudiciaire et judiciaire dépassent largement l'intention de la Commission européenne<sup>2</sup>.

Compte tenu de l'évaluation et des conclusions de la Banque mondiale, et à la lumière de la recommandation<sup>3</sup> et de la proposition de directive actuelle de la Commission européenne<sup>4</sup>, il est en tout état de cause nécessaire de compléter de manière adaptée la boîte à outils dont dispose le droit allemand de la restructuration, sans pour autant procéder à un changement total de modèle (abandonner l'objectif de paiement des créanciers au profit de l'objectif d'apurement) : un nouvel outil s'impose afin de soutenir au mieux les actions de redressement financières extrajudiciaires lorsque celles-ci risquent d'échouer en raison de quelques créanciers récalcitrants. La restructuration ne devrait pas, dans de tels cas, faire appel à des instruments du droit étranger pour aboutir.

Le choix à faire lors de toute crise traversée par l'entreprise (liquidation ou redressement) doit intervenir rapidement afin d'éviter des dommages supplémentaires pour les créanciers. Les entreprises ne doivent avoir accès au cadre de restructuration que si elles sont solvables et le restent pendant douze mois.

#### Thèses :

1. Un cadre de restructuration a pour objectif d'assurer ou de rétablir la viabilité économique de l'entreprise concernée en dehors d'une procédure d'insolvabilité par voie de restructuration du passif du bilan. Les mesures de restructuration plus poussées (interventions forcées dans les droits des travailleurs, droit de refus et droit de résiliation particulier des contrats) ne peuvent avoir la préséance sur la procédure de restructuration précédant l'insolvabilité. Seules les personnes dont une contribution est nécessaire au titre du plan de restructuration doivent participer à la procédure ainsi qu'aux négociations relatives au redressement (pas de procédure globale). En vertu de l'objectif d'apurement du cadre de restructuration préventif, les interventions du plan doivent se limiter aux créances ouvertes. Le législateur allemand est appelé à transposer une éventuelle directive dans

---

<sup>2</sup> Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux cadres de restructuration préventifs, à la seconde chance et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures de restructuration, d'insolvabilité et d'apurement et modifiant la directive 2012/30/UE du 22 novembre 2016, COM(2016) 723 final, consultable à l'adresse suivante : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0723&qid=1483620686500&from=FR> (date de consultation : 14 janvier 2017).

<sup>3</sup> Recommandation de la Commission du 12.3.2014 relative à une nouvelle approche en matière de défaillances et d'insolvabilité des entreprises, C(2014) 1500 final, consultable à l'adresse suivante : [http://ec.europa.eu/justice/civil/files/c\\_2014\\_1500\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/justice/civil/files/c_2014_1500_fr.pdf) (date de consultation : 14 janvier 2017).

<sup>4</sup> Voir note de bas de page 2.

ce sens. Il doit en outre, dans le cadre du processus législatif européen en cours auprès de la Commission européenne, du Parlement européen et du Conseil de l'Union européenne, œuvrer à une clarification appropriée du texte de la proposition sous la forme d'une clause d'ouverture, présente dans la directive, qui permette aux États membres d'exclure certains groupes de créanciers du champ d'application du plan de restructuration.

2. Il est aisé de recourir au cadre de restructuration préventif, mais celui-ci ne prévoit qu'un nombre limité d'interventions. Cette caractéristique doit se refléter dans ses procédures. Ni la procédure de confirmation du plan visant à assurer ou à restaurer l'équilibre économique de l'entreprise en dehors d'une procédure d'insolvabilité, ni une procédure en amont optionnelle visant à ordonner un moratoire ne sont, par conséquent, en mesure de fournir les outils de redressement d'une procédure plus réglementée et davantage contrôlée (par exemple l'action révocatoire, les indemnités d'insolvabilité, le droit de refus et le droit de résiliation particulier des contrats, le moratoire général) (« recours aisé, conséquences limitées »). Sur ce point, le cadre de restructuration qui, selon la Commission européenne, doit intervenir avant une situation d'insolvabilité doit clairement se distinguer des procédures conçues pour des entreprises insolvables qui ont besoin de ces outils. Il est nécessaire de s'assurer, dans le cadre du processus législatif européen en cours auprès de la Commission européenne, du Parlement européen et du Conseil de l'Union européenne, que la directive laisse une marge de transposition aux États membres dans lesquels il existe déjà des procédures efficaces, permettant un redressement et disposant des outils cités.
  
3. Les négociations de redressement proprement dites, ainsi qu'une éventuelle concertation relative au plan de restructuration, doivent avoir lieu en dehors d'une procédure judiciaire (intervention minimale de la justice). Un engagement forcé des créanciers récalcitrant et un moratoire individuel de courte durée ne peuvent cependant intervenir qu'après saisine d'un tribunal et examen du dossier concerné par le tribunal. Les conditions d'un moratoire individuel doivent en outre respecter les principes de proportionnalité et l'interdiction de toute discrimination, raison pour laquelle ce moratoire ne peut être établi que dans la mesure où il est nécessaire pour soutenir les négociations concernant le plan de restructuration, les créanciers concernés ne sont pas désavantagés de manière disproportionnée et le débiteur n'est pas, d'une manière générale, au bord de l'insolvabilité. La solvabilité doit être garantie pendant une période de douze mois. Une annonce publique de l'action du tribunal n'est pas nécessaire dans un tel cas de figure. Un cadre de restructuration ne peut instaurer de moratoire complet visant l'ensemble des créanciers. Ce moratoire existe dans le cadre des dispositions actuelles de la procédure d'insolvabilité

permettant le redressement. Les entreprises ayant besoin d'une large protection contre les saisies (et pas uniquement d'une protection contre certains créanciers récalcitrants) sont proches de l'insolvabilité et ne peuvent bénéficier de l'accès à un cadre de restructuration.

4. La confirmation d'un plan par le tribunal visant à engager un créancier récalcitrant ne doit intervenir que lorsque le tribunal a la certitude que, d'une part, le plan de restructuration bénéficiera d'un taux d'approbation élevé parmi les créanciers concernés (75% des montants des créances concernées au minimum) et que, d'autre part, ceux-ci seront sélectionnés de manière adéquate (regroupement approprié inclus) et disposeront d'informations complètes au sujet de la conception du plan et du vote relatif au plan (art. 103, paragraphe 1, de la Loi fondamentale). Les modèles de plans de restructuration<sup>5</sup> sont absolument inadaptés au redressement d'entreprises. Si un créancier participe au plan sans son consentement ou contre sa volonté, le tribunal doit, à sa demande, lui octroyer une protection des minorités en refusant de confirmer le plan lorsque le requérant a voté contre celui-ci et est en mesure d'établir qu'il sera vraisemblablement désavantagé par le plan, par rapport à une situation dans laquelle ce plan n'existerait pas. La référence d'un traitement moins favorable n'est pas obligatoirement la valeur de démantèlement, mais bien la valeur de continuité en cas de vente éventuelle de l'entreprise ; pour les créanciers garantis, il s'agit du produit escompté dans le cas hypothétique de l'accès le plus rapide possible à la garantie.
  
5. Le tribunal peut, à la demande du débiteur ou d'un créancier, désigner un médiateur ou un superviseur (praticien dans le domaine des restructurations) qui apportera son soutien au débiteur ou aux créanciers dans le cadre de la mise au point ou de la négociation d'un plan de restructuration (médiation). Le médiateur ou le superviseur désigné peut être toute personne physique appropriée dans le dossier en présence, particulièrement compétente et indépendante des créanciers et du débiteur.
  
6. Le soutien effectif d'une majorité très claire des parties concernées aux mesures prévues par le plan de restructuration constitue son critère fondamental de légitimation. Dans ce contexte, le quorum requis doit clairement dépasser la majorité simple. Il ne peut être inférieur à 75% des montants des créances concernées. En outre,

---

<sup>5</sup> Article 8, paragraphe 2, point 3, de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux cadres de restructuration préventifs, à la seconde chance et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures de restructuration, d'insolvabilité et d'apurement et modifiant la directive 2012/30/UE du 22.11.2016, COM(2016) 723 final.

toute intervention dans les droits des créanciers (laquelle doit être justifiée devant le tribunal) au cours de la phase de négociation, c'est-à-dire avant que ce quorum ne soit atteint, ne doit être possible qu'à titre exceptionnel pour protéger les négociations de redressement en cours contre des créanciers récalcitrants et doit se limiter strictement, sur le plan du contenu, à cet objectif de protection. Un moratoire généralisé est disproportionné à cet égard et ne s'intégrerait pas dans le régime d'exécution équilibré instauré par la législation allemande. Un moratoire visant uniquement certains créanciers menaçant de procéder à une exécution forcée ne doit, durant cette phase, être admissible que dans le but indiqué et uniquement pendant une période très courte. Il ne peut, de surcroît, donner lieu à aucune obligation de publication et ne peut suspendre aucune obligation de demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. L'expérience allemande montre que des délais allant habituellement jusqu'à trois mois sont suffisants, même dans le cadre de redressements judiciaires, lesquels peuvent éventuellement être prolongés jusqu'à six mois à titre exceptionnel. Compte tenu du fait que les établissements de crédit considèrent les prêts en cours comme douteux (« impaired ») lorsque le débiteur n'assure plus le service de ces prêts pendant une période de trois mois, des délais de suspension plus longs sont de nature à générer inutilement des prêts non productifs, ce qui est fondamentalement contraire à l'objectif de telles procédures. Il est par conséquent nécessaire, dans le cadre de la procédure législative européenne en cours auprès de la Commission européenne, du Parlement européen et du Conseil de l'Union européenne, de faire en sorte que la directive permette aux États membres de renoncer à un moratoire global dans le cadre de restructuration et, à ce titre, à la suspension globale des obligations en matière d'ouverture de procédures d'insolvabilité.

7. Les crédits de redressement et les crédits-relais peuvent déjà, en vertu de la législation allemande actuelle, être octroyés sans risque de contestation et sans risque de responsabilité. Le législateur allemand est invité dans le cas présent à examiner la législation pertinente et à lever les éventuelles ambiguïtés. Une protection plus poussée des mesures de transposition et d'autres transactions dans le cadre de la restructuration n'est ni nécessaire ni appropriée. Il est donc nécessaire de veiller, dans le cadre de la procédure législative européenne actuelle auprès de la Commission européenne, du Parlement européen et du Conseil de l'Union européenne, à ce que de telles transactions ne soient pas globalement privilégiées et à ce que la possibilité effective de revenir sur les opérations suspectes reste au minimum garantie lors de l'insolvabilité ultérieure.

8. Les procédures seront codifiées dans une nouvelle loi intitulée « Restrukturierungsordnung » (régime de restructuration). La reconnaissance de l'ensemble des procédures dans le cadre de restructuration doit être garantie dans l'Union européenne.
  
9. Des tribunaux de grande instance et des tribunaux de restructuration spécialisés doivent être exclusivement compétents en ce qui concerne les procédures d'un cadre de restructuration défini de la sorte. Un tel tribunal doit en outre être désigné dans chaque *Oberlandesgerichtsbezirk* (ressort de cour d'appel). Les procédures de restructuration doivent être traitées au sein d'un service autonome du tribunal.

## Conclusion

L'évaluation de la loi relative à la facilitation de la restructuration des entreprises (Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen, « ESUG ») et les réflexions concernant la création d'un cadre de restructuration préventif sont étroitement liées. Pour ne pas perdre leur valeur, les procédures établies à l'article 270a/b doivent revêtir une forme professionnelle dans le sens de l'avis formulé par le Cercle de Gravenbruch au sujet de la réforme de l'ESUG en date du 12 octobre 2015<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Cercle de Gravenbruch, *ESUG : Erfahrungen, Probleme, Änderungsnotwendigkeiten - Thesenpapier*, Stand : Oktober 2015, ZIP 2015, 2159 et suiv. ; également consultable à l'adresse suivante : [http://www.gravenbrucher-kreis.de/app/download/12749944835/ReformESUG\\_12Okt2015\\_01.pdf?t=1454529535](http://www.gravenbrucher-kreis.de/app/download/12749944835/ReformESUG_12Okt2015_01.pdf?t=1454529535) (date de consultation : 14 janvier 2017).

## À propos du Cercle de Gravenbruch

Le Cercle de Gravenbruch rassemble depuis 1986 des représentants des principaux cabinets juridiques d'Allemagne spécialisés dans le droit des entreprises en difficulté. Les intéressés se caractérisent par leur expérience nationale des restructurations et des redressements, ainsi que par leurs vastes compétences. Les membres s'engagent, avec leurs organisations, à respecter des normes de qualité et de prestation optimales qu'ils prouvent au moyen du certificat *InsO Excellence* exclusif, qui est contrôlé par des auditeurs indépendants. Le Cercle comprend actuellement 20 membres actifs. Le président du Cercle de Gravenbruch est Lucas F. Flöther depuis mars 2015.

Depuis sa création, le Cercle de Gravenbruch, en qualité de centre de compétences, est chargé de développer le droit des entreprises en difficulté et les domaines juridiques qui lui sont liés d'un point de vue pratique. Le Cercle de Gravenbruch déploie également son expérience dans les entreprises en difficulté transfrontalières et participe au développement de normes et de règles internationales dans le domaine des restructurations.

L'échange d'expériences interdisciplinaire et les discussions communes au sein du Cercle de Gravenbruch aboutissent à des évaluations approfondies et à des avis pertinents. Ceux-ci sont reconnus dans le monde spécialisé du droit des entreprises en difficulté et du droit des restructurations au niveau national et international et sont pris en considération dans la procédure législative.

[www.gravenbrucher-kreis.de](http://www.gravenbrucher-kreis.de)

Halle, 14 janvier 2017