

DOSSIER

par Linda DUCRET

➔ Gérer les risques en matière civile, sociale, pénale et fiscale

- Les risques civils
- Les risques en matière sociale
- La responsabilité du dirigeant en cas de travail dissimulé
- Le risque fiscal, un risque redouté

➔ Les leviers d'action afin de prévenir ces risques

- Établir une cartographie des risques
- Rédiger la délégation de pouvoirs

➔ Les risques liés à l'essor des nouvelles technologies

- Le risque informatique
- Le risque de réputation
- Analyser ses actifs immatériels pour prévenir tout risque de réputation



Gérer et une nécessité

La gestion des risques est devenue partie intégrante de la fonction du dirigeant. Face aux différents risques dans l'entreprise, il doit adopter une attitude défensive, mais également préventive. Car le dirigeant peut voir sa responsabilité civile, pénale ou fiscale engagée et se voir condamné bien au-delà de ce qu'il imaginait...



prévoir les risques : pour le dirigeant

© ilyaf - Fotolia

Aujourd'hui plus que jamais, le dirigeant d'entreprise doit faire face à une montée en puissance des risques de toutes sortes. Cependant, il serait illusoire de dresser une liste exhaustive de ces risques qui prennent des contours divers : risques civils, pénaux, sociaux, financiers ou encore fiscaux. Sans oublier les risques liés à l'essor des nouvelles technologies, à savoir le risque informatique ainsi que les risques immatériels liés à l'image de marque de l'entreprise comme le risque de réputation. Autant dire d'emblée que les PME n'ont pas la même expertise que les grands groupes, ni les

mêmes outils et les mêmes moyens financiers. L'accompagnement des PME dans la gestion de leurs risques est donc une nécessité. La plupart du temps, les PME se tournent vers leur assureur et tentent de se couvrir par des polices d'assurance. Mais cela ne suffit pas, car il faut avoir une approche stratégique des risques : savoir gérer les différents risques et les anticiper en mettant en place une veille interne à l'entreprise. À défaut, le dirigeant devra supporter le coût financier de n'avoir pas pris conscience de la nécessité de se prémunir contre les différents risques inhérents à sa fonction.

Chaque entreprise est confrontée au quotidien à de nombreux risques pouvant remettre en cause sa pérennité

© ilyaf - Fotolia

↳ Gérer les risques en matière civile, sociale, pénale et fiscale



Philippe SIMON
Avocat associé
du cabinet KGA

“*L'entreprise est responsable toutes les fois que le dirigeant aura commis des fautes dans l'exercice de ses fonctions*”

Chaque entreprise est confrontée au quotidien à de nombreux risques pouvant remettre en cause sa pérennité. Dirigeants et juristes d'entreprise ou avocats ont des visions totalement différentes des risques qui peuvent fragiliser l'entreprise ou la conduire à un dépôt de bilan. C'est ainsi que les dirigeants font apparaître comme prioritaires des risques qui mettent en péril l'activité et le patrimoine de l'entreprise (risque client, risque d'interruption d'activité,...). De leur côté, les juristes font ressortir des risques liés au non-respect de la législation, des normes, des règlements,... Ces risques ne doivent pas être négligés et ce, d'autant que le champ de la responsabilité du dirigeant est très étendu. En effet, le dirigeant et/ou son entreprise peuvent être mis en cause en matière civile, pénale, fiscale ou sociale.

Les risques civils

En matière civile, la responsabilité du dirigeant à l'égard des tiers nécessite de faire une séparation entre une faute commise par le dirigeant dans l'exercice ou en dehors de ses fonctions. « *L'entreprise est responsable toutes les fois que le diri-*

*geant aura commis des fautes dans l'exercice de ses fonctions et qui ont pu causer un préjudice à un tiers, mais la responsabilité du dirigeant lui-même n'est pas engagée. En revanche, si le dirigeant commet une faute intentionnelle hors du champ de ses attributions (exemple : fournir des informations mensongères sur la solvabilité de la société, commettre une infraction pénale), la jurisprudence considère qu'il s'agit d'une faute détachable des fonctions du dirigeant et, à ce titre, ce dernier pourra être poursuivi. À contrario, l'entreprise n'est pas susceptible d'être poursuivie car le dirigeant n'agit pas dans le cadre de ses fonctions lorsqu'il commet une telle faute », souligne Philippe Simon, avocat associé du cabinet KGA. En matière de responsabilité civile, il convient également de faire une distinction entre la faute commise par le dirigeant lorsque la société est *in bonis* et lorsque la société est engagée dans une procédure collective. « *Lorsque la société est in bonis, les personnes pouvant mettre en cause la responsabilité du dirigeant sont la société, les associés et les tiers. Ces recours ne sont possibles que dans un nombre limité de cas pour les associés (qui**

La responsabilité du dirigeant en cas de travail dissimulé

Contrairement à une croyance, le travail dissimulé ne signifie pas nécessairement que vous faites travailler vos salariés dans une cave. Il recoupe notamment des situations où le dirigeant ne respecte pas la législation en matière de délivrance de bulletin de paie, d'heures supplémentaires, de déclarations Urssaf. Le travail dissimulé pose des problèmes juridiques très complexes. Un exemple : les transporteurs peuvent tenter de réduire les coûts et d'optimiser les charges et les cotisations en externalisant une partie de leur activité, parfois au mépris de la loi. C'est ainsi que certaines entreprises de transport délocalisent leur activité dans des pays européens où le coût de la main d'œuvre est plus faible. Autre exemple : en matière d'heures supplémentaires, le dirigeant peut faire valoir qu'il a conclu un accord avec son ou ses salariés et faire état d'un forfait en jours qui, par la suite, se révélera rétrospectivement inefficace. La bonne foi en cette matière est recherchée et les tribunaux peuvent conclure à l'absence d'élément intentionnel de l'infraction. ■

Source : Stéphane Bloch et Fabien Crosnier, avocats

doivent justifier d'un préjudice distinct de celui subi par la société), ou pour les tiers (qui ne peuvent agir que si la faute du dirigeant est détachable de ses fonctions). Les cas de mise en cause de la responsabilité du dirigeant sont plus ouverts pour la société elle-même : manquements à la loi et violation des statuts (mais les poursuites sont rares dans ces domaines), et les fautes de gestion qui sont le grand domaine de la responsabilité du dirigeant. Mais les tribunaux ne sanctionnent pas toutes les décisions de gestion « malheureuses ». Il faut vraiment que le préjudice causé à la société résulte de la négligence ou de manquements délibérés du dirigeant. Et le dirigeant devra dans certains cas dédommager l'entreprise sur ses propres deniers. Cette responsabilité peut être couverte par une assurance mais la prudence est de mise car l'assurance ne couvre pas tous les cas ; un examen attentif des garanties de l'assureur est indispensable », complète Philippe Simon.

Il existe également des situations où la mauvaise gestion du dirigeant peut conduire l'entreprise à la faillite. « Il y a dans ce cas-là un régime de responsabilité spécifique lorsque l'entreprise passe en procédure collective, et cela pourra conduire à une action en comblement de passif (si la société est mise en liquidation judiciaire et si la faute de gestion a contribué à l'insuffisance d'actif) et dans les cas les plus graves, à la faillite personnelle et à l'interdiction de gérer. Il faut souligner qu'il ne s'agit pas de sanctions pénales mais civiles assez graves. Et ces situations peuvent ne pas être cou-

vertes par des assurances », précise Philippe Simon.

Les risques en matière sociale

En matière sociale, indépendamment des actions qui peuvent être engagées contre la société, le dirigeant peut être inquiété à titre personnel sur le plan pénal. « Concernant les infractions en droit du travail, il faut distinguer les relations individuelles et les relations collectives. S'agissant des relations individuelles de travail, le dirigeant peut être inquiété en matière de discriminations à l'embauche et linguistiques, de mise en danger de son personnel (l'obligation de sécurité qui pèse sur l'employeur est une source importante de cas de mise en cause de la responsabilité pénale du dirigeant), d'accidents provoqués par une amplitude du travail trop importante, de violation des prescriptions en matière d'hygiène et de sécurité, de harcèlements moral et sexuel, de travail dissimulé. En outre, la loi Justice 21 du 18 novembre 2016 a instauré une dénonciation des infractions routières sous peine d'amende. Depuis cette loi, le dirigeant doit signaler les infractions routières commises par ses salariés sous peine d'amende », explique Stéphane Bloch, avocat associé du cabinet KGA.

Par ailleurs, il convient de souligner le rôle de l'inspecteur du travail qui n'a pas seulement un rôle coercitif mais également préventif. « L'inspecteur du travail peut être saisi par une instance syndicale ou par le salarié lui-même d'un manquement à la législation du travail. À partir de ce moment-là, il va entamer un dialogue avec le chef d'entreprise, faire une enquête et dans ce cadre, va l'inciter, s'il y a une méconnaissance des règles, à régulariser sa situation. Si le dirigeant ne le fait pas, l'inspecteur va en dernière extrémité, transmettre un PV au parquet. C'est à ce dernier qu'il reviendra de décider de l'opportunité des poursuites à l'encontre du dirigeant. Mais si le parquet ne poursuit pas, rien n'interdit au salarié de déposer une plainte avec constitution de partie civile », précise Fabien Crosnier, avocat du cabinet KGA.

En matière de relations collectives, il faut en particulier respecter les prérogatives du comité d'entreprise. « À défaut, le dirigeant d'entreprise peut se rendre coupable d'un délit d'entrave. Exemple : en cas de restructuration, de réorganisation de son entreprise, le dirigeant est tenu de consulter pour avis le comité d'entreprise. S'il ne le fait pas, le



Stéphane BLOCH
Avocat associé
du cabinet KGA

« Concernant les infractions en droit du travail, il faut distinguer les relations individuelles et les relations collectives »



Fabien CROSNIER
Avocat du cabinet KGA

« L'inspecteur du travail peut être saisi par une instance syndicale ou par le salarié lui-même d'un manquement à la législation du travail »



Sophie BORENSTEIN

Avocat associé
du cabinet KGA

“Le risque fiscal trouve naturellement son origine dans la complexité des règles applicables”

comité peut engager une action pour délit d'entrave. Les sanctions pénales vont de la simple peine d'amende à de l'emprisonnement, même si cela n'arrive que dans des cas extrêmes », indique Stéphane Bloch.

Le risque fiscal, un risque redouté

Selon Sophie Borenstein, avocat associé du cabinet KGA, le risque fiscal trouve naturellement son origine dans la complexité des règles applicables (législation, normes, jurisprudence) mais bien évidemment aussi dans la façon dont l'entreprise les appréhende dans le cadre sa politique fiscale. L'entreprise ne peut que déplorer le flou de certains dispositifs, le pouvoir discrétionnaire de l'administration et le manque fréquent de cohérence et de transparence de la réglementation applicable. Afin de contrer ce sentiment d'insécurité, une entreprise a toujours la possibilité d'opposer à l'administration fiscale ses prises de position formelle sur l'appréciation de situations de fait au regard d'un texte fiscal (rescrit fiscal).

De son côté, le fisc peut légitimement être alerté par les situations suivantes : l'observation répétée des obligations fiscales qui ont rendu impossible le recouvrement des impôts et des pénalités dues par l'entreprise (absence de déclaration de TVA ou de déclarations d'impôt sur les sociétés). En outre, il existe des situations qui sont examinées à la loupe par l'administration fiscale, par exemple lorsqu'il y a eu des précédents contrôles fiscaux, des retards de paiement d'impôt sur les sociétés ou de TVA, lors des opérations d'achat et de vente d'or, le secteur du BTP, les activités à l'export, en cas de durée trop faible des rotations des stocks

(minoration), des ratios élevés de rendement du personnel ou des immobilisations (faiblesse du chiffre d'affaires, minorations de recettes), en cas de discordance entre la déclaration de TVA et le résultat, des relations financières incohérentes entre sociétés, des opérations de restructuration interne et externe...

La rémunération du dirigeant (salaire de base, dividendes) peut être soumise à un double contrôle de la part des actionnaires ou des associés (prévu par les statuts ou non) et également de la part du fisc. En effet, l'administration fiscale va contrôler dans un premier temps le caractère excessif ou non des rémunérations. Le niveau excessif de la rémunération du dirigeant va être apprécié en comparaison des rémunérations versées aux dirigeants d'autres entreprises similaires en termes d'activité, de taille, de chiffre d'affaires, de région... Les tribunaux tiennent compte des éléments propres à l'entreprise tels que le rôle du dirigeant dans le développement de l'entreprise (homme-orchestre ou non), les conditions d'exercice de son activité, les résultats de l'entreprise, le niveau de la rémunération des autres collaborateurs et de la masse salariale, le niveau de dividendes versés aux actionnaires. Si le dirigeant a des responsabilités importantes ou est surtout seul, le fisc ne pourra pas invoquer une rémunération excessive.

Si la rémunération est malgré tout jugée excessive, les sommes seront réintégrées dans le bénéfice imposable de la société et elles seront également imposées dans le revenu du dirigeant au titre des revenus mobiliers (pas d'abattement de 40%, majoration de 25%, et perte de l'abattement de 10% pour frais professionnels). Des pénalités de 40% seront appliquées. En outre, l'administration fiscale peut exercer un contrôle sur le remboursement des frais et sur les avantages en nature.



Cyrille GARNIER

Avocat associé
du département
Corporate
du cabinet
Simon Associés

“L'établissement d'une cartographie des risques et la rédaction de délégations de pouvoirs nécessitent de se faire accompagner par des conseils”

Les leviers d'action afin de prévenir ces risques

Il existe plusieurs leviers pour tenter de se protéger contre ces risques : établir une cartographie des risques afin de les identifier, bien déléguer pour couvrir un maximum de risques et mettre en place un dispositif de formation et d'information du personnel afin de prévenir les infractions ainsi que des outils de pilotage en cas de difficultés de l'entreprise. « L'établissement d'une cartographie des risques et la rédaction de délégations de

pouvoirs nécessitent de se faire accompagner par des conseils, notamment avocats. L'objectif de cette cartographie est d'individualiser chaque responsabilité opérationnelle au sein de l'entreprise afin d'en tirer une conséquence juridique. En général, cette cartographie est établie en matière sociale (accidents du travail, travail dissimulé), de risques industriels ou encore de risques contractuels », indique Cyrille Garnier, avocat associé du



Rédiger la délégation de pouvoirs

Il convient de faire appel à un avocat pour rédiger la délégation de pouvoirs, qui doit répondre à des conditions particulières pour transférer valablement la responsabilité du dirigeant vers le délégataire. Le recours aux délégations est particulièrement recommandé lorsque l'entreprise se développe sur plusieurs sites, car il est alors impossible au chef d'entreprise de contrôler seul les sources de risques, notamment en matière d'accidents du travail. Le délégataire doit en principe être un salarié de l'entreprise, mais des aménagements sont possibles lorsque des délégations sont mises en place au sein d'un groupe de sociétés.

Attention à ne pas confondre délégation de pouvoirs et délégation de signature. Dans ce dernier cas, le dirigeant charge simplement une personne de signer des actes en son lieu et place. Le délégataire n'est alors qu'un mandataire du dirigeant et ce dernier conserve la responsabilité des actes signés en son nom. ■

Source : Philippe Simon, avocat

département Corporate du cabinet Simon Associés. Concernant la délégation de pouvoirs, il convient de voir à quel niveau il faut la mettre en place et sur quels sujets. « *En matière pénale, il convient d'établir une délégation de pouvoirs effective et précise. S'agissant des fautes de gestion, vous aurez beau mettre une délégation de pouvoirs, rien n'empêchera un liquidateur d'aller vous chercher en responsabilité notamment pour négligence fautive. La délégation de pouvoirs n'est donc pas un parapluie permettant au dirigeant de se couvrir de tout risque de responsabilité* », souligne Stéphane Cavet, avocat associé du département Entreprises en difficulté du cabinet Simon Associés.

La délégation de pouvoirs ne fonctionne bien et ne permet d'exonérer le dirigeant de sa responsabilité que sous réserve qu'elle puisse satisfaire aux critères de validité dégagés par la jurisprudence. « *Il n'y a pas de formalisme spécifique mais il faut que cette délégation soit écrite afin de prouver son existence et le respect de ses conditions de validité. Elle doit être restreinte dans son champ (missions précises) et dans sa durée et le délégataire doit faire partie de l'entreprise, avoir l'autonomie nécessaire et être en capacité*

d'assumer les pouvoirs qui lui sont délégués », complète Cyrille Garnier.

Enfin, plusieurs dispositifs permettent de prévenir les risques, notamment la formation et l'information du personnel. Elles permettent au dirigeant d'établir qu'il a fait le nécessaire pour sécuriser le travail des salariés. Il convient également de s'assurer que le document unique des risques est bien tenu et actualisé.

En effet, ce document est consulté en cas d'accident du travail et son absence aggrave la responsabilité du dirigeant.

Par ailleurs, afin de prévenir les difficultés des entreprises, il faut mettre en place des outils financiers, notamment de pilotage.

« *Les indicateurs de la fragilisation d'une entreprise sont multiples. Les premiers sont la baisse du chiffre d'affaires et également le retard de paiement des clients. Le dirigeant doit absolument prendre en compte ces éléments* », précise Stéphane Cavet.



Stéphane CAVET

Avocat associé du département Entreprises en difficulté du cabinet Simon Associés

« *S'agissant des fautes de gestion, vous aurez beau mettre une délégation de pouvoirs, rien n'empêchera un liquidateur d'aller vous chercher en responsabilité notamment pour négligence fautive* »

Les risques liés à l'essor des nouvelles technologies



Laurent BADIANE
Avocat associé
du cabinet KGA

“La violation des données sera un luxe que les entreprises pourront difficilement se permettre”

Les nouvelles technologies ont amené des risques supplémentaires qu'il convient désormais de prendre en compte car il peuvent impacter directement l'entreprise. Une menace encore sous-estimée par l'équipe dirigeante.

Le risque informatique

En matière de risque informatique, on assiste à une recrudescence des cyberattaques ainsi qu'à un renforcement des obligations, notamment en matière de sécurité des données personnelles, avec l'entrée en vigueur le 25 mai 2018 du règlement européen sur la protection des données personnelles. « Il y a peu de dirigeants qui se sont saisis de cette problématique alors que les règles se trouvent fondamentalement modifiées. Il ne reste donc que quelques mois aux entreprises pour évaluer leurs systèmes de traitement des données actuels et pour mettre en place les solutions adéquates pour se conformer à cette nouvelle norme », explique Laurent Badiane, avocat associé du cabinet KGA. Alors que la directive de 1995 reposait en grande partie sur un système de formalités préalables à la Cnil, le règlement européen repose sur une logique de responsa-

bilisation des acteurs et de ce fait, ce système de formalités préalables est pour l'essentiel supprimé. « C'est ainsi que l'on va demander au dirigeant et à la société de rapporter la preuve documentée qu'ils respectent les dispositions du règlement. Il faut donc sensibiliser et former les salariés en interne et leur donner les moyens de respecter cette nouvelle réglementation. En cas de non-respect, des sanctions financières élevées sont prévues (jusqu'à 4% du chiffre d'affaires mondial annuel, avec un montant de 20 millions d'euros maximum). De ce fait, la violation des données sera un luxe que les entreprises, quelle que soit leur taille, pourront difficilement se permettre », précise Laurent Badiane.

Le risque de réputation

Par ailleurs, il convient de protéger les entreprises d'un autre risque à savoir le risque de réputation. En effet, ces derniers mois ont été marqués par une montée en puissance de ce risque associé à la diffusion de contenus confidentiels. Qu'il s'agisse des « lanceurs d'alerte » ou encore des « hackers », ces derniers ont un pouvoir d'influence particulièrement inédit. ■

Analyser ses actifs immatériels pour prévenir tout risque de réputation

La réputation d'une entreprise se construit dans le temps par le jeu des interactions entre l'organisation, ses dirigeants, ses marques et l'ensemble de ses parties prenantes. Toutes les Directions de l'entreprise sont donc actrices de ce processus complexe : la Direction financière qui cherche à obtenir la confiance des investisseurs, la Direction des ressources humaines qui recherche celle des salariés et des talents à embaucher, la Direction commerciale qui veut maintenir la confiance de ses clients pour les fidéliser ou en recruter d'autres... Mais les leviers nécessaires pour forger l'opinion ont évolué.

Aujourd'hui, les publics attendent plus d'informations notamment sur les questions environnementales ou sociétales. Et avec Internet, la propagation de vraies ou fausses rumeurs peut détruire une réputation de façon brutale. Il convient donc d'adapter les stratégies de gestion des risques de réputation, celle-ci devant être considérée comme un actif immatériel d'une entreprise au même titre que le capital humain, organisationnel, savoir et relationnel. Ces actifs représentent des risques commerciaux, sociaux, environnementaux... et sont quasiment systématiquement générateurs

de risques de réputation. Comment faire ? La bonne pratique consiste à cartographier ses actifs immatériels – avec des méthodes maintenant éprouvées – et ensuite de construire une stratégie pour les préserver et les optimiser. Seule une démarche de ce type est de nature à définir les sujets potentiellement sensibles, à anticiper une éventuelle crise et à mettre en place une politique de prévention et de gestion des risques efficace... afin de préserver sa réputation. ■

Source : Benoît Desveaux, directeur général Hopscotch Global PR Group et vice-président Syntec Conseil en Relations Publiques.