

**RENFORCER LA VOIX
DES TRAVAILLEURS
DANS LES CAS**

D'INSOLVABILITÉ





Avec le soutien financier de la DG Empl de la Commission européenne

**RENFORCER LA VOIX
DES TRAVAILLEURS
DANS LES CAS**

D'INSOLVABILITÉ

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	5
RAPPORT PAYS #1 : ALLEMAGNE	7
RAPPORT PAYS #2: FRANCE	28
RAPPORT PAYS #3: HONGRIE	47
RAPPORT PAYS #4: PAYS-BAS	67
RAPPORT PAYS #5: PORTUGAL	85
RAPPORT PAYS #6: SUÈDE	102
ÉTUDE DE CAS #1: ALLEMAGNE	118
ÉTUDE DE CAS #2: FRANCE	122
ÉTUDE DE CAS #3: PAYS-BAS	126
Points à retenir/Résultats	133
> Allemagne	134
> France	135
> Hongrie	136
> Pays-Bas	137
> Portugal	138
> Suède	139
Remarques de clôture	142

LISTE DES FIGURES

ALLEMAGNE

Fig. 1	Nombre de cas d'insolvabilité d'entreprise en Allemagne de 1999 à 2017	8
Fig. 2	Insolvabilités en Allemagne	9
Fig. 3	Insolvabilités par principaux secteurs économiques*	10
Fig. 4	Evolution des insolvabilités par principaux secteurs économiques, 2010 à 2017	10
Fig. 5	Taux d'insolvabilité par principaux secteurs économiques	11
Fig. 6	"Top 10" des industries en péril	11
Fig. 7	Insolvabilités d'entreprise par nombre d'employés en 2017	12

FRANCE

Fig. 8	Nombre d'insolvabilités en France	28
Fig. 9	Nombre d'insolvabilités (Administration judiciaire / Liquidation directe)	29
Fig. 10	Nombre d'insolvabilités par principaux secteurs économiques	30
Fig. 11	Insolvabilités par nombre d'employés	31
Fig. 12	Intervenants dans les procédures et leurs missions	35
Fig. 13	Garantie de l'AGS en cas d'administration judiciaire	37
Fig. 14	Garantie de l'AGS en cas de liquidation judiciaire	37

HONGRIE

Fig. 15	Difficultés de signalement des procédures de faillite et d'insolvabilité en Hongrie	48
Fig. 16	Nombre de faillites en Hongrie de 2008 à 2017	49
Fig. 17	Nombre d'entreprises liquidées par taille	50
Fig. 18:	Les industries les plus vulnérables	51
Fig. 19	Les industries les moins vulnérables	51
Fig. 20	Nombre d'entités économiques nouvellement enregistrées	53

PAYS-BAS

Fig. 21	Nombre de faillites d'entreprises et d'institutions 2001-2017	67
Fig. 22	Faillites d'entreprises et d'institutions déclarées par industrie 2009-2017	68
Fig. 23	Nombre de faillites 2007-2016 par forme juridique et nombre d'emplois	70
Fig. 24	Nombre de faillites impliquant des employés + Nombre total d'employés impliqués dans une faillite	70
Fig. 25	Top 10 des secteurs comptant le plus grand nombre d'employés impliqués dans des faillites, 2007-2016	71
Fig. 26	Nombre d'entreprises faillies concernées par un redémarrage d'entreprise et nombre d'employés repris après un redémarrage	72
Fig. 27	Pourcentage du personnel repris et non repris dans un redémarrage d'entreprise, par groupe d'âge	72
Fig. 28	Pourcentage du personnel repris et non repris dans un redémarrage d'entreprise, par ancienneté	73
Fig. 29:	Pourcentage du personnel repris et non repris dans un redémarrage d'entreprise, par type de contrat	74

PORTUGAL

Fig. 30:	Procédures d'insolvabilité, de faillite, de redressement et procédures spéciales de revitalisation conclues devant les tribunaux de première instance	87
Fig. 31	Cas d'insolvabilité et de faillite, par type de personne (2012-2017)	87
Fig. 32	Cas d'insolvabilité et de faillite de personnes morales par secteur économique (2012-2017)	88
Fig. 33	Nombre d'emplois en danger pour raison de faillite ou de fermeture	88
Fig. 34	Législation portugaise en matière d'insolvabilité	90
Fig. 35	Autre législation applicable	90
Fig. 36	Mécanismes extrajudiciaires pour entreprises en difficulté	91
Fig. 37	Cadre institutionnel d'aide aux entreprises en difficulté	93
Fig. 38	Evolution de la valeur du fonds de compensation des travailleurs (2016)	98

SUÈDE

Fig. 39	Nombre de cas d'insolvabilité en Suède de 2000 à 2017	103
----------------	---	------------



W...
a law
SYNDICAT EUROPEEN DE TRADE UNION

SYNDICAT EUROPEEN DE TRADE UNION

MORE DEMOCRACY AT WORK
Strengthen Workers' Rights in Company Law

SYNDICAT EUROPEEN DE TRADE UNION

INTRODUCTION

En novembre 2016, la Commission européenne a publié sa « Proposition de directive 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 ». La raison de cette initiative politique était de modifier la priorité donnée à la liquidation dans les procédures d'insolvabilité en faveur d'une restructuration avant déclaration d'insolvabilité, donnant ainsi aux entreprises viables une seconde chance de maintenir une activité. Une telle directive est particulièrement importante pour les employés travaillant dans des entreprises plus vulnérables aux crises ou menacées d'insolvabilité. A ce titre, elle a été systématiquement évaluée par les syndicats européens à travers plusieurs propositions et déclarations – y compris le projet « Renforcer la voix des travailleurs dans les cas d'insolvabilité » financé par l'UE.

Ce changement de politique de la part de la Commission était attendu depuis longtemps. Comme cette étude le montre, le paysage légal national et européen en matière d'insolvabilité était au mieux fragmentaire et incohérent. Les divergences concernent notamment les critères relatifs à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, le classement des créanciers, les procédures d'évaluation ainsi que le rôle et le niveau de participation des travailleurs durant les procédures d'insolvabilité. Les conséquences négatives de ces régimes d'insolvabilité divergents et, dans de nombreux cas, inadéquats sont multiples, les travailleurs en payant habituellement le prix le plus élevé. Chaque année en Europe, environ 200.000 entreprises font faillite, entraînant la perte de 1,7 million d'emplois. Nombre de ces

cas de faillite ont une dimension transfrontalière et affectent des travailleurs dans plusieurs États membres de l'UE.

Après qu'un accord ait été conclu entre Commission, Parlement et Conseil lors de négociations en trilogue, un texte final a été publié en décembre 2018 qui, malheureusement, était loin de répondre aux attentes de la CES et de ses affiliés. Dans l'état actuel des choses, la plupart des règles font référence à la législation nationale. Les pays peuvent donc continuer à rivaliser sur base des normes les moins exigeantes. Le Parlement européen a bien intégré certaines des principales revendications de la CES visant à renforcer les intérêts des travailleurs mais le texte final du trilogue laisse une grande liberté et une importante marge de manœuvre aux États membres. Ceux-ci peuvent par exemple décider d'introduire le droit pour les créanciers ou les représentants des travailleurs de lancer une procédure de restructuration mais le texte ne prévoit pas de droit général à ce sujet. Cela pourrait fortement affaiblir la position des travailleurs partout en Europe.

Un cadre européen performant en matière d'insolvabilité mettant l'accent sur la restructuration préventive est essentiel, non seulement pour sauvegarder l'emploi et les intérêts des travailleurs mais aussi pour soutenir la croissance économique et les investissements transfrontaliers. Dans ce contexte, il est important pour le mouvement syndical européen d'analyser l'impact que pourrait avoir la nouvelle directive européenne sur les droits des travailleurs et d'en préciser le champ d'application au niveau national. Il n'existe actuellement aucune étude sur les droits de participation des travail-

leurs en cas d'insolvabilité. La recherche s'est jusqu'ici uniquement penchée sur les aspects juridiques et administratifs des processus de restructuration et d'insolvabilité. Malheureusement, la question de la voix et des droits des travailleurs au cours de ces processus reste largement inexplorée. Le présent rapport vise à combler ce vide dans la recherche en présentant un aperçu comparatif et actualisé à l'échelle européenne sur (1) les dispositions juridiques en matière d'insolvabilité ainsi que (2) les droits de participation des travailleurs en cas d'insolvabilité dans six pays européens : Allemagne, Hongrie, Portugal, Suède, France et Pays-Bas.

L'étude est divisée en deux parties : premièrement, une analyse du cadre juridique du pays et, deuxièmement, un résumé des trois études de cas d'entreprises présentées et discutées en 2018 et 2019 à Berlin, Amsterdam et Paris lors des trois ateliers liés au projet. Les résultats des études par pays sont basés sur une recherche documentaire approfondie destinée à collecter des informations et perspectives complémentaires concernant l'insolvabilité et la participation des travailleurs au niveau de l'entreprise en tant de crise.

Chaque rapport suit la même structure. D'abord, un aperçu statistique du nombre de cas d'insolvabilité dans le pays concerné suivi de quelques chapitres introductifs sur l'histoire et l'évolution du cadre juridique du pays en matière d'insolvabilité. Enfin, plusieurs sections sont consacrées aux mécanismes des procédures d'insolvabilité dont, notamment, les aspects suivants :

- Conditions pour l'ouverture de procédures d'insolvabilité (raisons de l'insolvabilité) ;
- Aperçu du déroulement des procédures d'insolvabilité ;
- Les intervenants et leurs droits et obligations (y compris, par exemple, l'administrateur d'insolvabilité, les comités d'entreprises/les syndicats, les comités de créanciers, etc.) ;
- Demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ;
- Règlements en matière de fonds d'insolvabilité, le cas échéant ;
- Caractéristiques de la participation des créanciers/employés pendant les procédures ;

- Règles concernant la répartition des revenus ;
- Traitement des licenciements durant une insolvabilité ;
- Règles concernant les éventuels plans sociaux ;
- Degré d'influence des représentants des travailleurs durant les procédures.

Les rapports par pays incluent des études pertinentes de cas d'entreprise (en Allemagne, aux Pays-Bas et en France)¹ exposant la manière dont ces États membres ont abordé des cas d'insolvabilité par le passé ainsi que le degré de participation des employés, de leurs représentants et d'autres parties prenantes concernées dans le processus. Ces études de cas nous permettent aussi d'entrevoir la mesure dans laquelle la culture joue un rôle dans le développement des procédures d'insolvabilité. L'étude concernant l'entreprise Praktiker en Allemagne identifiera en outre les implications et opportunités potentielles que la nouvelle directive européenne pré-insolvabilité aurait eues dans ce cas.

En résumé, par son approche combinée, cette étude comparative fournira de précieux enseignements sur les dispositions légales divergentes relatives à l'insolvabilité actuellement appliquées dans les six pays sélectionnés en mettant l'accent sur les différentes stratégies que ceux-ci adoptent pour aborder les droits, la voix et les préoccupations des travailleurs concernés par une insolvabilité. Les questions de droit du travail, de droits à la participation ainsi que les principaux défis auxquels syndicats, comités d'entreprises et représentants du personnel sont confrontés durant les crises financières et les situations d'insolvabilité seront également dûment abordées.

En plus de ces rapports par pays et des études de cas spécifiques, des lignes directrices destinées aux délégués du personnel seront présentées afin de leur apporter une aide pratique en cas d'insolvabilité mais également en cas de réorganisation dans le cadre de procédures de restructuration préventives et, en même temps, de formuler des demandes clés à faire valoir par les comités d'entreprise et les syndicats auprès de leurs États membres respectifs concernant les questions à prendre en compte dans le cadre de la transposition de la directive en droit national.

1 Allemagne : Praktiker ; Pays-Bas: Imtech N.V. ; France : Chocolaterie de Bourgogne.

RAPPORT PAYS #1

ALLEMAGNE

Par

CHRISTOPHER SEAGON, PRATICIEN DE L'INSOLVABILITÉ, HEIDELBERG

ROBERT SCHEEL, UNIVERSITÉ DE HEIDELBERG

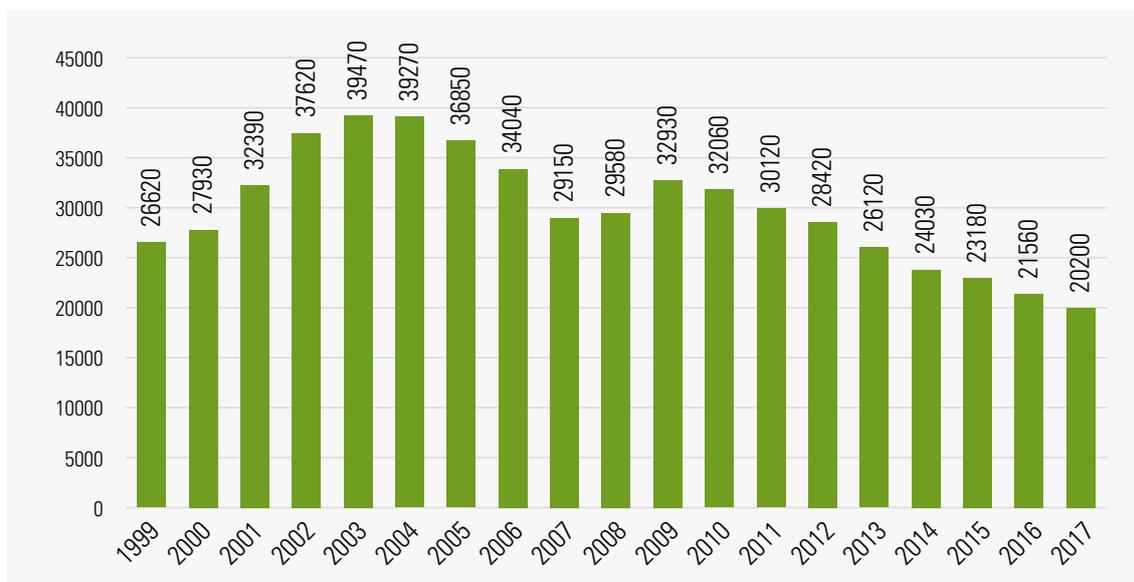


APERÇU STATISTIQUE

En 2017, le nombre de cas d'insolvabilité a continué à nettement baisser. Pour l'ensemble de l'Allemagne, l'Office fédéral de la statistique a recensé environ 116.000 insolvabilités (2016 : 122.590). Il s'agit de la septième année consécutive de baisse et aussi du plus bas niveau depuis 2004. Les cas d'insolvabilité d'entreprises ont chuté de 21.560 à 20.200 (-6,3%). Par rapport au sommet absolu de 2003, lorsque 39.470 cas d'insolvabilité ont été enregistrés, le nombre de cas a diminué de près de moitié. Le niveau le plus bas d'insolvabilités d'entreprise date d'il y a 23 ans, soit en 1994, avec seulement 18.820 cas recensés.

La diminution du nombre d'insolvabilités peut être attribuée au climat macroéconomique favorable de ces dernières années. La charge financière des entreprises emprunteuses a été beaucoup moins lourde que les années précédentes en raison du financement à bas coût (mot-clé : faibles taux d'intérêt) et au rééchelonnement des dettes. Les entreprises ont également bénéficié d'une demande intérieure forte et soutenue. Alors qu'en 2017, la perte moyenne par insolvabilité pour les créanciers privés s'élevait à près de 1 million d'euros, les pertes pour insolvabilités d'entreprise étaient estimées à 26,6 milliards d'euros, soit un léger recul par rapport aux 27,5 milliards d'euros de l'année précédente. Pour les entreprises insolvable, cela représentait une menace – ou, dans certains cas, une perte – d'environ 198.000 emplois à comparer aux 221.000 de l'année précédente.

Fig. 1: Nombre de cas d'insolvabilité d'entreprise en Allemagne de 1999 à 2017²



2 Source: Statista 2018

Fig. 2 : Insolvabilités en Allemagne³

ANNÉE	NO. D'OUVERTURES DE PROCÉDURES D'INSOLVABILITÉ	PROCÉDURES D'INSOLVABILITÉ REJETÉES – POUR MANQUE D'ACTIFS	PROCÉDURES DE RÈGLEMENT OUVERTES / PLAN DE RÈGLEMENT DES DETTES ADOPTÉ	INSOLVABILITÉS	
				TOTAL	DONT INSOLVABILITÉS D'ENTREPRISE
2017	104 287	9 456	1889	115 632	20 093
2016	111 197	9 347	1970	122 514	21 518
2015	115 847	9 711	1880	127 438	23 101
2014	123 231	9 924	1716	134 871	24 085
2013	129 269	10 264	1799	141 332	25 995
2012	137 653	10 826	1819	150 298	28 297
2011	145 702	11 798	1918	159 418	30 099
2010	153 549	12 770	2139	168 458	31 998
2009	147 974	12 935	1998	162 907	32 687
2008	140 979	12 107	2116	155 202	29 291
2007	149 489	13 206	1902	164 597	29 160
2006	143 781	15 607	2042	161 430	34 137
2005	115 470	19 279	1805	136 554	36 843
2004	95 035	21 450	1789	118 274	39 213
2003	77 237	22 134	1352	100 723	39 320
2002	61 691	21 551	1186	84 428	37 579
2001	25 230	22 360	1736	49 326	32 278
2000	19 698	21 357	1204	42 259	28 235

Par rapport au domaine industriel, les secteurs allemands du commerce et des services ont représenté la majorité des cas d'insolvabilité en 2017, soit environ 77,8% du nombre total d'insolvabilités – un pourcentage similaire à l'année précédente. En termes absolus, les secteurs du commerce et des services ont toutefois enregistré une légère diminution respectivement de -4,7 et -4,3.

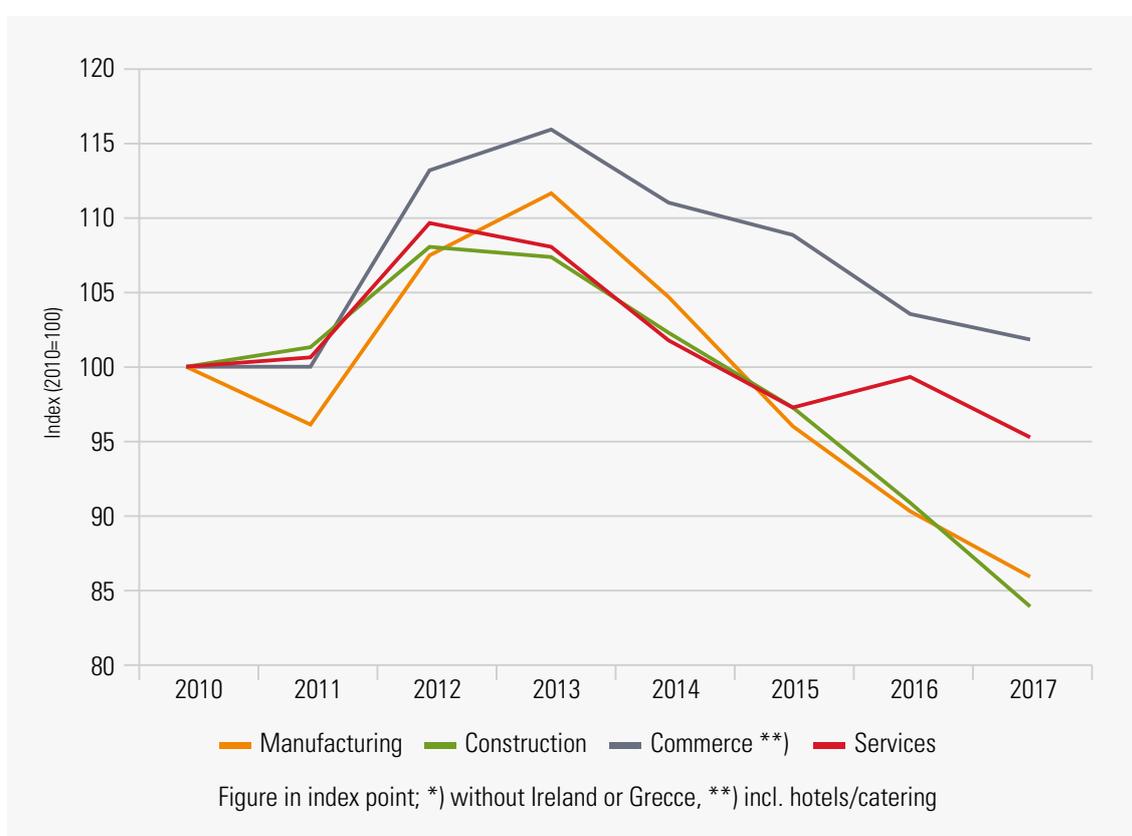
La diminution du nombre d'insolvabilités était supérieure à la moyenne dans deux secteurs spécifiques, à savoir (1) le secteur de la fabrication avec 1.490 cas (-13,9%) et (2) le secteur de la construction avec 3.010 cas (-11,77%). Sur un total de 10.000 entreprises appartenant à ce secteur, 62 cas d'insolvabilité ont été recensés.

3 Source: destatis Statistisches Bundesamt (Office fédéral allemand de la statistique)

Fig. 3 : Insolvabilités par principaux secteurs économiques**

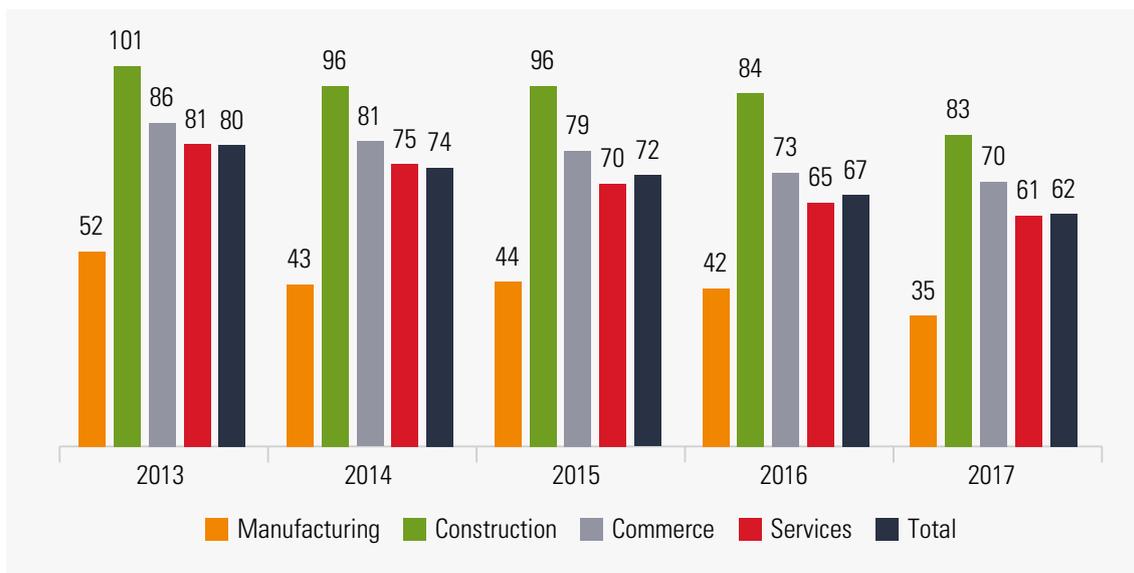
	NOMBRE TOTAL	POURCENTAGE DU TOTAL DES INSOLVABILITÉS	CHANGEMENT EN % PAR RAPPORT À L'ANNÉE PRÉCÉDENTE
Fabrication	1490 (1730)	7.4 (8.0)	-13.9
Construction	3010 (3410)	14.9 (15.8)	-11.7
Commerce	4280 (4490)	21.2 (20.8)	-4.7
Services	11420 (11930)	56.6 (55.3)	-4.3

* Estimation Creditreform ; () = Chiffres de l'année précédente

Fig. 4 : Evolution des insolvabilités par principaux secteurs économiques, 2010 à 2017⁵

4 Source: Creditreform

5 Source: Creditreform

Fig. 5 : Taux d'insolvabilité par principaux secteurs économiques ⁶**Fig. 6 : "Top 10" des industries en péril⁷**

	NOMBRE D'INSOLVABILITÉS PAR 10.000 ENTREPRISES
Travaux de démolition	598
Transports Déménagement/Relocalisation	479
Gastronomie (et boissons)	475
Services postaux, de courrier et de livraison rapide	460
Sociétés de sécurité privées	425
Bars	408
Isolation contre le froid, la chaleur, les sons et les vibrations	408
Nettoyage général des bâtiments	391
Etablissements de plats à emporter et de restauration rapide	389
Pubs	388

Bien que des entreprises telles que Air Berlin et SolarWord aient fait l'objet d'une importante couverture médiatique, la tendance à la hausse du nombre d'insolvabilités moins importantes s'est confirmée tout au long de 2017 : 82,7% de toutes les entreprises insolubles concernent des entreprises employant entre 1 et 5 personnes.

6 Source: Creditreform

7 Source: Creditreform

Fig. 7 : Insolvabilités d'entreprise par nombre d'employés en 2017⁸

	POURCENTAGE D'INSOLVABILITÉS PAR TAILLE DE L'ENTREPRISE
1-5 Personnes	82.7 (81.9)
6-10 Personnes	7.8 (8.0)
11-20 Personnes	4.8 (5.0)
21-50 Personnes	3.1 (3.3)
51-100 Personnes	0.9 (1.1)
+ 100 Personnes	0.7 (0.7)

2. INTRODUCTION

a) Développements juridiques ayant mené au Code d'insolvabilité (InsO)⁹

On peut retracer les **origines du droit allemand de l'insolvabilité** au « Gemeine Recht » (droit commun) (ouvrage de référence : Salgado de Somoza, *Labyrinthus creditorum*, 1665/1672) ainsi qu'au « Partikularrecht » (lois particulières) du 19^{ème} siècle. **Ce sont ces textes qui ont servi de fondement légal au « Konkursordnung » (code de la faillite) de 1877.** Un élément clé de cette loi est appelé « Reichsjustizgesetze » (lois judiciaires impériales) entré en vigueur le 1.10.1879. La loi sur la faillite a rationalisé plusieurs lois existantes en matière d'insolvabilité telles que la loi prussienne sur la faillite de 1855, le règlement de la cour bavaroise de procédure de 1807/38 ainsi que le code de commerce de 1807/38.

Tout au long du 20^{ème} siècle, la loi sur la faillite a connu de nombreux aménagements. La **loi sur le paiement des pertes pour cause de faillite du 17 juillet 1974** est particulièrement importante car elle renforce considérablement la position des employés en cas de faillite.

Après la réunification allemande, un nouvel instrument appelé Décret d'application allemand (GesO) est entré en vigueur dans les états de l'ex-RDA en introduisant des dispositions juridiques provisoires et très fragmentées pour les procédures d'insolvabilité devant les tribunaux qui, pour l'essentiel, mélangeaient et combinaient des éléments de la loi sur la faillite de 1877, des règles de liquidation de 1935 et du GesO de 1990. Cet arrangement provisoire a persisté jusqu'en 1998.

Les réformes de la loi sur la faillite, un processus qui ne se limitait pas à l'Allemagne et qui avait débuté dans les années 1970, ont été rassemblées dans l'« Insolvenzordnung » de 1994 – **le Code d'insolvabilité (InsO en abrégé)** – qui, malgré son titre, n'est entré en vigueur que le 1^{er} janvier 1999. Dès les années 1988/89, le Ministère fédéral de la justice a présenté un document de discussion sur un « Projet de réforme du code d'insolvabilité » suivi par un projet de loi en 1989.

b) Amendements importants de l'InsO avant et depuis son entrée en vigueur¹⁰

Les premiers amendements de l'InsO avaient déjà été apportés avant son entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1999. Parmi les plus importants, on notera (1) § 1 KSchG & § 113 BetrVG (NdT : la loi sur les comités d'entreprise), modifiés par la **Loi sur la promotion de l'emploi du 13.9.1996** ainsi que (2) §§ 113, 120-122, 125-128, qui ont subi plusieurs profondes modifications – principalement dans leur formulation, par ex. "Konkursverwalter" (administrateur

8 Source: Creditreform

9 Les explications suivantes sont tirées d'Insolvenzordnung, par K. Schmidt, 19th éd. 2016, introduction, sections 1-4.

10 Les explications suivantes sont tirées d'Insolvenzordnung, par K. Schmidt, 19th éd. 2016, introduction en section 7 et seqq.

judiciaire) – destinées aux anciens états fédéraux d'Allemagne de l'Ouest. Depuis son entrée en vigueur, l'InsO a aussi connu plusieurs modifications et amendements, notamment : (1) la simplification de l'InsO de 2007, (2) le MoMiG, (3) la Loi sur la restructuration ainsi que (4) l'ESUG, la loi destinée à faciliter la restructuration des entreprises. D'autres facteurs ayant contribué à ses multiples révisions incluent l'introduction d'une loi internationale sur l'insolvabilité.

3. CONDITIONS POUR L'OUVERTURE DE PROCÉDURES D'INSOLVABILITÉ (RAISONS DE L'INSOLVABILITÉ)¹¹

Outre l'**illiquidité** (§ 17¹²) et le **surendettement** (§ 19), l'InsO inclut l'**illiquidité imminente** comme raison d'insolvabilité (§ 18). Celle-ci permet au débiteur – ou à la société débitrice – de se protéger suffisamment tôt à travers les procédures judiciaires d'insolvabilité et, ainsi, d'assurer un règlement ordonné et la satisfaction des créanciers ou une restructuration. En principe, les procédures d'insolvabilité ne devraient débiter que lorsque le demandeur/requérant est en situation de « Zahlungsunfähigkeit » (**incapacité de payer, c.-à-d. illiquidité**) (§ 17). Le surendettement n'est considéré comme raison d'insolvabilité que pour les entités juridiques et les partenariats (§ 19 para. 3) ainsi qu'en cas de « Nachlass » (droit de propriété héréditaire) (§§ 320 phrase 1, 333 para. 1).

Les principales raisons d'insolvabilité sont juridiquement définies dans l'InsO. Selon le paragraphe 17, les débiteurs sont insolubles s'ils sont incapables d'honorer toutes leurs obligations de paiements échus. L'insolvabilité est généralement supposée dès que le débiteur arrête de payer. De même, le débiteur entre en état d'illiquidité imminente s'il est incapable de faire face à ses obligations de paiement existantes à heure et à temps (§ 18, section 13). Le surendettement intervient lorsque les actifs du débiteur ne couvrent plus tous ses engagements existants sauf si, dans certaines circonstances, la poursuite des activités est considérée probable.

Les raisons de l'insolvabilité sont définitives. Elles sont toutefois interchangeables en cours de procédure. Le tribunal de l'insolvabilité est en effet autorisé à ouvrir une procédure d'insolvabilité pour cause de surendettement même lorsque le débiteur n'a initialement fait état que de son insolvabilité et vice versa. Cependant, lorsque qu'il s'agit d'un créancier qui se déclare insolvable, l'illiquidité imminente ne constitue pas une raison pour ouvrir une procédure d'insolvabilité puisque cette raison n'est reconnue comme valable que dans le cas d'une procédure initiée par le débiteur. Les demandes propres faisant référence à une « illiquidité imminente » comme principale raison pour l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité peuvent très bien être revues par le tribunal qui peut considérer ces cas comme relevant du surendettement (§ 18, para. 13). Le tribunal de l'insolvabilité doit toutefois étendre ses investigations à toutes les raisons d'insolvabilité admissibles. Ceci est dû au fait que de nombreux débiteurs ou sociétés débitrices qui introduisent une déclaration d'insolvabilité pour raison d'illiquidité imminente sont souvent surendettés. Dans ces cas, plus particulièrement s'il y a obligation d'introduire une demande, le tribunal doit ouvrir le dossier pour raison de surendettement de telle sorte que les dispositions des sections §§ 26 (3) et (4), 92 (provisions pour charges liées au retard des procédures d'insolvabilité) soient respectées.

4. BREF APERÇU DU DÉROULEMENT DES PROCÉDURES D'INSOLVABILITÉ

L'insolvabilité relève avant tout d'une procédure civile. En conséquence, l'ouverture d'une procédure est subordonnée au dépôt d'une plainte (principe de la demande).

11 Cf. Mock, in: Uhlenbruck, InsO, § 16 marginal 5 f.

12 Les paragraphes suivants sans désignation juridique font tous référence à l'InsO.

a) Demande d'insolvabilité (c.-à-d. ouverture d'un dossier pour insolvabilité)

Seul le débiteur (demande propre) ou un créancier (demande externe) peut être le requérant. La demande doit être basée sur une raison d'insolvabilité (voir ci-dessus) et doit être faite par écrit.

b) Création potentielle d'un comité provisoire des créanciers

Le comité provisoire des créanciers apparaît pour la première fois être inclus dans l'ESUG. En pratique, de tels comités existaient bien avant l'entrée en vigueur de l'ESUG, particulièrement dans les procédures à grande échelle. Ils ne reposaient toutefois sur aucune base légale. Une distinction doit ici être faite entre comités de créanciers obligatoires, requis ou optionnels. Seuls les créanciers ou les futurs créanciers peuvent être désignés comme membres, voir §§ 21 para. 2 phrase 1 no. 1a, para. 1, 67 para. 2. Conformément au § 67 para. 2, les principaux représentants des créanciers incluent : (1) les créanciers ayant droit à un traitement distinct, (2) les créanciers de l'insolvabilité détenant les créances les plus élevées, (3) les petits créanciers et un représentant des employés.

Dans le cas où un comité d'entreprise existe, il est conseillé de nommer le président du conseil d'entreprise comme président du comité des créanciers. Ses tâches incluent :

- le soutien et la supervision de l'administrateur d'insolvabilité provisoire ;
- le droit de participer à la nomination d'un administrateur temporaire.

c) Phase d'expertise

Dès réception de la demande d'insolvabilité, le tribunal de l'insolvabilité procède à l'examen de l'admissibilité générale de la demande. Si les critères d'admissibilité sont remplis, le tribunal doit ensuite décider si la procédure d'insolvabilité doit ou non être entamée. Cette décision repose sur deux facteurs essentiels, à savoir : (1) l'existence d'une raison d'insolvabilité et (2) la garantie que les coûts de la procédure peuvent être couverts. Après identification de la raison de l'insolvabilité et d'actifs suffisants, la procédure d'insolvabilité sera lancée. Dans le cas contraire, la procédure sera annulée. Les tribunaux de l'insolvabilité ont souvent recours à des experts pour examiner et déterminer si les critères d'admissibilité sont tous respectés. Ces experts soumettent ensuite un avis écrit au tribunal qui peut influencer sa décision finale.

d) Administration provisoire (de l'insolvabilité)

En plus de l'avis écrit d'un expert, le tribunal a également la possibilité d'ordonner des mesures visant à garantir les « Massverbindlichkeiten » (le passif de masse). Dans ce cas, le tribunal désigne généralement ce qu'on appelle un administrateur d'insolvabilité provisoire. Cet administrateur doit s'assurer que les opérations de la société débitrice ne soient pas mises à l'arrêt dans l'attente qu'une décision sur l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité soit prise. En effet, la fermeture complète ou partielle d'une entreprise aurait un impact significatif sur les droits du débiteur puisqu'il serait privé de la possibilité de continuer ses activités alors que la raison de l'insolvabilité n'a même pas encore été établie.

Si une interdiction générale de cession est imposée au débiteur, un administrateur d'insolvabilité dit fort entre en scène qui dispose de larges pouvoirs dont celui d'administrer et de réaliser les actifs du débiteur. Si, au contraire, une telle interdiction n'est pas imposée, un administrateur d'insolvabilité dit faible est désigné dont les tâches, droits et obligations spécifiques sont déterminés par le tribunal.

e) Ouverture d'une procédure d'insolvabilité

Le tribunal de l'insolvabilité ouvre la procédure par le biais d'une résolution. A l'ouverture de la procédure, les pouvoirs administratifs et de cession du débiteur sont transférés à l'administrateur de l'insolvabilité. En vertu de la loi, les affaires en cours sont alors suspendues. L'administrateur détermine les éléments d'actif et de passif à partir de l'ouverture de la procédure.

f) Date du rapport (assemblée des créanciers)

Au cas où une procédure d'insolvabilité est ouverte, la date du rapport (appelé rapport à l'assemblée des créanciers) est décisive. L'assemblée des créanciers sera approuvée par le tribunal de l'insolvabilité. Les personnes autorisées à participer à cette assemblée sont : (1) tous les créanciers de l'insolvabilité, (2) l'administrateur de l'insolvabilité, (3) les membres du comité des créanciers et (4) le débiteur. Ces personnes doivent faire rapport à l'administrateur de l'insolvabilité de la situation économique du débiteur et expliquer quelles sont les principales raisons des difficultés financières de la société. Elles doivent également indiquer s'il existe des perspectives de maintien, en tout ou partie, de la société du débiteur et quelles sont les options pour un plan d'insolvabilité. Sur base et à la date du rapport de l'administrateur de l'insolvabilité, l'assemblée des créanciers décide si la société du débiteur doit être fermée ou si ses activités peuvent être provisoirement poursuivies. L'assemblée peut également donner instruction à l'administrateur d'établir un plan d'insolvabilité et ses objectifs. De plus, elle doit prendre attitude concernant tous les actes juridiques importants.

g) Date d'examen

A cette date, l'administrateur de l'insolvabilité doit fournir au tribunal une note explicative sur les créances qui ont été introduites. Lorsque, en sa qualité de créancier, un requérant n'obtient pas de réaction de la part de l'administrateur de l'insolvabilité après qu'une créance ait été déposée en temps opportun, la créance en question est inscrite au tableau des créances, § 179 paragraphe 3 phrase 3 InsO.

h) Phase de règlement

Durant cette phase, l'administrateur de l'insolvabilité met en œuvre les résolutions adoptées lors de l'assemblée des créanciers, liquide les actifs existants et complète le « tableau de l'insolvabilité ». Suivant l'ampleur du processus et les circonstances particulières, cette phase peut durer de six mois à plusieurs années.¹³

i) Rapport final et date limite

Après que tous les actifs ont été liquidés et que toutes les créances d'insolvabilité ont finalement été examinées, l'administrateur de l'insolvabilité présente un rapport final et les comptes définitifs au tribunal de l'insolvabilité.

Si le tribunal, n'a pas d'autres questions, il programmera une réunion de clôture. Dans le cas de procédures d'insolvabilité moins importantes, cela peut se faire par écrit. Lors de la réunion de clôture, l'administrateur de l'insolvabilité fait un rapport final sur la procédure d'insolvabilité.

j) Répartition des actifs

Après la date de clôture, le tribunal de l'insolvabilité approuve la répartition finale des actifs suivant la liste de distribution telle que présentée pour autant qu'aucune objection ne soit émise. L'ordre de répartition défini par la loi doit être respecté.

k) Abrogation

Une fois que les actifs ont été distribués, le tribunal annule la procédure d'insolvabilité. Dans le cas de procédures d'insolvabilité concernant les actifs d'une GmbH (NdT : société à responsabilité limitée) ou d'une GmbH & Co. KG (NdT : société en commandite à responsabilité limitée), les procédures d'insolvabilité ont été clôturées. La période de bonne conduite ne suit que dans le cas de procédures d'insolvabilité concernant les actifs de personnes physiques.

l) Décharge de dette résiduelle, le cas échéant (pour les personnes physiques uniquement)

13 Des circonstances particulières existent ici pour le « Massenunzulänglichkeit », ce qu'on appelle les « insuffisances de l'insolvabilité ». Dans ce cas, il est mis fin à la procédure après que les coûts de procédure et les créances sur actifs aient été remboursés.

5. LE RÔLE DE LA CODÉTERMINATION ET DES COMITÉS D'ENTREPRISE DANS LES CAS D'INSOLVABILITÉ

Aux termes de la loi sur les comités d'entreprise, les obligations entre employeur et comité d'entreprise ne sont pas affectées par une insolvabilité. En cas d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, le rôle du comité d'entreprise reste inchangé pour toute la durée de son mandat. De nouvelles élections sont également possibles durant une procédure d'insolvabilité dans la mesure où une activité compatible avec les fonctions du comité d'entreprise est maintenue. Les droits de participation et de codétermination du comité d'entreprise ne sont pas non plus limités par l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Ces droits sont plutôt liés à des questions soulevées par l'insolvabilité qui concernent les travailleurs.

Comme le prévoit la loi sur les comités d'entreprise, l'employeur reste partie prenante durant la procédure d'insolvabilité. Néanmoins, dès l'ouverture de la procédure, il perd le pouvoir de gérer et de disposer de tous les actifs appartenant à la masse de l'insolvabilité (§ 80 para. 1 de l'InsO). Dès lors, selon la loi sur les comités d'entreprise, seul l'administrateur de l'insolvabilité doit, dans le cadre juridique de cette même loi, exercer les droits et obligations de l'employeur. Toutefois, si le tribunal de l'insolvabilité ordonne au débiteur de gérer lui-même les actifs (Eigenverwaltung), celui-ci garde en grande partie sa position d'employeur.

Conformément aux § 77 (5) BetrVG et § 120 (1) phrase 2 InsO (§ 77 (1) BetrVG), l'administrateur de l'insolvabilité doit respecter et appliquer les accords d'entreprise existants en tenant compte de leur clause de sortie. Dans la mesure où il est possible de sortir d'un accord d'entreprise, les répercussions du § 77 (1) BetrVG doivent être considérées, l'InsO § 120 (1) prévoyant une période de préavis de trois mois pour la sortie d'un accord d'entreprise déficitaire pour autant qu'une période plus longue ait été acceptée. L'administrateur doit également adhérer aux principes généraux de coopération avec le comité d'entreprise conformément aux sections 74 et seqq. de la loi allemande sur les sociétés par actions. Il doit en outre tenir compte des modalités particulières de participation et de codétermination relatives aux affaires sociales, de personnel et économiques des §§ 87 ff., 92 ff., 106 ff. BetrVG. Ainsi, hormis les règles particulières de la loi sur l'insolvabilité en matière de changements opérationnels, la compétence statutaire ou contractuellement convenue de l'organe de conciliation ne sera pas affectée par l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité (§ 76 BetrVG).

Conformément au § 21 II No. 1 InsO, le débiteur-employeur ne continuera à exercer et à jouir de ses droits aux termes de la loi sur les comités d'entreprise que pendant la période entre le dépôt de sa déclaration d'insolvabilité et l'ouverture d'une procédure tant que l'autorité administrative et de cession des actifs n'a pas été transférée à un administrateur provisoire. Si une interdiction de cession est imposée au débiteur, l'administrateur provisoire est autorisé à initier ou à prendre les mesures nécessaires dès l'ouverture de la procédure (§ 22 I InsO to). Il est donc important pour les administrateurs d'insolvabilité provisoires de garder à l'esprit le § 121 BetrVG, particulièrement si l'obligation d'informer le comité économique et le comité d'entreprise selon les sections 106, 111 BetrVG n'a pas été correctement remplie.

6. SÉLECTION ET NOMINATION DE L'ADMINISTRATEUR D'INSOLVABILITÉ

Le § 56 para. 1 phrase 1 pose qu'une personne physique – qui peut être un expert des affaires indépendant des créanciers et du débiteur – doit être désignée comme administrateur d'insolvabilité durant la procédure. Outre son rôle dans le comité des créanciers, cet administrateur est un acteur important dans la procédure d'insolvabilité. La vérification de ses qualifications est régie par le § 56, une tâche compliquée qui fait de cette désignation l'une des décisions procédurales les plus difficiles du tribunal. Il faut ici faire la distinction entre la pré-sélection de l'administrateur de l'insolvabilité et la nomination subséquente dans le cas individuel particulier. Veiller à l'égalité d'accès à la fonction d'administrateur demande une conception procédurale permettant au juge de mener un rapide test d'aptitude dans

les cas urgents.¹⁴ Ceci est garanti par la liste de pré-sélection qui, après confirmation de leur aptitude fondamentale, donne l'occasion aux candidats d'être nommés experts, mandataires, administrateurs ou administrateurs d'insolvabilité pour de futures procédures d'insolvabilité. La liste de pré-sélection doit être conservée par le tribunal.

7. “INSOLVENZGELD” (FONDS D'INSOLVABILITÉ) ET PRÉFINANCEMENT DU FONDS D'INSOLVABILITÉ¹⁵

Habituellement, le point de départ porte sur les rémunérations et salaires échus des employés pour le mois durant lequel la demande d'insolvabilité est intervenue. Le fonds d'insolvabilité est un paiement de remplacement des salaires émanant de l'Office de l'emploi. Le § 614 du code civil allemand (BGB) oblige l'employé de s'acquitter de son travail par anticipation et sur base régulière sans disposer garantie. D'autre part, l'employeur paie les rémunérations a posteriori – après que le travail ait été effectué par l'employé, c.-à-d. à la fin du mois. Afin d'assurer les salaires des employés, l'assurance constituée par les retenues à la source (§§ 358 to 361 SGB III), financée par l'ensemble des employeurs, garantit leurs créances en matière de salaires et de cotisations dans le cas d'une insolvabilité de l'employeur. Quoique, à l'origine, cette protection n'a pas été créée dans l'intérêt des entreprises insolubles, il s'agit d'un effet secondaire positif qui s'est révélé dans la pratique puisque le fonds d'insolvabilité constitue un moyen efficace de générer des liquidités. Les employés sont également prêts à continuer à travailler jusqu'à trois mois si les paiements de leurs rémunérations et salaires sont échus pour des raisons d'insolvabilité. Outre le fait que ce fonds constitue une garantie pour les employés, il rend également possible la restructuration d'une entreprise (le fonds d'insolvabilité en tant qu'aide à la restructuration). De plus, il permet de préserver l'emploi et de prémunir les assureurs de l'assurance sociale de la perte de cotisations (§ 175 SGB III). En tant que procédures de réorganisation, toutes les procédures d'insolvabilité servent également les intérêts des créanciers. L'utilisation du fonds d'insolvabilité comme instrument à la disposition de l'État est une particularité allemande qui ne constitue pas une aide d'État contraire au droit européen.¹⁶ Le fait que de l'argent soit injecté de l'extérieur dans les procédures d'insolvabilité est unique à cet égard. Un effet secondaire indésirable doit toutefois être signalé : théoriquement, un employeur insoluble pourrait utiliser le fonds d'insolvabilité pour retarder la procédure.

Conformément au § 165 paragraphe 3 du livre trois du code de droit social (SGB III), un « Insolvenzereignis » (événement d'insolvabilité) est une condition préalable à un appel au fonds d'insolvabilité par un salarié employé en Allemagne. De même, une perte de rémunération et la remise en temps opportun d'une demande de paiement sont obligatoires pour motiver un appel au fonds d'insolvabilité (§ 324 paragraphe 3 phrase 1 SGB III). Comme le stipule le § 167 (1) du livre trois du code de droit social (SGB III), le fonds d'insolvabilité intervient à hauteur de la rémunération nette. L'appel au fonds d'insolvabilité est possible pour les rémunérations échues des trois derniers mois de la relation de travail (soit la période couverte par le fonds d'insolvabilité) précédant l'insolvabilité (§ 165 paragraphe 1 S. 2 SGB III). Il est important de noter que le jour du lancement de la procédure d'insolvabilité n'est pas considéré comme faisant partie de la période couverte par le fonds d'insolvabilité.

Des problèmes pratiques tendent cependant à surgir. Notamment parce qu'un appel au fonds d'insolvabilité ne peut être fait par l'employé qu'après la survenance de l'« événement d'insolvabilité » et que le paiement n'interviendra que plus tard, particulièrement parce que les rémunérations et salaires étaient déjà impayés avant l'introduction de la demande d'insolvabilité. Selon le § 337 III 2 SGB III, le fonds d'insolvabilité n'intervient que rétrospectivement pour la période durant laquelle il a été sollicité. Pour les employés d'une société insoluble, cela signifie qu'ils devraient attendre trois mois, voire davantage, sans être payés. L'employé moyen aura dès lors besoin d'une aide sociale. De plus, les paiements du fonds d'insolvabilité arrivent régulièrement trop tard pour rencontrer les besoins des employés en matière de pension.

14 BVerfG NZI 2009, 641, 642 section 10

15 See also Hunold, NZI 2015, 785 ff.

16 Une condition préalable à un paiement du fonds d'insolvabilité est que le salarié soit employé en Allemagne. Toutefois, en pratique, des salariés travaillant à l'étranger sont souvent inclus.

Outre la démotivation de la main-d'œuvre, l'absence de rémunération permet à l'employé d'exercer un droit de rétention allant jusqu'à la résiliation (personnelle) extraordinaire de son contrat de travail (§ 626 BGB). En conséquence, la société débitrice pourrait à nouveau encourir un déficit en raison du manque de personnel et finalement mettre en péril une restructuration potentielle réussie. Le maintien des activités dépend de la capacité de financement des rémunérations de la main-d'œuvre.

La période allant de la remise de la demande d'insolvabilité et au paiement par le fonds d'insolvabilité peut être couverte par un préfinancement. Sans préfinancement, l'administrateur provisoire serait contraint d'utiliser les derniers actifs liquides. Le préfinancement des créances salariales est entre autres destiné à persuader les employés de continuer à travailler dans le cas d'une insolvabilité de leur employeur. C'est également essentiel pour préserver l'emploi, augmentant ainsi les chances de restructuration ou, à tout le moins, les chances d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Le préfinancement est assuré par la banque qui achète, à leur valeur nominale, les créances salariales des employés envers leur employeur (procédure de rachat de dette). En échange, l'employé reçoit un paiement (prix d'achat) correspondant à sa rémunération nette au titre du fonds d'insolvabilité. Après la survenance de l'événement d'insolvabilité, la banque de préfinancement complète les créances à l'égard du fonds d'insolvabilité accessoires aux créances salariales déjà acquises conformément au § 170 paragraphe 4 SGB III en vertu duquel deux conditions doivent être remplies pour le préfinancement du fonds d'insolvabilité. Premièrement, une cession effective du droit de rémunération et, deuxièmement, l'accord de l'Office de l'emploi pour le transfert et l'engagement envers la tierce partie. Une fois l'événement d'insolvabilité intervenu, cet accord n'est plus requis.

8. PARTICIPATION DES CRÉANCIERS ET DES EMPLOYÉS DURANT LA PROCÉDURE D'INSOLVABILITÉ – PARTICULARITÉS¹⁷

Un des principaux objectifs de l'InsO est d'étendre et de renforcer les droits des créanciers en cas d'insolvabilité.¹⁸ Les expériences antérieures ont montré que la participation des créanciers est relativement faible, principalement parce que seuls les créanciers majeurs participent aux assemblées des créanciers.

Malgré cela, les changements législatifs introduits par l'InsO ont motivé les créanciers à exercer leurs droits durant les procédures d'insolvabilité. Cela devient particulièrement évident au cours des processus suivants : (1) la décision à prendre par les créanciers le jour du rapport sur le type de liquidation conformément aux §§ 156, 157 InsO, (2) la décision d'accorder ou non au débiteur la possibilité d'autogestion sous la supervision d'un administrateur et (3) l'adoption d'un plan d'insolvabilité. Grâce à cela, les créanciers sont maintenant obligés de bien davantage exercer leurs droits de participation que ce que leur imposaient les règles antérieures.¹⁹ Aujourd'hui, les créanciers ont notamment le pouvoir de décider de l'adoption d'un plan d'insolvabilité s'ils estiment que ce type de liquidation est plus judicieux et efficace que le démantèlement des actifs du débiteur dans le seul but de régler les créances. Le champ d'action étendu accordé au débiteur par le code d'insolvabilité (selon les §§ 286 ff. InsO) entraîne également un besoin accru d'informations de la part des créanciers, besoin qui peut être au mieux satisfait par le biais de la « Gläubigerselbstverwaltung », l'autogestion des créanciers. La question de l'analyse coûts-bénéfices de la participation dans les organes d'autogestion des créanciers persiste même après l'entrée en vigueur des règles en matière d'insolvabilité. Toutefois, même le code d'insolvabilité révisé n'offre pas nécessairement de garantie d'une amélioration significative des perspectives de règlement. Se situant autour des 5%, le taux de règlement dans les cas d'insolvabilité d'entreprise reste plutôt médiocre. La participation continue d'être soutenue par des créanciers séparés tels que les « banques-maison » ainsi que d'autres créanciers institutionnalisés comme les autorités fiscales et l'association de protection des retraites qui tous défendent leurs propres intérêts. A ce propos, on notera qu'une participation des créanciers non garantis n'est guère visible.

17 Voir Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus, Code d'insolvabilité, 2ème édition 2010, Chapitre 16 section 1 ff.

18 Déclaration explicative sur RegE, BT-Drucks. 12/2443

19 Toutes les règles relatives à la participation des créanciers se trouvent dans les §§ 67 à 79 InsO.

L'InsO fait la distinction entre le **comité des créanciers** régi par les §§ 67 à 73 InsO et l'**assemblée des créanciers** régie par les §§ 74 à 79 InsO. L'assemblée des créanciers est l'organe de base d'autogestion des créanciers. Le comité des créanciers est essentiellement l'organe central de supervision des créanciers pour les procédures d'insolvabilité dont les fonctions sont comparables à celles d'un conseil de surveillance.²⁰ La relation entre le comité des créanciers et l'administrateur de l'insolvabilité se caractérise par l'obligation incombant au comité de soutenir et de contrôler l'administrateur conformément au § 69 paragraphe 1 InsO. Les paragraphes § 21 (2) No. 1a InsO et § 69 InsO sont également applicables au comité provisoire des créanciers durant l'ouverture de la procédure. Les droits et obligations du **comité des créanciers** sont les suivants :

- conformément au § 69 S. 2 InsO, ils doivent être informés à propos de la conduite des activités, examiner les comptes et les papiers d'affaires, veiller au contrôle des transactions monétaires et des avoirs ;
- le droit de participer à la nomination de l'administrateur d'insolvabilité provisoire/l'administrateur spécial (§ 57a paragraphe 2 InsO) ;
- le droit d'introduire une demande de révocation de l'administrateur (§ 59 paragraphe 1 phrase 2 InsO) ainsi que de convoquer une assemblée des créanciers conformément au § 75 paragraphe 1 No. 2 InsO. Les obligations du comité incluent en outre l'introduction d'une demande d'annulation de la réunion lorsque la perspective d'une restructuration réussie disparaît (§ 270b paragraphe 4 No. 2 et No. 1 InsO) ;
- le droit à l'information vis-à-vis du débiteur (§ 97 paragraphe 1 InsO) ;
- le droit de consentement pour les actes juridiques posés par l'administrateur (§ 160 paragraphe 1 phrase 1, paragraphe 2 InsO)
- le droit de participer à la répartition du produit (*NdT : de la vente des actifs*), l'interruption ou l'annulation de la procédure, la préparation et la mise en œuvre du plan d'insolvabilité et l'autogestion.

L'importance de l'assemblée des créanciers a encore été renforcée par le code d'insolvabilité. Les décisions fondamentales sur la manière dont la procédure doit être appliquée sont maintenant également prises par l'assemblée. La section 157 de l'InsO stipule qu'il ne peut dorénavant plus y avoir aucun retard à entrer en liquidation contre la volonté des créanciers. Le débiteur n'a la possibilité de réorganiser que s'il convainc les créanciers que son projet de réorganisation débouchera sur un meilleur règlement que la liquidation de ses actifs.

L'importance de la participation des créanciers dans la procédure d'insolvabilité se reflète dans les résolutions finales soumises à la décision de l'assemblée.

Les décisions de l'**assemblée des créanciers** portent sur :²¹

- la révocation et la réélection de l'administrateur de l'insolvabilité (§ 57 InsO) ;
- l'introduction d'une demande de révocation de l'administrateur (§ 59 InsO) ;
 - ceci se traduit par un renforcement de la position des employés car, conformément au § 67 paragraphe 2 phrase 2 InsO, ils doivent être représentés à l'assemblée des créanciers et, étant donné l'exigence d'unanimité pour la nomination d'un administrateur, ils ont une grande influence sur la procédure.
- la constitution d'une assemblée des créanciers et, au besoin, sa composition et ses pouvoirs (§ 68 paragraphe 1 InsO) ;
- la question de savoir si la société insolvable doit fermer ou provisoirement poursuivre ses activités (§ 157 InsO) ;

²⁰ Le but de ceci est de clarifier les obligations de contrôle et de soutien du comité envers l'administrateur.

²¹ On trouvera une liste plus détaillée dans Hess, Großkommentar Insolvenzrecht, Volume I, §§ 1-112 InsO, 2nd ed. 2013, § 74 marginal 23 f.m.w.N.

- de nombreuses mesures si une assemblée des créanciers n'a pas été constituée (par ex. si la société ou l'entreprise doit être vendue, § 160 paragraphe 2 No. 1 InsO).

L'**assemblée des créanciers** peut, entre autres choses, également :

- demander à l'administrateur de l'insolvabilité de fournir des informations individuelles et un rapport sur l'état actuel des affaires (§ 79 InsO) ;
- exiger des informations du débiteur à propos des circonstances ayant mené à la procédure (§ 97 InsO) ;
- faire vérifier toutes les transactions monétaires et actions de l'administrateur ;
- demander la poursuite de la liquidation malgré le plan d'insolvabilité (§ 233 InsO).

9. QUELLES SONT LES RÈGLES APPLICABLES À LA DISTRIBUTION DES REVENUS ? COMMENT LES CRÉANCES ET DROITS DES CRÉANCIERS SONT-ILS CLASSÉS ? COMMENT LES CRÉANCES DES EMPLOYÉS SONT-ELLES TRAITÉES ?

La procédure d'insolvabilité a pour objectif de conjointement satisfaire les créanciers. Cela se fait habituellement par la réalisation des actifs du débiteur et la répartition des produits de la vente (§ 1 phrase 1 InsO). Cette répartition se fait de différentes façons suivant la qualité juridique de la créance du créancier :²²

a) Ajustement des créances sur actifs

Les créances sur actifs sont les **coûts de la procédure d'insolvabilité** et d'**autres engagements** (§§ 53 ff. InsO). L'administrateur est obligé de payer, **à l'avance** et en totalité, toutes les créances sur actifs connues de lui. Ce n'est qu'alors que les déclarations de créance des créanciers seront corrigées (§§ 38-46 InsO). Le passif de l'insolvabilité n'est pas inclus dans le tableau des créanciers et la répartition des revenus n'influence pas non plus la correction de leurs déclarations (§§ 187-205 InsO).

Si les actifs existants couvrent les coûts de la procédure mais pas les autres engagements, les **actifs sont alors insuffisants** comme stipulé au § 208 InsO. Si le liquidateur rapporte ce fait au tribunal de l'insolvabilité, le règlement des créanciers se fera en fonction du classement défini au § 209 paragraphe 1 InsO. En principe, après les coûts de la procédure d'insolvabilité, les nouveaux engagements d'actifs doivent être ajustés avant les anciens. Si des déclarations de créances affirmées liées au passif de l'insolvabilité ne sont pas reconnues par l'administrateur, les créanciers peuvent affirmer leurs créances par voie de contentieux.

b) Satisfaction des créanciers privilégiés

Les créanciers pouvant être séparés (§§ 49-51 InsO) ont droit à un **traitement préférentiel** lors de la liquidation (**Verwertung**) des actifs appartenant à la masse de l'insolvabilité – ce qui, pour eux, fait office de garantie mais déroge au principe d'égalité de traitement. Le créancier peut enregistrer sa créance pour le défaut (concernant la sûreté) dans le tableau et la faire reconnaître en conséquence. Il n'obtiendra toutefois satisfaction au prorata de sa créance personnelle d'un montant équivalent à la perte résiduelle après liquidation de la sûreté. Si, inversement, un surplus se dégage de la vente ou de la liquidation, il **alimentera l'ensemble des créanciers**. Les créanciers de l'insolvabilité pourront ainsi être satisfaits/réglés.

²² Voir Beck, in: Beck/Depré, Praxis der Insolvenz, 3rd ed. 2017, § 1 section 113 ff.

c) Règlement (proportionnel) des créanciers de l'insolvabilité

i. Général

La répartition des actifs de l'entreprise insolvable au sens des §§ 187 ff. de l'InsO signifie que les revenus de la liquidation sont distribués aux créanciers de l'insolvabilité après que les créances sur actifs et les créances des « absonderungsberechtigte Gläubiger » (créanciers séparés) aient été ajustées. Afin de distribuer aussi vite que possible les revenus de la liquidation aux créanciers, le code d'insolvabilité en son § 187 para. 2 prévoit une **distribution partielle**. La **distribution finale** détermine le taux auquel tous les créanciers séparés sont indemnisés. Si des revenus de la liquidation sont encore disponibles **au terme de la distribution finale**, voire même après l'annulation de la procédure d'insolvabilité, ils peuvent être distribués conformément aux sections 203 et seq. de la loi allemande sur les sociétés par actions au titre de ce qu'on appelle une « Nachtragsverteilung » (*NdT : distribution ultérieure*) (AktG).

ii. Liste de distribution

En principe, seuls les créanciers de l'insolvabilité (§ 38 InsO) participent à la distribution. Celle-ci est basée sur une **liste de distribution** établie par l'administrateur de l'insolvabilité conformément au § 188 InsO et qui constitue finalement le tableau actualisé des créances **tenant compte de toutes les créances reconnues** telles que (1) les créances titrées, (2) les créances pour lesquelles une preuve est fournie à l'administrateur dans un délai de deux semaines après l'annonce publique (§ 188 S. 3 InsO) qu'une action déclaratoire a été reçue ou qu'un procès est en attente (§ 189 InsO), (3) les créances pour lesquelles des garanties existent – celles-ci ne sont toutefois prises en compte que lorsque l'administrateur de l'insolvabilité a le pouvoir de liquider ou quand il est clair que les revenus de la liquidation des garanties ne sont pas suffisants pour couvrir la créance.

L'inclusion de créances dans la liste de distribution n'équivaut pas à leur satisfaction (proportionnelle). Des paiements ne sont faits qu'aux créanciers dont les créances sont reconnues et dans la mesure où les actifs disponibles sont suffisants. Les créances s'accompagnant de conditions suspensives ainsi que les créances qui n'ont pas encore été reconnues sont retenues pour distribution ultérieure. Cependant, ces créances sont incluses dans le calcul des quotas de distribution et sont dès lors prises en compte au sens du § 188 S. 1 InsO.

iii. Budget pour distribution

Selon le § 187 paragraphe 2 du code d'insolvabilité, l'administrateur de l'insolvabilité **peut faire des distributions partielles** tant que des liquidités suffisantes sont disponibles dans la masse de l'insolvabilité. Si l'administrateur le propose, le comité des créanciers détermine le montant qui peut être distribué. A défaut, l'administrateur peut seul en décider (§ 195 paragraphe 1 InsO).

iv. Distribution finale

Si les actifs ont été liquidés, la **distribution finale** se fait selon le § 196 paragraphe 1 InsO. Elle ne peut toutefois se faire qu'avec l'approbation du tribunal de l'insolvabilité car elle entraîne la fin de la procédure. Les montants correspondants aux créances reprises dans la liste de distribution doivent être prévus mais ne peuvent encore être versés. La distribution finale détermine définitivement de quelles créances il doit être tenu compte (également pour les distributions supplémentaires ultérieures). A ce stade la procédure, l'administrateur de l'insolvabilité soumet l'**état comptable final** (recettes et dépenses) et un **rapport final** au tribunal de l'insolvabilité. Le tribunal fixe une **date limite** conformément au § 197 (1) phrase 1 InsO. Ceci afin de répondre à plusieurs objectifs, à savoir : (1) discuter des comptes définitifs avec l'administrateur, (2) émettre des objections à propos de ces comptes et (3) informer les créanciers sur les actifs irréalisables dans la masse de l'insolvabilité, § 197 paragraphe 1 phrase 2 InsO. Après la date de clôture, la distribution finale intervient et l'administrateur transfère les quotas aux créanciers.

v. Distribution supplémentaire

Une « Nachtragsverteilungsverfahren » ou **procédure de distribution supplémentaire** (§§ 203 ff. InsO) peut être envisagée si, après la distribution finale et la clôture de la procédure, des fonds libres ou d'autres actifs sont identifiés. Cela peut être le cas lorsque des montants consignés sont libérés (par ex. si un créancier de l'insolvabilité perd une procédure déclaratoire) ou que des montants prélevés sur les actifs sont reversés (par ex. après l'occurrence d'une condition subséquente). Une distribution supplémentaire sera également

organisée si des actifs provenant de l'insolvabilité sont identifiés ultérieurement. Cette distribution aux créanciers de l'insolvabilité se fait conformément aux comptes définitifs (§ 205 InsO).

vi. **Créances des employés en cas d'insolvabilité**²³

Si une procédure d'insolvabilité a été ouverte contre les actifs de l'employeur, le classement des différentes créances (liées au passif de l'insolvabilité ou simples créances d'insolvabilité) revêt une importance déterminante. Le facteur clé pour le classement est lié au temps. Bien que le moment où les créances interviennent soit habituellement très important, le moment où elles sont échues n'est pas pertinent. Dans une relation de travail, le classement est donc déterminé par le moment où le travail est effectué (ou dû).

(1) Période précédant la demande d'insolvabilité et l'ouverture de la procédure

Selon le § 38 InsO, les demandes de paiement intervenant au cours de la période précédant la demande d'insolvabilité et l'ouverture de la procédure sont toujours de simples créances. Elles sont traitées conformément aux procédures décrites plus haut. Le dépôt de la déclaration de créance a certaines conséquences au regard du droit du travail. Il suspend le délai de prescription (§ 204 paragraphe 1 No. 10 BGB). A partir de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, la reconnaissance des demandes de paiement n'est plus basée sur les périodes d'exclusion prévues aux conventions collectives de travail mais exclusivement sur les dispositions de l'InsO. Ceci est également d'application pour les périodes d'exclusion contractuelle. Toutefois, ces créances ne peuvent être échues au moment de l'ouverture de la procédure sinon l'administrateur de l'insolvabilité pourrait les contester en invoquant la période d'exclusion stipulée dans la convention collective. Ce « privilège » ne s'applique toutefois pas aux créances ultérieures. S'agissant des créances d'insolvabilité, les périodes de prescription et d'exclusion doivent être respectées.

(2) Période suivant le dépôt de la déclaration d'insolvabilité et précédant l'ouverture de la procédure

La question du classement des créances de rémunérations des employés à partir de la date de dépôt de la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité doit être examinée plus en détail. Ici, le facteur décisif est de savoir si le tribunal désigne un administrateur d'insolvabilité provisoire dit fort ou faible.

Selon le § 55 paragraphe 2 phrase 2 InsO, les créances de rémunérations constituent des créances de l'insolvabilité si l'administrateur fort a inclus les prestations des employés dans les actifs qu'il gère. Cependant, si l'administrateur d'insolvabilité provisoire ne les accepte pas comme telles, c.-à-d. qu'il libère les employés, les créances pour défaut de rémunération deviennent de simples créances d'insolvabilité (§ 108 paragraphe 2 InsO).

Par ailleurs, le § 55 (2) phrase 2 InsO, n'est pas applicable que ce soit directement ou aux actes juridiques d'un administrateur d'insolvabilité provisoire faible. L'administrateur d'insolvabilité provisoire faible ne peut donc justifier aucune créance sur actifs en acceptant les prestations effectuées. Les créances de paiement intervenues durant cette période sont donc de simples créances de l'insolvabilité selon le § 38 InsO.

(3) Période suivant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité

D'un point de vue juridique, la situation est plus simple si la procédure d'insolvabilité a été ouverte. Les créances pour rémunérations impayées introduites par les employés après cette date sont des créances sur actifs (§ 55 paragraphe 1 No. 2 InsO). Comme déjà indiqué, la date d'échéance est en grande partie dénuée de pertinence. Le facteur déterminant est de savoir si l'employé devait du travail pour la période suivant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Il n'est pas nécessaire que l'administrateur de l'insolvabilité invoque ce travail, ce qui est la raison pour laquelle l'acceptation par défaut est suffisante. Toutefois, dans le cas d'indemnisations après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, les créances des employés constituent régulièrement des actifs subordonnés conformément au § 209 paragraphe 1 No. 3 InsO. Leur classement en tant qu'éléments du passif de l'insolvabilité est d'une grande importance pour les employés car cela leur ouvre une perspective considérablement plus large de voir leurs créances pleinement satisfaites, celles-ci étant reprises dans les actifs (la masse) de l'insolvabilité immédiatement après les créances se qualifiant pour une séparation et après paiement des coûts de la procédure d'insolvabilité.

23 Voir également Schelp, NZA 2010, 1095 ff.

10. RÉSILIATIONS DURANT UNE INSOLVABILITÉ DE L'EMPLOYEUR²⁴

Comme indiqué précédemment, l'existence d'une relation de travail ne change pas si une procédure d'insolvabilité est ouverte contre les actifs de l'employeur. Cela découle du § 108 paragraphe 1 phrase 1 InsO. L'imminence de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ou même l'ouverture d'une telle procédure ne constitue pas nécessairement une raison de résiliation comme le stipule la section 626 para. 1 BGB (code civil allemand). Si l'administrateur de l'insolvabilité licencie un employé, la KSchG (*NdT : la loi relative à la protection contre le licenciement*) reste d'application. Concernant les licenciements pour motifs opérationnels et la sélection sociale, le § 125 InsO contient une disposition qui s'écarte quelque peu du § 1 (5) KSchG. Le § 113 S. 1 InsO, prévoit également des modalités particulières concernant les résiliations durant une procédure d'insolvabilité et la **période de préavis**. Après celle-ci, la relation de travail peut être dénoncée par l'administrateur de l'insolvabilité indépendamment des termes du contrat de travail. Selon le § 113 S. 2 InsO, **une période maximum de trois mois est d'application**, à moins qu'une période plus courte soit stipulée. Si nécessaire, l'administrateur peut mettre fin à une relation de travail qui a déjà été dénoncée conformément au § 113 phrase 1 InsO (« Nachkündigung »).

D'autre part, un administrateur d'insolvabilité provisoire faible peut uniquement délivrer un préavis de résiliation si cette autorité lui a été expressément conférée par le tribunal de l'insolvabilité conformément aux § 21 para. 2 no. 1 InsO et § 22 para. 2 InsO.²⁵ La faculté de consentement sous réserve conforme au § 21 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 InsO laisse à l'employeur contractuel le droit – limité – de résilier le contrat mais avec le consentement de l'administrateur provisoire faible. Même un administrateur d'insolvabilité provisoire fort ne peut se baser sur le § 113 InsO.

Selon le FOPH, la déclaration (de « libération ») au titre du § 35 (2) InsO devrait permettre à l'administrateur de l'insolvabilité de rendre au débiteur le pouvoir d'administrer et de disposer des relations de travail existant à ce moment et donc de libérer la masse de l'insolvabilité. Cette jurisprudence soulève de graves inquiétudes.²⁶

11. PLAN SOCIAL DANS LES SITUATIONS D'INSOLVABILITÉ²⁷

Comme stipulé dans la section 112 (1) phrase 2 BetrVG, le plan social est un accord entre les parties à la loi sur les comités d'entreprise portant sur l'indemnisation ou l'atténuation des préjudices économiques dont sont victimes les employés suite à un changement programmé au niveau de l'entreprise (Section 111 BetrVG). En vertu du § 112 (1) phrase 3 BetrVG, le plan social a les **effets d'un accord d'entreprise**, c.-à-d. qu'il est obligatoire conformément au § 77 (4) BetrVG. Selon la jurisprudence, le plan social constitue un véritable accord d'entreprise au sens du BetrVG. Il permet dès lors de soumettre des créances juridiques directement à l'administrateur de l'insolvabilité. Contrairement à la réconciliation d'intérêts, la décision de l'organe de conciliation remplace l'accord entre l'administrateur et le comité d'entreprise. **Le plan social est donc exécutoire**. Ceci est valable indépendamment du fait qu'une réconciliation d'intérêts soit ou non intervenue entre les parties à l'opération.

Le champ d'application du plan social qui doit être élaboré après l'ouverture de la procédure est défini dans le § 123 InsO. Le § 124 InsO précise les modalités du plan social « pré-insolvabilité » élaboré pas plus de trois mois avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Les sections 123 et 124 ne font pas une institution juridique indépendante du « plan social pour société en situation d'insolvabilité ». Les dispositions générales des §§ 111 ff. BetrVG disposent plutôt que les pouvoirs réglementaires des partenaires de la société sont limités par les règles du § 123 lors de l'élaboration d'un plan social dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité.

24 Pour les explications suivantes, voir Hergenröder, in: MüKobGB, 7^{ème} édition 2016, Appendice § 622, § 1 KSchG section 59 ff.

25 Cf. § 21 paragraphe 2 No. 2 Old. 2 InsO et § 22 (1) phrase 1 InsO

26 Näher Hergenröder, DZWIR 2013, 251; cf. aussi Lindemann, ZInsO 2014, 695; Windel, RdA 2012, 366 chacun avec v.w.N.

27 Voir Hamacher, in: Nerlich/Römermann, Insolvenzordnung, 33^{ème} éd. septembre 2017, promulgué avant §§ 121 to 124 InsO notes en marge 55 f. et § 123 notes en marge 5 ff.

Conformément au § 112 Para. 1 S. 2 BetrVG, l'existence d'un changement opérationnel programmé est un préalable à tout plan social. A elle seule, l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ne constitue pas un changement dans la conduite des activités. Un changement opérationnel en cas d'insolvabilité prend régulièrement la forme d'une réduction des opérations ou de la fermeture complète de l'entreprise ou de certaines de ses activités essentielles (§ 111 S. 3 No. 1 BetrVG).

Le § 123 fixe principalement les limites du volume des indemnités définies par le plan social. S'agissant de tous les autres aspects, par ex. la procédure ou la fermeture et ses conséquences, des principes généraux sont d'application mais ne sont pas abordés séparément ici. Comme stipulé dans le § 7 (2) AGG, les plans sociaux discriminatoires ne sont pas valables. Lors d'une procédure d'insolvabilité, le § 121 doit être observé, ce qui peut accélérer la procédure de conciliation. La procédure de résolution prévue au § 122 ne s'applique qu'à la réconciliation des intérêts. Le plan social peut donc aussi être exécuté par le comité d'entreprise lors d'une procédure d'insolvabilité. L'exception prévue à la section 112a (2) phrase 1 BetrVG, selon laquelle un plan social n'est pas exécutoire au cours des quatre premières années suivant la formation d'une entreprise, est également d'application dans le cadre d'une insolvabilité. A tout autre égard, la décision de l'instance arbitrale sera contraignante en cas d'absence d'accord. Un plan social peut encore être mis en œuvre après qu'un changement opérationnel ait eu lieu.

L'obligation de disposer d'un plan social approuvé par le comité des créanciers conformément au § 160 InsO n'existe que si l'administrateur de l'insolvabilité approuve un tel plan avec le comité d'entreprise. Une telle approbation n'est pas requise pour une décision contraignante de l'organe de conciliation. Dans ce cas cependant, l'administrateur peut être obligé d'entamer une procédure de résolution contre une décision incorrecte. Selon le § 164 InsO, une violation de l'obligation faite à l'administrateur de l'insolvabilité d'obtenir l'approbation n'affecte pas le caractère effectif du plan social. L'administrateur peut toutefois encourir des dommages et intérêts.

Les administrateurs d'insolvabilité peuvent eux-mêmes remplir les fonctions d'assesseurs en vertu du § 76 para. 2 BetrVG. Ils ne sont pas obligés de désigner des créanciers comme assesseurs pour l'organe de conciliation. Les intérêts des créanciers sont suffisamment garantis par les règles définies dans les §§ 123 et 124. Dans la décision qu'il prend dans le cadre de la section 112 para. 5 phrase 1 BetrVG, l'organe de conciliation ne peut mettre l'accent sur la justification économique de l'entreprise mais bien sur les intérêts des créanciers. Si, au cours de la procédure de conciliation, il apparaît que plus aucun fonds n'est disponible, il doit être mis fin à la procédure. Si l'administrateur de l'insolvabilité souhaite effectuer plusieurs changements opérationnels, le comité d'entreprise est en droit de demander plusieurs plans sociaux. Si plusieurs entreprises sont concernées par un changement uniforme des opérations, le comité d'entreprise général peut en assumer la responsabilité.

12. PARTICIPATION DU COMITÉ D'ENTREPRISE DANS LES PROCÉDURES D'INSOLVABILITÉ²⁸

La survenance d'une insolvabilité et l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ne remettent pas en question la validité de la loi sur les comités d'entreprise (BetrVG). Les employés ont besoin d'une protection collective, singulièrement dans le cas d'une insolvabilité de leur entreprise. Toutefois, le principe directeur de la BetrVG ne se limite pas à l'exécution de fonctions de protection puisqu'il garantit la participation des employés dans l'organisation du changement opérationnel les affectant directement. L'implication des représentants du personnel dans le processus décisionnel tout comme dans les décisions et les mesures prises par l'employeur relève du principe de démocratisation. Elle fait également preuve de son utilité en cas d'insolvabilité. Dès l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, l'administrateur de l'insolvabilité remplace l'employeur. Il est dès lors légalement tenu de pleinement respecter les droits de codétermination du comité d'entreprise et d'impliquer les employés dans son processus décisionnel. Cela peut retarder la prise de décision et diminuer l'efficacité économique de l'entreprise. Toutefois, l'avantage de cette

²⁸ Voir Bertram, in: Gottwald, Insolvency Law Manual, 5th edition 2015, § 108 marginal 15 ff.

situation est que, habituellement, les personnes concernées y adhèrent après que les uns et les autres aient entendu et fait valoir leurs arguments respectifs. Codétermination ne veut pas seulement dire interférer mais plutôt prendre ses responsabilités. Le comité d'entreprise doit veiller à ce que les décisions et mesures prises ensemble soient acceptées par le personnel et à ce que leur mise en œuvre soit facilitée et soutenue pour renforcer l'harmonie entre toutes les parties. Cela présuppose toutefois que l'administrateur de l'insolvabilité ne mette pas les représentants du personnel devant un fait accompli mais que sa stratégie est bien fondée.

Dès son entrée en fonction, l'administrateur doit exercer tous les droits et obligations de l'employeur conformément à la loi sur les comités d'entreprise. Il est tenu aux principes d'une coopération confiante comme le stipule le § 74 BetrVG et doit mensuellement rencontrer le comité d'entreprise (§ 74 paragraphe 1 BetrVG). Il doit également continuer à mettre en œuvre les contrats d'entreprise et les règlements existants (§ 77 paragraphe 1 BetrVG). Conformément aux §§ 80, 81 et 90 BetrVG, il est en outre responsable des obligations d'information et de conseil. A cet égard, le respect des droits de codétermination suivant les §§ 87 et 91 BetrVG est particulièrement important. Si l'administrateur souhaite modifier l'horaire de travail, licencier une partie du personnel, imposer une réduction du temps de travail, modifier les congés de l'entreprise ou introduire des heures supplémentaires, il doit obtenir l'accord du comité d'entreprise ou, le cas échéant, laisser à l'organe de conciliation le soin de décider dans les cas prévus par le § 87 Para. 2 BetrVG.

Dans les questions liées au personnel, et singulièrement les licenciements, les droits de codétermination du comité d'entreprise revêtent une importance particulière durant une procédure d'insolvabilité. Les transferts (iSv. § 95 exp. 3 BetrVG) sont soumis à la codétermination s'accompagnant de mesures individuelles conformément au § 99 BetrVG. Le comité d'entreprise doit être informé à l'avance de tout licenciement et dispose du droit de refuser son consentement comme le stipule le § 99 exp. 2 BetrVG. Si le comité d'entreprise invoque ce droit, l'administrateur de l'insolvabilité peut saisir le tribunal du travail au titre du § 99 paragraphe 4 BetrVG. Dans le cas de licenciements, le comité d'entreprise doit être consulté au préalable conformément au § 102 BetrVG. Ceci s'applique également à une réconciliation d'intérêts avec une liste complète de noms qui ont été approuvés.

En matière économique, et même s'il s'agit de questions économiques spécifiques à l'insolvabilité, l'administrateur de l'insolvabilité doit surtout informer le Comité économique, régulièrement, de manière complète et en temps opportun, comme stipulé dans la section 108 de la loi allemande sur les comités d'entreprise (BetrVG) et le conseiller à propos des sujets pertinents. Il accordera une attention particulière aux faits relevant de la participation et de la codétermination du comité d'entreprise dans le cas de changements opérationnels programmés, même si ces changements sont les conséquences nécessaires de décisions juridiques liées à l'insolvabilité. Selon l'accord d'entreprise, le fait que cela concerne des changements opérationnels, des réductions de personnel ou la fermeture d'une partie des opérations n'est pas pertinent.

Si, dans le cadre de la procédure d'insolvabilité, l'administrateur projette des changements opérationnels au titre du § 111 BetrVG, singulièrement s'il s'agit d'une réduction de l'activité ou d'une fermeture complète ou de parties essentielles de l'activité, il doit informer le comité d'entreprise de ses plans, de façon complète et en temps opportun, et discuter avec lui des changements envisagés. Il doit aussi essayer de parvenir à une réconciliation des intérêts avec le comité d'entreprise. En principe, l'administrateur de l'insolvabilité reste lié aux règles des §§ 111-113 BetrVG, par ex. il ne doit pas seulement veiller à la réconciliation des intérêts et conclure un plan social mais aussi faire des demandes d'indemnisation pour les préjudices encourus (§ 113 BetrVG).

13. PROCÉDURES DE RESTRUCTURATION PRÉVENTIVES²⁹ EN ALLEMAGNE³⁰

En Allemagne, l'introduction d'une procédure de restructuration préventive a fait l'objet de discussions intensives depuis 2009.³¹ Les principaux facteurs ayant contribué à l'introduction d'une telle procédure sont (1) la crise mondiale du secteur bancaire et du marché des capitaux et (2) la réforme de la loi sur les obligations en 2009. Ces deux facteurs ont ouvert de nouvelles possibilités en matière de restructuration telles que l'application du principe majoritaire en dehors des émissions obligataires.

La question de la « promotion de mesures extrajudiciaires de restructuration » était incluse dans l'accord de coalition de la 17^{ème} période législative. Lorsque la loi visant à davantage faciliter la restructuration d'entreprises (ESUG) a été publiée dans le Journal officiel fédéral, il est clairement apparu que le législateur avait initialement ignoré l'introduction d'une **procédure de restructuration préventive**. Au lieu de cela, l'ESUG renforçait l'autogestion (§ 270 a InsO), introduisait la procédure dite de l'écran protecteur (§ 270 b InsO) et augmentait les fonctionnalités de la conversion de la dette en capital grâce à la possibilité d'inclure les droits des actionnaires dans le plan d'insolvabilité (§ 225 a InsO) tout en renforçant la pratique des restructurations d'entreprises dans et en dehors du cadre de l'insolvabilité. Cinq ans après l'introduction de l'ESUG, une évaluation doit maintenant être présentée afin d'en mesurer les résultats à ce jour ainsi que les pistes d'améliorations possibles. Une réforme plus approfondie portant sur une procédure de restructuration « pré-insolvabilité » est en attente de la mise en œuvre de la directive européenne relative aux cadres de restructuration préventifs.

14. LA LÉGISLATION EXISTANTE EST-ELLE MIEUX ADAPTÉE À LA RÉORGANISATION ET À LA POURSUITE DES ACTIVITÉS PLUTÔT QU'AU DÉMANTÈLEMENT ?³²

En Allemagne, la procédure d'insolvabilité doit être considérée comme un instrument de restructuration. L'insolvabilité ne doit pas être vue comme étant un processus honteux – une culture de la « seconde chance » doit voir le jour dans le pays. L'InsO a réussi à créer des institutions juridictionnelles totalement nouvelles pour traiter de l'insolvabilité. Celles-ci doivent toutefois être optimisées afin de faire un meilleur usage des opportunités de restructuration pour y inclure des procédures relatives au plan d'insolvabilité (§§ 217 ff. InsO) et à l'autogestion (§§ 270 ff. InsO). Durant des décennies, la question de savoir si et comment la loi pouvait soutenir le débiteur en restructuration a été à l'avant-plan du débat sur l'insolvabilité. Il est difficile d'imaginer un changement de paradigme plus flagrant dans le code d'insolvabilité allemand. La question de savoir si une nouvelle culture ou une culture différente de l'insolvabilité a ou non fait son chemin dans le code d'insolvabilité allemand à travers les différents instruments mis en lumière par le présent rapport reste ouverte au débat.

En bref, la culture allemande de l'insolvabilité doit changer et ce changement n'est nulle part plus nécessaire que dans le domaine de la loi sur les restructurations qui doit être abordée de manière plus positive. L'InsO et l'ESUG disposent déjà d'instruments qui peuvent contribuer à des changements importants et concrets en matière de restructuration. Il faut en outre davantage sensibiliser tous les acteurs concernés. Les juges doivent être prêts à accepter les plans d'insolvabilité et l'autogestion comme alternatives possibles pour traiter l'insolvabilité d'un débiteur. Ceci est

29 Le nom de la Commission est cité ici en rapport avec le projet de Directive COM 723/2016. Le terme « procédures de réorganisation pré-insolvabilité » est également utilisé comme synonyme dans la littérature juridique.

30 Cf. Schluck-Amend, ZRP 2017, 6 ff. pour plus de détails sur les restructurations d'entreprises pré-insolvabilité.

31 Pour des informations approfondies, voir Seagon, NZI Supplement 2017, 12 ff.; Naumann, NZI Supplement 2017, 35 ff.; Schmoll, Sanierung ohne Stakeholder?, in: «Eine Branche im Wandel - Sonderveröffentlichung Handelsblatt», 2018, p. 14 f.

32 Pour plus de détails sur la culture de l'insolvabilité, voir Vallender, NZI 2010, 838 ff.

également valable pour les créanciers qui souvent rejettent l'autogestion pour des raisons purement égoïstes. Des changements sont aussi nécessaires au sein de l'administration où la volonté d'accompagner les procédures d'insolvabilité en tant qu'administrateur ou de lancer une procédure d'insolvabilité n'est pas encore très affirmée. Enfin, le débiteur peut aussi contribuer à une culture de l'insolvabilité plus saine en introduisant une demande de procédure d'insolvabilité à un stade précoce mettant ainsi le processus de restructuration sur la bonne voie.



RAPPORT PAYS #2

FRANCE

Par

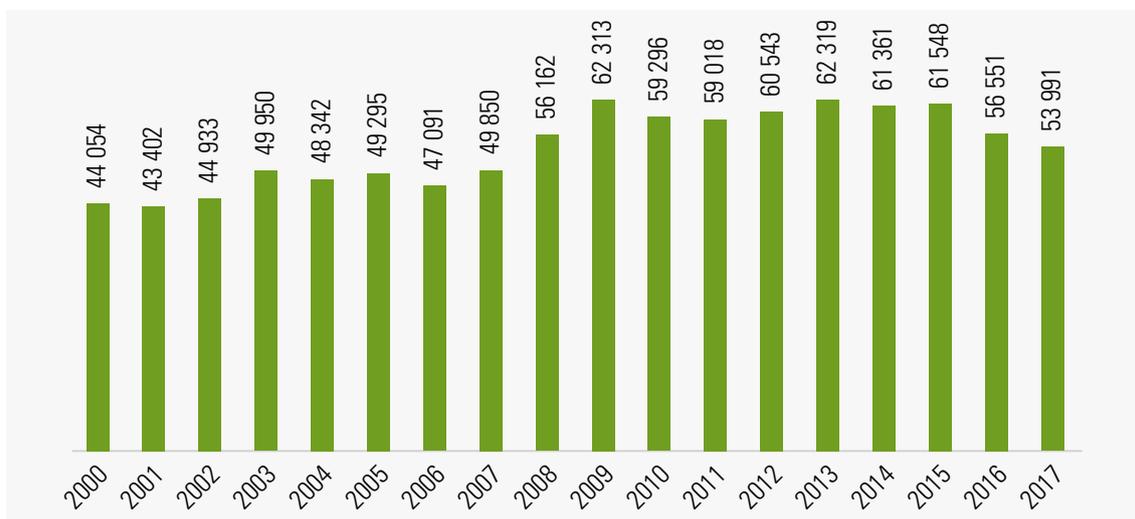
PHILIPPE MEUNIER, SYNDEX



1. APERÇU STATISTIQUE

Les données statistiques présentées dans les graphiques ci-dessous sont basées sur les études annuelles menées par Altares/Deloitte sur les entreprises en difficulté en France.

Fig.8 : Nombre d'insolvabilités en France

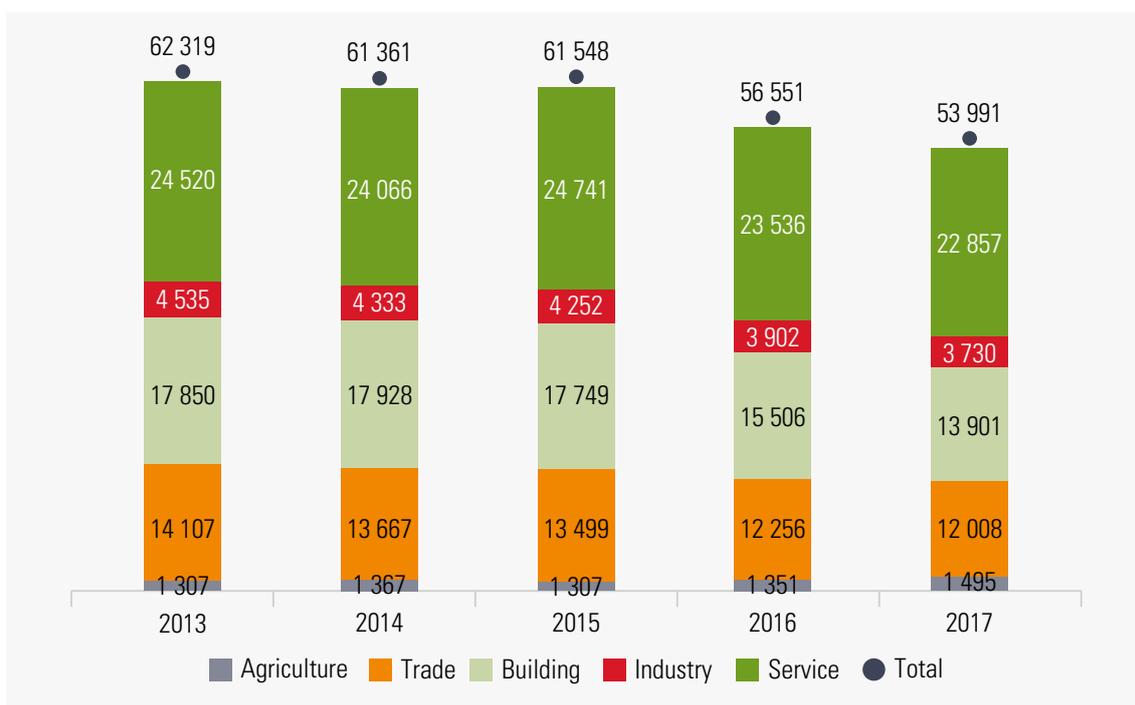


Elles mettent en lumière une très forte augmentation du nombre d'insolvabilités d'entreprise au cours de la période récente suite à l'éclatement de la crise économique et financière de 2008. Le nombre de procédures d'insolvabilité reste particulièrement élevé jusqu'en 2015 avant de diminuer en 2016 et 2017 dans un contexte macroéconomique plus favorable. Ces deux dernières années, le nombre de procédures de sauvegarde (pré-insolvabilité) a également diminué confirmant l'amélioration de la conjoncture économique.

Fig. 9 : Nombre d'insolvabilités (Administration judiciaire / Liquidation directe)



En 2017, le nombre de liquidations judiciaires directes, procédure résultant de la dissolution de l'entreprise, a aussi diminué mais représente encore près de 70% des procédures d'insolvabilité. Ce poids toujours très important reflète la nature tardive de nombreuses procédures malgré les divers outils disponibles pour faire face aux situations de pré-insolvabilité et d'insolvabilité.

Fig. 10 : Nombre d'insolvabilités par principaux secteurs économiques

NUMBER OF INSOLVENCIES BY MAIN ECONOMIC SECTORS	2013	2014	2015	2016	2017
Agriculture	1 307	1 367	1 307	1 351	1 495
Trade	14 107	13 667	13 499	12 256	12 008
Building	17 850	17 928	17 749	15 506	13 901
Food and beverage industry	1 510	1 464	1 516	1 377	1 418
Non-Food Industry	3 025	2 869	2 736	2 525	2 312
Transportation	1 965	1 770	1 699	1 685	1 802
Financial activities	392	468	375	343	320
Business Services	7 566	7 261	7 178	7 057	6 446
Personal Services	2 678	2 524	2 637	2 336	2 247
Information and communication	1 594	1 453	1 399	1 391	1 384
Accommodation and food services	7 321	7 597	8 295	7 611	7 357
Other activities	3 004	2 993	3 158	3 113	3 301
TOTAL	62 319	61 361	61 548	56 551	53 991

Ces dernières années, les secteurs les plus touchés par les faillites ont été les secteurs de la construction, des services et du commerce. Une analyse détaillée révèle que les procédures collectives concernent principalement les très petites entreprises employant moins de 10 personnes. En 2017, les 53.991 situations d'insolvabilité menaçaient encore 161.942 emplois (contre 250.616 en 2013). La diminution du nombre d'insolvabilités est particulièrement évidente parmi les plus grandes entreprises : « seulement » 77 entreprises ayant un chiffre d'affaires de plus de 15 millions d'euros se sont déclarées insolubles en 2017. Cela représente une diminution de près d'un tiers par rapport à 2016.

Fig. 11 : Insolvabilités par nombre d'employés

INSOLVENCIES BY NUMBER OF EMPLOYEES	2013	2014	2015	2016	2017
None or unknown	24 688	21 816	18 277	14 699	12 721
1-9	32 928	35 370	39 152	38 427	38 135
10-19	2 865	2 623	2 633	2 181	1 991
20-49	1 348	1 163	1 145	949	889
50-99	301	234	203	183	149
100 and more	189	155	138	112	106
TOTAL	62 319	61 361	61 548	56 551	53 991

2. INTRODUCTION

En France, l'évolution dans le temps de la législation concernant les entreprises en difficulté met en évidence deux fonctions importantes se recouvrant souvent mais parfois contradictoires : une fonction « disciplinaire » et une fonction de « sauvetage ».

a) La fonction « disciplinaire » excluant et punissant les débiteurs défaillants

Au 15^{ème} siècle, le principal objectif était d'exclure les débiteurs défaillants qui pouvaient mettre leurs partenaires en danger, voire même provoquer une série de faillites dans l'ensemble du marché. C'est la raison pour laquelle les statuts des villes commerçantes imposaient la plus grande rigueur à l'encontre des marchands faillis qui étaient considérés comme des criminels. Les marchands disposaient d'un étal ou d'un « banc » lors des marchés. Ce « banc » était détruit en cas de faillite (le terme anglais « bankruptcy » en tire son origine).

L'ordonnance de 1673 sur le commerce (aussi appelée Code Savary) visait à protéger les transactions commerciales en France. Elle faisait la distinction entre faillites frauduleuses et involontaires et établissait un règlement collectif et égal des dettes. Rédigé en 1807, le premier code de commerce était largement inspiré du Code Savary. Il prévoyait de graves amendes pour le débiteur défaillant qui était souvent soumis à une vente forcée de tous ses actifs.

Plusieurs lois adoptées au cours de la première moitié du 20^{ème} siècle avaient pour but de « moraliser » le monde des affaires en permettant la condamnation des administrateurs et des cadres dirigeants responsables d'actions fautives (décret-loi du 8 août 1935 et loi du 30 août 1947).

b) La fonction de « sauvetage » : sauver le débiteur, l'entreprise et le créancier

Outre les procédures relatives à la faillite et à la liquidation judiciaire, la loi du 4 mars 1889 introduisait une procédure – réservée aux « commerçants malchanceux ayant agi de bonne foi ». Dans ce cas, le débiteur était assisté par un syndic et pouvait parvenir à un accord pour sauver son commerce.

Toutefois, une législation sur les entreprises en difficulté n'est réellement apparue en France qu'avec la loi du 13 juillet 1967. Cette loi confirmait l'existence de deux procédures distinctes : le règlement judiciaire et la liquidation des biens. Indépendamment de la nature de la faute du cadre dirigeant, c'était maintenant le critère économique qui déterminait la procédure à appliquer : règlement judiciaire si la perspective d'un accord paraissait possible ou liquidation des biens si un sauvetage semblait impossible.

Cette loi a été complétée par 2 réformes majeures dans les années 1980 :

- La loi du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention des difficultés des entreprises.
 - Introduction d'une nouvelle procédure : le règlement à l'amiable (également appelée conciliation) pour traiter le cas d'entreprises connaissant leurs premières difficultés.
 - La caractérisation des difficultés n'était plus du ressort exclusif du dirigeant, le comité d'entreprise pouvant en particulier exercer un droit d'alerte économique et être assisté d'un comptable.
- Les lois du 25 janvier 1985 sur le traitement des entreprises en difficulté.
 - Requalification des 2 procédures collectives en administration judiciaire et liquidation.
 - Le but du redressement judiciaire était d'assurer – prioritairement – « la protection de l'entreprise, le maintien de l'activité et de l'emploi (...) ».

Depuis lors, plusieurs réformes ont eu lieu visant principalement à renforcer le traitement conventionnel ou en amont des difficultés tout en accordant une priorité plus grande aux créanciers durant les procédures.

Tandis que la législation française continue de favoriser le sauvetage par voie judiciaire des entreprises en difficulté et de leurs emplois, des économistes libéraux critiquent l'approche interventionniste du législateur et l'implication systématique des tribunaux et de représentants judiciaires ainsi que la médiocre protection des créanciers.

Actuellement, près de 8 procédures s'appliquent aux entreprises françaises en difficulté :

- en situation de pré-insolvabilité : mandat ad hoc (médiation spéciale), conciliation, sauvetage accéléré, sauvetage financier accéléré et sauvegarde ;
- en situation d'insolvabilité : administration judiciaire, liquidation ou redressement professionnel.³³

3. DIFFICULTÉS DÉCLENCHANT UNE PROCÉDURE D'INSOLVABILITÉ

En France, la cessation des paiements est un facteur décisif du sort réservé à l'entreprise en difficulté. C'est en effet le point de départ des deux mesures liées à l'insolvabilité : l'administration judiciaire et la liquidation. Aux termes de l'article L 631-1 du code français du commerce, la cessation des paiements est l'impossibilité de faire face au passif exigible avec l'actif disponible.

³³ . Cette procédure ne sera pas analysée dans ce document car elle ne s'applique qu'aux entrepreneurs individuels qui n'ont pas d'employés.

- Le passif courant de correspond pas à la totalité du passif du débiteur mais seulement aux éléments de passif qui doivent être payés immédiatement ou sans retard. Dans ce contexte, les réserves de crédit (découverts bancaires autorisés mais non utilisés, etc.) ou les moratoires (CCSF³⁴ : moratoires sur les dettes fiscales et de sécurité sociale, etc.) peuvent être déduits du passif courant.
- L'actif disponible comprend les réserves en numéraire ainsi que les actifs susceptibles d'assurer un apport en numéraire quasi immédiat (éléments d'inventaire rapidement transférables, créances recouvrables immédiatement, etc.).
- La jurisprudence considère qu'une seule dette suffit à caractériser l'état de cessation des paiements lorsqu'elle est due et que l'entreprise ne peut la payer.

Lorsqu'une entreprise est en cessation de paiement, le directeur doit en faire la déclaration au greffe du tribunal de commerce ou de la haute cour de justice. Cette déclaration doit être déposée dans un délai de 45 jours à compter de la cessation des paiements. Si cette déclaration est sciemment faite après cette période, le débiteur risque d'être soumis à une interdiction de gestion.

4. LES ÉTAPES DE LA PROCÉDURE D'INSOLVABILITÉ

a) Ouverture de la procédure : un cadre général commun pour l'administration judiciaire et la liquidation

i. Renvoi devant le tribunal compétent

Le tribunal de commerce est compétent pour l'ouverture de toute procédure collective en matière d'activités commerciales et artisanales. Le tribunal régional a juridiction dans les autres cas (en particulier pour les associations). Comme précisé au point 6, la procédure peut être engagée soit à l'initiative du représentant de l'entreprise, soit à l'initiative d'un tiers (créancier ou ministère public). Avant d'engager la procédure, l'employeur doit informer et consulter le Comité social et économique en vertu de sa compétence relative à « l'organisation, la gestion et le fonctionnement général de l'entreprise ».

ii. Le jugement d'ouverture

Avant de rendre son verdict, le tribunal peut entendre toute personne dont il considère l'audition utile. Il doit entendre le responsable de l'entreprise et les représentants du personnel. Si l'entreprise est en situation de cessation de paiement, elle sera placée :

- sous **administration judiciaire** si cette option est jugée possible;
- en **liquidation**, si l'administration judiciaire est manifestement impossible.

Dans sa décision d'ouverture, le tribunal désigne les organes de la procédure, par ex. un juge, un administrateur et un représentant judiciaire dans le cas d'une administration judiciaire ou un syndic dans le cas d'une liquidation (voir point 5). Le jugement d'ouverture a en outre deux conséquences majeures sur le caractère exécutoire des dettes de l'entreprise : l'interdiction de payer des dettes antérieures et la suspension des procédures. Enfin, les salaires et autres indemnités impayées au moment de l'ouverture de la procédure sont couverts par l'AGS (Association de Garantie des Salaires). A partir de la publication du jugement d'ouverture, les créanciers disposent d'un délai de 2 mois pour déclarer leurs créances (auprès du représentant judiciaire en cas d'administration judiciaire ou du syndic en cas de liquidation).

34 CCSF: Commission des Chefs de Services Financiers. La CCSF est la commission des représentants des gestionnaires financiers et des services publics qui permet l'ouverture de négociations indirectes avec les créanciers fiscaux et sociaux.

b) Les étapes de la procédure de placement sous administration judiciaire

La procédure de placement sous administration judiciaire a trois objectifs qui ont une grande influence sur la manière de procéder : la poursuite des activités de l'entreprise, le maintien de l'emploi et la décharge de dettes.

iii. La période d'observation

La période d'observation est fixée à 6 mois maximum. Elle peut être renouvelée une fois pour 6 mois et prolongée à la demande du ministère public pour 6 mois supplémentaires. La procédure peut donc durer 18 mois maximum. L'entreprise continue à fonctionner normalement et est gérée par le directeur assisté du syndic (qui, dans de rares cas, peut représenter le directeur). En théorie, l'entreprise a l'interdiction de créer de nouvelles créances expirées.

L'objectif principal de la période d'observation est d'évaluer les chances de relance de l'entreprise. C'est en ayant cela à l'esprit que le syndic procède à une évaluation économique et sociale en identifiant en particulier l'origine, la nature et l'étendue des difficultés. La période d'observation peut déboucher sur trois résultats possibles soumis à la décision du tribunal :

- > la conversion en liquidation (voir point (c)), dans le cas de difficultés manifestement insurmontables ;
- > l'adoption d'un plan de relance/poursuite des activités présenté par le directeur de l'entreprise ;
- > l'adoption d'un plan de cession suite à la remise d'offres par des acheteurs potentiels.

iv. Le plan de relance/poursuite des activités

Le plan de relance peut être présenté par le directeur de l'entreprise. Il doit inclure 3 éléments importants :

- > la présentation des perspectives de relance, en particulier concernant la situation du marché et les moyens de financement disponibles ;
- > les modalités et conditions pour le règlement des créances ;
- > les perspectives d'emploi ainsi que les conditions sociales sous lesquelles l'activité pourra se poursuivre (un plan de relance peut inclure des licenciements pour motifs économiques).

Le plan de relance adopté par le tribunal porte sur une durée maximum de 10 ans. Un commissaire (habituellement le syndic) est désigné pour veiller à sa bonne exécution.

v. Le plan de cession

Si le dirigeant de l'entreprise n'est pas en mesure ou ne souhaite pas présenter un plan de relance, le tribunal peut, à la demande du syndic, ordonner la recherche de repreneurs en vue d'un transfert total ou partiel de l'entreprise (le transfert partiel concerne une ou plusieurs branches d'activité autonomes).

En pratique, les acheteurs potentiels soumettent leurs offres aux différentes parties impliquées dans la procédure avant la décision du tribunal. Les offres couvrent tous les éléments (actifs, contrats, postes de travail, etc.) nécessaires au maintien de l'activité et font l'objet d'un rapport établi par le syndic. S'il n'y a pas poursuite de l'activité, l'entreprise initialement placée sous administration judiciaire et qui détient les actifs et les emplois qui ne sont pas inclus dans la vente sera soumise à une procédure de liquidation

c) Les étapes de la procédure de liquidation

La procédure de liquidation a deux objectifs : la suspension des activités de l'entreprise et la réalisation des actifs par le biais d'un transfert global ou partiel de ceux-ci. La liquidation est la « mauvaise suite » d'une procédure collective telle que le sauvetage ou la mise sous administration judiciaire mais elle peut également être imposée directement lorsque l'entreprise se retrouve dans une impasse.

Le liquidateur, désigné par le tribunal, tentera de transférer les biens par enchères privées ou vente. Le produit du transfert sera ensuite distribué aux créanciers dans l'ordre fixé par la loi. Le liquidateur licencie également les employés de l'entreprise. Dans sa décision qui lance la procédure, le tribunal peut ordonner la cessation immédiate de l'activité ou son maintien temporaire si l'intérêt public et les intérêts des créanciers l'exigent mais aussi lorsque le transfert total ou partiel de l'entreprise est possible. La période d'activité maximum est de 3 mois, renouvelable

une fois à la demande du ministère public. Dans le cas d'un transfert ou d'une autorisation de poursuivre l'activité, un administrateur judiciaire peut être désigné par le tribunal à la demande du ministère public également.

5. LES INTERVENANTS DANS LES PROCÉDURES ET LEURS MISSIONS

Fig. 12 : Intervenants dans les procédures et leurs missions

ACTEURS	PRINCIPAUX RÔLES ET MISSIONS
Chef d'entreprise (débiteur)	Continue à gérer l'entreprise (sauf liquidation ou mise sous administration judiciaire sur ordre du tribunal)
Tribunal (de commerce ou haute cour de justice)	Rapporte aux organes de la procédure Statue sur la nature, l'évolution et les résultats de la procédure Autorise les licenciements du plan de relance ou de cession
Syndic officiel	Veille à la bonne conduite de la procédure et à la protection des intérêts concernés Autorise les licenciements durant la période d'observation de la procédure de mise sous administration judiciaire
Agent judiciaire	Agit dans l'intérêt des créanciers Reçoit et vérifie les déclarations de créances et prépare ensuite la déclaration de créances Deviens habituellement liquidateur dans le cas du passage d'une administration judiciaire à une liquidation
Administrateur judiciaire	Obligatoirement désigné dans les entreprises ayant un chiffre d'affaires >3 millions d'euros ou employant plus de 20 personnes Investi par le tribunal d'une mission de supervision/assistance/gestion de l'entreprise Établit le bilan économique et social de l'entreprise et propose un plan de relance, de cession ou de liquidation au tribunal
Représentant du personnel ³⁵	Désigné par le Comité social et économique ou, à défaut, par les employés Vérifie et/ou participe à la rédaction de la déclaration des créances salariales
Institutions représentatives du personnel ³⁶	Sont informées et consultées durant toute la procédure, particulièrement dans le cadre de licenciements Sont entendues par le tribunal à chaque étape de la procédure
Liquidateur	Organise la liquidation de l'entreprise Vend les actifs de l'entreprise, définit le classement des créanciers et les paie suivant leur classement Licencie les employés
Expert en diagnostic économique (optionnel)	Peut assister le syndic pour établir un diagnostic économique et social de l'entreprise

Nous attirons l'attention du lecteur sur la différence entre représentants du personnel et institutions représentatives du personnel (IRP).

En résumé, les représentants du personnel défendent les intérêts des employés en tant que créanciers tandis que les institutions représentatives du personnel (IRP) défendent les intérêts des employés en tant qu'acteurs économiques et sociaux, principalement en leur dispensant des conseils lors de chaque étape importante de la procédure d'insolvabilité.

35 Voir point 8.

36 Voir point 12.

6. LA DEMANDE D'OUVERTURE D'UNE PROCÉDURE D'INSOLVABILITÉ

La procédure de mise sous administration judiciaire ou de liquidation peut être ouverte :

- à la demande du débiteur, par obligation et dans un délai de 45 jours, dès qu'il estime être ou est en situation de cessation de paiements ;
- sur sommation d'un créancier (auprès du tribunal de commerce ou du tribunal de première instance) précisant les éléments probants caractérisant la cessation de paiements ;
- par saisine du bureau du Procureur de la République (ministère public).

La possibilité qu'a le tribunal de prendre des mesures d'office pour décider d'une administration judiciaire ou d'une liquidation a été abolie en 2014. Toutefois, si le Président du tribunal de première instance est informé d'éléments probants attestant d'une cessation de paiements, il doit à son tour en informer le bureau du Procureur de la République qui peut alors demander l'ouverture d'une procédure.

7. CRÉANCES SALARIALES ET INTERVENTION DE L'AGS

Lorsqu'une procédure d'insolvabilité est ouverte, les employés bénéficient de garanties spéciales concernant le traitement de leurs créances salariales. Il s'agit de différents privilèges³⁷ prévus par la loi (droit préférentiel sur les biens de l'entreprise) et surtout d'une assurance de garantie des salaires.

Les différents privilèges accordés aux employés (en tant que créanciers) sont relativement performants car ils sont, dans la plupart des cas, en concurrence avec les frais de justice et les privilèges du Trésor (l'administration fiscale) et de l'URSSAF (l'organisation chargée du recouvrement des cotisations sociales). En pratique, lorsque les fonds disponibles dans l'entreprise sont insuffisants, un régime d'assurance (obligatoire et couvrant l'ensemble du secteur privé en France) est garanti sous certaines conditions :

- rémunérations dues aux employés et aux apprentis ;
- indemnités résultant d'une rupture du contrat de travail (en particulier en cas de licenciement) ;
- participation aux bénéfices et actions (dès que les montants sont dus) ;
- mesures d'accompagnement résultant d'un processus de licenciement collectif appelé « plan de sauvegarde de l'emploi » (PSE) pour autant que ces mesures contribuent à une remise au travail.

Ce régime est basé sur le principe de la solidarité interprofessionnelle entre les entreprises et est mis en œuvre par l'« Association pour la gestion du régime d'assurance des créances des salariés » (AGS) en collaboration avec l'UNEDIC (l'organisation publique gérant l'assurance chômage). Dans ce contexte, une indemnisation de l'employé est possible même quand l'employeur n'est pas en ordre de paiement de ses cotisations à l'AGS.

Les bénéficiaires de la garantie sont :

- les travailleurs de toute entreprise, française ou étrangère, établie en France ;
- les travailleurs expatriés ou les travailleurs détachés à l'étranger ;
- les travailleurs étrangers employés en France.

³⁷ La notion de « privilège » utilisée dans le document est une notion juridique qui caractérise une créance qui sera traitée plus favorablement que les créances ordinaires (aussi appelées créances « non garanties »).

Fig. 13 : Garantie de l'AGS en cas d'administration judiciaire

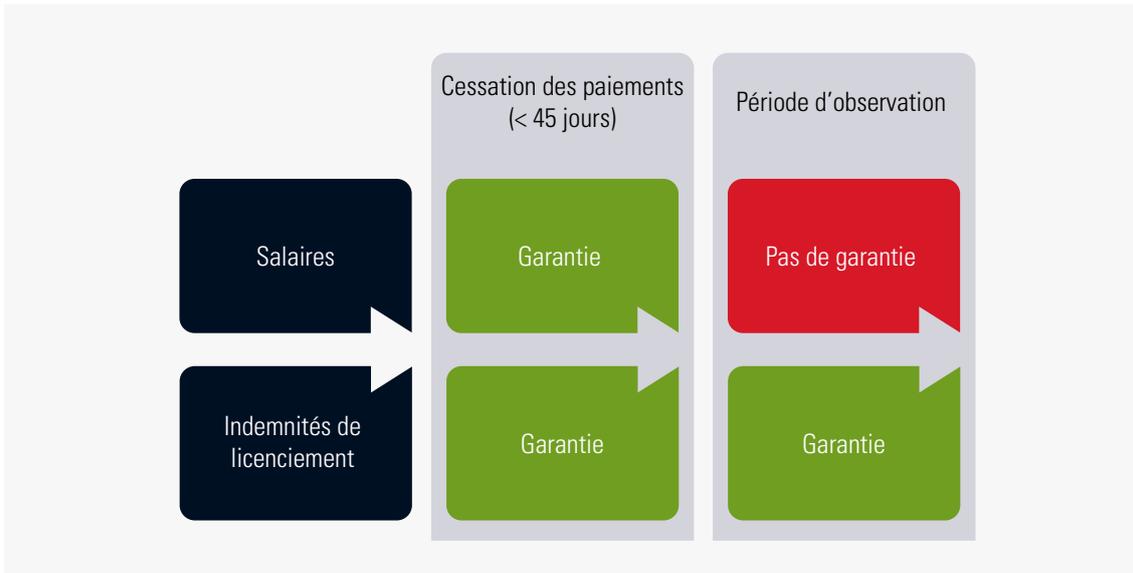
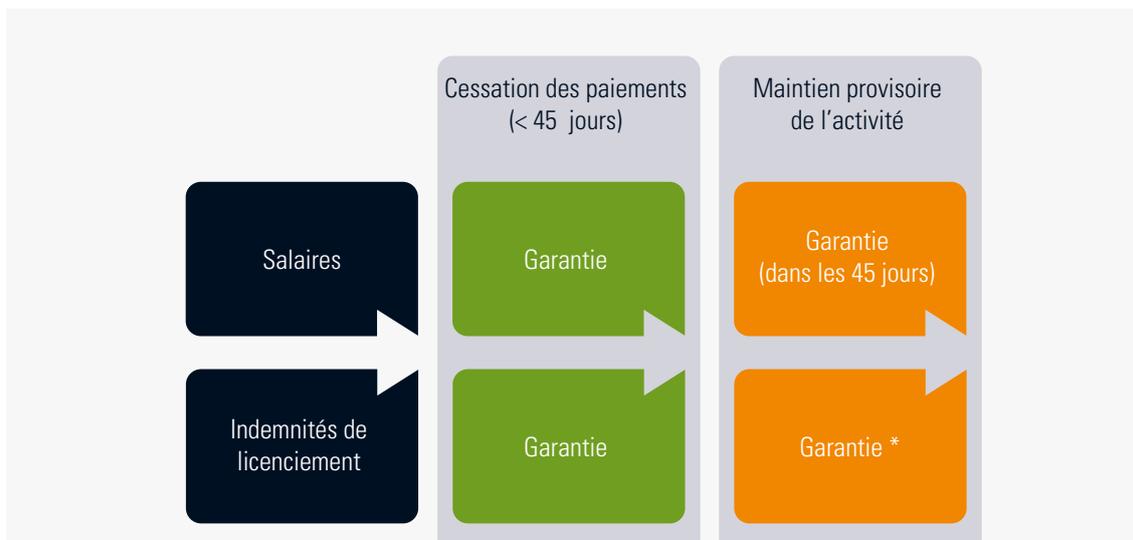


Fig. 14 : Garantie de l'AGS en cas de liquidation judiciaire



* licenciements intervenant durant la période de maintien de l'activité ou dans un délai de 15 jours (21 jours dans le cadre d'un PSE) suivant la décision de liquidation ou la fin de la période de maintien de l'activité.

Pour rappel, le représentant judiciaire (ou liquidateur) établit la déclaration des créances salariales qui est ensuite vérifiée par le représentant des employés et approuvée par le syndic officiel. Chaque employé est informé de la nature et du montant des créances acceptées et, le cas échéant, des créances rejetées. A cet égard, il faut également rappeler la période de forclusion (2 mois) durant laquelle l'employé peut porter une action devant le tribunal de commerce pour contester la déclaration de créances.

Si les créances salariales ne peuvent être payées avec la trésorerie de l'entreprise, l'AGS avance les fonds au représentant judiciaire qui procède ensuite au paiement des employés. L'AGS ayant consenti des avances sur créances devient alors créancier de l'entreprise défaillante. Plusieurs restrictions s'appliquent à la couverture de l'AGS, y compris :

- le principe de subsidiarité : l'intervention de l'AGS n'est pas automatique et résulte du manque de fonds disponibles dans l'entreprise ;
- le plafonnement des sommes avancées par l'AGS basé sur la durée du contrat de travail de l'employé. En 2018, le plafond se situait entre 53.000 et 80.000 euros (y compris les cotisations de sécurité sociale) et correspond à un multiple (4, 5 ou 6) du plafond mensuel utilisé pour calculer les cotisations d'assurance chômage revu chaque année.

Il est important de souligner que le manque de garanties salariales durant la période d'administration judiciaire est l'un des principaux facteurs de la conversion en liquidation afin d'éviter une impasse de trésorerie.

Enfin, le temps nécessaire pour payer les créances des employés est un aspect majeur de la procédure. En effet, un retard dans le paiement des rémunérations peut mettre certains employés en difficulté financière et aggraver encore un climat social déjà tendu. En pratique, les limites suivantes sont généralement observées :

- 10 à 30 jours pour les salaires et accessoires ;
- 1 à 3 mois pour les autres créances, en particulier les indemnités de licenciement.

8. CLASSEMENT DES CRÉANCIERS ET EN PARTICULIER DES EMPLOYÉS DANS LES PROCÉDURES D'INSOLVABILITÉ

a) Classement des créanciers dans les procédures d'insolvabilité

Le jugement d'ouverture a plusieurs conséquences importantes pour les créanciers :

- Il interrompt ou interdit toute action juridique visant à condamner le débiteur à payer une somme d'argent ou à dénoncer un contrat pour défaut de paiement ;
- Il interdit le paiement de toute créance née avant le jugement d'ouverture ;
- Il détermine le taux d'intérêt (pour les prêts à moins d'un an) ;
- La combinaison de ces principes permet le gel des créances de l'entreprise.

Hormis les employés, tous les créanciers doivent déclarer leurs créances afin de faire valoir leurs droits. Après le jugement d'ouverture de la procédure, il est donc nécessaire d'envoyer au représentant judiciaire (ou au liquidateur en cas de liquidation) une déclaration de créances dans un délai de 2 mois à compter de la publication du jugement d'ouverture de la procédure. Le représentant judiciaire a, dans ce contexte, le pouvoir d'agir au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers : les créanciers ne peuvent donc plus agir individuellement (sauf à pouvoir prouver des préjudices séparés). Néanmoins, afin d'être en mesure de contrôler et de superviser la procédure, tout créancier peut demander d'être désigné comme contrôleur sans (en principe) représenter ses intérêts propres. En pratique, les principaux créanciers de l'entreprise demandent souvent d'être désignés comme auditeurs pour que leur avis sur le plan de relance ou le plan de cession soit sollicité.

Lorsque la procédure est ouverte, le risque peut être très différent selon le créancier : certains créanciers ont des droits très limités alors que d'autres jouissent d'un privilège (voir point 9). Les créances apparaissant régulièrement après le jugement d'ouverture de la procédure ou la période d'observation sont réputées être payées à leur date d'échéance. A défaut, elles jouiront d'un privilège procédural.

Au terme de la procédure d'insolvabilité, singulièrement lorsqu'un plan de relance est envisagé, les créanciers sont tenus de faire part de leur avis. La loi prévoit plusieurs manières de le faire. La procédure en droit commun (la plus fréquente) consiste en une consultation écrite individuelle par le représentant judiciaire. La loi prévoit également la création de comités de créanciers, obligatoires pour les entreprises sous administration judiciaire au-delà d'un des seuils suivants : 150 employés ou 20 millions d'euros annuels hors TVA et taxes (facultatifs pour les autres). Dans ce cas, deux comités sont constitués : un comité des établissements de crédit et un comité des fournisseurs les plus importants. Très schématiquement, ce processus ouvre une véritable négociation et, très souvent, permet d'imposer des rabais aux créanciers récalcitrants par un vote à la majorité des deux tiers.

b) Classement des employés en tant que créanciers dans les procédures d'insolvabilité

Contrairement aux autres créanciers, les employés ne doivent pas prendre l'initiative de déclarer leurs créances. Dans un délai de 10 jours à compter du jugement d'ouverture, le dirigeant de l'entreprise, assisté si nécessaire du syndicat, doit inviter l'institution représentative du personnel à désigner un représentant des employés. Si une telle institution n'existe pas, ce sont les employés eux-mêmes qui élisent directement leur représentant. Sa tâche principale est de vérifier la déclaration de créances salariales établie par l'agent ou le liquidateur. En cas de problème, il peut en référer à l'administrateur et, si nécessaire, au syndicat officiel. Il a également la possibilité d'assister ou de représenter les employés devant le tribunal du travail en cas d'un litige lié à leurs créances. Tout comme les délégués du personnel, le représentant des employés est un « employé protégé » dont la protection cesse lorsque toutes les sommes avancées par l'AGS ont été payées aux employés. L'AGS qui a payé les sommes dues aux employés est « subrogée » aux droits de ceux-ci, c.-à-d. qu'elle devient créancier à la place des employés. Les employés restent des créanciers dits (super)privilegiés pour ce qui concerne les sommes qui n'ont pas été garanties par l'AGS en raison du plafonnement.

9. CLASSEMENT DES CRÉANCES ET EN PARTICULIER DES CRÉANCES SALARIALES DANS LES PROCÉDURES D'INSOLVABILITÉ

Les créances sont classées par catégories qui déterminent leur ordre de paiement. Il existe de nombreux privilèges et exceptions qui peuvent affecter le classement de plusieurs créances. Sauf exceptions (très nombreuses telles que le privilège de l'« argent frais » dans le cas d'un accord de conciliation approuvé par le tribunal), l'ordre de paiement des créances peut globalement être défini comme suit :

- le super-privilège des salaires (en particulier les salaires des 2 derniers mois précédant le jugement d'ouverture de la procédure ;
- les créances postérieures à l'ouverture (y compris les montants dus aux employés durant une procédure de liquidation et jusqu'à un maximum de 45 jours) ;
- les créances préférentielles, garanties par un privilège général sur les biens mobiliers ou immobiliers ;
- les créances non assurées qui ne bénéficient d'aucune garantie (en particulier, celles de nombreux fournisseurs).

Comme indiqué dans les deux points précédents, les employés bénéficient de garanties spéciales concernant le traitement de leurs créances salariales lorsqu'une procédure d'insolvabilité est ouverte. Ces garanties sont les différents privilèges prévus par la loi qui constituent surtout une garantie de paiement par l'AGS. Dans ce contexte, l'AGS qui a payé les sommes dues aux employés est « subrogée » aux droits de ceux-ci, c.-à-d. qu'elle devient créancier à la place des employés. Ceci a pour conséquence que, dans la plupart des procédures d'insolvabilité, les employés « perdent » rapidement leur statut de créanciers sauf pour les montants non couverts en raison du plafond. D'autre part, on constate de fréquents litiges portant sur la question de savoir si certaines créances sont ou non prises en compte par l'agent ou le liquidateur et l'AGS. Ces litiges donnent lieu à des actions devant le tribunal du travail qui,

malheureusement maintiennent de nombreux employés dans l'incertitude quant au règlement effectif de certaines de leurs créances (liées au comptage des heures de travail par. ex.).

10. CONTINUATION DES CONTRATS DE TRAVAIL ET LICENCIEMENTS ÉCONOMIQUES DANS LES PROCÉDURES D'INSOLVABILITÉ

a) La procédure d'insolvabilité ne met pas fin aux contrats de travail mais peut mettre en question les pouvoirs de gestion de l'employeur

L'ouverture d'une procédure d'insolvabilité n'a pas pour conséquence de mettre fin aux contrats de travail des employés qui continuent après le jugement d'ouverture (même si, dans la majorité des cas de liquidation, le liquidateur procède très rapidement au licenciement des employés afin qu'ils puissent bénéficier de la garantie de l'AGS). Dans ce contexte, les principales dispositions du code du travail restent d'application. De même, les procès en attente devant le tribunal du travail ne sont ni interrompus ni suspendus de par l'ouverture d'une procédure collective. Ils continuent mais en présence du représentant judiciaire ou du liquidateur. L'ouverture d'une procédure collective a des conséquences sur les pouvoirs de gestion du dirigeant de l'entreprise qui peut se voir privé, en tout ou en partie, de ses prérogatives au bénéfice de l'administrateur judiciaire ou du liquidateur en particulier. En règle générale :

- > en cas d'administration judiciaire, seuls les actes de gestion journalière peuvent être effectués par l'employeur sans intervention de l'administrateur et/ou du syndic officiel. Le licenciement d'un employé doit donc être décidé conjointement avec l'administrateur après avoir été préalablement autorisé par le syndic officiel ou par un jugement rendu par le tribunal ;
- > en cas de liquidation, l'employeur est privé de ses pouvoirs au bénéfice du liquidateur.

b) Dans une procédure d'insolvabilité, les licenciements pour motifs économiques font l'objet d'un traitement spécial combinant conflits d'intérêts et difficultés

Lors de procédures d'insolvabilité, les licenciements pour motifs économiques sont généralement prononcés en trois occasions particulières :

- > durant la période d'observation de la mise sous administration judiciaire :
 - les licenciements doivent être « urgents, inévitables et indispensables ». En pratique, ils sont souvent prononcés de manière à donner du temps pour l'élaboration d'un plan de maintien de l'activité. Ils doivent être soigneusement analysés par les représentants du personnel car, outre leur impact social, ils peuvent affecter les compétences de l'entreprise et rendre plus difficile la recherche de repreneurs ;
- > s'ils font partie d'un plan de maintien de l'activité ou d'un plan de cession :
 - un plan de maintien de l'activité ou un plan de vente de l'entreprise ou d'une partie de ses activités implique souvent des licenciements économiques, particulièrement dans la mesure où l'acheteur tend à ajuster au mieux le facteur emploi de la reprise même si cela implique de réembaucher rapidement par après ;
- > dans le cas d'une liquidation avec cessation d'activité (et le licenciement de tous les employés).

La transposition du droit commun dans chaque cas particulier d'insolvabilité fait partie d'une procédure de dérogation avec, en particulier, un échéancier accéléré. Mais une telle transposition semble délicate et parfois inappropriée parce qu'elle implique de y intégrer des enjeux et des impératifs contradictoires :

- > d'une part : l'information pleine et juste des représentants du personnel et l'élaboration de mesures d'accompagnement sérieuses afin de réduire les conséquences sociales des licenciements ;

- d'autre part : l'urgence de procéder à des licenciements eu égard à la situation de l'entreprise et aux conditions de garantie de l'AGS et une marge de manœuvre financière limitée.

c) Principales règles communes en matière de licenciement dans les procédures d'insolvabilité

Les règles applicables varient selon le personnel de l'entreprise et le nombre de licenciements envisagés. Ainsi, le licenciement de 10 employés ou plus sur une période de 30 jours dans une entreprise employant 50 travailleurs ou plus rend obligatoire un processus de licenciement collectif appelé plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) (voir point 11 ci-dessous). Plusieurs règles communes peuvent toutefois être identifiées :

Tout d'abord, une notification préalable à l'autorité administrative (Direccte - *Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi*) est obligatoire avant licenciements pour motifs économiques. De plus, les licenciements sont soumis à des dates limites, en particulier pour les garanties salariales de l'AGS. Le code du travail précise à cet égard que l'assurance couvre les créances résultant d'une rupture de contrats d'emploi :

- durant la période d'observation ;
- dans un délai d'un mois du jugement adoptant le plan de relance ou de cession ;
- dans un délai de 15 jours (ou 21 jours dans le cas d'un PSE) de la décision de liquidation ;
- durant la période de maintien temporaire de l'activité autorisée par la décision de liquidation et dans un délai de 15 jours (ou 21 jours dans le cas d'un PSE) suivant la fin de cette période de maintien de l'activité.

Enfin, l'information et la consultation des représentants du personnel sont obligatoires lorsque des licenciements économiques sont envisagés. La situation d'insolvabilité particulière soulève un grand nombre de difficultés pratiques et oblige souvent les représentants du personnel à travailler par anticipation et selon un calendrier très serré. En théorie, une réunion seulement est obligatoire même si, en pratique, au moins 3 ou 4 réunions sont organisées, particulièrement parce que, dans le cas du licenciement d'au moins 10 employés sur une période de 30 jours, le CSE (*NdT : Comité social et économique*) peut être assisté d'un expert-comptable indépendamment du nombre de personnes employées par l'entreprise. La date limite pour l'intervention de l'expert-comptable n'est pas précisée tandis que les périodes de consultation du CSE légalement définies (entre 1 et 4 mois) sont souvent inapplicables. Le calendrier de la procédure de licenciement fait donc souvent l'objet de discussions/négociations entre les différentes parties.

De même, des difficultés pratiques surgissent dans le lien entre la consultation des représentants du personnel, la décision du tribunal et la vérification de l'administration dans le contexte particulier d'un PSE. A titre d'exemple, pour éviter qu'une décision administrative soit prise avant le jugement du tribunal, l'administration publique recommande une consultation séparée pour le projet de licenciements économiques (livre 1 du code du travail) et pour le projet de réorganisation (livre 2 du code du travail) et que la remise de l'avis du CSE à propos du livre 1 soit postposée jusqu'après le jugement du tribunal adoptant le plan de transfert ou de relance et autorisant les licenciements. Ceci remet fortement en cause le principe de consultation avant décision.

11. RÈGLES APPLICABLES AUX PLANS SOCIAUX

a) Licenciement collectif de moins de 10 employés

Comme indiqué dans la section précédente, les représentants du personnel doivent d'abord être informés et consultés à propos du projet de licenciement. Cette consultation est une condition préalable :

- à l'autorisation du syndic officiel dans le cas de licenciements durant la période d'observation ;
- au jugement rendu par le tribunal, en particulier dans le cadre d'un plan de relance ou d'un plan de cession impliquant des suppressions d'emplois.

De plus, des entretiens préliminaires doivent être organisés (chaque employé est appelé) et les notifications de licenciement doivent être remises 2 jours après ces entretiens.

b) Plans de sauvegarde de l'emploi (PSE)

Le processus du PSE est présenté dans le document de telle sorte que le lecteur en ait une compréhension générale bien qu'il ne soit pas spécifique aux procédures d'insolvabilité. D'autre part, comme l'illustrent les points suivants, les employés et leurs représentants sont confrontés à un double défi : travailler dans l'urgence et dans un climat financier souvent tendu.

Critères rendant la mise en œuvre d'un PSE obligatoire

Le code du travail exige la mise en œuvre d'un plan de sauvegarde de l'emploi dans le cas de licenciements économiques d'au moins 10 employés au cours de la même période de 30 jours pour autant que l'entreprise emploie plus de 50 travailleurs. L'employeur, l'administrateur ou le liquidateur est responsable de l'élaboration et de la mise en œuvre du PSE. Par rapport à d'autres procédures, le PSE est censé inclure des mesures pour éviter ou limiter le nombre de licenciements et faciliter le reclassement du personnel dont le licenciement ne peut être évité. Il est considéré comme plus « protecteur » pour les employés.

Les deux façons possibles pour mettre en œuvre un PSE et en contrôler l'administration

Il y a deux façons de mettre en œuvre le PSE (au choix de l'employeur, de l'administrateur ou du liquidateur) :

- l'approche dite « négociée » par laquelle un accord majoritaire est recherché avec les organisations syndicales représentatives présentes dans l'entreprise avec, en parallèle, l'information et la consultation des institutions représentatives du personnel ;
- l'approche dite « unilatérale » suivant laquelle l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur présente unilatéralement un projet soumis à l'information-consultation des institutions représentatives du personnel.

Ces deux approches différentes déterminent les procédures de contrôle par l'administration publique (Direccte) de la régularité de la procédure et du PSE envisagé. Le PSE doit être validé dans le cas d'un accord majoritaire ou enregistré dans le cas d'un document produit unilatéralement par l'employeur. Dans la pratique, ce contrôle semble être clairement limité comparé à la procédure de droit commun :

les délais de procédure accordés à la Direccte pour rendre sa décision sont très courts : 8 jours dans le cas d'une mise sous administration judiciaire et 4 jours dans le cas d'une liquidation (à dater de la réception de la demande de validation ou d'approbation).

De toute façon, la Direccte ne vérifie pas l'existence d'un motif économique valable et, par dérogation au droit commun, elle n'est pas tenue, dans sa décision d'approbation, de prendre en compte les moyens disponibles dans l'entreprise.

Identification des employés susceptibles d'être licenciés

Comme dans toute procédure de licenciement collectif, c'est l'application de critères de licenciement par catégorie professionnelle qui détermine l'ordre des licenciements, c.-à-d. l'élaboration de la liste des personnes susceptibles d'être licenciées. La catégorie professionnelle, une notion précisée par le droit commun, est définie comme constituée de « *tous les employés qui remplissent des fonctions de même nature au sein de l'entreprise et impliquant une formation professionnelle commune* » et qui sont dès lors jugés être interchangeables entre eux après quelques semaines de formation d'adaptation.

Dans ce contexte, les critères de licenciement tiennent particulièrement compte : des responsabilités familiales, de l'ancienneté, de la situation des employés dont les particularités sociales rendent leur reclassement professionnel particulièrement difficile et des compétences professionnelles.

Mesures d'accompagnement

Les mesures d'accompagnement du PSE sont souvent plus limitées que dans les entreprises viables. C'est pourquoi la loi de 2013 sur la sécurisation de l'emploi prévoit que la garantie de l'AGS peut concerner des mesures pour accom-

pagner le PSE d'une entreprise sous administration judiciaire ou en liquidation. Une note technique de la direction générale du travail précise que ces mesures doivent contribuer à « *soutenir le retour à l'emploi et donc la réintégration dans le marché du travail des travailleurs licenciés (...)* ». Ce qui suit peut dès lors être considéré comme mesures d'accompagnement : coûts accessoires (logement, transport) liés à une formation, coûts de reconnaissance ou de relocalisation du travail ou coûts accessoires liés à l'élaboration d'un projet visant à créer une nouvelle activité.

De plus, le travailleur licencié peut bénéficier d'un dispositif public, connu sous le nom de contrat de sécurisation professionnelle (CSP), quelle que soit la taille de l'entreprise placée sous administration judiciaire ou mise en liquidation. Ce système vise à soutenir le travailleur licencié par le biais d'un suivi personnalisé. La durée maximum de cet accompagnement est de 12 mois durant lesquels le travailleur reçoit son allocation de sécurisation professionnelle (ASP) d'un montant équivalant à 75% de son salaire de référence.

12. CAPACITÉS D'ACTION ET D'INFLUENCE DES REPRÉSENTANTS DU PERSONNEL DANS LES PROCÉDURES D'INSOLVABILITÉ

a) Leviers existants pour prévenir les difficultés (avant une procédure d'insolvabilité)

Même si, à strictement parler, ces leviers ne font pas partie des procédures d'insolvabilité, elles nous paraissent essentielles en amont dans la mesure où elles permettent aux institutions représentatives du personnel d'obtenir des informations précises sur la situation de l'entreprise et donc d'avoir davantage d'influence sur la procédure d'insolvabilité si elle venait à être ouverte.

Compétence du CSE (plus de 50 travailleurs) sur le fonctionnement général de l'entreprise

Cette compétence permet au CSE de régulièrement demander à l'employeur des informations économiques et financières et de suivre la situation de l'entreprise, particulièrement lorsque les premières difficultés surviennent. C'est également dans ce cadre que le CSE reçoit les documents prévisionnels de gestion.³⁸ De plus, des réunions avec des interlocuteurs susceptibles de détenir des informations sur la situation de l'entreprise peuvent être organisées, singulièrement avec le Commissaire régional pour le redressement productif.

Appel à un expert-comptable pour l'analyse de la situation économique et financière

En l'absence d'un accord d'entreprise sur des modalités différentes, le CSE (plus de 50 travailleurs) peut être assisté chaque année d'un expert-comptable de son choix afin d'analyser la situation économique et financière de l'entreprise. L'expert-comptable ainsi désigné peut demander à l'employeur de lui fournir toute information relevant de sa mission dans le but de poser un diagnostic concernant l'état et les perspectives de l'entreprise. Les honoraires de l'expert sont entièrement à charge de l'entreprise.

Convocation des Commissaires aux comptes (CAC) de l'entreprise

Le Comité social et économique (CSE) peut à tout moment (par un vote majoritaire) convoquer les commissaires aux comptes pour entendre leurs explications sur la situation financière de l'entreprise. Dans le cas d'un refus de participer à la réunion, les CAC sont passibles d'une condamnation pour délit d'entrave.

38 Afin d'anticiper les difficultés, la préparation de documents prévisionnels de gestion est obligatoire pour les entreprises dépassant un des deux seuils suivants: un nombre de 300 travailleurs et/ou un chiffre d'affaires net de 18 millions d'euros. Elles doivent en particulier présenter une situation des actifs courants disponibles et des passifs courants.

Alerte lancée par le CSE (plus de 50 travailleurs) pour raisons économiques

Lorsqu'il prend connaissance de faits susceptibles d'affecter la situation économique de l'entreprise et qui risquent d'entraîner des inquiétudes, le comité peut exiger des explications de la part de l'employeur qui a l'obligation de lui fournir des réponses précises. Le comité dispose de toute façon d'un monopole sur la qualification du sujet d'inquiétude : l'employeur doit répondre à ses questions et ne peut réfuter la caractérisation des faits.

Si, malgré les réponses fournies, le comité n'est pas satisfait parce qu'elles restent insuffisantes ou incomplètes, ou parce que ces réponses confirment la nature inquiétante de la situation, il peut poursuivre ses investigations avec l'assistance d'un expert-comptable. Une fois désigné, l'expert évalue la situation de l'entreprise, émet un avis sur l'origine et l'étendue des difficultés et sur les explications fournies par le chef d'entreprise et sur l'opportunité pour le CSE d'en référer aux organes directeurs. A défaut d'un accord plus avantageux, l'expertise est cofinancée (20%) par le CSE.

b) Leviers existants durant les procédures d'insolvabilité

Dans la plupart des cas, la procédure d'alerte économique n'est plus possible lorsque la cessation des paiements est démontrée et que la société est confrontée à l'ouverture d'une procédure collective. Avant l'ouverture de la procédure, le comité peut rapporter au Président du tribunal ou au Procureur de la République tout fait illustrant la cessation des paiements du débiteur (Article L 631-6 du code de commerce français). Ce levier peut être utilisé lorsque les représentants du personnel sont confrontés à un actionnaire qui est clairement incapable de redresser la situation et/ou qui organise son retrait. Lorsqu'il est face à une procédure d'insolvabilité, le Comité social et économique (CSE) peut surtout compter sur ses pouvoirs consultatifs et sur le fait qu'il est entendu par le tribunal lors des principales étapes de la procédure.

Le comité est ainsi informé et consulté, en particulier :

- > avant la déclaration de cessation des paiements et l'ouverture de la procédure ;
- > à propos du bilan économique et social dressé par le syndic ;
- > à propos du plan de relance présenté par le débiteur sous administration judiciaire et des propositions d'apurement des dettes ;
- > à propos d'offres de vente ;
- > à propos de licenciements collectifs pour motifs économiques durant la période d'observation ou au terme de la procédure.

Dès l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, il doit également désigner le représentant du personnel qui sera responsable de la vérification des créances des employés. Le comité peut aussi être entendu par le syndic officiel pour lui communiquer des informations de nature à préciser la situation de l'entreprise.

En outre, et indépendamment de la taille de l'entreprise, le comité désigne des représentants (différents des délégués du personnel) qui seront entendus lorsque le tribunal :

- > ouvre la procédure d'insolvabilité ou de liquidation ;
- > convertit la procédure de relance en liquidation ;
- > statue sur le plan de relance ;
- > envisage d'ordonner une cessation d'activité partielle ou une liquidation judiciaire ;
- > adopte un ou plusieurs plans de cession.

Aucune information particulière n'est fournie aux délégués syndicaux. Ils sont toutefois invités à négocier un accord majoritaire sur les licenciements économiques dans le cadre du PSE (voir point 11).

13. ACCORD MUTUEL ET PROCÉDURES DE PRÉVENTION DES DIFFICULTÉS

Il existe en France près de 5 procédures relatives aux entreprises en situation de pré-insolvabilité. Le mandat ad hoc et la conciliation sont deux procédures dites amiables dans le sens où elles visent à parvenir à un accord entre l'entreprise et ses principaux créanciers.

Le mandat ad hoc est destiné aux entreprises qui ne sont pas en situation de cessation de paiements. Il consiste à demander au Président du tribunal de désigner un agent, indépendant des parties, dont la mission est d'assister le chef d'entreprise à résoudre les difficultés qu'il rencontre avec ses créanciers. La procédure – confidentielle – peut être utilisée pour négocier un rééchelonnement de la dette en toute discrétion.

La conciliation s'adresse aux entreprises qui n'ont pas connu de situation de cessation de paiements durant plus de 45 jours et qui sont confrontées à des difficultés juridiques, économiques ou financières existantes ou prévisibles. Elle consiste à demander au Président du tribunal de désigner un conciliateur dans un cadre tout aussi confidentiel. La mission du conciliateur est de favoriser la conclusion d'un accord amiable entre le débiteur et ses principaux créanciers et partenaires destiné à mettre fin aux difficultés de l'entreprise et d'assurer sa durabilité. Cet accord peut être plus large que dans le cas du mandat ad hoc en y intégrant un nouveau financement de l'entreprise. Si un accord est conclu, il peut soit être constaté par le tribunal et rester confidentiel, soit être approuvé ; son existence est alors dévoilée. Son approbation est souvent exigée par les banques en échange de leurs contributions financières et afin de pouvoir bénéficier du privilège de l'« argent frais » dans le cas d'une ouverture ultérieure d'une procédure collective. Une loi promulguée en 2016 exclut toute information aux représentants du personnel au sujet de l'ouverture et de l'évolution d'une procédure de conciliation ou d'un mandat ad hoc qui sont soumis à une stricte obligation de confidentialité. Il est cependant expressément prévu que les représentants du personnel soient informés du contenu de l'accord lorsque leur approbation est requise.

La sauvegarde est une procédure judiciaire collective volontaire introduite en 2005 ; seul le débiteur peut initier cette procédure. Elle est ouverte à une entreprise qui, sans être en situation de cessation de paiements, démontre qu'elle est incapable de surmonter des difficultés susceptibles de déboucher sur une telle situation. En gros, cette procédure vise à anticiper les difficultés pour éviter la mise sous administration judiciaire. Elle a aussi pour but de faciliter une possible relance de l'entreprise et ainsi permettre le maintien de l'activité et de l'emploi et la décharge de créances. La sauvegarde a beaucoup de similitudes avec l'administration judiciaire mais est plus anticipative et donne à l'entrepreneur plus de marge d'action. Celui-ci garde par exemple le contrôle de gestion, il peut librement vendre ses actions et ne peut être obligé de vendre son entreprise.

Globalement, la position des institutions représentant les employés ayant besoin de protection est comparable à celle concernant l'administration judiciaire. Plus récemment, la sauvegarde accélérée et sa variante, la sauvegarde financière accélérée (qui ne concerne que les créanciers financiers de l'entreprise), ont été créées pour les entreprises en procédure de conciliation dans le but d'élaborer un plan de sauvegarde en l'espace de quelques mois au plus afin de garantir le maintien de leurs activités. Ces procédures sont en particulier utilisées dans le cadre d'une restructuration de la dette lié au financement d'une acquisition par endettement (AEL).

14. LA LÉGISLATION ACTUELLE MET-ELLE DAVANTAGE L'ACCENT SUR LA RELANCE ET LE MAINTIEN DES ENTREPRISES QUE SUR LEUR DÉMANTÈLEMENT ?

Historiquement, la législation française a été développée pour contribuer à la soutenabilité des entreprises en difficulté, parfois par une restructuration drastique plutôt que d'organiser leur démantèlement pour payer les créanciers.

Lors de l'analyse d'un plan pour la relance ou la cession d'une entreprise soumise à une procédure collective, le tribunal doit rendre sa décision en tenant compte de trois critères principaux : la viabilité du projet présenté, les conséquences sociales du projet et le sort des créanciers. Très souvent, la force du projet et son impact sur l'emploi prennent le pas sur le traitement réservé aux créanciers. Certains économistes critiquent également le droit français en matière d'insolvabilité pour la trop grande importance qu'il donne à la survie à court terme des entreprises et pour le manque de protection des créanciers. Par ailleurs, des études, telles que celle de l'OCDE, soulignent que l'économie française n'a que peu d'entreprises « zombies »³⁹ survivant malgré des bénéfices faibles voire négatifs, ce qui semble témoigner de l'efficacité de la législation nationale. Cependant, le défi majeur reste sans aucun doute le développement ou le renforcement de mécanismes d'alerte et d'anticipation pour traiter plus rapidement encore les difficultés des entreprises. Grâce à ses récentes réformes, la France dispose de nombreux outils pour gérer les restructurations précoces. Les réactions initiales suggèrent en particulier que l'évolution des entreprises sous sauvegarde est plus favorable que celle des entreprises sous administration judiciaire. Dans ce contexte, il nous semble que les employés et leurs représentants ne sont pas les moins bien lotis pour jouer un rôle de contrôle et donc participer à un processus collectif d'anticipation des difficultés des entreprises.

39 L'OCDE définit les entreprises « zombies » comme étant celles qui n'arrivent pas à couvrir les intérêts sur leur dette avec leur revenu opérationnel pendant plus de trois années consécutives.

RAPPORT PAYS #3

HONGRIE

Par

ILDIKÓ KRÉN, CONSULTANT JURIDIQUE : DR. ZOLTÁN LIPTAI

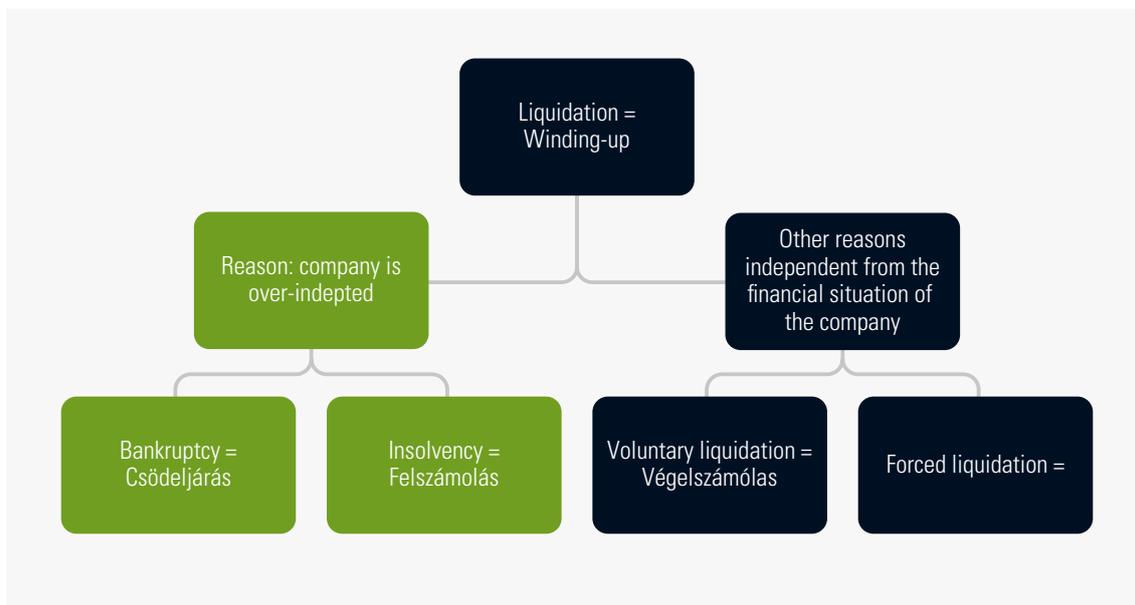


QUELQUES MOTS SUR LES DIFFICULTÉS RENCONTRÉES DANS LA RÉDACTION DE CE RAPPORT SUR LES PROCÉDURES EN MATIÈRE DE FAILLITE ET D'INSOLVABILITÉ EN HONGRIE

Ecrire à propos du rôle des syndicats et des comités d'entreprise en cas de liquidation d'une entreprise dans un pays où les droits du travail sont gravement menacés et réduits au plus strict minimum (et, en règle générale, seulement garantis par des directives européennes) est un véritable défi. Toutefois, le plus grand défi était, en fait, très simple. Il s'agissait du choix des termes. Pour nos recherches, nous avons consulté des articles et des études en anglais, en allemand et en hongrois, en les comparant parfois avec des traductions anglaises ou allemandes lorsqu'elles étaient disponibles. Cela a généré énormément de confusion car nous avons rapidement réalisé que chaque auteur utilise des termes différents pour chaque traduction d'un texte juridique. En outre, les journalistes travaillant pour des journaux en langue hongroise ont aussi leur vocabulaire propre qui ne correspond pas forcément aux termes utilisés dans la partie statistique et qui ne sont pas du tout compatibles avec les termes juridiques pertinents ou contraignants de la procédure d'insolvabilité en Hongrie. Ainsi, à la fin, nous nous sommes retrouvés avec des termes anglais tels que « winding-up a company », « bankruptcy », « insolvency » ou « liquidation », des termes hongrois tels que « végelszámolás », « felszámolás » ou « csődeljárás » et des termes allemands tels que « Liquidierung », « Insolvenz », « Pleite », « Abwicklung » ou « Bankrott ». Durant notre étude, cela a donc été un défi de comprendre les différentes traductions et interprétations et de choisir les termes correspondant aux concepts sous-jacents. A un certain moment, nous avons donc dû décider quels termes utiliser (même si cela pourrait être un sujet de discussion pour le groupe de travail de l'ETUI).

Notre rapport concerne la partie gauche de la Figure 15. Toutefois, et en particulier dans la partie statistique, nous n'avons pas toujours pu faire une distinction claire car le cadre logique des données statistiques est différent de celui des lois respectives en matière de faillite et d'insolvabilité.

Fig. 15 : Difficultés de signalement des procédures de faillite et d'insolvabilité en Hongrie

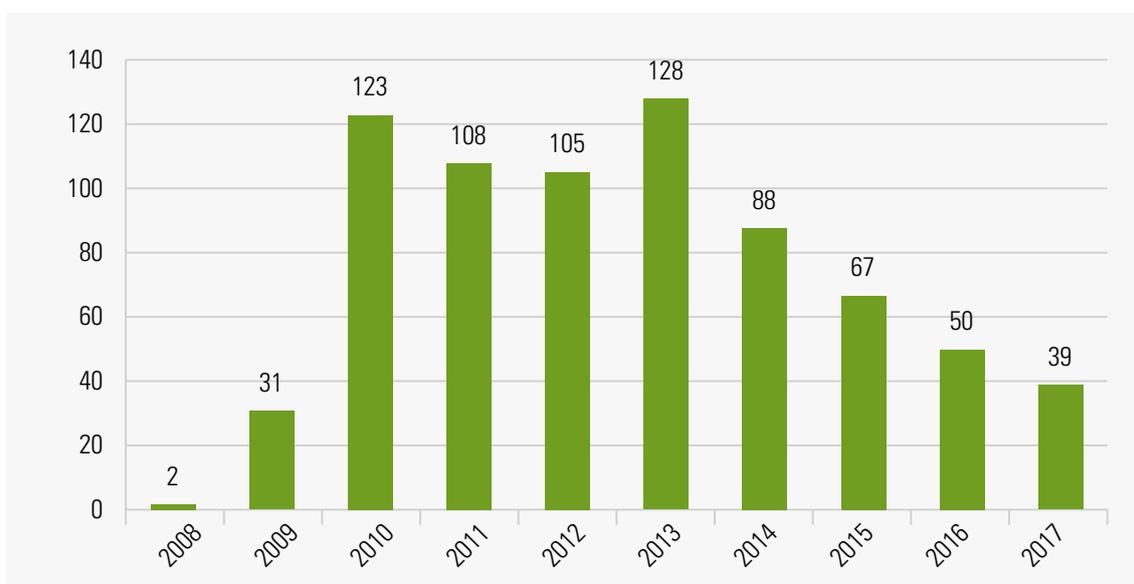


Donc, dans notre rapport, le terme « liquidation » correspond à tout processus à la fin duquel l'entité concernée n'existera fort probablement plus (en raison d'une faillite ou d'une liquidation volontaire ou forcée). Il peut également faire référence à des entités existantes qui ont été soumises en temps opportun à un processus de restructuration et de redressement. Concernant la liquidation volontaire ou forcée, d'autres mécanismes et raisons peuvent être pertinents mais ne sont pas abordés dans le présent rapport.

APERÇU STATISTIQUE

Comme l'illustre la partie gauche/rouge de la Figure 15, les procédures de liquidation sont divisées en deux sous-catégories. L'une concerne les difficultés de paiement (faillite et insolvabilité) tandis que l'autre n'est pas nécessairement liée à des questions financières mais plutôt à des questions d'ordre juridique ou privé. En tout état de cause, il n'a pas été tenu compte de cette distinction dans les données statistiques.

Fig. 16 : Nombre de faillites en Hongrie de 2008 à 2017



Faillites⁴⁰

Pour commencer, les procédures de faillite ne sont pas de pratique courante en Hongrie. Ces dernières années, le nombre de cas de faillite a constamment diminué et est aujourd'hui bien en-dessous de 100. Pourtant, suite à la crise financière de 2008 et à la révision de la loi sur la faillite en 2009, le nombre de faillites avait fortement augmenté. En 2017, seuls 39 cas ont été enregistrés comparés aux 50 cas de l'année précédente.⁴¹ De manière générale, le nombre de faillites n'a jamais été significatif. Malgré l'éclatement de la crise financière et les changements législatifs de 2009, ce nombre n'a dépassé les 100 cas annuels au cours des quatre années suivantes. Après cela, les chiffres ont constamment diminué. Avec les 39 cas traités en 2017, on se rapproche fortement du niveau constaté en 2009. On ne s'attend pas à ce que cette tendance baissière change en 2018 ou dans les années à venir.

Insolvabilités

Selon la législation hongroise, outre la faillite, les fermetures d'entreprise sont classées en 2 catégories : (1) la liquidation volontaire (végelszámolás), à l'initiative de l'entreprise elle-même, et (2) la liquidation forcée (felszámolás).

La plupart des liquidations ou « dissolutions » (winding-up) appartiennent plus que probablement à la catégorie des liquidations volontaires mais les statistiques officielles ne font pas de distinction entre les deux catégories. Afin de mieux comprendre les chiffres présentés ici, il faut savoir que l'économie hongroise est très fragmentée et compte

40 Ceci est principalement basé sur les statistiques suivantes : <https://www.ksh.hu/docs/eng/xftp/gyor/gaz/egaz1712.pdf>; <https://www.ksh.hu/docs/hun/xftp/gyor/gaz/gaz1712.pdf>; https://piacesprofit.hu/kkv_cegblog/kicsit-csokkent-a-csodok-es-felszamosok-szama/
Office central hongrois de la statistique 2018 : Considérations statistiques 1867/2017:

41 Office central hongrois de la statistique 2018 : Considérations statistiques 1867/2017 : Nombre d'unités opérationnelles enregistrées, 2017, p. 4.

un nombre énorme de microentreprises employant un maximum de 10 personnes (ce nombre évolue chaque année mais il est d'environ 1,6 million), un nombre étonnamment faible (environ 35.000) de petites et moyennes entreprises employant de 10 à 49 personnes et un très petit nombre (environ 950) de grandes entreprises employant plus de 250 personnes. La plupart des liquidations n'affectent dès lors qu'un nombre limité de travailleurs. Le graphique suivant illustre le nombre d'insolvabilités par rapport au nombre d'emplois.

Fig. 17 : Nombre d'entreprises liquidées par taille



Autres liquidations

S'agissant des entreprises du top 10 *les plus* concernées par une liquidation volontaire ou forcée⁴² (radiation d'office), on ne constate pas de changements significatifs. Ces dernières années, avec ses quelque 25.000 entreprises, le secteur HORECA (hôtels, restaurants, cafés) a été le plus touché. Administration et services, commerce de gros, construction, industrie automobile et du motorcycle, alimentation, boissons et tabac, transformation du bois et transports et entreposage sont des secteurs relativement stables comme l'indique la liste ci-dessous. Il est intéressant de constater que le secteur de la chimie et de la pharmacie est passé dans le classement du top 10 en 2017 alors qu'il n'était qu'en 21^{ème} position en 2016.

42 Une « liquidation forcée » peut être ordonnée pour plusieurs raisons. La plus fréquente est lorsque l'entreprise ne demande pas l'application de la loi. Ce type de liquidation forcée n'est donc pas lié à des problèmes financiers.

Fig. 18 : Les industries les plus vulnérables⁴³

2017. T1	2016. T	
1.	1.	HORECA
2.	7.	Administration et services
3.	5.	Commerce de gros (sauf véhicules autos et motos)
4.	4.	Construction
5.	6.	Automobile, motorcycle
6.	3.	Alimentation, boissons et tabac
7.	9.	Transports et entreposage
8.	2.	Transformation du bois
9.	11.	Industrie textile
10.	21.	Produits chimiques, produits pharmaceutiques, carburants fossiles, industrie du charbon

Parmi les secteurs les *moins* vulnérables, celui qui se classe le mieux est celui des services à la personne, de santé et sociaux suivi de l'administration publique et de la défense, de la sécurité sociale obligatoire, de l'éducation, des TIC, de la machinerie et de la fabrication. Pour le premier trimestre des deux dernières années, la liste se termine par l'agriculture, la foresterie et la pêche.

Fig.19 : Les industries les moins vulnérables⁴⁴

2017. T1	2016. T1	
1.	1.	Services à la personne, de santé et sociaux
2.	9.	Administration publique et défense, sécurité sociale obligatoire
3.	2.	Education
4.	7.	Produits informatiques, électroniques et optiques
5.	8.	Machines, équipements et réparations industriels
6.	3.	Activités professionnelles, scientifiques et techniques
7.	6.	Information et communication
8.	5.	Machinerie
9.	4.	Autres activités de fabrication
10.	10.	Agriculture, foresterie et pêche

Liquidations durant la crise financière mondiale

Par rapport aux faillites, on peut voir une évolution très similaire du nombre d'insolvabilités. Selon l'Office central hongrois de la statistique (KSH), il y avait en 2009 1.686.351 entreprises enregistrées en Hongrie, dont 128.503 nouvelles entreprises, et 82.372 entreprises ayant cessé leurs activités. Par rapport à l'année précédente, le nombre de fermetures d'entreprise était de 17% plus élevé (11.000) en 2009. Les secteurs du commerce, des transports et des services d'hébergement (4.350 cas) et celui de la construction (2.323 cas) ont été particulièrement touchés par les procédures de dissolution initiées par les créanciers. En 2009, le nombre de moyennes et grandes entreprises ayant fermé était de 250 à 300% plus élevé qu'en 2008 avec près de 12.500 liquidations d'entreprise à la fin de l'année. Les

43 Source: https://piacesprofit.hu/kkv_cegblog/kicsit-csokkent-a-csodok-es-felszamosok-szama/

44 Source: https://piacesprofit.hu/kkv_cegblog/kicsit-csokkent-a-csodok-es-felszamosok-szama/

procédures de liquidation avaient surtout été lancées à l'encontre de microentreprises comptant pour 85% de toutes les procédures. Ce n'est que dans les secteurs de l'éducation et de la santé que le nombre de liquidations en 2009 est resté sensiblement le même qu'en 2008. Le secteur de l'immobilier a connu la plus forte augmentation avec 66,1% (KSH, 2009).

Il n'y a eu aucun ralentissement au cours des premiers mois de 2010. Ce n'est qu'en avril, le mois de l'élection du nouveau parlement, qu'une accalmie certaine est intervenue. En mai toutefois, le nombre d'entreprises en liquidation est reparti à la hausse. De plus en plus de propriétaires ont décidé de se défaire de leur entreprise pour échapper à une procédure de liquidation. En mai 2010, 1.512 d'entre eux ont initié une procédure de liquidation volontaire de leur entreprise, soit 245 (8,7%) de plus qu'en mai 2009 (Index.hu, Megugrott a csődök száma májusban, 9 June 2010).

Pour ce qui concerne les différences régionales, il y a eu une augmentation significative d'insolvabilités parmi les entreprises des régions centrale et orientale de Hongrie. En raison de l'impact majeur de la région centrale sur l'économie hongroise dans son ensemble, l'augmentation du nombre d'insolvabilités annoncées dans cette région (16% en mai 2010) a considérablement aggravé la moyenne du pays. Dans la région de la Grande Plaine du sud et la région Nord, le nombre d'insolvabilités initiées par des créanciers a augmenté de 22 à 23% par rapport à la même période de l'année précédente. Cette augmentation a été moindre dans les régions occidentales qui ont connu un ralentissement général des liquidations au cours du premier trimestre 2010. De 0,7% au cours des quatre premiers mois de 2010, il est toutefois grimé à 10,9% à la fin mai.

L'analyse du classement des entreprises en fonction de leurs revenus révèle que, en 2009, la plupart des procédures de liquidation ont été menées contre des microentreprises ayant un revenu annuel de 71.330 euros (20 millions de forints hongrois au 6 août 2010) and et d'entreprises ayant un revenu annuel entre 71.330 et 1.069.960 euros (20-300 millions de forints).⁴⁵ Les secteurs les plus stables étaient les secteurs de l'éducation et des soins de santé.

L'économie hongroise dépend fortement d'entreprises transnationales, singulièrement de l'industrie automobile, de la construction et de la sidérurgie. Dans un but de rationalisation et de rentabilité, un grand nombre de ces entreprises ont délocalisé leur production de Hongrie vers des pays asiatiques et du Moyen-Orient. Cela a eu un impact négatif sur les petites et moyennes entreprises (PME) hongroises qui fournissaient ces secteurs durant et après la crise mondiale.

Evolution récentes

Comme les années antérieures et jusqu'à fin 2017, la plupart des procédures d'insolvabilité ont été initiées par les créanciers. Les secteurs les plus touchés étaient principalement le commerce de gros et de détail (29%) et la construction (13%). Le nombre de liquidations n'a augmenté que dans le domaine des services de soins de santé (5,6%) et a diminué dans les autres secteurs de l'économie, la plus importante diminution – plus de 20% – ayant été enregistrée dans les domaines de l'information, de la communication et de l'éducation.⁴⁶

La majorité des procédures de liquidation initiées par les propriétaires concernaient les activités scientifiques et techniques (20%), le commerce de gros et de détail (16%) et les autres services (10%). A l'exception des arts, du divertissement et des autres services, le nombre de procédures de liquidation a augmenté dans tous les secteurs économiques, le maximum étant atteint dans les services d'hébergement (39%) et l'industrie (37%).

Ces chiffres sur les liquidations sont plus intéressants lorsqu'on les compare à ceux des entreprises nouvellement enregistrées. En 2017, le nombre de ces entreprises était de 121.000, soit 7,4% de plus qu'en 2016. Les nouveaux enregistrements de partenariats et d'entrepreneurs ont augmenté respectivement de 2,4% et 9%. Parmi les entrepreneurs, le nombre d'entrepreneurs privés nouvellement enregistrés à même augmenté de plus de 20%. Après le déclin de 2015, le nombre de sociétés privées à responsabilité limitée nouvellement enregistrées, qui pèsent significativement dans les partenariats, a quant à lui progressé de 2% en 2017 tout comme le nombre de celles enregistrées

45 Nous devons noter ici que, en 2009, 80% des ménages et 70% des petites et moyennes entreprises détenaient un crédit libellé en devises étrangères. La crise du forint hongrois a rendu ces crédits trop onéreux pour beaucoup de personnes et reste un gros problème de l'économie hongroise aujourd'hui encore.

46 Ibid.

comme sociétés anonymes (9,4%). Enfin, après avoir diminué durant de nombreuses années, les nouveaux partenariats ont à nouveau vu le nombre de leurs enregistrements augmenter en 2017 (16%).

Fig. 20 : Nombre d'entités économiques nouvellement enregistrées

NOMBRE D'ENTITÉS ÉCONOMIQUES NOUVELLEMENT ENREGISTRÉES ET D'ENTITÉS SOUMISES À UNE PROCÉDURE DE FAILLITE, DE LIQUIDATION, DE DISSOLUTION OU DE LIQUIDATION FORCÉE ET NOMBRE DE FERMETURES D'ENTITÉS ÉCONOMIQUES		
2016	2017	DESCRIPTION
1 846 101	1 870 415	Nombre d'entités économiques enregistrées en fin d'année
118 587	127 420	Nombre de nouveaux enregistrements dont
26 030	26 663	Partenariats
57 202	68 594	Entrepreneurs privés
7 517	6 469	Nombre de partenariats soumis à une procédure de liquidation dont
6 855	5953	Sociétés privées à responsabilité limitée
70	65	Sociétés anonymes
513	391	Partenariats limités
7 532	9536	Nombre de partenariats soumis à une procédure de dissolution dont
4 923	6102	Sociétés privées à responsabilité limitée
61	44	Sociétés anonymes
2 228	3040	Partenariats limités
50 956	44540	Nombre total d'entités soumises à une procédure de faillite, de liquidation, de dissolution ou de liquidation forcée en fin d'année
110 918	103923	Nombre de fermetures d'entités dont
46 292	37689	Partenariats
39 574	42 929	Entrepreneurs privés

Source : <https://www.ksh.hu/docs/eng/xftp/gyor/gaz/egaz1712.pdf>

Concernant les partenariats, le nombre de procédures de liquidation était de 6.500 en 2017, soit 85% du nombre de procédures de l'année précédente. Donc, après l'augmentation enregistrée en 2012-2014, la diminution commencée en 2015 a continué après 2016 et en 2017. Les sociétés privées à responsabilité limitée comptaient pour 92% de toutes les procédures, 6% supplémentaires concernant les partenariats limités. Le nombre de procédures entamées au cours de l'année a diminué de 13% parmi les sociétés privées à responsabilité limitée, de 36% parmi les partenariats limités et de 8,1% parmi les sociétés anonymes. En 2017, comme durant les années antérieures, et sur base du nombre de personnes participant aux activités de l'entreprise, les petites et moyennes entreprises totalisaient 99% des liquidations initiées par les créanciers. Dans la catégorie des moyennes entreprises, 74 procédures ont été lancées contre 13 parmi les grandes entreprises.

Le nombre de procédures de dissolution initiées par les propriétaires était de plus de 9.500 en 2017. Il était exceptionnellement élevé en 2011-2012. Toutefois, après cette période et après une baisse de deux ans, il est resté inchangé en 2015 puis une augmentation a été enregistrée en 2016 par rapport à la valeur basse suivie d'une nouvelle augmentation de 27% en 2017.

En 2017, le nombre d'entités liquidées était de 104.000 unités parmi lesquelles 99.000 entreprises et 4.000 organisations non gouvernementales. Le nombre de fermetures a encore diminué pour atteindre un niveau de 6,3% plus bas que l'année précédente. Tandis que le nombre de partenariats liquidés chutait de 19%, la chute était de 2% chez les entrepreneurs parmi lesquels les entrepreneurs privés ont toutefois connu une augmentation de 8,5% par rapport à l'année précédente. Parmi les différentes formes juridiques des entités économiques, le nombre de fermetures a diminué de 31% pour les partenariats généraux, de 27% pour les partenariats limités et de 3% pour les sociétés anonymes.

2. INTRODUCTION

En Hongrie, la genèse des règlements en matière de faillite et d'insolvabilité remonte à bien avant la Seconde Guerre mondiale. Le premier règlement apparaît au 19^{ème} siècle avec les premiers textes de loi sur la faillite dans les années 1870. Après 1946, alors que la Hongrie subissait la forte influence de l'Union soviétique, les règlements relatifs à l'insolvabilité ont été conçus pour contribuer à une économie d'État : les entreprises publiques bénéficiaient d'une large protection tandis que les entreprises privées voyaient leur protection disparaître pour en faciliter la prise de contrôle. Après la révolte de 1956, un timide relâchement des principes régissant l'entrepreneuriat privé a commencé pour aboutir en 1968 au Nouveau mécanisme économique qui ouvrait l'économie du pays aux entreprises privées. Cependant, en raison des pressions soviétiques, le développement en faveur d'une économie plus ouverte ne s'est pas fait sans difficultés bien que certains règlements subordonnés avaient été mis en place pour assurer une certaine protection pour les créanciers privés. La protection des biens de l'État restait toutefois hautement prioritaire. Jusqu'en 1986, les définitions de faillite et de liquidation volontaire étaient souvent considérées synonymes puisque, de toute façon, une entreprise insolvable avait toujours un successeur légal. Des règlements plus précis ont été élaborés au titre de règles de base par les décrets VII 16/1986 et 11/1986 dans lesquels l'ordre de classement des créanciers était clairement défini. Il n'y avait toutefois aucune garantie que toutes leurs créances seraient satisfaites. Le mécanisme selon lequel les créances étaient satisfaites dépendait fortement de la volonté politique et n'était pas rendu public. Ces décrets ont toutefois servi de fondations aux premiers règlements après la « révolution silencieuse », prélude à l'introduction de la démocratie et de l'économie de marché après 1988/89.

Par la loi VI de 1988 sur les associations à caractère économique, le dernier gouvernement socialiste jetait les bases des premières règles du processus de transformation économique. En plus d'autres « règles de transformation » importantes, le premier code hongrois de l'insolvabilité décidé par un gouvernement démocratiquement élu est entré en vigueur le 1er janvier 1992.⁴⁷ Il était conçu pour servir de cadre juridique à la transformation d'une économie planifiée et subsidiée par l'État en une économie de marché incluant des mécanismes destinés à fermer les entreprises non rentables. En soi, la philosophie de cette loi était considérée contradictoire. D'une part, elle mentionnait dans son préambule qu'elle visait à protéger les intérêts des créanciers. D'autre part, elle favorisait la restructuration et la protection du lieu de travail. Le règlement se limitait aux « entités économiques » (Gazdálkodó szervezetek) et n'incluait pas les partenariats et les microentreprises. Pourtant, à cette époque, le terme « entité économique » utilisé dans le code civil couvrait également ces deux formes d'entreprises.⁴⁸ L'introduction en 1992 de la première loi hongroise sur l'insolvabilité a fait l'objet d'âpres débats parce qu'elle était considérée par le public comme la « base d'un hara-kiri de masse pour l'entrepreneuriat hongrois » tandis que les experts la voyaient comme rétablissant les règles socialistes de la liquidation puisque les insolvabilités privées en étaient exclues. C'est seulement en 2008 qu'une normalisation des termes dans l'ensemble des codes et règlements a été menée à bien. Conséquemment, les termes suivants sont depuis ce temps clairement décrits et utilisés comme tels : procédure de faillite (csődeljárás), procédure d'insolvabilité (felszámolási eljárás) et procédure de liquidation volontaire (végelszámolás). En 1996, une loi sur la faillite destinée aux communes (1996/XXV) a suivi. Les préparatifs pour l'adhésion à l'UE impliquaient l'adoption des règlements européens et leur transposition en droit national. La Hongrie a donc transposé la directive européenne

47 Loi XLIX de 1991 sur le règlement et les procédures de faillite (Loi sur l'insolvabilité).

48 Halmos, Károly, A csőd intézménye rövid története (Une brève histoire de la faillite), in: Közgazdasági Szemle, LIX: 212 (p 540-557).

(UE 1346/2000/EK). Au cours des années qui ont suivi, la pratique en matière de faillite et d'insolvabilité a rapidement démontré le besoin de réformes supplémentaires. La loi 2006/VI y a répondu en améliorant la protection des créanciers, en simplifiant et en harmonisant le cadre juridique dans le but d'accélérer les procédures, en augmentant la protection des biens des entrepreneurs et enfin, quoiqu'un peu contradictoire, en protégeant mieux l'emploi en cas d'insolvabilité.

L'une des plus importantes réformes a eu lieu en 2008 et est entrée en vigueur le 1er septembre 2008 (2009/LI). Elle a été introduite en réaction à la crise financière de 2008 et reformulait certaines règles essentielles relatives à la faillite et à l'insolvabilité. Elle mettait à nouveau l'accent sur la nécessité de la sécurisation des emplois et tenait compte de la stabilité économique de la Hongrie plutôt que de la protection des créanciers. Toutes ces réformes constituaient des amendements à la loi 1991 XLIX antérieure avec, à nouveau, l'intention de simplifier et de rationaliser les procédures. Elle prévoyait également des formes alternatives de protection contre la faillite pour les entreprises confrontées à des difficultés économiques plutôt qu'une simple liquidation de l'entreprise, cette dernière finissant souvent par une perte d'actifs pour les créanciers et par une perte d'emplois et de revenus pour l'économie nationale.

L'introduction de la nouvelle période de grâce de 90 jours permettait le redressement des opérations et des finances de l'entreprise. Avant cela, le débiteur ne pouvait qu'initier la procédure de liquidation avec l'accord des créanciers. Il peut dorénavant invoquer la période de grâce qui peut être accordée en un jour. Toutefois, les paiements, salaires, cotisations patronales, redevances des services d'utilité publique, frais bancaires et taxe sur la valeur ajoutée (TVA) doivent être honorés durant la période de grâce. Afin de réduire les dépenses et de soutenir les employés, une garantie légale des salaires existe (loi 1994, LXVI) qui a été modifiée et introduite en 2007. Une des nouvelles dispositions est que le tribunal peut mettre fin à la procédure de faillite si le débiteur paie toutes ses dettes.

Bien que la loi en matière de faillites soit alors devenue plus simple, la réaction à ses règles générales tend à indiquer que les propriétaires d'entreprises n'en ont pas perçu les nouvelles opportunités ou qu'ils ont des difficultés à les intégrer. Entre septembre 2009 et février 2010, seules 42 entreprises ont eu recours à la nouvelle procédure de faillite. L'une des raisons à cela est que les propriétaires/dirigeants ne veulent pas voir le nom de leur entreprise stigmatisé et leur faillite reconnue par les banques et le public comme le prévoit la loi (HVG online, Hiába van új csódtörvény, közel annyi a felszámolás, 11 mars 2010).

Rétrospectivement, on peut clairement voir une tendance se dégager. A partir des années 1990 jusqu'aux dernières réformes de 2017, le rôle de l'État et du pouvoir judiciaire indépendant a reculé tandis que l'importance donnée à la protection des créanciers augmentait. Dans les dernières dispositions, et dans toutes les dispositions précédentes de 2017 de la loi 1991/XLIX concernant la faillite, l'initiative de départ émane toujours du débiteur (§ 6), habituellement l'organe de gestion de l'entreprise. La décision même de cette procédure est prise lors d'une assemblée générale de l'entreprise. En 2009, la loi sur la faillite a été modifiée pour tenter de trouver une solution aux défis posés par la crise financière. Selon la loi précédente, le débiteur ne bénéficiait d'un moratoire sur les paiements que par le biais d'une décision des créanciers prise à la majorité qualifiée. Généralement, les créanciers ne réunissaient pas cette majorité. Selon la nouvelle loi, un délai de paiement est immédiatement accordé et ouvre une période de 90 jours pour parvenir à un accord entre débiteur et créanciers. L'idée sous-jacente était simplement de réduire le nombre de liquidations résultant de l'application de cette rigoureuse loi sur la faillite. Suite à cela, le nombre de procédures de faillite a fortement augmenté après 2009 mais, depuis 2013, il s'est stabilisé bien en-dessous de la barre des 100 cas par an. En 2017, à peine 39 cas ont été relevés (voir détails dans le tableau ci-dessus).

Depuis l'entrée de la Hongrie dans l'Union européenne, les différents gouvernements ont, de manière générale, transposé les règlements européens dans le droit national. Toutefois, la loi hongroise sur l'insolvabilité a souvent été modifiée pour des raisons ou des besoins internes, notamment liés aux intérêts et à l'idéologie du gouvernement national et, évidemment, aux groupes d'intérêts les plus influents. En 2007, une nouvelle loi a simplifié les procédures d'insolvabilité pour de nombreux motifs valables. Un important changement a été que, depuis lors, l'administrateur de l'insolvabilité doit être désigné par un logiciel de sélection aléatoire plutôt que par un juge, ceci afin de réduire la corruption et le favoritisme. Aujourd'hui encore, c'est une procédure régulière bien que le gouvernement Orbán ait une nouvelle fois changé les règles en matière d'insolvabilité. En particulier, il existe maintenant une règle d'exception concernant les entreprises dites « d'importance stratégique ». Dans ces cas, c'est le gouvernement qui décide,

par décret et non par décision du parlement (Rödl, 7), quelles entreprises rentrent dans cette vague catégorie. Si l'une de ces entreprises est menacée de faillite ou d'insolvabilité, les procédures diffèrent fortement des procédures « normales ». Le gouvernement est ainsi à même de décider – pour des raisons politiques – quelles insolvabilités sont « normales » et quelles sont celles revêtant une « importance stratégique ». Ce règlement a été introduit le 27 juillet 2011 (loi 2011/CXV⁴⁹) dans un délai très bref et dans le cadre de la crise Malév durant laquelle la compagnie aérienne hongroise a généré de très importants déficits. Peu de temps avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité de cette entreprise d'État, le gouvernement a décidé qu'il s'agissait d'un cas d'une « importance stratégique exceptionnelle ». La Commission européenne et le Parlement européen sont toutefois intervenus et ont fortement réduit les options du gouvernement Orbán dans ce cas (voir les détails ci-dessous, point 15 et suivants).

Généralement, en raison du fait que les insolvabilités privées sont toujours peu réglementées, le Parlement hongrois a adopté, en 2015, une nouvelle loi de plus applicable à ces insolvabilités et présentant une procédure plus raisonnable (pour les détails, voir le point 4 ci-dessous). Toutefois, l'amendement le plus récent date du 16 mars 2017 lorsque le Parlement a une fois encore voté de très importantes modifications de la loi XLIX/1991 (pour les détails, voir le point 5 et suivants).

3. CONDITIONS POUR L'OUVERTURE DE PROCÉDURES D'INSOLVABILITÉ (RAISONS DE L'INSOLVABILITÉ)

Conformément à la récente législation (§ 27 1991/XLIX), le tribunal doit ordonner, par jugement, la mise en liquidation du débiteur s'il constate que le débiteur est insolvable. Le tribunal doit prendre la décision d'ordonner la liquidation dans un délai de 60 jours à dater de la réception de la requête réclamant l'ouverture de la procédure de liquidation. La date d'ouverture de cette procédure est la date de la publication de la décision finale d'ordonner la liquidation (section 28, 2). Le tribunal déclare le débiteur insolvable :

- a. lorsque le débiteur est en défaut de paiement ou n'a pas contesté ses dettes contractuelles antérieures, incontestées et reconnues dans un délai de 20 jours de leur échéance et qu'il n'a pas apuré ces dettes après en avoir reçu la demande de paiement écrite du créancier, ou
- b. lorsque le débiteur est en défaut de paiement de ses dettes dans le délai spécifié par une décision finale du tribunal ou une injonction de paiement, ou
- c. si la procédure d'exécution à l'encontre du débiteur a échoué, ou
- d. si le débiteur n'a pas pleinement satisfait à son obligation de paiement telle que stipulée dans l'accord de composition conclu lors de la procédure de faillite ou d'insolvabilité, ou
- e. s'il a déclaré la fin de la procédure de faillite antérieure (sous-section (3) de la section 18, sous-section (10) de la section 18 ou section 21/B ou f) dans le cas où le passif relatif à la procédure que le débiteur a initiée ou qui a été initiée par l'administrateur judiciaire excède son actif, ou lorsque le débiteur a été incapable et ne pourra vraisemblablement pas acquitter ses dettes à la date d'échéance ou si, lors de la procédure ouverte par l'administrateur judiciaire et après en avoir reçu la demande formelle, les membres (actionnaires) de l'opérateur économique du débiteur ne produisent pas une déclaration d'engagement à garantir les fonds nécessaires pour couvrir ces dettes à leur échéance, ou
- f. les saisies antérieures n'ont pas été efficaces et ne seront plus possibles, ou
- g. les réclamations des créanciers excèdent 200.000 forints (700 euros)⁵⁰.

49 <https://mkogy.jogtar.hu/jogszabaly?docid=A1100115.TV>

50 Pour évaluer le pouvoir d'achat de ce montant, il représente environ deux tiers du salaire mensuel moyen.

4. BREF APERÇU DU DÉROULEMENT DES PROCÉDURES D'INSOLVABILITÉ

- a. Une procédure de faillite est initiée par le débiteur cherchant à réorganiser les activités de l'entreprise et à parvenir à un arrangement avec ses créanciers. Lors des négociations, le débiteur bénéficie d'un sursis de paiement pour une période limitée et les créanciers peuvent lui consentir une remise. Durant la procédure de faillite, un administrateur supervise la plupart des décisions prises par le débiteur. La procédure prend fin après que les parties soient parvenues à un accord approuvé par le tribunal. L'objectif premier est d'éviter une procédure de liquidation et de stabiliser la situation économique du débiteur. Le principal avantage est donc que les créanciers et le débiteur peuvent maintenir leurs relations d'affaires. Le désavantage de cette procédure est que le débiteur peut ne pas respecter les conditions de l'arrangement, augmentant ainsi le volume de ses dettes.
- b. Alors que la procédure de faillite vise à réorganiser l'entreprise, la procédure d'insolvabilité a pour but la dissolution de l'entreprise en répartissant ses actifs entre les créanciers.
- c. La procédure d'insolvabilité est généralement lancée par le tribunal, les créanciers, l'administrateur judiciaire ou le débiteur. Elle fait suite à une ordonnance du tribunal lorsque l'entreprise est déclarée insolvable, c.-à-d. lorsque le débiteur n'est plus capable d'honorer ses dettes. Lorsque cette décision devient finale, le tribunal doit sans retard désigner l'administrateur de l'insolvabilité et ordonner que le résumé de l'arrêt ordonnant la liquidation et l'arrêt relatif à la nomination de l'administrateur de l'insolvabilité soient publiés sur le site web du Cégközlöny (Bulletin des entreprises) mis à jour quotidiennement. La publication inclut également une invitation aux créanciers à déclarer leurs créances. Durant la procédure, l'administrateur de l'insolvabilité exerce tous les droits à la place de l'employeur. Comme le stipule la loi sur l'insolvabilité, la procédure vise à satisfaire les créanciers d'un débiteur insolvable lors de sa liquidation sans succession. Les avantages de la procédure sont que le débiteur ne peut poursuivre ses activités déficitaires et que l'administrateur de l'insolvabilité tente de réaliser les actifs du débiteur afin de satisfaire les créanciers. Elle ne garantit toutefois pas que les biens du débiteur suffisent à payer tous les créanciers et peut durer des années.
- d. Une procédure d'insolvabilité peut être ouverte à la demande du débiteur, d'un créancier ou d'un administrateur judiciaire ou par décision du tribunal de commerce ou du tribunal pénal. Si aucune composition n'est convenue, ou si l'arrangement n'est pas conforme aux règles applicables, le tribunal doit annuler la procédure de faillite et, en conséquence, déclarer d'office le débiteur insolvable et ouvrir la procédure d'insolvabilité.
- e. Le titulaire d'une créance qui a déjà fait l'objet d'une saisie par séquestration ordonnée dans une procédure pénale pour garantir une autre créance suite à laquelle le débiteur a payé le montant réclamé sur le compte de dépôt de l'huissier de justice, ne peut présenter aucune déclaration de créance dans une procédure d'insolvabilité.
- f. Lorsqu'elle est initiée par le débiteur, la demande d'ouverture de la procédure peut être présentée après accord préalable de l'organe suprême de l'opérateur économique du débiteur exerçant les droits des fondateurs (actionnaires). Dans le cas d'une entreprise individuelle, la demande peut être introduite par le propriétaire à sa discrétion. Les employés et les syndicats définis dans le code du travail ou le comité d'entreprise compétent (délégués du personnel) doivent être dûment informés lorsque la demande est déposée.
- g. Dans le cas d'une procédure de *faillite*, l'entreprise doit prendre l'initiative et informer le personnel, le(s) syndicat(s) ou – le cas échéant – le comité d'entreprise. De plus, le directeur général doit faire une déclaration à propos de tous les changements financièrement significatifs concernant l'entreprise et établir une liste détaillée de toutes les dettes, de tous les créanciers et de tous les comptes bancaires. Il doit également informer toutes les banques de l'entreprise de la demande d'ouverture. Les créanciers doivent acquitter des droits à hauteur de 1% de leurs créances respectives et être enregistrés comme créanciers légitimes dans la procédure.

Le paiement minimum est de 5.000 forints avec un maximum de 100.000 forints (environ 16 et 333 euros).

- h. Dans le cas d'une procédure d'*insolvabilité*, l'initiative est du ressort du tribunal (par ex. dans tous les cas où une procédure de faillite a échoué), du débiteur et des créanciers. Si l'initiative émane du débiteur, l'entreprise doit voter pour approuver la décision même et doit ensuite engager un avocat pour soumettre la demande au tribunal. Toutes les autres obligations mentionnées ci-dessus en cas de faillite sont également d'application en cas de liquidation.
- i. Ces deux procédures sont officiellement ouvertes sur décision du tribunal responsable, décision qui doit être publiée dans le bulletin des entreprises (Céggközlöny). Le tribunal doit faire part de sa décision dans un délai de 15 jours. La date de sa publication est aussi la date à partir de laquelle les créanciers peuvent déclarer leurs créances. Ils disposent de 30 jours en cas de faillite et de 40 jours en cas d'insolvabilité. S'agissant d'une faillite, l'étape suivante, et peut-être la plus importante, est une décision de moratoire par le tribunal. Celui-ci peut durer jusqu'à 120 jours. Dans les cas complexes, il peut toutefois être prolongé jusqu'à un maximum de 365 jours.
- j. Les créances spéciales portant notamment sur les salaires, les taxes, les frais bancaires, etc. ne sont pas incluses dans le moratoire (§ 11). Dans une procédure d'insolvabilité, la liquidation de l'entreprise et la répartition de ses actifs sont les questions les plus importantes que le tribunal et les créanciers doivent traiter. L'étape finale est une décision contraignante du tribunal sur la manière dont les actifs seront répartis entre les créanciers.
- k. L'administrateur de l'insolvabilité doit répertorier toutes les créances déclarées, les classer et décider de leur ordre de priorité. Les règles en matière de répartition des biens sont des règles légales soumises à la décision du Parlement. En conséquence, elles peuvent changer au cours du temps tout en essayant de satisfaire les créances et les intérêts, parfois conflictuels, des différentes parties concernées.

L'interposition : l'insolvabilité privée, un concept récent

Adoptée le 1^{er} septembre 2015, la loi sur l'*insolvabilité privée* a été élaborée sur base d'un concept développé par le Parlement hongrois. Elle régleme l'insolvabilité de personnes privées fortement endettées et s'adresse aux personnes ayant des dettes allant de 2 millions à maximum 60 millions de forints (6.500 à 195.000 euros). Les créances à l'encontre du débiteur doivent être plus élevées que la valeur totale de ses actifs. La durée maximum de la procédure est de cinq ans. Une disposition particulière de cette loi porte sur le principe de subsidiarité dans la mesure où les revenus et les actifs du ménage des personnes concernées sont pris en compte. En outre, les autorités locales sont tenues d'autoriser des dépenses exceptionnelles.

5. LES INTERVENANTS, LEURS DROITS ET LEURS DEVOIRS DANS LES PROCÉDURES DE FAILLITE ET D'INSOLVABILITÉ

Par rapport à d'autres pays européens, les procédures de liquidation hongroises sont fortement codifiées. Pour des raisons liées à son histoire, la Hongrie a commencé à élaborer sa législation en matière de faillite et d'insolvabilité durant la période socialiste. L'objectif principal n'était pas la dissolution d'une entreprise mais d'assurer sa survie dans une économie socialiste dans laquelle l'État et ses actions économiques jouaient un rôle primordial (voir point 2). Cependant, après l'échec du socialisme, le contexte a fondamentalement et très rapidement changé. Il devenait maintenant très pertinent de disposer d'une variété d'options pour liquider une entreprise et sur la manière de garantir les droits et obligations des parties concernées, singulièrement les créanciers et les travailleurs. Les dispositions des lois actuelles sur la faillite et l'insolvabilité couvrent aussi bien les entreprises privées que les entreprises d'État.

Le débiteur : la première étape concerne principalement le débiteur. Seul un opérateur économique peut devenir débiteur lorsqu'il satisfait aux conditions de la loi. Il est important de noter que la définition d'opérateur économique est

différente de celle du code civil hongrois. Selon la loi hongroise, les créanciers ne peuvent commencer la réorganisation du débiteur. En cas de faillite, c'est l'entreprise débitrice qui doit initier toute la procédure. Cette décision est normalement prise lors d'une assemblée générale de l'entreprise par un vote majoritaire, une majorité simple étant suffisante. Ceci s'applique également si une liquidation est envisagée mais, dans ce cas, les créanciers sont également autorisés à lancer la procédure. De même, une procédure de liquidation peut être initiée par un tribunal si la procédure de faillite a échoué.

En cas de faillite, le débiteur doit collaborer avec l'administrateur de l'insolvabilité et présenter son plan de restructuration aux créanciers. Le débiteur peut demander aux représentants des travailleurs de participer à l'élaboration du plan de restructuration ou de redressement.

L'administrateur de l'insolvabilité ou de la faillite : tant dans les cas de faillite que d'insolvabilité, un administrateur doit être désigné par le tribunal compétent. Deux procédures existent. Tout d'abord, le tribunal désigne un administrateur d'insolvabilité sélectionné aléatoirement par un logiciel ou, sinon, à travers une méthode transparente tenant compte des capacités effectives du cabinet juridique, de sa charge de travail et de sa situation géographique. La décision finale reste toutefois du ressort du tribunal compétent (§ 27, loi 1991/XLIX). Une exception a été introduite en 2011 lorsque la catégorie des « entreprises d'importance stratégique exceptionnelle » a été créée. Dans de tels cas, l'administrateur de l'insolvabilité agit en qualité de syndic nommé par décret du gouvernement.

Les créanciers : les droits des créanciers sont bien protégés. Tout d'abord, ils ont le droit d'initier une procédure d'insolvabilité. Dans ce cas, ils doivent décrire la nature des dettes, leurs dates d'échéance et les raisons pour lesquelles ils croient que le débiteur est insolvable (accace, 6). Ils peuvent ensuite faire la demande d'ouverture d'une procédure à l'encontre du débiteur si :

- le débiteur ne paie pas ou est incapable de payer ses dettes incontestées dans un délai de 20 jours suivant la date d'échéance ;
- le débiteur ne paie pas ou est incapable de payer ses dettes avant la décision finale ;
- une procédure d'exécution contre le débiteur a échoué ;
- la procédure de faillite a échoué ou si le débiteur ne remplit pas ses obligations ;
- il devient évident que, dans une procédure de liquidation volontaire, les actifs de l'entreprise ne suffiront pas à couvrir son passif.

De manière générale, durant une procédure d'insolvabilité, les créanciers ont les mêmes droits que ceux dont ils bénéficieraient dans des procédures civiles à l'exception de tout droit incompatible avec la procédure d'insolvabilité. Les créanciers ont en outre le droit de soumettre toute objection au tribunal.

Dans les procédures de liquidation, la principale différence entre créanciers garantis et non garantis est que les créances des créanciers garantis ont priorité sur les créances non garanties. Si les actifs sont insuffisants pour couvrir les créances garanties par un privilège et toutes les autres dettes, les créanciers concernés par des paiements de pension alimentaire et de rente viagère, des prestations compensatoires et des restitutions seront satisfaits les premiers. Ce seront ensuite, et dans l'ordre, les autres créances de personnes privées ne résultant pas d'activités économiques (à l'exception des obligations) et les créances des petites et microentreprises après que les coûts et les créanciers garantis aient été payés.

En résumé, les dettes d'une entreprise seront honorées par ses actifs soumis à liquidation dans l'ordre suivant :

- frais de liquidation ;
- créances garanties ;
- paiements de pension alimentaire et de rente viagère, prestations compensatoires et restitutions ;
- autres créances de personnes privées à l'exception des obligations ;
- les cotisations de sécurité sociale, les taxes ;
- les autres créances ;

- > les intérêts et pénalités de retard ; et
- > les créances des personnes ayant une relation étroite avec l'entreprise débitrice.

Les règles concernant les assemblées de créanciers, les droits de vote, etc. ou la mise en place de comités des créanciers sont les suivantes : le § 5 de la loi 1991/XLIX décrit les droits généraux des créanciers. Ils doivent être informés dans un délai de 8 jours de la situation d'insolvabilité ; ils sont autorisés à contrôler les activités de l'administrateur de l'insolvabilité ; ils peuvent créer un comité et ils peuvent désigner un porte-parole. Leurs tâches et les règles de vote sont détaillées dans les §§ 18 et 44 qui soulignent l'importance et le pouvoir d'influence des créanciers.

Les travailleurs et leurs représentants : depuis 2013, le nouveau code du travail 2012/I est d'application et, entre autres choses, réduit les droits des employés en cas de faillite. La loi 1991/XLIX ne fait que très peu référence aux droits des institutions représentatives du personnel. Les syndicats (que ce soit au niveau de l'entreprise ou au niveau national) n'ont aucun rôle légal dans la procédure. La seule exception est lorsqu'il existe une convention collective valable dans l'entreprise concernée. Cette convention reste valable durant toute la procédure de faillite ou d'insolvabilité. Durant la procédure, le comité d'entreprise ne dispose en réalité que de droits limités à l'information. Aucune codétermination n'est prévue.

- > Le comité d'entreprise élu doit être immédiatement informé dès l'ouverture de la procédure de faillite ou d'insolvabilité.
- > Le comité d'entreprise peut être invité à participer à l'élaboration du plan de redressement mentionné au § 5 (3).
- > Conformément au code du travail hongrois, en cas de transfert d'emplois lors de la cession de l'entreprise, l'employeur concerné par ce transfert est tenu, pendant une période d'un an à compter de la date du transfert, de maintenir les conditions de travail définies dans la convention collective existante. Il doit également maintenir les droits des travailleurs convenus avec l'employeur cédant. Ces modalités ne sont applicables qu'en cas de faillite. Elles ne sont donc pas applicables en cas d'insolvabilité.

Conseil de surveillance : il n'existe aucune disposition particulière dans la loi 1991/XLIX concernant les droits des représentants des travailleurs au niveau du conseil de surveillance.

6. LA DEMANDE D'OUVERTURE D'UNE PROCÉDURE

En cas de faillite, seul le débiteur peut initier la procédure mais il doit être représenté par un avocat spécialisé en droit des faillites (§ 7 (1)). Le débiteur est également tenu de présenter à l'administrateur de la faillite un plan détaillé sur la manière d'apurer les dettes et de réorganiser l'entreprise. Viennent ensuite des négociations entre le débiteur et ses créanciers supervisées par l'administrateur de la faillite. Le comité d'entreprise peut être autorisé à prendre part à ces négociations mais aucune règle ne rend cette participation légalement obligatoire. Si les créanciers acceptent la proposition du débiteur, l'entreprise est sauvée et pourra poursuivre ses activités sur une base nouvelle. Si les créanciers ne sont pas d'accord avec le débiteur, deux options sont ouvertes. Tout d'abord, si le débiteur présente un nouveau plan de restructuration de son entreprise, les négociations pourront reprendre et – si tout va bien – les créanciers l'accepteront. Tout cela doit intervenir dans le délai fixé dans le moratoire. Si aucun accord n'est possible, la procédure de liquidation sera inévitable.

Les règles pour le dépôt d'une demande d'insolvabilité sont clairement définies. Comme indiqué plus haut, trois intervenants peuvent initier une procédure de liquidation. Premièrement, l'entreprise débitrice qui doit être représentée par un avocat afin d'éviter les erreurs de procédure (§ 22) ; deuxièmement, les créanciers eux-mêmes et, troisièmement, le tribunal, de préférence le tribunal où la procédure de faillite a échoué ou le tribunal de commerce. Les sections suivantes incluent d'autres détails à ce sujet.

Les procédures de sélection et de nomination de l'administrateur de l'insolvabilité sont décrites au § 27. Ses droits et son rôle tout au long de la procédure d'insolvabilité sont détaillés dans le § 24a (7) : l'administrateur représente les intérêts des créanciers, supervise l'activité économique du débiteur et la situation économique et financière de l'entreprise et, dans une certaine mesure, passe outre des droits de l'employeur.

7. FONDS D'INSOLVABILITÉ

Durant la procédure de liquidation, les salaires des travailleurs doivent être payés sans interruption. Cependant, et conformément à la loi 1994/LXVI, si une entreprise est incapable d'assurer le paiement régulier des salaires, l'administrateur de l'insolvabilité peut faire appel au Fonds national pour l'emploi auquel cas ce fonds est légalement tenu de payer les salaires impayés. Le fonds doit décider dans un délai de 10 jours et payer les salaires des travailleurs durant une période allant jusqu'à six mois ou jusqu'à la fin de la procédure d'insolvabilité. Il doit de plus soutenir les travailleurs dans leur recherche d'un nouvel emploi et accorder des prêts sans intérêt aux entreprises insolubles pour qu'elles paient les salaires aux travailleurs.

8. CARACTÉRISTIQUES DE LA PARTICIPATION DES CRÉANCIERS ET DES EMPLOYÉS DURANT LA PROCÉDURE D'INSOLVABILITÉ

Après l'ouverture d'une procédure de faillite ou d'insolvabilité, tout créancier peut réclamer le remboursement de ses créances. De plus, les créanciers peuvent élire un comité restreint chargé de la représentation de leurs intérêts et du contrôle des activités de l'administrateur de la faillite ou de l'insolvabilité. Un seul comité est autorisé à représenter les intérêts des créanciers. Sa légitimité est reconnue s'il représente un tiers des créanciers enregistrés et au moins un tiers de toutes les créances recevables au titre de la procédure d'insolvabilité. Dans une procédure de faillite, la légitimité du comité des créanciers est reconnue s'il représente au moins un tiers des droits de vote et que ces créanciers contrôlent au moins la moitié de tous les votes (Varga/Baranya 2016: 217). L'ensemble des stratégies et des intérêts sont adoptés selon des règles de vote à bulletin ouvert et à la majorité simple.

Ce n'est qu'en cas d'insolvabilité qu'un seul créancier a le droit d'initier une procédure d'insolvabilité.⁵¹ L'idée première de cette règle semble être qu'un créancier doit pouvoir faire droit à ses créances dans tous les cas où le débiteur ne veut pas ou ne peut pas rembourser ses dettes.⁵²

51 Cette disposition a été invoquée dans la très importante affaire Malév dans laquelle un seul créancier, et non l'État en sa qualité de principal actionnaire, a initié la procédure d'insolvabilité. L'avantage stratégique de ce créancier était que le cas n'avait pas été rendu public avant la décision du tribunal, ce qui a permis d'éviter des contestations et des actions contraires et a probablement eu des effets secondaires positifs pour certains groupes d'intérêts.

52 Cela arrive souvent dans le monde des affaires en Hongrie au prétexte que le débiteur ne peut payer ses dettes parce qu'il est lui-même créancier de ses fournisseurs. Cette pratique est connue sous le nom de « körbe tártozás ».

9. QUELLES SONT LES RÈGLES APPLICABLES À LA RÉPARTITION DES REVENUS ? COMMENT LES CRÉANCES ET LES DROITS DES CRÉANCIERS SONT-ILS CLASSÉS ? COMMENT LES CRÉANCES DES EMPLOYÉS SONT-ELLES TRAITÉES ?

La loi hongroise stipule des modalités claires et détaillées concernant les priorités financières des parties aux procédures (§ 57 (1a) et (2)). Les premières créances à satisfaire sont celles des salaires des travailleurs car les salaires sont considérés comme des coûts de la liquidation de l'entreprise et non comme des créances de créanciers. Pour les cadres de l'entreprise, seul le salaire de base est pris en compte mais il bénéficie aussi de la plus haute priorité. En général, il existe un ordre de priorité détaillé qui doit être suivi par le tribunal et/ou l'administrateur de l'insolvabilité. Les différentes créances sont classées selon l'ordre suivant (voir Varga/Baranyai 2016: 216 ; Rödl&Partner 2013 ; 18) :

- les frais de liquidation avec priorité aux salaires des travailleurs (y compris tous les coûts supplémentaires convenus dans le contrat de travail et/ou conformément au code du travail) et les salaires de base des cadres (§ 57 (1a) et (2); Code du travail § 210) ;
- les créances garanties ;
- les créances concernant les pensions alimentaires et les rentes viagères, les prestations compensatoires et les restitutions ;
- les créances de personnes privées ne résultant pas d'activités économiques ;
- les créances de petites et microentreprises et de fermiers et les cautions d'établissements coopératifs de crédit ;
- les cotisations de sécurité sociale, les taxes ;
- les autres créances ;
- les intérêts et pénalités de retard, ainsi que les majorations et pénalités et dettes similaires ;
- les créances autres que les salaires et autres avantages similaires.

Dans une procédure de faillite, les créances sont en outre classées comme suit :

- toutes les créances assorties d'un sursis de paiement ; et
- les créances garanties et non garanties notifiées dans le temps imparti (Varga/Baranyai 2016 : 216).

Comme on peut clairement le voir, dans une procédure d'insolvabilité, les droits des travailleurs liés aux salaires bénéficient d'une haute priorité et sont légalement garantis. Toutefois, les salaires font partie des actifs de l'entreprise et les employés ne sont donc pas considérés comme des créanciers. Les droits des syndicats liés aux créances de paiement des salaires ne sont pas légalement définis. Les employés bénéficient principalement de droits individuels décrits dans le code civil et le code du travail.

Les employés seront invités par l'administrateur de l'insolvabilité à demander le règlement de leurs créances salariales au tribunal du travail. Chaque employé doit individuellement apporter la preuve de sa créance. Le calcul des salaires impayés est réglementé dans le contrat de travail individuel et dans le code du travail 2012/I, Chapitre 38 §65 - 70 et § 77.

10. LICENCIEMENTS DURANT UNE INSOLVABILITÉ DE L'EMPLOYEUR

Les règles de licenciement et les périodes de préavis sont définies dans le code du travail et les contrats de travail individuels. Elles ne font pas directement partie des procédures de faillite et de liquidation (2012/I). En général, durant ces procédures, les obligations définies dans la convention collective d'une entreprise donnée – si elles sont applicables – restent valables (§ 47 et 57). Dans les cas de faillite et de liquidation, il peut être mis fin aux contrats à durée déterminée avant la date d'expiration officielle (code du travail § 66).

11. PLAN SOCIAL DANS LES SITUATIONS D'INSOLVABILITÉ

Le plan social n'a qu'un rôle mineur. Tant qu'une convention collective régit les modalités du plan social, celles-ci restent valables. Les conventions collectives ayant perdu de leur pertinence en Hongrie, il est très improbable qu'elles aient joué un rôle dans la plupart des cas d'insolvabilité et de faillite. En outre, si le plan social fait partie d'un accord interne entre le comité d'entreprise et l'entreprise, il ne sera pas valable dans le cadre d'une procédure de faillite ou d'insolvabilité.

Concernant la protection de l'environnement, le décret gouvernemental 106/1995 (IX.8.) relatif aux conditions de protection de l'environnement et de la nature durant les procédures de liquidation et de faillite en définit les règles générales. Ainsi, l'administrateur de l'insolvabilité (et non le débiteur et/ou les créanciers) doit couvrir tous les frais concernés. Cela signifie que tous les coûts des mesures nécessaires pour pallier les dégâts environnementaux provoqués par l'entreprise en liquidation doivent être pris en charge par le budget de l'État. Ni les créanciers, ni le débiteur n'ont de responsabilités financières pour les dégâts environnementaux qu'ils pourraient avoir causés avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

12. INFLUENCE DES TRAVAILLEURS INDIVIDUELS, DES COMITÉS D'ENTREPRISE ET/OU DES SYNDICATS

De manière générale, les droits individuels des travailleurs sont légalement protégés et ne représentent pas une partie négligeable dans les procédures de faillite et de liquidation. Ainsi, les travailleurs peuvent faire donner droit à leurs créances salariales respectives. Afin d'en obtenir le paiement, ils peuvent en référer au tribunal du travail dont les décisions seront ensuite notifiées à l'administrateur de l'insolvabilité (code du travail 2012/I). Dans la plupart des cas, les travailleurs et les employés sont alors en mesure d'introduire leurs créances. S'agissant des cas d'insolvabilité inextricablement liés à des licenciements collectifs, le code du travail contient d'importantes dispositions réglementaires. La section 38 régleme les licenciements ; la section 40 § 72, les licenciements collectifs qui doivent être négociés avec le comité d'entreprise et la section 4 traitant du paiement des indemnités de départ en cas d'insolvabilité.

Les comités d'entreprise ont habituellement le droit à l'information et à la consultation lorsqu'il s'agit de questions de relations de travail et/ou de questions ayant un impact sur la situation économique et sociale des travailleurs. Si l'employeur prend une décision ayant un impact sur ces derniers et qu'il existe un syndicat reconnu au niveau de l'entreprise, ce syndicat est autorisé à exprimer son avis et à représenter les intérêts des travailleurs dans les questions économiques, sociales et financières. Ce sont là des dispositions générales définies dans le code du travail 2012/I § 272 (elles sont d'ordinaire applicables et donc aussi en cas de faillite et d'insolvabilité).

13. PROCÉDURES DE RESTRUCTURATION PRÉVENTIVES EN HONGRIE

Comme déjà mentionné, les mécanismes pré-insolvabilité les plus importants sont les procédures de faillite qui ont en général pour objectif de restructurer une entreprise confrontée à une crise profonde. Le mécanisme le plus intéressant ici est un moratoire de 120 jours avant que le tribunal concerné ouvre la procédure officielle de faillite. En outre, sur demande de l'administrateur de la faillite, le tribunal peut prolonger cette période. Les créances dites « privilégiées » telles que salaires, taxes, frais bancaires, TVA, etc. ne sont toutefois pas comprises dans le moratoire.

14. RESTRUCTURER OU DÉMANTELER L'ENTREPRISE ?

L'équilibre entre réorganisation et démantèlement des entreprises a changé au cours de la période étudiée. Alors qu'au début et après la déconfiture du socialisme, la restructuration bénéficiait d'une évidente priorité dans les lois concernées et les pratiques juridiques, les choses ont changé à l'aube du 21^{ème} siècle. Ce sont surtout les changements législatifs de 2012 qui ont marqué un tournant décisif qui a encore été accentué avec la législation de 2017. Les intérêts des créanciers constituent maintenant le point focal des législateurs et des différents gouvernements Orbán. De plus, le gouvernement a aujourd'hui de plus en plus souvent recours à une nouvelle disposition de la loi sur l'insolvabilité lui permettant de déclarer un cas d'insolvabilité comme étant d'une « importance stratégique exceptionnelle » et donc de jouer un rôle significatif dans la procédure.

15. DIVERS : ENTREPRISES D' « IMPORTANCE STRATÉGIQUE EXCEPTIONNELLE » ET LE CAS MALÉV

La catégorie des entreprises d'« importance stratégique exceptionnelle » a été introduite par la loi 2011/CXV modifiée par la loi 1991/XLIX et entrée en vigueur le 4 août 2011. Le nouveau chapitre IV définissait les nouvelles priorités du gouvernement concernant ce qu'il présentait comme des mesures de « protection des intérêts nationaux » hongrois dans le contexte de la mondialisation de l'économie. Ce chapitre a toutefois été introduit pour éviter l'insolvabilité de la compagnie aérienne d'État Malév. Selon sa formulation officielle, la nouvelle loi fait office d'écran protecteur contre le capitalisme européen et mondial. La définition de ce que sont les entreprises d'« importance stratégique exceptionnelle » du § 65 (3) de la loi 1991/XLIX est la suivante. Ce sont des entreprises qui :

- opèrent dans les domaines de la *sécurité nationale, de la défense, du maintien de l'ordre, de la technologie militaire, de la sécurité et de l'approvisionnement énergétique, de la sécurité industrielle, de la gestion des catastrophes, de la protection de la nature et de l'environnement, de la santé publique, des services d'utilité publique, du développement des infrastructures, de l'héritage culturel, de la publicité, des communications* ou lorsque l'entreprise est considérée être d'importance nationale et a pour objet la fourniture de services publics de base et de produits alimentaires essentiels ou encore la fourniture – prioritaire pour le public – de chauffage urbain et d'autres commodités ainsi que l'élaboration des politiques nationales et étrangères en matière d'économie et d'emploi ;
- mettent en œuvre ou s'engagent dans des projets d'importance économique nationale ;
- s'acquittent d'une mission publique nationale définie par la loi ;
- bénéficient d'aides d'État importantes pour restructuration, garanties de crédits, garanties ou assurance-crédit à l'exportation ou est responsable de, ou est lié par une obligation concessionnelle et, dans ce contexte, entretient une relation juridique avec l'État ou des organes publics (y compris des entreprises d'État) ; ou

- *sont engagées dans des activités de nature stratégique non mentionnées aux points (a) à (d) mais qui sont d'une importance stratégique pour l'économie nationale.*

Les aspects les plus importants découlant de cette définition sont :

- L'inhabituel moratoire temporaire sur les paiements qui prévoit que, dans le cas d'une insolvabilité déclarée par le débiteur, le tribunal doit agir en un jour pour publier l'avis d'insolvabilité, déclarer le moratoire et désigner un administrateur de l'insolvabilité public (et non privé comme dans les cas normaux) (§ 69).
- L'administrateur de l'insolvabilité est nommé par décret gouvernemental et agit en tant que son mandataire (§ 66).
- Durant l'inhabituel moratoire temporaire sur les paiements, l'administrateur public de l'insolvabilité reprend de facto la gestion de l'entreprise. Les paiements ne sont autorisés que s'ils sont signés par lui tandis que toutes les autres opérations relevant du fonctionnement de l'entreprise sont également sous son contrôle. De plus, les créances des créanciers sont porteuses d'intérêts.
- En cas de vente de l'entreprise ou d'une partie de ses activités, l'administrateur de l'insolvabilité peut décider d'une procédure non publique d'adjudication. Dans ce cas, il n'est pas tenu d'expliquer les raisons pour lesquelles le marché a été adjugé à un soumissionnaire particulier – ou pas à un autre (§ 70).
- L'avantage de cette loi est double pour le gouvernement nationaliste-conservateur Orbán et probablement pour ses alliés économiques et ses réseaux d'anciens copains : elle permet, par décret gouvernemental, de déclarer une entreprise comme étant exceptionnellement importante, de ne pas assurer la transparence des procédures de faillite et d'insolvabilité et d'en réduire le contrôle par les créanciers, les autres parties prenantes et le public. En réalité, sous prétexte d'une simplification des procédures, le contrôle démocratique est fragilisé. Officiellement, cette simplification permet une réaction rapide lorsque des intérêts hongrois sont menacés. C'est le cas, toujours selon la version officielle, lorsque des entreprises ayant valeur de symbole (appelée « Hungaricum » ou spécificité hongroise) ou représentant la « souveraineté du peuple hongrois » sont menacées d'insolvabilité. Cette loi permet aussi au gouvernement Orbán de conclure de soi-disant accords de partenariat stratégique avec des entreprises multinationales ayant des intérêts dans l'économie hongroise et/ou pour son marché du travail. Ces prétendus accords stratégiques doivent garantir une coopération et un soutien mutuel en faveur de la Hongrie et la prospérité des entreprises concernées. En réalité, ces accords procurent des avantages concurrentiels à ces multinationales.

Le cas de Malév est un bon exemple de la manière dont le gouvernement hongrois est intervenu dans une procédure d'insolvabilité en déclarant une entreprise, la compagnie aérienne d'État Malév, comme étant d'une « importance stratégique exceptionnelle » et ainsi entrer en conflit avec le droit européen.⁵³

Malév a fait faillite et une procédure d'insolvabilité a donc été ouverte. Après la seconde nationalisation de Malév et la décision du gouvernement Orbán de lui accorder de très importants subsides, la Commission européenne était intervenue. Le gouvernement hongrois avait (re)nationalisé Malév en 2010 en créant une société holding d'État détenant près de 95% de la compagnie aérienne, le reste étant détenu par Air Bridge, une entreprise privée. Le 1er janvier 2012, l'UE a estimé que cela contrevenait au droit de l'Union.

Entre-temps, un nouveau plan de restructuration de Malév avait été élaboré qui, une nouvelle fois, serait entré en conflit avec les règles européennes. Des investisseurs chinois et hongrois, le gouvernement hongrois et plusieurs autres investisseurs ont ainsi tenté de constituer une entreprise nouvelle, propriétaire de la nouvelle compagnie aérienne, la « New Malév ». L'État hongrois y détiendrait 35% des actions et le nouveau groupe d'investisseurs environ 65%. Un plan détaillé devait être élaboré pour le 15 juin 2011 et la nouvelle compagnie devait commencer ses opérations le 1er janvier 2012. Toutefois, de sérieux avertissements de Bruxelles soulignaient qu'il ne pouvait ni ne devait y avoir d'intervention de l'État dans le capital parce que cela violerait le droit de l'Union. Les discussions entre la Commission européenne et le gouvernement Orbán n'ont dès lors pas abouti rendant impossible un accord avec

53 Ce qui suit est basé sur des rapports parus dans le Budapest Beacon du 26 février 2015 et le Hungarian Spectrum du 1er février.

les investisseurs potentiels. Cette affaire montre que toutes les tentatives de réorganiser Malév n'avaient jamais été basées sur des propositions sérieuses à même de satisfaire aux règlements européens applicables que le gouvernement hongrois lui-même avait précédemment approuvés.

L'UE a pu prouver que, entre 2007 et 2010, Malév avait reçu environ 38 milliards de forints de subsides de l'État afin d'assurer sa survie économique. A partir de 2010, Malév a opéré en tant que compagnie aérienne d'État, ce qui était contraire aux règles européennes. La Commission a déclaré illégaux ces subsides gouvernementaux en conséquence de quoi Malév aurait dû rembourser tous les subsides reçus depuis 2003 estimés à environ 88 milliards de forints (environ 290 milliards d'euros). Ce remboursement aurait inévitablement entraîné l'insolvabilité de Malév. Le gouvernement hongrois a alors déclaré par décret que Malév était une « entreprise d'une importance stratégique » ce qui permettait d'invoquer une procédure particulière prévue par la loi sur l'insolvabilité. Cette procédure avait été décidée par le gouvernement Orbán à peine quelques jours avant.

Ces modifications de la loi sur la faillite et l'insolvabilité avaient été faites sur base de recommandations de DLA Piper, une société de consultance juridique travaillant pour Malév, proposant :

- > de réduire l'influence des créanciers dans la procédure d'insolvabilité ; et
- > que le gouvernement désigne unilatéralement un administrateur d'insolvabilité qu'il soit officiellement enregistré ou non.

Le gouvernement n'a que partiellement suivi ces recommandations mais a introduit de nombreux changements dans la loi sur l'insolvabilité afin d'accroître l'influence de l'État et de réduire celle des créanciers. Le 9 janvier 2012, l'UE a estimé que cette procédure n'était pas conforme au droit européen. Quelques jours plus tard, le 30 janvier 2012, cinq jours avant la date limite officielle imposée par l'UE, le gouvernement déclarait précipitamment l'« importance stratégique exceptionnelle » du cas Malév (décret 4/2012). Toute la procédure avait été initiée par un seul petit débiteur (sympathisant) et non par Malév en tant que débiteur principal. Cette façon de faire se révélait judicieuse. Premièrement, elle n'exigeait pas la tenue d'une assemblée générale de Malév si cette décision avait dû être prise. Deuxièmement, elle aurait rendu le cas public.

La Commission européenne a malgré tout une nouvelle fois déclaré tout cela illégal et confirmé que Malév devait rembourser tous les subsides dont elle avait bénéficié au cours des dernières années. Cela signifiait simplement la débâcle financière et donc la fin de Malév. Le 14 février 2012, le tribunal métropolitain de Budapest a déclaré Malév insolvable. Suite à sa mise en faillite, 2.060 des 2.600 employés de Malév ont dû être licenciés. Elle a de plus provoqué d'autres licenciements à l'aéroport de Budapest et chez les fournisseurs de l'entreprise.

RAPPORT PAYS #4 :

PAYS-BAS

Par

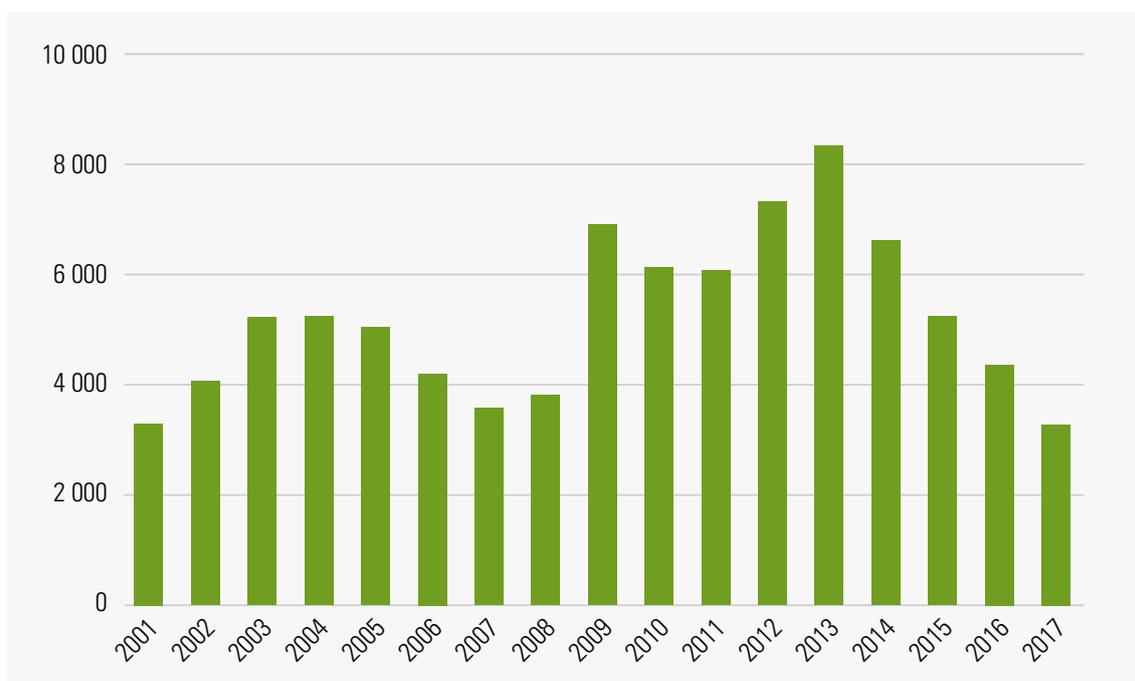
**HELEEN HOOGEVEEN, CONSULTANTE SENIOR, GIP MEDEZEGGENSCHAP,
HERTOGENBOSCH**



APERÇU STATISTIQUE

Le nombre de faillites^{54, 55} en 2017 a été le plus bas du siècle. La tendance est à la baisse bien que les diminutions et les augmentations se soient succédées ces dernières années. Il y a eu un pic en 2013, suivi par une nouvelle courbe descendante. Cela va de pair avec la croissance économique aux Pays-Bas.

Fig. 21 : Nombre de faillites d'entreprises et d'institutions 2001-2017 (source: CBS)



Le nombre de faillites a diminué dans presque tous les secteurs. La plupart des faillites d'entreprises et d'institutions sont signalées chaque année dans le secteur du commerce: il s'agit du commerce de gros, du commerce de détail et du secteur automobile. Mais là encore, le nombre de faillites baisse considérablement. Cette tendance se confirme également dans l'industrie.

54 Les jugements de faillite prononcés par les tribunaux concernent des particuliers et des sociétés / institutions. Ce qui importe pour ce rapport sont les données relatives aux entreprises / institutions.

55 Statistics Netherlands (CBS) dispose de données sur les faillites mais pas sur les suspensions de paiements.

Fig. 22 : Faillites d'entreprises et d'institutions déclarées par industrie 2009-2017 (source: CBS)

BEDRIJFSTAKKEN/BRANCHES (SBI 2008)	UITGESPROKEN FAILLISSEMENTEN								
	Bedrijven en instellingen								
	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
	Aantal								
A-U Alle economische activiteiten	6942	6162	6117	7349	8376	6645	5271	4399	3291
A Landbouw, bosbouw en visserij	102	95	90	117	128	72	60	31	23
B Delfstoffenwinning	0	0	1	1	1	2	2	0	1
C Industrie	761	753	690	802	787	515	350	334	245
D Energievoorziening	6	4	7	17	12	6	8	7	6
E Waterbedrijven en afvalbeheer	18	20	25	18	20	23	22	20	10
F Bouwnijverheid	744	857	875	1209	1360	748	611	411	327
G Handel	1619	1360	1301	1532	1876	1415	1118	952	693
H Vervoer en opslag	330	325	283	379	362	269	202	206	160
I Horeca	226	242	292	292	330	293	229	208	185
J Informatie en communicatie	325	273	225	248	380	230	218	151	153
K Financiële dienstverlening	810	574	595	827	789	1035	945	758	487
L Verhuur en handel van onroerend goed	202	133	172	240	221	202	151	144	92
M Specialistische zakelijke	896	697	741	789	910	872	615	517	396
N Verhuur en overige zakelijke diensten	509	440	430	428	620	417	330	270	244
O Openbaar bestuur en overheidsdiensten	0	0	0	0	0	0	0	1	0
P Onderwijs	48	43	51	56	87	87	50	54	33
Q Gezondheids- en welzijnzorg	125	117	106	169	231	198	158	174	116
R Cultuur, sport en recreatie	106	134	112	113	123	97	108	74	56
S Overige dienstverlening	82	91	78	89	103	101	65	63	49
T Huishoudens	0	0	0	0	0	0	0	0	0
SBI-code onbekend	33	4	43	23	36	63	29	24	15

Bron: CBS

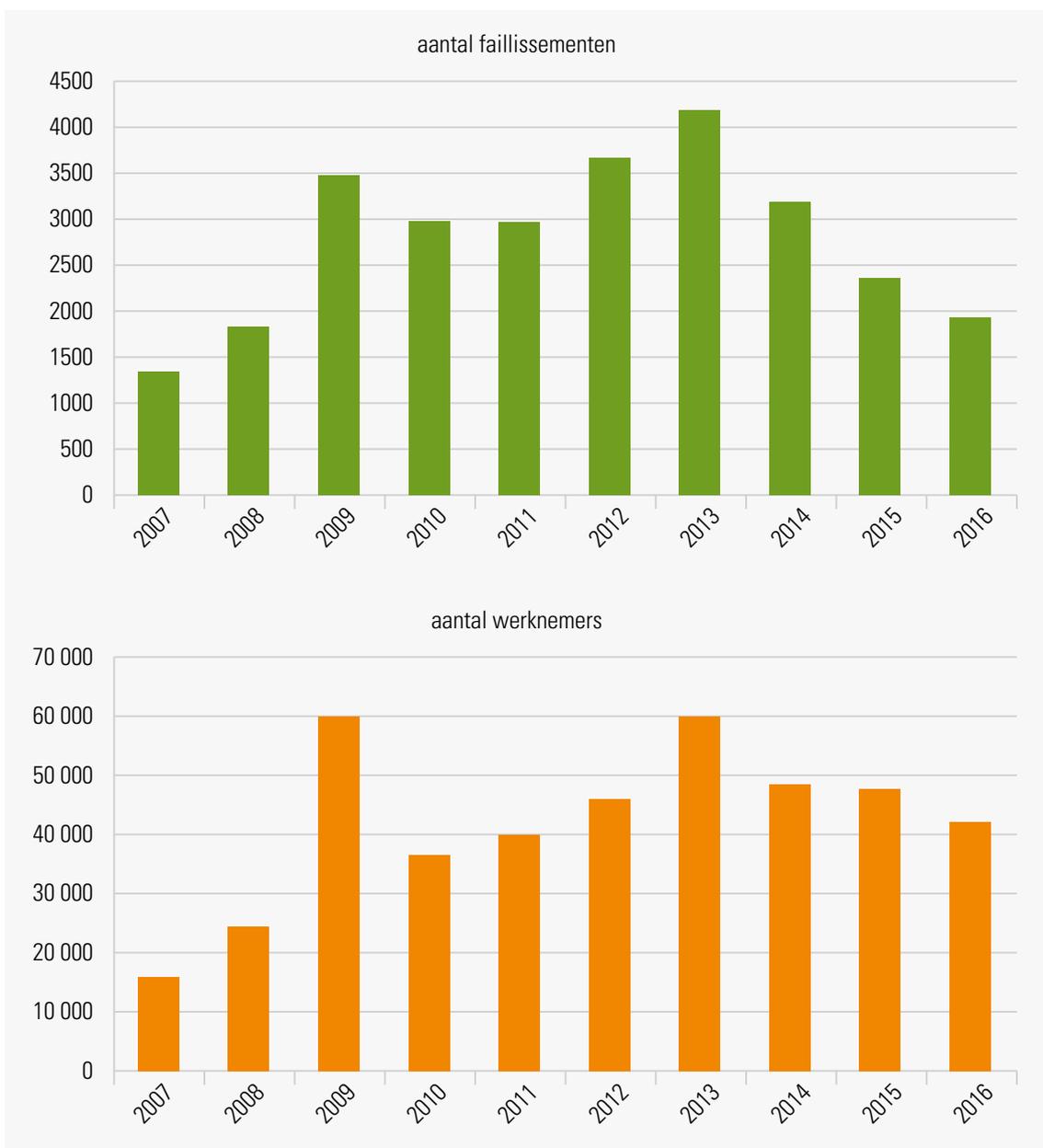
Faillite et employés

Ces entreprises et institutions emploient également des personnes physiques. Cela s'explique par la définition du Bureau central de la statistique (Centraal Bureau voor de Statistiek – CBS) de ce qu'est une entreprise. Ainsi, une entreprise peut aussi être une entité juridique sans personnel, par exemple une société à responsabilité limitée (SRL ou BV aux Pays-Bas) vide. Par ailleurs, le CBS considère les entités juridiques interconnectées, ou un groupe de sociétés, comme une seule et même société, car les entités juridiques subsidiaires ne peuvent prendre de décisions de façon suffisamment indépendante. Dans l'ensemble, les tribunaux néerlandais déclarent plus de faillites (car ils les comptabilisent par entité juridique) que ne l'indique le CBS dans ses statistiques (où les faillites sont comptabilisées par société).

Au cours de la période 2007-2016, les tribunaux ont déclaré 66.735 faillites (d'entités juridiques) impliquant 49.070 entreprises (avec ou sans employés). Sur ces 66.735 faillites, 27.930 impliquaient des employés.

Fig. 23 : Nombre de faillites 2007-2016 par forme juridique et nombre d'emplois (source : CBS)

Rechtsvorm gefailleerde	Aantal faillissementen	w.v met werknemers
Eenmanszaak	8395	2330
Maatschap	30	20
Vennootschap onder Firma	2515	985
Commanditaire Vennootschap	565	145
Besloten Vennootschap	52480	23715
Naamloze Vennootschap	145	50
Stichting, (Coöperatieve) Vereniging	1405	575
Buitenlandse Rechtsvorm	285	105
overig/onbekend	915	20
Totaal	66735	27930

Fig. 24 : Nombre de faillites impliquant des employés + Nombre total d'employés impliqués dans une faillite (source : CBS)

Le nombre de faillites et le nombre d'employés ne sont pas répartis de manière égale dans les différents secteurs de l'économie. Les 10 principaux secteurs (sur un total de 18) représentent plus de 90% du nombre de faillites et d'employés. Le nombre d'employés dans le secteur des soins est frappant, avec plus de 50 employés impliqués dans une faillite de moyenne importance. Cela est vraisemblablement lié au nombre élevé de travailleurs à temps partiel.

Fig. 25 : Top 10 des secteurs comptant le plus grand nombre d'employés impliqués dans des faillites, 2007-2016 (source : CBS)

Sector	Aantal faillissementen	Aantal werknemers
G Handel	6 430	81 500
C Industrie	3 430	56 700
F Bouwnijverheid	4 005	49 900
Q Gezondheids- en welzijnszorg	855	48 900
N Verhuur en overige zakelijke diensten	1 795	43 500
M Sepcialistische zakelijke diensten	3 340	33 900
H Vervoer en opslag	2 085	33 000
I Horeca	1 400	21 500
K Financiële dienstverlening	1 225	12 900
J Informatie en communicatie	1 160	12 700
Overig	2 205	27 700
Totaal	27 930	422 200

Redémarrage après une faillite

Certaines faillites impliquent des unités opérationnelles rentables qui sont vendues par le syndic (l'administrateur de l'insolvabilité) au cours du processus de liquidation et dont l'acquéreur poursuit les activités (redémarrage). Dans ce cas, la législation sur la protection contre les licenciements ne s'applique pas et le nouvel entrepreneur est libre de choisir les employés qu'il embauche. En 2017, le CBS, mandaté par les ministères des affaires sociales et de l'emploi (SZW) et de la sécurité et de la justice (V & J), s'est penché⁵⁶ sur les conséquences d'une relance après faillite pour les employés de l'entreprise en liquidation, la question était de savoir si et dans quelle mesure il y avait un risque que certaines catégories d'employés ou certains types de contrats soient désavantagés de manière sélective lors de la relance. Les travailleurs âgés, malades, peu qualifiés et les femmes enceintes sont des groupes vulnérables sur le marché du travail. Dans son enquête, le CBS s'est dès lors entre autres demandé si ces catégories d'employés étaient proportionnellement moins nombreuses à reprendre du service lors du redémarrage de l'entreprise.

56 L. Hoekema, CBS, Restart after bankruptcy (redémarrage après faillite) phase 1, 31 octobre 2017 et Caroline Bloemendal, CBS, Restart after bankruptcy phase II, 29 mars 2018.

Généralités

Il a été observé que de nombreux employés restent actifs dans leur ancien secteur. Ce qui est toutefois frappant, c'est que nombre d'entre eux se retrouvent employés par une agence de travail intérimaire ou de prêt de personnel.

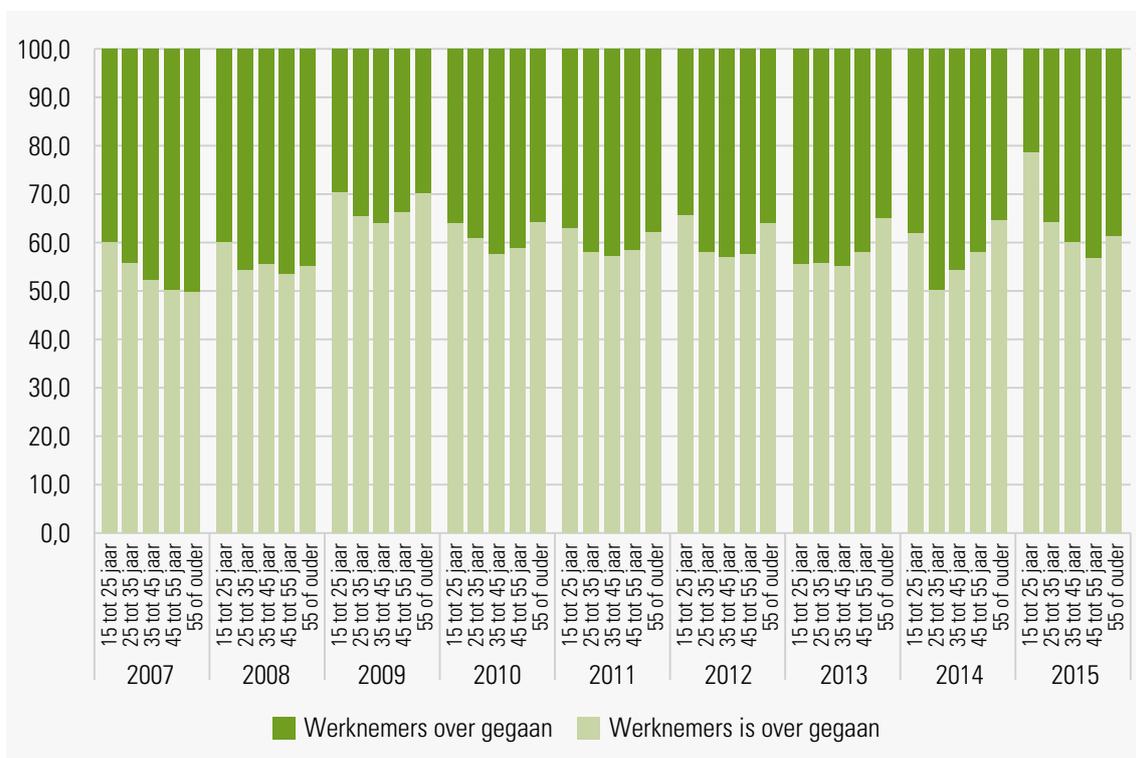
Fig. 26 : Nombre d'entreprises faillies concernées par un redémarrage d'entreprise et nombre d'employés repris après un redémarrage (source : Restart after bankruptcy, CBS)

JAAR	FAILLISSEMENTEN	BANEN			
	Totaal	w.o doorgestart	Bij faillissementen	Bij doorstarters	w.o meegenomen banen
2007	4 405	500	16 200	9 800	4 500
2008	4 555	700	24 600	14 500	6 500
2009	7 830	2 400	59 800	43 700	14 800
2010	7 020	2 200	36 700	22 300	8 800
2011	6 800	2 200	39 900	25 800	10 500
2012	8 285	2 900	46 300	29 200	11 700
2013	9 345	3 300	60 300	41 500	17 600
2014	7 545	2 600	48 700	35 400	15 400
2015	5 965	2 100	47 600	36 200	12 700
2016	4 980	400	42 300	30 600	16 300
totaal	66 735	19 300	422 200	289 000	119 100

Age

Les jeunes sont les moins susceptibles d'être repris lors du redémarrage. 34% des 15-25 ans rejoignent l'entreprise contre 36% des 55 ans et plus. Avec 42%, les 35 à 45 ans sont les plus susceptibles de continuer dans l'entreprise.

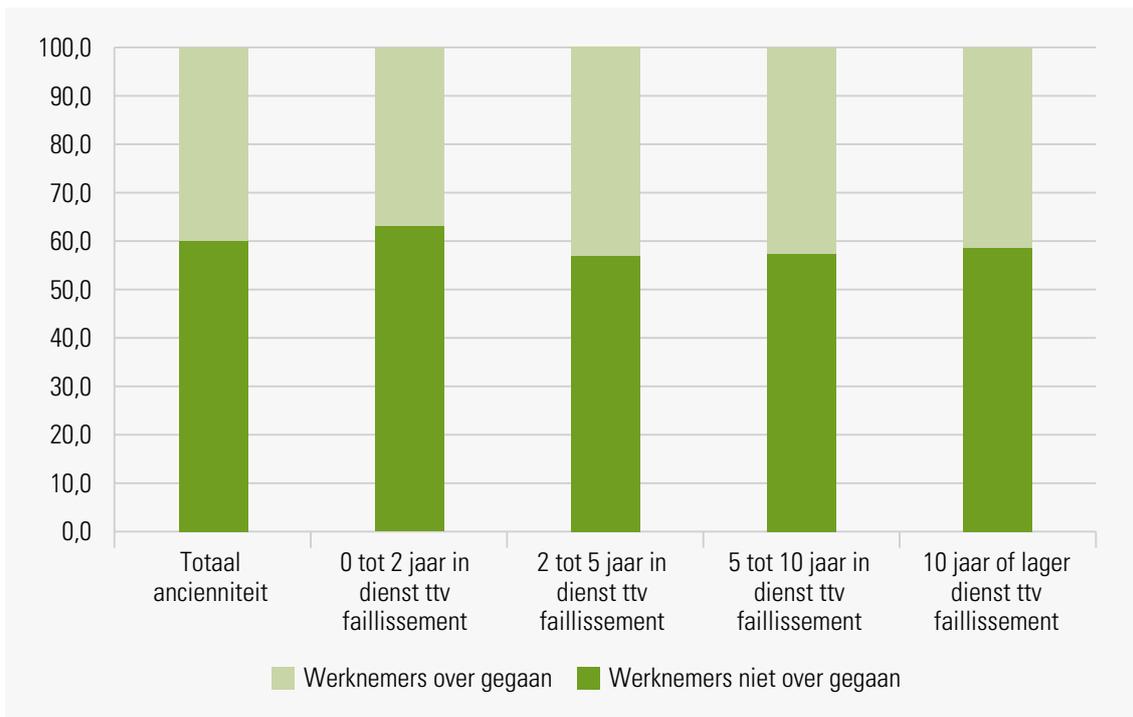
Fig. 27 : Pourcentage du personnel repris et non repris dans un redémarrage d'entreprise, par groupe d'âge (source : Restart after bankruptcy, CBS)



Ancienneté et type de contrat

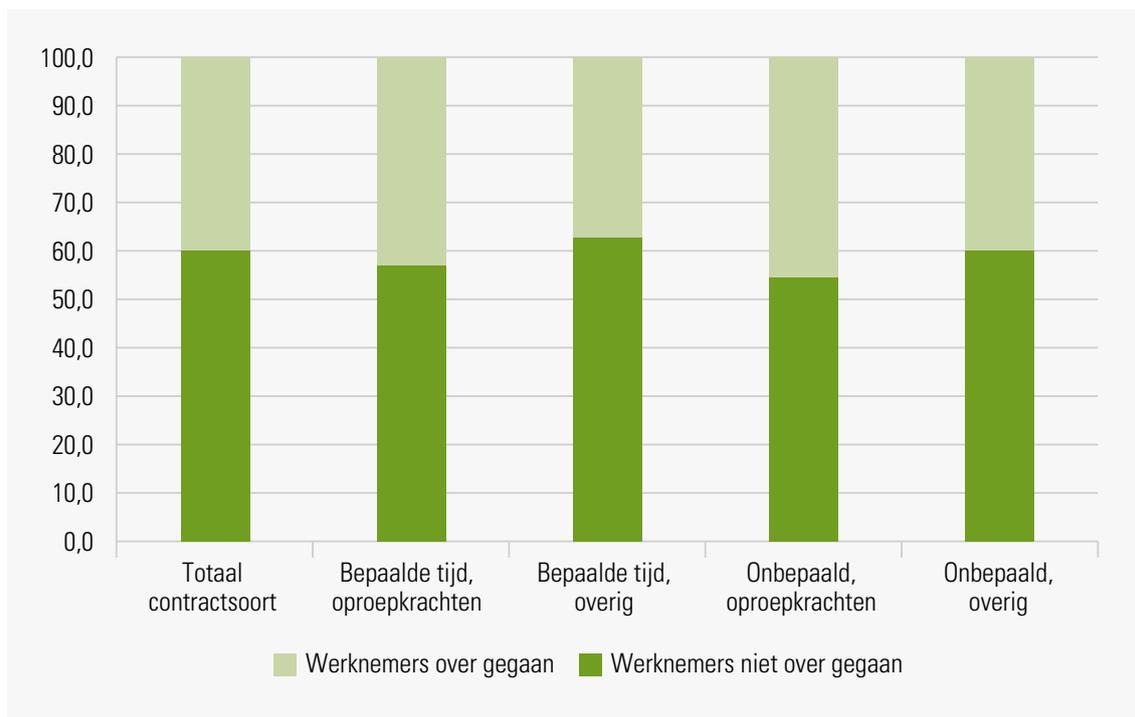
La catégorie des employés en service depuis le moins longtemps est la plus vulnérable lors du redémarrage. 36% des travailleurs employés depuis moins de 2 ans sont licenciés, contre 41% des travailleurs en service depuis plus de 10 ans. Les employés ayant une ancienneté de deux à dix ans sont un peu plus susceptibles de rejoindre la nouvelle entreprise (environ 42%).

Fig. 28 : Pourcentage du personnel repris et non repris dans un redémarrage d'entreprise, par ancienneté (source : Restart after bankruptcy, CBS)



Les employés bénéficiant d'un contrat à durée indéterminée sont plus susceptibles de rejoindre la nouvelle entité que les employés sous contrat à durée déterminée. Le pourcentage des travailleurs à la demande qui rejoignent l'entreprise est légèrement supérieur à celui des autres employés.

Fig. 29 : Pourcentage du personnel repris et non repris dans un redémarrage d'entreprise, par type de contrat (source: Restart After Bankruptcy, CBS)



Femmes enceintes, travailleurs malades et peu qualifiés

Seule une très petite proportion des travailleuses ayant perdu leur emploi à la suite d'une faillite étaient enceintes au moment du licenciement. Par rapport aux autres travailleuses, les femmes enceintes sont moins nombreuses à regagner la nouvelle entité, mais au vu du petit nombre de personnes concernées, on ne peut tirer que peu de conclusions.

Malheureusement, il n'y a pas de données disponibles sur les employés malades. Bien que les travailleurs peu qualifiés soient un peu moins susceptibles de participer au redémarrage que les travailleurs moyennement et hautement qualifiés; la différence reste marginale.

2. INTRODUCTION

Lorsque les entreprises sont **insolvables** (« sont en situation de cessation de paiement », art. 1 de la loi sur l'insolvabilité), la loi néerlandaise sur la faillite offre deux possibilités:

- > la procédure de **suspension des paiements**, en particulier en cas d'insolvabilité due à des problèmes de liquidités. Cette procédure offre une marge de manœuvre financière pour envisager une restructuration.
- > la **procédure de faillite**, en particulier pour les problèmes de solvabilité. La société entière est alors liquidée au profit de l'ensemble des créanciers.

La loi sur la faillite (FW) date de 1893. Les créanciers et leurs intérêts sont au centre de cette loi. Bien que les employés soient également créanciers dans la faillite de leur entreprise, la procédure ne met pas l'accent sur le maintien de l'emploi et ne prévoit aucune mesure de réorganisation.

Bien qu'il y ait eu plusieurs changements importants au fil du temps, les fondements de la loi sont restés les mêmes. Le droit de la faillite est en pleine mutation depuis le début de ce siècle. Un changement majeur s'est produit en 2005 en vue d'accroître l'efficacité des procédures. Depuis 2012, des amendements à la loi sont à l'étude ; ils portent sur 3

pilliers : fraude, réorganisation et modernisation. Le pilier de la fraude est déjà en vigueur ; la loi sur la modernisation de la procédure de faillite a été adoptée par le Sénat le 26 juin 2018 et son entrée en vigueur est prévue le 1er janvier 2019. Le pilier réorganisation est particulièrement important pour ce rapport et sera expliqué dans le détail plus avant dans le texte.

En plus de la FW, la législation néerlandaise contient d'autres règles en matière d'insolvabilité : responsabilité solidaire des administrateurs et des membres du conseil de surveillance pour insuffisance d'actifs (section 2: 138, livre 2 du code civil néerlandais) et articles du code pénal relatifs aux préjudices portant sur la faculté de recours des créanciers.

3. FAILLITE D'UNE ENTREPRISE

Une procédure de faillite commence par le dépôt de bilan au tribunal par la société (le débiteur) elle-même, par un ou plusieurs créanciers ou par le ministère public (OM). La demande doit être soumise par un avocat (art. 5 FW). Le ministère public enregistre une faillite lorsqu'il existe des raisons d'intérêt public, tel que le détournement d'actifs et de passifs. Le débiteur peut être une personne physique qui exerce ses activités sous forme d'entreprise individuelle, de société en nom collectif ou en commandite. Dans le cas d'une entité juridique telle qu'une SRL (BV), SA (NV) ou une fondation, c'est l'entité juridique qui sera déclarée en faillite et non le propriétaire / administrateur.

Conditions et jugement

Le tribunal prononce la déclaration de faillite **sommaire** (art. 6 alinéa 3 de la loi sur l'insolvabilité), fait état des faits ou circonstances prouvant que le **débiteur est en situation de cessation de paiements**, et, si l'un d'eux le demande, du droit de créance des créanciers. « Sommaire » signifie que le droit civil de la preuve ne s'applique pas et qu'une simple et courte enquête suffit. L'entreprise ne peut être déclarée « en situation de cessation de paiements » que si elle laisse plusieurs créanciers impayés (pluralité des créanciers) et au moins une créance payable. Au cours de l'enquête, le tribunal peut, à la demande du requérant, apposer des scellés par un notaire pour éviter d'éventuels détournements de biens.

Dans son arrêt, le tribunal nomme un **liquidateur** et un **juge superviseur**. Le jugement est inscrit au Registre central des insolvabilités⁵⁷ et est publié au Journal officiel (article 14 de la loi sur l'insolvabilité). Le liquidateur se substitue à la société déclarée en faillite, gère la liquidation des actifs et veille aux intérêts des créanciers. En général, l'administrateur de l'insolvabilité est un avocat, mais la loi ne le prescrit pas. En cas de faillite majeure, plusieurs administrateurs peuvent être désignés. Le juge superviseur est toujours un membre du tribunal. La société dispose du droit d'appel pendant 8 jours (art. 8 FW). Si la société n'a pas comparu, elle peut faire opposition dans un délai de 14 jours.

Taille et impact

La faillite comprend **la totalité des actifs** de la société au moment de la déclaration de faillite, y compris ce qui est acquis pendant la faillite (article 20 de la FW). Cela concerne les actifs tels que les biens et les créances, mais également les permis, les marques de commerce, les noms commerciaux et le fonds de commerce. Les biens de tiers, telles que les marchandises livrées sous réserve de propriété, ne sont pas soumises à la faillite.

À la suite de la faillite, le débiteur perd immédiatement le contrôle et la gestion des actifs (article 23 de la loi sur l'insolvabilité). Les contrats conclus par le débiteur le jour de la faillite ou ultérieurement n'engagent pas la succession. Le liquidateur n'est donc pas tenu de respecter ces contrats, même s'ils ont été conclus avec des tiers de bonne foi. Le liquidateur peut, sur la base du **dépôt de bilan** (article 42 de la loi sur l'insolvabilité), annuler les actes juridiques antérieurs à la date de la faillite dans le cas où la société savait ou aurait pu savoir qu'ils engendreraient des préjudices aux créanciers.

⁵⁷ <https://insolventies.rechtspraak.nl/#!/search/index>

Les créanciers gagistes et les créanciers hypothécaires ne doivent pas tenir compte de la déclaration de faillite ; ils sont des créanciers dits « séparatistes » (article 57 de la loi sur l'insolvabilité) et peuvent régler leurs créances indépendamment de l'administrateur. Du point de vue juridique, le point de départ est l'exécution par vente publique (article 3: 251 du code civil néerlandais). Toutefois, la vente privée est également possible et permet d'obtenir un prix supérieur. Si les recettes de la vente sont insuffisantes, le montant restant peut être déclaré au liquidateur au titre de créance non garantie.

Les saisies antérieures conservatoires ou exécutoires deviennent caduques (article 33 de la loi sur l'insolvabilité).

Rôle du curateur

Le liquidateur commence à dresser un bilan immédiatement après le prononcé du jugement. Il a évidemment besoin de temps pour se faire une opinion des biens et en décrire les mérites (art. 94 FW). À cette fin, le juge superviseur peut annoncer une **période de réflexion** (art. 63a de la loi sur l'insolvabilité) d'une durée maximale de 4 mois. Pendant cette période, les tiers ne peuvent exercer leurs droits sans son autorisation. L'administration des impôts et douanes peut toutefois procéder à une saisie, dite « saisie du sol », sur les actifs de la faillite sans toutefois qu'elle puisse être réalisée au cours de la période de réflexion (article 63c de la loi sur l'insolvabilité).

La description du patrimoine de la faillite, dont les actifs, fait partie de l'**état des recettes et des dettes** qui doit être établi (art. 96 FW). Concernant les dettes, le juge superviseur détermine le délai dans lequel les créances doivent être déclarées au liquidateur et la date à laquelle l'assemblée des créanciers aura lieu (à ce sujet, voir aussi 3.5 ; section 108 de la loi sur l'insolvabilité). L'administrateur de l'insolvabilité écrit à tous les créanciers connus (article 109 de la loi sur l'insolvabilité) en leur demandant de faire rapport de leurs créances. Le liquidateur vérifie les créances à l'avance et répertorie celles qu'il accepte sur une **liste des créances admises à titre provisoire** ; celles qui ne sont pas acceptées sont inscrites sur une liste distincte de créances contestées (article 112 de la loi sur l'insolvabilité). Les droits des créanciers sont définitivement établis lors de l'**assemblée des créanciers** ; seuls ceux qui ont été reconnus comme tels ont un droit de créances sur les actifs de la faillite.

L'ordre de répartition finale des actifs de la faillite est le suivant:

1. Dettes liées à la faillite (y compris le salaire de l'administrateur de la faillite, les loyers et les salaires des employés après la date de la faillite) ;
2. Créances préférentielles (y compris les impôts, les cotisations de sécurité sociale et les salaires des employés avant la faillite) ;
3. Créanciers concurrentiels ;
4. Créanciers subordonnés ;
5. Actionnaire(s) s'il s'agit d'une SA (NV) ou d'une SRL (BV) ou du failli lui-même.

Règlement simplifié

Si, après avoir dressé l'inventaire, l'administrateur estime que les actifs disponibles sont insuffisants pour payer les créances non garanties, le juge superviseur peut décider de ne **pas tenir d'assemblée des créanciers** (137a FW). S'ensuit le règlement de faillite dit simplifié : le patrimoine est calculé et l'administrateur établit une liste de distribution que le juge superviseur approuve et procède aux distributions établies. Dans le cas où les actifs sont insuffisants pour verser un montant à d'autres créanciers, la faillite sera clôturée pour manque d'actifs. Si (une partie) des créanciers préférentiels peuvent également être dédommagés, la faillite prend alors fin avec l'établissement de la liste de distribution finale.

Comité des créanciers et assemblée des créanciers

Un comité peut être constitué afin de promouvoir les intérêts de tous les créanciers (art. 74 et suivants de la loi sur l'insolvabilité). Les créanciers peuvent ainsi exercer une influence au cours de la procédure de faillite. Pour cela, l'ad-

ministrateur doit avoir établi qu'il y a suffisamment d'actifs disponibles. Bien que les **employés** puissent siéger dans ce comité, cela se produit rarement dans la pratique. Le comité peut conseiller l'administrateur et dispose des droits d'information. Le l'administrateur est tenu de fournir les informations demandées. Il peut convoquer des réunions avec le comité aussi souvent qu'il le juge nécessaire. La nomination d'un comité définitif a lieu lors de la réunion de vérification.

Les réunions des créanciers (y compris l'assemblée des créanciers) sont présidées par le juge superviseur. Le liquidateur est toujours présent (art. 80 et suivants de la loi sur l'insolvabilité). Les décisions prises lors de ces réunions sont prises à la majorité absolue, ce qui signifie que plus de la moitié des suffrages doit être favorable.

La compagnie en faillite

En plus de résilier les contrats de location d'immeubles, l'administrateur met fin aux **contrats de travail** conclus avec les employés de la société en faillite, sous réserve d'un délai de préavis de maximum six semaines (article 40 de la FW). La taxe de transition n'est pas due (art. 7: 673c, paragraphe 1, du BW).

La priorité est donnée au paiement des salaires en souffrance avant la déclaration de faillite (section 3: 288 du code civil néerlandais). Les employés peuvent s'adresser à l'UWV (*NdT : l'institut de l'administration des assurances des salariés*) en vertu du système de garantie de salaire de la loi sur le chômage (art. 61, WW). L'UWV assume l'obligation de l'employeur de payer les salaires, se subroge dans les droits des employés et devient ainsi un créancier privilégié. Cela signifie que l'employé n'est en réalité plus partie prenante de la faillite, même si l'UWV **ne prend pas le relais indéfiniment** : l'organisme couvre un maximum de 13 semaines à compter de la date de résiliation et un maximum de 6 semaines pendant le délai de préavis. Par ailleurs, l'indemnité s'élève à une fois et demie le salaire journalier maximum⁵⁸, ce qui signifie que les employés avec les salaires les plus élevés ne reçoivent pas leur salaire mensuel complet. L'UWV verse également le pécule de vacances et la pension impayés sur une période maximale d'un an. Tout montant restant dû devient dès lors créance préférentielle de l'employé.

L'administrateur est autorisé à poursuivre les activités de **l'entreprise**. Il le fera en particulier si la relance de l'entreprise, en tout ou partie, semble réaliste. Il est très important pour le prix de vente que la société reste active. S'il n'existe pas de comité de créanciers, l'administrateur a besoin d'une autorisation du juge de supervision (art. 98 FW). La poursuite des activités de l'entreprise doit être dans l'intérêt des créanciers. Les coûts y afférents, y compris les salaires des employés, constituent la dette liée à la procédure de la faillite.

Juge rapporteur et superviseur

Tous les trois mois, le liquidateur publie un rapport sur l'état du patrimoine de la faillite (art. 73a de la loi sur l'insolvabilité). Le juge superviseur a pour rôle de contrôler le processus de gestion et de liquidation ainsi que les mesures prises par le liquidateur (art. 64 et suivants de la loi sur la faillite). Le juge peut également convoquer et entendre des témoins.

L'accord d'homologation

En cas de faillite, les créanciers peuvent se voir proposer un accord par la société (138 ev FW). Cela ne se produit que lorsque le patrimoine de la faillite comprend suffisamment d'actifs. L'accord consiste généralement en une offre de paiement partiel contre décharge définitive. L'administrateur et le comité des créanciers (le cas échéant) rendront un avis écrit sur l'accord proposé. L'adoption de l'accord requiert une simple majorité du nombre total des créanciers détenteurs de créances admises présents à l'assemblée. Par la suite, l'accord doit être homologué (établi) par le tribunal (art. 150 de la FW). Le tribunal peut refuser l'approbation s'il le juge approprié. La loi en donne quelques exemples, tels que des garanties insuffisantes pour honorer l'accord ou des actifs supérieurs au montant total de l'accord (art. 153 FW). Une fois que l'homologation est définitive (c'est-à-dire une fois le délai d'appel écoulé), la faillite prend fin, et l'administrateur l'annonce dans le journal officiel du gouvernement (art. 161 FW).

58 A partir du 1^{er} juillet 2018, le salaire journalier maximum a été fixé à 211,42 euros, soit 4.598,28 euros par mois (art. 17 de la loi sur le financement de l'assurance sociale).

Pas d'accord

Si aucun accord n'est proposé ou conclu, la succession sera « en situation d'insolvabilité » (art. 173 de la loi sur l'insolvabilité) à compter de la réunion de vérification. Le liquidateur ou un créancier peut également proposer que l'entreprise poursuive ses activités, ce qui apporte souvent plus d'avantages que la réalisation directe de tous les actifs. Les créanciers prennent la décision finale (art. 173a de la loi sur l'insolvabilité). Si la poursuite de l'activité est rejetée, le liquidateur procède à la liquidation du patrimoine de la faillite (art. 175 FW). S'il y a suffisamment de fonds, le liquidateur établit une liste de répartition que le juge superviseur doit approuver. S'ensuit alors la distribution aux créanciers (art. 179 et suivants de la loi sur l'insolvabilité). Les frais généraux de la faillite (les créances liées à la procédure) sont répartis proportionnellement au produit de chaque partie de la vente, de sorte que le montant de la créance d'un créancier ne soit pas pertinent (article 182 de la loi sur l'insolvabilité). Si le revenu s'avère insuffisant pour payer toutes les créances, les frais d'exécution et de liquidation sont d'abord payés, y compris le salaire de l'administrateur. Une fois la répartition finale terminée, la procédure de faillite est clôturée et les créanciers recouvrent leurs droits sur leurs créances dans la mesure où celles-ci n'ont pas été payées (article 195 de la loi sur l'insolvabilité).

Durée et levée / fin

La durée d'une faillite varie en fonction de sa complexité, pouvant prendre plusieurs mois à plusieurs années. Comme indiqué ci-dessus, la faillite peut avoir les conséquences suivantes:

- > suppression en raison du manque d'actifs ;
- > résiliation en raison de l'homologation de la convention proposée ;
- > suppression en raison du caractère contraignant de la liste de répartition finale.

4. SURSÉANCE (SUSPENSION) DES PAIEMENTS D'UNE ENTREPRISE

Si une société est incapable de respecter ses obligations à court terme en raison d'un manque de liquidités, il est alors possible de recourir à la procédure de « suspension des paiements », à savoir que le tribunal accorde un moratoire à la société débitrice. Il s'agit en fait d'une procédure de restructuration qui permet au débiteur de disposer d'un **répit** pour restructurer ses dettes et ses revenus. Une société encore solvable mais dont la liquidité peut être améliorée peut par exemple vendre des unités opérationnelles et ainsi éviter la faillite. En proposant un accord aux créanciers et en le faisant approuver, l'entreprise débitrice peut émerger du gouffre financier.

Conditions requises et exécution

La suspension des paiements ne peut être demandée que par la société elle-même (art. 214 FW) et non par les créanciers comme c'est le cas pour une faillite. Le débiteur doit « **anticiper qu'il ne sera plus en mesure de payer ses dettes** ». Un avocat soumet alors la requête, accompagnée d'une déclaration des revenus et des dettes au sens de l'article 96 de la loi sur l'insolvabilité - cela diffère de la procédure de dépôt de bilan dans laquelle l'administrateur établit la déclaration ultérieurement. De plus, la société peut déjà joindre un projet d'accord à la demande; un élément qui diffère également de la procédure de faillite. Le juge accorde immédiatement une suspension provisoire des paiements, nomme un administrateur (un juge superviseur n'est pas nécessaire) et détermine une date d'audience à laquelle le débiteur, l'administrateur et les créanciers seront entendus en vue de prononcer une suspension définitive des paiements (art. 215 de la loi sur l'insolvabilité), à moins que les créanciers s'y opposent (art. 218 du FW).

La décision finale prévoit que les créanciers ne doivent pas être payés pour une **période ne dépassant pas un an et demi** (article 223 de la loi sur l'insolvabilité); cette période peut être prolongée plusieurs fois. Au cours de cette période, l'entreprise peut mettre de l'ordre dans ses affaires et négocier des modalités de paiement ou un accord avec ses créanciers.

En pratique, il n'y a guère de différence entre les critères définis pour une faillite et pour une suspension des paiements. Le tribunal n'évalue pas le contenu de la situation, de sorte qu'une entreprise peut faire une demande pour les deux, indépendamment de la situation réelle. Si la suspension définitive des paiements est rejetée, le tribunal peut, dans le cadre de la même décision, déclarer d'office la société en faillite sans qu'une demande en ce sens n'ait été soumise (article 218, paragraphe 5 de la loi sur l'insolvabilité).

Suite des événements

La société continue à gérer et à disposer de son patrimoine bien qu'elle soit tenue de coopérer avec l'administrateur et de demander son autorisation ou assistance (article 228 du FW). L'administrateur ne remplace pas le débiteur de la société, contrairement à l'administrateur d'une faillite. Si nécessaire, comme le prévoit également la procédure de faillite, un délai de réflexion peut être demandé pour une période maximale de 4 mois (art. 241a de la loi sur l'insolvabilité).

Le tribunal peut désigner un expert lors de l'octroi provisoire de la suspension des paiements. Celui-ci ouvre alors une enquête sur la situation de la société et produit un rapport à ce sujet (art. 226 du FW). Dans tous les cas, l'administrateur rend un rapport tous les 3 mois (art. 227 du FW). Les créanciers ne peuvent réclamer de paiement pendant la période de suspension; les saisies sont annulées à moins qu'elles ne concernent des revendications prioritaires (art. 230 FW), telles que les biens avec réserve de propriété. La coopération de l'administrateur est requise pour la poursuite des procédures judiciaires en cours (article 231 FW). Les créances ne peuvent être réglées que conjointement à tous les créanciers, proportionnellement à leurs créances (article 233 de la loi sur l'insolvabilité).

Les employés peuvent également faire appel au **système de garantie des salaires** de l'UWV en cas de suspension des paiements (voir 3.6 ci-dessus). Les contrats de travail peuvent être résiliés conformément à la période contractuelle de préavis ; les interdictions relatives au préavis doivent également être respectées (art. 239 FW). A cet égard, la législation sur le licenciement reste d'application. La taxe de transition n'est pas due (article 7: 673c, alinéa 1, du code civil néerlandais). Les salaires et les primes sont calculés à partir de la date de suspension de la dette de succession.

L'accord de suspension des paiements

La nature de cet accord (article 252 de la loi sur l'insolvabilité) diffère de l'accord de faillite : alors que la faillite concerne la prévention d'une liquidation, la suspension des paiements consiste en une réorganisation de la situation financière. Une vérification formelle des créances n'est pas nécessaire en cas de suspension des paiements.

L'administrateur collecte toutes les créances (art. 257 et ss de la loi sur l'insolvabilité), les examine et les répertorie sur la **liste provisoire**. S'ensuit une réunion (article 265 FW) avec l'administrateur, le débiteur et les créanciers, au terme de laquelle l'accord est confirmé à la majorité simple des créanciers reconnus, représentant au moins 50% des créances (article 268 FW). Par la suite, l'homologation doit être délivrée par le tribunal (269b ev FW). Ce n'est qu'alors que le moratoire prend fin.

Absence d'accord et levée de la suspension des paiements

Si aucun accord n'est conclu, le tribunal peut déclarer le débiteur en faillite par voie de jugement (art. 277 FW). Si aucune faillite n'est déclarée, la procédure de suspension des paiements prend fin.

Le moratoire peut également être révoqué à la demande de l'administrateur ou du (des) créancier (s) et la déclaration de faillite prononcée simultanément (art. 242 FW). Par ailleurs, la société elle-même peut faire une demande de retrait, notamment lorsqu'elle est en mesure de reprendre ses paiements (article 247 de la loi sur l'insolvabilité).

Presque toutes les suspensions des paiements se terminent en faillite; la procédure de suspension n'est pas très populaire car la plupart des entreprises refusent de traiter avec une entreprise dans cette situation. Les banques stipulent souvent dans leurs contrats que les prêts deviennent exigibles sur demande. Les créanciers « séparatistes », tels que les créanciers gagistes et hypothécaires, n'ont pas à s'inquiéter d'un moratoire. En cas de suspension de paiement aboutissant à une faillite, les restrictions au licenciement prévues par le droit du travail ne s'appliquent pas. Pour un

redémarrage, il est donc souvent nécessaire de commencer par se déclarer en faillite, afin de réduire le nombre d'employés. Cela a souvent pour conséquence que les entreprises ne demandent une suspension de leurs paiements que lorsque la situation est très grave et que la faillite est déjà inévitable. Dès lors, la société sera généralement toujours déclarée en faillite, et, en pratique, la suspension des paiements est donc la voie qui mène à la faillite.

5. SURSÉANCE ET FAILLITE: RÔLE DES SYNDICATS ET PARTICIPATION DES EMPLOYÉS

Les représentants du personnel (syndicats, comités d'entreprise) ne jouent presque aucun rôle dans les entreprises en cas de difficultés financières⁵⁹. Il n'existe quasiment aucune disposition légale qu'ils pourraient invoquer.

Le rôle des syndicats

Avant un moratoire ou une faillite, les syndicats n'ont aucune position légale formelle. Bien entendu, ils sont souvent conscients de la mauvaise situation financière d'une entreprise de par les réorganisations antérieures au cours desquelles ils ont conclu un plan social avec l'employeur. Ils peuvent également avoir été informés de manière informelle par le comité d'entreprise et / ou des membres du syndicat.

Pendant la faillite et la suspension des paiements

En vertu de l'article 3 de la loi sur les licenciements collectifs (WMCO), un employeur doit informer les syndicats et l'Institut de gestion des assurances pour les travailleurs salariés (UWV) s'il souhaite mettre fin aux contrats de travail de 20 employés ou plus sur une période de 3 mois. Il doit également consulter les syndicats concernant les licenciements collectifs. La WMCO s'applique également si les licenciements collectifs résultent d'un moratoire ou d'une faillite. Il ressort de l'arrêt *Landsbanki*⁶⁰ du 3 mars 2011, prononcé par la Cour de justice européenne, qu'en cas de faillite, les obligations découlant de la WMCO incombent à l'administrateur de la faillite. Dans la pratique, les administrateurs ne respectent pas ou peu ces obligations car elles ne favorisent pas les intérêts des créanciers. Il semble également que les syndicats n'y recourent que très peu étant donné que leur objectif de prévention ou de réduction des licenciements, dans le cadre de la WMCO, ne constitue pas vraiment un problème dans une faillite⁶¹. En fait, les syndicats ne sont pas impliqués dans la procédure de faillite. En ce qui concerne la procédure de suspension des paiements, toutes les dispositions en matière de licenciement sont en vigueur. Les syndicats peuvent dès lors jouer un rôle, bien qu'il n'y ait pas vraiment de réorganisation, de licenciements collectifs, de relance, etc. au cours d'une suspension de paiements.

Situation de relance dans une faillite

Les syndicats sont également exclus de ce processus. Il n'y a en effet pas de base légale concernant l'implication des syndicats par l'administrateur.

Une relance, également connue sous le nom de « pré-package » ou « faillite éclair », est devenue populaire dans un certain nombre de tribunaux ces dernières années. Il s'agit d'une alternative peu coûteuse à la réorganisation ou la reprise d'activité car le droit de licenciement ne s'applique pas et le cessionnaire n'a aucune obligation de reprendre le personnel (cf. législation sur le **transfert d'entreprise** (article 7: 662e du code civil et directive 2001/23⁶²)). À la

59 Mme I. Zaal, 19-07-2013, Conférence à l'occasion du 14ème dîner pour le Droit national du travail.

60 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/ALL/?uri=CELEX%3A62010CJ0235>

61 La loi sur la notification des licenciements collectifs en cas de faillite : son objectif n'a-t-il pas été atteint ? <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=144453>

62 La directive 2001/23 codifie la directive du Conseil 77/187/CEE concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements telle qu'amendée par la directive du Conseil 98/50/CE du 29 juin 1998.

demande de la société, le tribunal nomme un « **administrateur potentiel** » qui, avec l'approbation d'un « **juge de la faillite potentiel** », et préalablement à la faillite, participe à la préparation de la relance avec un personnel réduit. Ce redémarrage a lieu immédiatement après la déclaration de faillite. Les travailleurs sont licenciés par le liquidateur ; ceux qui sont sélectionnés reçoivent une offre pour rejoindre la reprise d'activité.

La société crevetière **Heiploeg** (2014) est l'une des premières entreprises à avoir fait « artificiellement » faillite de cette façon. La société a immédiatement redémarré ses activités, l'administrateur ayant été impliqué bien avant la faillite. Les syndicats FNV et CNV ont porté l'affaire devant les tribunaux, affirmant qu'il y avait eu un transfert d'entreprise et invoquant les réglementations connexes, qui auraient pu éviter 90 licenciements. Le 17 juillet 2018, la Cour d'appel d'Arnhem-Leeuwarden a rejeté⁶³ l'appel des syndicats au motif qu'ils avaient manqué à leurs obligations :

La procédure de faillite a bien été ouverte en vue de la liquidation des avoirs de Heiploeg. Le fait qu'il y ait eu des contacts avec les parties intéressées avant la faillite au sujet d'une cession en vue de la poursuite de l'activité, suivis de négociations, n'a aucune incidence.

[...] les futurs liquidateurs (ainsi que le futur juge chargé de la surveillance) n'avaient aucun pouvoir formel dans la période précédant la déclaration de faillite. Le jour de la déclaration de faillite, le 28 janvier 2014, il n'existait encore aucun accord sur la vente des actifs, comme en témoignent la déclaration des administrateurs et les rapports de faillite susmentionnés. Les négociations se sont poursuivies et ce n'est que dans la nuit du 28 au 29 janvier 2014 qu'un accord a finalement été conclu. A ce moment, les administrateurs avaient seuls l'autorité d'agir pour le compte de l'ex-Heiploeg. En outre, pour conclure l'accord avec Parlevliet en Van der Plas B.V., ils avaient besoin de l'autorisation du juge de supervision, alors nommé. Ce dernier a également accordé cette autorisation.

La décision en appel dans l'affaire Heiploeg est intervenue à la suite de la décision de la Cour de justice européenne du 22 juin 2017 concernant la faillite éclair de l'organisation de protection de l'enfance **Estro-Smallsteps**⁶⁴. Le groupe Estro, à l'époque la plus grande entreprise de garde d'enfants aux Pays-Bas, avec 380 succursales et 3.600 employés, avait, immédiatement après la faillite, élaboré un plan pour monter une nouvelle entreprise (Smallsteps) avec moins de succursales et moins d'employés. À la demande d'Estro, le tribunal nomma un liquidateur proposé. Le 4 juillet 2014, la société demanda la suspension des paiements. Le 5 juillet 2014, cette requête fut convertie en dépôt de bilan. Estro fut déclaré en faillite et, le même jour, l'administrateur et Smallsteps signèrent le pré-package, incluant la reprise de quelque 250 succursales et des contrats de travail pour 2.600 employés. Les autres travailleurs furent licenciés par le liquidateur.

Le syndicat FNV engagea alors des poursuites, au motif que l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2001/23 ne s'appliquait pas, qu'il y avait eu en réalité un transfert d'entreprise et que, sur base de la réglementation en vigueur, tous les salariés avaient automatiquement été transférés chez Smallsteps. Le tribunal décida de renvoyer l'affaire devant la Cour de justice européenne, qui statua sur l'affaire de la manière suivante:

[...] un pré-package tel que celui en cause dans le litige au principal est destiné à préparer, dans les moindres détails, le transfert de l'entreprise afin de permettre une relance rapide des parties viables à la suite de la déclaration de faillite ...

[...] une telle transaction ne vise pas en définitive la liquidation de l'entreprise, de sorte que sa finalité économique et sociale ne peut ni expliquer ni justifier la privation des droits des employés que leur confère la Directive 2001/23 en cas de transfert total ou partiel de l'entreprise concernée ...

Dans cette mesure, cette transaction n'est pas effectuée sous le contrôle du tribunal, mais par la direction de la société, qui négocie et prend les décisions dans la préparation de la vente de la société en faillite.

Il résulte de ce qui précède qu'un pré-package tel que celui en cause dans le litige au principal ne remplit pas toutes les conditions prévues par l'article 5, paragraphe 1, de la Directive 2001/23.

63 <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:GHARL:2018:6539>

64 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/?uri=ecli:ECLI:EU:C:2017:489>

Parmi les points importants de ce jugement, on retrouve les éléments suivants dans l'affaire Heiploeg :

1. un tel **transfert d'entreprise n'a pas pour but la liquidation de l'entreprise** en vue de maximiser le paiement à tous les créanciers, et
2. l'administrateur et le juge de supervision envisagés, bien que nommés par le tribunal, n'ont officiellement aucune autorité et **il n'est donc aucunement question de surveillance gouvernementale**.

Ainsi, dans le cas de Smallsteps, le syndicat arrive à ses fins et parvient à conclure un accord avec l'employeur, qui inclut un plan social⁶⁵ pour les travailleurs licenciés. Ceux-ci recevront une indemnité de licenciement calculée conformément à la formule du tribunal cantonal (facteur 1)⁶⁶ et les employés qui étaient membres du FNV entre le 1er juillet 2014 et le 1er octobre 2017 recevront également 500 euros nets (1049 euros bruts) à titre de compensation pour les 3 ans de cotisations.

Le fabricant de cercueils **Bogra** a également étudié l'opportunité d'un pré-package. Le 10 juillet 2018, la Cour d'appel d'Amsterdam, se basant sur les critères de Smallsteps, s'est prononcé⁶⁷ contre ce scénario.

Cette jurisprudence récente revêt une grande importance pour la progression des propositions législatives antérieures au pilier de réorganisation. Plus d'informations suivent à ce sujet dans la suite du rapport.

Rôle du comité d'entreprise

Conformément à l'article 25, paragraphe 1 de la loi sur les comités d'entreprise (WOR), la société (le débiteur) n'est pas soumise à l'obligation de donner un avis lorsqu'elle demande une suspension de paiements ou lorsqu'elle fait aveu de faillite.

Dans son arrêt⁶⁸ du 6 juin 2001 (YVC IJsselwerf BV), la Cour suprême a déclaré que la décision de demander un moratoire n'est pas soumise à l'obligation de donner un avis, car elle ne vise pas à modifier sensiblement l'organisation de la société ou la répartition des pouvoirs (alinéa 25 (1) e) du WOR). De plus, le moratoire, s'il est accordé, n'affecte pas l'organisation de la société. La nomination d'un administrateur n'a pas d'incidence sur la répartition interne des pouvoirs, mais elle limite les pouvoirs des personnes habilitées à accomplir des actes de gestion et de disposition. Cette limite établie par la Cour suprême est étendue à la décision de dépôt de bilan qui n'est donc pas non plus soumise au devoir de consultation.

Une faillite n'est pas non plus considérée comme une décision de mettre fin aux activités de la société (article 25 (1) c) de la WOR) et, pour ce motif, n'est donc pas non plus soumise à l'obligation de consultation. Toutefois, le comité d'entreprise ou les syndicats peuvent faire opposition à la déclaration de faillite conformément à l'article 10, paragraphe 1 de la loi sur l'insolvabilité. En pratique, cela ne se produit que rarement ou jamais.

Pendant la faillite, la WOR et par conséquent le droit au conseil du comité d'entreprise sont toujours d'application. Dans l'**affaire DA**⁶⁹, la Cour suprême a décidé le 2 juin 2017 que, lors de la faillite, **l'administrateur** est en même temps **l'entrepreneur et le dirigeant au sens de la WOR** et doit donc veiller à ce que celui-ci soit respecté. Cela vaut également pour le droit au conseil, en cause dans l'affaire DA en raison de la **décision de l'administrateur de relancer l'entreprise**. Néanmoins, selon la Cour suprême, si les agissements du liquidateur visent à liquider les actifs, les intérêts des employés doivent céder le pas à ceux des créanciers et le droit au conseil ne s'applique pas. Il se peut également que les dispositions procédurales de la WOR ne soient pas toujours compatibles avec le droit de la faillite ; l'administrateur et le comité d'entreprise doivent alors se comporter de manière raisonnable et juste l'un envers l'autre.

65 <https://www.regelingfnvsmallsteps.nl/>

66 Paiement de résiliation = $A \times B \times C$, où A représente le nombre pondéré d'années de service, B la rémunération mensuelle brute et C un facteur à déterminer.

67 <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:GHAMS:2018:2339>

68 <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:HR:2001:AB2177>

69 <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:HR:2017:982>

Comme mentionné précédemment, les employés (et donc les membres du comité d'entreprise) peuvent participer au comité des créanciers, mais cela ne se produit pas dans la pratique. Le Conseil socio-économique (SER) a publié un organigramme détaillé⁷⁰ des droits du BR avant, pendant et après l'insolvabilité.

6. PROPOSITIONS LÉGISLATIVES SUR LA CONTINUITÉ DES ENTREPRISES I, II ET III; LE PILIER RÉORGANISATION

Des modifications de la FW sont en cours. Elles concernent le dit « pilier réorganisation » de 2012. Ce pilier a été mis en œuvre dans les projets de loi « Continuité des entreprises I, II et III » (OMD I, II, III en abrégé) et résulte de nouvelles méthodes de réorganisation: le pré-package (projet I) et la convention de contrainte privée (projet II). Les propositions législatives datent de 2013 mais sont encore partiellement en discussion, notamment en raison de la décision, mentionnée ci-dessus, relative à l'affaire FNV / Smallsteps. Le projet III devrait inclure la participation des employés dans la procédure de faillite.

Projet I: Pré-package

Cet amendement a entretemps été adopté et publié dans le Bulletin des lois et décrets des Pays-Bas le 7 septembre 2018⁷¹. Il devait entrer en vigueur le 1er janvier 2019. La procédure à suivre pour un pré-package / une faillite éclair, déjà utilisée dans certaines juridictions néerlandaises, est donc inscrite dans la FW. La faillite éventuelle d'une entreprise peut ainsi être préparée de manière discrète afin de minimiser les dommages subis par les créanciers et les employés et augmenter les chances de reprise ou de vente des unités rentables de l'entreprise au prix le plus élevé possible. Malheureusement, l'amendement de la loi ne contient aucune disposition renforçant la position des syndicats, des organismes de participation des employés et / ou des employés.

Projet II: Convention de contrainte privée

Cet amendement est toujours en préparation et n'a donc pas encore été adopté par la chambre basse et la chambre haute. La proposition d'amendement permettrait une restructuration des dettes problématiques avant la faillite éventuelle sur base d'un accord entre l'entreprise, ses créanciers et ses actionnaires. Si l'accord est soutenu par la majorité des créanciers et des actionnaires, ceux qui s'y opposent pour des motifs déraisonnables peuvent être contraints de coopérer par une déclaration contraignante de l'accord par le tribunal.

A l'heure actuelle, une entreprise dispose de deux options pour restructurer ses dettes : l'**accord extrajudiciaire** ou l'accord d'approbation en cas de faillite. Pour un accord extrajudiciaire, il n'existe pas de règles juridiques autres que celles du droit des contrats⁷², ce qui en fait un instrument peu ou pas intéressant. En raison du cadre juridique qui régit cette proposition d'amendement, la convention privée devient plus en vogue.

Projet III: Codétermination

Le troisième amendement devrait inclure des mesures visant à améliorer la capacité du liquidateur à gérer efficacement la faillite afin de minimiser les dommages causés à toutes les parties impliquées. Ce projet de loi est encore en préparation. En date du 23 février 2017, le Ministre de la sécurité et de la justice a adressé une huitième lettre⁷³ à la Chambre basse du Parlement concernant le programme de révision FW. **La question de la situation des employés en cas de faillite et de suspension des paiements** y est examinée en détail. La lettre mentionne également que ce thème sera inclus dans le processus de préparation ultérieur.

70 https://www.ser.nl/nl/~media/files/internet/theme/or/insolvency_procedures.ashx

71 <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/behandelddossier/34218/stb-2018-299?resultIndex=0&sorttype=1&sortorder=4>

72 Jugement Payroll, Cour Suprême 12 août 2005 <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:HR:2005:AT7799>

73 <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-33695-14.html>

La neuvième lettre d'avancement⁷⁴ (28 septembre 2017) apporte une indication supplémentaire:

Inclure la position de l'employé, et en particulier le sujet de la participation de l'employé, dans le programme de révision du droit de la faillite. En juin 2017, des consultations concernant l'interprétation du projet de loi ont eu lieu avec les parties prenantes ; les représentants des employeurs et des employés, entre autres, ont été invités à cette réunion. Les résultats de ces consultations seront pris en compte dans le processus préparatoire du projet de loi.

La dernière (dixième) lettre d'avancement⁷⁵ date du 11 septembre 2018. Pour la première fois, le projet⁷⁶ est mentionné dans la cadre de la proposition de directive. Plus spécifiquement, la position des employés pourrait être prise en compte dans la mise en œuvre de la directive si elle est adoptée par le Parlement européen début 2019. Il semble donc que le projet III attende la concrétisation de la directive.

74 <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/dossier/33695/kst-33695-15?resultIndex=3&sorttype=1&sortorder=4>

75 <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/dossier/33695/kst-33695-17?resultIndex=0&sorttype=1&sortorder=4>

76 Directive 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 (COM (2016) 723)

RAPPORT PAYS #5

PORTUGAL

Par

**RAQUEL REGO, CHARGÉE DE RECHERCHE, INSTITUT DES SCIENCES SOCIALES
DE L'UNIVERSITÉ DE LISBONNE**



1. APERÇU STATISTIQUE

Au Portugal les données statistiques sur les entreprises ou les entrepreneurs qui connaissent des difficultés financières ou sont incapables de payer leurs dettes sont élaborées par le département chargé de la politique en matière de justice (Direção-Geral da Política de Justiça (<http://www.dgpj.mj.pt/sections/estatisticas-da-justica>) qui dépend du Ministère de la justice. Il est à noter qu'insolvabilité et faillite ont des significations distinctes dans le sens où les cas d'insolvabilité peuvent encore être résolus tandis que les cas de faillite sont irréversibles.

La Figure 30 présente les données agrégées par année des cas clôturés mais ne permet pas de faire la différence entre les cas de faillite et les cas de redressement. Elle illustre cependant clairement le fait que le nombre de cas a commencé à augmenter fortement en 2011. En 2016, les cas de faillite n'étaient pas encore retombés aux niveaux de 2011.

La Fig. 31 contient des données qui ont été expressément demandées au département chargé de la politique de justice pour les besoins du présent rapport. Elle donne la répartition des cas d'insolvabilité et de faillite par type de personne (physique ou morale) de 2012 à (octobre) 2017. Les chiffres montrent que les personnes physiques ont été plus affectées par une faillite durant toute cette période, que les personnes morales ont apparemment été moins touchées par la crise et que les deux groupes n'ont commencé à converger qu'à partir de 2017. En fait, entre 2011 et 2014, un protocole d'accord (MoU) signé entre le gouvernement portugais et une troïka composée du FMI, de la BCE et de la Commission européenne a été mis en œuvre dans ce pays d'Europe méridionale. Le MoU incluait plusieurs mesures d'austérité en échange du sauvetage du pays.

La Fig. 32 contient également des données demandées pour ce rapport au département chargé de la politique de justice. Elle illustre les cas impliquant des personnes morales répartis par secteur économique durant la même période (2012-2017). Ces données permettent de conclure que les trois secteurs les plus affectés par les faillites sont : (1) le commerce de détail, (2) la construction et (3) la fabrication. Le nombre de cas a significativement diminué en 2017 mais il faut garder à l'esprit que les données ne couvrent que jusqu'à octobre 2017. Des statistiques publiques plus récentes sont disponibles mais les données sont fournies par trimestre de 2017 au premier trimestre de 2018. En fait, le département de la politique de justice publie les données en fournissant différents documents et faisant la distinction entre cas enregistrés, clôturés et en instance.⁷⁷ La Fig. 33 reprend les chiffres (2007-2017) publiés par l'ERM, l'outil de veille sur les restructurations d'entreprises d'Eurofound, sur le nombre d'emplois en danger en raison de faillites et de fermetures. Ces données sont connues pour être doublement limitées : d'une part, elles se basent sur des chiffres annoncés et non sur des cas effectifs et, d'autre part, elles sont tirées de divers journaux et donc non exhaustives. De plus, seuls les cas impliquant plus de 100 emplois sont considérés. Cela permet malgré tout de voir que le Portugal a connu une augmentation des menaces de faillite depuis le début de la crise en 2007 jusqu'au moment du sauvetage de 2011.

77 Le document le plus récent est accessible via http://www.dgpj.mj.pt/sections/noticias/estatisticas-da-justica2783/downloadFile/attachedFile_f0/Insolvencias_trimestral_20180724.pdf?nocache=1532704192.73

Fig. 30 : Procédures d'insolvabilité, de faillite, de redressement et procédures spéciales de revitalisation conclues devant les tribunaux de première instance (2000-2016) Source: Direção-Geral da Política de Justiça (2018)

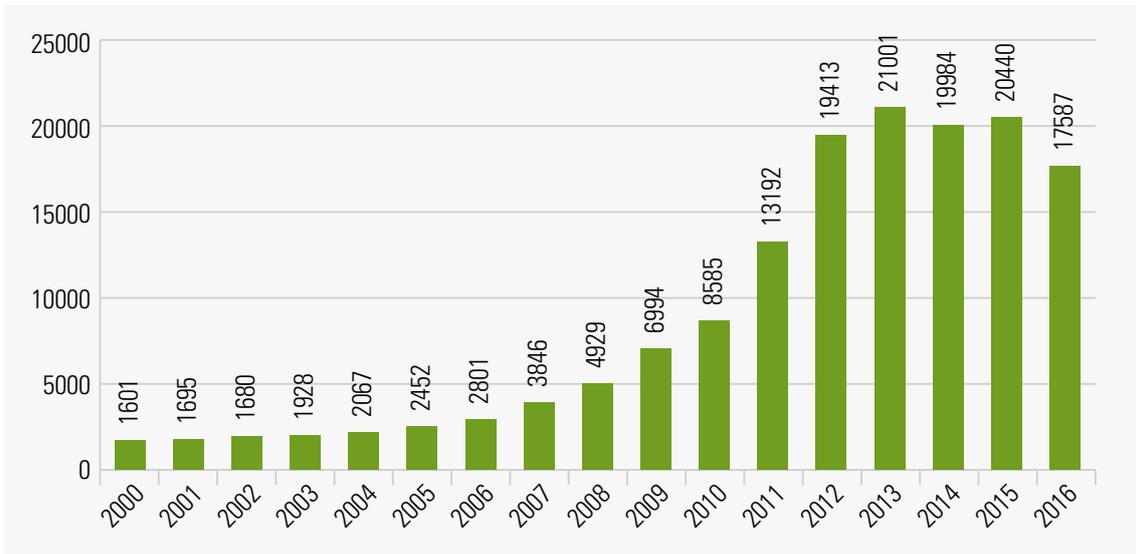
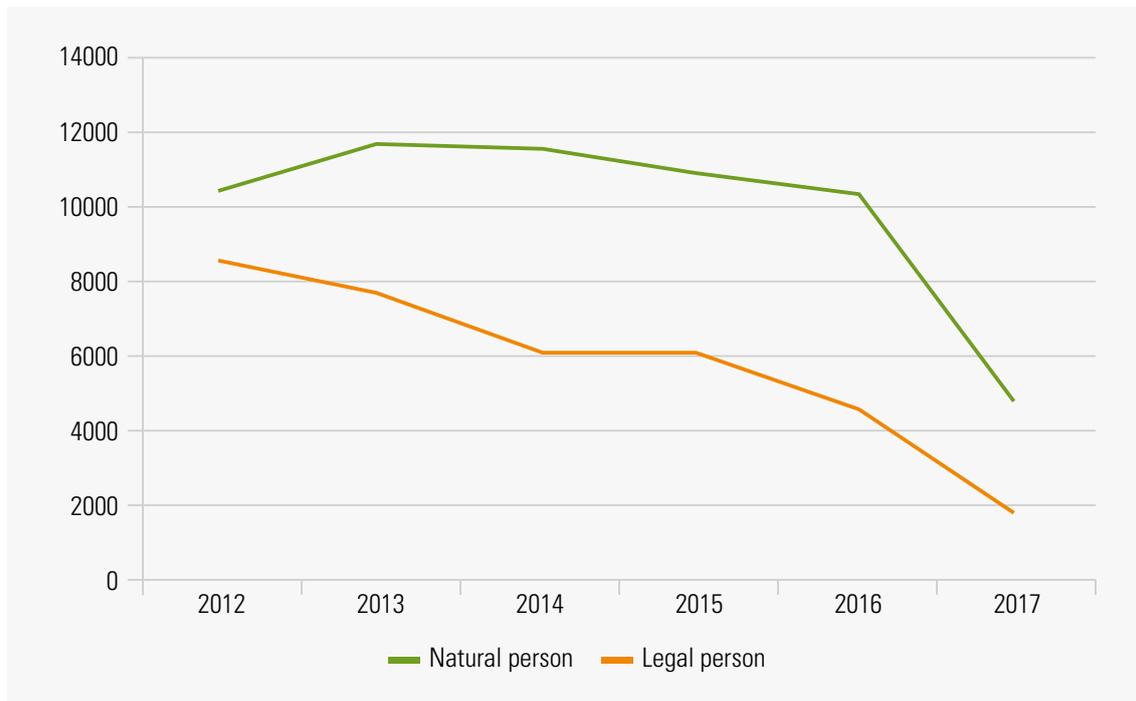


Fig. 31 : Cas d'insolvabilité et de faillite, par type de personne (2012-2017)⁷⁸



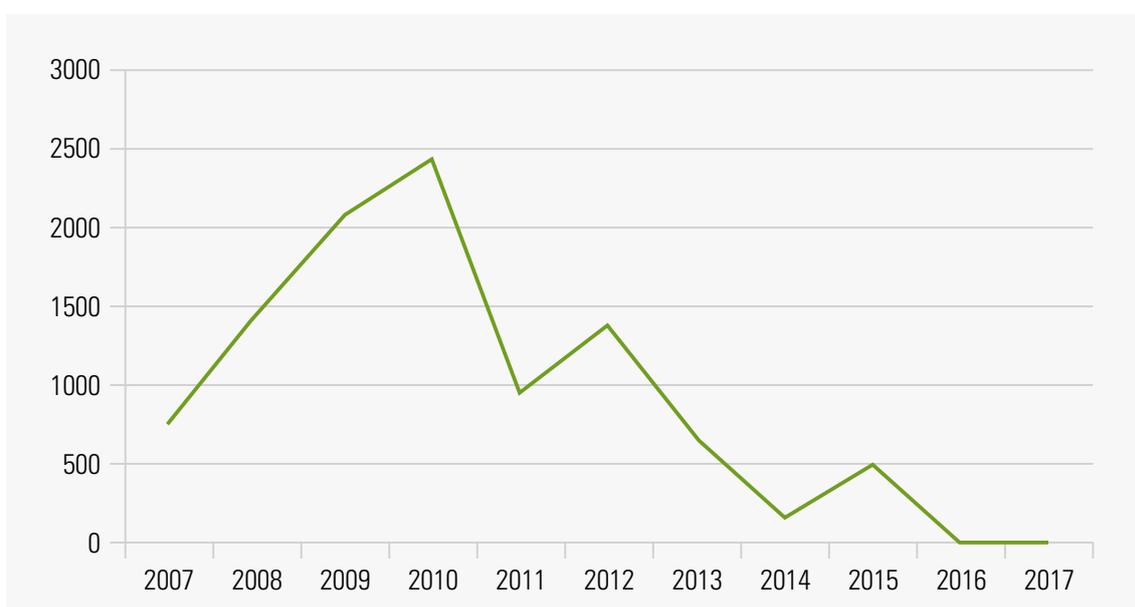
Note : 2017 seulement jusqu'au 31.10.2017

78 Source : Direção-Geral da Política de Justiça (2018)

Fig. 32 : Cas d'insolvabilité et de faillite de personnes morales par secteur économique (2012-2017)⁷⁹

	2012	2013	2014	2015	2016	2017*
Fabrication	1612	1235	963	1020	765	352
Construction	2144	1732	1411	1217	810	278
Commerce de détail et réparations véhicules	2240	1987	1575	1548	1192	451
HO-RE-CA	485	527	427	444	381	154
Autres	2086	2165	1734	1795	1463	581
Total	8567	7646	6110	6024	4611	1822

* 2017 seulement jusqu'au 31.10.2017

Fig. 33 : Nombre d'emplois en danger pour raison de faillite ou de fermeture (2007-2017)⁸⁰

2. INTRODUCTION

a) Une brève histoire de la législation et des règlements

Introduction

Au Portugal, les restructurations d'entreprises sont fortement stigmatisées. Les deux principaux problèmes associés à la restructuration et à l'insolvabilité en particulier semblent être, pour de nombreux acteurs, que les entreprises concernées réagissent trop tard d'une part et, d'autre part, la perspective que les problèmes s'éternisent devant les tribunaux.

Quelques éléments contextuels permettent de mieux comprendre la situation : la plupart des employeurs n'ont pas de grandes qualifications et dirigent de petites entreprises, comptant seulement sur les conseils de comptables et d'avocats externes. Le système national de relations industrielles est toujours très conflictuel et les représentants

79 Source : Direção-Geral da Política de Justiça (2018)

80 Source : Basé sur ERM-Eurofound (2018)

des travailleurs concentrent le plus souvent leur action sur la nécessité d'augmenter les salaires. De plus, le développement du marché national a subi d'importantes pressions depuis l'entrée du pays dans l'UE en 1986 et, aujourd'hui, l'économie, qui fait partie de la zone euro, dépend fortement des politiques publiques qui restent très éloignées des réalités de la majorité des entreprises. Le paradigme dominant est donc la gestion du changement plutôt que son anticipation (Rego, 2014).

Législation

La compilation du code du travail portugais remonte à 2003 et a subi de nombreux changements depuis. En 2004, le code d'insolvabilité et de redressement des entreprises (CICR)⁸¹ a vu le jour et a été pour la première fois séparé du code civil par le décret-loi 53/2004. Depuis, le CICR a été modifié 12 fois comme le montre la Fig. 34. Malgré ces changements tout au long des années, son paradigme est toujours en vigueur.

Le CICR présente deux lacunes principales : un, les entreprises⁸² appellent en général à l'aide à la dernière minute et, deux, les procédures normales devant les tribunaux prennent trop de temps avant de pouvoir être conclues. Le CICR tente de surmonter ces problèmes, notamment en permettant aux créanciers de décider de la manière dont ils peuvent obtenir des garanties du débiteur et en sortant les entreprises concernées des procédures normales des tribunaux. Comme la législation le stipule au point 6 de son préambule, les créanciers sont prioritaires : « Il n'est dès lors pas nécessaire de mentionner que le nouveau code donne priorité à la liquidation des actifs de la société insolvable. La priorité qui existe déjà, il n'est pas inutile de le rappeler, est la volonté des créanciers... » (*Não valerá, portanto, afirmar que no novo Código é dada primazia à liquidação do património do insolvente. A primazia que efectivamente existe, não é demais reiterá-lo, é a da vontade dos credores...*).⁸³ Ces deux codes, le code du travail et le CICR, sont les principales sources du cadre juridique de ce rapport.

Durant la période de mise en œuvre du MoU (2011-2014) et plus récemment aussi, des textes législatifs supplémentaires visant les entreprises en difficulté ont été votés. Au moment du MoU par exemple, alors que le montant des indemnités des travailleurs licenciés avait été réduit (malgré les conventions collectives existantes)⁸⁴, deux fonds obligatoires furent créés pour assurer que les travailleurs ayant un nouveau contrat reçoivent au moins une partie de leurs indemnités en cas de licenciement. Les références de ces textes législatifs sont détaillées dans les Figures 34 et 35.

81 Résumé en anglais : <https://dre.pt/web/guest/home/-/dre/107596684/details/maximized?res=en>

82 Bien que le terme « entreprise » soit largement utilisé dans ce rapport, le CICR couvre d'autres types de collectifs de personnes, tels que les associations bénévoles sans statut juridique. En outre, des conditions particulières sont prévues, par ex. pour les créanciers qui sont des personnes individuelles ou des dirigeants de petites entreprises (articles 249-266 du CICR).

83 Traduction de l'auteur. Source : https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/114798979/201809051605/exportPdf/normal/1/cacheLevelPage?_LegislacaoConsolidada_WAR_drefrontofficeportlet_rp=indice.

84 Cf. Loi 69/2013 (http://cite.gov.pt/asstscite/downloads/legislacao/Lei_69_2013.pdf). En 2011, la loi 53/2011 avait modifié le montant des indemnités pour les nouveaux contrats (http://cite.gov.pt/asstscite/downloads/legislacao/Lei_53_2011.pdf).

Fig. 34 : Législation portugaise en matière d'insolvabilité

ANNÉE	DESCRIPTION	RÉFÉRENCE
2018	Loi 8/2018 – définit le système extrajudiciaire pour le redressement des entreprises	https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/114798978/201803020000/exportPdf/normal/1/cacheLevelPage?_LegislacaoConsolidada_WAR_dre-frontofficeportlet_rp=indice
2017	Loi 114/2017 – approuve le budget national	https://dre.pt/application/conteudo/114425586
2017	Décret-loi 79/2017 – modifie le Code d'insolvabilité et de redressement des entreprises	https://dre.pt/application/conteudo/107596684
2015	Décret-loi 26/2015 – améliore le système de redressement des entreprises	https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/107981188/201808231242/exportPdf/normal/1/cacheLevelPage?_LegislacaoConsolidada_WAR_dre-frontofficeportlet_rp=indice
2012	Loi 66-B/2012 – approuve le budget national	https://dre.pt/application/conteudo/632448
2012	Loi 16/2012 – simplifie la procédure et introduit le PER	https://dre.pt/application/conteudo/552804
2009	Décret-loi 185/2009 – simplifie la procédure et transpose la Directive européenne 2006/46/CE	https://dre.pt/application/conteudo/493506
2008	Décret-loi 116/2008 – simplifie la procédure	https://dre.pt/application/conteudo/456492
2007	Décret-loi 282/2007 – modifie le Code d'insolvabilité et de redressement des entreprises	https://dre.pt/application/conteudo/637385
2006	Décret-loi 76-A/2006 – nouveau régime pour la dissolution des entreprises	https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/72988787/201211230000/exportPdf/normal/1/cacheLevelPage?_LegislacaoConsolidada_WAR_dre-frontofficeportlet_rp=indice
2004	Loi 32/2004 – établit l'administrateur d'insolvabilité	https://dre.pt/application/conteudo/507439
2004	Décret-loi 200/2004 – modifie le Code d'insolvabilité et de redressement des entreprises	https://dre.pt/application/conteudo/480702
2004	Décret-loi 53/2004 – approuve le Code d'insolvabilité et de redressement des entreprises	https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/74450480/201612281137/exportPdf/normal/1/cacheLevelPage?_LegislacaoConsolidada_WAR_dre-frontofficeportlet_rp=indice

Fig. 35 : Autre législation applicable⁸⁵

ANNÉE	DESCRIPTION	RÉFÉRENCE
2018	Loi 14/2018 – modifie le régime légal applicable au transfert d'une entreprise ou d'un établissement et renforce les droits des employés	https://dre.pt/application/conteudo/114886221
2013	Loi 69/2013 – valeur des indemnités dues lors d'une résiliation du contrat de travail	https://dre.pt/application/conteudo/499541
2012	Loi 23/2012 – divers changements du Code du travail, y compris les conditions du chômage technique (Articles 298-307)	https://dre.pt/application/conteudo/178501
2011	Loi 53/2011 – nouveau système de paiement des indemnités de licenciement pour différentes formes de résiliation du contrat de travail pour les nouveaux contrats)	https://dre.pt/application/conteudo/668541

85 Cette compilation n'est pas exhaustive et correspond à ce que l'auteur a jugé pertinent pour ce rapport.

Mécanismes extrajudiciaires

En même temps, non seulement le caractère urgent des cas d'insolvabilité était reconnu au tribunal mais des mécanismes extrajudiciaires successifs ont été mis en œuvre (le premier à la fin des années 1990) pour tenter d'accélérer le traitement des cas d'entreprises en difficulté. Ces mécanismes sont repris à la Figure 36.

La procédure extrajudiciaire de conciliation (PEC)⁸⁶ a été lancée en 1998. Son cadre était limité lorsque les créanciers étaient invités à trouver ensemble une solution avec l'entreprise. Les effets de la PEC n'ont pas été estimés aussi importants qu'espéré. La PEC a donc été remplacée en 2012 par le système de redressement des entreprises par exécution extrajudiciaire (SIREVE)⁸⁷.

Comparé à la PEC, le SIREVE réduisait de 9 à 4 mois le délai de clôture des procédures. Il accordait également une protection aux débiteurs et aux créanciers durant l'étape de renégociation et numérisait la procédure. Toutefois, la mise en œuvre du SIREVE est restée limitée si l'on considère que seulement 406 entreprises – principalement des micro- et petites entreprises du nord du pays – ont demandé de l'aide en 2014. Le SIREVE a été maintenu jusqu'en 2018 lorsqu'un nouveau système a été mis en place, le système extrajudiciaire de redressement des entreprises (RERE)⁸⁸.

Le RERE introduit plusieurs changements : il élargit le champ d'application aux collectifs de personnes et pas seulement aux entrepreneurs individuels ; il introduit plus de flexibilité dans la procédure, notamment en accordant à un nombre plus réduit de créanciers le droit d'y participer et en permettant de passer à une procédure spéciale de redressement (PER)⁸⁹; enfin, il prévoit des garanties de maintien des services essentiels et supprime la médiation de l'IAPMEI⁹⁰.

Notons qu'en 2012, la PER a également été lancée et qu'elle est toujours en vigueur. Il s'agit d'une alternative à la faillite, une procédure non confidentielle qui requiert la participation de tous les créanciers et s'adresse plutôt aux grandes entreprises. La PER vise les entreprises incapables de payer leurs dettes et qui manquent de liquidités ou des crédits nécessaires.⁹¹ Grâce à la PER, la capacité de production et les emplois des entreprises en difficulté sont protégés, ce qui ouvre la voie à leur redressement.

Fig. 36 : Mécanismes extrajudiciaires pour entreprises en difficulté

1998	PEC
2012	SIREVE et PER
2018	RERE (et PER)

Cadre institutionnel

Depuis les années 1990, et après une période de reprivatisation des entreprises qui avaient été nationalisées suite à la révolution de 1974, les gouvernements portugais successifs ont créé des mécanismes et des agences institutionnels pour s'occuper des entreprises confrontées à des difficultés financières. Ces initiatives, qui pouvaient paraître envahissantes, avaient tendance à changer avec chaque changement de gouvernement et avez donc une diffusion restreinte. À l'évidence, certaines caractéristiques de ces politiques publiques ne rendaient pas plus faciles les demandes d'aide des entreprises en difficulté. Les effets potentiels de certaines mesures gouvernementales prises dans le cadre des restructurations sont dès lors limités et, en pratique, des entreprises connaissent encore de graves difficultés au moment où elles réclament de l'aide. Dans cette sous-section, nous présentons les principaux programmes institutionnels des dernières décennies.

86 Procedimento Extrajudicial de Conciliação.

87 Sistema de Recuperação de Empresas por Via Extrajudicial.

88 Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas.

89 Processo Especial de Revitalização.

90 L'agence pour la compétitivité et l'innovation (Agência para a Competitividade e Inovação) – IAPMEI - <https://www.iapmei.pt> – est une agence publique dont la mission inclut la centralisation des informations relatives au redressement des entreprises - <https://www.iapmei.pt/PRODUTOS-E-SERVICOS/Revitalizacao-Transmissao/Revitalizacao-Empresarial/PER-Processo-Especial-de-Revitalizacao.aspx>.

91 <https://www.iapmei.pt/PRODUTOS-E-SERVICOS/Revitalizacao-Transmissao/Revitalizacao-Empresarial/PER-Processo-Especial-de-Revitalizacao.aspx> (accessed 08.08.2018).

En 1996, le gouvernement portugais, le parti socialiste étant au pouvoir, a créé une structure pour venir en aide aux entreprises en difficulté inquiètes de l'impact croissant des faillites sur l'emploi. En fait, environ dix ans avant l'adhésion à la Communauté économique européenne, le ministère de l'économie avait créé le GACRE (un office de soutien pour la coordination du redressement des entreprises)⁹² chargé de la mise en œuvre du « plan Mateus », une série de mesures qui a pris le nom du ministre. Ce plan prévoyait, une part, d'annuler les dettes envers la sécurité sociale et les services fiscaux et, d'autre part, d'émettre des garanties d'État.

Quelques années plus tard, en 1998, le même gouvernement mettait en place le SIRME (système intégré d'incitants à la modernisation et la revitalisation des entreprises)⁹³. Le SIRME était conçu pour soutenir les fusions et les acquisitions impliquant des entreprises en difficulté. Ce soutien s'accompagnait de prêts et de garanties.

En 2001, toujours sous les auspices de ce même gouvernement, le nouveau ministre de l'économie a créé un nouveau service, l'AUDITRE (service d'audit pour les restructurations d'entreprise)⁹⁴, basé sur les mêmes structures mais disposant d'un budget plus important. Ce service fut supprimé plus tard dans le cadre des réformes visant à réduire les mécanismes de gouvernance de l'État.

En 2005⁹⁵, un nouveau mécanisme institutionnel a été mis en place par le gouvernement socialiste, l'AGIIRE (office d'intervention intégré pour la restructuration d'entreprises).⁹⁶ L'AGIIRE était destiné à soutenir les entreprises et les travailleurs en situation de restructuration. Ce mécanisme émanait du ministère de l'économie en étroite association avec d'autres ministères. L'aide qu'il offrait consistait principalement en financements publics et privés. Parmi les activités de l'AGIIRE, le NIRP (noyau d'intervention rapide et personnalisée)⁹⁷ était conçu pour soutenir les entreprises en restructuration ou soumises à une procédure d'insolvabilité ou de faillite. Cette structure était supposée être gérée par des agents d'entités étatiques telles que l'agence pour la sécurité sociale ou l'institut pour la formation professionnelle et l'emploi.⁹⁸ Toutefois, le NIRP n'a jamais vraiment été opérationnel.⁹⁹ Plusieurs fonds ont également été créés durant cette période.

Plus tard, en 2012, le gouvernement, une coalition de droite en ce temps-là, se basant sur les directives du MoU, a lancé REVITALIZAR.¹⁰⁰ Ce programme était destiné à aider les entreprises en difficulté, en particulier par le biais d'une révision de la législation et de mécanismes institutionnels existants. De plus, pour la première fois, REVITALIZAR bénéficiait d'un cofinancement de l'Union européenne et de fonds gérés par des agences privées. REVITALIZAR utilise surtout deux outils le SIREVE (système de redressement des entreprises par exécution extrajudiciaire) et la PER (procédure spéciale de redressement).¹⁰¹

Le changement le plus récent date de 2018.¹⁰² Une nouvelle définition des mécanismes de redressement des entreprises est implémentée par le programme CAPITALIZAR (<http://capitalizar.pt>). CAPITALIZAR réforme le programme existant et y intégrant, notamment, les objectifs suivants :

92 Gabinete de Apoio para a Coordenação da Recuperação de Empresas.

93 Sistema de Incentivos à Revitalização e Modernização Empresarial - Despacho no. 8514/98, du 21 mai 1998.

94 Unidade de Auditoria para a Reestruturação Empresarial

95 Decreto Regulamentar no. 5/2005, daté du 12 juillet 2005.

96 Gabinete de Intervenção Integrada para a Reestruturação Empresarial

97 Núcleos de Intervenção Rápida e Personalizada

98 Source: Cf. article 8 du décret réglementaire 5/2005 – Source : <https://dre.pt/application/file/a/236808>.

99 Selon le représentant de l'Association portugaise des administrateurs d'insolvabilité, aucune activité du NIRP n'est connue.

100 Resolução do Conselho de Ministros no. 11/2012, daté du 3 février 2012

101 Processo Especial de Revitalização. REVITALIZAR couvre également d'autres initiatives, telles que FINTRANS, un programme pour transférer des entreprises qui ne semble toutefois pas être actif.

102 D'autres changements pourraient être intervenus mais il n'a pas été possible de rassembler des données fiables à leur sujet. Selon un agent de l'IAPMEI, l'agence nationale pour la compétitivité et l'innovation, avec qui nous sommes entretenus en juin, un outil d'alerte précoce pour les entreprises confrontées à des difficultés a été lancé en 2015 mais sans beaucoup d'impact. Il est donc en cours de révision et devrait être mis en œuvre fin 2018.

- Ajouter plus de conditions pour le redressement car la plupart des cas traités étaient en fait déjà des faillites ;
- Dresser une liste d'experts pour fournir un soutien technique ;
- Séparer les entreprises collectives et individuelles ;
- Renforcer les responsabilités liées à la fonction existante d'administrateur judiciaire ;
- Créer la fonction de médiateur en matière de restructuration d'entreprises ;
- Remplacer le SIREVE par un nouveau mécanisme extrajudiciaire, le RERE.

Le tableau suivant résume les programmes ayant réglementés, ou destinés à réglementer, les cas de restructuration au cours des 20 dernières années au Portugal. En réalité, certains de ces programmes ne sont jamais entrés en vigueur et certains autres sont juste des substituts de programmes antérieurs. Il est important de souligner qu'ils n'abordaient pas la protection des travailleurs même si une liste du personnel était requise pour certaines procédures.

Fig. 37 : Cadre institutionnel d'aide aux entreprises en difficulté (1996-2018)

ANNÉE	NOM	PRINCIPALES MESURES
2018	Programme CAPITALIZAR	Révision de la législation des mécanismes institutionnels
2012	Programme REVITALIZAR	Révision de la législation des mécanismes institutionnels
2005	AGIIRE - Office d'intervention intégré pour la restructuration d'entreprises	Financement
	NIRP - Noyau d'intervention rapide et personnalisée	Support technique
2001	AUDITRE - Service d'audit pour les restructurations d'entreprise	Support technique
1998	SIRME - Système intégré d'incitants à la modernisation et la revitalisation des entreprises	Prêts et garanties
1996	GACRE - Office de soutien pour la coordination du redressement des entreprises	Annulation des dettes envers sécurité sociale et services fiscaux, émission de garanties

3. CONDITIONS POUR L'OUVERTURE DE PROCÉDURES D'INSOLVABILITÉ (RAISONS DE L'INSOLVABILITÉ)

Comme le stipule le Code d'insolvabilité et de redressement des entreprises (CICR), une insolvabilité est avérée lorsqu'il n'est pas possible de faire face à des obligations passées ou imminentes. Donc, les indicateurs d'insolvabilité sont :

- le non-paiement d'impôts, de cotisations à la sécurité sociale, de loyers, etc. (les plus communs) ;
- l'insuffisance d'actifs attachables ;
- le non-respect d'un plan d'insolvabilité ou de paiement.¹⁰³

Le CICR fait aussi une distinction entre insolvabilité et faillite. Dans le premier cas, un redressement économique est estimé possible ; le second élimine immédiatement cette hypothèse.

103 Cf. section 19 du préambule du CICR – Source: https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/114798979/201809051605/exportPdf/normal/1/cacheLevelPage?_LegislacaoConsolidada_WAR_drefrontofficeportlet_rp=indice

4. BREF APERÇU DU DÉROULEMENT DES PROCÉDURES D'INSOLVABILITÉ

Les principales étapes du processus d'insolvabilité sont les suivantes :

- a. Le débiteur signale au tribunal le plus proche son insolvabilité dans un délai de 30 jours à compter du constat ou de la probabilité de non-conformité. Le non-respect de ce délai constitue une faute grave.
- b. Le juge déclare l'insolvabilité dans les 3 jours qui suivent, ce que le débiteur peut contester en présentant un plan d'insolvabilité, de redressement ou de paiement.¹⁰⁴ Si un plan d'insolvabilité est présenté, les avis sont collectés et une assemblée des créanciers convoquée pour le discuter et l'approuver. Le plan est ensuite validé par le juge.
- c. Les actifs sont transférés à l'administrateur de l'insolvabilité qui doit les vendre aussi rapidement que possible et dans un délai d'un an, sauf opposition des créanciers. Si la vente prend plus d'un an et qu'il n'y a pas de raisons à cela, l'administrateur de l'insolvabilité peut être démis de ses fonctions.
- d. Une assemblée des créanciers a lieu entre 45 et 75 jours après cela.
- e. Les créanciers décident ou non d'un plan d'insolvabilité.
- f. Les paiements sont effectués bien que, en tout cas, un débiteur individuel peut encore avoir besoin jusqu'à 5 ans pour payer avec ses revenus propres. Ce processus peut être géré par un autre administrateur d'insolvabilité. Après ces paiements, le débiteur est exonéré et peut prendre un « nouveau départ ».
- g. Le dossier est clôturé lorsque (1) la répartition proportionnelle est terminée ; (2) le plan d'insolvabilité, s'il existe, est approuvé ; (3) le débiteur demande l'arrêt de la procédure estimant qu'il n'est plus en situation d'insolvabilité ou si tous les créanciers acceptent sa demande et, enfin, (4) l'administrateur d'insolvabilité considère que les actifs sont insuffisants pour payer les frais et les dettes.

5. LES PRINCIPAUX INTERVENANTS ET LEURS DROITS ET OBLIGATIONS

L'administrateur de l'insolvabilité

Le Code d'insolvabilité et de redressement des entreprises (CICR) fusionne les fonctions de deux intervenants : le gestionnaire judiciaire (gestor judicial) et le liquidateur judiciaire (liquidatário judicial) sont remplacés par un administrateur d'insolvabilité.¹⁰⁵ Depuis 2004, la procédure d'insolvabilité est gérée par cet administrateur (administrador de insolvência). Ce praticien/expert/spécialiste assume l'administration des actifs après que le juge ait déclaré l'insolvabilité à moins que le débiteur ne présente, moyennant l'accord de tous les créanciers, un plan d'insolvabilité prévoyant leur administration. L'administrateur de l'insolvabilité peut également présenter un plan d'insolvabilité dans

104 Depuis la création du CICR dans les années 2000, un plan d'insolvabilité est prévu. La tâche du juge se limite au contrôle de sa légalité si le plan est élaboré par les créanciers. S'il est présenté par le débiteur, il doit être approuvé par les créanciers. Un tel plan ne signifie pas que l'entreprise poursuit ses activités pas plus que l'absence de plan ne signifie la fin de l'entreprise. En outre, dans le cas de personnes individuelles ou de petites entreprises, un plan de paiement peut être présenté par le débiteur, évitant ainsi les nombreux inconvénients de la procédure. Une procédure spéciale d'accord de paiement a récemment été établie par le décret-loi 79/2017 portant sur la possibilité pour le débiteur, et pour autant qu'il ne s'agisse pas d'une entreprise, de négocier un tel accord avec les créanciers. Source : <https://dre.pt/application/conteudo/107596684>

105 Cf. section 8 du préambule du CICR – Source : https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/114798979/201809051605/exportPdf/normal/1/cacheLevelPage?_LegislacaoConsolidada_WAR_drefrontofficeportlet_rp=indice

un « délai raisonnable » après en avoir été chargé par l'assemblée des créanciers. Le plan d'insolvabilité est élaboré avec la participation du débiteur, des créanciers et des représentants des travailleurs. Lorsque le plan d'insolvabilité ne relève pas d'une initiative de l'administrateur de l'insolvabilité, celui-ci doit accepter la décision de l'assemblée des créanciers. Ces derniers décident, par exemple, si les activités peuvent ou non être poursuivies à moins que la situation d'insolvabilité démontre clairement l'impossibilité de poursuivre. L'administrateur de l'insolvabilité est désigné par le juge à partir d'une liste officielle. Le statut d'administrateur d'insolvabilité est fixé par la loi 22/2013 qui stipule, en son article 3, que l'administrateur d'insolvabilité doit être diplômé et avoir une expérience professionnelle adéquate, qu'il doit suivre une formation spécifique et réussir l'examen correspondant et ne doit pas être en situation de conflit d'intérêts.¹⁰⁶ Les créanciers peuvent désigner l'administrateur de l'insolvabilité sans tenir compte de la décision du juge.

Comité d'entreprise/syndicat

Comme prévu par la loi (cf. code du travail), les représentants des travailleurs sont généralement consultés et informés à propos de la situation de l'entreprise. De plus, lorsqu'un plan d'insolvabilité est présenté, le juge en informe les représentants des travailleurs (comité d'entreprise, etc.) ainsi que les autres acteurs en les invitant à soumettre leurs avis dans un délai de 10 jours (article 208 du CICR). A noter que lorsque le débiteur n'en a pas les moyens, des indemnités en faveur des travailleurs peuvent être prélevées de la masse de l'insolvabilité au titre d'allocations de nourriture mais devront néanmoins être déduites des actifs concernés.

Assemblée des créanciers

Conformément au CICR, et malgré la primauté des créanciers, l'insolvabilité doit d'abord être déclarée par un juge indépendamment de l'évolution ultérieure. Les créanciers, en tant que propriétaires de l'entreprise, décident ensuite (i) de la fermeture ou de la restructuration de l'entreprise, avec maintien des activités, et (ii) qui dirige l'entreprise (ce peut être le débiteur ou une autre personne).

La composition de l'assemblée des créanciers, qui doit être supervisée par le juge, offre la possibilité de désigner jusqu'à trois représentants des travailleurs du comité d'entreprise ou choisis par les travailleurs.

Les créanciers représentant au moins un cinquième des créances estimées ou avérées peuvent proposer un plan d'insolvabilité, cela peut donc concerner les travailleurs. Ils doivent en tout cas approuver le plan d'insolvabilité s'il est proposé par d'autres, le plan devant ensuite être validé par le juge. Les créanciers bénéficient en principe de l'égalité de traitement à moins que l'un d'eux n'accepte que d'autres bénéficient d'un traitement plus favorable. Cette décision doit être mise au vote. Les créanciers peuvent ou non accepter que certains actifs soient utilisés pour apurer des dettes. L'assemblée des créanciers doit être convoquée par le juge au moins 20 jours à l'avance pour discuter et voter le plan d'insolvabilité. Les avis d'autres intervenants doivent être remis 10 jours à l'avance en même temps que le plan d'insolvabilité. Pour que l'assemblée des créanciers puisse approuver le plan d'insolvabilité, elle doit réunir au moins un tiers des créanciers. L'approbation doit être soutenue par plus de 50% des votes. L'assemblée des créanciers peut modifier le plan sans l'approbation des créanciers absents. Au cas où le juge ne désigne pas un comité des créanciers, ces derniers peuvent le faire. L'assemblée des créanciers peut élire deux représentants supplémentaires du comité des créanciers si la majorité des votes est acquise. Les créanciers peuvent également décider de constituer un comité des créanciers et, si c'est le cas, en définir la composition.

Comité des créanciers

Le juge constitue le comité de 3 ou 5 membres. La présidence est habituellement attribuée au créancier le plus important tandis que les autres membres sont représentatifs des différents types de créancier. Toutefois, le juge peut décider de ne pas constituer de comité s'il estime que la masse de l'insolvabilité est trop petite, que la procédure est simple et que le nombre de créanciers est limité. Au moins un des représentants des créanciers doit être un représentant des travailleurs si ces derniers sont également créanciers. Ce représentant est désigné par le comité d'entreprise

¹⁰⁶ La liste actuelle des administrateurs d'insolvabilité est disponible sur : <http://www.citius.mj.pt/portal/article.aspx?ArticleId=1755>

ou par les travailleurs eux-mêmes. La fonction principale du comité des créanciers est de coopérer avec l'administrateur de l'insolvabilité et d'en contrôler le travail.

Le débiteur

Le débiteur est censé demander la déclaration d'insolvabilité au tribunal le plus proche et peut ou non accompagner sa demande d'un plan d'insolvabilité ou de redressement.¹⁰⁷ Lorsque le débiteur n'est pas l'auteur du plan, il peut demander au juge de ne pas le valider s'il avait déjà notifié son opposition soutenue par des raisons admissibles, en particulier si le plan est moins favorable que l'absence de plan ou qu'il avantage un créancier. Un créancier ou un partenaire peut également faire cette demande au juge. Le débiteur a l'obligation de coopérer. Les travailleurs et les fournisseurs de services impliqués au cours des 2 dernières années sont également couverts par ce principe.

Il faut noter ici qu'il existe des inquiétudes en matière de prévention des fraudes d'une part et quant à la possibilité d'accorder une seconde chance au débiteur d'autre part. En effet, la déclaration d'une situation d'insolvabilité est une étape visant à vérifier si le débiteur ou les administrateurs de l'entreprise sont d'une façon ou d'une autre responsables de cette situation tenant compte de leur comportement au cours des trois années antérieures. Les actifs du débiteur ainsi que d'autres actifs qu'il pourrait détenir sont saisis s'il y a eu mauvaise gestion. L'insolvabilité intentionnelle ou par négligence et le favoritisme à l'égard de certains créanciers constituent des infractions aggravées si elles entraînent la perte de créances liées au travail (pénalités augmentées d'un tiers). Le CICR prévoit en parallèle la possibilité, au cours des cinq années suivantes, d'exonérer les créances restantes sur les actifs propres du débiteur de telle sorte que celui-ci puisse prendre un nouveau départ au terme de cette période.

Le médiateur en restructuration d'entreprises

Le programme CAPITALIZAR a récemment introduit un nouvel intervenant, le médiateur en restructuration d'entreprises. En 2018, la loi 6/2018 a défini la fonction de ce médiateur qui implique des compétences spécifiques et l'existence d'une liste officielle de médiateurs. Selon cette loi¹⁰⁸, le médiateur doit être diplômé et avoir une expérience professionnelle adéquate, il doit suivre une formation spécifique assurée par la direction générale de la politique de justice et ne doit pas être en situation de conflit d'intérêts¹⁰⁹. Le but de cette fonction est de fournir un soutien aux entreprises en difficulté en les assistant dans les négociations avec les créanciers afin de trouver une solution extrajudiciaire. L'IAPME, l'agence pour la compétitivité et l'innovation, désigne un médiateur dans les 5 jours de la réception de la demande. Comme le stipule le point 5 de l'article 22 de la loi 6/2018¹¹⁰, le médiateur est payé par l'entreprise sauf si l'accord entre le débiteur et les créanciers en décide autrement.

6. DEMANDE D'OUVERTURE D'UNE PROCÉDURE D'INSOLVABILITÉ

Qui peut déposer une demande ?

D'après le CICR, c'est le débiteur qui introduit la déclaration d'insolvabilité dans les 30 jours à compter du moment où une telle situation a été constatée ou de la date à laquelle le débiteur était supposé connaître la situation. Seules des personnes individuelles qui ne sont pas propriétaires d'une entreprise ne sont pas tenues de déclarer leur insolvabilité. Lorsque le débiteur est propriétaire d'une entreprise, il est supposé que la situation d'insolvabilité était connue à la fin d'une période de non-conformité de 3 mois maximum. Les articles 19 et 20 déterminent les autres parties

107 Le plan de redressement est le nom du plan d'insolvabilité à utiliser au cas où une relance de l'entreprise est envisagée.

108 Source : <https://dre.pt/application/file/a/114749044>

109 Les commissaires aux comptes et les administrateurs d'insolvabilité peuvent être médiateurs sous conditions spécifiques d'absence de conflits d'intérêts.

110 Source : <https://dre.pt/home/-/dre/114749189/details/maximized>

qui peuvent également prendre l'initiative de déclarer l'insolvabilité si le débiteur n'est pas une personne physique capable, à savoir : (1) l'organe social ou les administrateurs, (2) d'autres personnes responsables pour les dettes du débiteur, (3) un créancier ou (4) le ministère public.¹¹¹

Artigo 19.

A quem compete o pedido

Não sendo o devedor uma pessoa singular capaz, a iniciativa da apresentação à insolvência cabe ao órgão social incumbido da sua administração, ou, se não for o caso, a qualquer um dos seus administradores.

Artigo 20.

Outros legitimados

1 - A declaração de insolvência de um devedor pode ser requerida por quem for legalmente responsável pelas suas dívidas, por qualquer credor, ainda que condicional e qualquer que seja a natureza do seu crédito, ou ainda pelo Ministério Público, em representação das entidades cujos interesses lhe estão legalmente confiados, verificando-se algum dos seguintes factos:...»

Sélection et nomination de l'administrateur de l'insolvabilité

Le choix de l'administrateur de l'insolvabilité est de la responsabilité du juge. Celui-ci peut considérer les candidats proposés par le débiteur, le comité des créanciers – s'il existe – ou les créanciers mais c'est à lui de décider en dernier ressort. Le juge ne peut refuser la personne choisie par les créanciers que s'il considère cette personne incapable de mener les tâches à bien ou si cette personne n'est pas digne de confiance, c.-à-d. qu'elle est surpayée suite à une décision des créanciers ou ne se trouve pas sur la liste officielle. Ces cas ne relèvent pas des critères d'exception (qui concernent les grandes entreprises ayant une masse d'insolvabilité considérable ou des cas trop complexes ou un secteur très spécifique). La liste des administrateurs d'insolvabilité et de leur statut est réglementée par une loi particulière. Compte tenu de la complexité de la procédure ou de la nécessité de compétences ou de connaissances spécifiques, le juge peut désigner un second administrateur d'insolvabilité.

7. RÈGLES RELATIVES AU FONDS D'INSOLVABILITÉ

- > Préfinancement
- > Que et quand l'agence de l'emploi ou l'administration paie-t-elle ?

Le MoU (2011-2014) signé entre le gouvernement portugais et la troïka a conduit à la création de deux mécanismes institutionnels pour venir en aide aux entreprises en difficulté. Pour la première fois, des mécanismes de préfinancement ont été mis en place : le FCT (fonds de compensation des travailleurs)¹¹² et le FGCT (fonds de garantie de compensation des travailleurs).¹¹³ Ces fonds sont financés par les cotisations mensuelles des employeurs. Celles-ci sont obligatoires et s'appliquent aux contrats de travail commençant après octobre 2013. Les fonds sont gérés par des conseils tripartites distincts. Conformément à la loi 70/2013 du 30 août 2013, les contrats avec certains services publics et les contrats de très courte durée ne sont pas couverts. L'intervention du fonds de compensation est prévue en cas de licenciements (cf. article 366 du code du travail). La structure du FCT prévoit une capitalisation individuelle afin de garantir le paiement allant jusqu'à la moitié de la compensation payable au moment de la résiliation du contrat de travail. Le FGCT présente lui une structure mutuelle visant à garantir les montants nécessaires pour couvrir la moitié des compensations payables à la résiliation du contrat moins le montant déjà payé au travailleur par l'employeur. De plus, le FGCT implique de la part de l'employeur d'envoyer l'information à ce sujet dans les 4 jours. Le

¹¹¹ Source:

<https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/107610176/201712211555/73442126/diploma/indice/2>

¹¹² Fundo de Compensação do Trabalho.

¹¹³ Fundo de Garantia de Compensação de Trabalho.

FGCT est ensuite tenu de payer le travailleur dans un délai de 20 jours maximum.¹¹⁴

L'impact de ces fonds n'est pas connu mais le rapport d'activité pour 2017 présente des données sur l'évolution des cotisations pour l'année 2016 (cf. Figure 38). Cette année-là, le FCT reposait sur les cotisations de 165.407 employeurs correspondant à 1.043.873 travailleurs et gérait environ 92.507.082 euros.

Fig. 38 : Evolution de la valeur du fonds de compensation des travailleurs (2016)



Source : FCT- Proposta Plano de Atividades e Orçamento – Exercício de 2017¹¹⁵

8. QUELLES SONT LES RÈGLES APPLICABLES À LA RÉPARTITION DES REVENUS ? COMMENT LES CRÉANCES ET LES DROITS DES CRÉANCIERS SONT-ILS CLASSÉS ? COMMENT LES CRÉANCES DES EMPLOYÉS SONT-ELLES TRAITÉES ?

Le classement des créances est déterminé après l'apurement des dettes et suivant l'ordre suivant :

- > les emprunts garantis (c.-à-d. assortis d'une caution) tels que les hypothèques ;
- > les créances privilégiées ;
- > les créances ordinaires ;
- > les créances subordonnées.

114 <https://dre.pt/application/conteudo/499547> (consulté le 09.08.2018).

115 <http://www.fundoscompensacao.pt/documents/14324547/15035956/PL+ACT+2017+e+PARECER+FU.pdf/4dcbd568-58d3-4205-86be-bd59999808cb> (consulté le 08.08.2018)

Les créances d'un employé liées à un contrat de travail, à sa violation ou à sa résiliation bénéficient des privilèges suivants : a) un privilège général de fourniture, b) un privilège immobilier spécial sur les biens immobiliers de l'employeur dans lesquels l'employé travaille.

En ce sens, les paiements aux travailleurs ont priorité sur ceux des autres créanciers tels que les fournisseurs ou les banques et à l'exception des créances portant sur les frais de justice. Les travailleurs bénéficient également du privilège spécial sur les crédits immobiliers relatifs aux biens où ils exercent leur activité.

Le droit à l'allocation de nourriture est acquis si les travailleurs n'ont pas d'autres moyens de subsistance que leur salaire dû par l'entreprise insolvable. Cette allocation sera déduite de la masse de l'insolvabilité.

Conformément au code du travail¹¹⁶, le paiement au travailleur qui ne peut être effectué par l'employeur en raison de difficultés d'insolvabilité ou financières, est assuré par le fonds de compensation des travailleurs pendant plus d'un an après la résiliation de son contrat. La demande de compensation du travailleur pour travail supplémentaire, infraction au droit à congé, etc. introduite après plus de 5 ans doit être accompagnée d'un document approprié.

Les travailleurs peuvent réclamer des allocations de chômage s'ils peuvent faire valoir au moins 12 mois d'emploi rémunéré (avec sécurité sociale) avant leur mise au chômage. Les allocations dépendent de l'âge du bénéficiaire et du nombre de mois de travail repris dans les relevés de paiements à la sécurité sociale.

En résumé, les droits des travailleurs sont les suivants :

- > priorité sur les autres créanciers (cf. point 4 article 47) ;¹¹⁷
- > allocation de nourriture ;
- > intervention du fonds de compensation des travailleurs ;
- > allocations de chômage.

116 Articles 333-337.

117 Artigo 47

Conceito de credores da insolvência e classes de créditos sobre a insolvência

1 - Declarada a insolvência, todos os titulares de créditos de natureza patrimonial sobre o insolvente, ou garantidos por bens integrantes da massa insolvente, cujo fundamento seja anterior à data dessa declaração, são considerados credores da insolvência, qualquer que seja a sua nacionalidade e domicílio.

2 - Os créditos referidos no número anterior, bem como os que lhes sejam equiparados, e as dívidas que lhes correspondem, são neste Código denominados, respectivamente, créditos sobre a insolvência e dívidas da insolvência.

3 - São equiparados aos titulares de créditos sobre a insolvência à data da declaração da insolvência aqueles que mostrem tê-los adquirido no decorrer do processo.

4 - Para efeitos deste Código, os créditos sobre a insolvência são:

a) «Garantidos» e «privilegiados» os créditos que beneficiem, respectivamente, de garantias reais, incluindo os privilégios creditórios especiais, e de privilégios creditórios gerais sobre bens integrantes da massa insolvente, até ao montante correspondente ao valor dos bens objecto das garantias ou dos privilégios gerais, tendo em conta as eventuais onerações prevalecentes;

b) «Subordinados» os créditos enumerados no artigo seguinte, excepto quando beneficiem de privilégios creditórios, gerais ou especiais, ou de hipotecas legais, que não se extingam por efeito da declaração de insolvência;

c) «Comuns» os demais créditos. Source:

<https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/107610176/201712211555/73442126/diploma/indice/3>

9. RÉSILIATIONS DURANT UNE INSOLVABILITÉ DE L'EMPLOYEUR

Aucune référence spécifique n'est faite aux licenciements ou aux relations de travail dans le Code d'insolvabilité et de redressement des entreprises (CICR). Le CICR stipule que les conséquences de l'insolvabilité pour les contrats et les relations de travail sont régies par le code du travail. Ici, nous pouvons donc nous baser sur le cadre juridique applicable à l'insolvabilité en particulier mais, étant conscients des incertitudes associées à la situation pré-insolvabilité, nous supposons que d'autres situations pourraient également être considérées. Nous en présentons donc quelques-unes ci-après.

A – Insolvabilité¹¹⁸ (articles 347 et 363) – différentes durées de préavis selon la procédure d'un licenciement collectif : de 15 jours pour les travailleurs sous contrat pendant moins d'un an à 75 jours pour les travailleurs sous contrat depuis plus de 10 ans ;

B – Décès de l'employeur, dissolution ou fermeture de l'entreprise (articles 346 et 363) – différentes durées de préavis selon la procédure d'un licenciement collectif : de 15 jours pour les travailleurs sous contrat pendant moins d'un an à 75 jours pour les travailleurs sous contrat depuis plus de 10 ans ;

C – Entreprise en difficulté¹¹⁹ (articles 298-316) - 15 jours ;

D – Transfert de l'entreprise¹²⁰ (article 285, loi 14/2018) – 10 jours avant la réunion des représentants des travailleurs pour discuter des conditions du transfert ;

E – Licenciement collectif¹²¹ (articles 359-366) - différentes durées de préavis : de 15 jours pour les travailleurs sous contrat pendant moins d'un an à 75 jours pour les travailleurs sous contrat depuis plus de 10 ans ;

F – Non-paiement ponctuel¹²² (articles 325-327; loi 105/2009) – pas de date limite spécifique.

118 Selon l'article 347 du code du travail (partiellement modifié en 2012, notamment pour alourdir les sanctions et réviser les montants des compensations), la déclaration d'insolvabilité de l'employeur ne met pas fin au contrat de travail et l'administrateur doit continuer de pleinement respecter les obligations envers les travailleurs tant que l'entreprise n'est pas définitivement fermée. Avant une fermeture définitive, l'administrateur peut mettre fin au contrat de travail d'un employé dont la collaboration n'est pas indispensable au fonctionnement de l'entreprise.

119 Selon le code du travail, l'employeur peut temporairement réduire l'horaire normal de travail ou suspendre des contrats de travail pour des raisons de marché, de changements structurels ou technologiques, de catastrophes ou d'autres événements affectant l'activité de l'entreprise pour autant qu'une telle action soit indispensable pour assurer la viabilité de l'entreprise et la sauvegarde des postes de travail. Il était cependant prévu que les conditions liées à cette action puissent également s'appliquer à la fermeture finale de l'entreprise. Les travailleurs doivent en être informés pas moins de 15 jours à l'avance. Entre-temps, l'employeur ne peut retirer d'argent, payer ses partenaires ou des créanciers qui ne bénéficient pas d'une garantie ou d'un privilège ayant priorité sur les créances des travailleurs, sauf si ces paiements sont notamment destinés à permettre la poursuite des activités de l'entreprise.

120 La législation sur le transfert d'entreprise prévoit l'information des représentants des travailleurs ainsi que le droit des travailleurs à s'opposer au transfert de leur contrat de travail en même temps que le transfert de l'entreprise et de leur structure de représentation (articles 286 et 287 du code du travail). De plus, en 2018, une législation protégeant les travailleurs dans le cadre d'un transfert d'activités a été adoptée. La loi 14/2018 modifie la législation de 2009 définissant le régime juridique applicable au transfert d'une entreprise ou d'un établissement et renforce les droits des travailleurs. Ce nouveau cadre assure, par exemple, que les travailleurs peuvent (1) garder leurs droits (rémunération, ancienneté, avantages sociaux, etc.) qu'ils soient définis par contrat ou acquis ; (2) disposer de temps pour organiser leur représentation avant le transfert et (3) refuser tout transfert.

121 Le code du travail portugais définit le licenciement collectif ou de masse comme un licenciement motivé par une ou plusieurs raisons dans le chef de l'employeur qui ne peuvent être imputées aux travailleurs. Les licenciements de masse sont des processus qui s'étendent sur une période de 90 jours et concernent au moins 2 travailleurs dans les petites entreprises et au moins 5 travailleurs dans les moyennes et grandes entreprises. Dès qu'il est informé de son licenciement imminent, le travailleur a droit à 2 jours de congé par semaine jusqu'à ce que son licenciement devienne effectif. Ce temps peut être librement utilisé par le travailleur qui doit seulement informer l'employeur au moins 3 jours à l'avance de son intention d'utiliser ce congé. Ce droit permet au travailleur de rechercher un nouvel emploi.

122 La loi 105/2009 (article 25) prévoit le paiement d'une allocation de chômage dans le cas d'une suspension du contrat de travail par l'employé en raison de non-paiement ponctuel par l'employeur ainsi que dans le cas d'une suspension des activités de l'entreprise durant 15 jours pour des raisons propres à l'employeur ou d'une situation difficile pour l'entreprise. Le montant de l'allocation ne peut excéder l'équivalent d'un mois de salaire mensuel par trimestre.

10. PLAN SOCIAL DANS LES SITUATIONS D'INSOLVABILITÉ

La législation portugaise ne prévoit aucun plan social. Malgré cela, les acteurs sociaux et les médias utilisent parfois ce terme et, dans la pratique, certaines procédures peuvent être considérées comme constitutives d'un plan social. Il n'existe en tout cas aucune mesure de planification préalable pour aborder les cas de restructuration et, dès lors, aucune procédure d'usage.

11. PARTICIPATION DU COMITÉ D'ENTREPRISE DANS LES PROCÉDURES D'INSOLVABILITÉ

En principe, le cadre juridique ne prévoit pas de possibilités d'intervention des comités d'entreprise ou des syndicats dans ces procédures. Premièrement, parce qu'il n'y a pas d'obligation d'informer ni de droit d'exprimer un avis sur (1) le plan d'insolvabilité et le rapport et l'évaluation de la situation comptable de l'administrateur de l'insolvabilité, (2) le redressement de l'entreprise, (3) la liste des créanciers et (4) un inventaire joint. Deuxièmement, l'assemblée et le comité des créanciers (s'il existe) sont ouverts aux représentants des travailleurs même si aucune dette ne les concerne. Dans la pratique, nous estimons toutefois leur influence peut efficace.

12. LA LÉGISLATION ACTUELLE MET-ELLE DAVANTAGE L'ACCENT SUR LA RESTRUCTURATION ET LE MAINTIEN DES ENTREPRISES QUE SUR LEUR DÉMANTÈLEMENT ?

S'agissant du redressement des entreprises, il n'est pas nécessaire d'invoquer l'esprit du Code d'insolvabilité et de redressement des entreprises (CICR) de 2004, et notamment de son préambule. Cela nous conduit à penser que, jusque-là, les attentes penchaient en faveur du redressement et que le législateur envisageait de changer cela, à savoir en accordant aux créanciers la primauté de la décision. En même temps, plusieurs mécanismes destinés au redressement d'entreprise ont été créés et améliorés par les gouvernements successifs depuis les années 1990. En outre, différents articles du CCICR concernent également le redressement d'entreprise.

RAPPORT PAYS #6 :

SUÈDE

Par

ANNINA H. PERSSON, PROFESSEURE DE DROIT PRIVÉ, UNIVERSITÉ D'ÖREBRO



1. APERÇU STATISTIQUE

Si une entreprise ou un entrepreneur connaît des difficultés financières ou est incapable d'honorer ses dettes, il existe, dans chaque pays, des procédures spécifiques pour traiter de telles situations. La loi suédoise sur l'insolvabilité reconnaît trois formes d'insolvabilité – la faillite¹²³, la restructuration d'entreprise et le rééchelonnement de la dette, aussi bien pour les personnes que pour les entrepreneurs. La législation sur l'insolvabilité comprend des dispositions dans :

- la loi sur la faillite (Konkurslagen).¹²⁴
- la loi sur les restructurations d'entreprises (Företagsrekonstruktionslagen).¹²⁵
- les lois sur l'assainissement de la dette (Skuldsaneringslagen)¹²⁶ et sur le rééchelonnement de la dette pour les entrepreneurs (Lagen om skuldsanering för företagare).¹²⁷

En lien étroit avec la législation sur l'insolvabilité, citons encore les règles sur 1) les droits prioritaires¹²⁸, 2) le recouvrement de dettes¹²⁹ et 3) la garantie de l'État sur les rémunérations¹³⁰. Il n'existe pas de procédures législatives formelles pour la restructuration ou le redressement pré-insolvabilité. Dans ces cas toutefois, des arrangements peuvent être convenus sur base volontaire entre les créanciers et le débiteur.¹³¹

Entre 2000 et 2007, le nombre d'insolvabilités (faillites) tous types d'entreprise confondus était¹³² :

Fig. 39 : Nombre de cas d'insolvabilité en Suède de 2000 à 2017

2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
6733	7433	7930	8237	7649	6784	6160	5791	6298	7638	7274	6958
2012	2013	2014	2015	2016	2017						
7471	7701	7158	6433	6019	6394						

En Suède, la majorité des faillites implique surtout les petites entreprises. Seul un faible pourcentage des cas concerne des entreprises employant plus de 20 personnes, ce qui n'est pas surprenant compte tenu de ce qu'est le monde des affaires en Suède. Le nombre total d'entreprises était de 1.119.813 en 2017. Les trois quarts (73,2%) de celles-ci étaient des sociétés unipersonnelles, 23,1% des « microentreprises » (0-9 employés) et 3% des petites entreprises de moins de 50 employés.¹³³ En 2017, les secteurs les plus affectés par les faillites étaient : (1) le commerce et les réparations de véhicules, (2) la construction, (3) les entreprises liées à des activités juridiques, scientifiques et technologiques et (4) l'hôtellerie et la restauration.¹³⁴

Il y a, en Suède, une tendance à favoriser la liquidation d'entreprises viables rencontrant des difficultés financières plutôt que d'anticiper leur réorganisation. Bien que la loi sur les restructurations d'entreprise soit en vigueur depuis plus de vingt ans, la procédure n'est pas beaucoup utilisée. Lorsque la loi est entrée en vigueur (en 1996), on estimait

123 Notons que, dans le droit suédois, le terme faillite (konkurs) fait uniquement référence à une procédure de mise en liquidation d'une entreprise et non à son redressement.

124 SFS 1987:672.

125 SFS 1996:764.

126 SFS 2016:675.

127 SFS 2016:676.

128 Loi sur les droits prioritaires (Förmånsrättslag) SFS 1970: 979.

129 Code d'application des lois (Utsökningsbalk) SFS 1981: 774.

130 Loi sur la garantie des rémunérations (Lönegarantilag) SFS 1992: 497.

131 Dans ce qui suit, les termes « administrateur », « créancier » ou « débiteur » peuvent bien sûr s'entendre tant au masculin qu'au féminin. Un débiteur peut également être une entreprise.

132 Tillväxtanalys, statistik över konkurser, 2018-08-21.

133 <https://www.ekonomifakta.se/Fakta/Foretagande/Naringslivet/Antal-foretag-i-Sverige/2017-12-11>.

134 <http://statistikportalen.tillvaxtanalys.se/Pages/ShowReport.aspx?ReportID=6&StatisticalAreaID=5>

que le nombre annuel de réorganisations d'entreprise serait d'environ 500, un chiffre loin de la réalité en Suède. Durant les années 2011-2014, la moyenne annuelle de réorganisations était d'environ 200. A ce jour, seules quelques entreprises bénéficient d'une seconde chance d'éviter la faillite par le biais d'une réorganisation. Comparé au nombre de faillites, le nombre de réorganisations ne représentent que quelques pourcents.¹³⁵

2. INTRODUCTION

Un arsenal législatif complet en matière de faillite n'a pas vu le jour en Suède avant 1773.¹³⁶ Des lois plus systématiques à ce sujet ont été adoptées en 1818, 1862 et enfin en 1921.¹³⁷ La dernière de celles-ci est restée d'application jusqu'au vote de la loi actuelle en 1987.

Au début des années 1990, la Suède a connu une crise financière ainsi que des problèmes liés à la forte augmentation du niveau d'endettement des ménages. Cette situation a fait qu'un grand nombre d'entreprises et de citoyens se sont trouvés face à des difficultés de remboursement de leurs emprunts ou de respect de leurs obligations. Afin de répondre à ces problèmes, la première loi sur le rééchelonnement de dettes a été introduite en 1994¹³⁸ suivie de l'adoption de la loi sur la restructuration des entreprises en 1996. Des changements importants ont été apportés à la loi sur le rééchelonnement de dettes en 2007¹³⁹, 2011¹⁴⁰ et enfin en 2016.

3. RAISONS DE L'INSOLVABILITÉ

Les raisons pour lesquelles les entreprises confrontées à des difficultés financières et devant, dès lors, lancer une procédure d'insolvabilité sont discutées dans la doctrine.¹⁴¹ On peut y lire que les causes sont multiples. Premièrement, des difficultés financières ont surgi parce qu'un partenaire important du débiteur – un client ou un fournisseur – a été déclaré en faillite. Il est donc devenu difficile pour le débiteur de recouvrer sa créance. Une situation similaire se présente lorsqu'une entreprise, qui est la société mère d'une autre entreprise, connaît des difficultés et ne peut faire face à ses obligations. Dans ce cas, la filiale est également impactée.

Deuxièmement, des difficultés d'ordre économique sont survenues parce que, malgré les changements de conditions de marché, l'entreprise n'a pas adapté sa structure de coûts, son organisation, sa production et/ou sa politique commerciale. La direction a soit été trop lente ou n'a pas initié de changements suffisamment profonds pour répondre à ces défis bien que la demande pour les produits et services de l'entreprise ait baissé voire complètement disparu. Cette inaptitude à réagir rapidement devant l'obstacle et à réorienter l'entreprise en conséquence a, dans de nombreux cas, débouché sur des difficultés économiques.

Troisièmement, les difficultés économiques ont été provoquées par un contentieux entre parties ayant entraîné des procédures coûteuses ou, quatrièmement, parce que des taxes et redevances n'ont, pour différentes raisons, pas été payées à temps. Dans ce cas, l'étude des textes nous enseigne que, telle qu'elle a été conçue, la législation fis-

135 Voir Persson, A. H. & Karlsson-Tuula, M., *Företagsrekonstruktion - i teori och praktik*, 3ed., 2017, p. 23, SOU 2016:72 Part 2, p. 139-144.

136 K.M:ts Förklaring , vad vid Fallissementer samt Cessions-och konkurstvister hädanefter bör iakttagas. Se Tuula, M., *Rekonstruktion av företag inom insolvenslagstiftningens ramar*, 2nd ed., 2001, p. 210-211.

137 SFS 1921:225.

138 SFS 1994:334.

139 SFS 2006:548.

140 SFS 2011:472.

141 Voir Persson, A. H. & Karlsson-Tuula, M., *Företagsrekonstruktion i teori och praktik*, 3rd ed., 2017, p. 84 et suivantes, SOU 2016:72 p. 84 et suivantes, Tuula, M., *Rekonstruktion av företag inom insolvenslagstiftningens ramar*, 2nd ed., 2001, p. 44-45, SIND 1985:7 p. 177 et suivantes, Gratzner, K., *Konkursens orsaker, Konkursinstitutets betydelse i svensk ekonomi*, 1999, p. 134 et suivantes.

cale peut motiver la mise en faillite du débiteur.¹⁴² Cinquièmement, les difficultés financières d'actions délictueuses d'employés telles que détournements ou vols au détriment du débiteur. Sixièmement, les difficultés résultant d'une trop grande dépendance du débiteur envers un certain nombre de clients. Lorsqu'un de ces clients ne souhaite plus, pour l'une ou l'autre raison, travailler avec le débiteur, la situation peut devenir très précaire pour lui. S'il ne peut rapidement trouver de nouveaux clients, des problèmes de rentabilité peuvent s'y ajouter. Septièmement, les difficultés financières proviennent d'une trop forte expansion du débiteur qui n'a pas suivi l'évolution du marché ou encore d'investissements trop importants sur une courte période ou de coûts de démarrage trop élevés.

Une huitième raison peut être le résultat d'un stock trop important, ce qui semble être un problème majeur pour de nombreuses entreprises. En effet, le débiteur déclare habituellement que ces problèmes de paiement résultent directement du fait qu'il s'est senti contraint d'avoir un stock important. La neuvième raison découle de difficultés financières dues à une récession généralisée de l'économie. La dixième peut être que le débiteur n'a pas été en mesure de résilier des contrats à long terme, comme par exemple un bail coûteux, ce qui a entraîné un manque de liquidités. La onzième raison tient à la survenance d'événements de force majeure. Un exemple typique pour un agriculteur est la perte d'une récolte ou une maladie grave dans son élevage. Dans ce contexte, la principale difficulté semble être d'équilibrer coûts et revenus. D'autres événements courants pouvant être classés dans cette catégorie sont la maladie, des problèmes personnels ou des accidents impliquant des personnes clés dans l'entreprise.

En résumé, faible rentabilité, pertes de crédit et gestion défaillante sont les principales causes de faillite.

4. APERÇU DU DÉROULEMENT DES PROCÉDURES DE FAILLITE¹⁴³

Les procédures de faillite sont régies par la loi sur la faillite (1987: 672), KonkL, et l'ordonnance sur les faillites (1987: 916). La loi revêt un caractère général et s'applique aux personnes tant physiques que morales.¹⁴⁴ Dans le cadre d'une procédure de faillite, il est possible de conclure un accord (ackord) par lequel les créanciers renoncent à une partie de leurs créances. Ce genre d'accord est très rare en droit suédois.

Lors d'une faillite, les actifs du débiteur sont gérés pour le compte des créanciers par l'administrateur du patrimoine de la faillite qui est considéré comme une entité indépendante. Le débiteur est obligatoirement placé sous administration d'un ou plusieurs administrateurs de faillite nommés par le tribunal. Cette fonction est généralement confiée à un avocat. L'administration du patrimoine de la faillite est toutefois placée sous le contrôle d'un organe régulateur (Tillsynsmyndigheten, TSM), qui est un organisme public. Le TSM fait partie de l'agence pour l'application de la loi (Kronofogdemyndigheten) et contrôle si l'administration des actifs de la faillite est menée de manière appropriée et si la liquidation du patrimoine de la faillite n'est pas inutilement retardée.

Le rôle du tribunal (le tribunal de première instance est appelé tingsrätten) est relativement limité en cas de faillite. Il doit uniquement tenir compte de l'insolvabilité du débiteur qui peut dès lors être déclaré en faillite. Ce rôle du tribunal relève donc plutôt du contrôle. Il n'a quasi aucune compétence dans les questions découlant de la procédure de faillite.

Sauvegarde des intérêts des employés en cas de faillite

Le but principal de la procédure de faillite est de sauvegarder les actifs du débiteur afin d'en assurer la plus large répartition possible parmi les créanciers. Elle a également un objectif dit secondaire, c.-à-d. gérer la faillite. L'admi-

142 Voir SOU 2016:72 Part I p. 132 et suivantes et Part 2, p. 72 et suivantes.

143 Cette partie est basée sur Persson, A. H., & Karlsson Tuula, M., Rapport national pour la Suède, in Ouverture des procédures d'insolvabilité (ed. Faber, D. & Vermunt, N. & Kilborn, J. & Richter, T.) 2012, p. 659 et suivantes, en particulier p. 663-664.

144 Voir aussi la loi (2015: 1016) contenant les modalités d'une procédure spéciale pour le redressement ou la liquidation d'établissements de crédit et de sociétés boursières entre autres.

nistrateur de la faillite doit tenir compte des employés et de l'intérêt général commun en favorisant les emplois de longue durée.¹⁴⁵ C'est l'administrateur qui décide si l'activité du débiteur peut être poursuivie pour une durée limitée ou si tous les actifs doivent être immédiatement réalisés. S'il y a vente, le produit ainsi récolté sera distribué dans un certain ordre et proportionnellement aux montants dus aux créanciers. Tous les créanciers doivent être traités selon le principe de l'égalité de traitement qui est toutefois soumis à des règles de priorité.

Réorganisation¹⁴⁶

La réorganisation des entreprises est régie par la loi sur les restructurations d'entreprises (1996: 764) et par l'ordonnance sur les restructurations d'entreprises (1996: 783). La loi ne s'applique qu'aux personnes physiques et morales – avec certaines exceptions – qui sont des professionnels dans une quelconque activité économique, c.-à-d. des entrepreneurs. Le terme « entrepreneur » doit être pris au sens large. La loi est un cadre et, comme tel, ne détaille pas la manière dont une restructuration doit être menée. Elle définit seulement les contours de la procédure.

La réorganisation est un processus volontaire par lequel une entreprise qui connaît des problèmes de trésorerie peut, sur décision du tribunal, avoir recours à une procédure spéciale appelée restructuration afin de réorganiser ses activités. Le but de la restructuration est de créer le contexte juridique pour la survie d'entreprises rentables confrontées à des difficultés de paiement. Les entreprises doivent pouvoir bénéficier d'un moratoire sur les paiements pour permettre les opérations de restructuration sans que des mesures d'exécution financières leur soient imposées.

La restructuration d'entreprise est une alternative à la procédure de faillite durant laquelle les créanciers ne peuvent temporairement pas demander la mise en faillite du débiteur.¹⁴⁷ Si un créancier demande le dépôt de bilan durant une procédure de faillite, celle-ci sera suspendue, si le débiteur le réclame, jusqu'à la fin des opérations de restructuration. Cependant, même si le débiteur s'oppose à la mise en faillite demandée par un créancier, le tribunal peut y faire droit s'il a des raisons de croire que, dans le cas contraire, les intérêts du créancier pourraient être mis en danger.

Lorsque le tribunal prend la décision d'ouvrir une procédure de restructuration, il doit également désigner un administrateur (rekonstruktör).¹⁴⁸ Tout comme dans le cas d'une faillite, il s'agit habituellement d'un avocat en qui il est important que les créanciers aient confiance. L'administrateur doit, avec la collaboration du débiteur, tenter d'élaborer un plan de sauvetage montrant comment les objectifs de la restructuration seront atteints.¹⁴⁹ Une restructuration peut se faire sur le fond et/ou sur les implications financières. Une restructuration sur le fond implique des changements opérationnels au niveau de l'activité même du débiteur. Ceux-ci peuvent inclure des changements de produits, de politique commerciale ou toute autre mesure nécessaire pour restaurer la rentabilité de l'entreprise. La restructuration financière concerne l'apurement des dettes antérieures à la restructuration. L'apurement peut soit être volontaire en accord avec les créanciers ou imposé par le tribunal contre la volonté des créanciers.¹⁵⁰ Les créances sont réduites d'un pourcentage dépendant de l'importance de chaque déclaration de créance mais ne peuvent l'être à moins de 25 pourcent de leur valeur sauf si des raisons particulières justifient un pourcentage inférieur. Le montant ainsi fixé est payable dans un délai d'un an à compter de la décision du tribunal à ce sujet.

Le plan de restructuration doit être présenté aux créanciers qui ne doivent pas explicitement l'approuver.¹⁵¹ Le tribunal ne peut prendre aucune décision sur le fond du plan qui doit toutefois lui être remis. La loi ne contient aucune disposition particulière quant au contenu du plan de restructuration durant laquelle le débiteur garde le contrôle physique de ses actifs mais a toutefois un devoir d'obéissance envers l'administrateur.¹⁵² La restructuration se termine à la demande du débiteur, des créanciers ou de l'administrateur.

145 Chapitre 7, Section 8 de la loi sur la faillite.

146 Cette partie est basée sur Persson, A. H., & Karlsson Tuula, M., Rapport national pour la Suède, in *Ouverture des procédures d'insolvabilité* (ed. Faber, D. & Vermunt, N. & Kilborn, J. & Richter, T.) 2012, p. 659 et suivantes, en particulier p. 664-665.

147 Chapitre 2, Section 10a de la loi sur la faillite.

148 Chapitre 2, Section 10 de la loi sur les restructurations d'entreprises.

149 Chapitre 2, Section 12 de la loi sur les restructurations d'entreprises.

150 Chapitre 2, Section 12 de la loi sur les restructurations d'entreprises.

151 Voir Hellners, T. & Mellqvist, M., *Lagen om företagsrekonstruktion*, 2 ed. 2013, p. 88.

152 Chapitre 2, Section 15 de la loi sur les restructurations d'entreprises.

Lois sur l'assainissement de la dette

Les lois sur l'assainissement de la dette définissent des procédures spéciales destinées à venir en aide aux individus et aux entrepreneurs lourdement endettés. Seule l'agence pour l'application de la loi est habilitée à traiter des cas de demandes de rééchelonnement de dettes au titre de ces deux lois.¹⁵³ L'agence peut accorder un allègement de la dette malgré l'opposition d'un ou de plusieurs créanciers à la proposition ou à la demande du débiteur. L'agence peut aussi traiter des demandes de révision des décisions portant sur un rééchelonnement de la dette. Sa décision peut être contestée devant le tribunal de première instance (tingsrätten). A quelques différences près, le rééchelonnement de dettes suit à peu près le même schéma dans les deux lois. Une des différences est que le débiteur doit être en mesure de payer une partie de ses dettes.¹⁵⁴ La procédure est plus courte pour les entrepreneurs (3 ans) que pour les débiteurs en général (5 ans).¹⁵⁵ Pour les entrepreneurs, les conditions d'obtention d'un rééchelonnement de dettes sont également plus strictes que pour les autres débiteurs.¹⁵⁶

5. INTERVENANTS DANS LES PROCÉDURES ET LEURS DROITS ET OBLIGATIONS

Administrateurs de faillite

La loi suédoise définit deux types d'administrateurs, les administrateurs qui gèrent les faillites (konkursförvaltare) et les administrateurs désignés lorsque des restructurations d'entreprises sont en cours (rekonstruktörer). Comme mentionné plus haut, si une décision de faillite est prononcée, le tribunal doit immédiatement désigner un administrateur de faillite puisque le débiteur perd le contrôle de ses actifs lorsque cette décision est prise.¹⁵⁷ A partir de ce moment, l'administrateur est responsable de la gestion du patrimoine de la faillite et le débiteur ne peut plus prendre aucun engagement concernant ce patrimoine.

Un administrateur de faillite doit avoir les connaissances et l'expérience nécessaires pour cette fonction.¹⁵⁸ Les exigences de qualifications de l'administrateur sont très strictes en sorte qu'un nombre limité de spécialistes sont éligibles pour cette mission. Outre une connaissance générale de la législation, un administrateur de faillite doit également disposer de connaissances en matière d'économie et de gestion des affaires, de tenue des livres et de comptabilité et être familier des questions de droit commercial. Une personne employée dans un tribunal ne peut être administrateur de faillite pas plus qu'une personne pouvant être jugée partielle, c.-à-d. ayant une relation avec le débiteur, un créancier ou toute autre personne dont l'impartialité par rapport à la faillite pourrait de ce fait être mise en cause. Avant que l'administrateur de faillite soit désigné, l'autorité de surveillance doit être consultée.

C'est l'un des devoirs de l'administrateur de veiller aux droits et aux intérêts communs des créanciers et de prendre toute mesure permettant une liquidation avantageuse du patrimoine de la faillite.¹⁵⁹ Les devoirs de l'administrateur peuvent ainsi être classés en deux catégories, matérielle et formelle. La catégorie matérielle concerne l'obligation pour l'administrateur de procéder à des investigations particulières durant la procédure, par exemple pour déterminer si l'activité doit être poursuivie ou s'il est possible de revoir certaines transactions, c.-à-d. des transactions passées qui ont été préjudiciables à un ou plusieurs créanciers.¹⁶⁰ La partie formelle concerne l'obligation pour l'administra-

153 Section 4 de la loi sur les restructurations d'entreprises (2016: 675) et Section 4 de la loi sur les restructurations d'entreprises pour les entrepreneurs (2016: 676).

154 Section 9 de la loi sur les restructurations d'entreprises pour les entrepreneurs.

155 Section 36 de la loi sur les restructurations d'entreprises pour les entrepreneurs et Section 34 de la loi sur l'assainissement de la dette.

156 Voir Persson, A. H & Henrikson, A-S., Règlement sur les prêts immédiats et autres crédits en Suède, Juridica International, 2014, p. 69-70.

157 Chapitre 2, Section 24 et Chapitre 7, Section 2 et Chapitre 3, Section 1 de la loi sur faillite.

158 Chapitre 7, Section 1 de la loi sur faillite.

159 Chapitre 7, Section 8 de la loi sur faillite.

160 Concernant la relance d'activités, voir Lennander, G., Återvinning, 4 ed., 2013, Palmér, E. & Savin, P., Konkurslagen. En kommentar, Zeteeo 2018-07-01., Renman, H., Återvinning enligt 4 kap. konkurslagen. En process- och insolvensrättslig manual, 2 ed., 2013.

teur de faire l'inventaire du patrimoine et de présenter un rapport détaillant, sur base semestrielle, les mesures prises à ce sujet au cours de la procédure. L'administrateur doit également faire rapport à propos du schéma de répartition. A la fin de la procédure de faillite, un rapport doit être soumis à l'autorité de surveillance qui s'assurera que la faillite a été correctement gérée.

L'administrateur de la faillite doit en outre présenter au tribunal, aux créanciers, aux inspecteurs¹⁶¹, au débiteur et à l'autorité de surveillance un rapport concernant le patrimoine de la faillite et sa gestion.¹⁶² De plus, sauf à ne pas être en mesure de le faire, l'administrateur doit consulter l'autorité de surveillance et les créanciers particulièrement affectés à propos des questions d'importance majeure.¹⁶³ Il doit également consulter le débiteur si nécessaire.

Administrateurs de restructuration

Comme indiqué ci-dessus, quand une procédure de restructuration est décidée par un tribunal, celui-ci doit désigner un administrateur¹⁶⁴ dont la tâche la plus importante est d'évaluer la faisabilité commerciale d'une poursuite des opérations. L'administrateur doit posséder des connaissances relatives à la législation en général et en matière d'insolvabilité ainsi qu'une expérience en économie et en gestion des affaires. Il doit être en mesure d'étudier les possibilités d'arriver à un accord (privé ou public) avec les créanciers et d'analyser les causes sous-jacentes des difficultés de paiement. L'administrateur peut avoir besoin de modifier l'organisation de l'entreprise du débiteur ainsi que sa production et ses produits et d'améliorer sa politique commerciale. Son rôle peut fortement varier suivant la nature des problèmes du débiteur mais l'administrateur doit en permanence consulter ce dernier. Le résultat de la mission de l'administrateur doit être présenté aux créanciers sous forme d'un plan de restructuration.¹⁶⁵

Une restructuration ne prive pas le débiteur du contrôle de ses actifs mais l'oblige à fournir toutes les données sur les circonstances matérielles de nature financière motivant la restructuration de l'entreprise.¹⁶⁶ Le débiteur a donc, à cet égard, un important devoir d'information envers l'administrateur auquel s'ajoute un devoir d'obéissance pour ce qui concerne la gestion de l'entreprise. Le débiteur doit, par exemple, obtenir l'accord de l'administrateur pour le paiement de toute dette se rapportant à la période antérieure à la décision de restructuration.¹⁶⁷ L'administrateur peut cependant en décider autrement si des raisons particulières le justifient.

Les créanciers dans les procédures de faillite et de restructuration¹⁶⁸

L'une des principales tâches de l'administrateur de faillite est de présenter une proposition de répartition.¹⁶⁹ L'ordre de priorité entre créanciers est décidé sur base de la loi sur le droit de priorité¹⁷⁰ (voir section 7 pour plus de détails). C'est principalement l'administrateur de l'insolvabilité qui est responsable de la vérification des créances des créanciers. Ceux-ci n'ont aucune obligation de justifier leurs créances. Il suffit qu'ils présentent leurs créances à l'administrateur de la faillite. Toutefois, si l'administrateur estime qu'il est possible d'inclure les créanciers non prioritaires dans la répartition, il doit demander au tribunal l'application d'une procédure spéciale de traitement des créances.¹⁷¹

Dans les cas de faillite sans procédure de justification de créances, qui sont les plus courants, c'est à l'administrateur qu'il incombe de déterminer l'origine des créances. Les créanciers n'étant pas tenus de déclarer leurs créances dans

161 Si un créancier en fait la demande, un inspecteur peut être désigné par le tribunal pour superviser la gestion du patrimoine pour compte du créancier. Chapitre 7, Section 30 de la loi sur la faillite.

162 Chapitre 7, Section 9 de la loi sur la faillite.

163 Chapitre 7, Section 10 de la loi sur la faillite.

164 Chapitre 2, Section 10 de la loi sur les restructurations d'entreprises.

165 Chapitre 2, Section 12 (1) de la loi sur les restructurations d'entreprises.

166 Chapitre 2, Section 14 de la loi sur les restructurations d'entreprises.

167 Chapitre 2, Section 15 de la loi sur les restructurations d'entreprises.

168 Ce qui suit est basé sur Persson, A. H. & Karlsson-Tuula, M., Rapport national pour la Suède, Classement et priorité des créanciers (ed. Faber, D. & Vermunt, N. & Kilborn, J. & Richter, T. and Tirado, I.) 2016, p. 541 et suivantes. Voir aussi Heuman, L., Specialprocess, 7ed. 2014 p. 267-268.

169 Voir Chapitre 11, Section 4 de la loi sur la faillite.

170 Voir SFS 1970: 979.

171 Chapitre 9, Section 1 de la loi sur la faillite.

un délai précis, celles-ci doivent donc être reconnues même si elles ne sont introduites que tardivement au cours de la procédure, par ex. lorsque l'administrateur a déjà formulé sa proposition de répartition. Si l'administrateur n'a reçu aucune information concernant une créance particulière, le créancier peut en faire la déclaration simplement en appelant l'administrateur.¹⁷² Si celui-ci trouve la créance recevable, il doit l'inclure dans sa proposition de répartition. Un créancier peut perdre son droit à paiement s'il n'est pas repris dans la proposition de répartition et qu'il n'a pas contesté la proposition dans les trois semaines suivant sa confirmation par le tribunal.¹⁷³ Les litiges se règlent essentiellement par écrit et par le biais de discussions entre le créancier et l'administrateur. La décision d'inclure ou non la créance en question dans la proposition de répartition est toutefois du ressort de ce dernier. Si cette décision ne satisfait pas le créancier, la question doit être portée en justice et tranchée par un tribunal.

Dans les cas de faillite avec procédure de justification de créances, les déclarations de créances sont soigneusement examinées sur base de documents justificatifs fiables et selon une procédure plus formelle (chapitre 9 de la loi sur la faillite). Les créanciers sont obligés de déposer leurs créances par écrit dans un délai défini faute de quoi ils perdent leur droit dans la répartition. Le droit à une procédure autorisant l'introduction tardive d'une justification de créance fait toutefois exception à cette règle.¹⁷⁴

Le traitement des déclarations de créances est différent selon qu'il s'agisse d'une procédure de faillite ou de restructuration d'entreprise. En outre, les cas litigieux sont soumis à un traitement distinct en cas d'accord public.¹⁷⁵ Un débiteur ou un créancier qui souhaite faire objection à une créance comprise dans l'accord doit le notifier par écrit à l'administrateur. L'administrateur peut également rejeter une créance auquel cas il doit en informer rapidement le créancier. Si une objection a été émise, le tribunal ou l'administrateur doit tenter d'arriver à un accord faute de quoi la question doit être portée en justice et tranchée par un tribunal.¹⁷⁶

Comité des créanciers et assemblée des créanciers

La procédure de faillite ne prévoit pas la constitution d'un comité des créanciers ou d'une assemblée des créanciers. Dans le cas d'une procédure de restructuration, les créanciers doivent être informés qu'une réunion des créanciers aura lieu devant le tribunal. Lors de cette réunion, un comité des créanciers doit être constitué si l'un d'entre eux en fait la demande. Ce comité doit être composé de deux ou trois membres représentant les différentes catégories d'intérêts des créanciers : établissements de crédit, État, et fournisseurs. Un représentant du personnel peut être désigné comme quatrième membre si le débiteur emploie plus de 25 personnes. Dans certains cas, le comité des créanciers peut cependant être réduit à un seul créancier. Le comité est chargé de la sauvegarde des intérêts de tous les créanciers et doit assister l'administrateur en l'informant, par ex. concernant une branche particulière de l'activité du débiteur. Le comité peut également lui donner d'autres conseils nécessaires au bon déroulement de la procédure de restructuration. En pratique, ce n'est toutefois qu'exceptionnellement qu'un comité des créanciers est constitué dans les cas de restructuration.

Employés

Les dispositions relatives au droit à rémunération des employés en cas de faillite se trouvent au chapitre 5, section 2 de la loi sur la faillite et à la section 12 de la loi sur le droit de priorité. Sous certaines conditions précises, ces règles accordent aux employés un droit exécutoire portant sur les rémunérations et autres avantages liés à leur emploi, tant en cas de faillite que de restructuration. Le droit de priorité s'étend aux créances relatives à la période précédant le dépôt au tribunal de la demande de mise en faillite et au mois suivant. Le droit de priorité s'applique également aux créances d'indemnités de rupture relatives à une période n'excédant pas la période de préavis calculée conformément à la section 11 de la loi sur la protection de l'emploi SFS 1982: 80). Les indemnités de rupture se rapportant à des périodes durant lesquelles l'employé n'effectuait aucun travail pour le compte du débiteur en faillite, ou pour

172 Chapitre 11, Section 4 de la loi sur la faillite.

173 Chapitre 11 Section 6 de la loi sur la faillite.

174 Chapitre 9, Sections 20-22 de la loi sur la faillite.

175 Chapitre 3, Section 20 de la loi sur les restructurations d'entreprises.

176 Chapitre 3, Section 20 de la loi sur les restructurations d'entreprises.

le compte de toute autre personne, et qu'il ne travaillait pas pour son propre compte, ne sont soumises au droit de priorité que si l'employé peut apporter la preuve qu'il s'est lui-même inscrit comme demandeur d'emploi auprès du service public pour l'emploi. Si l'employé continue à prester dans le cadre de son contrat de travail pendant plus d'un mois après l'ordonnance de faillite, ses créances de rémunérations et autres avantages liés à son emploi devront être couverts par les actifs de la faillite.¹⁷⁷ Enfin, le droit de priorité s'étend aussi aux congés payés et au pécule de vacances dus pour la période précédant le dépôt de la demande de mise en faillite pour autant qu'ils concernent les revenus de l'année en cours et de l'année précédente.

Il n'existe pas de règles particulières relatives aux contrats de travail en cas de faillite. Les modalités générales de la législation du travail sont d'application. L'administrateur peut donc mettre fin à un contrat de travail s'il y a des raisons raisonnables à un licenciement pour motif économique (voir plus loin, section 9).

Comme indiqué plus haut, les droits préférentiels généraux sont suivis des rémunérations et autres types de créances liées (sections 12-13 de la loi sur le droit de priorité). Une créance de salaire assortie d'une priorité générale est toutefois limitée aussi bien dans le temps qu'en montant. Ce type de créance est également lié aux dispositions de la loi sur les garanties salariales (1992: 497). S'agissant des montants garantis payés, l'État reprend les droits de l'employé à l'encontre du débiteur insolvable ou du débiteur de l'entreprise en restructuration. Par contre, l'État ne reprend pas les droits de l'employé stipulés aux sections 12-13 de la loi sur le droit de priorité et à la section 28 de la loi sur les garanties salariales.¹⁷⁸ Le droit de recours de l'État est donc non prioritaire conformément à la règle de base (voir section 22 de la loi sur le droit de priorité). Si l'État paie au titre de la garantie salariale, la règle de base est que cette créance est considérée non prioritaire selon la section 28 de la loi sur les garanties salariales.

Il existe plusieurs dispositions visant à garantir le droit à paiement des employés, le principe de base étant qu'un travailleur qui n'a pas reçu son salaire peut faire grève (« déposer ses outils ») en déclarant qu'il ne reprendra pas le travail jusqu'à ce qu'il ait reçu le salaire dû (droit de rétention). Une telle action ne signifie pas que l'employé est considéré comme démissionnant de son emploi et, par conséquent, l'employé n'est pas tenu de respecter la période contractuelle de préavis.¹⁷⁹ Cependant, l'employé reste bien sûr libre de démissionner selon les modalités de préavis convenues dans ce cas. Il n'est pas tenu d'indiquer la raison de sa démission. Pour la plupart des employés, la période de préavis est relativement courte, soit environ un mois.

La loi sur les restructurations d'entreprises ne tient pas le débiteur (l'employeur) responsable pour le salaire de l'employé au-delà d'une certaine période. Le principe de base est que, durant la procédure de restructuration, le débiteur doit payer pour les prestations de l'employé. Comme, la créance de salaire de l'employé ne constitue pas une créance sur les actifs d'une faillite subséquente, l'employé est toutefois beaucoup moins protégé durant une restructuration d'entreprise qu'en cas de faillite.¹⁸⁰ Il faut encore ajouter que les dispositions habituelles relatives à la gestion des accords du débiteur ne sont pas d'application aux contrats de travail ou de services durant la période de restructuration de l'entreprise.¹⁸¹

Syndicats¹⁸²

Conformément à la section 11 de la loi sur le travail (codétermination du lieu de travail) (1976: 580), avant toute décision concernant un changement matériel dans les activités de l'entreprise du débiteur, l'administrateur doit, de sa propre initiative et pour le compte des actifs de la faillite, négocier avec l'organisation syndicale des travailleurs à laquelle le débiteur est lié par convention collective. Ceci est également d'application avant que l'administrateur

177 Voir Chapitre 5, Section 18 de la loi sur la faillite. Concernant la détermination du statut de l'employé par rapport aux actifs de la faillite, voir par ex. NJA 1979 p. 253 et des cas traités devant le tribunal suédois du travail AD 1982: 143, AD 1982: 150 et AD 1997: 19.

178 Voir aussi NJA 2012 p. 876.

179 Voir AD 1942: 56.

180 Voir SOU 2010:2 p. 371.

181 Chapitre 2, Section 20 de la loi sur les restructurations d'entreprises.

182 Ce qui suit est basé sur Danhard, E. Konkursarbetsrätt. Om arbetsrätt och lönefordringar i konkurs och företagsrekonstruktion, 6 ed. 2018, p. 50.

ne décide de modifications plus significatives des conditions de travail ou des modalités et conditions de travail des employés affiliés à l'organisation syndicale de l'entreprise. Lorsqu'une raison particulière le justifie, l'administrateur peut prendre et mettre en œuvre une décision avant d'avoir négocié comme il y est normalement tenu. Un changement majeur concerne, entre autres, la fermeture ou le transfert de l'entreprise du débiteur ou des déficiences opérationnelles dans l'entreprise du débiteur ayant des répercussions sur l'emploi.

Si le débiteur n'est pas lié par une convention collective, l'administrateur doit négocier avec toutes les organisations syndicales concernées par une résiliation des contrats de travail pour cause de licenciements ou de transfert de l'entreprise. Voir section 13 de la loi sur le travail (codétermination du lieu de travail) (1976: 580).

L'obligation de négocier avec les organisations syndicales est maintenue même si l'administrateur estime ne pas avoir de solution pour maintenir les activités du débiteur. Les négociations portent dès lors sur la manière d'y mettre fin ou, au contraire, de tenter d'assurer la continuité d'exploitation par un transfert ou toute autre alternative. L'obligation de négocier implique toujours de déterminer qui pourrait reprendre l'entreprise du débiteur. A noter ici que, le cas échéant, la convention collective existante reste d'application après la faillite, que le patrimoine de la faillite entre ou non comme partie au contrat de travail au titre d'employeur. La convention collective reste valable tant que subsiste une relation de travail réglée par celle-ci.

Comme déjà mentionné, l'administrateur se doit, dans certaines limites, d'accorder une attention particulière à l'option la plus susceptible de favoriser l'emploi à long terme pour autant que cela puisse se faire sans effets néfastes sur les droits des créanciers.¹⁸³ L'obligation de négocier est valable pour toutes les questions en cours durant toute la procédure de faillite. Les négociations doivent avoir lieu avant que l'administrateur de la faillite ne s'engage en faveur d'une solution particulière, que ce soit par une décision formelle ou par l'adoption de mesures concrètes mais pas nécessairement avant que les contrats des employés aient été dénoncés.

Dans le cas d'une restructuration, les règles habituelles en matière de travail sont d'application sauf exceptions suivantes. Le débiteur, c.-à-d. l'employeur, n'est pas tenu de payer les dettes nées avant la décision du tribunal d'ouvrir une procédure de restructuration.¹⁸⁴ En raison de la restructuration et de ses répercussions sur l'emploi, l'obligation de négocier avec les syndicats est toutefois requise.¹⁸⁵

De plus, si la restructuration affecte plus de cinq travailleurs, il y a normalement obligation d'en informer au préalable les services de l'emploi. La restructuration de l'entreprise du débiteur peut entraîner des licenciements pour motif économique. Selon la loi sur la protection de l'emploi (1982: 80), le motif économique constitue une raison valable de résiliation du contrat de travail par l'employeur. Toutefois, une telle résiliation présuppose qu'il n'est pas possible de proposer un autre poste au sein de l'entreprise à l'employé concerné. Dans les cas de licenciements pour motif économique, l'employeur doit respecter l'ordre de priorité défini dans la section 22 de la loi sur la protection de l'emploi ou les règles définies par convention collective. Dans le cas d'un transfert de l'entreprise du débiteur à un autre employeur, les droits et obligations définis dans le contrat de travail et la relation de travail existant au moment du transfert seront également transférés au nouvel employeur.¹⁸⁶ L'employé peut toutefois s'opposer à ce transfert.

183 Voir Chapitre 7, Section 8 (2) de la loi sur la faillite.

184 Chapitre 2, Section 15 de la loi sur les restructurations.

185 Voir Sections 11 et 13 de la loi (codétermination du lieu de travail) (1976: 580).

186 Voir Section 6b et Section 7 (3) de la loi sur la protection de l'emploi.

6. DEMANDE D'OUVERTURE D'UNE PROCÉDURE D'INSOLVABILITÉ

Qui peut déposer une demande de procédure de faillite ?

Pour qu'une procédure de faillite soit ouverte, soit le débiteur lui-même soit un créancier doit déposer une requête au tribunal demandant que le débiteur soit déclaré en faillite. Si le débiteur est une personne morale (une société), les règles habituelles d'éligibilité pour représenter le débiteur sont d'application. Dans le cas d'une personne morale, le pouvoir de signature conféré n'implique pas automatiquement le droit du signataire à décider de mesures applicables à la personne morale (la société) en question. La prise de décision dépend plutôt de la position du représentant, soit un administrateur ou l'administrateur délégué de la société. L'accord préalable des actionnaires n'est pas requis.

Pour qu'une procédure de faillite soit possible, le débiteur doit également être insolvable. Un débiteur est insolvable lorsqu'il est incapable de payer ses dettes à leur date d'échéance et que cette incapacité n'est pas que temporaire.¹⁸⁷ L'évaluation de l'insolvabilité doit inclure une estimation de l'ensemble des actifs du débiteur. Une évaluation des possibilités du débiteur de disposer de ses actifs afin d'apurer ses dettes à temps doit aussi être faite. La capacité du débiteur de régler ses dettes à temps est déterminée en tenant compte également des dettes non encore échues, telles que des impôts et charges différés ou une demande en dommages et intérêts imminente. La possibilité pour le débiteur de dégager des revenus ou sa capacité à obtenir de nouveaux crédits sont également importantes à cet égard. Même un débiteur dont les actifs excèdent le passif sera jugé insolvable si les actifs sont immobilisés et ne peuvent en conséquence être réalisés alors que ses dettes arrivent à échéance. Une illiquidité temporaire ne signifie cependant pas que le débiteur est considéré comme étant insolvable. Une évaluation d'insolvabilité doit être menée en fonction des mérites propres à chaque cas et permet de prévoir la manière dont la situation évoluera à l'avenir. Dans ce cadre, il faut aussi être particulièrement attentif si l'activité revêt un caractère saisonnier. Pour les périodes plus longues d'incapacité de paiement, la priorité doit être donnée aux intérêts des créanciers.

Indépendamment du fait que ce soit le débiteur lui-même ou un créancier qui dépose la requête de mise en faillite, la déclaration d'insolvabilité du débiteur doit être prise pour argent comptant en l'absence de raisons contraires particulières.¹⁸⁸ Si le débiteur conteste la requête du créancier, celui-ci doit apporter la preuve de l'insolvabilité du débiteur.¹⁸⁹ Premièrement, il y a présomption d'insolvabilité si, au cours des six mois précédant le dépôt de la requête de mise en faillite, une tentative de saisie des actifs du débiteur a eu lieu mais sans succès en raison d'actifs insuffisants pour couvrir le montant saisissable. Deuxièmement, l'insolvabilité est présumée si le débiteur a annoncé une suspension de ses paiements. La suspension de paiement a un effet présomptif dès lors que le débiteur en a fait une déclaration expresse à un cercle plus large de créanciers. On parle dans ce cas d'une suspension « factuelle » des paiements. Troisièmement, l'insolvabilité est présumée dans le cas où le débiteur a été mis en demeure par un créancier de payer une dette échue mais ne s'est pas exécuté dans un délai d'une semaine et que le créancier a ensuite déposé, dans un délai de trois semaines, une demande d'ouverture d'une procédure de faillite à l'encontre du débiteur et que la dette est restée impayée. Pour que cette dernière règle présomptive soit applicable, il faut que¹⁹⁰ le débiteur soit obligé, ou ait été obligé, moins d'un an avant le dépôt de la demande de procédure de faillite, de sauvegarder ses pièces comptables.¹⁹¹ La requête du créancier doit inclure des éléments indiquant la probabilité d'une demande de procédure de faillite qui doit être notifiée au débiteur.

Outre l'obligation pour le créancier d'apporter des preuves de l'insolvabilité du débiteur afin que sa requête soit acceptée, il doit également établir qu'il a une créance sur le débiteur lui donnant le droit de déposer une demande de procédure de faillite à son encontre.¹⁹² Un créancier est réputé avoir prouvé ce droit s'il peut invoquer la confirma-

187 Chapitre 1, Section 2 de la loi sur la faillite.

188 Chapitre 2, Section 7 de la loi sur la faillite.

189 Chapitre 2, Sections 8-9 de la loi sur la faillite.

190 Chapitre 2, Section 9 de la loi sur la faillite.

191 Voir la loi comptable (Bokföringslagen, SFS 1999: 1078).

192 Chapitre 2, Section 6 de la loi sur la faillite.

tion de sa créance par un tribunal ou par l'autorité d'application au titre de la loi en matière d'ordres de paiement et d'assistance exécutoire (1990: 746). Le tribunal doit également accepter la confirmation d'une créance par décision arbitrale valable. Il faut toutefois que cette décision soit exécutoire selon le code d'application et qu'un tribunal n'ait pas statué différemment après qu'il ait été fait appel de la décision arbitrale. Dans tous les autres cas, le créancier doit prouver son droit de déposer une demande de procédure de faillite contre le débiteur.

Un créancier ne peut demander la mise en faillite d'un débiteur si sa créance est totalement garantie par le patrimoine du débiteur ou toute autre garantie similaire.¹⁹³ Si la garantie n'offre pas une couverture totale, il est possible pour un créancier insuffisamment garanti d'obtenir la mise en faillite du débiteur. La demande de mise en faillite d'un créancier ne peut pas non plus être acceptée par un tribunal si sa créance n'est pas échue ou si une tierce partie paie la dette ou fournit une garantie adéquate. Il faut encore ajouter que le patrimoine du débiteur peut être déclaré en faillite.¹⁹⁴ Les clauses de non-recours peuvent être contraignantes. Selon NJA 1974 p. 445, un créancier n'a pas pu introduire une requête de mise en faillite en raison d'un accord avec le débiteur.

En cas de requête de mise en faillite, l'évaluation matérielle du tribunal consiste à déterminer si le débiteur est insolvable.¹⁹⁵ Si la requête est déposée par le débiteur, elle doit être immédiatement jugée par le tribunal.¹⁹⁶ Si toutefois des raisons particulières l'exigent, le tribunal doit fixer une date pour une audience spéciale qui doit alors avoir lieu dans les deux semaines de la réception de la requête par le tribunal. Si une requête est déposée par un créancier, le tribunal doit fixer une date d'audience. Comme dans le cas précédent, celle-ci doit avoir lieu dans les deux semaines. Lorsqu'une décision de mise en faillite doit être prononcée, le tribunal doit immédiatement fixer une date d'audience lors de laquelle le débiteur doit faire une déclaration sous serment d'inventaire de patrimoine, c.-à-d. une confirmation sous serment de l'inventaire de son patrimoine engageant sa responsabilité pénale. Le débiteur doit donc certifier que les données de l'inventaire de patrimoine concernant les actifs, le passif et la comptabilité sont correctes et que rien à sa connaissance n'a été ajouté ou exclus. Les actifs situés à l'étranger doivent aussi être repris dans l'inventaire. Si le débiteur est une personne morale et qu'il y a plusieurs mandataires, tous les mandataires ne doivent pas faire de déclaration sous serment. C'est l'administrateur de la faillite qui décide qui doit prêter serment.

Comment introduire une demande de restructuration ?

La loi sur les restructurations d'entreprise définit quatre préalables distincts pour lancer la restructuration d'une entreprise. Premièrement, le débiteur doit être en situation d'illiquidité ou il doit y avoir un risque imminent d'illiquidité.¹⁹⁷ Illiquidité signifie que le débiteur est incapable de payer ses dettes à leur date d'échéance mais qu'il s'agit d'une incapacité temporaire.

Deuxièmement, le débiteur doit être un commerçant¹⁹⁸, ce qui inclut toutes les personnes physiques et morales exerçant professionnellement une activité de nature économique. Toutefois, un commerçant ayant exercé une activité mais qui n'est plus actif ne rentre pas dans le champ d'application de la loi. La taille de l'entreprise, le type d'activité et le type d'association sous laquelle l'activité est menée sont sans importance. Un commerçant peut donc être une société anonyme commerciale, un partenariat ou une société ou association en commandite. Un commerçant peut également être une personne physique gérant une affaire unipersonnelle.

Troisièmement, pour être recevable au tribunal, la demande doit répondre à certains critères. La demande de restructuration doit être faite par écrit et présentée au tribunal de la juridiction compétente pour connaître des litiges civils du débiteur. La demande peut être introduite par le débiteur lui-même ou, avec l'accord du débiteur, par un créancier. Si c'est le débiteur qui fait personnellement la demande de restructuration, il doit inclure un bref exposé de sa situa-

193 Chapitre 2, Section 10 de la loi sur la faillite.

194 Voir NJA 1993 p. 641 et NJA 2003 p. 3.

195 Chapitre 1, Section 2 de la loi sur la faillite.

196 Chapitre 1, Section 2 et Chapitre 2, Section 14 de la loi sur la faillite.

197 Chapitre 2, Section 6 de la loi sur les restructurations.

198 Chapitre 1, Section 1 de la loi sur les restructurations.

tion financière et des causes de ses difficultés de paiement.¹⁹⁹ Si le débiteur est une société anonyme, il est indiqué d'y inclure également un bilan de contrôle.²⁰⁰ De plus, une liste des créanciers doit être jointe à la demande accompagnée d'une note sur la manière dont le débiteur pense pouvoir arriver à un accord avec ses créanciers et envisage la poursuite de ses activités. Enfin, la demande doit inclure la désignation d'un administrateur envers lequel les créanciers ont déclaré leur confiance et qui possède les aptitudes nécessaires pour la mission. Si un créancier introduit une demande pour qu'un certain débiteur fasse l'objet d'une restructuration, il doit déclarer sa créance de paiement envers le débiteur.²⁰¹ Une demande de cette sorte doit aussi inclure des précisions complémentaires sur les difficultés de paiement du débiteur et la désignation d'un administrateur. Le créancier doit démontrer qu'il est lui-même affecté ou que d'autres créanciers sont négativement affectés par les difficultés de paiement du débiteur. La demande d'un créancier ne peut être acceptée qu'avec l'accord du débiteur.²⁰²

Quatrièmement, le tribunal doit effectuer un examen tant formel que matériel de la demande pour déterminer s'il y a matière à motiver l'ouverture d'une procédure de restructuration de l'entreprise, c.-à-d. si les activités du débiteur peuvent être poursuivies et redevenir profitables. La décision de restructuration peut ne pas être prise s'il n'y a aucune perspective de voir cette restructuration réussir. Pour les créanciers, ce qui importe avant tout c'est qu'une telle décision ne soit pas prise sans justification. Le tribunal doit immédiatement examiner la demande du débiteur.²⁰³ Dans le cas d'une demande introduite par un créancier, le tribunal doit fixer la date d'une réunion lors de laquelle la demande sera examinée. En principe, cette réunion doit se tenir dans les 15 jours de la réception de la demande par le tribunal.²⁰⁴

7. CLASSEMENT DES CRÉANCIERS DANS LES PROCÉDURES D'INSOLVABILITÉ

Comme indiqué précédemment, en cas de faillite, le classement des créances est régi par la loi sur le droit de priorité (1970: 979), (Förmånsrättslagen, ci-après la LDP).²⁰⁵ La LDP concerne seulement l'ordre dans lequel les créances doivent être payées lors d'une saisie²⁰⁶ ou d'une faillite. (La LDP est également importante dans les cas de restructuration d'entreprise).

Un créancier peut obtenir priorité sur d'autres en affirmant son droit de repossession²⁰⁷, de compensation ou de priorité (préférentiel). D'autres créanciers peuvent détenir des créances – en lien avec la faillite – qui sont privilégiées ou non privilégiées, c.-à-d. prioritaires ou non prioritaires. La loi sur le droit de priorité stipule l'égalité du droit à paiement des créanciers en lien avec une situation de détresse ou de faillite. Certains créanciers peuvent toutefois avoir un droit de priorité de paiement. Les droits de priorité peuvent être de deux natures, générale ou spéciale. Un droit de priorité spécial est associé à une situation de détresse ou de faillite et concerne certains biens, section 2 LDP.²⁰⁸ Le droit de priorité général ne s'applique qu'en cas de faillite et concerne l'ensemble des biens. Le droit de priorité perdure même si la créance a été assignée ou exercée en situation de détresse ou passée à un tiers.²⁰⁹

199 Chapitre 2, Section 3 de la loi sur les restructurations.

200 Voir Hellners, T. & Mellqvist, M., Lagen om företagsrekonstruktion. En kommentar, 2nd, 2013 p. 56-57. Voir aussi les conditions au Chapitre 25, Section 14 de la loi sur les sociétés (Aktiebolagslagen (2005: 551).

201 Chapitre 2, Section 4 de la loi sur les restructurations.

202 Chapitre 2, Section 6 de la loi sur les restructurations.

203 Chapitre 2, Section 7 de la loi sur les restructurations.

204 Chapitre 2, Section 8 de la loi sur les restructurations.

205 Pour un aperçu général de la loi suédoise sur l'insolvabilité, voir Persson, A. H. & Karlsson-Tuula, M., Rapport national pour la Suède, in Ouverture des procédures d'insolvabilité (ed. Faber, D. & Vermunt, N. & Kilborn, J. et Richter, T.) 2012, p. 659-705.

206 Voir le code d'application (1981: 774).

207 Si, par exemple, un créancier a vendu un bien à tempérament avec rétention de titre, le titre du créancier n'est pas significativement affecté par la faillite. Si le débiteur est déclaré failli, le créancier peut faire valoir son droit de repossession et récupérer son bien, voir Chapitre 3, Section 3 de la loi sur la faillite.

208 Section 2 de la loi sur le droit de priorité.

209 Section 3 de la loi sur le droit de priorité.

Les créanciers ayant un droit de priorité spécial ont souvent garanti leur créance au moyen d'un privilège qui, par définition, entraîne un droit de priorité spécial.²¹⁰ Un droit de priorité spécial sur l'immobilier va de pair avec une hypothèque sur le bien.²¹¹ Un droit de priorité spécial sur le mobilier comporte aussi une charge flottante.²¹² Les charges flottantes permettent à un entrepreneur d'hypothéquer ses biens sans devoir suivre les règles habituelles en matière de garantie.²¹³

Un droit de priorité spécial passe avant un droit de priorité général.²¹⁴ Le classement entre les différents types de droits préférentiels est déterminé selon la règle de base, section 9 LDP. Les droits de priorité spéciaux sont donc classés suivant les différentes sections de la loi et dans l'ordre mentionné dans les sections 3a à 7. Le rapport entre droits préférentiels spécifiques dans une même section est déterminé par la numérotation de la section. Des dérogations à cette règle sont prévues à la section 9, deuxième et troisième paragraphes LDP. En outre, une situation de détresse confère un droit de priorité spécial sur les biens saisis.²¹⁵

Un droit de priorité général peut être adjoint à un certain type de créance.²¹⁶ Un tel droit est par exemple lié aux dépenses encourues par le débiteur pour obtenir la déclaration de mise en faillite du débiteur.²¹⁷ Un droit de priorité général est également lié à une créance de salaire d'un employé, etc. Toutefois, en règle générale, l'État couvre les créances salariales envers un employeur déclaré en faillite (garanties salariales de l'État).²¹⁸ L'État sera subrogé au droit de l'employé à l'encontre du débiteur de la faillite ou de la société débitrice concernant les montants de garantie qui ont été payés. L'État ne sera toutefois pas subrogé au droit de l'employé au titre des sections 12 et 13 de la loi sur le droit de priorité. Dans le cas d'une restructuration d'entreprise, et pour autant qu'elle soit réussie, la société débitrice est tenue de rembourser l'État pour les garanties salariales payées durant la restructuration.

Comme déjà mentionné, les droits préférentiels généraux peuvent uniquement être invoqués durant une faillite mais ne se limitent pas à des biens spécifiques. Selon la même section, les créances assorties de droits préférentiels généraux jouissent des mêmes droits (section 14). Une créance ne peut être préférentielle à moins d'être reconnue comme telle par la loi. Cela signifie qu'un accord stipulant qu'une créance est préférentielle n'a aucune valeur.

Un créancier qui n'a pas assuré sa créance par une garantie lui conférant un droit de priorité ne jouit pas d'un statut préférentiel. Les créances fiscales en général et les créances de cotisations de sécurité sociale sont non préférentielles. Ceci est également vrai pour les créances fiscales étrangères ou, à tout le moins, celles provenant de pays de l'UE.²¹⁹ Une créance détenue par un créancier peut également être subordonnée,²²⁰ auquel cas le créancier ne sera payé que si les créanciers détenant des créances non préférentielles ont été payés.²²¹

En résumé : une disposition d'égal paiement signifie que chaque créancier est payé proportionnellement à sa créance (sections 1 et 18 LDP). Les créanciers pouvant faire valoir des droits préférentiels ont des créances sur le débiteur nées avant le début de la procédure d'insolvabilité. Avant toute distribution, les créances relatives à des biens appartenant à quelqu'un d'autre que le débiteur en faillite doivent être séparées, c.-à-d. les créances assorties du droit de séparation et de repossession. De plus, il existe également des dépenses ainsi que d'autres dettes liées au patrimoine de la faillite, par ex. les créances administratives.

En droit suédois, il existe aussi des créances non exécutoires ; en d'autres termes, des créances qui ne peuvent être imputées au patrimoine de la faillite mais qui peuvent être réclamées au débiteur de la faillite.

210 Section 4 (3) de la loi sur le droit de priorité.

211 Section 6 (2) de la loi sur le droit de priorité.

212 Section 5 de la loi sur le droit de priorité.

213 Les règles sont définies dans la loi sur les charges flottantes limitées, Lag (2008:990) om företagshypotek.

214 Section 15 de la loi sur le droit de priorité.

215 Section 8 de la loi sur le droit de priorité.

216 Voir Sections 10-14 de la loi sur le droit de priorité.

217 Voir Section 10 (1) de la loi sur le droit de priorité.

218 Voir la loi sur les garanties salariales, Lag (1992:497) om statlig lönegaranti, également applicable en cas de restructuration d'entreprises.

219 Voir Articles 45 et 53 du règlement européen relatif aux procédures d'insolvabilité (refonte 2015).

220 Section 18 de la loi sur le droit de priorité.

221 Section 19 de la loi sur le droit de priorité.

Les créances administratives (par ex. les honoraires de l'administrateur et les créances sur le patrimoine de la faillite) doivent être réglées en premier. Lorsque celles-ci ont été payées, c'est au tour des créanciers détenteurs d'un droit de priorité spécial et de ceux détenant un droit de priorité général. Ce qui reste à distribuer va ensuite aux créanciers non préférentiels ou bien aux créanciers subordonnés.

8. LES RÈGLES DE GARANTIE SALARIALE

Les règles de garantie salariale²²² s'appliquent tant en cas de faillite qu'en cas de restructuration. Ces règles sont sensiblement les mêmes pour les deux procédures. Dans le cas d'une faillite, c'est l'administrateur de la faillite qui décide si une garantie salariale doit être versée (sections 11 et 16 §§ de la loi sur les garanties salariales). En cas de restructuration d'une entreprise, la décision appartient à l'administrateur judiciaire (16 §). Ici, la différence entre faillite et restructuration est que, dans le second cas, une garantie salariale implique qu'un sursis est accordé au débiteur en restructuration concernant les coûts salariaux. Autrement dit, la garantie salariale est remboursable à l'État une fois la procédure terminée. Le versement de la garantie est effectué par l'organe administratif de l'entité où la faillite ou la restructuration est gérée (22 § de la loi sur les garanties salariales).

Pour qu'une garantie salariale puisse être payée, la créance salariale doit être échue (section 23 de la loi sur les garanties salariales). Dans le cas d'une faillite, le paiement est effectué au titre de garantie de créance de salaire, d'autre rémunération ou de pension de retraite bénéficiant d'un droit de priorité au titre de la section 12 ou 13 de la loi sur les garanties salariales. En cas de restructuration, le paiement est consenti au titre de garantie de créance de salaire, d'autre rémunération ou de pension de retraite bénéficiant d'un droit de priorité au titre de la section 12 ou 13 de la loi sur les garanties salariales si, faute de ce paiement, l'employeur avait été déclaré en faillite (section 7 de la loi sur les garanties salariales). Des paiements au titre de cette garantie sont également consentis un mois après la décision de mise en faillite pour des créances de salaires nées au cours de la période de préavis. La même disposition est applicable en cas de restructuration dans la mesure où, durant la période de préavis, l'employé n'a pas presté ni n'aurait dû presté pour le compte de l'employeur (section 7a de la loi sur les garanties salariales).

Donc, tous les employés ont droit à une garantie de compensation salariale pour les créances allant jusqu'à et durant le premier mois suivant l'ordonnance de mise en faillite ou de restructuration de l'entreprise. Au cours du premier mois suivant une décision de restructuration, l'administrateur et le débiteur doivent conclure les délibérations relatives aux activités de l'entreprise, par ex. pour déterminer si des réductions d'emploi sont nécessaires. Ils doivent en outre décider ensemble comment organiser les activités qui sont maintenues. Après cela, tout comme dans les cas de faillite, la garantie de compensation salariale ne sera pas versée si des prestations ont été effectuées pour le compte du « débiteur de la restructuration », c.-à-d. l'employeur. Pour chaque employé, la garantie salariale est payable à un taux allant jusqu'à quatre fois le montant social de base tel que défini au chapitre 2, sections 6 et 7 du code d'assurance sociale.²²³ En 2018, ce montant était de 182.000 couronnes. Le montant maximum est calculé sur le salaire avant impôts. Il n'est pas tenu compte de la sécurité sociale (section 9). Une créance sur salaire ou autre rémunération est réglée par la garantie durant une période allant jusqu'à huit mois (section 9).

Tant dans les cas de faillite que de restructuration, des créances salariales excessives présentées par un employé peuvent être soumises à des réductions dans la mesure où de telles créances de salaire, d'autre rémunération ou de pension de retraite ne peuvent être certifiées si elles excèdent manifestement ce qui peut être considéré raisonnable compte tenu des prestations réelles, de la rentabilité de l'entreprise et des circonstances en général.²²⁴ La même règle s'applique aux personnes ayant une relation étroite avec le débiteur.

222 Voir la loi sur les garanties salariales (Lönegarantilag 1992:497).

223 Voir SFS 2010:110.

224 Chapitre 5, Section 2 de la loi sur la faillite.

Une personne détenant une créance couverte par la garantie a droit à une compensation pour des dépenses encourues pour obtenir la déclaration de faillite de l'employeur et pour des dépenses au cas où la faillite est abandonnée. En principe, et hormis quelques exceptions, le droit à paiement expire si une garantie salariale est assignée à un tiers. Aucune compensation n'est payable au titre de la garantie si un employeur a précédemment été déclaré en faillite.

9. LE DROIT DU TRAVAIL EN CAS D'INSOLVABILITÉ

Les contrats de travail ne se terminent pas automatiquement lorsque l'entreprise débitrice fait faillite. Pas plus qu'ils ne sont automatiquement transférés au patrimoine de la faillite de l'entreprise débitrice (cf. sections 6 et 7 de la loi sur la protection de l'emploi). Les employés ont toutefois le droit de mettre fin à leur contrat avec l'employeur concerné par la faillite. L'administrateur gestionnaire de la faillite peut résilier un contrat de travail s'il existe des raisons raisonnables de licenciement pour motif économique (section 7 de la loi sur la protection de l'emploi). D'habitude, l'administrateur met fin à tous les contrats de travail liés à la faillite. Les employés sont toujours considérés comme des employés du débiteur de la faillite même s'ils assurent des prestations pour compte du patrimoine de la faillite sur instructions de l'administrateur. Pour que le patrimoine de la faillite soit considéré comme partie au contrat de travail, un accord doit être conclu entre le patrimoine de la faillite et les employés. Si les employés reçoivent leur plein paiement par le biais de la garantie salariale, ils sont tenus de prêter le travail que l'administrateur leur confie en échange du salaire convenu au préalable.

Conformément au chapitre 2, sections 1 et 11 du code d'assurance sociale (2000: 980), l'organe administratif de la préfecture concernée doit, en sa qualité d'organisme payeur de la garantie, verser les cotisations de sécurité sociale. L'État ne peut toutefois bénéficier de ces cotisations versées à l'actif de la faillite.²²⁵ La raison en est que l'État entre dans le droit de l'employé envers le débiteur. L'employé ne peut cependant pas bénéficier des cotisations de sécurité sociale de l'employeur et il n'existe pas de règle correspondant à la section 28 de la loi sur les garanties salariales relative à la sécurité sociale pour garantir la créance de recours de l'État.²²⁶

225 Voir NJA 1998 p. 834. Ce qui suit est basé sur Danhard, E. Konkursarbetsrätt. Om arbetsrätt och lönefordringar i konkurs och företagsrekonstruktion, 6 ed., 2018, p. 349, 372 et 511.

226 La section 28 stipule que l'État sera subrogé au droit de l'employé à l'encontre du débiteur de la faillite ou de la société débitrice en restructuration concernant les montants des garanties qui ont été payées. Toutefois, l'État ne sera pas subrogé au droit de l'employé au titre de la section 12 ou 13 de la loi sur le droit de priorité.

ÉTUDE DE CAS #1 :

ALLEMAGNE

Par

**NICOL VON NEUMANN-COSEL ET DR. JÖRG WEINGARTEN,
PCG-PROJECT CONSULT GMBH, ESSEN**



L'INSOLVABILITÉ DU GROUPE PRAKTIKER BAU- UND HEIMWERKER GMBH

Le sujet de cette étude est l'insolvabilité de **Praktiker**, une chaîne de magasins de bricolage et de matériaux de construction implantée en Allemagne et en Europe.

Les sociétés Praktiker

Le Groupe Praktiker était basé sur un réseau classique d'entreprises dont les activités étaient divisées entre l'Allemagne et l'étranger. Au total, le groupe « Praktiker Bau- und Heimwerker GmbH » employait plus de 19.000 personnes dans environ 430 magasins répartis dans 10 pays européens.

Raisons de l'insolvabilité

Différentes raisons expliquent pourquoi le groupe Praktiker a plongé dans la crise et finalement dans l'insolvabilité. Le problème de départ se situe au niveau de la stratégie d'expansion débridée et sous-financée du groupe Praktiker à laquelle s'ajoutait le défi non résolu posé par l'intégration des sociétés rachetées et une croissance désordonnée. Les magasins Praktiker avait mis en place une politique de remises agressive (offrant très souvent des réductions de 20% sur la vente de ses produits pour des durées de moins d'un an). Cette stratégie a échoué à long terme (les clients n'achetaient rien jusqu'au démarrage de la nouvelle période de réductions), entraînant ainsi des problèmes juridiques de fond.

De plus, un retard d'investissement, particulièrement dans les systèmes informatisés de gestion des stocks et les infrastructures de vente, a affecté la compétitivité de Praktiker. Des changements continuels de consultants et de représentants de la direction ainsi qu'au niveau du conseil de surveillance du groupe étaient d'autres signes d'une insolvabilité imminente. En outre, la direction ne mettait pas l'accent sur le développement d'une stratégie durable à long terme impliquant les comités d'entreprise et les employés. Au lieu de cela, la priorité était le marché financier et non le pilotage opérationnel des activités, le mot-clé étant « croissance financée à crédit ». Des problèmes croissants dans la chaîne d'approvisionnement ont encore précipité la crise financière et l'effondrement du groupe.

C'est pourtant un facteur externe et imprévisible qui a scellé le destin de Praktiker : la météo. Le long et rigoureux hiver 2013 a été l'une des principales raisons de l'insolvabilité de Praktiker. Faute d'une saison printanière normale, la plupart des clients n'ont pas acheté les habituels produits de jardinage de printemps, portant ainsi un coup fatal à la trésorerie de la société.

Tous ces événements ont finalement conduit Praktiker à faire aveu d'insolvabilité le 10 juillet 2013 suivi par les magasins de bricolage Max Bahr le 25 juillet 2013.

Procédures d'insolvabilité (de 2013 à ce jour)

Les procédures de l'insolvabilité de Praktiker peuvent être divisées en différentes phases. La *Phase I* est la procédure de dépôt de la déclaration d'insolvabilité en date du 11 juillet 2013. La *Phase II* est la procédure préliminaire d'insolvabilité couvrant la période du 11 juillet au 30 septembre 2013, la Phase III portant sur la procédure d'insolvabilité proprement dite à partir du 1er octobre 2013.

- > **Phase I** : Déclaration d'insolvabilité (Insolvenzanmeldung) et procédure provisoire d'insolvabilité
- > **Phase II** : Poursuite des opérations et des ventes
- > **Phase III** : Fermeture des magasins, arrêt des activités opérationnelles et mesures de transfert des emplois.

Possibilités pour le comité d'entreprise d'influencer les procédures

Le comité d'entreprise a eu de nombreuses occasions d'influencer les procédures. Les représentants du personnel au conseil de surveillance avaient été rapidement informés de la gravité de la situation et contribué à l'information

simultanée du comité d'entreprise du groupe et des comités économiques. Le comité d'entreprise a pu ainsi assurer la transparence au sein de tous les organes de codétermination du groupe. La participation des représentants du personnel dans le comité provisoire des créanciers a permis de faire valoir les intérêts des employés. La proposition et le choix du praticien provisoire de l'insolvabilité votés par le comité d'entreprise étaient conformes à la législation allemande en matière d'insolvabilité et s'inscrivaient également dans le cadre de la codétermination. Du point de vue des travailleurs, la communication régulière, confiante et directe entre leurs représentants et le praticien de l'insolvabilité peut être qualifiée de positive durant toute la durée de la procédure d'insolvabilité. Le praticien de l'insolvabilité a marqué son accord pour établir des contacts directs avec des investisseurs potentiels pour tenter de les convaincre de racheter l'entreprise. Le comité d'entreprise a donc pu intervenir dans une situation difficile et recourir à toutes les possibilités offertes par la loi allemande sur les comités d'entreprise.

Ce cas illustre le fait que, en Allemagne, les comités d'entreprise peuvent recevoir le soutien d'experts syndicaux ayant une expérience des situations d'insolvabilité du point de vue des travailleurs. Ils peuvent fournir à leurs représentants des informations importantes sur les procédures d'insolvabilité et les possibilités de transfert des activités. Le comité d'entreprise a également de nombreuses occasions d'influencer les différentes phases décrites plus haut.

Le rôle des syndicats durant les procédures

ver.di, le syndicat concerné, a aussi eu différentes occasions de peser sur les procédures d'insolvabilité. ver.di était le partenaire syndical responsable des négociations collectives au sein du groupe Praktiker et était donc impliqué dans les discussions et les négociations destinées à préserver les activités de l'entreprise. Suite à différentes acquisitions au cours des années précédentes, plusieurs mécanismes de négociation collective existaient au sein du groupe. Sous la menace d'insolvabilité, des conventions collectives de restructuration ont été conclues. Dans beaucoup de sociétés du groupe, le taux de syndicalisme était élevé. ver.di avait organisé la structure de communication entre les différentes sociétés et l'a maintenue durant les procédures d'insolvabilité. Un comité d'entreprise existait au niveau du groupe ainsi que plusieurs comités d'entreprise généraux et plus de 300 comités d'entreprises locaux. De plus, ver.di était représenté au comité des créanciers de Praktiker AG.

Effets potentiels de la nouvelle directive sur ce cas – Le point de vue des employés

Dans les paragraphes suivants, les aspects pertinents pour les employés de la nouvelle directive 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* » sont fonctionnellement introduits dans l'étude de cas. Cette approche peut être vue comme un scénario « et si... ? » pour tenter de déterminer si cette directive aurait eu un impact sur le cas Praktiker.

L'Article 3 de la directive demandant un « *accès à des informations utiles, actualisées, claires, concises et facilement exploitables au sujet de l'existence des outils d'alerte rapide* » est en phase avec notre étude. Pourquoi ? Les représentants des travailleurs dans le conseil consultatif ont reçu les informations utiles. Toutefois, finalement, et indépendamment de ce nouveau pilier juridique, leur impact sur la gestion et les décisions stratégiques de la société n'a pas été suffisant. En outre, les signaux d'alerte ayant précédé la crise Praktiker n'ont pas été pris au sérieux par le conseil et la direction. Dans le cas présent, un article 3 contraignant n'aurait pas eu d'impact sur les effets de la crise au vu des décisions timorées et malavisées de la direction.

L'Article 8 (*contenu des plans de restructuration*) stipule que les États membres exigent que les plans de restructuration [...] contiennent au moins les informations suivantes : [...] la position des travailleurs [...] et les modalités d'information et de consultation des représentants des travailleurs conformément au droit de l'Union et au droit national [...]. Notre cas correspond également ici. Les aspects juridiques auraient été couverts mais, dans les faits, les plans de restructuration ont été bien trop tardifs pour sauver l'entreprise et les emplois. Praktiker avait élaboré différents plans mais aucun d'entre eux n'a été mis en œuvre en temps utile. Les employés étaient impliqués, y compris dans le comité des créanciers, ce qui, en réalité, allait au-delà de ce que recommande la directive en matière d'intégration des employés dans les procédures. A la fin toutefois, cela n'a pas permis le sauvetage des activités de Praktiker.

L'Article 9 (Adoption des plans de restructuration) indique que les États membres peuvent prévoir que les créances des travailleurs soient traitées dans une classe distincte. Les règlements existants en Allemagne incluaient déjà des modalités pour le traitement distinct des intérêts des employés, par ex. le droit à une allocation d'insolvabilité de trois mois, et auraient répondu aux recommandations de la directive. Malheureusement, l'approche juridique de l'article 9 n'aurait pas amélioré la situation du personnel de Praktiker car il ne contient pas de dispositions précises quant au caractère privilégié ou garanti des droits des employés.

L'Article 12a (*Travailleurs*) pose que les États membres doivent veiller à ce que les droits individuels et collectifs des travailleurs inscrits dans le droit de l'Union et le droit national en matière de travail ne soient pas affectés par une procédure de restructuration préventive. Cette dimension juridique est pleinement rencontrée dans notre cas. Les droits à la codétermination, l'information, la consultation et en particulier à l'accès à des experts, travaillant en lien étroit avec le syndicat, étaient couverts par la législation allemande dès le début de notre cas.

ÉTUDE DE CAS #2 :

FRANCE

Par

PHILIPPE MEUNIER, SYNDEX



L'INSOLVABILITÉ DE LA CHOCOLATERIE DE BOURGOGNE

Présentation de l'entreprise

CB-CHOCOLATERIE DE BOURGOGNE est active dans la production de chocolat, de produits à base de chocolat et de barres chocolatées destinés à la grande distribution et à l'industrie. L'entreprise employait 185 personnes et a généré des ventes pour une valeur de 76,5 millions d'euros durant l'exercice financier se terminant en décembre 2016 avec une perte d'exploitation s'élevant à 19,7 millions d'euros. L'usine, située à Dijon, occupe une surface de 61.000 m² et à une capacité de production annuelle de 63.500 tonnes. La société dispose de 8 lignes actives de production.

Les difficultés de l'entreprise sont anciennes et structurelles

L'entreprise est passée entre les mains de plusieurs grands groupes industriels, tels Nestlé et Barry Callebaut, avant d'en sortir et de se voir ainsi privée de très importants débouchés pour ses produits. Ces derniers temps, elle a donc été confrontée à des défis de développement commercial pour alimenter son outil de production tandis que, avec la disparition de ses anciens actionnaires, disparaissaient aussi des marchés.

Les mesures prises par la direction ont mis l'entreprise en danger

L'entreprise a connu une première mise sous administration judiciaire en 2014. Elle a ensuite été reprise en 2015 par plusieurs actionnaires, des fonds d'investissement et l'industrie du cacao.

En 2016, le plan de relance a échoué, un actionnaire s'étant retiré du projet et son financement n'étant pas suffisant pour répondre aux besoins opérationnels et d'investissements. Une nouvelle fois, l'entreprise a dû faire face au manque de confiance de ses fournisseurs et de ses clients notamment. A partir de l'année 2016, la question de la cessation des paiements a commencé à être invoquée. Les actionnaires ont alors organisé leur retrait afin de réduire leurs risques financiers en les transférant à des partenaires financiers et aux autorités publiques.

Dans le cadre de cette stratégie, ils ont eu recours à différentes méthodes pour anticiper les difficultés de l'entreprise, y compris entre autres :

- > Négociation d'un report de dette et d'exonérations fiscales et de cotisations sociales ;
- > Vente d'une ligne de production à une des filiales d'un fonds d'investissement ;
 - cette filiale n'a toutefois payé qu'une partie du prix de vente pourtant particulièrement attrayant ;
- > Augmentation de capital souscrite par de nouveaux actionnaires (industries locales) mais pour des montants peu élevés par rapport au refinancement total ;
 - par à un investissement modeste comparé aux besoins de l'entreprise, ces nouveaux actionnaires représentent un tiers du capital avec la perspective à long terme d'en détenir la majorité (par souscription d'obligations convertibles) ;
- > Négociation à l'amiable avec certains fournisseurs dans le cadre de la procédure de conciliation.

Cette procédure était opaque parce que les représentants du personnel en étaient exclus. Les actionnaires laissaient aux nouveaux actionnaires locaux, à la banque et aux autorités publiques le soin d'occuper les positions les plus exposées. En outre, le financement fourni par les autorités publiques et par une banque était conditionné à des garanties particulières présentant un risque majeur, c.-à-d. le démantèlement de l'outil industriel car, si l'entreprise ne remboursait pas ses dettes, les créanciers avaient la faculté de vendre les lignes de production mises en garantie.

Pire encore, les actionnaires ont perdu un temps précieux avant de chercher une solution pour une véritable relance parce que, pendant de nombreux mois, toute l'attention de l'entreprise et de ses conseillers était concentrée sur l'ingénierie juridique et financière et pas sur l'élaboration d'un plan industriel et commercial.

Il ne s'agit pas ici de remettre en cause l'importance de procédures préventives pour affronter des difficultés économiques : au plus tôt ces difficultés sont prises en compte, au plus grandes sont les chances d'un redressement de l'entreprise. Toutefois, le cas de la Chocolaterie de Bourgogne illustre bien le risque d'instrumentalisation ou de mésusage de ces procédures.

Il souligne également l'importance des outils et des acteurs dans une procédure collective, par exemple, lorsque l'administrateur judiciaire fait rapport de la situation de l'entreprise et analyse les intentions réelles des parties prenantes. Ceci est également vrai en ce qui concerne les délégués du personnel dont le point de vue est à peine audible dans les procédures amiables.

Actions des représentants des employés avant l'insolvabilité

Dans les six mois ayant suivi l'échec du plan de relance, les employés ont demandé à rencontrer les actionnaires, ce qui leur a été refusé. Comme le prévoit la loi, ils bénéficiaient du processus d'information-consultation via leur comité d'entreprise et du soutien d'un expert-comptable. L'expert a confirmé la gravité de la situation tout en s'interrogeant sur la crédibilité des plans de redressement de la direction. Les employés ont alors contacté les autorités publiques pour les sensibiliser à la situation. Le commissaire aux comptes a aussi informé les représentants du personnel de l'importance des difficultés économiques et le comité d'entreprise a lancé une « procédure d'alerte » destinée à renforcer son rôle lorsque la « continuité des opérations » est mise en danger.

Une fois encore, la direction a cherché à gagner du temps jusqu'à ce que la conciliation soit approuvée par le tribunal de commerce sans tenir compte des arguments des délégués du personnel présents à l'audience. Trois mois à peine après l'audience, l'accord de recapitalisation signé entre l'entreprise et les investisseurs capotait et l'entreprise était placée sous administration judiciaire. De plus, les syndicats étaient contraints de négocier d'un accord d'entreprise défavorable concernant l'organisation du travail afin de sauvegarder l'emploi et de rendre l'entreprise plus attrayante pour un nouvel acheteur.

Actions des représentants des employés durant le processus d'insolvabilité

Lorsque la société Chocolaterie de Bourgogne est finalement mise sous administration judiciaire, la procédure arrivait déjà trop tard ; l'usine était pratiquement à l'arrêt, un grand nombre d'employés étaient en chômage partiel et les stocks épuisés.

Plus grave encore, il n'était pas sûr que l'entreprise puisse assurer le paiement des salaires durant le premier mois de la procédure et, même si le tribunal autorisait de nouvelles dettes, il devenait urgent de trouver un acheteur en quelques semaines seulement. La période d'observation précédant la restructuration ou la liquidation avait été raccourcie en raison de la situation critique de la trésorerie. La faiblesse du projet de l'acheteur finalement retenu par le tribunal était aussi une conséquence de la précipitation dans laquelle il avait dû travailler.

C'est ce contexte dans lequel les délégués du personnel désignent un comptable pour les assister et qu'ils sont entendus à chaque étape de la procédure par le tribunal de commerce. En coulisses, ils informent les travailleurs de l'évolution et veillent à ce que le climat social ne se détériore pas afin de maintenir l'activité. Ils cherchent et rencontrent des candidats acheteurs sans l'intervention de la direction et de l'administrateur judiciaire et ils étudient les projets et leurs conséquences sur l'emploi. Par la suite, ils sont donc en mesure de soutenir le projet de rachat finalement adopté par le tribunal avec lequel ils collaborent pour assurer la sauvegarde d'autant d'emplois que possible. Les institutions représentatives du personnel négocient également à l'avance un accord sur les licenciements économiques et les mesures d'aide à la recherche d'un nouvel emploi pour les travailleurs concernés.

Relevé des aspects positifs et négatifs de ce cas du point de vue des délégués du personnel

POINTS POSITIFS	POINTS NÉGATIFS
<ul style="list-style-type: none"> > L'usine a redémarré les opérations avec quelques-uns de ses anciens clients mais sa durabilité à moyen terme doit encore être confirmée. > Les opportunités et les outils prévus par la législation française pour comprendre et agir. > La reconnaissance de la légitimité des représentants du personnel dans les situations d'insolvabilité, que ce soit par les travailleurs ou le tribunal de commerce. > Une expérience très formatrice et émancipatrice pour les travailleurs qui se retrouvent à devoir se battre pour la survie de leur propre entreprise. 	<ul style="list-style-type: none"> > La difficulté pour les représentants du personnel à être vraiment écoutés et à pouvoir influencer les décisions des autorités publiques et des actionnaires. > Une certaine forme de méfiance à l'égard des représentants du personnel quant à leur capacité à formuler des propositions d'intérêt collectif. > En particulier, un manque d'attention aux questions opérationnelles et à la réalité de la situation de l'entreprise. > Une instrumentalisation des procédures de solutions précoces aux difficultés au bénéfice des actionnaires mais au détriment de la durabilité des activités et de l'emploi. > Le sentiment d'être menacés de licenciements lors de la relance des activités.

En France, les travailleurs jouissent d'un certain nombre de droits leur permettant d'agir à différentes étapes des procédures mais davantage au niveau du processus judiciaire que par anticipation. Cela illustre l'une des caractéristiques du modèle social « à la française » dont l'esprit devrait évoluer pour encourager l'action plus en amont des représentants des travailleurs à travers le dialogue et la reconnaissance de leur expertise dans ce domaine.

ÉTUDE DE CAS #3 :

PAYS-BAS

Par

ANDRÉ VAN DEIJK, GTP MEDEZEGGENSCHAP



L'INSOLVABILITÉ D'IMTECH

Synthèse

Imtech, une entreprise ayant son siège aux Pays-Bas et opérant internationalement, était un fournisseur de solutions et de services techniques dans les domaines des TIC, de l'électricité et de la mécanique. Imtech employait 29.000 personnes dans 35 pays et 4 secteurs d'activités. L'entreprise a fait faillite en 2015 en raison d'un problème de fonds de roulement et d'une perte de confiance de ses actionnaires. Bien que cette perte de confiance ait été provoquée par une fraude au sein de ses filiales allemandes et polonaises, les véritables causes sous-jacentes de la débâcle étaient les principes selon lesquels Imtech était gérée. Pour dire les choses simplement, Imtech a rapidement grandi en achetant des entreprises sans suffisamment intégrer les activités et était en outre gérée sur base strictement financière et décentralisée donnant priorité à la valeur actionnariale. Cette façon de faire avait déjà été décrite comme « une recette de désastre » dans la littérature managériale néerlandaise. La chute d'Imtech a duré plusieurs années durant lesquelles trop peu de mesures ont été prises pour redresser l'entreprise. Enormément d'énergie a été dépensée pour sauver les apparences de contrôle et de performances qui furent mises à mal par plusieurs rapports attestant du contraire. Ce n'est qu'au dernier moment qu'un directeur exécutif a été nommé et chargé de la restructuration d'Imtech. Malgré les possibilités qu'offre le droit néerlandais, le comité d'entreprise n'a pas été en mesure d'influencer le processus.²²⁷

Pourquoi ce cas ?

Trois facteurs rendent ce cas intéressant dans le cadre du présent projet :

1. Le premier est sa dimension internationale. L'implication d'entreprises allemandes et néerlandaises (ainsi que d'autres pays) permet en effet de comparer les règles et règlements existants dans ces pays en matière d'insolvabilité. C'est sous cet angle, et pour poursuivre la réflexion que le cas est proposé aux participants des séminaires et à la conférence finale.
2. Le deuxième facteur concerne deux éléments clés de la proposition de directive : la prévention et la restructuration préventive. Imtech aurait-elle bénéficié d'une telle restructuration ? Imtech a été démantelée par les banques qui ont vendu plusieurs de ses unités opérationnelles. La question que ce cas suscite est de savoir si une restructuration préventive aurait été une alternative réaliste.
3. Le troisième facteur concerne les comités d'entreprise et la question de savoir pourquoi ceux-ci n'ont pas été plus efficaces alors que, tant en Allemagne qu'aux Pays-Bas, les occasions qui leur sont offertes d'influencer le cours des choses sont réelles. Il ne s'agit pas de leur reprocher, loin de là, mais de stimuler le débat sur les instruments dont ils disposent et de leur usage concernant la prévention de l'insolvabilité, le signalement de méthodes de gestion inadéquates de l'entreprise et le manque de gouvernance appropriée.

Un inconvénient de ce cas-ci est qu'il n'est pas encore clôturé. Récemment encore, la direction a été sanctionnée pour désinformation des actionnaires ; une procédure formelle de plainte a été initiée suite à laquelle plusieurs affaires ont été ouvertes devant les tribunaux à l'encontre des comptables d'Imtech, de son ancienne direction et de son conseil de surveillance et de ses membres. Les administrateurs de l'insolvabilité n'ont pas encore terminé leur travail et finalisé leurs rapports.

227 A voir, ces 2 vidéos sur Imtech :
https://www.youtube.com/watch?v=G_gHWL0tNrc
<https://www.youtube.com/watch?v=IPEMuLURtgo>

Histoire d'Imtech

- > **1860** : création de la première entreprise ;
- > **1872** : fusion avec une autre entreprise fondatrice. Imtech devient un acteur important dans le domaine de l'ingénierie mécanique ;
- > **1895** : l'ingénierie électrique est ajoutée aux activités ;
- > **1960** : fusion avec Internatio, vestige d'une ancienne société de commerce néerlandaise (Indes Orientales) ;
- > **1990** : Internatio acquiert l'entreprise allemande Rudolf Otto Meyer (ROM) active dans le domaine de la climatisation ;
- > **1993** : création d'Imtech intégrant les 35 entreprises techniques qui constituaient le conglomérat connu sous le nom d'Internatio-Müller ;
- > Durant les années **2000**, Imtech connaît une expansion rapide par acquisitions et croissance organique ;
- > **2012** : Imtech est à son sommet. L'entreprise emploie 29.000 personnes dans 35 pays dont 500 filiales en Europe et 100 filiales dans le reste du monde.

Chute de l'entreprise

- > **26 août 2014** : nouvel appel d'argent frais à hauteur de 600 millions d'euros ;
- > **28 juillet 2015** : mauvais résultats au 1er semestre. Imtech a besoin de 75 millions d'euros supplémentaires ; Imtech engage un directeur exécutif (externe) chargé de la restructuration de l'entreprise ;
- > **4 août 2015** : les banques exigent des garanties supplémentaires pour Imtech Allemagne en échange d'un nouveau financement de 75 millions d'euros ;
- > **6 août 2015** : Imtech Allemagne fait aveu de faillite ;
- > **10 août 2015** : Imtech annonce l'échec des négociations relatives au financement supplémentaire ;
- > 11 août 2015 : Imtech déclare la suspension de ses paiements (« surseance van betaling » en néerlandais, similaire au chapitre 11 de la loi américaine sur la faillite).

En 2012, la banque ABN Amro a publié un rapport intitulé "Imtech: working through its capital" (Imtech, ou comment manger son capital) questionnant ses chiffres financiers et en particulier son fonds de roulement. Suite à ce rapport très critique, Imtech révélait, début 2013, l'existence d'une vaste fraude dans ses opérations allemandes et polonaises. En Pologne, la construction d'un parc d'attractions souffrait d'un manque de financement qui a finalement été pris en charge par Imtech elle-même lorsque l'entreprise a donné sa garantie pour un prêt bancaire au promoteur du projet. Une reconnaissance de dette de 147 millions d'euros du promoteur a ensuite été comptabilisée au titre de transaction en espèces. En Allemagne, 30 millions d'euros ont disparu du fait de malversations impliquant des membres de la famille du PDG.

En conséquence, Imtech a dû passer par pertes et profits un montant considérable (300 millions d'euros). Entreprise favorite des marchés boursiers, Imtech a alors vu le cours de son action s'effondrer principalement parce qu'elle donnait l'impression de ne pas contrôler ses opérations et que d'autres fraudes étaient révélées.

Un prêt, garanti par quatre banques, d'un montant de 600 millions d'euros destiné à compenser les amortissements précédents n'a pas suffi à redresser la situation d'autant que, en 2015, 75 millions supplémentaires auraient été nécessaires pour assurer le fonds de roulement de l'entité allemande. Les banques ont refusé un nouveau prêt et exigeaient de nouvelles garanties. En août 2015, Imtech était déclarée insolvable et une partie importante de ses activités mises en vente pour apurer ses dettes.

Raisons de l'insolvabilité

Le cas Imtech est compliqué. Pour cette étude, nous avons recherché des rapports concis à ce sujet. Ci-dessous, on trouvera les leçons qui en ont été tirées et qui peuvent être consultées sur le site www.cmweb.nl, un magazine financier en ligne. Pour plus de détails, nous joignons le cas tel que présenté par des étudiants de l'École de gestion de Rotterdam.

Leçon 1 – Equilibrer croissance et contrôle interne

La stratégie de croissance d'Imtech était dominante par rapport au contrôle interne. Le rapport des actionnaires montre que le contrôle interne était insuffisant compte tenu de la nature et de la complexité des activités économiques d'Imtech. Le conseil d'administration mettait davantage l'accent sur la prochaine acquisition que sur l'intégration des entreprises déjà rachetées dans le système de contrôle et de gestion des risques. Les responsables en charge de la surveillance et des départements d'audit interne en particulier devaient y accorder davantage d'attention. Imtech n'avait pas de département d'audit interne ce qui la privait d'une ligne de défense essentielle au niveau de sa capitalisation boursière.

Leçon 2 – Veiller à l'équilibre au sein du conseil d'administration

Le comité de direction d'Imtech était composé de deux personnes âgées de plus de 60 ans, ce qui le limitait aussi bien en quantité qu'en diversité. Les mauvaises nouvelles n'étaient pas acceptées, les signaux d'alerte ignorés. Les responsables chargés du contrôle interne n'étaient pas informés, ou pas informés à temps, et les réunions du comité de direction faisaient rarement l'objet de rapports. Une gouvernance plus large et diversifiée aurait pu contrebalancer cette situation et assurer un meilleur équilibre et de meilleures performances. D'une certaine façon, c'est également vrai pour la période durant laquelle le comité a été élargi à 4 membres mais que la diversité est restée limitée.

Leçon 3 – Veiller à un comité de surveillance critique

Le comité de surveillance a été accusé de contrôle inadéquat. Il n'était pas assez critique à l'égard du conseil d'administration estimant que le contrôle interne était suffisant et qu'une fonction d'audit interne n'était pas nécessaire. Insuffisamment d'actions ont été entreprises malgré les signaux d'alerte provenant d'analystes, d'articles de presse et des rapports de KPMG, les commissaires aux comptes de l'entreprise. Le comité des rémunérations a également manqué de discernement en déterminant la rémunération des membres du comité de direction de manière unilatérale et exclusivement en fonction des objectifs financiers et de croissance. Ce qui a été relevé au niveau de la diversité du comité de direction était également vrai pour les cadres dirigeants chargés de la surveillance : une femme et cinq hommes, tous âgés de 50 ans ou plus en 2011. Une attitude plus critique de leur part aurait pu éviter de nombreux problèmes ou permettre une intervention plus opportune.

Leçon 4 – Ne pas limiter les objectifs à la croissance et aux finances

Le plan stratégique d'Imtech était principalement axé sur la croissance, tant économique que financière. Ce qui est remarquable dans ce plan est qu'il ne contient aucun objectif interne tel que l'excellence opérationnelle ou le renforcement de la gestion des risques. Cette approche se reflétait dans la rémunération des membres du comité de direction en fonction des performances qui, pour le long terme, était basée sur le cours de l'action et, pour le court terme, à 50% sur la croissance de l'EBITDA (soit le résultat avant intérêts, impôts et amortissements), 30% sur la croissance du chiffre d'affaires et les 20% restants sur des objectifs personnels. Il s'en est suivi une prise de risques disproportionnée pour atteindre ces objectifs. Ce qui explique aussi les nombreux projets déficitaires qu'Imtech avait en portefeuille et la pression sur ses unités opérationnelles pour qu'elles contribuent à la croissance. Des objectifs non financiers auraient pu y faire contrepoids et contribuer à des choix plus équilibrés.

Leçon 5 – Attention au fonds de roulement

La direction d'Imtech était, probablement en raison de la prime de performance qui y était liée, plus attentive au profit et au chiffre d'affaires et pas suffisamment au fonds de roulement, surtout jusqu'à ce que des analystes commencent

à poser des questions critiques à ce propos. En intégrant le fonds de roulement comme partie intégrante du mécanisme de contrôle, les problèmes peuvent être identifiés à un stade précoce. Il y a en effet un risque que les pertes sur des travaux en cours (WIP) soient masquées et que les WIP soient évalués de façon trop optimiste, en particulier dans les entreprises travaillant sur base de projets.

Leçon 6 – Ne pas sous-estimer l'environnement d'intégrité

Il était devenu évident que le comité de direction d'Imtech faisait fausse route. Les mauvaises nouvelles n'avaient pas leur place et des sources internes faisaient état d'une culture de la crainte très hiérarchisée et de cadres supérieurs imposant aux filiales de manipuler les chiffres. La pression inappropriée exercée sur l'analyste d'ABN AMRO est un autre mauvais exemple. Un bon climat d'intégrité englobe toutefois d'autres aspects qui faisaient défaut chez Imtech tels que les sanctions, la faisabilité et l'échange de vues.

Leçon 7 – Éviter les financements compliqués

La structure d'endettement d'Imtech était très complexe et comprenait environ 45 financeurs, 800 comptes bancaires et 9 gestions de trésorerie. Les financeurs consistaient en un consortium bancaire de 11 banques, environ 30 banques locales dans les pays où Imtech était implantée et 20 investisseurs. Cette situation peut générer d'importants problèmes lorsque des engagements ne sont pas été respectés en raison d'intérêts divergents des intervenants et peuvent donc entraîner une rupture des négociations de refinancement. La nouvelle direction d'Imtech et ses conseillers ont de ce fait passé beaucoup de temps pour y parvenir.

Leçon 8 – Soyez attentifs aux montages avec clause d'« earn-out »

Imtech utilisait ce type de montage pour ses acquisitions. Cela signifie qu'une partie du prix d'achat est lié aux bénéfices futurs de l'entreprise achetée. Les avantages de cette formule sont évidents : Imtech ne devait payer que si les objectifs convenus au départ étaient atteints. Toutefois, du fait qu'Imtech était tenue par cette acquisition et que la direction gérait l'entreprise de façon décentralisée, elle n'avait pas l'opportunité de maximiser les bénéfices futurs en recourant à une gestion globale des recettes. Ce modèle économique décentralisé faisait qu'Imtech n'avait que peu de contrôle puisque l'entreprise achetée restait en grande partie indépendante. Montages avec earn-out et gestion décentralisée peuvent constituer une combinaison explosive.

Leçon 9 – Attention à l'article 403

Imtech a émis des déclarations dites article 403 pour les entreprises du groupe signifiant que la société holding se portait conjointement et solidairement caution pour les dettes découlant d'actes juridiques des entreprises du groupe. L'avantage de l'article 403 est que les entreprises du groupe ne doivent pas indépendamment publier leurs comptes annuels. C'est un avantage au niveau des coûts parce qu'il n'est pas nécessaire de préparer d'états financiers et aussi un avantage stratégique parce qu'il n'est pas nécessaire de fournir d'informations sur les chiffres des entreprises du groupe. Cependant, en cas de difficultés financières de ces entreprises, l'article 403 se retourne contre la société mère parce qu'elle est responsable pour les dettes. Les administrateurs d'Imtech, et plus tard les administrateurs judiciaires, ont été incapables d'empêcher la faillite du groupe tout entier en partie à cause de cela. Sans cette épée de Damoclès, il aurait pu être possible de relancer la société holding avec plusieurs entreprises saines du groupe.

Leçon 10 – Soyez réalistes et comparez vos performances

Enfin, une analyse comparative des performances d'Imtech avec les meilleures entreprises dans ses secteurs d'activités aurait pu apprendre aux cadres chargés de la surveillance, aux actionnaires et aux financeurs de l'entreprise que quelque chose n'était pas normal. Il est peu probable que, pendant des années, une organisation soit significativement plus performante que des organisations comparables. Il ne fait pas de doute que beaucoup de monde a voulu croire au conte de fées Imtech.

Ces leçons montrent clairement que la combinaison d'une croissance rapide, de la priorité donnée aux résultats financiers, d'importants engagements financiers et d'un manque de contrôle et de gouvernance adéquats sont les signes

avant-coureurs d'un accident imminent. Des leçons similaires avaient déjà été apprises avec le cas Ahold en 2003 et, dans les années 1980, avec une société appelée OGEM qui a succombé en raison de prêts importants et de taux d'intérêt élevés.

Restructuration préventive

La nouvelle directive insiste sur l'importance de rendre une restructuration possible afin de prévenir une insolvabilité. Dans le cas d'Imtech, les principaux créanciers étaient les banques très impliquées dans le processus décisionnel lié à la vente de parties d'Imtech déjà avant son insolvabilité. Plusieurs entreprises ont ainsi été vendues pour un montant total de 400 millions d'euros avant que l'insolvabilité ne soit déclarée. Imtech semble être un cas pour lequel une restructuration préventive et pallier le manque de contrôle et de gouvernance adéquate auraient pu faire la différence si les créanciers, c.-à-d. les banques, avaient accordé plus d'attention à la pérennité de l'entreprise qu'à leurs propres intérêts.

Ceci étant, il est évident qu'Imtech est un cas extrêmement compliqué. Plusieurs affaires introduites par les actionnaires et les administrateurs, sont en cours d'instruction devant les tribunaux. Ces affaires tournent autour de la responsabilité de l'ancienne équipe de direction, du conseil de surveillance et du comptable qui, tous, sont présumés avoir failli à leurs obligations, ce qui a mené à une désinformation des parties et à l'insolvabilité de l'entreprise.

Rôle des syndicats et des comités d'entreprise

Tout d'abord, il est clair que ni les comités d'entreprise ni les syndicats n'ont joué un rôle de premier plan dans les procédures d'insolvabilité telles qu'elles existent aujourd'hui aux Pays-Bas. Voir à ce sujet le rapport pays faisant partie de ce projet.

Ensuite, comme l'ont clairement confirmé l'interview d'un membre d'un des comités d'entreprise et les documents que nous avons reçus, les comités d'entreprise étaient au courant de la gravité de la situation mais cette information leur est parvenue trop tard. Ils ont bien reçu des demandes de conseils sur la manière d'utiliser des actions d'Imtech comme garanties pour les banques mais ces demandes ne leur ont été adressées que quelques jours à peine avant que l'insolvabilité d'Imtech ne soit avérée.

Il ressort tout aussi clairement de l'étude du cas Imtech que la restructuration préventive est un outil important qui doit être et aurait dû être utilisé. Il convient également de souligner que, selon nous, il existe des possibilités de renforcer la voix des travailleurs pour prévenir l'insolvabilité de leur entreprise en faisant un meilleur usage des outils disponibles. Les comités d'entreprise ont besoin de plus et d'un meilleur soutien concernant la gouvernance, les mécanismes de contrôle internes, la situation financière de l'entreprise, la nomination des cadres dirigeants et des personnes chargées de la surveillance et, plus généralement, les questions stratégiques telles que les fusions et acquisitions. Les leçons apprises du cas Imtech illustrent quelques-uns de ces aspects.

1. Stratégie de l'entreprise, fixer les objectifs et en contrôler l'exécution (article 31, article 24, article 25) ;
2. Répartition des responsabilités au sein de l'entreprise;
3. Nominations des cadres dirigeants (article 30) ;
4. Nomination des membres du comité de surveillance et communication entre le comité d'entreprise et le conseil d'administration (structuurregeling) ;
5. Informations financières adéquates et connaissances pour interpréter les informations fournies, y compris l'évaluation des montages financiers et des acquisitions (article 31, article 25, article 22) ;
6. Culture d'entreprise et manque d'espace permettant aux travailleurs de poser des questions critiques (le cœur du travail du comité d'entreprise).

De nos jours, la complexité des entreprises exige beaucoup des travailleurs quant aux connaissances et à l'expérience nécessaires. Même si les outils sont disponibles pour améliorer ces connaissances, il est évident que la voix des tra-

vailleurs doit être renforcée pour ce qui concerne le contrôle des décisions clés impliquant un risque d'insolvabilité et la manière dont décisions sont mises en œuvre.

Les comités d'entreprise ont bien reçu des demandes d'avis, par ex. à propos de la vente d'Imtech Marine mais ils devaient se prononcer le soir même sous la menace d'être tenus pour responsables de pertes d'emplois au cas où ils n'approuvaient pas la vente de l'entreprise. Ils auraient dû être consultés bien plus tôt.

POINTS À RETENIR / RÉSULTATS

Les sections qui suivent présentent une synthèse des dispositions en matière d'insolvabilité des systèmes nationaux des six pays étudiés en mettant surtout l'accent sur l'histoire, l'évolution des procédures ainsi que des droits de participation – ou leur absence – des représentants des travailleurs. Cette approche comparative illustre le manque de cohérence entre les six États membres, ce qui renforce encore l'urgence d'une harmonisation procédurale et d'un rôle accru des travailleurs dans le processus.

ALLEMAGNE

1. Le nombre de cas d'insolvabilité a **fortement diminué depuis 2010** en Allemagne, principalement en raison d'un paysage macroéconomique plus favorable.
2. Bien que les médias aient accordé beaucoup d'attention à des cas emblématiques comme Air Berlin ou SolarWorld, en Allemagne, l'insolvabilité reste encore un **problème affectant surtout les petites entreprises**. En 2017, environ 83% de toutes les insolvabilités enregistrées concernaient des entreprises employant moins de 5 personnes.
3. L'origine de la loi allemande sur l'insolvabilité remonte au Gemeine Recht (droit commun) ainsi qu'au *Partikularrecht* (lois particulières) du 19^{ème} siècle. La législation actuelle, communément appelée **Code d'insolvabilité** ou **InsO**, est entrée en vigueur en 1999 mais a depuis connu d'importants amendements (MoMIG, ESUG, etc.).
4. L'InsO considère **l'illiquidité, le surendettement et l'illiquidité imminente** comme les trois raisons principales de l'insolvabilité. En principe, une procédure ne sera entamée que lorsque le requérant est dans un état de *Zahlungsunfähigkeit* – dans l'incapacité de payer, c.-à-d. en situation d'illiquidité.
5. La présence d'un **comité des créanciers** dans la procédure d'insolvabilité est une caractéristique unique propre à l'Allemagne qui a pour la première fois été introduite dans la loi à travers l'ESUG. Dans la pratique, ce comité existait bien avant l'entrée en vigueur de la loi mais il n'avait aucune base juridique. Seuls des créanciers ou de futurs créanciers sont autorisés à y siéger.
6. Avant qu'une raison d'insolvabilité ait été clairement établie, le tribunal désigne normalement un **administrateur d'insolvabilité provisoire** dont le rôle est de préserver la *Massverbindlichkeiten* (le passif de masse) en s'assurant que les activités de l'entreprise insolvable ne soient pas interrompues avant que la décision d'ouvrir une procédure d'insolvabilité soit prise. En effet, la fermeture complète ou partielle d'une entreprise aurait un impact significatif sur les droits du débiteur puisqu'il serait ainsi privé de la possibilité de poursuivre ses activités alors que l'état d'insolvabilité n'est pas encore confirmé.
7. Une fois la procédure lancée, les pouvoirs administratifs et de cession du débiteur sont automatiquement transférés à l'**administrateur officiel de l'insolvabilité** qui peut-être un praticien du droit ou un expert des affaires indépendant du débiteur et des créanciers. Son rôle est fondamental durant la procédure d'insolvabilité. Outre la surveillance de toute la procédure et la participation aux réunions importantes des créanciers, l'administrateur de l'insolvabilité est chargé de rédiger un rapport détaillant la situation financière du débiteur et de l'entreprise. C'est sur base de ce rapport que les créanciers décideront si l'entreprise doit être fermée ou provisoirement autorisée à poursuivre ses activités et si un plan d'insolvabilité est réalisable ou nécessaire.
8. Si un employeur est insolvable et que les employés n'ont reçu leurs rémunérations ou salaires qu'en partie ou pas du tout, l'Office de l'emploi règle les montants dus aux employés concernés en recourant à **l'Insolvenzgeld (fonds d'insolvabilité)**. Un droit à un tel paiement est ouvert dans le cas d'une insolvabilité au cours des trois derniers mois de la relation de travail précédant l'insolvabilité (soit la période couverte par le fonds). L'utilisation du fonds d'insolvabilité comme instrument de restructuration de l'État est une particularité spécifique à l'Allemagne qui ne constitue pas une aide d'État contraire au droit européen.

9. L'ouverture imminente d'une procédure d'insolvabilité – ou l'ouverture de la procédure en elle-même – ne constitue pas une raison de **résiliation du contrat de travail**. Les dispositions de la loi de protection contre les licenciements ou *Kündigungsschutzgesetz* restent d'application et doivent être respectées.
10. Le rôle des comités d'entreprise est particulièrement important durant les procédures d'insolvabilité. L'administrateur de l'insolvabilité est tenu d'organiser une réunion mensuelle avec les membres du comité d'entreprise et de les tenir au courant de tout changement potentiel dans les opérations ou la structure de l'entreprise. De même, au cas où l'administrateur de l'insolvabilité envisage d'importants changements dans l'organisation du travail (par ex. modifier les horaires, licencier une partie de la main-d'œuvre ou imposer une réduction du temps de travail), il doit obtenir l'accord préalable du comité d'entreprise.
11. L'introduction en Allemagne d'une procédure de restructuration préventive fait l'objet d'intenses discussions depuis 2009. Les derniers amendements du code de l'insolvabilité sont toutefois davantage axés sur l'autogestion et le recours à des mesures de rééchelonnement de la dette telles que la conversion de créances en capital.

FRANCE

1. Alors que le droit français continue de favoriser le sauvetage par voie judiciaire des entreprises en difficulté et de leurs emplois, des économistes libéraux critiquent l'approche interventionniste du législateur et l'implication systématique des tribunaux et de représentants judiciaires tout en soulignant la médiocre protection des créanciers. En 2017, les 53.991 cas d'insolvabilité recensés concernaient 161.942 emplois.
2. Actuellement, près de 8 procédures s'appliquent aux entreprises françaises en difficulté :
 - > en **situation de pré-insolvabilité** : mandat ad hoc (médiation spéciale), conciliation, sauvetage accéléré, sauvetage financier accéléré et sauvegarde. Il n'y a en réalité que très peu d'initiatives prises en cas de pré-insolvabilité : seul le dirigeant de l'entreprise peut initier le processus et il faut que l'entreprise soit toujours solvable.
 - > en **situation d'insolvabilité** : administration judiciaire, liquidation ou redressement professionnel. La procédure peut être initiée par le débiteur insolvable, les créanciers ou le procureur.
3. Après le jugement d'ouverture de la procédure d'insolvabilité, la procédure de mise sous administration judiciaire débute par une **période d'observation** de 6 à 18 mois durant laquelle le débiteur est assisté d'un syndic. Le débiteur peut présenter un plan de redressement incluant des informations à propos des perspectives d'emplois. Il peut également annoncer des licenciements pour motifs économiques.
4. Si ce plan échoue à redresser la situation économique, un **plan de cession** peut être ordonné par le tribunal. Le syndic recherche alors des acheteurs pour le transfert total ou partiel de l'entreprise. Si un transfert est impossible, le tribunal désigne alors un **liquidateur** pour mettre fin à l'entreprise et licencier le personnel.
5. Les travailleurs sont représentés par leur organe habituel de représentation, le **Comité économique et social** qui peut tenter d'influencer la procédure par l'adoption d'avis. En cas de liquidation, les travailleurs sont également représentés par le **représentant du personnel** dont le rôle consiste à vérifier si les chiffres de rémunérations et autres allocations sont corrects et à dénoncer les sous-estimations éventuelles au liquidateur ou au syndic officiel. Ce représentant peut également assister ou représenter les travailleurs durant les procédures devant le tribunal.
6. L'**absence de garanties salariales durant la période sous administration judiciaire** est l'une des principales raisons d'une conversion en liquidation pour obtenir paiement.
7. Les travailleurs sont des **créanciers privilégiés**. En cas de liquidation, l'AGS (un régime obligatoire d'assurance pour les salaires) peut payer les rémunérations et autres allocations sous certaines conditions et jusqu'à un certain plafond. L'AGS se substitue ensuite aux travailleurs en qualité de créancier de l'entreprise.

8. Les licenciements collectifs sont soumis à des **intérêts divergents** :
 - > Durant la période sous administration judiciaire, les licenciements doivent être soigneusement analysés par les représentants du personnel car, outre leurs conséquences sociales, ils peuvent **appauvrir les compétences de la main-d'œuvre** de l'entreprise et donc rendre plus difficile la recherche d'un acheteur.
 - > **Dans la pratique, le droit des délégués du personnel à participer à la procédure, et, singulièrement, pour trouver des alternatives aux pertes d'emplois, est fréquemment affecté par l'urgence** de procéder à des licenciements afin de redresser la situation financière et de satisfaire aux conditions préalables de l'AGS relatives aux garanties salariales.
9. Le Comité économique et social est informé et consulté à la plupart des étapes de la procédure et peut bénéficier des conseils d'un expert-comptable. Il peut également être entendu par le syndic officiel à propos de la situation de l'entreprise. Il ne peut toutefois être impliqué dans les procédures de conciliation dont la confidentialité est imposée par la loi.
10. Aucune information spécifique n'est communiquée aux délégués syndicaux. Ceux-ci peuvent toutefois négocier un accord en cas de licenciements collectifs.

HONGRIE

1. **Les procédures d'insolvabilité** ne sont pas de pratique courante en Hongrie. Même si une augmentation a été constatée à partir de 2010, le nombre annuel d'insolvabilités reste loin sous la barre des 100. En 2017, à peine 39 procédures d'insolvabilité ont été enregistrées.
2. Malgré leur rareté, les procédures d'insolvabilité ont une très longue histoire en Hongrie, le **premier code d'insolvabilité** datant de 1870.
3. La Hongrie est une juridiction favorable aux créanciers et mettant fortement l'accent sur la liquidation. Il existe deux grands types de procédures de liquidation en Hongrie : (1) la **liquidation volontaire** (*végelszámolás*), qui peut être initiée par l'entreprise elle-même si ses actifs couvrent son passif et, dans le cas contraire, c.-à-d. si l'entreprise est insolvable, (2) la **liquidation forcée** (*felszámolás*).
4. La **liquidation volontaire** vise à restructurer la dette de l'entreprise de telle sorte à pouvoir poursuivre les activités sous condition d'avoir conclu un arrangement avec les créanciers tandis que la **liquidation forcée** mène inévitablement à la liquidation de l'entreprise auquel cas la procédure se concentre seulement sur la distribution des actifs de l'entreprise.
5. Le tribunal doit rendre son jugement ordonnant la liquidation **dans les soixante jours** à dater de la réception de la requête d'ouverture de la procédure de liquidation. Un tel jugement n'est pas soumis au contrôle judiciaire.
6. Tout comme en Allemagne, l'**administrateur de l'insolvabilité** joue un rôle important tout au long de la procédure. Il représente les intérêts des créanciers, suit la situation économique et financière et, dans une certaine mesure, surprotège les droits de l'employeur.
7. L'administrateur d'insolvabilité est toujours sélectionné par le tribunal, normalement par un **processus électronique aléatoire**. Une exception a toutefois été faite en 2011 lorsque la catégorie des « entreprises d'importance stratégique exceptionnelle » a été inventée. Dans de tels cas, l'administrateur de l'insolvabilité est nommé par décret gouvernemental.
8. Durant la procédure, **les salaires des travailleurs doivent être intégralement payés**. Lorsqu'une entreprise en est incapable, l'administrateur de l'insolvabilité peut faire appel au Fonds national pour l'emploi. Le fonds a l'obligation de garantir les salaires de tous les travailleurs pour une durée allant jusqu'à six mois. Il doit en outre apporter aide et assistance aux travailleurs dans leur recherche d'un nouvel emploi.

9. **Les licenciements** pendant une procédure d'insolvabilité sont soumis au code du travail hongrois. En général, les dispositions des conventions collectives de l'entreprise restent d'application durant la procédure. Les contrats à durée déterminée peuvent cependant être résiliés avant leur date d'échéance.
10. En Hongrie, **les plans sociaux** n'ont qu'un rôle mineur durant les procédures d'insolvabilité.
11. Si l'employeur prend une décision ayant un impact sur les travailleurs, **syndicats et comités d'entreprise** peuvent faire part de leurs avis et représenter les intérêts des travailleurs dans les questions d'ordre économique, social et financier.
12. Il n'existe pas de **procédure de restructuration préventive** en Hongrie. Un mécanisme propre au pays a toutefois été mis en place selon lequel un moratoire de 120 jours est accordé avant que le tribunal concerné ouvre une procédure de liquidation.

PAYS-BAS

1. Le nombre de cas d'insolvabilité est en forte baisse depuis plusieurs années aux Pays-Bas, principalement grâce à un climat macroéconomique favorable. En 2017, le pays a connu le nombre d'insolvabilités le plus bas de ce siècle.
2. Sur l'ensemble de la période 2007-2016, les tribunaux néerlandais ont déclaré **49.070 sociétés insolubles**, affectant **27.930 employés** (certaines sociétés étaient des coquilles vides sans personnel).
3. Certaines des insolvabilités enregistrées aux Pays-Bas concernent des unités opérationnelles viables et profitables vendues par l'administrateur au cours de la procédure de liquidation dont les activités sont maintenues par un acheteur selon ce qui est communément appelé un **processus de redémarrage**. Dans ce cas, la législation relative à la protection contre les licenciements ne s'applique pas et le repreneur de l'entreprise est libre de choisir ses employés.
4. La **loi sur l'insolvabilité néerlandaise (FW) date de 1893**. Les créanciers sont au centre de la loi. Curieusement, les employés sont considérés comme des créanciers mais la procédure ne met pas l'accent sur le maintien de l'emploi et la loi ne prévoit pas de mesures de réorganisation.
5. Lorsqu'une entreprise est déclarée insolvable, la loi sur la faillite néerlandaise offre deux possibilités. Premièrement, la procédure **de suspension des paiements** pour insolvabilité due à des problèmes de liquidités. Cette procédure prévoit un « moment de répit » financier pour étudier si un projet de restructuration est susceptible de réussir. Deuxièmement, la **procédure de faillite/d'insolvabilité**. Dans ce cas, l'entreprise est mise en liquidation au bénéfice des créanciers.
6. La loi sur l'insolvabilité a connu des révisions majeures dont la dernière remonte à 2012 et met l'accent sur trois grands « piliers », à savoir la **fraude**, la **réorganisation** et la **modernisation**.
7. La **déclaration d'insolvabilité** peut être introduite par l'entreprise elle-même (c.-à-d. le débiteur), par un ou plusieurs créanciers ou encore par le ministère public (MP). La déclaration doit être présentée par un avocat conformément à l'Article 5 de la FW. Lorsque le ministère public introduit une demande de mise en faillite, il doit la motiver par des raisons d'intérêt général telles que le détournement d'actifs et de créances.
8. Une fois la procédure lancée, le tribunal désigne un **liquidateur** et un **juge chargé de la surveillance**. Le premier, habituellement un avocat, doit assurer la gestion des actifs réalisables en veillant toujours aux intérêts des créanciers. Le second est toujours un membre du tribunal chargé de superviser le liquidateur et administrateur de l'insolvabilité. Dans les cas d'insolvabilités très importantes, plusieurs administrateurs peuvent être désignés.
9. Comme le prévoit l'art. 74 et seq. de la loi sur l'insolvabilité, un **comité des créanciers** peut être constitué au cours de la procédure. Ce comité sert de plateforme aux créanciers leur permettant d'influer sur la procédure. Bien

que des employés puissent siéger à ce comité, cela n'arrive que rarement. Le comité peut conseiller l'administrateur et a un droit à l'information. L'administrateur est tenu de fournir les informations demandées et peut convoquer une assemblée des créanciers aussi souvent qu'il l'estime nécessaire. La désignation d'un comité définitif a lieu lors de la réunion de vérification des créances.

10. **Les représentants des travailleurs** (par ex. syndicats et comités d'entreprise) n'ont presque aucun rôle dans le déroulement des procédures d'insolvabilité. Il n'existe pratiquement aucune disposition légale que les syndicats et les comités puissent invoquer à ce sujet.
11. Cependant, comme le stipule la section 3 de la loi sur la notification des licenciements collectifs (WMCO), lorsqu'il s'agit d'un cas de **suspension des paiements durant une insolvabilité**, l'employeur **doit** notifier les syndicats et l'institut de l'administration des assurances des salariés (UWV) s'il veut résilier le contrat de travail de 20 employés ou plus sur une période de 3 mois. Il doit également consulter les syndicats en cas de licenciement collectif.
12. Comme indiqué au point 6, des modifications de la FW sont en préparation depuis l'introduction du « pilier de restructuration » de 2012. Ce pilier a été intégré dans les projets de loi sur la continuité des entreprises (en abrégé, WCO I, II, III) et est le résultat de nouvelles méthodes de restructuration appelées **pré-package** (projet I) et **convention de contrainte privée** (projet II). Les propositions législatives remontent à 2013 mais certaines parties font toujours l'objet de discussions notamment en raison des jugements dans les affaires FNV/Smallsteps déjà mentionnées. Le projet III doit inclure des dispositions légales sur la **participation des employés aux procédures d'insolvabilité**.

PORTUGAL

1. Au Portugal, **la restructuration d'entreprise est fortement stigmatisée**. Les entrepreneurs tendent dès lors à retarder le processus. Lorsque l'on sait que les décisions de justice et les procédures judiciaires sont longues et bureaucratiques à l'extrême, les chances d'une restructuration réussie sont d'habitude faibles.
2. La situation est encore aggravée du fait que la plupart des employeurs n'ont pas de grandes qualifications et dirigent de petites entreprises, comptant principalement sur les conseils de comptables et d'avocats externes. De plus, les relations industrielles nationales sont extrêmement conflictuelles et les représentants des travailleurs concentrent généralement leur action sur la nécessité d'augmenter les salaires – il n'y a **guère de débat sur la nécessité de dispositions adéquates en matière de restructuration ou d'insolvabilité**. Comme Rego l'exprime fort à propos, « au Portugal, le paradigme dominant est de gérer le changement plutôt que de l'anticiper ».
3. Le code d'insolvabilité portugais actuel date de 2003 et est connu sous le nom de **Code d'insolvabilité et de redressement des entreprises (CICR)**. Le CICR a connu douze révisions dont la dernière a eu lieu en 2018.
4. Outre le CICR, le Portugal dispose de plusieurs **mécanismes extrajudiciaires** dont le but est d'accélérer les procédures d'insolvabilité : la **procédure extrajudiciaire de conciliation (PEC)**, lancée en 1998, le **système de redressement des entreprises par exécution extrajudiciaire (SIREVE)**, lancé en 2012 et enfin le **système extrajudiciaire de redressement des entreprises (RERE)** qui a remplacé le SIREVE en 2018.
5. Les gouvernements portugais successifs ont tenté de renforcer le CICR et ces mécanismes extrajudiciaires par une série de **mesures institutionnelles stratégiques et de programmes de soutien**. On notera surtout les programmes REVITALIZAR (2012) et CAPITALIZAR (2018).
6. Comme le stipule le CICR, une insolvabilité intervient lorsqu'il n'est **pas possible d'honorer des obligations passées ou imminentes**. Les indicateurs de l'insolvabilité sont donc officiellement définis comme étant : (1) le non-paiement d'impôts, de cotisations à la sécurité sociale, de loyers, etc. ; (2) l'insuffisance d'actifs attachables et (3) le non-respect d'un plan d'insolvabilité ou de paiement.

7. Le CICR fait la distinction entre **insolvabilité** et **faillite** : dans le premier cas, un redressement économique est considéré comme une perspective crédible tandis que, dans le second, cette hypothèse est immédiatement écartée.
8. C'est le **débiteur qui habituellement initie** la procédure d'insolvabilité. Il est supposé déclarer son insolvabilité au tribunal le plus proche dans les 30 jours à compter du constat d'une telle situation ou d'un probable défaut de paiement. Le non-respect de ce délai constitue une infraction grave.
9. Au cours de la procédure d'insolvabilité, les actifs sont transférés à l'**administrateur de l'insolvabilité** qui doit les vendre le plus rapidement possible et, en tout cas, dans un délai d'un an, sauf si les créanciers s'y opposent. Si ce processus dure plus d'un an sans raison particulière, l'administrateur de l'insolvabilité peut être démis de ses fonctions.
10. Entre le 45^{ème} et le 75^{ème} jour suivant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, les créanciers se réunissent en assemblée. Cette **assemblée des créanciers** a pour but de statuer sur un éventuel plan d'insolvabilité ou de redressement.
11. Les **représentants des travailleurs** ont un rôle important durant la procédure et sont consultés et informés à propos de la situation de l'entreprise et des étapes suivantes éventuelles. Lorsqu'un plan d'insolvabilité est présenté, le juge en informe les représentants des travailleurs ainsi que les autres intervenants qui, conformément à l'article 208 du CICR, sont tenus de soumettre un avis d'expert dans les 10 jours.
12. Le MoU (2011-2014), signé entre le gouvernement portugais et la troïka, a conduit à la création de deux mécanismes institutionnels pour venir en aide aux entreprises en difficulté. Pour la première fois, des **mécanismes de préfinancement ont été créés** : le **FCT (fonds de compensation des travailleurs)** et le **FGCT (fonds de garantie de compensation des travailleurs)**.
13. Le Code d'insolvabilité et de redressement des entreprises (CICR) ne contient aucune référence particulière aux **licenciements**. Il mentionne toutefois les effets de l'insolvabilité sur les contrats de travail. Quant aux relations de travail proprement dites, elles sont réglementées par le code du travail.
14. La législation portugaise ne prévoit aucune disposition concernant un plan social.

SUÈDE

1. Le droit suédois ne définit pas de cadre cohérent de règles juridiques concernant l'insolvabilité. Les trois principales formes d'insolvabilité reconnues dans le pays sont : (1) la faillite, (2) la restructuration d'entreprise et (3) la reconstruction de la dette, chacune fonctionnant de manière relativement indépendante.
2. Les trois dispositions législatives applicables sont :
 - a. La loi sur la faillite (Konkurslagen) ;
 - b. La loi sur les restructurations d'entreprises (Företagsrekonstruktionslagen) ;
 - c. La loi sur l'assainissement de dettes (Skuldsaneringslagen).
3. Ces textes sont toutefois quelque peu éparpillés et non intégrés dans un code unique.
4. **La législation sur l'insolvabilité est une longue histoire en Suède** ; toute une série de lois sur la faillite ont été édictées dès 1773 avec des révisions et des amendements en 1818, 1862 et finalement en 1921. L'ensemble actuel des dispositions légales en matière d'insolvabilité et de faillite a été voté en 1987.
5. En Suède, il existe une tendance à orienter les entreprises viables rencontrant des difficultés financières vers une **liquidation plutôt qu'une restructuration anticipée**. Bien que la loi sur les restructurations d'entreprise soit en vigueur depuis plus de vingt ans, la procédure reste rare, précipitant ainsi la liquidation de nombreuses entreprises.

6. Pour qu'une procédure de faillite puisse être ouverte, soit le débiteur lui-même, soit un créancier doit **adresser une pétition au tribunal** pour que le débiteur soit déclaré insolvable.
7. Un **débiteur est considéré juridiquement insolvable** lorsqu'il est incapable de régler ses dettes à leur échéance et que cette incapacité est jugée plus que temporaire.
8. Le droit suédois définit deux types d'**administrateur**, l'administrateur qui gère les faillites (konkursförvaltare) et l'administrateur désigné lorsqu'une restructuration d'entreprise est en cours (rekonstruktör).
9. Les **administrateurs** sont désignés par le tribunal et sont chargés de veiller au mieux aux droits et intérêts des créanciers ainsi que de prendre toutes les mesures contribuant à une mise en liquidation avantageuse du patrimoine de la faillite.
10. Avant toute décision entraînant un changement matériel dans les activités du débiteur, l'administrateur doit négocier **avec l'organisation ou le syndicat des employés** auquel le débiteur est lié par une **convention collective**. En l'absence de convention collective, l'administrateur est obligé de négocier avec toutes les organisations des employés concernées par les questions relatives à une résiliation de contrat de travail due à un licenciement ou à un transfert des activités.
11. La mission de l'**administrateur** consiste aussi à évaluer la faisabilité commerciale d'une poursuite des opérations. Il doit étudier les possibilités d'arriver à un accord avec les créanciers (privés ou publics) et déterminer les causes sous-jacentes des difficultés financières. Il est en outre chargé de rédiger un plan de restructuration et de le présenter à tous les créanciers lors de leur assemblée.
12. Lors d'une faillite, les actifs du débiteur sont liquidés au bénéfice des créanciers par l'administrateur du **patrimoine de la faillite qui est considéré comme une entité indépendante**. Le débiteur est obligatoirement placé sous administration judiciaire dont la responsabilité incombe à un administrateur nommé par le tribunal. L'administration du patrimoine de la faillite est toutefois placée sous le contrôle d'un **régulateur** (Tillsynsmyndigheten, TSM), qui est généralement un organisme public.
13. Les contrats de travail ne prennent pas automatiquement fin lorsque l'entreprise du débiteur est déclarée en faillite. Ils ne sont pas non plus automatiquement transférés au patrimoine de la faillite de l'entreprise débitrice. Les employés ont toutefois le droit de mettre fin à leur contrat avec l'employeur failli. L'administrateur gestionnaire de la faillite peut résilier un contrat de travail s'il existe des raisons raisonnables de licenciement pour motif économique



W...
a law
SYNDICAT
EUROPEEN
TRADE UNION

SYNDICAT
EUROPEEN
TRADE UNION

MORE DEMOCRACY AT WORK
Strengthen Workers' Rights in Company Law

SYNDICAT
EUROPEEN
TRADE UNION

REMARQUES DE CLÔTURE

Ce projet s'inscrit parfaitement dans la série de projets de la CES relatifs à « la démocratie au travail et la nécessité de renforcer la participation des travailleurs ». La CES réclame une directive pour définir une architecture nouvelle et intégrée pour la participation des travailleurs. En se basant sur l'acquis de l'UE, la directive doit fixer des normes exigeantes en matière d'information et de consultation et introduire des minima ambitieux de participation en tant que source d'influence supplémentaire pour les travailleurs. Ceci doit également s'appliquer à la législation sur l'insolvabilité.

En effet, ce projet sur l'insolvabilité a mis en lumière les nombreuses divergences entre les systèmes juridiques nationaux en Europe, soulignant l'urgence d'établir un cadre européen cohérent, structuré et transfrontalier à ce sujet.

Il a montré que ces divergences concernent, entre autres, le critère relatif à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, le classement des créanciers, le plan social – ou son absence – ainsi que le rôle et le niveau de participation des travailleurs durant les procédures d'insolvabilité. De telles divergences et, dans de nombreux cas, de telles insuffisances juridiques contribuent à la perte de milliers d'emplois chaque année. Un grand nombre de faillites ont une dimension transfrontalière affectant des travailleurs dans plusieurs États membres.

La première partie de cette étude – les **rapports par pays** – fournit la trame des concepts et faits relatifs aux procédures d'insolvabilité en Allemagne, en France, en Hongrie, aux Pays-Bas, au Portugal et en Suède. Chaque État membre étudié adopte une approche radicalement différente du traitement de l'insolvabilité. Suède, Hongrie et Portugal sont, par exemple, des **juridictions favorables aux créanciers** avec une tendance à orien-

ter les entreprises viables rencontrant des difficultés financières vers une liquidation plutôt que d'anticiper leur restructuration. La France applique une loi sur l'insolvabilité plus bienveillante à l'égard du débiteur. Le code d'insolvabilité allemand met lui aussi davantage l'accent sur les intérêts des créanciers encore que l'ESUG de 2012 (loi relative aux restructurations d'entreprise) ait posé les premiers jalons d'une procédure plus soucieuse des débiteurs.

Les **modalités juridiques** en matière d'insolvabilité se retrouvent à des niveaux très différents dans les six États membres. La Hongrie, malgré son approche favorable aux créanciers, dispose d'un code sur l'insolvabilité relativement cohérent qui remonte à la moitié du 19^{ème} siècle. En revanche, en Suède, les lois sur l'insolvabilité ne sont pas intégrées dans un code unique, les lois sur la faillite, sur la restructuration d'entreprise et sur la reconstruction de la dette étant en grande partie indépendantes, avec chacune des règles et des procédures complètement séparées.

De même, les droits des **représentants des employés** au niveau des procédures d'insolvabilité varient grandement d'un pays à l'autre. En Allemagne, les droits à la codétermination, à l'information et à la consultation des membres des syndicats et des comités d'entreprise sont garantis par l'InsO, le code d'insolvabilité allemand. Les représentants des employés **doivent** approuver tout changement important décidé par l'administrateur de l'insolvabilité au cours de la procédure tels que les changements d'horaire, les licenciements, etc. Inversement, aux Pays-Bas voisins, les représentants des travailleurs **ne jouent presque aucun rôle** dans les procédures d'insolvabilité. Il n'existe pratiquement aucune disposition légale que les syndicats et les comités d'entreprise puissent invoquer à ce sujet.

Les **études de cas**, en particulier l'affaire Praktiker en Allemagne, ont montré les effets potentiels qu'aurait la nouvelle directive européenne sur les procédures, soulignant l'absence de règlements clairs concernant la protection des droits et privilèges des employés dans des situations de crise au sein des entreprises, singulièrement s'agissant des salaires impayés et de leurs droits fondamentaux.

Traiter les salaires des travailleurs de la même manière que toutes les créances impayées pose clairement problème – des mesures doivent être prises d'urgence pour assurer que les travailleurs reçoivent leurs salaires ainsi que tout autre paiement ou prime dans leur intégralité et sans retard. Les travailleurs doivent garder leur statut de créanciers privilégiés car, malgré les assurances de la Commission, ce statut est aujourd'hui menacé par les propositions de refinancement. Une application forcée intercatégoriques pourrait potentiellement être injuste vis-à-vis des travailleurs et notamment au niveau des conventions collectives. Ceci nous rappelle qu'il reste

des défis à relever et que leurs conséquences possibles doivent être identifiées et discutées au cours du projet. La loi devrait favoriser le sauvetage des entreprises et de l'emploi et doit faire l'objet d'une information, d'une consultation et d'un accord avec les travailleurs et leurs représentants. Ces derniers sont les mieux placés pour faire la différence entre véritables difficultés économiques et « insolvabilités tactiques ». Leur soutien à tout nouvel arrangement relatif à l'organisation de l'entreprise est un élément clé pour un avenir durable.

Lors de la transposition de la directive dans les lois nationales respectives des États membres, il faudra particulièrement veiller à ce que le législateur fasse en sorte que la qualification et la participation des représentants des travailleurs et des syndicats dans le domaine de l'insolvabilité soient garanties par défaut. De la même façon, l'assistance d'experts externes dans ce domaine complexe doit bien sûr être régulièrement disponible gratuitement.



ETUC - European Trade Union Confederation
CES - Confédération européenne des syndicats

Boulevard du Roi Albert II, 5
B - 1210 Brussels
Tel +32 (0)2 224 04 11
E-mail etuc@etuc.org
www.etuc.org