

L'ETHIQUE DE L'AUTONOMIE DANS LA RELATION MEDECIN-PATIENT



Geneviève AUGENDRE

L'éthique de l'autonomie dans la relation médecin-patient /

Le sujet choisi cette année dans le cadre des travaux du droit des biotechnologies est : le principe de l'autonomie.

De quelle autonomie s'agit-il ?

Est-ce celle du médecin qui peut imposer le traitement qu'il préconise même contre l'avis du patient ?

Est-ce celle du patient qui a droit à l'autonomie, dès lors qu'il agit de manière volontaire et indépendante, sans contrainte extérieure ou en fonction de ses objectifs ?

Il y a une nécessaire dépendance de l'une par rapport à l'autre.

La notion d'autonomie s'inscrit directement dans la perspective déontologique et dans l'éthique qui sous-tend toute action.

Le principe /

Le principe d'autonomie est fondamentalement inscrit dans un système de pensée pluraliste où l'on considère que le sujet est toujours le mieux placé pour déterminer son intérêt ou ses préférences ; où personne ne peut se donner le droit ou la permission de définir pour autrui ce qu'est le bon choix pour l'existence souhaitée ; où le choix n'a pas besoin d'être rationnel pour être considéré comme autonome¹.

L'éthique médicale fait partie intégrante du processus décisionnel hospitalier.

Les médecins, qui ont tous, au cours de leur formation, reçu un enseignement de l'éthique, n'hésitent pas à faire appel, à l'occasion de la prise par eux de décisions complexes, au comité

d'éthique présent dans la structure hospitalière.

Il convient donc de rechercher l'application concrète du principe d'éthique dans la relation médecin-patient, ce qui nécessite l'étude du principe d'autonomie sous l'angle de l'éthique.

Dans la plupart des pays, de nombreuses dispositions réglementaires régissent les relations médecin-patient : les médecins continuent à se référer à une éthique médicale lors de leurs démarches et actions vis-à-vis de leurs patients. Depuis une vingtaine d'années, la question de l'autonomie joue un rôle central au sein de l'éthique médicale.

Parmi les facteurs qui ont contribué à cette prise en compte dans le cadre des soins, l'on peut citer :

- la révélation au procès de Nuremberg, en 1947, des expériences pratiquées sur l'homme dans les camps, lors de la seconde guerre mondiale.

- L'évolution technologique prodigieuse d'une médecine de plus en plus efficace, mais de plus en plus déshumanisée².

- Le développement des moyens d'information accessibles au patient qui diffusent des connaissances médicales, qui donne très souvent à ce dernier l'illusion du "savoir".

Sur le plan de l'éthique médicale, il est considéré que l'autonomie du patient est pleinement respectée lorsque le patient agit de manière volontaire et indépendante, sans contrainte extérieure et en fonction de projets qui lui sont propres. Il en résulte que ce principe ne se limite pas au consentement donné par le patient,

mais il concerne également l'existence d'une conscience et sa capacité à être libre³.

L'autonomie implique donc :

- la liberté, c'est-à-dire l'absence de contrainte
- la capacité de délibérer
- la capacité de décider,
- et la capacité d'agir,

l'absence de contrainte correspond au droit de chacun de décider pour lui-même. La capacité de réfléchir et de prendre une décision est le corollaire de la capacité à agir qui nécessite une pleine conscience de ses actes. La question se pose donc de l'impossibilité pour certains patients de faire valoir leurs droits à l'autonomie. Ainsi, lorsque le refus provient d'une certaine immaturité et l'éthique médicale recommande aux médecins de passer outre un tel refus⁴.

Face à des patients atteints d'addictions (alcool, drogue) ou incapables majeurs, on peut comprendre que les soignants recourent à la contrainte. Dans ce cas, la conscience n'est pas libre et le but du soin est d'augmenter cette liberté en atténuant la servitude de la dépendance. Le soin, en apparence contraire au respect de l'autonomie, répond alors pleinement au souci de l'autonomie et aux règles d'éthique⁵.

L'éthique médicale recommande ainsi au médecin de tout mettre en œuvre pour que l'autonomie du patient soit réelle ce qui implique, non seulement une attitude respectueuse à son égard, mais aussi une action qui respecte le droit du patient à l'autonomie⁶.

Cela revient à imposer au médecin de donner une information compréhensible, loyale, claire et

s'adresse donc ainsi au comité de surveillance. Cette responsabilité ne doit pas être diluée mais au contraire elle doit être renforcée de manière significative. C'est la raison pour laquelle il faut fournir au comité de surveillance des critères de mesures plus stricts. Mais il faut aussi que le comité de surveillance soit convaincu qu'il est personnellement responsable dans le cas de la mise en place d'une rémunération inadaptée (13).

Le projet de loi prévoit, en outre, que les membres des directoires ne peuvent pas changer et entrer au sein du conseil de surveillance durant une période de carence de deux ans. En fonction des consultations effectuées, la coalition gouvernementale a désamorcé ses projets sur ce point important. On va en rester bien entendu à une interdiction pour les dirigeants de passer directement au comité de surveillance après la cessation de leur fonction de dirigeant. Mais cela ne serait plus valable lorsque au moins un quart des actionnaires le réclame. Le projet de loi prévoit en outre d'autres restrictions pour les managers. Ainsi il convient de définir clairement quels sont les revenus adaptés afin que les tribunaux puissent mieux effectuer les contrôles. Les éléments de rémunérations obtenus par suite des performances ne doivent être payés qu'après une période de plusieurs années afin de renforcer le caractère durable et de faire participer les dirigeants à des mauvais résultats. Finalement, et parallèlement à une plus forte responsabilisation des managers et des comités de surveillance, il convient de prescrire une souscription personnelle à une assurance de responsabilité professionnelle pour les dirigeants (Assurance D&O) (14). Comme l'a souligné le Professeur Hanau, il ne doit pas être question d'un grand chamboulement en ce qui concerne le projet de loi visant à une relativité des rémunérations des dirigeants. Le projet ne révolutionne

pas la situation de droit mais doit plutôt être qualifié de " soft law " (loi en douceur) et doit être considéré comme une incitation à respecter le droit déjà applicable et dorénavant plus clairement établi. Cependant une telle loi " en douceur " ne doit pas être négligée et elle doit être prise au sérieux. Les milieux concernés se feraient eux-mêmes du tort en ne le faisant pas (15).

III. Le bilan/ Même en temps de crise le métier d'avocat reste un métier particulièrement exaltant. Les domaines d'activité se modifient, du moins provisoirement, les lois sont modifiées, même si, elles ne sont pas toujours bien conçues et de nouvelles lois sont promulguées. Tout particulièrement les cabinets d'avocats qui ont une approche généraliste et largement diversifiée ne devraient se plaindre d'un manque de travail, même en période de crise. Les années précédentes, nous nous sommes particulièrement intéressés à plus de déréglementations au sujet du métier d'avocat. Avec la crise financière des marchés et la crise financière mondiale qui en découle, il est maintenant devenu évident qu'une réglementation est absolument nécessaire dans certains domaines. Mais une réglementation n'est cependant pas non plus une panacée universelle : les lois sans les mœurs sont vaines et inutiles. On peut réglementer autant que l'on veut, mais s'il manque dans une société les notions de bien et de mal, les lois ne sont pas en mesure de le compenser (15). Une nouvelle fois c'est justement nous, les avocats, en qualité d'éléments indépendants de la démarche juridique, qui sommes mis à contribution. Nous devons participer activement à rendre leur conscience aux dirigeants et aux managers dans la mesure où nous utilisons les lois en vigueur comme partie intégrante de notre conseil.

* 53ème Congrès de l'UIA Séville -

Espagne (27 octobre - 31 octobre 2009)

Notes :

- (1) ZYPRIES Brigitte, 2009, Journée des avocats : la liberté et la démocratie ont besoin d'avocats forts, www.bmj.bund.de
- (2) MÜLLER Reinhard, 2009, La crise et la coalition - insolvable et hystérique, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* 11.06.2009.
- (3) AMANN Melanie/BALZTER Sebastian, 2009, Entreprise en danger - L'insolvabilité n'est pas la fin, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 26.05.2009.
- (4) AMANN Melanie, Arcandor - Un plan pour tous les cas, 2009, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 15.06.2009.
- (5) AMANN Melanie, Arcandor - Un plan pour tous les cas, 2009, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 15.06.2009.
- (6) JUVE-NACHRICHTENBANK, 2009, Berlin: loi sur l'expropriation décidée - Les ministères construisent sur Freshfields et Hengeler, www.juve.de, 18.02.2009.
- (7) Circulaire 16/12904, 06.05.2009, www.bundestag.de
- (8) Nationalisation des banques - Le gouvernement décide d'une loi sur l'expropriation, www.spiegel.de
- (9) Wikipedia
- (10) Initiation du processus de consolidation du système bancaire allemand - Complément au modèle " Bad Bank " décidé le 10 juin 2009 par le gouvernement, www.bundesfinanzministerium.de
- (11) En détail : GROOTERHORST Johannes, 1999, Les procès ARAG/Garmenbeck - une rétrospective globale, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht ZIP* 1999, pp. 1117 et seq.
- (12) Cour Fédérale, Urteil vom 21.04.1997 - II ZR 175/95, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht ZIP* 1997, pp.883 et seq.

découle. Par la reprise totale de Hypo Real Estate, l'Etat veut faire en sorte que ses aides de plusieurs milliards servent effectivement au sauvetage d'une entreprise et non pas à l'attribution de bénéfices aux actionnaires. Si l'Etat n'était pas intervenu, Hypo Real Estate aurait certainement du déclarer l'insolvabilité et les actionnaires auraient absolument tout perdu. De cette manière, les actionnaires reçoivent quand même au moins le prix d'achat payé par l'Etat, même si cela représente une perte très importante pour beaucoup d'entre eux (9).

Le 10 juin 2009 le gouvernement allemand a décidé d'autres mesures qui doivent être prises en compte dans la procédure parlementaire actuellement en cours sur la poursuite de la stabilisation du marché. La loi devrait autoriser les banques privées et les banques régionales allemandes à extraire de leurs bilans bancaires ce que l'on appelle les valeurs toxiques et de les extérioriser d'une certaine manière. Le but de cette procédure législative est d'améliorer de manière durable les capacités de fonctionnement du système bancaire et la stabilité des banques. Cela arrive à la lumière du fait que momentanément les grandes quantités de valeurs à risque qui pénalisent les bilans des instituts de crédit, des sociétés financières en holding et leurs filiales pénalisent trop fortement le capital propre des banques. Les banques assurent moins de crédits aux clients normaux. Si ces derniers n'obtiennent pas de crédits en temps de crise, ils ne peuvent pas survivre. Déjà le 13 mai 2009, le gouvernement avait voté un projet gouvernemental pour la poursuite du développement de la stabilisation du marché financier qui doit maintenant se transformer en loi. La loi sur le fonds de stabilisation du marché financier en date du 17 octobre 2008 sera complétée. Le cœur de ce

complément : les banques pourront créer ce que l'on appelle des " Bad Banks " et leur transférer les valeurs structurées pour ainsi décharger leurs bilans. L'Etat garantit - les banques doivent payer (10).

Un autre domaine qui demande une attention plus précise est celui de la rémunération du directoire et de la responsabilité des managers. La responsabilité des managers est un thème qui occupe déjà depuis longtemps les cabinets d'avocats. Le rédacteur lui-même a accompagné par exemple le complexe ARAG/Garmenbeck en qualité d'avocat représentant une des deux branches familiales concernées et qui fournissait également depuis 1988 le président du directoire (" Vorstandsvorsitzender "). Dans ce cas précis, une filiale hollandaise d'ARAG AG sur la seule initiative de son gérant H. a opéré un virement non sécurisé de 55,6 millions de DM (= 28 millions d'euros) sur les comptes bancaires du groupe Garmenbeck. H. était simultanément à l'époque le responsable financier d'ARAG AG. Peu de temps après, le groupe Garmenbeck s'est effondré sans pouvoir rembourser cette somme de 55,6 millions de DM (11). Dans ce qui suit, appelé communément " le procès du conseil de surveillance " (" Aufsichtsrat "), la Cour de Cassation allemande a estimé que le conseil de surveillance a l'obligation de vérifier soigneusement l'introduction de demandes en dommages et intérêts à l'encontre du directoire et de les faire valoir dans la mesure où il y en a. Le point d'ancrage des discussions quant à la responsabilité du directoire (selon § 93 de la loi sur les actions - AktG) est déjà le problème d'une approche objective concernant les agissements des membres du directoire eux même. A ce sujet, la Cour de Cassation allemande a mis, d'une certaine façon, les pieds en terrain inconnu : La Cour

Fédérale a utilisé les sources américaines "Business Judgment Rule " comme point de départ et les a élargies avec deux éléments supplémentaires : les agissements d'un directoire ne sont alors pas considérés comme contraires à leurs obligations lorsqu'(1) il s'est informé dans le cadre de ses possibilités avant la prise de décision, (2) il ne se trouve pas en position de conflit d'intérêts au moment de la prise de décision, (3) il pense, ou peut penser raisonnablement, agir au mieux des intérêts de l'entreprise au moment de la prise de décision, (4) il n'y a pas de prise de risque disproportionnée, (5) l'agissement n'est pas contraire aux obligations pour d'autres raisons (12).

La coalition gouvernementale a mis sur les rails le projet de loi concernant le caractère mesuré des rémunérations des membres du directoire avec un projet de loi en date du 17 mars 2009. Ce projet prévoit que le conseil de surveillance doit veiller, lors de la détermination des revenus globaux des membres du directoire, à ce que les fautes de comportement soient étudiées pour le développement durable de l'entreprise. Les (stocks) options ne peuvent être validées à l'avenir qu'après quatre années et non pas deux années comme c'est le cas à l'heure actuelle. La diminution des revenus du directoire par le conseil de surveillance est facilitée et les directives concernant la responsabilité pour les membres du comité de surveillance seront soulignées en cas de détermination inadaptée des rémunérations. En guise de justification, le projet explique que la crise du marché financier aurait mis en évidence que des fautes de comportement peuvent être la conséquence des instruments de rémunération à court terme. Les personnes, qui lors de l'exercice de leur profession, sont fortement marquées par de tels paramètres à court terme perdent de vue le développement durable de leur entreprise. Le projet

HRE a négocié une injection de 50 milliards d'euros au titre de sauvetage avec un consortium financier allemand, avec la Banque fédérale allemande ("Deutsche Bundesbank") et avec le ministère fédéral des Finances. Sur une demande auprès du fonds de stabilisation du marché financier, la Holding HRE a obtenu, après plusieurs augmentations des garanties de crédit de la part du fonds de stabilisation du marché financier, d'autres 52 milliards d'euros. Ainsi la Holding Hypo Real Estate aura obtenu un total de 102 milliards d'euros au titre des aides et des garanties. La loi sur le sauvetage, "loi d'expropriation", prévoit de rendre possible des expropriations limitées dans le temps en échange du paiement d'une indemnisation. La nationalisation n'est possible que lorsqu'il n'existe pas de possibilité d'avoir recours à d'autres mesures légales et économiques pour la sécurisation de la stabilité du marché financier. En outre, la durée des garanties bancaires du fonds spécial de stabilisation du marché financier (SoFFin) qui est actuellement de 36 mois doit être prolongée jusqu'à 60 mois pour faciliter une adaptation aux structures de recapitalisation des banques (6). La loi a été conçue de telle façon qu'une expropriation puisse être effectuée par un décret d'application de la loi du gouvernement sans avoir recours à un accord du Bundesrat (Sénat). Les mesures doivent être limitées à la Holding HRE. La possibilité d'engager une procédure d'expropriation n'existait que jusqu'au 30 juin de cette année. La loi sur le sauvetage est fortement critiquée d'un point de vue constitutionnel. Compte tenu de ce que la Holding Hypo Real Estate a perdu quotidiennement plus d'argent, le gouvernement fédéral a vu la possibilité de protéger ainsi les sommes qu'elle avait investi dans le cadre de la loi sur le sauvetage. En outre, il est possible d'écarter avec cette loi les investisseurs qui pourraient alors

acquérir la banque à un prix dérisoire. La fraction parlementaire du FDP a ainsi introduit au Bundestag (Assemblée Nationale) par une circulaire du 6 mai 2009 (circulaire n° 16 / 12 904) un projet de loi contre les expropriations, plus précisément pour l'annulation de la loi sur le sauvetage. Cette fraction parlementaire considère cette loi de sauvetage comme constituant une intervention étrangère au système constitutionnel de la République Fédérale d'Allemagne. La loi provoquerait de nouveaux problèmes constitutionnels sans réellement apporter de solution aux problèmes économiques (7). Des paroles de mise en garde arrivent également de la part du président de la Cour constitutionnelle, Hans Jürgen Papier. Selon la Constitution, une expropriation est alors possible lorsqu'un bien en propriété est impérieusement nécessaire à l'Etat pour réaliser une mission d'intérêt général précise. La terre, les biens fonciers, les trésors de la nature et les moyens de production peuvent être regroupés en société, c'est ce que déclare Papier. Les deux possibilités posent au préalable la question d'une réglementation juridique qui prévoirait de procéder au dédommagement du propriétaire. Mais la question de savoir si les banques représentent des moyens de production au sens de la Constitution et peuvent ainsi faire l'objet d'une collectivisation n'a pas encore trouvé de réponse (8). En ce qui concerne la loi sur le sauvetage, on a mis en avant le fait que la Holding HRE a cumulé pour l'exercice 2008 des pertes record d'un montant de plus de 5 milliards d'euros. Pour sauver la banque, l'Etat a d'abord fait une première démarche avec une participation minoritaire, effectuant ainsi le premier pas avant une reprise complète. Le 28 mars 2009, l'Etat (SoFFin) s'est assuré de 20 millions d'actions de la banque pour un prix unitaire de 3,00 euros qui ont été

financées par une augmentation du capital. La République Fédérale d'Allemagne détenait en conséquence 8,7 % de la Holding HRE. Le 16 avril 2009, la République Fédérale d'Allemagne a diffusé à tous les actionnaires de la Holding HRE une offre de reprise pour un montant de 1,39 euros par action. Cette démarche avait été validée au préalable par l'Office Fédéral en charge de la surveillance des prestations financières. L'offre d'achat se situait ainsi à 10 % au dessus du prix minimum légal de 1,26 euros par action. Cette offre intéressante a été faite parce qu'on espérait, de cette manière, pouvoir acquérir 100 % des parts de la Holding HRE. Mais au travers de son offre de reprise, l'Etat ne pouvait obtenir la majorité de contrôle car l'investisseur américain J. Christopher Flowers ne montrait aucune disposition à céder ses 21,7 % de la Holding HRE. Toutefois l'Etat a pu acquérir grâce à cette offre et par d'autres opérations en bourse 47,3 % des actions. Dans le cadre d'une assemblée générale extraordinaire le 2 juin 2009, la proposition de l'Etat pour une augmentation du capital a été acceptée avec une importante majorité de 73,95 % des voix. A titre de précaution, l'Etat va générer 986,5 millions de nouvelles actions pour augmenter son taux de participation à hauteur de 90 %. Ainsi l'Etat, dans une nouvelle étape, pourra effectuer un Squeeze-Out qui aura pour conséquence d'obliger les actionnaires restants à céder leurs participations de manière forcée. Avec cette façon de procéder et les négociations avec les actionnaires, il a été possible d'éviter une procédure conforme à la loi sur le sauvetage, c'est-à-dire concrètement une expropriation. Il convient maintenant d'attendre pour voir si des démarches juridiques ne seront pas entamées à l'encontre de l'augmentation de capital et de l'opération de Squeeze-Out qui en

de l'insolvabilité et de redresser l'entreprise selon un système adapté sur mesures. Le plan décrit dans une première partie à quoi doit ressembler le redressement ou la restructuration. Dans une autre partie, le document prévoit la modification immédiate des statuts juridiques des personnes impliquées dans la procédure d'insolvabilité. Ainsi le plan peut régler de manière différente la satisfaction du créancier: les banques qui sont prêtes à aider un financement malgré la procédure d'insolvabilité, peuvent obtenir un statut de créancier prioritaire. De la même manière la valorisation de la masse d'insolvabilité et la répartition des lots de ventes peuvent être réglées, dans le cadre du plan, de manière différente que celle prévue par la réglementation en matière d'insolvabilité (5). L'art d'un plan d'insolvabilité réside dans le fait de faire comprendre aux créanciers qu'un redressement leur apportera plus qu'une destruction de l'entreprise. Le tribunal, qui approuve le plan ultérieurement, vérifie ce plan quant aux irrégularités formelles, quant à la conformité avec la loi et en se posant la question de savoir si aucun créancier ne se trouve lésé (sans son approbation). Ensuite la procédure d'insolvabilité est officiellement écartée - le redressement se déroulera en fonction d'un plan.

Il reste maintenant à attendre pour voir si la procédure d'insolvabilité par rapport à Arcandor, certainement la plus importante en Allemagne, conduira le groupe vers le redressement souhaité. Celui qui a été nommé fondé de pouvoir général par le comité directeur d'Arcandor, à savoir l'expert en procédures d'insolvabilité Piepenburg, présume que la procédure d'insolvabilité d'Arcandor perdure encore jusqu'à l'année prochaine. Avec Babcock-Borsig, le fabricant de fournitures de bureau Herlitz, la chaîne de drogueries de la région d'Osnabrück appelée "Ihr Platz" et le réseau de

mode SinnLeffers, il y a également en Allemagne de nombreux exemples qui prouvent que l'insolvabilité ne signifie pas toujours la fin. Avec un plan de redressement réussi, Arcandor pourrait ainsi constituer un autre exemple. Il convient de relier plus fortement la procédure d'insolvabilité avec une signification proactive et positive. Dans ce domaine aussi on a besoin de nous, les avocats.

II. Mesures prises par législateur allemand/

Eu égard à également d'autres situations juridiques, le métier d'avocat a quelque chose de passionnant. En réaction à la crise financière et économique mondiale, le Bundestag (Assemblée nationale) et le Bundesrat (Sénat) ont voté la loi sur la stabilisation du marché financier par laquelle le fonds de stabilisation du marché financier (également appelé fonds spécial pour la stabilisation du marché financier - SoFFin) a vu le jour. Le fonds est créé sous la forme d'un patrimoine spécial de l'Etat et de ce fait il ne dépend pas des règles habituelles de planification du budget. Le fonds dispose d'un volume de 480 milliards d'euros. Dans un premier temps, il est possible de prendre en compte une somme de 70 milliards d'euros au titre de l'acquisition d'actifs à problèmes et pour la recapitalisation des institutions financières. Les entreprises concernées par ce fonds sont les suivantes :

- les instituts au sens du § 1, alinéa 1b de la loi sur le crédit (KWG) - instituts de crédit et établissements de prestation de services financiers,
- les sociétés d'assurance et les fonds de pension dans l'esprit du § 1, alinéa 1, rubriques 1 et 2 de la loi sur les assurances (VAG),
- les sociétés d'investissement de capitaux dans l'esprit de la loi sur les investissements,
- les gérants d'opérations boursières en titres et à terme,
- ainsi que leurs entreprises mères.

Les aides ne sont valables que pour les

entreprises dont le siège est situé en Allemagne. Le fonds peut offrir jusqu'à 400 milliards d'euros de garantie aux banques. Ces garanties ne doivent pas concrètement entraîner des prestations de l'Etat, lorsqu'elles ne sont pas prises en compte. Les organismes doivent apporter au fonds une rémunération de type courant sur le marché, c'est-à-dire des prestations en contrepartie, comme par exemple des actions ou des taux d'intérêt conséquents au profit du fonds. Selon une expertise des spécialistes en matière d'économie, il s'agit, pour le fonds de stabilisation du marché financier, d'une part de ne pas sauver toutes les banques, mais uniquement celles disposant d'un modèle commercial qui a réussi. D'autre part, l'Etat ne doit pas s'immiscer dans les affaires quotidiennes des banques. Après une stabilisation et une restructuration réussie du système bancaire, l'Etat devrait se retirer.

Avec la loi du 7 avril 2009, le Bundestag (Assemblée Nationale) a adopté la loi complémentaire de stabilisation du marché financier. Par l'article 3 de cette loi, la loi fortement contestée concernant le sauvetage des entreprises pour assurer la stabilisation du marché financier (loi sur le sauvetage - RettungsG) a été entérinée. De manière commune, cette loi est désignée sous le terme de loi d'expropriation - loi HRE). On dit de cette loi qu'elle est dans la pratique exclusivement taillée sur mesure pour la Holding Hypo Real Estate, même si dans l'esprit, elle respecte la Constitution. La Holding Hypo Real Estate a été touchée de manière particulièrement forte par la crise financière internationale. En qualité de première banque allemande, elle a obtenu, dans le cadre de cette crise, une assurance de garantie avec un nombre à trois chiffres libellé en milliards d'euros. Dans le cadre des premières opérations de sauvetage, la Holding

de courir des risques, ils investissent beaucoup plus rarement, voire même pas du tout. Leurs avocats peuvent alors apporter des conseils plus élaborés dans les domaines du droit du travail ou au sujet des modifications ou des restructurations au sein des propres entreprises. Les cabinets d'avocats du domaine général et fonctionnant de manière flexible, qui ne sont pas isolés en terme d'activités dans un domaine clé, sont en mesure dans un tel contexte d'épauler leurs mandants, également en période de crise, avec des conseils compétents. Cela donne lieu à la naissance de nouveaux rapports qui offrent aux cabinets concernés de nouvelles perspectives d'activités tout à la fois innovantes et passionnantes. Il est certain que le droit lié à l'insolvabilité en est un exemple. Le droit allemand en matière d'insolvabilité qui a été restructuré en 1999 par une vaste réforme, met à disposition de nombreux instruments de redressement. Les entreprises allemandes, le monde politique et la société doivent commencer à considérer une insolvabilité comme étant une occasion pour un nouveau départ et non pas comme étant nécessairement la fin d'une entreprise avec des mesures coercitives. En qualité d'avocats et étant régulièrement mandatés en qualité d'administrateurs pour les procédures d'insolvabilité, nous pouvons agir quotidiennement pour soutenir ce changement dans les consciences. La procédure d'insolvabilité sert tout d'abord au redressement de l'entreprise, à un nouveau départ et à la sauvegarde d'emplois. Dans l'opinion publique, la notion d' " insolvabilité " continue d'être synonyme de la chute d'une entreprise dès lors que la procédure d'insolvabilité a été rendue publique.

Cela est faux et ne correspond pas aux réglementations allemandes en matière d'insolvabilité : il faut sauver ce qu'il est possible de sauver et ne surtout

pas assister passivement à la chute d'une entreprise de tradition. Tel devrait être le premier sentiment et c'est ce que préconise la réglementation concernant l'insolvabilité. En créant un sentiment de peur dans les médias, et malheureusement aussi dans le monde politique, on modifie totalement le regard porté sur les nombreuses sociétés qui, certes, ont été restructurées, mais qui ont poursuivi leurs activités de manière saine et compétitive après une procédure d'insolvabilité. Jusqu'en 1999 la procédure d'insolvabilité était réglée par la " Konkursordnung (KO) " [loi relative à la liquidation judiciaire des entreprises]. En supprimant le terme de " faillite " et en le remplaçant par l'expression " insolvabilité ", on a fait une tentative pour supprimer la connotation négative de ce terme. Malheureusement, et comme dans le passé, ce pari n'a pas été gagné en Allemagne même quand les politiques durant l'année 2009 ne relient l'insolvabilité d'une entreprise avec la faillite que dans le cas de mesures coercitives. En ce qui concerne les procédures d'insolvabilité, les américains parlent volontiers de " turnaround ". Même aux USA on n'est pas très fier d'une telle procédure, mais ce n'est pas non plus un déshonneur - et en tout cas, cela n'est pas ressenti comme étant la fin du monde (2).

La réglementation allemande en matière d'insolvabilité prévoit, entre autres, la procédure de planification de l'insolvabilité. En ce qui concerne le choix des moyens pour le plan d'insolvabilité, cela dépend de manière décisive de la capacité de survie de l'entreprise. Dans le processus du plan, l'administrateur ne développe pas régulièrement le management, mais un concept de sauvetage et négocie avec les créanciers de l'entreprise au sujet d'un éventuel renoncement à leurs prétentions. La résiliation de contrats de livraison, de location ou de travail

est ainsi plus aisée et plus rapide, ce qui donne plus d'aisance à celui qui gère le redressement. : les salaires et les émoluments sont payés durant trois mois par l'Agence Fédérale pour l'Emploi et le Travail. Le plan peut aussi bien être élaboré et mis en œuvre dans le cadre d'une procédure régulière par un administrateur, mais il peut

aussi l'être dans le cadre d'une gestion interne. La gestion interne apparaît alors comme une possibilité grâce à laquelle la direction peut sauver la face. Avec ce modèle, le management conserve les atouts en mains, cependant sous le contrôle de l'administrateur qui est ici désigné sous le terme d'administrateur (3). Le modèle de gestion interne est cependant rarement utilisé jusqu'à présent. Cela semble lié au fait que la direction de l'entreprise doive elle-même réaliser le plan de redressement et que, par conséquent, elle doive initier très rapidement des discussions désagréables avec les créanciers de l'entreprise. Un exemple actuel d'une procédure de plan d'insolvabilité menée en interne est celle du groupe de grands magasins Arcandor. Par une demande en date du 18 juin 2009, le groupe de grands magasins Arcandor (= Karstadt) auquel sont subordonnées 520 entreprises individuelles, a déposé une demande en insolvabilité. A priori, chez Arcandor, ce scénario semble être préparé en coulisses depuis le mois d'avril 2009. Avec le spécialiste en droit d'insolvabilité, Maître Horst Piepenburg, ainsi que plusieurs conseillers en matière d'entreprise, la direction d' Arcandor a développé un plan de redressement qui est maintenant devenu une base de départ pour le plan d'insolvabilité (4). En ce qui concerne son contenu, le plan d'insolvabilité propose beaucoup de libertés. Grâce à lui, il est permis à l'administrateur aussi bien qu'au débiteur de s'écarter des directives générales en matière de réglementation