

« Un recours contentieux, bien construit, peut conduire à discipliner les dirigeants »

Cinq ans après sa création, le think tank Droit & Croissance, dont l'essence même est le droit des faillites, plaide aujourd'hui pour l'introduction du contentieux privé dans le domaine de la responsabilité des dirigeants. Rencontre avec sa présidente, Sophie Vermeille, avocate chez DLA Piper.



Droit & Croissance s'est récemment félicité de la proposition de directive de la Commission européenne visant à réformer le droit des faillites en Europe. Pourquoi ?

Sophie Vermeille : Le droit des faillites est un droit très structurant pour l'économie au même titre que le droit de la concurrence. Il produit des effets à la fois sur un plan micro et macro. C'est

cette dimension macro-économique qui a été perdue de vue en France, compte tenu de l'objectif fixé par la loi depuis 1985 de sauver le maximum d'emplois sans se préoccuper des effets induits pour notre économie. La France a récemment été classée par Bruxelles 14^e sur 27^e en termes d'efficacité du droit des faillites. La proposition de la Commission va au-delà de nos espérances car elle est strictement conforme à l'approche que nous avons défendue toutes ces années. La Commission n'hésite pas à définitivement ancrer le droit des faillites dans la théorie économique. Elle suit l'idée, selon laquelle, il faut transférer le contrôle de l'entreprise à ceux qui ont les meilleures incitations à la redresser. Pour déterminer qui sont ainsi les nouveaux propriétaires de l'entreprise, le juge devra arrêter la valorisation de l'entreprise. Nous souhaitons, désormais, apporter notre soutien au ministère des Finances qui a très bien accueilli cette proposition. Les choses seront plus compliquées avec la Chancellerie et je ne m'attends pas à ce que la proposition de directive soit pleinement soutenue en France par les organisations professionnelles concernées.

Avez-vous été force de propositions auprès de la Commission européenne sur ces questions ?

S.V. : Nous n'avons pas officiellement fait partie du comité d'experts faute de temps, mais nous avons rencontré séparément les équipes en charge de la rédaction des textes et ils ont pu s'exprimer lors de notre dernière conférence internationale organisée à la Banque de France. Nous avons également répondu à la consultation publique lancée par la Commission en mars 2016 dans le cadre de son initiative législative en matière d'insolvabilité. Nous échangeons toujours également avec le FMI et la Banque Mondiale. Le FMI est très attentif aux questions de restructuration de dettes d'entreprise en Europe. Le droit dans ce domaine est perçu comme un élément clé pour libérer les banques de leurs créances douteuses, condition indispensable au rebond de l'économie. Le travail d'influence continue en dépit de la proposition de directive. Pour nous, il est très important de pouvoir à tout moment faire avancer les choses en France.

Droit & Croissance s'intéresse aussi de près aux questions de gouvernance d'entreprise. Pouvez-vous nous en dire plus ?

S.V. : Les règles françaises encadrant la gouvernance d'entreprise pâtissent pratiquement tout autant que le droit des faillites, du manque d'ancrage du droit dans la théorie économique. À titre d'illustration, l'approche française des conflits d'intérêts au sein du conseil d'administration est beaucoup trop formelle : soit vous rentrez dans le cadre de la loi et vous devez vous abstenir de voter, soit vous n'êtes pas dans le cadre de la loi et on en conclut que vous êtes forcément autorisés à participer au vote, alors même que vous pouvez être dans une situation de conflits d'intérêts. Il manque, par exemple, un devoir général de loyauté du dirigeant. Par ailleurs, les obligations à la charge des dirigeants vis-à-vis de leurs actionnaires, tout comme celles à la charge des actionnaires majoritaires vis-à-vis des minoritaires sont insuffisantes. Tout comme il est illusoire de croire qu'un fonctionnaire agit toujours dans l'intérêt général, il est illusoire de croire qu'un dirigeant agit toujours dans l'intérêt social. Il fait souvent prévaloir son intérêt personnel. Son action doit être évaluée à l'aune d'autres critères.

À quelles conditions peut-on espérer qu'une entreprise est bien gérée ?

S.V. : Selon nous, l'absence de critère précis pour évaluer l'action des dirigeants crée des problèmes majeurs, en particulier dans les entreprises en difficulté. Cette absence empêche les contre-pouvoirs internes, comme les administrateurs indépendants de faire correctement leur travail de supervision. Outre les contre-pouvoirs internes, il faut raviver ceux externes. Pour cette raison, l'action de groupe doit être ouverte en faveur des actionnaires, il n'y a souvent pas d'autre moyen de financer un contentieux. La quasi-absence de contentieux privé dans le domaine de la responsabilité des dirigeants pose problème au regard des insuffisances de l'action publique, que ce soit de l'AMF ou du procureur en matière pénale. À condition de bien définir les contours de l'action de groupe, nous pouvons éviter certains travers du modèle américain, comme la constitution de jurys populaires dans ce domaine rendant imprévisible l'issue du procès ce qui nourrit inutilement les contentieux outre-Atlantique, sans cohérence d'ensemble. Un recours contentieux, bien construit, peut conduire à discipliner les dirigeants. Bruxelles, dans le domaine des pratiques anti-concurrentielles, s'est rendu compte de l'insuffisance de l'action publique et encourage, désormais, les recours-contentieux initiés par les concurrents de l'entreprise incriminée. La même logique doit prévaloir dans le domaine du droit des sociétés et du droit boursier. Nous comptons également faire des propositions pour améliorer la collecte de preuves, sur le modèle de la procédure de *discovery* américaine. Nous allons créer pour cela un socle intellectuel et le mettre à disposition des associations d'actionnaires minoritaires. ■