

Juin 2024

Groupe de travail sur l'échec et le rebond entrepreneurial
visant à déstigmatiser l'échec et faciliter le rebond des entrepreneurs

Contribution du Comité des Lois, des Techniques et des Pratiques
de l'Association pour la Restructuration des Entreprises (ARE)

Contexte et Méthodologie

L'ARE compte plus de 300 membres représentant l'ensemble des professions impliquées dans les opérations de retournement, de refinancement ou de restructuration des entreprises (avocats, auditeurs, conseils, administrateurs judiciaires, banquiers, Investisseurs, managers de crise, etc.)

Ses membres ont une expérience de l'échec entrepreneurial soit parce qu'ils l'ont vécue directement (investisseurs, managers de crise) soit parce qu'ils ont accompagné les entrepreneurs dans le cadre des procédures de prévention ou de traitement des difficultés (avocats, administrateurs judiciaires, auditeurs, etc.).

L'ARE accueille donc avec enthousiasme la création du groupe de travail sur l'échec et le rebond entrepreneurial visant à déstigmatiser l'échec et faciliter le rebond des entrepreneurs qui a notamment pour objet de quantifier et documenter les conséquences économiques, sociales et psychologiques pour les entrepreneurs concernés (le « **Groupe de Travail** »).

S'agissant de la psychologie du dirigeant, l'ARE a publié en [décembre 2022](#) un [livre blanc](#) intitulé « [La psychologie des dirigeants lors des situations de crise - enjeux, constats, bonnes pratiques](#) » qui a d'ores et déjà été transmis au Groupe de Travail.

Les chances de survie d'une entreprise sont directement corrélées au stade des difficultés auquel l'entrepreneur s'adresse au tribunal pour mettre en œuvre une procédure de prévention ou de traitement des difficultés. A travers ses colloques et ses actions de formation, l'ARE milite donc depuis de nombreuses années pour libérer les entrepreneurs de la culture de l'échec et des entraves à la démarche de mise en œuvre précoce de procédures de prévention des difficultés.

La perspective d'une sanction pécuniaire (responsabilité pour insuffisance d'actif) ou personnelle (faillite personnelle ou interdiction de gérer) est systématiquement identifiée par les dirigeants comme un frein au recours aux procédures de prévention : le dirigeant hésite à se présenter devant une juridiction pour prévenir ou traiter les difficultés de son entreprise quand cette même juridiction est susceptible de prononcer des sanctions qui constituent des obstacles au rebond et sont lourdement stigmatisantes.

Il ne s'agit pas de dédouaner les dirigeants malhonnêtes, mais d'adapter les règles de procédure et de droit applicables, précisément pour favoriser le rebond et limiter ou supprimer la stigmatisation réelle ou perçue par l'entrepreneur, avec les impacts psychologiques liés à l'instance judiciaire puis à la condamnation.

Au nombre des entraves au rebond figure également l'indicateur attribué au chef d'entreprise (indicateur significatif 060) par la Banque de France qui limite, voire prive l'accès au crédit du dirigeant, pour lui-même ou pour toute nouvelle entreprise.

En outre, la directive (UE) 2019/1023 du 20 juin 2019 dite « *restructuration et insolvabilité* » transposée en droit interne par l'ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 portant modification du livre VI du Code de commerce a introduit des modalités de vote en classes de parties affectées largement inspirées des règles du *Chapter Eleven* en vigueur aux Etats-Unis.

L'échec entrepreneurial aux Etats-Unis est pratiquement identifié comme une étape préalable nécessaire au succès de l'entreprise qui suivra. Sauf exception, les sanctions sont ainsi pratiquement absentes du droit américain de l'insolvabilité. Contrairement à la culture juridique et judiciaire française héritée du XIXème siècle dans laquelle l'échec doit être sanctionné, sa stigmatisation est ainsi



délibérément exclue de la culture entrepreneuriale américaine. Si les droits de l'insolvabilité européen et français s'inspirent du modèle américain, l'efficacité de la démarche devra nécessairement passer par une révolution culturelle de l'appréhension de l'échec.

Sans nécessairement supprimer les sanctions, la démarche doit notamment passer par une réforme des règles de fond et de procédure applicables pour les rendre lisibles, prévisibles et, surtout, supprimer ou, en tous cas, réduire significativement leur caractère anxiogène et infâmant. Elle doit également passer par une réforme du système de notation du dirigeant tenu par la Banque de France.

Cela étant exposé, à titre de contribution au Groupe de Travail, l'ARE propose :

- Une note synthétique sur l'état du droit américain en matière de sanctions dans le contexte de l'insolvabilité ;
- des pistes de réforme tendant à déstigmatiser l'insolvabilité et favoriser le rebond présentées sous forme de fiches :
 - Fiche N°1 : Propositions de modification des règles de procédure (10 propositions)
 - Fiche n°2 : Propositions de modification des règles de fond (6 propositions).

Note – Sanctions du dirigeant dans le cadre des procédures d'insolvabilité aux Etats-Unis

Les procédures d'insolvabilité américaines (US Bankruptcy Code, Title 11) ne prévoient pas de sanction du dirigeant en cas d'insuffisance d'actif ou de simple faute de gestion.

Les tribunaux américains appliquent la « *business judgement rule* », qui protège le droit à l'erreur des dirigeants d'une société, corollaire de leur prise de risque. Ces derniers ne pourront être poursuivis pour violation de leur devoir de diligence si leurs décisions ont été prises (i) de bonne foi, (ii) de manière raisonnablement prudente, et (iii) dans le meilleur intérêt de la société et de ses propriétaires économiques.

Si le droit français connaît également un principe de liberté de gestion, il n'établit pas de réelle présomption de bonne foi en faveur des dirigeants, contrairement à la *business judgement rule*.

Par ailleurs, les tribunaux américains s'en remettent aux décisions des dirigeants et sont réticents à leur substituer leur propre jugement commercial.

S'agissant de la recherche de responsabilité pour insuffisance d'actif, sa seule existence dans une procédure de liquidation n'est pas, en soi, générateur de responsabilité des dirigeants.

Le concept de « *trading while insolvent* » - qui existe notamment au Royaume-Uni et en Allemagne et qui interdit aux dirigeants de contracter de nouvelles dettes dès lors qu'ils savent la société en état d'insolvabilité - n'existe pas aux Etats-Unis.

Seule la fraude, une négligence grave ou un délit pourront conduire les tribunaux à caractériser la responsabilité d'un dirigeant. L'idée sous-jacente est que toute situation d'insolvabilité est en partie imputable à un dirigeant incompetent ou négligent, de sorte que seule une situation plus extrême, une excessive mauvaise foi ou une opération intéressée, permettrait d'engager la responsabilité des dirigeants.

Le droit américain ne prévoit pas non plus d'interdiction de gérer en cas de faute de gestion du dirigeant.

La seule hypothèse d'interdiction de gérer concerne la fraude en matière de valeurs mobilières, pour laquelle la Securities and Exchange Commission (SEC) peut imposer des sanctions visant à empêcher une personne de diriger une société publique sur le fondement de mauvaise conduite antérieure.

Par conséquent, de simples fautes dans la gestion d'une entreprise ne pourront donner lieu, en tant que telles, à des sanctions pécuniaires ou pénales, sauf en cas de fraude ou de délit.

Toutefois, il convient de noter qu'un devoir de diligence incombe aux dirigeants, envers la société et les actionnaires. Une grande majorité de tribunaux américains considère aujourd'hui qu'en cas d'insolvabilité, les dirigeants ont les mêmes obligations fiduciaires envers les créanciers qu'envers les actionnaires.

Néanmoins, les créanciers n'ont pas qualité à agir pour tenter une action directe en matière de violation des obligations fiduciaire du dirigeant. Certains tribunaux considèrent qu'ils pourront agir de manière indirecte, si la société est en faillite et que les actionnaires ne sont plus « dans la monnaie ».

Le cas échéant, les créanciers seraient les seuls à conserver un intérêt économique et pourraient à ce titre tenter une action pour violation des obligations fiduciaires des dirigeants.

Il existe également des cas de responsabilité statutaire stricte des dirigeants dans le cas où certaines dettes publiques de l'entreprise restent impayées (ex. taxe sur les ventes). Si un détaillant perçoit la taxe sur les ventes lorsqu'il vend des marchandises, il doit remettre la taxe perçue à l'état. Si le détaillant fait faillite et qu'il n'a pas reversé la taxe sur les ventes qu'il a perçue, la responsabilité personnelle des dirigeants peut être engagée.

Fiche n°1 : Propositions de modification des règles de procédure

Les propositions de modification ci-après sont formulées après avoir identifié les règles de procédure qui influent sur les perspectives de rebond de l'entrepreneur ayant connu l'échec, qui le stigmatisent ou lui donnent la perception de sa stigmatisation.

1. Le délai de prescription de l'action

En l'état, les textes applicables à la sanction pécuniaire (responsabilité pour insuffisance d'actif¹) ou aux sanctions personnelles (faillite personnelle ou interdiction de gérer²) disposent que l'action se prescrit dans un délai de 3 ans à compter du prononcé de la liquidation judiciaire (s'agissant de la sanction pécuniaire) ou du redressement ou de la liquidation judiciaire (s'agissant des sanctions personnelles).

Frein au rebond/facteur de stigmatisation : le plus souvent, le dirigeant reçoit une assignation quelques jours avant l'expiration du délai de prescription de 3 ans à compter du jugement qui a prononcé la liquidation judiciaire qui, lui-même, est souvent prononcé après une période d'observation qui a pu durer jusqu'à 18 mois. Il peut donc s'écouler 4,5 ans entre l'ouverture de la procédure collective et la mise en œuvre de l'action en responsabilité. Le dirigeant n'a alors plus ni la mémoire, ni les ressources documentaires pour assurer sa défense. L'entrepreneur qui a déjà été éprouvé par la procédure collective, qui a peut-être démarré un nouveau projet, doit se remobiliser intellectuellement sur l'échec qu'il a connu, engager le temps, les frais et honoraires nécessaires pour assurer sa défense et vivre pendant toute la durée de la procédure contentieuse avec l'éventualité d'une condamnation qui pèsera sur son patrimoine et/ou sa capacité à diriger ou financer sa nouvelle entreprise.

Le point de départ comme la longueur du délai ne sont donc pas compatibles avec les droits de la défense et le droit au rebond. Ils ne se justifient pas puisque l'insuffisance d'actif comme les faits pouvant occasionner la mise en œuvre des procédures de sanction sont identifiés pendant la période d'observation et, donc, bien avant le prononcé de la liquidation judiciaire.

- **Uniformiser et réduire le délai de prescription de l'action à 1 an à compter du jugement qui prononce la liquidation judiciaire.**

2. L'imprescriptibilité des fautes

En droit français, toutes les fautes, y compris les crimes les plus graves, se prescrivent lorsqu'un certain nombre d'années s'est écoulé depuis la commission des faits ou leur découverte. Il n'existe qu'une exception : les crimes contre l'humanité.

De ce point de vue, le régime des sanctions du dirigeant d'une entreprise en difficulté fait également exception, puisque, en l'état des textes, les fautes que l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, en faillite personnelle ou en interdiction de gérer a pour objet de sanctionner sont imprescriptibles.

Frein au rebond/facteur de stigmatisation : en l'état de notre droit, avoir commis une faute de gestion serait donc plus risqué en termes de responsabilité que d'avoir commis des crimes, y compris les plus graves.

- **Fixer une date au-delà de laquelle la faute commise ne pourra plus être sanctionnée (5 ans avant le jugement d'ouverture de la procédure collective).**

3. L'absence d'accès aux archives de l'entreprise pour préparer sa défense

Compte tenu de son dessaisissement, le dirigeant n'a plus accès à la documentation de l'entreprise et se retrouve donc démuné lorsqu'il s'agit de préparer sa défense dans le cadre d'une action en responsabilité. De même, la confidentialité des documents et informations échangées au cours du

¹ [Article L.651-2 du Code de commerce](#)

² [Article L.653-1 à L.653-11 du Code de commerce](#)

mandat *ad hoc* et de la conciliation³ si elle n'a pas été levée lors de l'ouverture de la procédure collective peut être opposée au dirigeant alors qu'ils peuvent être cruciaux pour sa défense.

Frein au rebond/facteur de stigmatisation : sauf à avoir lui-même sauvegardé l'intégralité des données de l'entreprise, en l'absence d'accès aux archives, le dirigeant est *de facto* empêché de préparer utilement sa défense, augmentant donc le risque de condamnation à une sanction pécuniaire (impact sur sa capacité à réinvestir) ou à une sanction personnelle (stigmatisante).

- **Instaurer une obligation d'archivage des pièces et de préservation des éléments de preuve (sauvegarde des serveurs, conservation des fichiers FEC, etc.) par le liquidateur judiciaire.**
- **Instaurer un droit d'accès du dirigeant dont la responsabilité est recherchée à l'ensemble des archives de l'entreprise**
- **Instaurer un accès aux pièces mêmes couvertes par la confidentialité (mandat *ad hoc*/conciliation).**

4. L'absence de contradictoire dans la phase préalable à l'action

Les actions en responsabilité sont souvent fondées sur un rapport établi par un technicien (expert-comptable) désigné par le juge-commissaire sur requête du liquidateur judiciaire⁴. Il ne s'agit pas d'une mesure d'expertise contradictoire, de sorte que les règles de procédure civile en matière d'expertise judiciaire ne sont pas applicables. Cela laisse toute latitude à l'expert de décider, ou non, de recueillir les explications et justificatifs du dirigeant et/ou d'en faire effectivement état dans le rapport qui servira de fondement à l'action en responsabilité.

Frein au rebond/facteur de stigmatisation : en l'absence de contradictoire dans le cadre de la mission de l'expert, le dirigeant peut être empêché d'apporter des explications et des pièces justificatives, de sorte que les conclusions de l'expert peuvent être exclusivement à charge. Même si le rapport est ensuite soumis au contradictoire devant les juges saisis de l'action fondée sur ce rapport, cela crée des *a priori* auxquels il ne peut être utilement répondu que par l'intervention d'un contre expert, ce qui occasionne des frais et honoraires supplémentaires à la charge du dirigeant, sauf à encourir le risque de condamnation facile.

- **Instaurer le respect du contradictoire lors des investigations préalables à la mise en œuvre de la responsabilité du dirigeant de droit ou de fait de l'entreprise. Toute transmission au technicien, au liquidateur judiciaire, au juge-commissaire ou au tribunal ayant trait aux sanctions doit être communiquée en temps utile au dirigeant mis en cause pour lui permettre de répondre.**
- **Autoriser le dirigeant mis en cause à solliciter la réalisation d'investigations ou la communication d'informations de la part du technicien désigné ou du liquidateur judiciaire, tout désaccord à cet égard étant soumis au juge-commissaire.**

5. L'impossibilité d'attirer un autre dirigeant dans la cause

L'article L651-3 du Code de commerce⁵ attribue qualité exclusive pour initier l'action au ministère public, au liquidateur ou à une majorité de contrôleurs à la procédure. La Cour de cassation refuse que le dirigeant poursuivi puisse attirer dans la cause, en intervention forcée, ses codirigeants actuels ou anciens de fait ou de droit qui auraient commis des fautes de gestion. Ce texte tend à faire assumer au seul dirigeant mis en cause les conséquences de fautes commises par d'autres.

Frein au rebond/facteur de stigmatisation : en l'état de l'article L651-2 du Code de commerce, le dirigeant à l'encontre duquel une faute de gestion peut être retenue peut voir mis à sa charge l'intégralité

³ [Article L611-15 du Code de commerce](#)

⁴ [Article L621-9 du Code de commerce](#)

⁵ [Article L651-3 du Code de commerce.](#)

de l'insuffisance d'actif, même si une partie a été générée par la faute d'un autre dirigeant qui n'a pas été attrait dans la cause. La lourdeur de sa condamnation peut lui interdire toute capacité d'investissement ou de financement d'une nouvelle activité, voire même de subvenir aux besoins de sa famille.

- **Permettre aux dirigeants poursuivis d'attraire dans la cause d'autres dirigeants de droit ou de fait.**

6. La tenue des débats en audience publique en matière de sanctions pécuniaire ou personnelle

L'article L662-3 alinéa 2 du Code de commerce⁶ dispose que les débats relatifs aux sanctions pécuniaire et personnelle ont lieu en audience publique et que le président du tribunal **peut** décider qu'ils ont lieu en chambre du conseil si l'une des personnes mises en cause le demande. Compte tenu de la rédaction du texte (« *peut* »), le président n'est pas tenu de décider que les débats auront lieu en chambre du conseil et sa décision est insusceptible de recours.

A l'inverse, aux termes de l'aliéna 1 du même article,

- les débats ont lieu en chambre du conseil dans toutes les autres instances relevant du droit des entreprises en difficulté ;
- une fois la procédure ouverte, la publicité des débats est de droit si le débiteur, l'administrateur, le mandataire, le représentant des salariés ou le ministère public en font la demande.

Frein au rebond/facteur de stigmatisation : la publicité des débats ajoute l'infâmie au stress de la procédure. Elle stigmatise sans justification tout dirigeant mis en cause, même si, *in fine*, la procédure n'aboutit à aucune condamnation. Le tout alors que les débats ont, par défaut, lieu en chambre du conseil pour tout ce qui concerne la procédure collective à l'exception des sanctions.

- **Prévoir que les débats ont lieu en chambre du conseil en matière de sanctions pécuniaire et personnelle => supprimer l'aliéna 2 de l'article L662-3 et ajouter au début de la 2^{ème} phrase de l'alinéa 1 « *Sauf pour ceux relatifs aux mesures prises en application des chapitres Ier et III du titre V, (...)* »**

7. L'impossibilité pour le défendeur de reprendre la parole après le ministère public

Aux termes de l'article R662-1 du Code de commerce⁷, sauf dispositions spéciales, les règles du Code de procédure civile sont applicables au droit des entreprises en difficulté. Aux termes de l'article 443 du Code de procédure civile⁸ (applicable devant toutes juridictions), le ministère public, partie jointe, a le dernier la parole. A l'inverse, l'article 460 du Code de procédure pénale dispose que le prévenu ou son conseil auront toujours la parole les derniers⁹.

En d'autres termes, dans les procédures tendant à sanctionner les comportements sociaux les plus graves, le défendeur a toujours la parole en dernier, alors que dans celles tendant aux sanctions pécuniaire et personnelle des dirigeants, le ministère public, qui a qualité propre pour formuler les demandes en sanction pécuniaire ou personnelle même si le liquidateur abandonne son action, prend la parole en dernier.

Le plus souvent, le dirigeant mis en cause n'est pas informé que le ministère public parlera après lui ou son conseil.

Frein au rebond/facteur de stigmatisation : la prise de parole en dernier du ministère public est particulièrement surprenante et stigmatisante pour le dirigeant, d'autant qu'elle est de nature à entretenir les *a priori* de la juridiction.

⁶ [Article L662-3 du Code de commerce](#)

⁷ [Article R662-1 du Code de commerce](#)

⁸ [Article 443 du Code de procédure civile](#)

⁹ [Article 460 du Code de procédure pénale](#)

- **Prévoir une disposition spéciale aux termes de laquelle le dirigeant ou son conseil s'expriment en dernier en matière de procédures collectives et, en particulier, en matière de sanctions pécuniaire ou personnelle**

8. L'exécution provisoire systématiquement prononcée en matière de sanction pécuniaire ou personnelle

Aux termes de l'article R661-1 alinéa 2 du Code de commerce¹⁰, les jugements prononçant une sanction pécuniaire ou personnelle ne sont pas exécutoires de plein droit à titre provisoire. Par principe, l'exécution provisoire doit donc être demandée et son prononcé doit être expressément motivé dans le jugement.

Cependant, en pratique, l'exécution provisoire n'est jamais motivée par les demandeurs et les jugements la retiennent avec des motivations indigentes. Il s'ensuit que les effets du jugement ne peuvent être interrompus que sur ordonnance de référé du premier président de la cour d'appel.

Frein au rebond/facteur de stigmatisation : compte tenu des délais de procédure, même si l'ordonnance du premier président arrête l'exécution provisoire, elle n'intervient que 3 à 4 mois après la signification du jugement de première instance. Ce dernier a déjà produit ses effets : l'exécution de la sanction pécuniaire peut avoir privé le dirigeant de toute ressource. La publicité de la sanction personnelle a entraîné des conséquences souvent irréversibles sur la poursuite d'activité de la nouvelle entreprise du dirigeant.

- **Exclure l'exécution provisoire des jugements prononçant une sanction pécuniaire ou personnelle en cas d'appel ou, a minima, prévoir qu'elle soit spécialement motivée.**

9. L'impossibilité de transiger en matière de sanctions personnelles

La faillite personnelle et l'interdiction de gérer ne tendent pas à la protection de l'intérêt collectif des créanciers mais à celle de l'intérêt général. En l'état, la Cour de cassation en déduit que le liquidateur n'a pas le pouvoir de transiger en la matière, au contraire du ministère public qui, lui, peut se désister de l'action.

Ce principe entrave l'amélioration de la situation des créanciers par la voie transactionnelle dans les actions en sanction pécuniaire puisque, sans accord sur l'ensemble des sanctions encourues (pécuniaire et personnelles), le dirigeant en cause n'est pas enclin à transiger.

Surtout, il pose des problématiques de cohérence avec :

- la liberté des parties de mettre fin à l'instance (article 1 du Code de procédure civile),
- la volonté des pouvoirs publics d'accélérer les procédures (tant civiles que pénales) et qui ouvre des alternatives amiables pour des infractions pénales autrement plus graves socialement que des fautes dans la gestion d'une entreprise
- le droit au rebond consacré par le droit européen ; et
- la possibilité pour l'intéressé de demander au tribunal, après condamnation à une sanction personnelle, de le relever des déchéances et interdictions et de l'incapacité d'exercer une fonction publique élective s'il a apporté une contribution suffisante au paiement du passif¹¹.

On comprend mal que la contribution volontaire au passif - dont le caractère suffisant serait apprécié en amont dans le cadre de la transaction - ne permette pas d'éviter la condamnation *a priori* puisqu'elle permet d'en être relevé *a posteriori*. L'accord transactionnel sur l'ensemble des sanctions encourues serait soumis à l'autorisation préalable du juge-commissaire puis à l'homologation du tribunal en présence du ministère public comme cela est le cas pour tout accord transactionnel intéressant collectivement les créanciers et dont le montant excède la compétence en dernier ressort du tribunal¹².

¹⁰ [Article R661-1 du Code de commerce](#)

¹¹ [Article L653-11 al 3 du Code de commerce](#)

¹² [L642-24 du Code de commerce](#)

Frein au rebond/facteur de stigmatisation : l'impossibilité de transiger en matière de sanctions personnelles en proposant une contribution volontaire au paiement du passif *a priori* constitue un frein au rebond du fait de publicité des mesures de faillite personnelle et d'interdiction de gérer ou de contrôler une entreprise qui apparaît sur les k-bis de toutes les sociétés dans lesquelles le dirigeant exerce des mandats sociaux de direction. Outre son caractère stigmatisant, cette publicité a en outre des conséquences immédiates sur lesdites sociétés, entravant donc le rebond de l'entrepreneur.

- **Permettre à l'initiateur de la procédure en sanctions professionnelles, y compris le liquidateur, de transiger en présence d'une contribution suffisante au paiement du passif y compris en cause d'appel.**

10. L'impossibilité de transiger après le prononcé, en première instance, d'une sanction pécuniaire

En matière de sanction pécuniaire, la Cour de cassation refuse toute transaction en cause d'appel sur une condamnation à combler l'insuffisance d'actif prononcée, ce qui est également incohérent avec les principes rappelés ci-dessus.

Frein au rebond/facteur de stigmatisation : l'impossibilité de transiger après le prononcé d'une sanction pécuniaire empêche toute possibilité de mettre fin plus rapidement à la procédure et de réduire les frais et honoraires attachés.

- **Permettre de transiger, y compris en cours d'instance d'appel, suite à une condamnation à une sanction pécuniaire.**

Fiche n°2 : Propositions de modification des règles de fond

Les propositions de modification ci-après sont formulées après avoir identifié les règles de fond qui influent sur les perspectives de rebond de l'entrepreneur ayant connu l'échec ou qui le stigmatisent ou lui donnent la perception de sa stigmatisation.

1. L'absence de prise en compte des mesures de prévention des difficultés

En l'état des textes applicables aux sanctions pécuniaire ou personnelle, l'effort du dirigeant qui a mis en œuvre une procédure de prévention pour tenter de résoudre les difficultés n'est pas pris en compte, même lorsque les mesures acceptées par les créanciers participants n'ont, finalement, pas permis d'éviter une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire.

L'intérêt du rôle du tribunal dans les procédures de prévention est donc absent des textes relatifs au sort du dirigeant. La juridiction est donc, au premier chef, perçue comme un pouvoir sanctionnateur, ce qui n'incite pas les dirigeants à la confiance pour tenter de trouver des solutions dans un cadre amiable.

Frein au rebond/facteur de stigmatisation : le dirigeant qui a tenté de résoudre les difficultés par une procédure de prévention ne peut qu'en déduire qu'en dépit de ses efforts pour trouver des solutions, le rôle du tribunal est, *in fine*, celui de le sanctionner et, donc, de stigmatiser l'échec.

- **Créer une présomption simple de non-responsabilité pour les dirigeants de bonne foi ayant mis en œuvre une conciliation qui a abouti à un accord constaté par le président ou homologué par le tribunal. Cette présomption, applicable, sauf fraude du dirigeant, pourrait procéder du même régime que la sanctuarisation de l'absence d'état de cessation des paiements antérieurement à la date d'homologation de l'accord de conciliation, de sorte qu'il ne pourrait être reproché au dirigeant aucune faute trouvant son origine antérieurement au jugement d'homologation.**

2. La prise en compte par la jurisprudence de certaines fautes commises pendant la période d'observation / la poursuite d'activité

Au cours de la période d'observation de la sauvegarde ou du redressement judiciaire dans le cadre desquelles le dirigeant peut être partiellement dessaisi (mission d'assistance), ce dernier ne peut prendre aucune décision de gestion sans l'intervention de l'administrateur, délégué de l'autorité du tribunal. Par ailleurs, la période d'observation déficitaire ne peut être poursuivie que sur décision du tribunal.

Pourtant, la jurisprudence de la Cour de cassation a permis la condamnation du dirigeant à des sanctions pécuniaire ou personnelle pour des faits postérieurs à l'ouverture de la procédure collective. Si elle est tout récemment revenue sur cette position, il importe néanmoins de fixer définitivement le principe en modifiant les textes.

Frein au rebond/facteur de stigmatisation : dès lors qu'il est de bonne foi, le justiciable au moins partiellement dessaisi dans le cadre de la poursuite d'activité vivra comme une stigmatisation supplémentaire de voir sa responsabilité recherchée pour des faits commis alors que sa gestion est sous la surveillance du tribunal.

- **limiter aux seules fautes commises avant l'ouverture de la procédure collective celles qui peuvent être reprochées au dirigeant, sauf les cas de fraude commis postérieurement au jugement d'ouverture.**

3. L'absence de définition de la faute de gestion

Dans le silence de la loi, la jurisprudence a dressé un catalogue (non-exhaustif) des fautes de gestion ouvrant la voie à la sanction pécuniaire.

Il s'ensuit une grande hétérogénéité de l'approche des tribunaux et des liquidateurs judiciaires, pouvant conduire à une inégalité très forte du traitement des justiciables, ce qui constitue une violation des principes fondamentaux de la justice.

Par ailleurs, la sanction pécuniaire a pour rôle d'améliorer le sort des créanciers de la procédure. Du point de vue du dirigeant, elle ne se conçoit que s'il a tiré un bénéfice personnel direct ou indirect des conséquences de ses fautes et ce, au détriment des créanciers.

Un texte plus précis est nécessaire pour définir de manière objective la faute de gestion et, donc, pour homogénéiser l'appréciation des juridictions et des entités poursuivantes. Cette homogénéisation est nécessaire pour garantir le principe du contradictoire et pour la sécurité juridique.

Enfin, les assignations en sanction pécuniaire intègrent souvent, pour la détermination de l'insuffisance d'actif, des éléments pourtant écartés par la jurisprudence (notamment : les indemnités contractuelles consécutives à la résiliation suite à l'ouverture de la procédure, les créances nées postérieurement au jugement d'ouverture, etc.).

Frein au rebond/facteur de stigmatisation : la perception d'une stigmatisation du dirigeant condamné par un tribunal est d'autant plus forte s'il compare sa situation à celle d'un autre qui, pour les mêmes faits et à insuffisance d'actif comparable, est traité différemment (pas de condamnation, condamnation significativement inférieure, voire une absence totale de poursuites) par une autre juridiction.

- **Instaurer une définition légale des fautes de gestion en précisant strictement le champ d'application du régime et subordonner l'engagement de la responsabilité du dirigeant à la démonstration d'une faute commise dans son intérêt personnel direct ou par personne interposée.**
- **Définir légalement les éléments de détermination de l'insuffisance d'actif en excluant expressément les dettes nées postérieurement ou consécutivement à l'ouverture de la procédure collective.**

4. L'absence d'application du principe de la réparation intégrale prévu en droit commun de la responsabilité

En l'état du texte applicable¹³, les dirigeants peuvent être condamnés à supporter la totalité de l'insuffisance d'actif alors que les fautes de gestion qui leur sont reprochées n'ont que partiellement contribué à cette insuffisance d'actif.

Si, en pratique, certains tribunaux en tiennent compte, le texte applicable est muet sur la prise en considération de la situation financière et personnelle du dirigeant, de son état psychologique, des tentatives de mise en œuvre de mesures de restructuration opérationnelle ou financière ou encore de sa coopération dans le cadre de la procédure collective pour ajuster à la baisse les sanctions prononcées.

Frein au rebond/facteur de stigmatisation : en l'état du texte applicable, la possibilité laissée au juge de condamner à payer au-delà de la contribution effective de chaque faute de chaque dirigeant peut supprimer toute capacité à investir ou financer ou une nouvelle activité et peut être vécue comme une volonté de stigmatiser/punir à tout prix.

- **Instaurer un principe de réparation reposant sur le droit commun de la responsabilité (et en particulier le principe de la réparation intégrale) afin que le montant de la condamnation corresponde à la seule part de l'insuffisance d'actif directement causée par la faute de chaque dirigeant mis en cause, avec faculté, pour le tribunal, de minorer (et non d'aggraver) le *quantum* de la condamnation eu égard aux circonstances, et, notamment à la situation financière du dirigeant, sa situation familiale, son état psychologique, les mesures de**

¹³ [Article L651-2 du Code de commerce](#)

restructuration qu'il a tenté de mettre en œuvre, à sa coopération au bon déroulement de la procédure collective et la gravité de la faute.

5. L'absence de nuances dans l'indicateur Banque de France

Malgré la refonte du fichier bancaire des entreprises (FIBEN) au fil des ans (suppression des indicateurs 040 et 050), celui-ci reste préjudiciable pour le chef d'entreprise. Le dirigeant et les entreprises qu'il gère peuvent en effet être privés ou être limités dans leur recherche de financement du fait des indicateurs dudit fichier et de l'utilisation de ses données par les banques et établissements utilisateurs.

L'indicateur 060 est aujourd'hui attribué au dirigeant qui :

- exerce ou a exercé un mandat exécutif dans 3 entreprises au moins qui ont fait chacune l'objet d'un jugement de liquidation judiciaire datant de moins de 5 ans (sauf si ces entreprises font l'objet d'un jugement commun ou d'une extension de jugement) ;
- fait l'objet, à titre personnel, d'une ou plusieurs décisions judiciaires de :
 - faillite personnelle ;
 - interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler ;
 - jugement de redressement judiciaire ;
 - jugement de liquidation judiciaire.

Frein au rebond/facteur de stigmatisation : lorsqu'il existe des mandats sociaux multiples au sein de groupes de sociétés, le dirigeant peut être pénalisé en cas de restructuration d'un groupe empêchant donc le rebond de l'ensemble. Il est également pénalisé lorsqu'il cherche à emprunter à titre personnel avec, donc, un effet de stigmatisation et ce, alors qu'il n'est parfois même pas condamné à une sanction personnelle.

- **Limitier l'indicateur 060 aux seuls dirigeants condamnés à des sanctions personnelles par des décisions définitives passées en force de chose jugée**

6. L'inscription de la sanction personnelle au casier judiciaire

L'article 768 5° du Code de procédure pénale¹⁴ prévoit la mention au casier judiciaire des jugements prononçant la faillite personnelle ou l'interdiction de gérer.

Frein au rebond/facteur de stigmatisation : le dirigeant condamné à une sanction personnelle est déjà exclu *de facto* de la vie des affaires compte tenu de la publicité donnée aux jugements prononçant la faillite personnelle et l'interdiction de gérer. La mention au casier judiciaire est de nature à lui empêcher l'accès à certains emplois même salariés et constitue donc un réel frein au rebond. Dès lors que la sanction est déjà inscrite au Fichier National des Interdits de Gérer (FNIG), elle ne devrait pas, en plus, figurer sur le casier judiciaire.

- **Limitier la mention au casier judiciaire aux seules condamnations pour banqueroute**

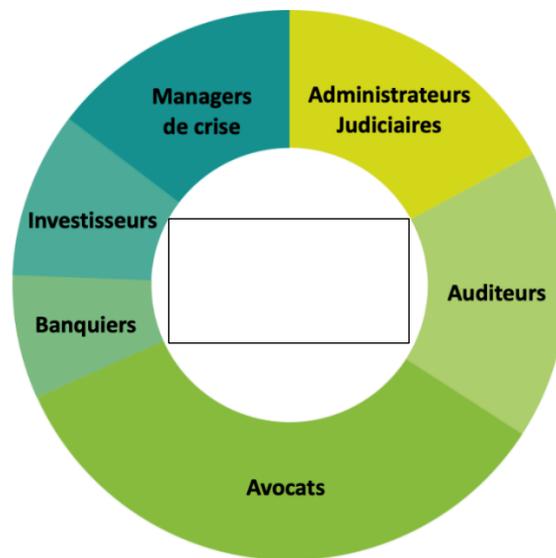
¹⁴ [Article 768 du Code de procédure pénale](#)

Annexe

PRÉSENTATION DE L'ARE

Constituée en 2002, l'Association pour le Retournement des Entreprises (ARE) regroupe l'ensemble des professionnels (avocats, auditeurs, conseils, administrateurs judiciaires, banquiers, investisseurs, managers de crise, etc.) régulièrement impliqués dans les opérations de retournement, de refinancement ou de restructuration.

Unique en France par son caractère pluridisciplinaire, l'ARE réunit près de 300 membres.



L'association poursuit les objectifs essentiels suivants :

- **développer** une culture de la prévention des difficultés ;
- **former** un *noyau dur* de membres pour lesquels les plus hauts standards d'expérience sont requis et favoriser le recrutement de personnes adhérant aux principes fondateurs d'éthique et de compétence ;
- **favoriser** la compréhension et la connaissance des techniques et impératifs du retournement par la communauté des affaires, les organismes gouvernementaux et législatifs et les médias ;
- **maintenir et améliorer** la performance des professionnels du retournement et de la restructuration en adoptant les plus hauts standards de recrutement, de gestion et d'autocontrôle des membres ;
- **favoriser** la création d'un réseau européen regroupant, par le biais d'associations identiques, les professionnels impliqués dans des opérations complexes et internationales de restructuration pour favoriser l'émergence d'une « *best practice* » européenne.

Chaque année, l'ARE remet le « *Prix Ulysse* » qui récompense le meilleur retournement d'entreprise de l'année écoulée.

Depuis plusieurs années, l'ARE est systématiquement consultée par les pouvoirs publics à l'occasion des projets de modification des dispositifs légaux et réglementaires concernant les entreprises en difficulté.



REMERCIEMENTS AUX CONTRIBUTEURS

L'ARE remercie pour leurs contributions

- Nassim Ghalimi, Avocat, Osborne Clarke
- Caroline Texier, Avocat, Paul Hastings
- Sandra Esquiva-Hesse, Avocat, Simmons & Simmons
- Douglas Rosefsky, Investisseur Tikehau, SCP Group
- Virginie Verfaillie, Avocat, Valoren
- Patricia Le Marchand, Avocat, PLM Avocats
- Serge Pelletier, Avocat, Rescue
- L'ensemble des membres qui ont répondu au sondage sur les procédures de sanction