

PRISE DE POSITION*

de Maître Axel W. Bierbach, avocat au cabinet Müller-Heydenreich Bierbach & Kollegen, Munich,
membre du directoire de l'association déclarée Verband Insolvenzverwalter Deutschlands e.V. (VID)

dans le cadre de l'audition dans la Commission du Parlement Européen du 20 juin 2017

relative à la proposition pour une
DIRECTIVE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL
relative aux cadres de restructuration préventifs, à la deuxième chance et aux mesures pour
l'augmentation de l'efficacité de procédures de restructuration, d'insolvabilité et de désendettement et
pour la modification de la directive 2012/30/UE (COM (2016) 723 final).

L'association VID soutient l'objectif formulé dans la directive proposée consistant à faciliter et à favoriser la restructuration et l'assainissement d'entreprises en difficulté économique et à désendetter les entrepreneurs. La VID a rédigé une prise de position¹ globale sur la directive proposée et a évalué les prises de position de l'industrie et du secteur du crédit. Il y a en partie des doutes considérables concernant presque tous les détails économiques et juridiques de la directive proposée du point de vue des syndicats professionnels. Les objections les plus importantes résultant de ces prises de position sont résumées ci-après.

1. Pas de limitation aux créanciers financiers

L'objectif du projet de directive consistant à désendetter les entreprises fortement endettées mais viables et à diminuer les NPL peut être réalisé par création d'une procédure de restructuration extrajudiciaire se limitant aux dettes financières, étant aussi non bureaucratique et efficace que possible et ne concernant pas tous les créanciers. Pour éviter des implications nuisibles au niveau de l'économie nationale, il est nécessaire de limiter la procédure de restructuration aux créanciers financiers.² La focalisation aux créanciers financiers déterminants pour l'économie permet la mise en œuvre d'une procédure de restructuration uniformisée au niveau européen. Par contre, cela n'est pas possible lorsque la procédure englobe tous les types de créancier, car les règles juridiques divergentes des Etats membres créent également différentes positions juridiques des parties concernées, ce qui met en danger une procédure européenne harmonisée. Un grand nombre des points faibles du projet désignés ci-après, notamment en cas de mise en danger des fournisseurs et d'autres créanciers, peuvent être éliminés et l'immense besoin de changement dans le droit économique national (droit de travail, droit des sociétés, droit fiscal) pourrait être largement évité en limitant les effets de la procédure aux créanciers financiers.

2. Enchérissement des crédits, notamment pour les PME

La directive proposée est contradictoire au droit de supervision bancaire reposant sur un règlement européen. Selon l'article 178 al. 1b) CRR [règlement sur les exigences de fonds propres], une créance est considérée comme irrécouvrable lorsque le débiteur est en retard de paiement de plus de 90 jours.³ Selon le droit de supervision bancaire européen, les garanties ne sont plus reconnues comme instruments diminuant les risques lorsque l'établissement de crédit n'a (plus) le droit de liquider à bref délai les avoirs patrimoniaux mis à disposition (Art. 194 Abs. 4 CRR).

Si une entreprise entame une procédure de restructuration selon la directive proposée, elle est en règle générale déjà en retard de paiement avec les mensualités de crédit. Juste après l'ordonnance du moratoire selon l'art. 6 et l'art. 7 de la directive proposée, les dettes de crédit devraient déjà être classées comme non-performing loan dans le sens du CRR.⁴ Pour cette raison, la directive proposée favorise considérablement la formation des créances de crédit irrécouvrables dans le sens de l'art. 178 al. 1 b) CCR.⁵

* Cette position résulte comme traduction d'une texte en langage allemand.
Les références restent an langage allemand.

Elle augmente également la pression sur les fonds propres réglementaires des établissements de crédit. Il y aurait une dévalorisation des garanties de crédit.⁶ Les établissements de crédit devraient tenir compte de ces risques déjà lors de l'octroi des crédits. Les crédits s'enrichiraient. Les fondations d'entreprises, notamment des petites et moyennes entreprises que la directive proposée vise à soutenir considérablement⁷ seront aggravées.⁸ Outre l'enrichissement des crédits, le risque de crédit accru aurait comme conséquence que les financements des entreprises passeraient structurellement de petits établissements de crédit aux établissements de crédit plus grands. En raison du risque accru de crédits irrécouvrables, les établissements de crédit seraient obligés de recueillir et d'évaluer plus intensément les données des clients déjà au moment de la signature du contrat (exploration de données). Les établissements de crédit plus petits ne pourront pas supporter l'enrichissement y associé et devraient se séparer de beaucoup de clients majoritairement régionaux. Lorsqu'un client est en crise, les établissements de crédit plus petits seraient plus rapidement contraints de vendre les NPL à des opérateurs sur le marché financier souvent non réglementés en raison de la pression précitée.

3. Risque élevé des effets de boule de neige

L'implication possible et attendue dans la pratique de tous les créanciers dans le moratoire prévu mettra en danger les créanciers fournisseurs. Sur la base des échéances prédominantes dans l'Union Européenne de souvent 90, voir 180 jours, de nombreuses entreprises, notamment des chaînes d'approvisionnement, seraient contraintes de mettre en œuvre une procédure de restructuration au sein de leur propre entreprise en raison de la procédure de restructuration entreprise par un de leurs acheteurs.⁹

Une suspension de mesures d'exécution financières (moratoire) obligera les fournisseurs conformément à l'art. 6 et à l'art. 7 de la directive proposée de continuer leurs livraisons dans des conditions inchangées, et donc avec les mêmes échéances. Si l'entreprise en restructuration fait usage de ce règlement, les échéances seront prolongées. Les entreprises bénéficiant de bons conseils stratégiques engageraient la procédure de restructuration à la fin d'une période d'échéance pour recevoir des livraisons pour la même période. Ce risque du défaut de paiement sera donc assumé par les fournisseurs essentiels¹⁰ soumis à l'obligation de livraison selon le moratoire. Le fournisseur n'est plus en mesure d'utiliser les créances bloquées par le moratoire comme garantie pour ses propres financements des entreprises. Les banques et affacteurs ne les accepteraient plus comme garantie à part entière. Des liquidités suffisantes ne sont pas disponibles dans les secteurs ayant des marges très faibles, tels que l'industrie de sous-traitance automobile ou l'industrie agro-alimentaire, mais pas non plus dans presque tous les domaines des petites et moyennes entreprises d'autres secteurs. Cette discrimination des créanciers, notamment des fournisseurs, qui produit ses effets exclusivement en faveur de l'entreprise débitrice, n'est pas adaptée aux circonstances.¹¹ De plus, il est à craindre que les créanciers financiers mieux informés et plus forts dans la position de négociation essaieront d'améliorer leur position relative aux contributions d'assainissement par rapport aux fournisseurs et aux autres créanciers. Souvent, les fournisseurs et salariés ne sont pas en mesure de changer le cocontractant, raison pour laquelle il est facile de les contraindre de faire des concessions.

En cas d'échec d'une restructuration, le risque de crédit des créanciers concernés par le moratoire est sensiblement accru. La confiance nécessaire des créanciers et une diminution considérable du risque de crédit ne peut être établie que par un tiers indépendant nommé par le tribunal qui devrait déjà être nommé pour la suspension de mesures d'exécution financières limitée à un ou plusieurs créanciers.¹²

4. Fraude paulienne massive

La culture de la restructuration et la procédure collective de nombreux États européens se caractérisent par un système précis d'intérêts compensateurs entre les employés, les créanciers, les débiteurs, les actionnaires et les fournisseurs intéressés. Même les risques doivent être répartis de façon équilibrée dans un marché qui fonctionne bien. Sans risque de faillite sérieux, l'économie morale se dégrade. Les entrepreneurs peuvent prendre des risques beaucoup plus élevés, les leveraged buy outs deviennent encore plus chers et la moralité de paiement se dégradera encore. Suspendre les obligations de déclarer faillite provoque des abus. Tout ceci porte

* Cette position résulte comme traduction d'une texte en langage allemand.
Les références restent au langage allemand.

atteinte à la confiance des acteurs du marché en des marchés sains. La directive proposée prévoit des règles presque exclusives pour la protection des intérêts des entrepreneurs débiteurs. Elle porte atteinte en particulier à travers les points suivants à l'équilibre des intérêts des parties intéressées:

- (1) Les conditions d'accès ne sont pas claires quant à savoir jusqu'à quelle phase de la crise un entrepreneur peut utiliser la procédure, très favorable au débiteur.¹³ Il manque une limitation à l'insolvabilité matérielle. Cela permet d'utiliser la procédure aussi en cas d'insolvabilité imminente ou déjà existante, et met en danger le créancier concerné. Les créanciers, en particulier les fournisseurs et les employés, mais aussi les marchés dans leur ensemble, doivent être protégés d'une entreprise prétendument en restructuration et dans les faits déjà matériellement insolvable. On exige donc comme condition préalable à l'entrée un justificatif de solvabilité valable encore six mois minimum et vérifié par un tiers indépendant.¹⁴
- (2) Pendant la procédure de restructuration, les créances ne sont pas vérifiées. Cela favorise d'éventuelles manipulations au détriment des créanciers. Rien que les prêts de la famille et des amis, très courants dans la pratique même chez les entreprises petites et moyennes, y compris les sociétés affiliées, peuvent déjà permettre d'atteindre la somme réclamée afin de mettre en minorité les créanciers restants.¹⁵ L'existence matérielle et légale de ceux-ci, mais aussi d'autres créances, est souvent fragile et litigieuse. Les petits créanciers en particulier ne peuvent pas se protéger contre la manipulation.
- (3) Le projet laisse aux États membres la décision de savoir si le débiteur doit ouvrir une procédure de faillite pendant le moratoire d'après la directive proposée, dans le cas où un motif d'insolvabilité doit être indiqué (Art. 7 al. 1 et 3). Pendant un moratoire qui concerne tous les créanciers, les créanciers ne peuvent pas lancer de procédure de faillite (Art. 7 al. 2). Les créanciers ne peuvent pas gêner, mettre fin ou influencer la procédure de restructuration à travers leurs propres requêtes.¹⁶ Il faudrait qu'une surveillance des débiteurs soit mise en place à travers une personne indépendante des débiteurs et des créanciers et qui aurait la confiance des créanciers. Il faudrait également prévoir une commission pour représenter les intérêts des créanciers.
- (4) Le vote pour un plan de restructuration est limité à 75% dans la directive proposée (Art. 9 al. 4). Il n'a pas été prévu une majorité en nombre mais une majorité en somme. Une minorité de groupe peut l'emporter face à une majorité de groupe (Art. 11 al. 1 b). Cela conduit au danger de voir ce type de procédure de vote dominée par les investisseurs financiers et d'autres intérêts stratégiques. Cela incite également à la manipulation des revendications ou à « l'invention » de revendications (à travers la famille et les amis ou d'entreprises affiliées) afin d'atteindre une certaine majorité.
- (5) La proposition de directive prévoit dans l'Art. 17 de protéger les mesures débitrices pendant le moratoire de sorte que tous les paiements normaux de l'entreprise débitrice, la vente d'actifs uniques et les conversions en capital lors d'une éventuelle procédure de faillite soient exemptés en principe de nullité, responsabilité, procédures d'insolvabilité et poursuite pénale, au détriment de ces créanciers. C'est une incitation à l'abus. La procédure de restructuration peut ainsi être utilisée pour saper une future procédure de faillite.

5. Pas de sortie du marché malgré des pertes durables

Les crises ont en général pour origine les activités économiques. En général, des erreurs du management produisent des crises stratégiques et de liquidité. À long terme, pour parvenir à une économie saine, les entreprises qui ne réussissent pas et qui perdent de l'argent doivent soit bénéficier de la chance d'être vendues alors qu'elles sont en faillite à des entreprises qui marchent, soit quitter le marché (protection du marché). Si l'insolvabilité est inévitable et ne peut être que ralentie par les restructurations, les chances de parvenir à créer une entreprise, ou

* Cette position résulte comme traduction d'une texte en langage allemand.
Les références restent an langage allemand.

des parties d'une entreprise, pouvant être sauvées chutent rapidement. Les fournisseurs, les clients et même les employés essentiels perdent confiance et se détournent. Lors de la procédure de faillite qui s'ensuit, les chances de sauver l'entreprise ou de la vendre s'amenuisent.

6. Légitimation absente

Du côté des associations commerciales, des syndicats, des associations industrielles et du secteur du crédit, l'ensemble des prises de position sur le projet de directive ne mettent en évidence aucune relation spécifique significative entre les règles régissant l'insolvabilité et l'absence de motivation pour investir chez les acteurs du marché.¹⁷ Selon la longue et solide expérience de ces associations, les décisions d'investissement et ainsi la circulation libre des capitaux reposent plutôt sur l'analyse

- de la situation du marché et de la concurrence dans chaque État-membre,
- de leur infrastructure,
- de leur droit fiscal,
- de leur droit des sociétés et
- de leur droit de travail.

En revanche, les conditions de restructuration en cas de faillite n'ont qu'une importance marginale, si tel est le cas, pour une décision d'investissement.¹⁸

¹ <http://www.vid.de/stellungnahmen/stellungnahme-des-vid-zum-vorschlag-fuer-eine-richtlinie-des-europaeischen-parlaments-und-des-rates-ueber-praeventive-restrukturierungsrahmen-die-zweite-chance-und-massnahmen-zur-steigerung-der-effiz/>.

² Richtlinienvorschlag COM(2016) 723 final, S. 2 f., S. 21 f., Erwägungsgrund (2); vgl. Stellungnahme des Gravenbrucher Kreises v. 28.02.2017 zum Richtlinienvorschlag COM(2016) 723 final, S. 3 f.; ebenfalls für die Beschränkung auf Finanzgläubiger: Stellungnahme des Gesamtverbandes der Deutschen Versicherungswirtschaft v. 22.02.2017 zum Richtlinienvorschlag COM(2016) 723 final, S. 2; Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer v. April 2017 zum Richtlinienvorschlag COM(2016) 723 final, S. 3; Stellungnahme des Bundesverbandes Deutscher Inkasso-Unternehmen e. V. (BDIU) zum Richtlinienvorschlag COM(2016) 723 final, S. 3 zu Art. 4 a. E.; Stellungnahme der Bundessteuerberaterkammer v. 10.05.2017 zum Richtlinienvorschlag COM(2016) 723 final, S. 4 zu Art. 1; Stellungnahme des Deutschen Bundesrates v. 10.03.2017 zum Richtlinienvorschlag COM(2016) 723 final, S. 9 Pkt. 13.

³ Kapitaladäquanzverordnung/Capital Requirement Regulation: Verordnung über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 646/2012 (EU) Nr. 575/2013 v. 26.06.2013.

⁴ Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins v. Februar 2017 zum Richtlinienvorschlag COM(2016) 723 final, S. 12 f., für eine dementsprechende Anpassung des europäischen Bankenaufsichtsrechts.

⁵ Stellungnahme des VID zum Richtlinienvorschlag COM(2016) 723 final, S. 7, Pkt. 1. c).

⁶ Stellungnahme der Deutschen Kreditwirtschaft v. 29.03.2017 zum Richtlinienvorschlag COM(2016) 723 final, S. 3, S. 17 Pkt. II. 4.1.4.

⁷ Richtlinienvorschlag COM(2016) 723 final, Erwägungsgrund (13) sowie Fact sheet der DG Justice vom Mai 2017, S.2.

⁸ Stellungnahme der Clearingstelle Mittelstand des Landes NRW v. 30.03.2017 zum Richtlinienvorschlag COM(2016) 723 final, S. 17 zu Art. 19-20.

⁹ Stellungnahme des Bundesverband der Deutschen Industrie e. V. (BDI) v. 15.03.2017 zum Richtlinienvorschlag COM(2016) 723 final, S. 6 Pkt. 3. a), weist auf die Gefahr von Folgeinsolvenzen hin.

¹⁰ Richtlinienvorschlag COM(2016) 723 final, Art. 7 Abs. 4.

¹¹ Stellungnahme der Clearingstelle Mittelstand des Landes NRW v. 30.03.2017 zum Richtlinienvorschlag COM(2016) 723 final, S. 13 zu Art. 7 Abs. 4-5.

¹² Vgl. hierzu den Vermerk des Ratsvorsitzenden in Consil-ST 9316/17, S. 4.

¹³ Richtlinienvorschlag COM(2016) 723 final, Erwägungsgrund (17).

¹⁴ Stellungnahme des VID zum Richtlinienvorschlag COM(2016) 723 final, S. 16, zu Pkt. 4. a) bb); Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins v. Februar 2017 zum Richtlinienvorschlag COM(2016) 723 final, S. 5 f.; Stellungnahme des Gravenbrucher Kreises v. 28.02.2017 zum Richtlinienvorschlag COM(2016) 723 final, S. 2 (für 12 Monate); Stellungnahme des Deutschen Bundesrates v. 10.03.2017 zum Richtlinienvorschlag COM(2016) 723 final, S. 8 Pkt. 12.

¹⁵ Stellungnahme des Bundesarbeitskreis Insolvenzgerichte e. V. (BAK^{ins}o) v. 10.03.2017 zum Richtlinienvorschlag COM(2016) 723 final, S. 3 Pkt. 7, verweist zudem auf die „sehr niedrigschwellig ausgestaltete Möglichkeit der Überstimmung dissertierender Gläubigergruppen“ gemäß Richtlinienvorschlag; zumal die *absolute priority rule* (Art. 2 Nr. 10 i. V. m. Art. 11 Abs. 1 c des Richtlinienvorschlags) den Schutz *gleichrangiger* Gläubiger nach einem Vorbild wie § 245 Abs. 2 Nr. 3 InsO nicht sicherstellt, obschon diese Gläubiger verfassungsrechtlich mehr Schutz bedürfen als in der Insolvenz, da deren Forderungen wegen der frühen Phase der wirtschaftlichen Schwierigkeiten werthaltiger sind.

-
- ¹⁶ Gegen die Aussetzung von Insolvenzantragspflichten und -rechten: Stellungnahme des VID zum Richtlinienvorschlag COM(2016) 723 final, S. 29 f. zu Pkt. 8. a); Stellungnahme der Clearingstelle Mittelstand des Landes NRW v. 30.03.2017 zum Richtlinienvorschlag COM(2016) 723 final, S. 12 f. zu Art. 7 Abs. 1-2; Stellungnahme des Deutschen Bundesrates v. 10.03.2017 zum Richtlinienvorschlag COM(2016) 723 final, S. 14 Pkt. 22; Stellungnahme der Deutschen Kreditwirtschaft v. 29.03.2017 zum Richtlinienvorschlag COM(2016) 723 final, S. 14 Pkt. II. 3.4.; Stellungnahme des Gesamtverbandes der Deutschen Versicherungswirtschaft v. 22.02.2017 zum Richtlinienvorschlag COM(2016) 723 final, S. 8; Stellungnahme des Gravenbrucher Kreises v. 28.02.2017 zum Richtlinienvorschlag COM(2016) 723 final, S. 7; Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer v. April 2017 zum Richtlinienvorschlag COM(2016) 723 final, S. 5; Stellungnahme des Bundesarbeitskreis Insolvenzgerichte e. V. (BAKins) v. 10.03.2017 zum Richtlinienvorschlag COM(2016) 723 final, S. 2 Pkt. 5; Stellungnahme der Neuen Insolvenzverwaltervereinigung Deutschlands e. V. (NIVD) v. 27.02.2017 zum Richtlinienvorschlag COM(2016) 723 final, S. 5 f. Pkt. 4; Wirtschaftskammer Österreich (WKO) v. 31.01.2017 zum Richtlinienvorschlag COM(2016) 723 final, S. 9 f.; Stellungnahme des Bundesverband der Deutschen Industrie e. V. (BDI) v. 15.03.2017 zum Richtlinienvorschlag COM(2016) 723 final, S. 7 Pkt. 3. b); Stellungnahme des Bundesverbandes Deutscher Inkasso-Unternehmen e. V. (BDIU) zum Richtlinienvorschlag COM(2016) 723 final, S. 4 zu Art. 6 und 7; Stellungnahme der Bundessteuerberaterkammer v. 10.05.2017 zum Richtlinienvorschlag COM(2016) 723 final, S. 7 zu Art. 7.
- ¹⁷ Vgl. nur: Stellungnahme des VID zum Richtlinienvorschlag COM(2016) 723 final, S. 5, zu Pkt. 1; Stellungnahme der Clearingstelle Mittelstand des Landes NRW v. 30.03.2017 zum Richtlinienvorschlag COM(2016) 723 final, S. 5 f. Pkt. 2.1.; Stellungnahme des Deutschen Bundesrates v. 10.03.2017 zum Richtlinienvorschlag COM(2016) 723 final, S. 3 Pkt. 3; Stellungnahme der Deutschen Kreditwirtschaft v. 29.03.2017 zum Richtlinienvorschlag COM(2016) 723 final, S. 3, S. 4 Pkt. II. 1; Wirtschaftskammer Österreich (WKO) v. 31.01.2017 zum Richtlinienvorschlag COM(2016) 723 final, S. 3; auch die von der EU-Kommission in Auftrag gegebene Studie der Universität Leeds verweist auf keine belastbaren empirischen Zusammenhänge: Study on a new approach to business failure and insolvency – Comparative legal analysis of the Member States' relevant provisions and practices/Tender No. JUST/2014/JCOO/PR/CIVI/0075, S. 23 ff.
- ¹⁸ Stellungnahme der Clearingstelle Mittelstand des Landes NRW v. 30.03.2017 zum Richtlinienvorschlag COM(2016) 723 final, S. 5 Pkt. 2.1.