

DROIT DES AFFAIRES

L'éthique dans les procédures collectives



François Pasqualini

Professeur
Université Paris-Dauphine PSL



Nicolas Nader

Président
Association des juristes
du Parcours 122 – Droits
et responsabilité sociétale
des entreprises

Au cours des *House of Finance Days* de 2019 de l'Université Paris-Dauphine, le Master Droit Parcours 122 – Droits et responsabilité sociétale des entreprises, et le cabinet Aston ont organisé une table ronde intitulée « L'éthique dans les procédures collectives ». L'orientation de cette conférence, à l'instar du changement de dénomination du parcours*, est de replacer l'homme au cœur de la vie et du droit des affaires**.



Photo : © Christophe Rabinovici.

Numa Rengot et André le Tulzo.

Introduction de **François Pasqualini**, professeur à l'Université Paris-Dauphine PSL

Travailler à bien penser est le principe de la morale, car la dignité humaine consiste en la pensée, selon Pascal. Appliquée au droit des procédures collectives, l'éthique met en évidence les principes de jugement et de conduite qui s'imposent en conscience. Si, de prime abord, rapprocher éthique et positivisme ne semble pas évident, leur convergence se dévoile à travers la notion de conflit d'intérêts, sorte de vice dont la vertu doit absolument triompher, et prend tout son sens au regard des intérêts antagonistes qu'une procédure collective cherche à concilier. Seul un comportement éthique autorise le dénouement du conflit. L'éthique apparaît alors régula-

trice et permet de définir des limites à l'action humaine pour répondre à la question : jusqu'où l'homme libre peut-il aller ? Qu'en pensent les acteurs des procédures collectives ?

INTÉGRER L'ÉTHIQUE DANS LA VIE DES ENTREPRISES

Laetitia Felici, chargée de mission auprès du sous-directeur du contrôle de l'Agence française anticorruption

À la différence de la morale, l'éthique pose davantage une obligation de résultat dans les solutions, de sorte que des systèmes préventifs sont mis en place par les acteurs. L'encadrement de l'éthique passe par une multiplication de lois

* Créé en 1984 en tant que DEA de droit économique et social et devenu en 1995 DEA puis parcours de droit approfondi de l'entreprise, le Parcours 122 a adopté sa nouvelle dénomination il y a quelques mois.
** Nous remercions Éva Jouannic, Clothilde Leroux et Claire Akiko Simar pour leur concours à la rédaction de cette synthèse.



Photo : © Christophe Rabinovici.

André le Tulzo, Numa Rengot, Christophe Thévenot, François Pasqualini, Laetitia Felici, Rémi Lataste et Laurence Aviragnet.

en ce sens : la loi sur le devoir de vigilance, la directive européenne sur le reporting ou encore la loi Sapin. La dernière en date de 2016 impose aux entreprises répondant à des seuils élevés de se doter de procédures pour détecter les risques de corruption et de trafic d'influence. Le champ d'application de cette loi est large puisqu'elle ne concerne pas seulement les acteurs économiques, mais aussi les acteurs publics. Le législateur a ainsi formalisé sa volonté de lutter contre les atteintes à la probité au sens large. Au regard des demandes reçues par l'Agence anticorruption, les sociétés en deçà des seuils cherchent également à se doter d'un système d'alerte. 84 % des salariés sont concernés par les actions éthiques menées par leur entreprise. Évoluant d'une obligation légale contraignante à une approche volontariste, l'éthique est un outil compétitif qui améliore aujourd'hui « l'image de marque des entreprises et participe à la création de valeurs ». L'effectivité de l'intégration de l'éthique dans une entreprise passe nécessairement par un *management* participatif. Qu'en est-il de l'éthique et de la procédure collective ? L'enjeu est de conjuguer la vulnérabilité de l'entreprise en difficulté avec l'exigence de rapidité d'exécution dans le traitement de ses défaillances. Si l'économie influe sur les décisions commerciales, il ne faut pas pour autant détourner la loi dans un souci de pragmatisme économique. Même dans l'urgence, l'avocat apporte, grâce à sa meilleure connaissance du dossier dans la durée, des garanties aux juges afin de leur permettre de

trancher dans le respect des principes fondamentaux. L'éthique transparaît aussi dans l'impératif d'impartialité et d'indépendance des juges, garantie de la confiance du justiciable en la justice. Pour ce faire, les juges préviennent les risques, font cesser immédiatement les conflits d'intérêts et se forment à leur tour. Enfin, afin d'intégrer davantage l'aspect humain dans les procédures, les tribunaux de commerce peuvent conclure des accords avec des associations qui identifient les entrepreneurs en souffrance afin de mieux les accompagner dans le traitement de leurs difficultés.

L'ACCOMPAGNEMENT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

Rémi Lataste, chef du bureau des restructurations des entreprises à la direction générale des entreprises du ministère de l'Économie et des Finances

L'office des acteurs de l'accompagnement des entreprises en difficulté. Les acteurs publics sont nombreux : le CIRI, les commissaires aux restructurations et à la prévention des difficultés des entreprises, la banque de France, le créancier public, Bpifrance, la médiation du crédit au sein de la Banque de France, la médiation des entreprises, etc. Ils doivent intervenir dans un contexte d'urgence et de sensibilité. L'enjeu dans une configuration multi-acteurs est de faire corps et créer un esprit collectif. Cela doit se retrouver



Photo : © Christophe Rabinovici.

Laurence Aviragnet, Laetitia Felici, François Pasqualini, Numa Rengot, André Le Tulzo et Christophe Thévenot.

« L'enjeu de l'éthique dans les procédures collectives est de conjuguer la vulnérabilité de l'entreprise en difficulté avec l'exigence de rapidité d'exécution dans le traitement de ses défaillances. »

autour de principes forts : l'indépendance, la prévention des conflits d'intérêts, et la confidentialité. Les acteurs de ces procédures n'ont pas de code de déontologie ou d'éthique propre (hormis la médiation). La formation est aujourd'hui privilégiée.

L'éthique des solutions. Elle commence dans l'éthique de la négociation. Il faut trouver une solution pour réunir dirigeants, salariés parfois élus ou porteurs de projets de reprise qui ont des intérêts divergents. L'essentiel est de ne pas perdre de vue l'intérêt de l'entreprise et celui de ses salariés. Le premier point clé dans l'éthique des solutions est le rapport avec le créancier public. Dans les préconisations, un plan de reprise qui passe par un écrasement d'une partie de la dette publique peut être proposé. Toutefois, on ne peut pas imposer à l'État et aux citoyens un sacrifice sur les créances publiques sauf à répondre à une double condition : l'effort doit être partagé par tous et le projet doit être viable. L'éthique de la solution est une éthique de responsabilité, sans cesse renouvelée.

L'éthique de l'anticipation. Avec la puissance de la data, des outils pour croiser les données vont avoir la capacité de détecter les potentielles fragilités d'une entreprise. Pour apporter des mesures adéquates, il

faut anticiper les fragilités en amont. Tout cela ne peut intervenir qu'à deux conditions :

- la **confidentialité** : deux éléments sont donnés par la loi PACTE : lever le secret fiscal des administrations chargées du traitement des difficultés ; et dans le stade de la prévention, le partage des informations ;
- la **mise en place d'un système de détection précoce** : aider les personnes en amont.

L'éthique dans les entreprises en difficultés est celle de la finalité de l'entreprise, des salariés, mais surtout l'éthique de la confiance. La confiance doit être mutuelle pour ne pas être contraire aux principes juridiques.

DES RÈGLES ÉTHIQUES AU COMPORTEMENT ÉTHIQUE

André Le Tulzo, Head of Restructuring, FactoFrance

Trois grandes époques du point de vue d'un **affactureur**. De 1990 à 2000, on était à un stade artisanal où l'on tentait d'éviter les escrocs et de ne pas travailler avec les personnes interdites de commercer. Puis, de 2000 à 2010, les actionnaires ont changé et ont transmis une culture d'entreprise assez forte qui conduit chaque collaborateur à signer un courrier « spirit on letter », engageant les collaborateurs à se comporter avec probité et à déclarer toutes les situations de conflits d'intérêts. Enfin, de 2010 à 2020, il s'agit désormais d'une époque traversée par de graves événements internationaux donnant lieu à des sanctions, des lois, des embargos et du terrorisme. Des services de **compliance** se sont développés en même temps.

Règles et attitude. Aujourd'hui, il existe des règles face à ces questions d'éthique : faire face à la lutte contre la corruption, la lutte antiblanchiment, éviter les pays sous sanctions internationales, ou encore éviter les personnes condamnées et les conflits d'intérêts. Des gestes sont de même devenus obligatoires : identifier le ou les bénéficiaires effectifs de la transaction, s'assurer qu'ils ne font pas l'objet d'une interdiction ou restriction et transcrire la démarche et son résultat afin qu'ils soient vérifiables par le régulateur. On passe de manière contrainte d'une obligation de moyens à une obligation de résultat.

Le traitement des entreprises. Les entreprises, qu'elles soient *in bonis* ou en procédure collective, sont traitées de la même façon. La viabilité du dossier est regardée dans toutes les situations. Les questions d'éthique sont fortement prises en compte, notamment avec le risque d'image et les sanctions financières qui se chiffrent par milliards. Toutefois, il n'y a pas plus de risque éthique à intervenir dans une procédure collective que dans le dossier d'une entreprise *in bonis*. Il y a toujours le souci d'un équilibre entre la transparence et la recherche de la nécessaire confidentialité.

LA POSITION DU DIRIGEANT

Numa Rengot, avocat associé, *Head of Restructuring*, Aston Avocats

De nombreux intérêts en présence. Si chaque acteur de la procédure collective a un intérêt particulier, l'avocat a entre ses mains la défense d'un intérêt privé, dès son début, devant le tribunal de commerce. Cela se manifeste notamment en procédure judiciaire, après la déclaration de cessation des paiements, alors que les intérêts en présence ne vont plus du tout dans le même sens que lors d'une procédure amiable pendant laquelle l'intérêt de l'entreprise et la confidentialité étaient au cœur des discussions.

La potentielle reprise par le dirigeant failli. Le débiteur failli est souvent contraint et ne dépose jamais la déclaration de cessation des paiements par plaisir. Il faut pourtant voir les procédures collectives comme un outil qui peut être celui de la cession de l'entreprise. En principe, le dirigeant ne peut pas la reprendre, sauf accord du ministère public. La question centrale est donc celle de l'acceptation de l'erreur du dirigeant. Du point de vue des salariés, il est le plus souvent vu comme un coupable qui n'aurait pas le droit de recommencer. Du point de vue d'un avocat, il faut aider son client s'il souhaite reprendre son entreprise faillie. Le cadre du tribunal n'est aujourd'hui pas simple pour le faire. Peut-être pourrait-on imaginer la création d'un droit préférentiel du dirigeant à reprendre son entreprise, notamment au regard de la rapidité exigée par ces affaires : 70 % des dossiers de redressement judiciaire donnent lieu à une cession. Une solution est parfois celle de présenter un repreneur connu du dirigeant, qui pourrait l'intégrer dans son *management*. En ce cas, il ne faudrait pas le cacher : éthiquement, le choix peut être fait de solliciter l'autorisation implicite du ministère public pour faire vœu de transparence. L'éthique, c'est aussi utiliser les acteurs extérieurs à la procédure pour valider une offre. L'enjeu social et l'intérêt des créanciers, dans une autre mesure, doivent être préservés.

LES GARDIENS DE L'ÉTHIQUE

Christophe Thévenot, président du Conseil national des administrateurs judiciaires et mandataires judiciaires

Le rôle important de l'éthique dans les procédures collectives. Alors que la morale est la traduction de règles sociales et des bonnes mœurs, l'éthique amène l'homme à s'interroger sur la justesse de ses actions. L'enjeu est ainsi de savoir si le législateur fait rayonner l'éthique non seulement sur les intérêts des débiteurs et des créanciers, mais aussi sur ceux de l'entreprise à redresser. On cherche à assurer le rebond des

MASTER DROIT

Droits et responsabilité sociétale des entreprises

Formation d'excellence, le Parcours 122 – Droits et responsabilité sociétale des entreprises a pour objectif de former des juristes de haut niveau dans une matière encore nouvelle, mais en plein épanouissement dans le monde contemporain. Son projet pédagogique consiste à redécouvrir, sous le prisme de la sociétalité, des pans entiers du droit des affaires avec une grille de lecture humaine : la responsabilité sociétale des entreprises permet de replacer l'homme au cœur du droit et de la vie des entreprises et de retrouver l'esprit humaniste cher à l'université française.

Depuis trente-cinq ans, le Parcours 122 a su évoluer et nouer des partenariats afin de correspondre aux nouvelles exigences du marché du travail. Il propose un enseignement des plus dynamiques et des plus complets, et donne aux étudiants les outils nécessaires pour une meilleure réflexion et pratique du droit.

entreprises françaises par un droit de la dernière chance.

La réforme du droit français et la confiance envers le dirigeant. Actuellement, lors de l'ouverture de la procédure, la rémunération du dirigeant est fixée par le juge. Mais ce dernier n'étant désormais plus dessaisi, elle sera maintenue lors de l'ouverture, quitte à être modifiée par le juge ou le ministère public, sauf si elle porte atteinte au redressement. La loi PACTE prévoit aussi que le dirigeant puisse proposer le nom de l'administrateur lors du redressement. Ces mesures prennent en considération la confiance donnée au dirigeant.

De multiples questions de conscience. La procédure collective est le conflit de tous les intérêts. Chaque administrateur et chaque mandataire est confronté à des pressions et des menaces de responsabilité. L'éthique permet justement de trouver des solutions. Les administrateurs et mandataires peuvent aujourd'hui être traduits devant une commission de discipline afin de prendre en compte les revendications des débiteurs, juges ou présidents de juridictions. Tous les intérêts doivent être sauvegardés, et non pas seulement celui des salariés, par exemple : le tribunal choisira l'offre qui permet d'assurer durablement l'emploi, et non celle qui en sauvegarde le plus. Quoi qu'il en soit, il faudra toujours anticiper les difficultés (principalement avec l'utilisation de la Big Data) et les escroqueries, notamment en respectant les dénonciations de soupçons dont l'administrateur peut parfois devenir victime.

Pour conclure, en matière de problème éthique, si l'on se pose la question, c'est qu'on a déjà la réponse. En réalité, tous les acteurs de la procédure sont les gardiens de cette éthique. ■