

Procédure d'insolvabilité Phoenix Kapitaldienst GmbH
Information des créanciers
Situation au 2 novembre 2007

1. Recours contre l'approbation du plan d'insolvabilité

Le *Landgericht* de Francfort s'est prononcé sur les seize recours déposés contre l'approbation du plan d'insolvabilité. Vous trouverez un résumé de l'arrêt du 29 octobre 2007 dans le domaine protégé du système d'information des créanciers.

Le *Landgericht* a donné gain de cause à Citco Global Custody et annulé l'approbation du plan. Les quinze autres recours, dont celui du groupe d'action judiciaire composé de quelques entreprises cotisant à l'EdW, ont été rejetés pour irrecevabilité. Le *Landgericht* a nié la compétence de recours de ce groupe étant donné que celui-ci ne fait pas partie des créanciers de la procédure d'insolvabilité.

En ce qui concerne le recours déposé par Citco, le *Landgericht* a conclu que les modalités procédurales n'avaient pas été respectées. Son argument principal à cet égard était qu'un plan d'insolvabilité est censé mettre fin à la procédure d'insolvabilité correspondante. Le tribunal a rejeté l'idée d'un plan accompagnant la procédure plutôt que mettant un terme à celle-ci – une possibilité qui n'est certes pas prévue explicitement par le législateur, mais qui n'est pas non plus exclue selon l'administrateur judiciaire.

Ce point avait déjà fait l'objet de nombreux débats pendant la phase préliminaire à l'établissement du plan. L'administrateur judiciaire avait notamment demandé des rapports d'experts à ce sujet et abordé la question avec l'*Insolvenzgericht* ainsi qu'avec le comité des créanciers. Plusieurs experts avaient alors estimé recevable un plan d'insolvabilité accompagnant la procédure, opinion en outre largement représentée au sein de la doctrine.

Le *Landgericht* a par ailleurs considéré que le plan d'insolvabilité aurait dû distinguer deux groupes de créanciers, à savoir les investisseurs et les « autres créanciers » (fournisseurs, employés, etc.). Or là encore, la question avait été abordée et il avait été expliqué pourquoi la répartition des créanciers en différents groupes avait finalement été rejetée dans ce cas précis. Le Code de l'insolvabilité prévoit d'ailleurs la possibilité d'établir un plan d'insolvabilité réunissant les créanciers au sein d'un seul et même groupe.

Sur la question de la nature fiduciaire d'une partie des actifs de Phoenix, le *Landgericht* ne s'est pas prononcé de manière ferme.

La décision du *Landgericht* peut être contestée par un recours auprès du *Bundesgerichtshof*. Nous examinons actuellement les chances de succès d'un tel recours et nous concertons avec le comité des créanciers sur la voie à suivre. Nous vous tiendrons informés de l'état d'avancement de la procédure dans une prochaine information des créanciers.

La presse s'est fait le relais des déclarations d'un certain Monsieur Ross, directeur d'une entreprise membre de l'EdW, qui affirme que l'administrateur judiciaire serait désormais en mesure de procéder immédiatement aux premiers paiements. Cette déclaration est erronée et ne fait qu'entretenir des attentes impossibles à satisfaire. En effet, l'annulation de l'approbation du plan d'insolvabilité nous ramène à la situation qui prévalait avant l'adoption de ce plan, et retarde donc tout paiement. Nous ne sommes pas plus avancés sur la manière dont les créances annoncées doivent être vérifiées ni sur la clé de répartition à appliquer aux liquidités disponibles. Or, le plan d'insolvabilité avait justement pour objet principal de définir cette clé. De plus, les droits de distraction revendiqués sur l'actif fiduciaire remettent en question la compétence de l'administrateur judiciaire concernant ces créances et, même si cette compétence est confirmée, le problème de la clé de répartition demeure. Le *Landgericht* n'ayant réglé aucun de ces points, il apparaît clairement que les déclarations de Monsieur Ross sont erronées. Le groupe d'action judiciaire poursuit manifestement son travail de sape du système d'indemnisation et des principes mêmes de l'EdW, au détriment des parties prenantes à la procédure d'insolvabilité, et notamment des créanciers. Nous déplorons un tel comportement.

2. Distraction de l'actif fiduciaire revendiqué

Le groupe d'action judiciaire composé d'entreprises cotisant à l'EdW ainsi que Citco font valoir qu'une partie des actifs de Phoenix constitue un actif fiduciaire soumis à distraction. Toutefois ni l'un ni l'autre n'ont été en mesure d'avancer de chiffre concret concernant leurs propres revendications par rapport aux droits de distraction de tous les autres créanciers. Citco tend à vouloir imposer un mode de calcul selon lequel les investisseurs ayant versé des fonds peu avant l'éclatement de l'affaire récupèreraient la quasi-intégralité de leur placement. Si cette solution est adoptée, les investisseurs de longue date ne recevront aucune compensation suite au partage des actifs de Phoenix.

En effet, même si une partie de ces actifs sont effectivement à considérer comme actif fiduciaire, la masse disponible aujourd'hui est inférieure aux sommes initialement placées par les investisseurs. Les créances des uns entrent donc en conflit avec celles des autres (tout comme pour le partage des actifs).

Malgré ces circonstances, ni Citco ni le groupe d'action judiciaire n'ont déposé de demande formelle relative à leur revendication. Dans l'intervalle, et en

concertation avec le comité des créanciers, nous avons ouvert contre Citco une action en négation de droit. A cet égard, il convient en premier lieu de clarifier si une partie des actifs de Phoenix constitue un actif fiduciaire. Si tel est le cas, l'étape suivante consistera à déterminer concrètement la part qui revient à chaque investisseur.

3. Demande de désignation d'un administrateur judiciaire spécial

Le groupe d'action judiciaire déjà évoqué à maintes reprises a déposé auprès de l'*Insolvenzgericht* une demande en vue de la désignation d'un administrateur judiciaire spécial. Cette demande présente différentes affirmations, sur lesquelles nous prenons position comme suit :

- a) Rémunération trop élevée de l'administrateur judiciaire et du comité des créanciers

Jusqu'ici l'*Insolvenzgericht* n'a fixé que la rémunération de l'administrateur judiciaire temporaire. La demande correspondante avait fait l'objet d'une concertation préalable du comité des créanciers. La fixation de cette rémunération a force de chose jugée et, la décision ayant été publiée, chacune des parties à la procédure aurait pu déposer un recours pour la contester. Le signataire du présent document n'a encore reçu aucune rémunération au titre de sa fonction d'administrateur judiciaire (qu'il exerce maintenant depuis plus de deux ans) ; aucune avance n'a non plus été demandée ni accordée.

Le groupe d'action judiciaire prétend que des taux horaires trop élevés ont été octroyés de manière illicite au comité des créanciers. Les dispositions légales en la matière prévoient certes un taux normal entre 35 et 95 € par heure, mais cette fourchette est notoirement indicative. Le niveau de rémunération ne saurait donc être qualifié d'illicite.

Le groupe d'action judiciaire affirme par ailleurs que, lors de l'évaluation des actifs disponibles dans le cadre du premier partage prévisionnel (200 millions €), une provision de 30 millions € aurait été constituée en vue de couvrir les frais de procédure. Cette affirmation est fautive. Cette somme n'a pas seulement été réservée pour la rémunération de l'administrateur judiciaire ni pour l'acquittement des frais de l'*Insolvenzgericht*, mais en vue d'éventuelles créances supplémentaires sur les actifs du débiteur, par exemple de litiges non encore introduits. Comme il est d'usage, ces provisions ont été évaluées selon le principe

de précaution. Les montants qui n'auront pas été utilisés à l'issue de la procédure seront redistribués aux créanciers.

b) Coûts du département Forensic Services

Le groupe d'action judiciaire avance que le mandat de Schultze & Braun Rechtsanwalts-gesellschaft – Wirtschaftsprüfungsgesellschaft entraîne des coûts supplémentaires illégitimes, car les tâches confiées à la société feraient partie du cahier des charges de l'administrateur judiciaire. Cette affirmation est fautive. Les tâches confiées à Schultze & Braun ne relèvent aucunement des responsabilités d'un administrateur judiciaire.

Le département Forensic Services s'acquitte notamment des tâches suivantes :

- Evaluation des pertes effectives de Phoenix dans le négoce de produits dérivés entre 1992 et 2005
- Evaluation des fonds de Phoenix versés directement ou indirectement à Dieter Breitzkreuz en vue de faire valoir des droits sur la communauté des héritiers Breitzkreuz
- Reconstitution de la falsification de documents relatifs à des opérations sur produits dérivés prétendument lucratives ; restauration des fichiers supprimés sur les ordinateurs de Michael Milde concernant ces opérations
- Enquête sur les activités de M. Puckler (commissaire aux comptes) et de la société Ernst&Young (commissaire-réviseur)
- Etablissement d'une base de données recensant l'ensemble des versements et des paiements pour tous les investisseurs entre 1992 et 2005
- Calcul des prétentions à l'égard des investisseurs qui ont réalisé des gains supérieurs à leur placement initial dans le cadre du système de vente « à la boule de neige » de Phoenix
- Rectification des comptes annuels de Phoenix en vue de l'exercice des droits fiscaux

La constitution de la base de données rassemblant les informations relatives aux investisseurs a nécessité beaucoup de travail, car il a fallu extraire les données à partir de différents systèmes informatiques, lesquels comportaient en outre de nombreuses erreurs. La vérification manuelle de quelque 40 000 dossiers a donc été nécessaire.

L'enquête avait également pour objectif de déterminer si le courtier Man financial ltd. était impliqué dans l'escroquerie. Les investigations n'ont fourni aucun indice à ce sujet.

c) Groupe d'action judiciaire Puckler

La partie adverse conteste la légitimité (création et préfinancement) du groupe d'action judiciaire constitué en vue de la poursuite des prétentions contre le commissaire aux comptes.

L'administrateur judiciaire de Phoenix n'a aucune prétention propre à faire valoir contre le commissaire aux comptes. En effet, il n'est pas certain que les activités de M. Puckler aient eu un impact négatif direct sur les actifs, même si le préjudice concret pour les investisseurs ne fait aucun doute. En outre, l'administrateur judiciaire ne peut pas faire valoir les droits des nouveaux créanciers, c'est-à-dire des investisseurs devenus créanciers après l'événement dommageable.

Même s'il s'avère que les activités de M. Puckler ont bel et bien porté préjudice aux actifs, un problème juridique subsiste puisque les collaborateurs et les organes de Phoenix ont tenté de tromper M. Puckler en lui présentant des documents falsifiés. L'administrateur judiciaire s'exposerait donc à l'opposition d'une exception concernant la faute concomitante. C'est pourquoi il ne fait pas valoir lui-même de prétention. Toutefois, chacun des créanciers a la possibilité d'intenter lui-même une action contre M. Puckler.

Au vu de ce qui précède, la constitution d'un groupe d'action judiciaire s'est ainsi révélée nécessaire pour rassembler les intérêts des créanciers en vue de la poursuite des prétentions contre le commissaire aux comptes, tâche à laquelle s'est attelé le groupe pour l'ensemble de ses membres. Cette mesure a été décidée en concertation avec le comité des créanciers ainsi qu'avec les principaux représentants des créanciers à l'occasion de deux réunions.

Le groupe des membres de l'EdW soutient que les investisseurs qui n'ont pas adhéré au groupe d'action judiciaire sont pénalisés parce qu'une partie des actifs du débiteur ont été prélevés pour préfinancer cette action. Ce raisonnement est cependant lacunaire : d'une part, les sommes avancées seront remboursées en priorité si des recettes sont réalisées ; d'autre part, les actifs se verront attribuer une partie de ces recettes, si bien que même les investisseurs qui n'ont pas adhéré au groupe d'action judiciaire en bénéficieront.

d) Prétentions contre MAN financial ltd.

Comme indiqué plus haut, une enquête approfondie a été menée afin de déterminer si les collaborateurs de MAN financial ltd., le courtier de Phoenix, étaient impliqués dans l'escroquerie. Les investigations n'ont fourni aucun indice à ce sujet.

Toutefois, afin de permettre aux investisseurs de consulter les informations recueillies sur le rôle joué par MAN dans l'affaire, nous verserons au dossier, durant la première quinzaine de novembre, un rapport spécial détaillé sur le déroulement de l'escroquerie.

Comme toujours à cette étape, nous vous prions de renoncer à toute demande téléphonique sur l'état du dossier auprès du tribunal ou de l'administrateur judiciaire. Nous réitérons notre demande de ne plus communiquer les **changements d'adresse** que **par écrit** (et non par courrier électronique) et de tenir compte des indications figurant dans l'information des créanciers du 20 avril 2007 relative aux successions juridiques.

Francfort, le 2 novembre 2007 / FS-BY-OL

Frank Schmitt
Avocat spécialisé dans le droit de l'insolvabilité
en qualité d'administrateur judiciaire