

Par la commission juridique du think tank de l'ARE :



Mylène Boché Robinet,
avocate associée,
Boché-Dobelle



Virginie Verfaillie Tanguy,
avocate associée, Valoren,
présidente de l'ARE,



Guillaume de Lagasnerie,
expert-comptable et
commissaire aux comptes,
Cogeed



et Serge Pelletier,
avocat associé,
Rescue

Responsabilité du chef d'entreprise et Covid: quelles réformes et quelle appréciation ?

En cas de défaillance de l'entreprise, les dirigeants encourent des sanctions lourdes et l'imprévisibilité liée à la pandémie leur fait courir des risques accrus. Le think tank de l'Association pour le retournement des entreprises (ARE) propose des pistes de réforme sur des textes qui constituent de véritables freins à la décision et préconise qu'ils soient appliqués en prenant le contexte pandémique en compte pour les défaillances qu'il a provoquées.

La complexité et le nombre des règles qui s'imposent au chef d'entreprise constituent des freins à la démarche d'entreprendre et, lorsque le pas est franchi, à la prise de décision, que l'enjeu soit le développement ou la survie de l'entreprise.

Le souci de limiter les conséquences économiques de la pandémie de Covid-19 a donné lieu à un foisonnement de textes d'appréhension difficile, plaçant les chefs d'entreprises dans des nouvelles situations d'insécurité juridique. Par exemple, lors du déconfinement, les pouvoirs publics ont imposé des préconisations de sécurité sanitaire sur les lieux de travail. Outre que leur mise en œuvre est parfois quasi impossible, elles constituent un frein à la décision de réouverture, faisant donc peser un risque de disparition de l'entreprise, notamment lorsque l'activité est exclusive du télétravail. Dans ce contexte, le think tank de l'ARE relève la nécessité de

revoir certaines règles de responsabilité du dirigeant et de faire en sorte que les juges prennent en compte le contexte inédit de cette crise sanitaire dans l'appréciation des critères traditionnels de mise en cause lorsqu'il s'agira de les appliquer.

En matière de défaillance d'entreprises, les sanctions pour faute de gestion (comblement de l'insuffisance d'actif, faillite ou interdiction de gérer, etc.) peuvent avoir des conséquences irré-

Les règles en matière de sanctions pour faute de gestion sont si peu lisibles que les jugements sont radicalement différents d'une juridiction à l'autre.

versibles sur la situation des entrepreneurs concernés et empêcher leur rebond. En la matière, les règles sont si peu lisibles que les jugements sont radicalement différents d'une juridiction à l'autre. Elles sont donc exclusives de toute sécurité juri-

dique pour le justiciable et de cohérence pour les professionnels même spécialisés.

En l'état actuel des textes, la prescription est de trois ans à compter de l'ouverture de la procédure collective. En pratique, le plus souvent, le dirigeant reçoit une assignation quelques jours avant l'expiration de ce délai, alors qu'il n'a plus les ressources (en termes de mémoire, de documentation ou de financement) pour assurer correctement sa défense. Pour l'équilibre des débats et pour favoriser le rebond, la prescription devrait être ramenée à un an à compter du prononcé de la liquidation judiciaire d'autant que ce délai est compatible avec le calendrier du redressement ou de la liquidation judiciaire.

Contrairement à la responsabilité de droit commun dans laquelle l'indemnisation est à la hauteur du préjudice directement consécutif à la faute, dans le «comblement de passif», le dirigeant peut être condamné à supporter la totalité de l'insuffisance d'actif alors que ses fautes de gestion n'y ont que partiellement contribué.

Egalement, contrairement à la responsabilité de droit commun dans laquelle l'indemnisation est à la hauteur du préjudice directement consécutif à la faute, dans le «comblement de passif», le dirigeant peut être condamné à supporter la totalité de l'insuffisance d'actif alors que ses fautes de gestion n'y ont que partiellement contribué. Pour favoriser le rebond, les règles devraient imposer une proportion entre la faute et l'insuffisance d'actif tout en permettant de tenir compte de la situation personnelle du dirigeant et de l'intensité de sa coopération pendant la procédure pour adoucir la condamnation.

Par ailleurs, en l'état, en matière de faillite personnelle ou d'interdiction de gérer, la transaction n'est pas possible, paralysant certaines solutions amiables en matière de comblement

de passif. Pourtant, la loi prévoit que, lorsqu'une interdiction a été prononcée, le dirigeant peut demander à en être relevé s'il a apporté une contribution au passif. Pourquoi ne pas décider qu'une telle contribution en amont de la condamnation à une interdiction est exclusive de toute sanction personnelle?

La loi Pacte a autorisé le gouvernement à légiférer par voie d'ordonnance d'ici le 31 juillet 2021 pour transposer en droit interne la dernière directive sur la restructuration et l'insolvabilité qui insiste sur le rebond du dirigeant. C'est l'occasion d'intégrer les réformes proposées ici qui paraissent d'autant plus justifiées pour les entrepreneurs méritants dans le contexte de crise sans précédent que nous traversons.

Un des fondements classiques de sanction des dirigeants est le caractère tardif de la déclaration de cessation des paiements. En principe, le dirigeant doit se présenter au tribunal dans les 45 jours à compter de la survenance de la cessation des paiements. Par manque d'information ou par déni, les chefs d'entreprise laissent passer ce délai. Pour

éviter un afflux de dossiers dans le contexte de la pandémie, le point de départ du délai a été reporté au 23 août 2020, parfois au détriment de toute logique économique mais surtout de la lisibilité de la règle. Une diminution drastique des statistiques des dépôts de bilan s'en est suivie. L'objectif semble ainsi atteint. Mais la réalité économique ne manquera pas de rattraper les chefs d'entreprise qui auront donc tardé à se présenter au tribunal, s'exposant donc à des sanctions.

La sécurité juridique et le maintien de volontés d'entreprendre même après un échec paraissent aujourd'hui commander que les tribunaux prennent la spécificité du contexte de la pandémie particulièrement en compte et ne sanctionnent que les fautes qui peuvent être détachées du contexte. ■