

# Le nouveau régime juridique de l'insolvabilité en Allemagne

**Friedrich Trockels**

Docteur en droit  
Avocat au barreau de Francfort-sur-le-Main



**L**a nouvelle loi sur l'insolvabilité (InsO) est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1999. Elle remplace, dans les anciens Länder, non seulement la loi relative à la faillite mais aussi la loi sur le concordat et, dans les nouveaux Länder, à l'est de l'Allemagne, le régime de l'exécution forcée générale : *Gesamtvollstreckungsordnung*.

La procédure de faillite telle qu'elle est définie par la loi sur la faillite du 10 février 1877 a été dominée par la volonté d'assurer une satisfaction rapide et maximale du créancier par vente et répartition du patrimoine du débiteur. La procédure du concordat telle qu'elle est définie par la loi sur le concordat avait, par contre, pour but de ménager les débiteurs honnêtes, de permettre l'assainissement de leur situation et, par conséquent, indirectement, la survie de l'entreprise.

Selon le législateur, le droit de la faillite a été, en grande partie, inefficace : dans les années 1985 à 1990, 75 % des demandes d'ouverture d'une procédure de faillite furent rejetées faute d'un patrimoine suffisant. A titre de comparaison, en 1950, le taux des demandes rejetées était de 27 %. Dans le cadre de la procédure de faillite, les créanciers chirographaires atteignent, en moyenne, une cote de satisfaction d'à peine 4 à 6 %. Les créanciers privilégiés, avec une cote moyenne de satisfaction de 18 %, ne rentrent eux-mêmes que très partiellement dans leurs fonds. La procédure du concordat telle que définie par la loi sur le concordat du 26 février 1935 avait perdu une grande partie de sa signification. Dans 1 % des cas d'insolvabilité seulement un concordat judiciaire a été confirmé depuis 1983. Le taux de concordat confirmé était encore de 30 % en 1950. A peine 40 procédures de concordat avaient été menées à terme en Allemagne par an. Les dommages causés aux créanciers et à l'administration par l'insolvabilité sont importants : aux termes d'une évaluation, les pertes des créanciers privés s'élèvent à environs DM 18 milliards et ceux de l'administration, en particulier de l'administration des Finances, à DM 12 milliards par an. Le régime spécial applicable dans les nouveaux Länder avait été, dès le début, conçu comme un

régime de transition et est essentiellement adapté aux problèmes posés par le passage d'une économie planifiée dirigée par l'Etat à une économie de marché.

Aux termes de l'art. 1 InsO, le but premier de la nouvelle procédure est d'assurer la meilleure satisfaction possible des créanciers. Ceci suppose, tout d'abord, que la procédure soit ouverte sans quoi toute satisfaction ordonnée et régulière des créanciers est exclue. Des débiteurs quasi démunis de fortune, en particulier des sociétés à responsabilité limitée insolubles, peuvent participer à la vie des affaires et causer un dommage à des tiers. Le retrait de sociétés à responsabilité limitée du marché ne peut pas être imposé. Il est impossible de faire valoir les droits tirés de la responsabilité des gérants et associés à l'encontre de la société insolvable. Aussi, des manipulations du patrimoine ne sont-elles pas découvertes et ne peuvent-elles pas être rétroactivement anéanties. Les infractions au droit pénal des affaires ne sont pas poursuivies. Ce sont précisément les débiteurs dont le patrimoine ne suffit même plus à couvrir les frais de la procédure qui échappent aux conséquences juridiques de leur comportement irrégulier. Le législateur avait, par conséquent, pour but de simplifier et d'accélérer l'ouverture de la procédure et de permettre une meilleure lutte contre les mesures de nature à léser les créanciers. Par ailleurs, la nouvelle loi sur l'insolvabilité doit favoriser une répartition équitable du produit de la procédure et une évolution de la procédure d'insolvabilité conforme aux données du marché, en particulier par une plus grande participation des créanciers. Enfin, le législateur entend ouvrir aux débiteurs «de bonne foi» la possibilité de se libérer de leurs dettes résiduelles afin de pouvoir prendre un nouveau départ au plan économique (art. 1, phrase 2 InsO).

## I L'insolvabilité des entreprises

### 1. L'ouverture de la procédure

Le tribunal d'instance est, comme par le passé, compétent pour ordonner l'ouverture de la procédure. Cependant, à l'avenir, un seul tribunal d'instance dans la circonscription d'un tribunal de grande instance sera compétent en matière d'insolvabilité. Par ce biais, le législateur veut faire en sorte que le tribunal compétent dispose des moyens matériels et de la compétence nécessaires.

La traduction française rédigée par l'auteur et Marie Béneux, a paru dans la «Collection Jupiter» Tome Allemagne, 19.

#### Lexique :

InsO : Insolvenzordnung

KO : Konkursordnung

EGinsO : Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung

ZVG : Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung

Comme sous l'empire du droit actuel, l'insolvabilité est un motif général d'ouverture. L'art. 17, al. 2 de la loi relative à l'insolvabilité dispose que : «*Le débiteur est insolvable s'il n'est pas en mesure d'exécuter les obligations de paiement arriérées à échéance.*»

Il n'est donc pas nécessaire, pour que le débiteur soit considéré comme insolvable, qu'il ne dispose plus de liquidités pendant une longue période. Il suffit que le débiteur ne dispose plus de liquidités suffisantes pour exécuter ses obligations et qu'il ne puisse pas non plus se procurer ces liquidités par crédit, pour qu'il soit insolvable au sens de la loi.

Pour les sociétés de capitaux, telles que les sociétés à responsabilité limitée ou les sociétés par actions, le surendettement est, à l'avenir, un motif d'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Aux termes de l'art. 19, al. 2 de la loi relative à l'insolvabilité, il y a surendettement lorsque le patrimoine du débiteur ne suffit plus à couvrir le montant des dettes. Le texte de loi dit clairement qu'un pronostic favorable, quant à la continuation de l'entreprise, n'exclut pas le surendettement. Le pronostic favorable de continuation permet seulement, selon l'art. 19, al. 2, phrase 2, d'évaluer le patrimoine de la société dépourvue de liquidités sur le fondement des valeurs de continuation et non des valeurs de liquidation.

L'art. 18 de la loi sur l'insolvabilité introduit un nouveau motif d'ouverture, à savoir «la menace d'insolvabilité». Ce motif d'ouverture n'entraîne l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité que si c'est le débiteur lui-même qui en fait la demande. Il s'agit d'éviter ainsi que des créanciers, sur le fondement d'une simple menace d'insolvabilité, n'acculent le débiteur à l'insolvabilité déclarée. Le débiteur a le choix : il peut tenter de prendre des mesures extra-judiciaires de redressement ou déposer rapidement une demande d'ouverture de la procédure judiciaire afin de profiter, par exemple, de la libération de la dette subsistante ou de conserver la disposition de son patrimoine sous la supervision d'un administrateur de biens (*Sachwalter*, art. 270, 274). Dans ce contexte, il convient de noter que le redressement extra-judiciaire est simplifié par la réforme de l'insolvabilité. Aux termes de l'art. 33, n° 16 de la loi d'introduction du régime d'insolvabilité, l'art. 419 (1) du code civil a été abrogé. Cette disposition a souvent rendu plus difficile, voire empêché, la cession d'entreprises en vue de leur redressement.

Tant que l'insolvabilité n'est qu'une «menace», les obligations relatives au dépôt d'une demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité telles qu'elles résultent des art. 64 de la loi sur les sociétés à responsabilité limitée et 92 de la loi sur les sociétés par actions, ne devraient pas s'appliquer (2). Les lois sur les sociétés à responsabilité limitée et sur les sociétés par actions prévoyaient déjà des sanctions en cas de non-respect des obligations de déclaration de l'insolvabilité. Le nouveau régime de l'insolvabilité introduit des sanctions supplémentaires destinées à assurer la déclaration sans retard : si un créancier demande l'ouverture de la procédure et si la demande est rejetée faute d'une masse suffisante parce que le patrimoine de la société ne permet plus de couvrir les frais de la procédure, le créancier peut fournir une avance sur les frais de la procédure et récupérer le montant de l'avance sur le patrimoine personnel des dirigeants ou gérants. Un comportement fautif ou irrégulier de ces personnes est présumé jusqu'à preuve du contraire (présomption simple définie à l'art. 26, al. 3 InsO). Les membres du comité de direction d'une société par actions et les gérants d'une société à responsabilité limitée sont, désormais, tenus, à titre personnel, des frais de la procédure d'insolvabilité.

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

## **2. Administration provisoire de l'insolvabilité**

Il est aujourd'hui souvent difficile de constater si les conditions pour l'ouverture d'une procédure de faillite sont réunies. Par ailleurs, une bonne satisfaction des créanciers suppose que le patrimoine du débiteur soit conservé lorsqu'une longue période sépare la demande d'ouverture de la procédure de l'ouverture proprement dite. Actuellement, les tribunaux ordonnent, par conséquent, souvent la séquestration. La nouvelle loi qualifie la séquestration d'administration provisoire de l'insolvabilité. Le législateur a levé les incertitudes quant au statut juridique du séquestre à travers les art. 21 à 25 de la loi sur l'insolvabilité. Le tribunal peut demander à l'administrateur provisoire de l'insolvabilité d'examiner les chances de succès d'un redressement (art. 22, al. 1, n° 3 InsO). Le juge a ainsi la possibilité de retarder l'ouverture de la procédure jusqu'à la conclusion de cet examen, même si les conditions mises à l'ouverture sont déjà préalablement remplies.

## **3. Ouverture de la procédure et nomination de l'administrateur de l'insolvabilité**

Les dispositions relatives au contenu et à la publication de la décision d'ouverture de la procédure d'insolvabilité reprennent en grande partie les solutions de la loi sur la faillite (art. 27 à 33 InsO).

En règle générale, un administrateur de l'insolvabilité sera nommé lors de l'ouverture de la procédure. L'administrateur de l'insolvabilité doit être une personne physique (art. 56 al. 1 InsO). L'administrateur nommé par le tribunal peut être démis par un vote de la première assemblée des créanciers qui a le pouvoir d'élire une autre personne. Le tribunal ne peut s'opposer à la nomination de l'administrateur nouvellement élu que si ce dernier ne présente pas les qualités requises pour l'exercice de cette fonction (art. 57 InsO), par exemple si cette personne était incompétente ou ne présentait pas des garanties d'indépendance suffisantes.

Les règles relatives à la responsabilité de l'administrateur de l'insolvabilité sont, pour l'essentiel, conformes à la jurisprudence de la Cour fédérale sur la responsabilité de l'administrateur de la faillite (comparer art. 60 à 62 InsO). L'administrateur est responsable de toutes les fautes commises lors de l'exécution de ses obligations. Aux termes de l'art. 278 BGB (3), il est également responsable des fautes commises par les salariés du débiteur qu'il charge de l'exécu-

tion de ses obligations. Les prétentions à l'encontre de l'administrateur font l'objet d'une prescription triennale à compter du moment où la personne lésée a connaissance du manquement, la prescription étant acquise au plus tard trois ans après la fin de la procédure (art. 62 InsO). L'administrateur est plus particulièrement responsable des dettes qu'il fait naître à la charge du patrimoine du débiteur ; il en va de même pour l'administrateur provisoire, art. 21, al. 2, n° 1 InsO. Si de telles dettes ne peuvent être éteintes faute d'une masse suffisante, l'administrateur est personnellement responsable à l'encontre des créanciers de la masse. Cette responsabilité ne disparaît que si l'administrateur ne pouvait pas prévoir, lors de la naissance de la dette, que la masse serait insuffisante. Il doit apporter la preuve de son ignorance selon l'art. 61 de la loi sur l'insolvabilité.

La rémunération de l'administrateur est fixée par le tribunal. Conformément à l'art. 65 InsO, le ministre de la Justice a promulgué un décret relatif à la rémunération de l'administrateur aux termes duquel – comme dans le passé – la rémunération sera calculée sur la base de la valeur de la masse de l'insolvabilité de manière dégressive (4).

Le nouveau régime de l'insolvabilité, par opposition au régime de la faillite, prévoit qu'il est possible de renoncer à la nomination de l'administrateur de l'insolvabilité et de procéder à une «auto-administration» (art. 275 bis). En ce cas, le débiteur garde le droit de disposer de son patrimoine mais est placé sous la surveillance d'un «administrateur des biens» *Sachwalter* (comparer art. 270 à 285 InsO). Le tribunal ne renoncera à nommer un administrateur de l'insolvabilité que si, d'après les circonstances de la cause, aucune lésion des intérêts des créanciers n'est à craindre. Il suffit cependant que la procédure s'en trouve retardée pour que le caractère lésionnaire soit admis. Si les créanciers ne consentent pas à une auto-administration et si l'assemblée des créanciers prend une décision en ce sens, le tribunal doit nommer un administrateur de l'insolvabilité. L'auto-administration devrait se limiter au cas où le débiteur a un comportement correct et la confiance des créanciers (5). Si ces conditions sont réunies, l'auto-administration est intéressante pour les créanciers dotés d'un droit de revendication, à savoir notamment pour les banques : l'inscription au livre foncier et au registre des véhicules maritimes et aériens est ainsi évitée et les créanciers économisent 4 % des frais de constatation (art. 282 al. 1 en liaison avec l'art. 171 al. 1 InsO) (6).

Les droits et obligations de «l'administrateur des biens» correspondent, pour l'essentiel, aux droits et obligations de l'administrateur du concordat tels qu'ils résultent de l'ancien régime du concordat. Le tribunal peut exiger que le débiteur obtienne le consentement de «l'administrateur des biens» avant la réalisation de certaines opérations. Par de telles dispositions, le statut juridique de «l'administrateur des biens» se rapproche du statut juridique de l'administrateur de l'insolvabilité.

#### **4. L'influence des créanciers sur la procédure**

La phase préliminaire de la procédure d'insolvabilité est conclue par l'audience de rapport (7). Au cours de cette assemblée des créanciers, l'administrateur présente un rapport sur la situation économique du débiteur et sur la possibilité de son redressement. Les créanciers décident, sur le fondement de ce rapport, si l'entreprise insolvable doit être liquidée ou continuée (art. 156,157 InsO).

Comme par le passé, les décisions de l'assemblée des créanciers seront prises à la majorité simple, calculée en fonction des créances détenues par les différents créanciers. Aux termes de l'art. 76 al. 2 de la loi sur l'insolvabilité, les créanciers titulaires d'un droit de revendication seront, à l'avenir, également en droit de voter dans la mesure où ils sont davantage intégrés à la procédure qu'avant. Par ailleurs, les créanciers mis en minorité peuvent obtenir du tribunal la levée de décisions de l'assemblée des créanciers, si ces décisions portent atteinte à «l'intérêt général» des créanciers de l'insolvabilité (art. 78 InsO). «L'intérêt général» des créanciers de l'insolvabilité est le meilleur recouvrement possible des créances de l'insolvabilité (non assorties d'une sûreté) en faisant abstraction des intérêts particuliers, éventuellement divergents, des créanciers. Le législateur estime, semble-t-il, que les créanciers titulaires d'une sûreté doivent tenir compte, lors de leur vote, des intérêts des créanciers chirographaires.

#### **5. Le redressement par cession de l'entreprise du débiteur**

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

Comme par le passé, le redressement par cession, c'est-à-dire par la vente de l'entreprise ou de parties essentielles de l'entreprise à un tiers, joue un grand rôle. Aux termes de l'art. 160, al. 1, n° 2 de la loi sur l'insolvabilité, l'administrateur de l'insolvabilité n'est autorisé à opérer une telle cession qu'avec le consentement du comité des créanciers. Dans certains cas particuliers, comme par exemple lors de la vente à une personne «particulièrement intéressée» (art. 163 InsO (8)) ou lors de la vente en dessous du prix maximal réalisable, le consentement de l'assemblée des créanciers peut être nécessaire (comparer art. 163 InsO). Un redressement par cession suppose, en règle générale, une réduction considérable du nombre des salariés des unités d'exploitation à transmettre. Le nouveau régime de l'insolvabilité devrait faciliter la réduction du personnel par un certain nombre de dispositions modificatives. Comme par le passé, l'administrateur doit respecter la loi de protection en matière de licenciement dans les entreprises ayant plus de cinq salariés à temps plein, à savoir donc le licenciement doit être motivé. Lors de licenciements pour motif économique, la question essentielle qui se posera est celle de savoir si le choix social a été convenablement réalisé. Les licenciements pour motif personnel ne soulèvent pas de problèmes particuliers. Si l'administrateur et le comité d'entreprise fixent d'un commun accord la liste des salariés à licencier, la loi sur l'insolvabilité présume que des impératifs liés à la continuation de l'entreprise fondent le licenciement. Le choix social ne peut, par ailleurs, être remis en question que si les trois critères «durée de l'appartenance à l'entreprise», «âge» et «obligations alimentaires» n'ont pas été pris en considération ou si le choix effectué est entaché d'erreur grossière. Aux termes de l'art. 125 al. 1 de la loi sur l'insolvabilité, le choix social n'est pas considéré comme entaché d'«erreur grossière» lorsqu'une structure du personnel équilibrée est créée ou conservée. Ainsi la possibilité de licencier des salariés âgés appartenant depuis longtemps à l'entreprise et ayant des obligations alimentaires est-elle donnée afin qu'une structure équilibrée au plan de l'âge puisse être atteinte.

Si aucun accord n'est trouvé avec le comité d'entreprise, l'administrateur peut faire contrôler la régularité des licenciements, avant de les prononcer, par le tribunal du travail dans le cadre d'une procédure globale. Dans le cadre de cette procédure décisive, le contrôle de la régularité est limité au respect des trois critères ci avant définis lors du choix social (art. 126 InsO). L'administrateur a cependant le droit de prononcer des licenciements sans recourir à cette procédure de contrôle préalable.

Aux termes de l'art. 613a al. 4 BGB (code civil allemand), le licenciement par l'employeur ou par le nouveau propriétaire en raison de la cession de l'entreprise ou d'une partie de l'entreprise est irrégulière. L'art. 128 de la loi sur l'insolvabilité dispose expressément que les dispositions ci avant mentionnées trouvent également application lorsque le licenciement doit intervenir après la cession de l'entreprise. En plus, une présomption selon laquelle le licenciement est intervenu pour un motif autre que la cession de l'entreprise existe.

Le législateur n'a pas abrogé l'art. 613a BGB dans le cadre de la procédure d'insolvabilité bien que de nombreux administrateurs de la faillite en aient formulé la demande. Il n'a pas repris les dispositions de la procédure d'exécution forcée générale applicables dans les nouveaux Länder et selon lesquelles l'art. 613a BGB n'est pas applicable aux cas de cessions d'entreprises.

## **6. Redressement du débiteur dans le cadre du plan d'insolvabilité**

Lorsque les créanciers se prononcent en faveur du redressement du débiteur, le but de la procédure subséquente est de garantir que les bénéfices futurs de l'entreprise seront employés à la satisfaction des créanciers. Aux termes de l'ancien droit, un tel redressement ne pouvait être obtenu que sur la base du concordat forcé. Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1999, le plan d'insolvabilité remplacera le concordat forcé. Le plan d'insolvabilité est cependant gouverné par d'autres principes que le concordat. Le concordat constituait un allègement pour le débiteur honnête. Le plan d'insolvabilité doit permettre, au contraire, une utilisation économiquement plus efficace du patrimoine du débiteur. Par le biais des dispositions négociées entre les parties prenantes, ce patrimoine doit être mieux utilisé que par la liquidation.

Le débiteur et l'administrateur de l'insolvabilité peuvent proposer un plan d'insolvabilité (art. 218 InsO). L'administrateur peut élaborer un plan d'insolvabilité de sa propre initiative (9), il peut cependant également attendre que les créanciers, lors de l'audience de rapport, lui demandent d'élaborer un tel plan d'insolvabilité.

Aux termes des art. 220, 221 de la loi sur l'insolvabilité, le plan se compose de deux parties : la partie descriptive *darstellender Teil* décrit les mesures économiques envisagées, la partie pratique *gestaltender Teil* décrit des interventions sur les droits des créanciers. La renonciation par les créanciers à une partie de leur créance ainsi que l'échelonnement d'une autre partie de leur créance devraient devenir une disposition typique de la partie pratique du plan de redressement. Il n'existe donc pas de grandes différences par rapport au contenu habituel d'un accord de concordat tel que prévu par l'ancien droit.

L'une des innovations essentielles consiste en ce que, dans la mesure où leurs droits sont atteints, les créanciers bénéficiaires d'un droit en paiement séparé (10) participeront,

à l'avenir, au vote relatif au plan d'insolvabilité, à côté des créanciers de la faillite, art. 222, al. 1, n° 1 InsO.

Dans le cadre d'un plan d'insolvabilité, d'autres groupes de créanciers peuvent être constitués qui doivent être définis d'après leurs intérêts économiques respectifs, art. 222, al. 2 InsO : il est envisageable que les fournisseurs et les créanciers détenant des créances fondées sur la responsabilité du fait des produits défectueux, ou également les banques forment un groupe particulier de créanciers. Le plan d'insolvabilité est, de ce point de vue, extrêmement flexible. Il permet de trouver des solutions adaptées à chaque cas d'espèce.

Chaque groupe de créanciers vote séparément sur le plan. Pour que le plan soit adopté, une majorité simple par tête et une majorité simple par montant des créances, dans les deux cas par référence aux créanciers participant au vote, est nécessaire (art. 244 InsO). Le régime du concordat exigeait, au contraire, une majorité simple par tête des créanciers participant au vote et une majorité des deux tiers par montant des créances des créanciers ayant le droit de vote.

Si un seul groupe de créanciers rejette le plan à la majorité, le plan est, en principe, mis en échec. Il en ira autrement si les créanciers appartenant au groupe ayant rejeté le plan ne se retrouvent pas dans une situation pire, du fait du plan, que si l'entreprise était liquidée, s'ils participent, par ailleurs, raisonnablement à la plus-value réalisée du fait du redressement de l'entreprise (comparer art. 245 InsO) et si la majorité des groupes de créanciers votant sur le plan a donné son consentement à ce dernier.

Le plan d'insolvabilité doit être homologué par le tribunal. Cette homologation est automatique dès lors que le débiteur a donné son accord concurremment à la majorité des créanciers et que les dispositions procédurales ont été respectées. Lors de l'homologation, le tribunal vérifie sur requête qu'il n'y a pas abus de majorité (art. 251 InsO). Chaque créancier peut obtenir que l'homologation judiciaire du plan soit refusée parce que la situation dudit créancier serait plus mauvaise en cas d'application du plan qu'en cas de liquidation de l'entreprise. Ce droit subsiste au profit de chacun des créanciers, même si le groupe auquel il appartient a donné son accord au plan à la majorité (11).

Lorsque l'homologation du plan d'insolvabilité acquiert sa pleine force juridique, la partie matérielle du plan développe ses effets (art. 254 al. 1 InsO). Dans ce contexte, il faut notamment noter la «libération des dettes résiduelles» partielle du débiteur ou de son associé personnellement responsable (art. 227 InsO) (12).

Le plan peut prévoir que son exécution sera surveillée pendant une durée maximale de trois ans par l'administrateur de l'insolvabilité (art. 260, 261, 268 InsO).

Les art. 264 à 266 InsO sont notamment importants pour les banques : il est favorisé de contracter des crédits de redressement pendant la période de surveillance. Le plan peut définir le cadre du crédit, ce qui a pour effet de conférer un rang privilégié au prêteur pour le recouvrement de sa créance en cas d'échec du plan de redressement (art. 264 à 266 InsO) (13).

## **7. La liquidation de l'entreprise**

Si l'assemblée des débiteurs décide la liquidation de l'entreprise ou si le plan de redressement échoue avant la clôture de la procédure, la masse de l'insolvabilité est réalisée et le produit réparti par l'administrateur de l'insolvabilité. Les

dispositions applicables à la liquidation ne diffèrent guère des dispositions de la loi relative à la faillite (comparer en particulier art. 159 à 161, 187 à 206 de la loi sur l'insolvabilité).

L'administrateur aura le droit, à l'avenir, de réaliser les biens mobiliers objets d'un droit de revendication et qui se trouvent en sa possession (14). Le produit de la réalisation doit être remis aux créanciers dotés d'une sûreté. L'administrateur a cependant un droit de rétention d'une partie du produit de la réalisation au profit de la masse de l'insolvabilité parce que les créanciers dotés d'une sûreté doivent supporter les frais de la constatation et de la réalisation des sûretés (art. 170 al. 1, art. 171 InsO). La constatation juridique et matérielle de l'état des sûretés par l'administrateur est rémunérée forfaitairement à raison de 4 % du produit de la réalisation. Pour les frais de la réalisation, le forfait est de 5 %. Si les frais réels de la réalisation sont nettement plus élevés ou nettement plus faibles, le décompte des frais réels peut être demandé. Si la masse est assujettie à la taxe sur le chiffre d'affaires du fait de la réalisation de la sûreté, cette taxe sur le chiffre d'affaires peut également être déduite du produit de la réalisation (15).

Aux termes de l'art. 10, al. 1, n° 1a de la loi sur l'adjudication forcée tel que modifié par l'art. 20, n° 1 de la loi d'introduction au régime de l'insolvabilité, 4 % de la valeur des accessoires (16) d'un immeuble passent du produit de la vente forcée à la masse. Cette somme sert à couvrir les frais de la constatation juridique et matérielle de la responsabilité du fait des accessoires.

Le produit réalisé avec les biens non grevés de droits de tiers sert à couvrir les frais de la procédure et les autres dettes de la masse. Le reste est réparti entre les créanciers. Tous les créanciers de l'insolvabilité obtiennent la même cote. Les privilèges tels qu'ils résultent de la loi relative à la faillite sont écartés par le nouveau régime de l'insolvabilité (17).

## 8. La position des créanciers

Si l'on réserve le cas de l'auto-administration, le pouvoir de disposition sur le patrimoine du débiteur passe, au plus tard lors de l'ouverture de la procédure, à l'administrateur de l'insolvabilité. Contrairement à ce qui est prévu par le droit actuel de la faillite, le patrimoine que le débiteur acquiert durant la procédure d'insolvabilité fera également partie de la masse de l'insolvabilité (art. 35 InsO).

Sur le fondement d'un certain nombre de cas d'espèce, l'influence de l'ouverture de la procédure sur les rapports juridiques entre débiteur et créanciers est réglée différemment par le nouveau droit de l'insolvabilité que par la loi relative à la faillite :

- La compensation opérée par un créancier avec une créance non encore arrivée à échéance n'est possible que si la créance appartenant à la masse n'arrive pas à échéance plus tôt (art. 45 al. 1 InsO).
- D'un autre côté, l'art. 95 al. 2 de la loi sur l'insolvabilité autorise la compensation de créances portant sur des monnaies différentes.
- Selon l'art. 104 InsO (en vigueur depuis le 19 octobre 1994), le créancier ne peut demander, dans le cadre des contrats financiers à terme, que des dommages et intérêts ; il ne peut plus exiger l'exécution du contrat.
- Le droit d'option de l'administrateur concernant des rapports contractuels en cours pourra à l'avenir être limité à la partie de la prestation non encore exécutée lorsque les

prestations sont divisibles (comparer art. 105 InsO) ; les contrats de bail portant sur des biens meubles sont également soumis à ce droit d'option.

- Les art. 129 à 142 de la loi sur l'insolvabilité définissent le droit de l'administrateur de contester les actes juridiques pris avant l'ouverture de la procédure et qui lèsent les intérêts des créanciers. Du fait de la renonciation à des éléments constitutifs subjectifs et d'un allègement de la charge de la preuve, le droit de contestation devrait être plus facile à faire valoir à l'avenir. Ainsi, le nouveau droit présume-t-il la connaissance par les proches du débiteur de sa situation, les prestations à titre gratuit du débiteur peuvent être remises en cause pour les quatre années précédant la demande d'ouverture de la procédure.

L'art. 113, al. 1 InsO limite le délai de préavis pour la résiliation d'un contrat de travail à trois mois au maximum.

Le volume d'un plan social (18) ne doit pas dépasser deux salaires mensuels et demi des salariés concernés par le licenciement, d'une part, et un tiers du produit de l'insolvabilité qui pourrait être distribué aux salariés sans plan social (art. 123 InsO), d'autre part. Les prétentions résultant d'un plan social, dont il a été convenu après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, seront, à l'avenir, des créances de masse ; la loi sur la faillite qualifiait ces créances comme privilégiées de la faillite.

- L'administrateur de l'insolvabilité peut, dans la période séparant l'ouverture de la procédure de la date d'audience du rapport, à savoir pendant une période de trois mois au maximum, faire suspendre la vente forcée des terrains du débiteur sans autre condition (art. 30 d al. 1 phrase 1 de la loi sur l'adjudication forcée en liaison avec l'art. 20 n° 4 de la loi d'introduction au régime de l'insolvabilité) (19). Ceci portera atteinte notamment aux droits des banques.

Si le débiteur présente un plan d'insolvabilité qui n'a pas été réfuté, la vente forcée aux enchères peut être suspendue provisoirement sur la demande du débiteur, art. 20, n° 4 EGInsO (loi introductive de la loi sur l'insolvabilité) [art. 30 d, al. 2 ZVG (loi portant sur la vente forcée aux enchères) nouveaux].

L'administrateur provisoire de l'insolvabilité est également en droit de provoquer la suspension provisoire de la vente forcée aux enchères dans la mesure où il rend vraisemblable que la suspension provisoire est nécessaire pour éviter des modifications désavantageuses de la situation patrimoniale du débiteur, art. 20, n° 4 EGInsO (art. 3 d, al. 4 ZVG nouveaux).

- Les biens mobiliers objets d'un droit de revendication (20) ne peuvent être réalisés que par l'administrateur de l'insolvabilité après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité (art. 166 al. 1 InsO), dans la mesure où ils se trouvent en possession de l'administrateur. Ceci concerne, en règle générale, les banques, étant donné qu'elles se font souvent constituer des biens à titre de sûreté, ou céder des créances à titre de garantie. Pendant la période séparant l'ouverture de la procédure de la date d'audience du rapport, l'administrateur n'est pas tenu de faire usage du droit de réalisation. Il peut continuer à utiliser le bien objet de la sûreté au profit de la masse. Il est alors juste tenu à la compensation des pertes de valeur (art. 172 InsO). Si l'administrateur utilise les biens cédés à titre de sûreté après la date d'audience du rapport, il est tenu non seulement de compenser les pertes de valeur mais également de payer une indemnité d'utilisation équivalente aux intérêts de retard dus (comparer art. 169 InsO).

- En outre, les créanciers doivent supporter les frais de la détermination et de la réalisation des biens mobiliers objets d'un droit de revendication et qui se trouvent en possession de l'administrateur. Comme tous les créanciers détenant un droit de gage immobilier, les banques sont obligées de renoncer à 4 % de la valeur des accessoires du bien immobilier (21).
- Si le débiteur possède un bien mobilier en sa qualité de locataire ou de preneur dans un contrat de leasing, ce bien peut être retiré de la masse de l'insolvabilité à la fin du contrat. Le bailleur ou le donneur dans le contrat de leasing n'a cependant pas le droit de mettre un terme au contrat à tout moment. L'interdiction de résiliation telle qu'elle résulte de l'art. 112 de la loi sur l'insolvabilité a pour conséquence d'empêcher toute résiliation sur le fondement d'un retard de paiement antérieur à la demande d'ouverture de la procédure ou d'une détérioration de la situation économique du débiteur.
- Finalement, même les droits des créanciers détenant un droit de distraction sont atteints : pour les biens livrés sous réserve de propriété, l'administrateur aura le droit d'opter entre l'exécution du contrat de vente et le refus d'exécution. Si l'administrateur refuse l'exécution, le créancier peut demander le retrait de la masse du bien réservé. Aux termes de l'art. 107 al. 2 de la loi sur l'insolvabilité, l'administrateur n'est pas tenu de faire usage de ce droit d'option dans la période séparant l'ouverture de la procédure de la date d'audience du rapport (22). L'administrateur peut donc même maintenir à titre onéreux dans la masse les biens soumis à une réserve de propriété pendant un délai de trois mois au maximum.
- Après l'ouverture de la procédure, les dettes nées de l'activité de l'administrateur d'insolvabilité provisoire jouissant de la capacité de disposer sur le patrimoine du débiteur (art. 21, al. 2, n° 2 InsO), sont considérées comme dettes de la masse (art. 55, al. 1, n° 2 InsO) ; c'est par exemple le cas d'une banque qui conclut un contrat de prêt avec l'administrateur provisoire. Dans l'avenir, les créanciers sont donc obligés d'examiner scrupuleusement l'acte de nomination de l'administrateur provisoire.

## **9. Rejet de la procédure par insuffisance de la masse**

Il y a lieu de considérer que dans de nombreux cas d'insolvabilité, la masse ne permettra pas de mener à bien une procédure d'insolvabilité. La loi sur l'insolvabilité s'intéresse davantage que la loi relative à la faillite aux cas de clôture de la procédure en raison de la pauvreté de la masse.

La loi sur l'insolvabilité distingue entre deux cas de clôture : la clôture «faute de masse» définie à l'art 207 de la loi et la clôture pour «insuffisance de la masse» définie aux art. 208 à 211 de la loi.

Le tribunal clôt la procédure faute de masse lorsque la masse disponible est si faible qu'elle ne suffit pas à couvrir les frais de la procédure, la rémunération de l'administrateur de l'insolvabilité et des membres du comité des créanciers. De ce fait, la procédure est interrompue et seules les liquidités existantes sont distribuées. Les frais de la procédure et les rémunérations sont prises en considération à égalité de rang et proportionnellement. Seuls les débours respectifs sont privilégiés. La masse non utilisée est restituée au débiteur car sa réalisation ne peut être confiée à l'administrateur faute de possibilités de rémunération.

Si les frais de la procédure sont couverts et si les autres dettes de la masse ne peuvent pas être intégralement satisfaites, il y a insuffisance de la masse. En ce cas, la procédure n'est close qu'après réalisation et distribution de l'intégralité de la masse de l'insolvabilité. L'administrateur doit immédiatement déclarer l'insuffisance de la masse au tribunal. Il doit cependant continuer à réaliser la masse et à distribuer le produit de la réalisation selon les modalités suivantes : couverture, en premier lieu, des frais de la procédure, couverture, ensuite, des dettes de la masse nées après la déclaration d'insuffisance de la masse, au troisième rang, couverture des autres dettes de la masse. Le privilège des dettes de la masse qui sont nées après la déclaration d'insuffisance de la masse permet à l'administrateur de conclure et d'exécuter de nouveaux contrats en dépit de l'insuffisance de la masse. C'était impossible dans le cadre de l'ancienne loi sur la faillite.

## **10. Exonération des dettes subsistantes**

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

Lors de l'audience finale, les créanciers et l'administrateur de l'insolvabilité sont entendus à propos de la demande du débiteur. A la demande d'un seul créancier, le tribunal refuse de faire droit à la demande d'exonération du débiteur, à condition qu'un motif de refus au sens de l'art. 290 de la loi sur l'insolvabilité rende l'exonération insupportable au créancier (23). Si aucun motif de refus de l'exonération n'existe, le tribunal désigne l'administrateur fiduciaire auquel sont versés les revenus saisissables du débiteur après la clôture de la procédure d'insolvabilité.

Durant les sept années qui suivent la fin de la procédure d'insolvabilité, le débiteur est, en première ligne, tenu d'exercer une activité professionnelle adaptée et de faire état de ses revenus. Si le débiteur exerce une profession libérale, il doit verser à l'administrateur fiduciaire les revenus dont le montant correspond aux revenus tirés d'un rapport de travail adapté (art. 295 InsO). Si le débiteur viole ces obligations, l'exonération lui est refusée par le tribunal de l'insolvabilité à la demande d'un seul créancier de l'insolvabilité (art. 296 InsO). Si le débiteur, au contraire, remplit ses obligations, le tribunal prononce l'exonération de dettes au terme de la période de sept années selon l'art. 300 de la loi sur l'insolvabilité (24).

## **II Insolvabilité du consommateur**

La procédure d'insolvabilité du consommateur n'a été introduite dans la loi qu'en 1994 par la commission juridique (25). Il s'agit d'une procédure simplifiée qui est obligatoire pour les personnes physiques qui n'exercent pas d'activité indépendante ou une activité indépendante minime (art. 304

InsO). Une procédure d'insolvabilité ne sera ouverte sur le patrimoine de ces personnes que si l'échec d'une tentative d'accord amiable est établi. Le débiteur doit fournir, lors du dépôt de la demande d'ouverture de la procédure, un certificat d'une personne ou d'une institution appropriée (églises, centres de conseil pour les consommateurs et les débiteurs, etc.), selon lequel un accord amiable conclu avec les créanciers tendant à l'apurement extra-judiciaire des dettes sur le fondement d'un plan a échoué au cours des six mois précédant le dépôt de la demande d'ouverture (art. 305 al. 1 n° 1 InsO). Si ces conditions sont réunies, le débiteur doit fournir un état de son patrimoine et un plan d'apurement de ses dettes qui peut contenir toutes sortes de dispositions de nature à permettre un apurement de dettes compte tenu des intérêts des créanciers et de la situation patrimoniale, salariale et familiale du débiteur (art. 305 al. 1 n° 3 et 4 InsO). Avant de prendre une décision quant à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, le tribunal doit provoquer une décision des créanciers sur le plan d'apurement (art. 306 et ss. InsO). Si les créanciers adoptent le plan (26), ce dernier a, aux termes de l'art. 308 al. 1 phrase 2 de la loi sur l'insolvabilité, l'effet d'une transaction judiciaire : la procédure est terminée et les créanciers détiennent un titre exécutoire.

La procédure d'insolvabilité proprement dite n'est ouverte que si les créanciers rejettent le plan d'apurement des dettes (art. 311 InsO). Il s'agit là d'une procédure simplifiée. L'art. 312 de la loi sur l'insolvabilité prévoit seulement que la tenue d'une audience de contrôle est prévue et la procédure peut même être menée par écrit. Il résulte de l'art. 313 de la loi sur l'insolvabilité que les missions de l'administrateur de l'insolvabilité sont prises en charge par un administrateur fiduciaire et que les créanciers font valoir eux-mêmes les droits de contestation des actes juridiques pris par le débiteur en lésion de leurs intérêts. La procédure de répartition peut elle-même être nettement simplifiée (art. 314 InsO).

Si le débiteur formule une demande d'exonération des dettes subsistantes selon l'art. 314, al. 3 de la loi sur l'insolvabilité, il peut être libéré de ses dettes à l'issue de la procédure d'insolvabilité aux conditions exposées ci-dessus sous n° 10.

### III Appréciation critique

Vingt années séparent la mise en place de la commission sur le droit de l'insolvabilité de l'entrée en vigueur de la loi sur l'insolvabilité. La pratique, la recherche et les représentants des différents intérêts politiques en cause ont ardemment et parfois très «critiquement» accompagné le processus législatif. L'adoption de la loi a été unanime au Bundestag – avec des votes dissidents sur certaines questions particulières – suite à d'importantes modifications apportées aux premiers projets essentiellement sur le fondement de négociations menées au sein de la commission juridique du Bundestag.

Il était, de toute évidence, raisonnable et opportun d'installer une procédure uniforme par rapport à l'ancienne situation juridique (procédure de redressement et procédure de liquidation des biens et régime de l'exécution forcée générale). Il en va de même pour le renforcement de l'influence des créanciers dans la procédure d'insolvabilité, en particulier au niveau du plan d'insolvabilité. La modification des règles de majorité qui deviennent moins sévères devrait faciliter le redressement. La disparition des privilèges et la satisfaction

de tous les créanciers à égalité de rang ne peuvent qu'être saluées. La priorité donnée jusqu'ici à certains groupes de créanciers, tels salariés et administration fiscale, au détriment d'autres groupes de créanciers n'était guère justifiable. La disparition d'éléments constitutifs subjectifs et l'allègement de la charge de la preuve dans le cas des procédures de contestation doivent également être saluées. La stipulation de l'art. 35 InsO est favorable pour les créanciers, aux termes de laquelle la masse englobe aussi les biens que le débiteur acquiert au cours de la procédure. De même, l'abolition de l'art. 419 BGB (27) a été saluée, ainsi que la compensation avec des créances en monnaie ou unités de compte différentes (art. 95 InsO), et le règlement portant sur les contrats financiers à terme (art. 104 InsO). Il en va de même pour le règlement plus exhaustif des procédures avec peu d'actif.

L'effort du législateur d'augmenter le volume de la masse par augmentation de la participation aux frais de constatation (4 %) et de réalisation (5 %) doit également être approuvé. Il ne s'agit pourtant pas d'une innovation. Déjà sous l'égide de l'ancienne loi, un grand nombre de créanciers convenaient avec le syndic d'une réalisation par ce dernier, ceci concernait notamment les banques qui, en règle générale, ne sont pas en mesure de réaliser elles-mêmes les biens constitués en garantie. Les frais se montaient en règle générale à 20 à 30 % de la valeur des biens constitués en garantie, à savoir les frais étaient beaucoup plus élevés que les frais fixés actuellement par la loi.

Il est bien possible que les demandes en insolvabilité seront (devront être) déposées plus tôt, le surendettement intervenant plus vite : les créanciers principaux, dont notamment les banques, augmenteront le volume de leur sûreté, propriétés constituées à titre de sûretés et cessions à titre de garantie afin de compenser les frais fixés par la loi pour la constatation et la réalisation qui naîtront dans le cadre de la procédure d'insolvabilité ; l'actif disponible s'en trouvera réduit. En outre, il est à craindre que la masse soit grevée d'importants frais d'expertise sur le fondement du nouveau droit : il faut partir du principe que les tribunaux de l'insolvabilité feront face à l'obligation de contrôle résultant de l'art. 66 al. 2 de la loi sur l'insolvabilité par la transmission du contrôle à un expert indépendant afin d'échapper à tout recours des créanciers.

La décision du législateur de ne pas renoncer à l'art. 613 a BGB dans le cadre de la procédure d'insolvabilité est critiquable. Elle ignore le but que le législateur s'était fixé à savoir : favoriser la continuation de l'entreprise. En effet, si la reprise de l'entreprise échoue, celle-ci sera généralement liquidée ce qui entraînera la perte de tous les emplois. Bien que la pratique, à savoir les syndics, ait toujours attiré l'attention du législateur sur cette conséquence, ce dernier – comme c'est assez souvent le cas – a refusé de faire face à la réalité.

La compensation des intérêts dans le cadre de la cession de l'entreprise (art. 125 InsO) ne constitue pas, en vérité, une véritable amélioration du droit général de protection contre le licenciement, dans la mesure où les critères «durée d'appartenance à l'entreprise», «âge», et «obligations alimentaires» déterminaient la décision déjà par le passé.

La procédure décisoire de l'art. 126 de la loi sur l'insolvabilité ne fera peut-être pas non plus ses preuves : d'un côté, avec la participation de tous les salariés, c'est une procédure lourde, d'un autre côté, l'administrateur doit prononcer les licenciements au plus vite pour décharger la masse du poids des créances salariales et échapper à d'éventuels recours des créan-

ciers. La décision relative à la validité des licenciements prévus devrait cependant intervenir, en pratique, au plus tôt deux mois après le dépôt de la demande, et ce délai est trop long.

Au cas où le tribunal d'insolvabilité nommera un administrateur de l'insolvabilité provisoire conformément à l'art. 21, al. 2, n° 2 InsO, jouissant de la capacité de disposer sur le patrimoine du débiteur, il ne sera plus possible d'enrichir la masse par le recours aux prestations des salariés pour une période de trois mois au maximum avant l'ouverture de la procédure. Car les salariés cèdent leurs droits à la rémunération qu'ils détiennent à l'encontre du débiteur à la Bundesanstalt für Arbeit (office fédéral pour l'emploi), dans la mesure où la Bundesanstalt leur verse l'indemnité de mise à pied pour cause d'insolvabilité. Et conformément à l'art. 55, al. 1, n° 2 InsO, ces dettes deviennent dettes de la masse après l'ouverture de la procédure !

(1) La disposition définit impérativement une responsabilité du preneur d'un patrimoine pour l'ensemble des obligations de celui qui cède son patrimoine. Selon la jurisprudence de la Cour fédérale, la responsabilité existe dès lors que 85 à 90 % du patrimoine a été transmis.

(2) Cette disposition oblige les membres de la direction, voire les gérants d'une société par actions ou d'une société à responsabilité limitée, à demander l'ouverture d'une procédure de concordat ou de faillite dans un délai de trois semaines à compter du moment où l'insolvabilité ou le surendettement est réalisé.

(3) «Art. 278 «Faute de l'auxiliaire d'exécution» : Le débiteur est responsable d'une faute commise par son représentant légal ou par les personnes dont il se sert pour l'exécution de ses obligations au même titre que de ses propres fautes...»

(4) Si la valeur de la masse s'élève par exemple à DM 50.000,00, l'administrateur reçoit DM 20.000,00, si la valeur est de DM 100.000,00 par exemple, il reçoit DM 32.500,00, si la valeur est de DM 500.000,00 par exemple, il reçoit DM 50.500,00, si la valeur est de DM 1 million par exemple, il reçoit DM 65.500,00, si la valeur est de DM 50 millions par exemple, il reçoit DM 1.045.500,00.

(5) La commission juridique du Bundestag part du principe que l'auto-administration autonome aura un caractère exceptionnel.

(6) Cf. en détail n° 7.

(7) L'audience de rapport a lieu au plus tard trois mois après la décision d'ouverture, art. 29, al. 1, n° 1 InsO ; il est souhaitable (selon la loi) qu'elle ait lieu six semaines après la décision d'ouverture.

(8) Appartiennent, par exemple, à cette catégorie de personnes : le conjoint du débiteur, les parents du débiteur et leurs époux, les personnes qui vivent au domicile du débiteur ou encore les créanciers titulaires d'un droit de préférence qu'ils font valoir, en valeur, 20 % de leur droit de préférence.

(9) Il en ira, par exemple ainsi, lorsque l'administrateur aura contrôlé les capacités de redressement de l'entreprise en sa qualité d'administrateur provisoire de l'insolvabilité.

(10) Sont considérés comme créanciers dotés d'un droit en paiement séparé sur les biens meubles : a) les créanciers dotés d'un droit de gage contractuel, art. 50 InsO ; b) les créanciers dotés d'un droit de gage de la saisie, art. 50 InsO ; c) les créanciers dotés d'un droit de gage légal (par exemple droit de gage du bailleur, art. 592 BGB), art. 50 InsO ; d) les créanciers dotés de la propriété transférée à titre de garantie ou d'une créance cédée à titre de garantie, art. 51, n° 1 InsO ; e) les créanciers bénéficiaires d'un droit de rétention, art. 51, n° 2 et 3 InsO.

(11) Aucun créancier n'est, par exemple, tenu de se satisfaire de la cote de 10 % prévue par le plan s'il est établi qu'il atteindrait une cote de 20 % sans le plan.

(12) Art. 227 InsO : «Responsabilité du débiteur : a) si le plan d'insolvabilité ne contient pas de disposition contraire, la partie pratique prévoyant le paiement des créanciers de l'insolvabilité libère le débiteur de ses dettes résiduelles à l'égard de ces créanciers ; b) si la débiteur est une société ne jouissant pas de la personnalité morale ou une société en commandite par actions, l'alinéa 1 s'applique à la responsabilité personnelle des associés.»

Finalement, l'institution empruntée au droit américain de la libération des dettes résiduelles ne convainc pas du tout. Le consommateur et le chef d'entreprise véritablement «honnêtes» qui paient régulièrement leurs dettes et leurs impôts se demanderont, à raison, pourquoi le législateur ne prévoit pas de décharge en leur faveur.

En plus, il est à craindre que l'art. 295, al. 1 InsO offre de nombreuses possibilités d'usage frauduleux à un débiteur malhonnête et qu'il obtienne la libération des dettes résiduelles sans versements ou sans versements notables. D'après la volonté du législateur, les créanciers doivent surveiller constamment le débiteur pour constater un manquement aux obligations mentionnées – ce qui est pratiquement impossible. ■

(13) Avec cette disposition, la réglementation du prêt de l'administrateur de l'art. 106 de la loi sur le concordat a été modifiée.

(14) Les biens soumis à un droit de gage contractuel se trouvent en possession du débiteur et sont donc exclus du droit de réalisation de l'administrateur.

(15) Actuellement la taxe sur le chiffre d'affaires payable au titre de la masse est payable au détriment des créanciers non dotés d'une sûreté ; comparer cependant également art. 51 al. 1 n° 2 du règlement d'application de la loi sur l'impôt sur le chiffre d'affaires.

(16) Aux termes de l'art. 97 BGB, les biens meubles qui sont destinés à servir la finalité économique du bien principal et qui ont un rapport spatial avec le bien principal sont des accessoires. Il s'agit, par exemple, du camion de l'entreprise.

(17) Satisfaction privilégiée dans l'ordre suivant : salariés, fisc, églises, associations publiques, instituts d'assurance contre le feu, médecins, pharmaciens, sages-femmes et infirmiers ainsi qu'enfants, pupilles et assistés du débiteur.

(18) Le plan social est un contrat entre l'entrepreneur et le comité d'entreprise. Il règle la compensation financière des inconvénients économiques résultant pour le salarié de changements intervenant dans l'entreprise, comme par exemple la fermeture d'une partie de l'entreprise.

(19) L'administrateur provisoire de l'insolvabilité a déjà les mêmes droits avant l'ouverture de la procédure s'il établit que la suspension était nécessaire pour faire obstacle à des modifications désavantageuses de la situation patrimoniale du débiteur.

(20) Cf. annotation 10.

(21) Cf. les explications sous 7 ci-dessus.

(22) Les denrées périssables et les articles saisonniers font l'objet d'une exception, art. 107 al. 2 n° 2 de la loi sur l'insolvabilité.

(23) Constituent, par exemple, des motifs de refus : le jugement exécutoire pour banqueroute, fourniture intentionnellement ou grossièrement négligente d'indications erronées ou incomplètes sur la situation économique au cours des trois années précédant l'ouverture de la procédure afin d'obtenir des moyens publics, violation intentionnelle ou grossièrement négligente des obligations d'information et de coopération dans le cadre de la procédure d'insolvabilité.

(24) Les débiteurs, qui étaient déjà insolubles deux ans avant l'entrée en vigueur de la loi, peuvent être libérés de leurs dettes au terme d'une période de bon comportement de cinq ans (art. 107 de la loi d'introduction à la loi sur l'insolvabilité).

(25) Suivant des estimations, entre 1,8 et 2 millions de ménages en République fédérale d'Allemagne sont surendettés, Wimmer BB 1998, 386 ; Lwowski/Heyn WM 1998, 482 annot. 107.

(26) Les dispositions sur la décision relative à l'adoption du plan d'apurement des dettes s'orientent au plan d'insolvabilité, art. 308, 309 de la loi sur l'insolvabilité.

(27) Cf. annotation 1.