

EU-Richtlinie harmonisiert Restrukturierungsrecht: Präventive Sanierungsverfahren und 2. Chance für Unternehmer

TEXT:



Patrick Ehret

ist als Partner in der Internationalen Sanierungsberatung von Schultze & Braun tätig und leitet dessen French Desk.

Er ist als Rechtsanwalt sowie als *Advocat* zugelassen und französischer Fachanwalt für internationales und EU-Recht.

Associé, dirige le French Desk au sein de l'équipe internationale de conseil en restructurations de Schultze & Braun.

Il exerce en tant que Rechtsanwalt et avocat et est spécialiste en droit international et de l'Union européenne.



Ronan Dugué

Advocat & Rechtsanwalt im French Desk von Schultze & Braun. Er berät und vertritt Unternehmen im deutschen und frz. Wirtschafts- sowie Sanierungs- und Insolvenzrecht.

Avocat et Rechtsanwalt auprès du French Desk de Schultze & Braun. Il conseille et représente des entreprises en droits français et allemand des affaires et de l'insolvabilité.

Nach der Verabschiedung der EU-Richtlinie N° 2019/1023 vom 20. Juni 2019¹ sind die Mitgliedsstaaten aufgefordert, innerhalb von 2 Jahren die sogenannten präventiven Restrukturierungsrahmen einzuführen, die Entschuldungsverfahren für Unternehmer zu vereinheitlichen und ferner Maßnahmen zur Effizienzsteigerung bei Restrukturierungs- und Insolvenzverfahren umzusetzen. Die Richtlinie fußt auf einer Empfehlung der EU-Kommission zur Harmonisierung der Werkzeuge einer möglichst frühzeitigen Sanierung und der Restschuldbefreiung aus dem Jahre 2014. Im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens wurde unter dem Einfluss der Mitgliedstaaten eine Vielzahl von Öffnungsklauseln eingebracht, so dass von einer Harmonisierung *a minima* gesprochen werden muss.

Wir möchten Ihnen nachfolgend in aller Kürze die Kernpunkte der Richtlinie vorstellen und auf die Diskussion zur Umsetzung in Deutschland und Frankreich eingehen².

Frühwarnsysteme und Restrukturierungsrahmen

Die Richtlinie richtet sich an sich rentable Unternehmen, die sich in Schwierigkeiten befinden, und soll diesen die Möglichkeit geben, möglichst frühzeitig zu reagieren und insb. im Rahmen von Verhandlungen mit den Gläubigern eine Restrukturierungslösung zu erarbeiten, die die sonst wahrscheinliche Insolvenz abzuwenden geeignet ist. Dabei setzt der EU Gesetzgeber sehr früh an, verpflichtet er doch die Mitgliedstaaten sogenannte Frühwarnsysteme zu installieren, die Unternehmen frühzeitig über eine etwaige Insolvenzgefahr informieren und diese zu einer unverzüglichen Reaktion animieren soll. In diesem Rahmen können auch IT Technologien und insb. KI Applikationen zur Anwendung kommen. Als eigentliches Restrukturierungstool ist der sogenannte präventive Restrukturierungsrahmen und somit die Möglichkeit für Unternehmen im Falle einer wahrscheinlichen Insolvenz die Bestandsfähigkeit wiederherzustellen und die Geschäftstätigkeit weiterzuführen vorzuhalten. Dem EU Gesetzgeber schwebt hier grundsätzlich ein eingriffarmes, gerichtsfernes Instrument vor, welches auf Initiative des Schuldners in Gang gesetzt wird. So soll auch der Schuldner weiterhin die Geschäfte führen und ihm – außer in bestimmten Verfahrenskonstellationen³ – nur auf Einzelfallbasis ein sogenannter Restrukturierungsbeauftragter zur Seite gestellt werden.

Moratorium – 4 Monate und mehr ?

Zur Unterstützung der Verhandlungen mit seinen Gläubigern steht dem Unternehmen ein Moratorium, d.h. die Aussetzung von Einzelzwangsvollstreckungsmaßnahmen, zur Verfügung, wobei davon sowohl gesicherte Forderungen als auch bevorrechtigte Forderungen betroffen sein können. Das Moratorium kann zunächst einmal für bis zu vier Monate gelten. Sofern im Rahmen der Restrukturierungsverhandlungen deutliche Fortschritte erzielt worden sind und keine unangemessenen Nachteile für die betroffenen Gläubiger drohen, können die Mitgliedstaaten eine Verlängerung des Moratoriums vorsehen, dessen Dauer allerdings insgesamt zwölf Monate nicht überschreiten darf. Während des Moratoriums besteht keine Insolvenzantragspflicht und ein etwaiger Drittantrag wird nicht beschieden⁴. Ferner ist es Vertragspartner verwehrt, auf Verweis auf das Moratorium, Verträge zu kündigen oder Leistungsverweigerungsrechte geltend zu machen.

Restrukturierungsplan und *Cross class cram down*

Das eigentliche Herzstück der Restrukturierungsrichtlinie ist der mit den Gläubigern auszuhandelnde Plan, durch welchen die Insolvenz vermieden und die Bestandsfähigkeit des Unternehmens sichergestellt werden soll. Welche Maßnahmen darin umgesetzt werden können, legt die Richtlinie nicht abschliessend fest. So können jedwede Schritte zur Änderung der Zusammensetzung, der Bedingungen oder der Struktur der Vermögenswerte oder Verbindlichkeiten des kriselnden Unternehmens und somit beispielsweise der Verkauf von einzelnen Assets bis – sofern vom nationalen Recht gedeckt – zur Veräußerung des Unternehmens als Ganzes, vorgesehen werden. Auch operative Maßnahmen sind denkbar. Sogenanntes *Fresh money*, das Zurverfügungstellen von neuen Finanzmitteln oder Zwischenfinanzierungen, wird dahingehend geschützt, dass eine etwaige dadurch verbundene Benachteiligung von Gläubigern in einer Folgeinsolvenz weder zu einer Haftung der Darlehensgeber noch zu einer Nichtigkeit bzw. Anfechtbarkeit der Darlehensvergabe führt. Optional können die Mitgliedstaaten sogar die Privilegierung der Rückzahlungsforderung in der Folgeinsolvenz vorsehen und somit die Geldgeber incentivieren, gerade auch in diesem heiklen Stadium finanzielle Unterstützung nicht zu verwehren.

Die Mehrheit der von den Restrukturierungsmaßnahmen betroffenen Gläubigern muss dem Plan zustimmen, damit er in Kraft treten kann. Dabei dürfen die Mitgliedstaaten keine Mehrheit von über 75 % der Stimmen bzw. Forderungsbeträge fordern. Darüber hinaus muss sichergestellt werden, dass die Gläubiger zum Zwecke der Abstimmung aufgrund gemeinsamer Interessen in Klassen eingeteilt werden, wobei zumindest die ungesicherten und die gesicherten Gläubiger in unterschiedlichen Klassen behandelt werden. Folglich können Gläubiger in ihrer Gruppe überstimmt werden. Allerdings sieht die Richtlinie weiter die sogenannte „Mehrheit der Mehrheiten“ vor: der Plan ist auch angenommen, wenn eine Mehrheit der Abstimmungsklassen zugestimmt hat und wenigstens eine dieser Klassen eine Klasse gesicherter Gläubiger ist. Unter gewissen Voraussetzungen reicht bereits die Zustimmung einer Klasse aus, die „im Geld“ oder neudeutsch „in the money“ ist, d.h. in einem Liquidationsszenario mit einer Befriedigung ihrer Forderungen rechnen könnte. Bisher scheitern außergerichtliche Restrukturierungen häufig daran, dass sämtliche Geldgeber den Sanierungsplan absegnen müssen. Ein

solches klassenübergreifendes Überstimmen ermöglicht es, in Zukunft einzelne Gläubiger oder Gläubigergruppen ihres Blockadepotentials zu berauben und eine die Rechte der Gläubiger berücksichtigende Restrukturierungsoption umzusetzen.

Zweite Chance für Unternehmer

Auch insolventen Unternehmern soll der Neuanfang erleichtert werden. So ist vorgesehen, dass für redliche Unternehmer der Zugang zu Entschuldungsverfahren gewährleistet wird, deren Frist nunmehr drei Jahre betragen soll. Bisher hatten die Diskrepanzen zwischen den Mitgliedstaaten für die Entschuldung und Tätigkeitsverbote von Unternehmern dazu geführt, dass diese ihren Wohnsitz in andere Länder verlegten, um innerhalb eines angemessenen Zeitraums einen Neubeginn wagen zu wollen. Dieses *Forum Shopping* war sowohl für ihre Gläubiger als auch für die Unternehmer selbst mit erheblichen Mehrkosten verbunden und soll durch die Umsetzung unterbunden werden. Allerdings sehen auch die Regelungen der Richtlinie in diesem Bereich Umsetzungsoptionen vor, die unter gewissen Umständen längere Fristen für eine volle Entschuldung beziehungsweise längere Verbotsfristen ermöglichen.

Effizienzsteigerung im Bereich der Restrukturierungs- und Insolvenzverfahren

Durch die Richtlinie werden die Mitgliedstaaten verpflichtet, sowohl bei den Justizbehörden als auch bei den Insolvenzverwaltern sicherzustellen, dass eine angemessene Aus- und Fortbildung der Akteure und eine effiziente Bearbeitung der Verfahren sichergestellt wird. Bei der Auswahl der Verwalter ist ferner auf ein transparentes und faires Verfahren zu achten, welches im Falle von Interessenkonflikten dem Schuldner und den Gläubigern die Möglichkeit gibt, die Benennung abzulehnen oder eine Neubesetzung zu verlangen. Ferner soll darauf geachtet werden, dass bei der Verwalterauswahl insb. bei grenzüberschreitenden Sachverhalten der Erfahrung und Sachkunde der Kandidaten gebührend Rechnung getragen wird. Schließlich soll über eine transparente und wirksame Überwachung der Verwalter sowie deren Vergütung eine effiziente Bearbeitung der Verfahren sichergestellt werden.

Umsetzung bis 2021 in den EU Mitgliedstaaten

Die Richtlinie ist aufgrund ihrer vielfältigen Umsetzungsoptionen nicht geeignet, ein einheitliches vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren für die EU zu schaffen. Vielmehr wird sichergestellt, dass

in allen Mitgliedstaaten Präventiv- und Entschuldungsverfahren existieren. So zeigte sich die EU-Kommission glücklich darüber, dass dieser erste Schritt in Richtung Harmonisierung verabschiedet werden konnte. Es ist auf jeden Fall ein – wenn auch kleiner und sicher erster, weitere werden folgen – Schritt in Richtung Harmonisierung des Restrukturierungs- und Insolvenzrechts. Allerdings ermöglicht die Flexibilität der gesamten EU-Richtlinie die Anpassung der neuen Instrumentarien an das bestehende Rechtssystem jedes einzelnen Mitgliedstaates. Die Verringerung der Unterschiede in den einzelstaatlichen Rechtsordnungen im Bereich Restrukturierung und zweite Chance soll nach Ansicht der Kommission zu mehr Transparenz, Rechtssicherheit und Berechenbarkeit in der Union führen. Inwieweit die Vorhersage der Kommission Wirklichkeit werden wird, hängt nunmehr im Wesentlichen von der Umsetzung in den einzelnen Mitgliedstaaten ab.

Abgestimmte Umsetzung in Frankreich und Deutschland ?

Hier könnte Deutschland und Frankreich eine besondere Rolle zukommen. Zum Einen sieht der im Januar 2019 unterzeichnete Vertrag von Aachen explizit vor, dass sich die beiden Staaten bei der Umsetzung von europäischem Recht in ihr nationales Recht abstimmen und die bilaterale Rechtsharmonisierung, unter anderem im Bereich des Wirtschaftsrechts, fördern. Dadurch soll die Integration beider Volkswirtschaften hin zu einem deutsch-französischen Wirtschaftsraum mit gemeinsamen Regeln vertieft werden. Zum Anderen lohnt sich der Blick zum Nachbarn im Rahmen der Umsetzung der Restrukturierungsrichtlinie in besonderem Maße, sind doch die Ausgangslagen konträr und die Erfahrungen komplementär. Frankreich verfügt bereits mit dem *Mandat ad hoc*, der *Conciliation* und zuletzt dem Übergang zur *Sauvegarde accélérée* über vorinsolvenzliche Sanierungsverfahren, die dem deutschen Recht bisher fremd sind. Das deutsche Recht hingegen verfügt mit dem Insolvenzplan bereits – allerdings im eröffneten Insolvenzverfahren – über ein Restrukturierungstool mit flexibler Gläubigergruppenbildung und dem *Cross class cram down*, welches im Wesentlichen den Vorgaben der Richtlinie entsprechen dürfte. Die Restrukturierungsrichtlinie könnte somit – sofern der politische Wille gegeben ist – zu einem der ersten Anwendungsfälle der neuen deutsch-französischen Zusammenarbeit auf Grundlage des Aachener Vertrages werden.

Une directive européenne harmonise le droit des restructurations : procédures préventives de redressement et deuxième chance pour les entrepreneurs

Suite à l'adoption de la Directive européenne N° 2019/1023 du 20 juin 2019¹, les États membres sont tenus, dans un délai de deux ans, de mettre en place des cadres dits de restructuration préventive, d'harmoniser les procédures de remise de dettes des entrepreneurs et de mettre en œuvre des mesures visant à augmenter l'efficacité des procédures de restructuration et d'insolvabilité. La directive a pour origine une recommandation de la Commission européenne de 2014 relative à l'harmonisation des outils d'assainissement anticipé et de remise des dettes restantes. Au cours du processus législatif, de nombreuses possibilités de dérogations ont été ajoutées sous l'influence des États membres, de sorte que l'on doit parler d'harmonisation *a minima*.

Nous vous proposons d'examiner brièvement les points clés de la directive et d'évoquer sa transposition en Allemagne et en France².

Outils d'alerte précoce et cadres de restructuration

La directive s'adresse aux entreprises viables rencontrant des difficultés. Elle vise à leur permettre de réagir le plus tôt possible, en particulier par l'élaboration d'une solution de restructuration, négociée avec les créanciers, en vue de prévenir une situation d'insolvabilité. Le législateur européen se place très en amont des difficultés. Il oblige ainsi les États membres à mettre en place des outils dits d'alerte précoce pour informer les entreprises à un stade anticipé de tout risque d'insolvabilité et les encourager à réagir immédiatement. Les technologies de l'information, en particulier l'intelligence artificielle, peuvent également être utilisées dans ce contexte.

L'instrument de restructuration prévu, appelé cadre de restructuration préventif, consiste pour les entreprises à pouvoir rétablir leur viabilité et poursuivre leur activité en cas d'insolvabilité probable. Le législateur européen entend promouvoir un instrument non judiciaire et peu contraignant, initié par le débiteur. Ainsi, le débiteur doit pouvoir continuer à gérer lui-même l'entreprise et – sauf dans certaines configurations procédurales³ – ne doit être assisté par un praticien dans le domaine de la restructuration qu'à la suite d'une décision prise au cas par cas.

Moratoire – Quatre mois et plus ?

Afin de soutenir les négociations avec les créanciers, un moratoire, consistant en une suspension des mesures d'exécution individuelles, est à la disposition des entreprises. Il peut affecter tant les créances garanties que les créances privilégiées. La durée initiale du moratoire est de quatre mois au plus. Pour autant que des progrès significatifs aient été accomplis dans les négociations de restructuration et qu'il n'existe pas de risque d'atteinte excessive aux droits des créanciers concernés, les États membres peuvent prévoir que le moratoire puisse être prorogé, sa durée totale ne pouvant excéder douze mois. Durant le moratoire, le débiteur n'est soumis à aucune obligation de dépôt d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité et une telle procédure ne peut être ouverte sur une demande d'un tiers⁴. En outre, les cocontractants du débiteur ne sont pas autorisés, sur le fondement du moratoire, à résilier des contrats ou refuser d'exécuter une prestation.

Le plan de restructuration et le cross class cram down⁵

Le plan à négocier avec les créanciers, visant à prévenir l'insolvabilité et à assurer la viabilité de l'entreprise, constitue le cœur de cette directive restructuration. Celle-ci ne détermine pas de manière exhaustive quelles mesures peuvent être mises en œuvre dans ce plan. Toute mesure visant à modifier la composition, les conditions ou la structure de l'actif ou du passif de l'entreprise en crise, allant de la vente d'éléments d'actifs individuels jusqu'à la cession de l'entreprise dans son ensemble – si le droit national le permet –, peut être envisagée. Des changements opérationnels sont également possibles. L'argent frais, c'est-à-dire la mise à disposition de nouvelles ressources financières ou d'un financement intermédiaire, est protégé de telle sorte qu'il ne peut entraîner pour les créanciers, en cas d'insolvabilité ultérieure, ni l'engagement de la responsabilité du prêteur ni la nullité ou l'annulation de l'octroi du prêt dans le cadre d'actions révocatoires. De façon facultative, les États membres peuvent même octroyer un rang privilégié au remboursement du prêt en cas d'insolvabilité ultérieure et encourager ainsi les prêteurs à ne pas refuser de soutien financier lors de cette phase délicate.

1) DIRECTIVE (UE) 2019/1023 DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 20 juin 2019 relative aux cadres de restructuration préventive, à la remise de dettes et aux déchéances, et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes, et modifiant la directive (UE) 2017/1132 (directive sur la restructuration et l'insolvabilité). Journal officiel de l'Union européenne L172/18 du 26 juin 2019

2) Les options de mise en œuvre en vue de la transposition, basées sur les possibilités de dérogation, ne peuvent être présentées dans le cadre du présent article.

3) En particulier dans le cas d'un cross class cram down, d'un moratoire affectant tous les créanciers ou si la majorité des créanciers en fait la demande.

4) Il est probable que la transposition allemande fasse usage de la possibilité de dérogation et prévoie une obligation de dépôt de demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité en cas de survenance de la cessation des paiements après le début du moratoire.

5) Application forcée interclassées

La majorité des créanciers concernés par les mesures de restructuration doit approuver le plan pour que celui-ci puisse entrer en vigueur. Les États membres ne peuvent exiger une majorité supérieure à 75 % des voix ou du montant des créances. Il est également nécessaire de veiller à ce que, en vue du vote, les créanciers soient répartis dans des classes représentatives d'une communauté d'intérêt. Au minimum, les créanciers non garantis et les créanciers garantis doivent être répartis en classes distinctes. Par conséquent, des créanciers peuvent être mis en minorité dans leur groupe. La directive prévoit en outre ce que l'on appelle la « majorité des majorités » : le plan est également adopté si une majorité des classes autorisées à voter l'a approuvé et si au moins une de ces classes est une classe de créanciers garantis. Dans certaines circonstances, l'approbation d'une classe dite « in the money », c'est-à-dire qui pourrait s'attendre à ce que ses créances soient satisfaites dans un scénario de liquidation, est suffisante. Jusqu'à présent, les restructurations extrajudiciaires ont souvent échoué parce que tous les prêteurs devaient approuver le plan de restructuration. Une telle adoption interclasse va dorénavant permettre de priver des créanciers individuels ou des groupes de créanciers de leur potentiel de blocage afin de mettre en œuvre une option de restructuration qui tient compte des droits des créanciers.

Deuxième chance pour les entrepreneurs

La directive vise également à aider les entrepreneurs insolubles à prendre un nouveau départ. Il est prévu que les entrepreneurs honnêtes auront accès à des procédures de remise de dettes, dont la durée ne pourra désormais excéder trois ans. Jusqu'à présent, les divergences entre les États membres en matière de remise de dettes et de déchéances du droit d'exercer une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ont conduit des entrepreneurs à s'installer dans d'autres pays afin d'y prendre un nouveau départ dans un délai raisonnable. Ce forum shopping entraînait d'importants coûts supplémentaires, tant pour leurs créanciers que pour les entrepreneurs eux-mêmes. Cette directive vise à prévenir ce phénomène. Elle contient toutefois, dans ce domaine également, des options de transposition qui, dans certaines circonstances, autorisent des délais plus longs pour une remise totale des dettes ou des périodes de déchéances plus longues.

Amélioration de l'efficacité des procédures de restructuration et d'insolvabilité

La directive oblige les États membres à veiller auprès des autorités judiciaires et des praticiens de l'insolvabilité que les parties prenantes à ces procédures reçoivent une formation initiale et continue appropriée et à ce que les procédures soient traitées de manière efficace. La désignation des praticiens doit également obéir à une procédure transparente et équitable qui, en cas de conflit d'intérêts, donne au débiteur et aux créanciers la possibilité de s'opposer à la désignation ou de demander le remplacement du praticien. Lors du choix des praticiens, il convient également de veiller à ce que l'expérience et l'expertise des candidats soient dûment prises en compte, en particulier dans les situations transfrontalières. Enfin, une surveillance transparente et efficace des praticiens et de leur rémunération doit garantir un traitement efficace des procédures.

Transposition d'ici 2021 dans les États membres de l'Union européenne

En raison de ses nombreuses options de transposition, la directive ne se prête pas à la création d'une procédure unifiée de redressement en amont de l'insolvabilité dans l'Union européenne (UE). Bien au contraire, elle garantit l'existence de procédures préventives et de remise de dettes dans tous les États membres. La Commission européenne s'est ainsi félicitée de l'adoption de ce premier pas vers une harmonisation. En tout état de cause, il s'agit d'un petit premier pas – d'autres

suivront certainement – vers l'harmonisation du droit des restructurations et de l'insolvabilité. Cependant, la flexibilité de l'ensemble de cette directive européenne permet d'adapter les nouveaux instruments à l'ordre juridique existant de chacun des États membres. De l'avis de la Commission, la réduction des différences entre les systèmes juridiques nationaux dans le domaine de la restructuration et de la deuxième chance devrait conduire à plus de transparence, de sécurité juridique et de prévisibilité dans l'UE. Mais seule la transposition de la directive dans les différents États membres permettra de vérifier si les prévisions de la Commission deviendront réalité.

Mise en œuvre coordonnée en France et en Allemagne ?

L'Allemagne et la France pourraient jouer un rôle primordial à cet égard. D'une part, le traité d'Aix-la-Chapelle, signé en janvier 2019, prévoit expressément que les deux États doivent se coordonner dans la transposition du droit européen dans leur droit national et favoriser l'harmonisation bilatérale de leurs législations, notamment dans le domaine du droit des affaires. L'objectif est d'approfondir l'intégration des deux économies nationales afin d'instituer une zone économique franco-allemande dotée de règles communes. D'autre part, il est particulièrement intéressant d'observer le pays voisin dans le cadre de la transposition de cette directive car les points de départ sont opposés et les expériences complémentaires. Avec le mandat ad hoc, la conciliation et, plus récemment, le passage à la sauvegarde accélérée, la France dispose déjà de procédures de restructuration en amont de l'insolvabilité, qui sont étrangères au droit allemand. Le droit allemand, quant à lui, est déjà doté d'un outil de restructuration, le plan d'insolvabilité – quoique ne pouvant être adopté que suite à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité – permettant une formation flexible des groupes de créanciers et un cross class cram down, qui devrait pour l'essentiel être conforme aux exigences de la directive. Cette directive restructuration pourrait, sous réserve de volonté politique, devenir l'un des premiers cas d'application de la nouvelle coopération franco-allemande fondée sur le traité d'Aix-la-Chapelle.