

Le risque de défaillance des entreprises

Brèves réflexions sur les interventions possibles du législateur

Alessandra Zanardo
(Ricercatrice di Diritto commerciale
nell'Università Ca' Foscari Venezia, Italia)

Abstract In the last years, the Italian Legislator has adopted some significant measures aimed at fostering the proposition of preventive creditors' settlement proceedings by debtors (namely, firms) that have liquidity issues or are insolvent. This analysis focuses on the possible role of such preventive arrangements with creditors (the so-called “concordato preventivo”) in solving corporate crises and, more in general, in reducing the risk of insolvency of the firms.

Sommaire 1. La notion de risque dans les entreprises. – 2. Les interventions du législateur italien en matière de risques. – 3. Rôles et responsabilités des administrateurs: quelles perspectives?

1 La notion de risque dans les entreprises

La notion de risque – en entendant, essentiellement, par-là, le risque économique – est un aspect inaliénable et totalement intrinsèque à l'activité d'une entreprise. L'on a pu assister, d'ailleurs, au fil des ans et dans les différents systèmes juridiques, au développement de toute une série d'outils normatifs ayant pour vocation de limiter – et/ou (au moins) de prévenir – les risques potentiels liés à l'exercice de cette activité. Ainsi, nous semble-t-il possible d'affirmer que le *principal* risque qui caractérise, *actuellement*, l'exercice de l'activité entrepreneuriale est celui d'être confronté à des situations de crise ou d'insolvabilité et de faire l'objet de procédures collectives: en premier lieu, de procédures de liquidation (“fallimento”) dont l'objectif consiste essentiellement à satisfaire (de la meilleure façon possible) les créanciers.

Au cours de ces dernières années, et à la lumière des difficultés économiques et financières préexistantes au niveau mondial – auxquelles s'ajoute une certaine incapacité de définir des lignes d'action concrètes et clairvoyantes – le législateur italien a privilégié les interventions *ex post* consistant à limiter les risques, plutôt que des interventions *ex ante*, visant à promouvoir des initiatives de développement économique et à consolider ce développement.

Tout cela ne veut pas dire que des interventions programmatiques concrètes d'incitation au développement de l'économie (ou mieux, de certaines activités et de certains secteurs de l'économie) aient totalement fait défaut: le gouvernement italien a, d'ailleurs, intégré – en agissant, parfois, avec une certaine rapidité – dans le droit national les recommandations de l'Union Européenne concernant les initiatives à adopter pour favoriser la reprise économique et la relance de la consommation¹. Il s'agit, toutefois, d'initiatives dont l'impact s'est révélé, d'une part, insuffisant pour remédier à la persistance de la crise économique et, d'autre part, d'un point de vue quantitatif, moins significatif que des interventions *ex post* visant à résoudre des problèmes liés à des risques de défaillance déjà avérés (ou, du moins, à en limiter les conséquences néfastes). Autrement dit, il semblerait que le législateur italien, en présence d'un risque de défaillance, soit amené à privilégier l'adoption de règles répondant à la nécessité de garantir le plus possible la récupération des structures de production, plutôt que des politiques *ex ante* de «neutralisation», ou mieux, d'«atténuation» du risque (entre autres, par le biais d'interventions massives en matière de crédit).

L'adoption du dernier décret en la matière (décret-loi n. 83 du 27 juin 2015, converti en loi n. 132 du 6 août 2015)² ne peut que conforter cette impression, puisque le législateur y privilégie les mesures destinées à favoriser la composition/restructuration des situations de crise et, en cas de recours nécessaire à des procédures de liquidation, la satisfaction des créanciers.

2 Les interventions du législateur italien en matière de risques

Les phénomènes de crise et/ou d'insolvabilité des entreprises représentent un coût élevé pour le système économique en général, et pour les différents acteurs impliqués. Elles peuvent avoir un grand nombre de causes et impliquer différents acteurs; en règle générale, la survie d'une entreprise est compromise par une pluralité de causes concomitantes. A cet égard, il serait peut-être utile de procéder à une macro-classification des causes

1 *Le texte de cet exposé a été présenté lors des *Rencontres doctorales des Écoles doctorales de Venise et Paris Ouest- Nanterre La Défense: «Droit et Risque»*, Venise, Università Ca' Foscari Venezia, 5-7 octobre 2015.

Cf. en particulier, «*Un plan européen pour la relance économique*» (A *European Economic Recovery Plan*, EERP) de la Commission européenne du 26 novembre 2008 (COM 2008) 800 final, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008DC0800&from=FR>.

2 Ce décret-loi prévoit des mesures urgentes en matière de faillite, de droit civil et de procédure civile.

traditionnellement évoquées dans le cadre de la défaillance d'une entreprise permettant de distinguer les causes microéconomiques des causes macroéconomiques.

Les premières sont des causes endogènes, qui représentent le risque spécifique, d'origine interne, encouru par tout entrepreneur dans le cadre de son activité de production (par exemple, la taille de l'entreprise et ses règles de gouvernance); les secondes sont, en revanche, des éléments exogènes, qui ont joué, à partir de 2008, un rôle particulièrement important au niveau global (citons, en particulier, une tendance à la consommation des familles américaines particulièrement élevée et, partant, une contraction importante du taux d'épargne, associée à d'énormes déficits publics causés par des politiques fiscales et monétaires expansives³)⁴.

Dans le cadre de cette conjoncture et de cette crise systémique, où le risque intrinsèque d'insolvabilité de l'entrepreneur, déterminé par des causes endogènes, est de plus en plus souvent associé à des risques provenant de variables exogènes, nous assistons à une intensification constante, depuis le début de la crise (financière d'abord, économique ensuite), du recours aux procédures collectives⁵, donc, à une augmentation des coûts générés par le système économique général.

D'où, comme nous l'avons évoqué plus haut, l'adoption, dans son système juridique, par l'état italien - qui souffre plus que d'autres pays européens d'un déficit de croissance et de compétitivité - d'une série de mesures visant à déceler à l'avance les difficultés des entrepreneurs et à favoriser la survie de l'entreprise, dans certaines conditions précisément définies, lesdites interventions portant, surtout, sur des solutions concordées de résolution des difficultés de l'entreprise, dont, notamment, le concordat préventif⁶.

Par conséquent, le choix du législateur de permettre le recours au concordat préventif même en l'absence d'un plan et d'une proposition

3 Cf., à ce propos, P. BIRASCHI, A. CARETTA, F. PADRINI, *Il piano europeo di ripresa economica tra vincoli e opportunità*, Note tematiche, Ministero dell'Economia e delle Finanze-Dipartimento del Tesoro, n° 13/2009, p. 3 ss.

4 Cf., entre autres, S. BEN JABEUR, Y. FAHMI, A. TAGHZOUTI, H. SADOK, *La défaillance des entreprises: une revue de littérature*, IPAG Working Paper 2014-315, https://www.ipag.fr/wp-content/uploads/recherche/WP/IPAG_WP_2014_315.pdf, p. 2.

5 Il convient, d'ailleurs, de préciser que, selon le relevé trimestriel réalisé par Infocamere, l'on a enregistré, au cours du premier trimestre 2015, après des années d'augmentation, une baisse des procédures de faillite et, de façon encore plus évidente, des concordats préventifs (grâce également, pour ces derniers, à des modifications normatives qui ont rendu le recours au concordat avec réserve plus rationnel et plus contrôlable).

6 Cf. décret-loi n° 83 du 22 juin 2012 (le "Décret du Développement") converti en loi n° 134 du 7 août 2012, décret-loi n° 69 du 21 juin 2013 converti en loi n° 98 du 9 août 2013, ainsi que décret-loi n° 83 du 27 juin 2015 converti en loi n° 132 du 6 août 2015.

préalablement définis de manière détaillée⁷ et d'adopter différentes mesures destinées à favoriser les concordats – en donnant, ainsi, la priorité à la continuité de l'entreprise, de façon à préserver, une fois que la crise est résolue, la valeur de l'entreprise – montre bien, en premier lieu, que le concordat est devenu un véritable outil de régulation (et de résolution souhaitable de la crise de l'entreprise). En second lieu, l'on peut raisonnablement affirmer que cette procédure devient, de plus en plus souvent, un outil qui permet de limiter le risque d'insolvabilité ou, du moins, le risque de propagation des conséquences dommageables de l'insolvabilité (déclaration de faillite de l'entreprise). Cela semble, d'ailleurs, être confirmé par la volonté évidente du législateur italien d'anticiper le recours au concordat préventif (qui émerge de ce que nous avons évoqué plus haut) et par le fait que la condition requise pour accéder à cette procédure est l'existence d'une véritable situation de "crise" alors que, comme nous le savons, la condition requise pour accéder à la faillite est l'insolvabilité.

3 Rôles et responsabilités des administrateurs: quelles perspectives?

En partant du principe selon lequel le concordat a aujourd'hui, ou peut avoir, la fonction (principale) d'outil de régulation d'une situation de crise et du fait que sa proposition est encouragée par le législateur, il convient de déterminer le comportement que doivent adopter les administrateurs en cas de difficultés de l'entreprise par rapport au recours à cette procédure.

Il est raisonnable de se demander si une responsabilité (supplémentaire⁸) de l'organe d'administration peut être engagée pour mauvaise gestion lorsque ce dernier ne recourt pas au concordat préventif face à la crise que traverse l'entreprise – si les conditions légales pour recourir à cet outil sont réunies – ou encore lorsqu'il ne le fait pas en temps utile. La réponse est très probablement positive, si l'on considère que cette omission est condamnable du fait d'un manque de diligence et/ou pour non-respect des principes de bonne administration, ou encore lorsque cette omission a un caractère manifestement irrationnel, à la lumière des circonstances

7 Cf. article 161 alinéa 6 de la Loi sur les Faillites inséré par le "Décret de Développement".

8 Complémentaire à celle découlant de l'insolvabilité de l'entreprise, lorsque cette situation résulte de la mauvaise gestion des administrateurs, ou à été aggravée par leur incapacité à comprendre les causes de la crise et/ou à y remédier promptement. Voir R. RORDORF, *Doveri e responsabilità degli amministratori di società di capitali in crisi*, in *Società*, 2013, p. 669 ss. Sur ce thème voir aussi R. SACCHI, *La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria*, in *Giur. comm.*, 2014, I, p. 304 ss.

concrètes⁹. Autrement dit, s'il est favorable au débiteur et si l'on estime qu'il aurait mieux sauvé la valeur des actifs de la société, le concordat est une faculté à laquelle les administrateurs *sont parfois tenus* de recourir et le défaut de sa mise en œuvre, malgré le caractère facultatif de la procédure, peut être considéré comme une faute de gestion¹⁰.

Comme certains l'ont déjà affirmé à juste titre, le fait de «ne pas avoir su gérer correctement la crise de l'entreprise»¹¹ pourrait être plus facilement prouvé et reproché aux administrateurs n'ayant pas activé le concordat préventif lorsque les conditions pour le faire étaient réunies.

Il nous semble, d'ailleurs, qu'un tel critère – qui vient s'ajouter à la responsabilité, déjà largement admise, résultant d'un abus évident des solutions concordées de résolution des crises, en cas d'aggravation de l'insolvabilité – pourrait constituer l'une des frontières les plus viables de la responsabilité civile pour mauvaise gestion, dont on parle tant.

9 Cette thèse est aussi énoncée, sous une forme dubitative, par R. RORDORF, *op. cit.*, p. 675.

10 Il est intéressant, à cet égard, de se reporter à un arrêt de la Cour d'appel de Douai, 2^e ch. 1^{er} sect., 4 déc. 2013, n° 12-05585, qui affirme «que le défaut de mise en œuvre d'une procédure de conciliation, malgré son caractère facultatif, peut être considéré comme une faute de gestion illustrant d'ailleurs la volonté de poursuivre abusivement une activité déficitaire».

11 M. FABIANI, *Le azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori di società in concordato preventivo*, in *Società*, 2015, p. 624.

