

**Université de Lille**  
**Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales**

L'efficacité des dispositifs de détection et de prévention des  
difficultés des entreprises

*Mémoire de recherche réalisée dans la cadre du Master II Droit de l'Entreprise, parcours  
« contract management et recouvrement de créances », dirigé par le Professeur Denis Voinot*

*Directrice de mémoire : Madame Bertille Ghandour, Maître de Conférences en Droit Privé à  
l'Université de droit de Lille, Enseignant-chercheur.*

*Alternance à la COFACE*

*Sous le tutorat d'Ekaterina Casamitjana, de Joanne Jarre, et d'Edwige Husson.*

Mémoire présenté et soutenu par Mathilde Gauthiez.



Année Universitaire 2021-2022

## REMERCIEMENTS

*Je souhaite remercier les personnes sans qui la rédaction de ce mémoire n'aurait pas été possible.*

*Tout d'abord, je tiens à grandement remercier ma directrice de mémoire, Madame Bertille Ghandour, Maître de Conférences en Droit Privé et enseignant-chercheur à l'Université de Lille, pour m'avoir guidé dans la rédaction de ce mémoire. Ses conseils et sa disponibilité m'ont été d'une aide précieuse pour cerner et développer mon sujet ainsi que pour l'élaboration de ma rédaction.*

*Je tiens également à remercier Monsieur Denis Voinot, Professeur à l'Université de Lille et directeur du Master droit de l'entreprise parcours contract management et recouvrement de créances, sans qui l'aboutissement de ce projet n'aurait pas été possible.*

*Enfin, je souhaite adresser un grand merci à l'ensemble de mes collègues de la COFACE pour m'avoir offert une expérience professionnelle des plus enrichissantes. Merci tout particulièrement à Ekaterina Casamitjana, Joanne Jarre, et Edwige Husson pour leur encadrement et leur soutien.*

## SOMMAIRE

### PARTIE 1 : L'EFFICACITE DES OUTILS EXISTANTS DE DETECTION ET PREVENTION DES DIFFICULTES DES ENTREPRISES

*Chapitre 1 : L'ensemble structuré des mesures de détection et prévention prévues par le Code de Commerce*

*Chapitre 2 : L'importance d'une trésorerie sécurisée des entreprises dans la prévention*

### PARTIE 2 : L'ADAPTATION DE LA DETECTION ET PREVENTION DES DIFFICULTES DES ENTREPRISES SUITE A LA CRISE ECONOMIQUE

*Chapitre 1 : Le futur des mesures spécifiques à la COVID 19 pour aider les entreprises*

*Chapitre 2 : Les changements apportés par la réforme des entreprises en difficulté du 15 septembre 2021*

## Introduction

En la matière du droit des entreprises en difficulté, “Aider l'entreprise à se redresser, maintenir l'emploi, assainir le tissu économique sont au cœur des préoccupations du législateur depuis des décennies, davantage que le paiement des créanciers<sup>1</sup>”, selon un auteur de la doctrine commerciale. À travers cette citation, il ressort que cette discipline prend en considération deux intérêts qui semblent opposés de prime abord. Ces intérêts sont la sauvegarde de l'entreprise en tant que composante du tissu économique, et le droit du créancier à recouvrer la créance qui lui est due par l'entreprise. Trouver l'équilibre entre ces intérêts n'est pas un objectif simple à atteindre, ce qui explique en partie pourquoi le droit des entreprises en difficulté est en constante évolution. Un autre élément qui explique cette évolution est le fait que cette discipline est basée en grande partie sur la vie économique du pays, qui fait elle aussi l'objet de transformations répétées. La recherche de l'équilibre entre ces intérêts de l'entreprise et de leurs créanciers a donc guidé l'évolution du droit des entreprises en difficulté, auparavant regroupé sous le droit des faillites.

Le droit des faillites a évolué pour devenir le droit des entreprises en difficulté. Afin de comprendre ce droit, il est primordial de s'intéresser à l'évolution de ces deux disciplines. Le droit des faillites fut d'abord conçu dans le Code de commerce de 1807 comme une manière de sanctionner les débiteurs qui ont failli à leurs obligations<sup>2</sup>. Il s'agissait principalement de punir les commerçants qui n'avaient pas respecté leurs engagements économiques auprès de leurs créanciers et non pas de comprendre les difficultés auquel ils ont pu faire face. Il ne s'agissait pas non plus d'aider l'entreprise en difficulté mais d'empêcher le commerçant défaillant de poursuivre son activité. Aujourd'hui le terme “faillite” est toujours employé dans le cadre du droit des entreprises en difficulté mais se réfère à la sanction de faillite personnelle<sup>3</sup>, prévue à l'encontre du dirigeant qui a commis une faute dans le cadre de la gestion de

---

<sup>1</sup> E. MOUIAL BASSILANA, “Entreprise en Difficulté : avant-propos”, In *Répertoire de Droit Commercial*, Dalloz, Septembre 2019, Actualisation Octobre 2021, p.3.

<sup>2</sup> P. PETEL, “Fascicule 1705 : Entreprises en Difficulté - Généralités”, *JurisClasseur Commercial*, 15 février 2020, pp. 3 à 40.

<sup>3</sup> Code de Commerce, Articles L653-1 et suivants.

l'entreprise. La faillite est donc toujours associée à la sanction du dirigeant mais ne constitue plus l'objectif principal du droit des entreprises en difficulté.

La notion traditionnelle du droit des faillites a été éclipsée au profit du droit des entreprises en difficulté<sup>4</sup> principalement suite à la législation de 1967. Mais des éléments du droit des entreprises en difficulté ont été introduit dans la loi avant la loi du 13 juillet 1967<sup>5</sup>. Une loi du 4 mars 1889 a notamment institué la liquidation judiciaire. Cette procédure était réservée à une entreprise dont le débiteur était "malheureux et de bonne foi". Elle permettait éventuellement au créancier de trouver un accord entre les créanciers et le débiteur. L'objectif de la procédure n'est pas ici la sanction du dirigeant, ce qui constitue une évolution du raisonnement législatif concernant le débiteur.

A la suite des changements de circonstances à la foi économiques et politiques provoqués notamment par les deux guerres mondiales, des évolutions législatives de circonstances ont été mise en place de façon éparse. Ces évolutions ont été rassemblées et organisées par le décret du 20 mai 1955<sup>6</sup>. Ce décret<sup>7</sup> distingue la procédure applicable en fonction de la moralité du débiteur. Le débiteur "malheureux et de bonne foi" est bénéficiaire de la procédure de redressement, qui a pour but de permettre la sauvegarde de l'entreprise et d'organiser le paiement des créanciers. Au contraire, le débiteur considéré comme malhonnête fait l'objet d'une procédure de faillite, résultant en la liquidation des biens pour le paiement des créanciers. Ces dispositifs étaient appliqués sur la base de la moralité du dirigeant ou du débiteur, alors que l'entreprise en elle-même pouvait être viable. L'entreprise viable pouvait donc disparaître, ce qui rendait ces procédures inefficaces<sup>8</sup>. Il était donc nécessaire de faire évoluer les dispositifs existants pour les rendre efficaces et durables sur le plan économique.

La loi de 1967<sup>9</sup> a apporté une solution pour permettre de distinguer le dirigeant ou la personne physique de l'entreprise. Ainsi, il est possible de baser les solutions apportées sur la santé de l'entreprise en elle-même. Par ailleurs, le redressement s'appliquera désormais pour

---

<sup>4</sup> P. PETEL, "Fascicule 1705 : Entreprises en Difficulté - Généralités", *JurisClasseur Commercial*, 15 février 2020, pp. 3 à 40.

<sup>5</sup> Loi n°67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes

<sup>6</sup> Loi n°67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes

<sup>7</sup> Décret n°55-583 du 20 mai 1955 relatif aux faillites et règlements judiciaires et à la réhabilitation

<sup>8</sup> P. PETEL, "Fascicule 1705 : Entreprises en Difficulté - Généralités", *JurisClasseur Commercial*, 15 février 2020, p.5

<sup>9</sup> Loi n°67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes

les entreprises pouvant être viables à la fin de la procédure et la liquidation est désormais réservées aux entreprises qui ne sont plus viables. On sort ici du droit des faillites formé à l'encontre des dirigeants de mauvaise foi. On évolue vers un droit des entreprises en difficulté qui prend en compte la santé de l'entreprise débitrice.

Ce changement a été finalisé par les réformes de 1984 et 1985. Ces réformes<sup>10</sup> ont permis la mise en place de procédures préventives en plus des procédures collectives préexistantes. Elles ont également accru les pouvoirs des autorités judiciaires, principalement dans le cadre des procédures collectives. Cet accroissement des pouvoirs judiciaires se fait au détriment des créanciers. En effet, l'adoption d'un éventuel plan ne dépend plus des créanciers mais de l'accord du Tribunal. Les objectifs de la procédure collective de redressement judiciaire sont aussi définis plus clairement par ces réformes : il s'agit désormais de permettre le sauvetage de l'entreprise, le maintien de l'activité et de l'emploi, et l'apurement du passif. Les éléments instaurés par ces lois, même s'ils ont depuis fait l'objet de plusieurs modifications, ont persisté.

La plupart de ces évolutions ont été conservées par la loi essentielle du 26 juillet 2005<sup>11</sup>, complété par l'ordonnance du 18 décembre 2008<sup>12</sup>. Cette loi a rénové le droit des entreprises en difficulté. Les textes portant sur ce droit ont alors été rassemblés dans le Livre VI du Code de commerce. Au cours des années qui ont suivi, de nombreuses modifications ont été apportées à travers des textes divers. On notera notamment la loi du 22 octobre 2010<sup>13</sup> qui a créé la procédure de sauvegarde financière accélérée, désormais rendue nulle par la récente réforme du 15 septembre 2021<sup>14</sup>.

L'ensemble de ces évolutions législatives ont donc permis de passer d'un droit des faillites concentré sur la moralité du débiteur et du dirigeant, à un droit des entreprises en difficulté focalisé sur la santé de l'entreprise et son rétablissement. Afin de comprendre ce nouvel angle du droit des entreprises en difficulté, il est également vital de comprendre l'entreprise telle qu'elle est envisagée par ce droit. Auparavant, le droit des faillites visait les

---

<sup>10</sup> Loi n° 84-148 du 1er mars 1984 sur la prévention et le règlement amiable des difficultés des entreprises, Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 sur le redressement et la liquidation judiciaires, Loi n° 85-99 du 25 janvier 1985 portant statut des administrateurs judiciaires et des mandataires liquidateurs

<sup>11</sup> Loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises

<sup>12</sup> Ordonnance n°2009-1345 du 18 décembre 2008

<sup>13</sup> Loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010

<sup>14</sup> Ordonnance n°2021-1193 du 15 septembre 2021 portant modification du Livre VI du code de commerce

commerçant, une personne physique identifiée par son activité. Désormais, le débiteur visé n'est plus la personne physique commerçante, mais l'entreprise.

En droit français, l'entreprise n'est pas définie de manière fixe par les textes qui la régissent. Cependant, il est possible de comprendre ce qu'englobe le terme d'entreprise en se référant au Livre VI du code de commerce. Le code de commerce a choisi de se focaliser sur l'activité et la forme des débiteurs concernés, et étend la plupart des procédures à l'ensemble des personnes morales de droit privé. Cependant il existe des variations des débiteurs concernés en fonction de chaque procédure. Il peut donc être difficile d'obtenir une définition claire de l'entreprise en droit français.

Comme le rappelle Mr. Giorgini, "Si le terme est apparu assez tardivement dans notre langue, la notion d'entreprise demeure un puissant révélateur des réalités économiques, politiques, et sociales, nationales ou internationales<sup>15</sup>". Il faut ainsi comprendre que l'entreprise est un composant essentiel du tissu économique. La préservation de l'entreprise est un facteur essentiel de la préservation de cette économie au niveau national et international. Il est donc important que le droit des entreprises en difficulté permette la préservation de ces entreprises.

Cette préservation fait partie des objectifs et fonctions du droit des entreprises en difficulté. Selon les Professeurs Paul Le Cannu et David Robine, ce droit a quatre fonctions<sup>16</sup>. La première serait le paiement organisé et hiérarchisé des créanciers et la seconde serait la préservation de l'entreprise et des emplois. Il semble cependant que l'objectif de sauvetage de l'entreprise prime désormais sur celui du paiement des créanciers<sup>17</sup>, notamment car celui-ci permet la préservation des emplois associés à la structure de l'entreprise. Cette idée est renforcée par le fait que le sauvetage de l'entreprise se fera par moment au détriment des droits des créanciers. La troisième fonction est la sanction du débiteur défaillant. Comme nous l'avons évoqué précédemment, la sanction du débiteur n'est plus l'objectif principal du droit des entreprises en difficulté. Cependant, elle reste l'une des fonctions de ce droit, non seulement parce que le préjudice causé par le dirigeant doit être réparé, mais aussi parce que ces sanctions peuvent permettre d'empêcher le dirigeant de se rétablir à la tête d'une entreprise en commettant de nouveau les mêmes fautes. Dans la continuité de cet objectif, la quatrième fonction du droit de l'entreprise, établie depuis peu, est de permettre le rebond du dirigeant. Là

---

<sup>15</sup> G. C. Giorgini, *Cours de Droit des Entreprises en Difficulté*, 3ème édition, Gualino Lextenso, 2020-2021, p.33

<sup>16</sup> P. LE CANNU et D. ROBINE, *Droit des entreprises en difficulté*, 8ème édition, Dalloz, 2020, p.3

<sup>17</sup> *Ibidem*

encore, il s'agit de favoriser le dirigeant de bonne foi et de favoriser sa réinsertion dans le tissu économique. L'ensemble de ces fonctions a donc été pris en compte par le législateur et se retrouve dans les procédures prévues par le Livre VI du code de commerce.

Traditionnellement, le droit des entreprises en difficulté peut être divisé entre les procédures préventives d'une part et les procédures collectives d'autre part. Cette dichotomie est expliquée par le Professeur Voinot de la manière suivante : "Alors qu'en présence d'une défaillance, le droit intervient après un défaut de paiement, dans le cas des difficultés de l'entreprise, le droit peut être utilisé, au moins en théorie, avant même qu'un incident de paiement n'arrive<sup>18</sup>". Le critère de distinction entre ces deux phases semble donc être l'incident de paiement. Théoriquement, les procédures préventives devraient intervenir avant même la survenance d'un incident de paiement. Cependant, nous verrons que certaines procédures préventives peuvent être mise en place malgré la cessation des paiements si celle-ci reste récente.

Le but des procédures préventives est d'anticiper et résoudre les éventuelles difficultés de l'entreprise dans un cadre confidentiel et à l'initiative du débiteur. Les procédures collectives, elles, se font dans un cadre public et souvent à l'initiative du pouvoir judiciaire. Elles ont pour but de traiter les difficultés déjà établies de l'entreprise.

Les outils permettant la détection et la prévention des difficultés n'ont été consacré par la loi que de façon relativement récente à l'échelle du droit des entreprises en difficulté. En effet, c'est la loi du 1er mars 1984 qui consacre d'un point de vue législatif les procédures de prévention<sup>19</sup>. Bien que les procédures et dispositifs établis par cette loi aient été modifiés, ces différentes modifications ont eu trait à renforcer ces dispositifs. Les procédures préventives sont rendues d'autant plus efficaces par le développement des dispositifs permettant la détection des difficultés de l'entreprise, en amont de toute procédure préventive ou de traitement. Comme nous le détaillerons, ces dispositifs ont pour but d'anticiper les difficultés des entreprises en se basant sur des indicateurs clefs. Nous verrons par la suite que la réforme du droit des entreprises en difficulté en date du 15 septembre 2021<sup>20</sup> a cherché à renforcer l'efficacité de ces dispositifs de détection.

---

<sup>18</sup> D. VOINOT, *Procédures Collectives*, 2ème édition, Lextenso, 2013, p.1

<sup>19</sup> P. LE CANNU et D. ROBINE, *Droit des entreprises en difficulté*, 8ème édition, Dalloz, 2020, p.14

<sup>20</sup> Ordonnance n°2021-1193 du 15 septembre 2021 portant modification du Livre VI du code de commerce



Si ces dispositifs sont plus privilégiés des professionnels et des législateurs au cours des dernières années, c'est parce que ces procédures préventives ont une efficacité désormais reconnue<sup>21</sup>. Elles anticipent ou traitent les difficultés des entreprises, quelle que soit la nature de celles-ci, afin d'éviter la déchéance de l'entreprise et la cessation des paiements. Ces procédures peuvent permettre le maintien de l'entreprise et apporter des solutions pérennes aux difficultés des entreprises, le tout dans la confidentialité. Nous le verrons, cette confidentialité joue un rôle primordial pour le débiteur. Ces procédures préventives permettent également le maintien du dirigeant à la tête de l'entreprise, ce qui permet le maintien des échanges commerciaux entre l'entreprise en difficulté et ses créanciers. Le traitement précoce des difficultés permet aussi d'éviter que l'entreprise débitrice ne mette en difficulté ses partenaires, ce qui pourrait provoquer une défaillance en chaîne des entreprises concernées.

En conjonction aux dispositifs de détection et de prévention établis dans le code de commerce, d'autres éléments peuvent aussi apporter des solutions sur le plan économique. On pense notamment aux contrats d'assurance-crédit et d'affacturage qui permettent à l'entreprise de se prémunir contre les impayés, l'autorisant ainsi à poursuivre une activité normale et à éviter la défaillance économique. L'ensemble de ces éléments de détection et de prévention des difficultés ont été dans l'obligation de s'adapter et d'évoluer au regard de la crise sanitaire. Pour cela, le législateur a pris plusieurs ordonnances dites "ordonnances COVID"<sup>22</sup> afin de soutenir les entreprises et d'éviter leurs défaillances. Si elles ont d'abord été envisagées comme des mesures temporaires, certaines dispositions de ces ordonnances ont fait l'objet d'une pérennisation intervenue à l'occasion de l'ordonnance n°1193-2021 du 15 septembre 2021<sup>23</sup>. Cette ordonnance a permis la transposition en droit français d'une partie de la directive du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019<sup>24</sup>. Cette directive avait notamment pour objectif de permettre l'harmonisation et le renforcement du droit des entreprises en difficultés au niveau européen, tant pour les procédures préventives que curatives. Ainsi, la transposition de cette directive a été l'occasion pour le pouvoir législatif de modifier les dispositifs de

---

<sup>21</sup> <[http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/Rapport\\_mission\\_Justice\\_economique202102.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/Rapport_mission_Justice_economique202102.pdf)>, p.16, consulté le 02 février 2022.

<sup>22</sup> Ordonnance n°2020-341 du 27 mars 2020, Ordonnance n° 2020-596 du 20 mai 2020,,Ordonnance n° 2020-596 du 20 mai 2020.

<sup>23</sup> *Ibidem*

<sup>24</sup> directive (UE) 2019/1023 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 relative aux cadres de restructuration préventive, à la remise de dettes et aux déchéances, et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes, et modifiant la directive (UE) 2017/1132

prévention et de détection des difficultés en tenant compte du nouveau contexte économique causé par la crise Covid.

Au regard de l'évolution du droit des entreprises en difficulté et de la réforme du 15 septembre 2021, prise dans une situation de crise sanitaire et économique, il semble aujourd'hui primordial de rendre la prévention des difficultés efficace. Dans ce contexte, il est important de se demander : quelle est la portée des dispositifs de détection et de prévention des difficultés des entreprises ?

Nous nous intéresserons d'abord à l'efficacité des outils existants pour la détection et la prévention des difficultés des entreprises (Partie 1). Par la suite, nous verrons comment ces outils ont été adaptés en raison de la crise économique et sanitaire, et l'intégration des ces modifications dans la réforme du Livre VI du code de commerce<sup>25</sup> (Partie 2).

---

<sup>25</sup> Ordonnance n°2021-1193 du 15 septembre 2021 portant modification du Livre VI du code de commerce

## **PARTIE 1 : L'EFFICACITE DES OUTILS EXISTANTS DE DETECTION ET PREVENTION DES DIFFICULTES DES ENTREPRISES**

Si différentes mesures et procédures de prévention sont prévues par le code de commerce et mise en pratique par les différents acteurs du droit des entreprises en difficulté (Chapitre 1), d'autres moyens de prévention permettent de sécuriser la trésorerie des entreprises (Chapitre 2).

### **Chapitre 1 : L'ensemble structuré des mesures de détection et prévention prévues par le Code de Commerce**

Avant même d'engager des procédures de prévention en concertation avec les créanciers (II), il est possible d'avoir recours à des processus de détection des difficultés en concertation avec le dirigeant (I).

#### **I. La détection des difficultés en interne**

Les difficultés peuvent être détectées en interne en avertissant le dirigeant dans le cadre des mesures prévues en anticipation de toute procédure (A) mais elles peuvent aussi être découvertes à l'occasion des différentes procédures d'alerte prévues par le code de commerce (B).

##### **A. Les mesures de prévention en amont de toute procédure :**

Ces mesures de prévention en amont des procédures formelles peuvent consister principalement en deux outils. Le premier est le dispositif des groupements de prévention agréés, dont la mission de détection est prévue à l'article L611-1 du code de commerce. Un

autre dispositif essentiel est l'intervention du Président du Tribunal prévue par l'article L611-2 du code de commerce.

Les groupements de prévention agréés peuvent avoir un rôle important, cependant ils restent peu nombreux et peu utilisés dans un objectif de prévention. Il est donc ici question d'évaluer l'utilité de ces groupements et l'efficacité de leur rôle de détection des difficultés. Ces groupements doivent adopter une forme juridique qui leur confère une personnalité morale de droit privé<sup>26</sup>, mais ils seront la plupart du temps constitués en tant qu'associations. Ils doivent répondre à un certain nombre d'exigences strictes, comme le fait de renouveler leur agrément tous les trois ans, le respect de certains engagements tel que la fourniture d'une copie conforme d'un contrat d'assurance pour le groupement, ou encore le fait de ne pas faire de publicité dans d'autres espaces que les journaux et bulletins professionnels<sup>27</sup>. Si beaucoup de ces exigences visent à sécuriser la formation du groupement et à rendre son exploitation pérenne, certaines d'entre elles peuvent représenter un obstacle pour permettre aux entreprises en difficulté d'avoir recours à ces groupements. En effet, les groupements de prévention agréés restent assez méconnus des chefs d'entreprise et peu d'information sont disponibles à leur sujet. S'il semble pertinent que la publicité de ces groupements s'adresse uniquement à des professionnels, il pourrait être envisagé qu'elle se fasse directement auprès des entreprises.

Par ailleurs, le code de commerce n'exige pas que la personne à la tête du groupement ait une qualité particulière. Cependant, la demande d'agrément doit contenir une liste des personnes qui exerceront des fonctions de gestion, de direction, ou d'administration du groupement. Cette liste doit aussi comprendre la profession et la nature de l'activité que chacun exercerait dans le cadre du groupement. « Les GPA sont composés à 50% d'anciens dirigeants chefs d'entreprise ou cadres, de l'industrie, du bâtiment, des services, du commerce et de l'artisanat et de 50% d'institutionnels ou de professions libérales<sup>28</sup> ». De cette façon, la diversité des membres de ces groupements permet un champ d'expertise plus vaste. Cela permet de trouver des mesures en conformité avec le secteur d'activité de l'entreprise. Ces membres doivent aussi présenter des attestations pour prouver qu'ils ne font l'objet « d'aucune incapacité d'exercer le commerce ou une profession, d'aucune interdiction de diriger, gérer, administrer, contrôler une personne morale ou une entreprise individuelle ou artisanale »<sup>29</sup>. Ces exigences semblent logiques puisque le bon fonctionnement et l'efficacité du groupement

---

<sup>26</sup> Article D611-2 du code de commerce

<sup>27</sup> Articles D611-2 à D611-6 du code de commerce

<sup>28</sup> <https://cpme16.fr/gpa16-groupement-prevention-agree>

<sup>29</sup> Article D611-4 du code de commerce

dépendent en grande partie des qualifications des personnes qui sont à leur tête, elles offrent donc une certaine sécurité. Le groupement est ainsi formé par des individus capables de prodiguer des conseils pertinents et réalistes quant à leur mise en pratique. Si ces critères pour l'obtention de l'agrément ont pour visée la constitution d'une institution pérenne et efficace, ils peuvent aussi rendre la constitution de ces groupements excessivement complexe. De même, la sensibilisation des chefs d'entreprise à leurs missions est freinée. Ces facteurs peuvent expliquer pourquoi ces groupements sont pratiquement inexistantes en France.

Une fois ce groupement formé, « Toute personne immatriculée au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers ainsi que tout entrepreneur individuel à responsabilité limitée et toute personne morale de droit privé<sup>30</sup> » peut y adhérer. Le champ des adhérents potentiels est donc assez étendu. Ainsi, tous les débiteurs adhérents peuvent, en amont de toute procédure formelle, avoir recours à ces groupements.

Cette adhésion reste facultative, ce qui paraît opportun étant donné que les adhérents partageront avec le groupement un certain nombre d'informations sensibles. En effet, «Ce groupement a pour mission de fournir à ses adhérents, de façon confidentielle, une analyse des informations économiques, comptables et financières que ceux-ci s'engagent à lui transmettre régulièrement<sup>31</sup>.» Cela implique que les adhérents doivent transmettre l'ensemble des informations relatives à la santé économique de l'entreprise à un groupement de personnes externes. Ce partage d'informations confidentielles, qui doit se faire automatiquement à intervalles réguliers, pourrait avoir tendance à décourager les professionnels. Il faut cependant rappeler que les groupements ont l'obligation de respecter le secret professionnel<sup>32</sup>, y compris par la suite de leur mission. « Lorsque le groupement relève des indices de difficultés, il en informe le chef d'entreprise et peut lui proposer l'intervention d'un expert<sup>33</sup> » : c'est par cette mission que le groupement joue un rôle de détection et de prévention. L'information donnée au chef d'entreprise peut lui permettre de réagir et d'envisager des solutions efficaces à long terme. Cependant, l'aide proposée par le groupement ainsi que le recours à un expert sont payants. Cela peut aussi avoir un effet dissuasif auprès des dirigeants qui sont déjà dans une situation financière fragile. Ce dispositif n'est donc pas forcément efficace. Ce manque d'efficacité pourrait être compensé en associant l'adhésion au groupement à la souscription à une assurance santé entreprise. Ce type d'assurance prévoit le remboursement des frais

---

<sup>30</sup> Article L611-1 alinéa 1 du code de commerce

<sup>31</sup> Article L611-1 alinéa 2 du code de commerce

<sup>32</sup> Article D611-5 du code de commerce

<sup>33</sup> Article L611-1 alinéa 3 du code de commerce

engendrés à l'occasion d'une intervention d'un expert sur les conseils du groupement, rendant ce dispositif plus attractif et pertinent pour les dirigeants.

L'article L611-1 du code de commerce prévoit aussi que le groupement de prévention peut avoir recours aux services de la Banque de France pour évaluer la situation de l'entreprise et peuvent percevoir une aide des collectivités territoriales. Si les recours à ces institutions peuvent permettre d'accroître l'efficacité du dispositif de détection, elle implique aussi la levée partielle du secret professionnel, ce qui emporterait un effet dissuasif important pour les dirigeants. Pour que les groupements de prévention agréés puissent exercer leur mission de détection de manière plus efficace, il faudrait que ceux-ci soient plus répandus et connus des chefs d'entreprise. De même, on pourrait envisager que le recours à ces groupements soit rendu plus aisé notamment grâce à un recours plus important aux assurances santé entreprises.

Un autre dispositif de détection des difficultés prévu par le code de commerce est l'intervention du Président du Tribunal de commerce, codifiée à l'article L611-2. Ce dispositif peut être enclenché de deux manières. Le Président peut convoquer le chef d'entreprise « Lorsqu'il résulte de tout acte, document ou procédure qu'une société commerciale, un groupement d'intérêt économique, ou une entreprise individuelle, commerciale ou artisanale connaît des difficultés de nature à compromettre la continuité de l'exploitation<sup>34</sup> ». Il peut également intervenir « Lorsque les dirigeants d'une société commerciale ne procèdent pas au dépôt des comptes annuels dans les délais prévus par les textes applicables<sup>35</sup> » et leur enjoindre de procéder aux rectifications nécessaires sous astreinte. Par cet article, « En réalité, la loi a simplement consacré une pratique relativement répandue dans les tribunaux de commerce<sup>36</sup> ». Avant même la loi de sauvegarde de 2005<sup>37</sup>, de nombreux Présidents des Tribunaux avaient déjà pour habitude de convoquer les dirigeants qui ne respectaient par leurs obligations de dépôt des comptes ou dont l'entreprise exhibait des indices de mauvaise santé financière.

Lorsque le Président du Tribunal intervient dans la première hypothèse, la source d'information qui amène son intervention est très large. On constate également que toutes les personnes morales de droit privé sont concernées. Ce champ d'intervention important permet au Président du Tribunal d'exercer un véritable contrôle efficace sur les débiteurs concernés.

---

<sup>34</sup> Article L611-2 premièrement du code de commerce

<sup>35</sup> Article L611-2 deuxièmement du code de commerce

<sup>36</sup> P. LE CANNU et D. ROBINE, *Droit des entreprises en difficulté*, 8ème édition, Dalloz, 2020, p.49

<sup>37</sup> Loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises

Ici, la convocation par le Président est possible seulement s'il résulte des documents concernés que l'entreprise éprouve des difficultés de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. L'initiative du dispositif dépend ici du président du tribunal de commerce. Il lui revient donc de mettre en place un procédé lui permettant de trouver les indices de difficultés au cœur de ces documents. On peut ici compter sur l'expérience du Président du Tribunal. On parle donc de difficultés et pas de simples faits qui pourraient éventuellement conduire à de véritables difficultés. Envisager des solutions est donc l'objectif de l'entretien auquel le Président du Tribunal convoque le dirigeant. Pour que cet entretien puisse avoir lieu dans des conditions optimales, deux facteurs doivent être réunis : le Président doit convoquer le dirigeant en respectant les caractéristiques de la convocation et l'entretien doit se dérouler dans la plus grande confidentialité. Sur la question de la convocation, il est important que la personne convoquée soit le représentant légal de la personne morale ou le débiteur personne physique. Si la convocation n'est pas adressée à la bonne personne, ou ne lui est pas adressée en respectant les modalités et le formalisme de la convocation<sup>38</sup>, il ne pourra être reproché au dirigeant de ne pas s'être présenté à l'entretien. Un autre élément important est la confidentialité : « Pour ne pas avoir d'effets contreproductifs, l'intervention du président du tribunal doit être entourée de discrétion. La confidentialité est nécessaire au succès de cette mesure préventive<sup>39</sup> ». Sans cette confidentialité, le dirigeant peut être récalcitrant à se rendre à l'entretien de peur d'inquiéter les membres de l'entreprise et ses partenaires. Dans cette optique, le dirigeant peut venir seul à l'entretien ou accompagné d'un conseil. Le procès-verbal issu de cet entretien ne contiendra aucun détail quant à l'objet et au contenu de l'audience. Ainsi les conséquences de cet entretien sur la réputation du dirigeant et de son entreprise sont moindres et permettent au dirigeant d'être plus proactif dans la recherche de solutions.

Lors de cet entretien, le président informe le débiteur des démarches possibles. Ici, il ne va rien imposer, mais le dirigeant doit tout de même sortir de cet entretien avec l'objectif de mettre en place des mesures prédéterminées. Cela oblige le dirigeant à traiter la difficulté à laquelle il doit faire face plutôt que d'attendre un retour à meilleure fortune. Cette mesure connaît un certain succès<sup>40</sup>, puisque le fait qu'elle soit confidentielle la rend plus prisée des chefs d'entreprise. Elle permet au dirigeant de se confronter à ses difficultés mais aussi de se renseigner sur les multiples mesures et procédures possibles pour sortir des difficultés

---

<sup>38</sup> Articles R611-10 et suivants du code de commerce

<sup>39</sup> P. LE CANNU et D. ROBINE, *Droit des entreprises en difficulté*, 8ème édition, Dalloz, 2020, p.49

<sup>40</sup> I. Rohart-Messenger, "La prévention-détection par les présidents des tribunaux de commerce", *Gazette du Palais*, n°9, 2010, p.5

rapidement et simplement. Les mesures prises dans la seconde hypothèse suivent le même raisonnement. Ici lorsqu'une entreprise ne procède pas au dépôt des comptes selon l'obligation qui lui incombe dans le temps imparti, cela est souvent signe de difficultés financières que le dirigeant ne veut pas révéler. Lorsque le dirigeant persiste dans son refus de déposer les comptes, l'astreinte permet généralement de le contraindre à s'exécuter.

Les informations résultant de ces deux hypothèses, qu'il s'agisse de l'entretien ou du dépôt des comptes, peuvent être transmises par le président du tribunal au Ministère Public à travers une note informelle. Le ministère public pourra choisir d'engager des procédures judiciaires à l'encontre du débiteur et l'assigner en procédure collective. Cependant, au stade de la détection des difficultés, cette intervention du ministère devrait rester assez rare. Si cette intervention du président est autant favorisée, c'est parce qu'elle permet généralement de trouver des solutions adaptées et confidentielles.

Les dispositifs de détection des difficultés permettent globalement d'anticiper la défaillance des entreprises et de trouver des solutions adaptées. Cependant, pour qu'elles puissent être efficaces, il faut que les dirigeants soient susceptibles de mieux connaître ces dispositifs. Un autre objectif viserait à ce que les dirigeants puissent avoir recours à ces dispositifs sans craindre leur coût ou l'intervention des tribunaux. D'autres procédures de détection des difficultés peuvent être mises en place : la procédure d'alerte par le commissaire aux comptes et l'alerte par les autres organes de l'entreprise.

#### B. Les procédures d'alertes par les organes internes à l'entreprise :

Le commissaire aux comptes a un rôle important dans le cadre de la détection et de la prévention des difficultés de l'entreprise. La mission du commissaire au compte est définie et encadrée par la loi. Il est important de rappeler que le commissaire au compte, selon la jurisprudence de la Cour de cassation<sup>41</sup>, est responsable personnellement des actes professionnels qu'il accomplit dans le cadre de sa mission auprès de l'entreprise. Les missions

---

<sup>41</sup> Cour de cassation, chambre commerciale, 23 mars 2010, n° 09-10.791



du commissaire consistent principalement en la certification des comptes annuels, la vérification des documents et le contrôle des comptes, et la procédure d'alerte<sup>42</sup>.

Dans le cadre de ses fonctions, le commissaire aux comptes a donc accès à l'ensemble des documents comptables de l'entreprise. Il a une vision d'ensemble sur la santé économique de celle-ci. Ces informations vont alors lui permettre de déclencher la procédure d'alerte lorsque cela est nécessaire. Le commissaire aux comptes connaît les usages de l'entreprise. Il peut de cette manière percevoir ce qui constitue un fait inhabituel et une potentielle difficulté. Le déclenchement de la procédure d'alerte par le commissaire aux comptes n'est pas une possibilité mais une obligation. Il a le devoir de déclencher ce processus dès qu'il « relève, à l'occasion de l'exercice de sa mission, des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation<sup>43</sup> ». Il doit par la suite en informer les organes dirigeants de l'entreprise ou de la société. Cette procédure d'alerte se déroule en plusieurs étapes, chaque étape pouvant mettre fin à la procédure si une réponse satisfaisante est apportée. Cette répartition en différentes étapes permet que la problématique reste interne à l'entreprise aussi longtemps que possible. Afin de pouvoir évaluer l'efficacité de cette procédure, il est primordial de comprendre en quoi consiste ces étapes et comment elles permettent de parvenir à une solution pour résoudre les difficultés, mais aussi d'étudier la question de l'opportunité du déclenchement de cette alerte. Par ailleurs, il faudra ensuite s'intéresser à la question des seuils de désignation du commissaire au compte, fortement modifiées par la Loi PACTE<sup>44</sup>.

La procédure d'alerte par le commissaire aux comptes se déroule en quatre phases. La première phase est celle du déclenchement. Le commissaire doit déclencher l'alerte lorsqu'il relève « des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation<sup>45</sup> » dans le cadre de ses fonctions. Bien que les missions du commissaire aux comptes intéressent principalement l'aspect financier de l'entreprise, il peut avoir connaissances de faits de nature juridiques ou sociaux également susceptibles d'affecter la continuité de l'exploitation. L'expression « de nature » implique que la difficulté n'est pas forcément avérée, elle peut être une simple possibilité. Il s'agit donc de la responsabilité du commissaire aux comptes d'évaluer la nécessité de déclencher cette procédure. Pour être tenu responsable, il faudrait que le

---

<sup>42</sup> P. LE TOURNEAU, *Droit de la Responsabilité et des Contrats*, Dalloz Action, Livre 33 "Les contrats dans leur diversité", Titre 331 "Le contrat d'entreprise", Chapitre 3313 "Contrats de conseil et de services aux entreprises", p.18-19

<sup>43</sup> Article 234-1 alinéa 1 du code de commerce

<sup>44</sup> Loi n°2019-486 du 22 mai 2019 dite Loi PACTE

<sup>45</sup> Article 234-1 alinéa 1 du code de commerce

commissaire aux comptes ait déclenché l'alerte en agissant de mauvaise foi et dans son intérêt personnel<sup>46</sup>. Cette responsabilité ne peut pas être retenue lorsqu'il a simplement commis une erreur dans l'appréciation des faits relevés<sup>47</sup>. De plus, le dirigeant doit être informé par le commissaire aux comptes du déclenchement de cette procédure. Cette procédure dépend donc de l'expertise du commissaire aux comptes.

Par la suite, « A défaut de réponse sous quinze jours ou si celle-ci ne permet pas d'être assuré de la continuité de l'exploitation, le commissaire aux comptes invite, par un écrit dont copie est transmise au président du tribunal de commerce<sup>48</sup> » les organes délibérants à se rassembler pour débattre des éléments présentés. Si la délibération est satisfaisante et permet d'apporter des réponses ou des solutions claires, la procédure d'alerte sera ici stoppée. Le président du tribunal de commerce est informé de la délibération par la copie de l'écrit, et prend alors connaissance de la procédure en cours. Si les délibérations n'apportent pas de solution satisfaisante, ou que les organes délibérants n'ont pas délibéré, ou encore que le commissaire aux comptes n'était pas présent à la délibération, une troisième phase doit être engendrée. Cette phase consiste en la convocation de l'assemblée générale des actionnaires ou associés de l'entreprise. Cette convocation par le commissaire aux comptes est transmise au Président du Tribunal mais aussi au Comité Social et Economique de l'entreprise ou aux délégués du personnel. Le commissaire aux comptes présente un rapport spécial devant cette assemblée. Le processus peut ici être stoppé si des solutions satisfaisantes sont trouvées.

Une dernière étape peut être déclenchée si les décisions prises sont insuffisantes<sup>49</sup>. Les conséquences de cette phase sont importantes, puisque le président du tribunal est informé de la situation et des problèmes précis auxquels font face l'entreprise et peut désormais convoquer le dirigeant à un entretien selon les dispositions de l'article L611-2 du code de commerce, détaillées précédemment. Cette procédure peut ainsi renvoyer aux autres dispositifs de détection et de prévention des difficultés, permettant ainsi au dirigeant de l'entreprise de faire face à ses difficultés en lui donnant plusieurs opportunités de trouver des solutions. Cette procédure peut paraître relativement longue, c'est pourquoi, comme nous le verrons, une procédure accélérée est désormais possible. Le fait que cette procédure soit obligatoire entraîne une certaine sécurité et efficacité de la procédure, puisqu'elle permet d'anticiper les difficultés au plus tôt et oblige les dirigeants à trouver des solutions. La procédure ne peut pas être clôturée

---

<sup>46</sup> Cour de cassation, Chambre commerciale, 14 novembre 1995, n° 93-16-724

<sup>47</sup> P. LE CANNU et D. ROBINE, *Droit des entreprises en difficulté*, 8ème édition, Dalloz, 2020, p.33

<sup>48</sup> Article L234-1 alinéa 2 du code de commerce

<sup>49</sup> Article L234-1 alinéa 4 du code de commerce

tant que le commissaire aux comptes n'est pas satisfait par les réponses ou solutions proposées. Par ailleurs, les différentes étapes de la procédure permettent de conserver la confidentialité du processus et encourage les dirigeants à coopérer dans l'élaboration des solutions.

La procédure d'alerte par le commissaire au compte semble donc efficace dans son principe et dans son exécution. Cependant, depuis l'adoption de loi PACTE de 2019, les seuils pour la désignation obligatoire d'un commissaire aux comptes au sein de la personne morale de droit privé ont été fortement élevés. Par conséquent, la présence du commissaire aux comptes a été rendue facultative pour de nombreuses entreprises. En parallèle des seuils de désignation, certaines formes sociales imposaient automatiquement la désignation d'un commissaire aux comptes. Ce critère des formes sociales a été abandonné et remplacé par le système des seuils. Ainsi, l'étendue d'application de cette procédure d'alerte a été fortement limitée. Ces dispositions et nouveaux seuils ont été fortement critiqués par les professionnels du droit de l'entreprise, ce qui semble logique puisque ces mêmes professionnels s'accordent à dire que les dispositifs de prévention et de détection des difficultés sont efficaces et doivent être utilisés autant que possible<sup>50</sup>. Ces seuils ont été très significativement augmentés pour atteindre 4 millions du bilan total, 8 millions du chiffre d'affaires, et 50 salariés pour toutes les formes sociales<sup>51</sup>. En France, les petites et moyennes entreprises représentaient 99,8% de l'ensemble des entreprises françaises en 2018<sup>52</sup>. La grande majorité des entreprises n'atteindront pas ces seuils. Ainsi, la Loi PACTE « (...) met 'à la porte' de l'entreprise un rouage essentiel de quantité de législations d'ordre public<sup>53</sup> ». Le fait que le commissaire aux comptes ne soit plus obligatoire pour de nombreuses entreprises ne porte donc pas seulement atteinte à l'efficacité de la procédure d'alerte, mais aussi à l'ensemble de la vie économique de l'entreprise. Cette procédure, bien qu'efficace, a une application désormais restreinte.

D'autres procédures d'alertes en interne sont possibles, mais elles sont généralement considérées comme moins efficaces, notamment parce qu'elles ne sont pas obligatoires et qu'elles ne consistent qu'à demander des informations ou explications au dirigeant sans que des mesures ne doivent être prises. On peut notamment prendre en compte la procédure d'alerte prise par le comité économique et social de l'entreprise. Le comité se réunit pour examiner les

---

<sup>50</sup> D. VOINOT, « L'évolution désordonnée de la 'boîte à outils' du droit des entreprises en difficulté », *Revue des Procédures Collectives*, n°1, Janvier-Février 2022, article 2.

<sup>51</sup> G. HANNOTIN, "3 questions : le commissaire aux comptes et la loi PACTE", *La Semaine Juridique – Entreprises et Affaires*, n°28, 2019, p.5

<sup>52</sup> < <https://www.economie.gouv.fr/cedef/chiffres-cles-des-pme>>, consulté le 04 février 2022.

<sup>53</sup> G. HANNOTIN, "3 questions : le commissaire aux comptes et la loi PACTE", *La Semaine Juridique – Entreprises et Affaires*, n°28, 2019, p.6

faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise<sup>54</sup>. Cependant, on ne sait pas de quelle manière le comité économique et social est supposé avoir connaissance de ces faits. De plus, le déclenchement de cette alerte n'a rien d'obligatoire. Il est possible que le comité laisse persister et s'aggraver les difficultés. Suite à ces délibérations, le comité établit un rapport qui sera transmis au commissaire aux comptes. Le commissaire pourra se baser sur ce rapport pour déclencher sa propre procédure d'alerte. Là encore, l'efficacité de la procédure dépend de la présence du commissaire au compte. De même, une procédure d'alerte peut être déclenchée par les associés. Dans les sociétés sous forme de SNC, les associés peuvent poser des questions pour s'informer sur la situation économique de l'entreprise<sup>55</sup>. L'efficacité de ce processus est limitée, car s'il permet de tenir le dirigeant responsable, il n'est suivi d'aucune conséquence réelle. Pour les autres types de société, une procédure de questions posées au dirigeant est prévue par le Code de commerce<sup>56</sup>. Les questions posées par les associés au dirigeant seront enregistrées et feront l'objet d'un rapport transmis au commissaire au compte. Le commissaire usera alors de son expertise pour déterminer si une procédure d'alerte formelle est nécessaire. Cette procédure est donc plus efficace que le processus prévu pour les SNC puisqu'elle peut amener au déclenchement de la procédure d'alerte par le commissaire aux comptes.

Parmi les procédures d'alertes par les organes de l'entreprise, celle déclenchée par le commissaire aux comptes reste donc la plus efficace puisqu'elle est suivie de véritables mesures. Cependant, cette alerte possède désormais un champ d'application limité. On constate que les dispositifs de détection des difficultés prévus par le code de commerce sont donc majoritairement pertinents mais assez peu utilisés. Ces outils ne sont pas toujours suffisants et des solutions aux difficultés des entreprises peuvent être trouvées au travers des procédures de prévention, elles aussi définies et détaillées par le code de commerce.

---

<sup>54</sup> Article L2312-63 du code du travail

<sup>55</sup> Article L221-8 du code de commerce

<sup>56</sup> Article L223-36 du code de commerce

## II. Les procédures de prévention en concertations avec les créanciers de l'entreprise

Le code de commerce prévoit deux procédures de prévention des difficultés qui sont la procédure du mandat ad hoc (A) et la procédure de conciliation (B), toutes deux engagées suite à une requête adressée au Président du Tribunal compétent en la matière.

### A. La procédure du mandat ad hoc :

Si la procédure préventive du mandat ad hoc est bien prévue par le code de commerce, elle est présente uniquement à l'article L611-3 de ce code. Le fait que la régulation du mandat ad hoc soit constituée par un unique article est cohérent avec l'origine de cette procédure. En effet, le mandat ad hoc est d'abord une invention prétorienne : "Avant d'être reconnu par la loi, le mandat ad hoc a été une pratique créée de toutes pièces par la présidence du tribunal de commerce de Paris <sup>57</sup>". Le code du commerce n'est donc pas la seule source permettant de comprendre le fonctionnement de cette procédure. Afin de comprendre son efficacité, il nous faut évoquer les conditions d'ouverture de cette procédure ainsi que son déroulement. Il faut également s'intéresser à la question de la confidentialité de cette procédure et son coût.

L'alinéa premier de l'article L611-3 nous donne les conditions d'ouverture de cette procédure préventive : "Le président du tribunal peut, à la demande d'un débiteur, désigner un mandataire ad hoc dont il détermine la mission. Le débiteur peut proposer le nom d'un mandataire ad hoc<sup>58</sup>". Ici la notion de débiteur doit être comprise au regard de l'article L620-2 du code de commerce. La notion de débiteur est donc entendue de manière assez large, sans condition de taille de l'entreprise, ce qui la rend grandement accessible sur ce plan. Cette procédure ne peut cependant être ouverte que sur demande du débiteur. Le but de cette procédure étant de désigner un mandataire pour mettre fin à une difficulté, cette procédure ne devient nécessaire qu'une fois qu'une difficulté future ou avérée, de quelque nature qu'elle soit, se présente. En théorie, certains auteurs disent que l'ouverture de cette procédure est possible lorsque l'entreprise est en cessation des paiements depuis moins de quarante-cinq

---

<sup>57</sup> G. C. GIORGINI, *Cours de Droit des Entreprises en Difficulté*, 3ème édition, Gualino Lextenso, 2020-2021, p.85

<sup>58</sup> Article L611-3 alinéa premier du code de commerce

jours<sup>59</sup>. Cette procédure est ainsi conçue pour prévenir les difficultés financières et y trouver des solutions avant que les dettes de l'entreprise ne deviennent conséquentes.

Il revient au président du tribunal de définir la mission du mandataire. Le président du tribunal sera informé de la situation de l'entreprise à travers la requête du débiteur. Cette requête doit être motivée et présenter les éléments qui poussent le dirigeant à faire appel à un mandataire extérieur à l'entreprise. Ainsi, le président du tribunal disposera des informations nécessaires pour déterminer quelles seront les missions du mandataire. Dans le cadre de cette procédure, le débiteur peut proposer le nom d'un mandataire. Cette disposition encourage le dirigeant à avoir recours à la procédure, puisqu'il peut proposer une personne de confiance. Cependant, le président du tribunal vérifiera que le mandataire respecte les conditions de désignation fixées par la loi et qu'il est compétent pour répondre aux objectifs qui lui seront donnés. Ces objectifs et missions peuvent consister en la restructuration juridique ou financière de l'entreprise, la mise en place d'un accord avec les créanciers, la réorientation de l'activité, ou tout autre objectif qui permettent l'implémentation de solutions durables. Malgré la présence du mandataire ad hoc, le dirigeant n'est pas dessaisi. Le mandataire ad hoc qui impose des mesures aux créanciers ou au débiteur dépasse le cadre de la mission qui lui avait été confiée<sup>60</sup>. Cette délimitation des missions et le fait pour le dirigeant de garder le contrôle de son entreprise l'encourage à avoir recours à cette procédure. A ces différents facteurs, il faut ajouter que le président du tribunal ne fixe pas de durée de la mission. Cette liberté quant à la durée du mandat ad hoc offre une grande souplesse au débiteur ce qui peut être utile notamment si la mission consiste à trouver de nouvelles sources de financement continues par exemple. Cependant, cette durée indéterminée de la procédure peut aussi poser problème si l'entreprise s'enlise sans passer à une autre procédure plus adaptée. Le risque est également que survienne, durant cette période, la cessation des paiements. Lorsque cette cessation des paiements dure depuis plus de quarante-cinq jours, elle devra être déclarée, et la procédure du mandat ad hoc ne sera plus possible. Il est donc important que le mandataire et le dirigeant trouvent des solutions avant la survenance de celle-ci.

Les conditions d'ouverture et du déroulement de cette procédure sont donc de nature à encourager le dirigeant à avoir recours à cette procédure peu contraignante pour lui. Il reste qu'un des éléments essentiels qui permet de favoriser le recours à cette procédure est la

---

<sup>59</sup> G. C. GIORGINI, *Cours de Droit des Entreprises en Difficulté*, 3ème édition, Gualino Lextenso, 2020-2021, p.85

<sup>60</sup> Arrêt de la Cour de cassation, Chambre commerciale, 01 février 2011, n°09-16.179

question de la confidentialité. Ce principe de confidentialité est rappelé à l'article L611-15 du code de commerce : "Toute personne qui est appelée à la procédure de conciliation ou à un mandat ad hoc ou qui, par ses fonctions, en a connaissance est tenue à la confidentialité." Cette question de la confidentialité est centrale dans les procédures de prévention. Sans cette confidentialité, les créanciers, cocontractants habituels, et partenaire de l'entreprise objet de la procédure pourraient suspendre l'exécution de leurs obligations. L'article 1220 du code civil les y autorise : "Une partie peut suspendre l'exécution de son obligation dès lors qu'il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle". Ils pourraient aussi refuser de négocier des conditions de paiements plus favorables à l'entreprise, entraînant la possible pérennisation des difficultés de l'entreprise. Il est donc d'importance capitale que la confidentialité de la procédure soit respectée afin d'éviter des effets contreproductifs et une relation conflictuelle avec les créanciers. Par ailleurs, la confidentialité de cette procédure est aussi conservée en interne. En effet, le comité économique et social de l'entreprise n'a pas à être informé de l'ouverture du mandat ad hoc<sup>61</sup>. Cependant, le comité sera dans un certain nombre de cas informé de la procédure si le mandataire intervient et assiste à la vie quotidienne de l'entreprise.

La procédure de mandat ad hoc est donc généralement un dispositif efficace et adapté pour la prévention des difficultés. Il faut cependant tempérer cette efficacité car le coût de cette procédure peut être relativement élevé. En effet, c'est au débiteur de rémunérer le mandataire. Comme le précise l'article L611-14 du code de commerce, « le président du tribunal fixe, au moment de leur désignation, les conditions de la rémunération du mandataire ad hoc (...) en fonction des diligences qu'implique l'accomplissement de leur mission ». La rémunération du mandataire est fixée au moment de la désignation de celui-ci. Tout comme le président du Tribunal a le contrôle du mandataire désigné, il a aussi le contrôle de ses conditions et modalités de rémunération. Là encore il est important de rappeler que le dirigeant de l'entreprise peut proposer le nom d'un mandataire qu'il connaît avec lequel il souhaiterait travailler. De cette façon, il est possible que le dirigeant connaisse les taux de rémunérations habituels du professionnel, bien que ceux-ci soient adaptés en fonction de la nature de la tâche confiée. Bien que cela n'en réduise pas le coût, le dirigeant sera peut-être moins récalcitrant à engager la procédure de mandat ad hoc s'il peut en rationaliser le coût. Par ailleurs, l'article L611-3 du code de commerce nous informe que les conditions sont fixées par le président du tribunal à travers une ordonnance transmise au ministère public. Ceci permet d'officialiser une

---

<sup>61</sup> Article L611-3 alinéa 3 du code de commerce

nouvelle fois les conditions de rémunération par écrit et servira dans le cas d'une contestation au moment de fixer le montant final des rémunérations. Afin de fixer les modalités de rémunération, il faut prendre en considération les critères suivants : « La rémunération ne peut être liée au montant des abandons de créances obtenus ni faire l'objet d'un forfait pour ouverture du dossier <sup>62</sup> ». Cette exclusion de la rémunération pour abandon de créances vise à inciter les mandataires à trouver des solutions plus pérennes. En effet, si le débiteur éprouve des difficultés de nature durable, l'abandon de créance ne fera généralement que retarder de nouvelles difficultés financières. Si la source des difficultés se trouve par exemple dans la nature même de l'activité de l'entreprise, l'abandon d'une ou plusieurs créances n'aura pas d'effet sur l'origine des difficultés. Par ailleurs, un créancier à qui l'on a déjà demandé d'abandonner sa créance une première fois sera moins ouvert à financer de nouveau le débiteur. Ainsi, les mandataires ne doivent pas être incités à poursuivre cette solution en priorité. Cette règle est régulièrement rappelée par les juges<sup>63</sup>. Cependant, l'abandon de créance n'est pas interdit et peut paraître adapté notamment dans le cadre de relation d'affaires suivies<sup>64</sup>.

D'autres critères obligatoires sont retenus par le code de commerce pour fixer la rémunération. L'article R611-47 de ce code précise les critères de rémunération : « les critères sur la base desquels elle sera arrêtée, son montant maximal et, le cas échéant, le montant ou les modalités de versement des provisions <sup>65</sup> ». Il semble logique que les critères de la rémunération ainsi que leur montant et les modalités de versements soient définis dès le départ, en revanche la question du montant maximal de la rémunération peut paraître moins évidente. En réalité, ce critère vise à protéger l'entreprise. Un montant maximal fixe permet au dirigeant d'anticiper la recherche et la répartition des ressources nécessaires. Ainsi, l'entreprise peut s'assurer qu'elle est financièrement capable de supporter la procédure de mandat ad hoc. L'article R611-49 du code de commerce donne les conditions selon lesquels ce maximum peut être modifié. Si le mandataire ad hoc « estime au cours de sa mission que le montant maximal de la rémunération fixé par l'ordonnance qui l'a désigné est insuffisant, il en informe le président du tribunal <sup>66</sup> ». Une fois que le mandataire a informé le président du tribunal, il existe deux hypothèses. La première hypothèse consiste à ce que le président du tribunal fixe les conditions d'un nouvel accord de rémunération, approuvé par le débiteur. Si cette hypothèse échoue et qu'un accord

---

<sup>62</sup> Article L611-14 du code de commerce

<sup>63</sup> Cour d'Appel de Paris, 1, 7, 14 mars 2022, n° 20/02888

<sup>64</sup> P. DUPICHOT, « Le financement des entreprises en difficulté », *Bulletin Joly Entreprises en difficulté*, n°5 septembre 2018, p.394, 2018.

<sup>65</sup> Article R611-47 du code de commerce

<sup>66</sup> Article R611-49 du code de commerce



n'est pas possible, la seconde hypothèse consiste à mettre fin à la mission du mandataire<sup>67</sup>. Sans accord, la mission du mandataire prend fin et laisse le débiteur dans une situation qui peut être très délicate. Dans ces conditions, il est peu probable que le débiteur puisse refuser les conditions de rémunération demandées par le mandataire sans craindre les conséquences sur la procédure en cours.

La question de ce maximum du montant de la rémunération est donc importante et fait l'objet d'un contentieux important. A ce titre, il est important de revenir sur une décision de la Cour de cassation de 2018, décisive en la matière. Dans cet arrêt<sup>68</sup>, la Cour de cassation revient sur la définition même de l'accord de rémunération ainsi que sur les pouvoirs du juge à l'égard de cet accord. Ici, un professionnel avait été désigné comme mandataire ad hoc puis comme conciliateur auprès de la même entreprise. Pour l'ensemble de ses missions, une ordonnance avait arrêté le montant de sa rémunération. Le professionnel a formé un recours contre cette décision selon les modalités prévues par le code de commerce<sup>69</sup>, devant le premier président de la Cour d'appel. Les conditions de rémunérations avaient été fixées, notamment en fonction d'un taux horaire, sans déterminer de montant maximal. Le débiteur avait bien donné son accord sur les conditions de rémunération arrêtées, cependant cet accord ne prend pas en compte les conditions imposées par le code de commerce. La Cour de cassation a donc rendu l'attendu suivant : « en l'absence d'indication d'un montant maximal, la rémunération du mandataire ad hoc ou du conciliateur ne peut être déterminée par référence à leurs propositions et à l'accord du débiteur, mais est arrêtée librement par le juge taxateur, en considération des seules diligences accomplies et des frais engagés<sup>70</sup> ». Cet attendu rappelle dans un premier temps que l'accord entre le débiteur et le mandataire ou conciliateur ne permet pas de considérer qu'un accord définitif existe quant à la rémunération. En effet, la volonté des parties ne prime pas sur la loi et sur la décision du juge. Ainsi, la Cour de cassation rappelle que l'accord de rémunération n'est pas un contrat entre le débiteur et le mandataire ou conciliateur, comme on pourrait le penser : « Ici, les propositions et l'accord du débiteur constituent seulement un cadre de référence pour le juge : en définitive, la rémunération est déterminée par le juge et non par une convention entre les parties<sup>71</sup> ». Cette décision établit donc la primauté de la décision du juge sur ce que les parties ont convenu. La volonté des parties est prise en

---

<sup>67</sup> Ibidem.

<sup>68</sup> Cour de cassation, Chambre commerciale, 3 octobre 2018, n° 17-14.722.

<sup>69</sup> Article R611-50 du code de commerce

<sup>70</sup> Cour de cassation, Chambre commerciale, 3 octobre 2018, n° 17-14.722.

<sup>71</sup> B. THULLIER, « Rémunération du mandataire ad hoc et du conciliateur : le pouvoir d'appréciation du juge », *Bulletin Jolly Entreprises en difficulté*, n°1 du 01/01/2019, p.11, 2019.

compte par le juge qui se base sur cela pour établir l'accord définitif. Cependant, seule la décision du juge est finale. Le juge contrôle que les conditions de rémunération afin que celle-ci soient favorables à l'entreprise débitrice tout en veillant à ce que la rémunération du mandataire soit à la hauteur de sa mission, des difficultés rencontrées, et des solutions apportées. Le juge peut, de cette manière, s'assurer que les dépenses effectuées par le débiteur sont nécessaires et incite le mandataire à trouver des solutions efficaces et durables.

A travers cet attendu, il faut aussi revenir sur les pouvoirs du juge quant à l'accord de rémunération. Le rôle du juge concernant la rémunération est de permettre à l'entreprise d'avoir accès à une solution qui ne la mette pas dans une difficulté financière supplémentaire. Il est pour cela important que le juge contrôle le respect des dispositions légales. L'importance de cette faculté de contrôle peut être perçue de la manière suivante : « Si la prévention est utile, ce que personne ne conteste, encore faut-il qu'elle soit utilisée dans le respect du dispositif légal, ce qui n'est pas toujours le cas (...). Il faut également veiller à ce que les mesures préventives ne soient pas une charge financière trop lourde pour l'entreprise, parfois en total décalage avec le travail accompli <sup>72</sup>». En incitant le juge à se baser sur les résultats obtenus, on s'assure de la rentabilité de la procédure. La performance du mandataire n'est pas le seul critère à prendre en compte et il doit être possible de modifier la rémunération en fonction de l'évolution de la situation pour correctement rémunérer le mandataire. Cependant, si la rémunération ne se basait pas en partie sur le résultat obtenu, le débiteur serait contraint de payer davantage pour se sortir d'une situation financière précaire. Afin d'encourager les débiteurs à se tourner vers la procédure préventive, il est indispensable que ces procédures apparaissent rentables sur le plan financier. Il est donc important que le juge soit attentif au respect des conditions posées par le code de commerce à ce sujet.

On peut donc conclure que si la procédure du mandat ad hoc est efficace, elle reste coûteuse pour une majorité des entreprises : « malgré les règles destinées à encadrer la rémunération du mandataire ad hoc, son montant, bien que justifié par la compétence que la fonction nécessite, rend ce dispositif (...) inaccessibles à de nombreuses petites entreprises (...) <sup>73</sup>». Malgré son coût, cette procédure reste efficace, attractive pour les dirigeants du fait de sa souplesse et sa confidentialité, et elle permet d'anticiper les difficultés autant que possible. Cette démarche étant volontariste, elle amène des résultats généralement très satisfaisants : «Le

---

<sup>72</sup> C. DELATTRE, « Conciliateur – Le contrôle de la rémunération du conciliateur par la Cour de cassation », *Lettre d'actualité des Procédures collectives civiles et commerciales*, n° 18, Novembre 2018, repère 256, 2018.

<sup>73</sup> P. LE CANNU et D. ROBINE, *Droit des entreprises en difficulté*, 8ème édition, Dalloz, 2020, p.77

succès de ces procédures ne s'est jamais démenti (...), leur taux de réussite avoisinerait les 70 %<sup>74</sup>». Des taux d'efficacité similaire sont observés pour la procédure préventive qu'est la conciliation.

## B. La procédure de conciliation :

La procédure de conciliation est plus formalisée que la procédure du mandat ad hoc. Elle résulte de la procédure de règlement amiable créée par la loi du 1<sup>er</sup> mars 1984<sup>75</sup>. Avec la loi de sauvegarde de 2005, ce règlement amiable est devenu la procédure de conciliation et a évolué dans ses critères d'ouverture et son développement. Elle est devenue plus populaire par les dirigeants à partir de ce changement. Cette procédure, au contraire du mandat ad hoc, « repose sur une base contractuelle <sup>76</sup>». Afin de comprendre l'essor de cette procédure depuis la loi de 2005 et d'analyser son efficacité, il faut d'abord en étudier les conditions d'accès, les modalités, ainsi que son issue et les conséquences d'un accord constaté ou homologué. Il faut aussi prendre en compte le fait que cette procédure est confidentielle.

Les conditions d'ouverture de cette procédure sont précisées à l'article L611-4 du code de commerce : « Il est institué, devant le tribunal de commerce, une procédure de conciliation dont peuvent bénéficier les débiteurs exerçant une activité commerciale ou artisanale qui éprouvent une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible, et ne se trouvent pas en cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours <sup>77</sup>». L'article suivant étend le champ d'application à toutes les personnes morales de droit privé, aux personnes physiques qui exercent une activité professionnelle indépendante, ce qui inclut les professions libérales. Le champ d'application de la procédure est donc relativement étendu, ce qui accroît la portée de cette procédure. L'ouverture devra être demandée auprès du président du tribunal compétent, c'est-à-dire auprès du président du tribunal de commerce si le débiteur exerce une activité commerciale ou artisanale, ou le président du tribunal judiciaire dans tous les autres cas.

---

<sup>74</sup> N. BORGA, A. NIOGRET, et M. VUILLERMET, "Mandat ad hoc et conciliation : trouver le point d'équilibre", *Revue Lamy Droit des Affaires*, n°135, 2018, pp. 19 à 26

<sup>75</sup> Loi n° 84-148 du 1<sup>er</sup> mars 1984 sur la prévention et le règlement amiable des difficultés des entreprises

<sup>76</sup> P. LE CANNU et D. ROBINE, *Droit des entreprises en difficulté*, 8<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2020, p.86

<sup>77</sup> Article L611-4 du code de commerce

Le débiteur doit subir des difficultés de nature juridique, économique, ou financière. L'entreprise débitrice devra donc justifier de ces difficultés, ce qui peut être ici facilité par le fait que la difficulté n'a pas besoin d'être de nature financière. De plus, le fait que la difficulté n'ait pas besoin d'être avérée mais puisse être simplement prévisible permet de renforcer le caractère préventif de la procédure, en anticipant la difficulté et en cherchant une solution à long terme pour éviter la difficulté. Toutefois, « Le président du tribunal vérifiera la réalité des menaces qui pèsent sur l'entreprise, et la portée que l'on peut leur prêter<sup>78</sup> ».

La dernière condition d'ouverture est que l'entreprise ne soit pas en cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours. Cette condition de cessation des paiements détermine l'accès à un nombre important de procédures collectives. Par conséquent, passé ce délai pour la cessation des paiements, le débiteur ne sera plus en mesure d'accéder à une procédure préventive et devra automatiquement avoir recours à une procédure collective. Cela aura notamment pour conséquence d'empêcher le débiteur de sélectionner les créanciers avec lesquels il souhaite trouver un accord de conciliation, comme nous le détaillerons ci-après. La question de l'initiative de la procédure de conciliation est similaire à celle de l'initiative de la procédure du mandat ad hoc. Il en va de même pour la désignation du conciliateur. Ainsi, le conciliateur peut être une personne que le débiteur connaît personnellement ou une personne de confiance qu'il choisit lui-même. Là encore, le président du tribunal peut refuser et désigner un autre nom<sup>79</sup>. Cette disposition permet ainsi de mettre le débiteur en confiance.

Cette procédure se doit d'être relativement rapide afin de pouvoir être conclue avant la survenance d'une éventuelle cessation des paiements, pour cela elle est limitée à une durée maximale de quatre mois, pouvant être prorogée à la demande du conciliateur pour atteindre une durée totale maximale de cinq mois<sup>80</sup>. Cette limitation de la durée impose au créancier et au conciliateur de trouver rapidement des solutions efficaces face au risque de devoir avoir recours à une procédure collective plus contraignante pour le dirigeant et publique. Dans ce même objectif d'efficacité, les missions du conciliateur sont précisément définies : « favoriser la conclusion entre le débiteur et ses principaux créanciers ainsi que, le cas échéant, ses cocontractants habituels, d'un accord amiable destiné à mettre fin aux difficultés de l'entreprise <sup>81</sup>». Il est important ici de rappeler que tous les créanciers ne seront pas convoqués à cette procédure, permettant ainsi de limiter le nombre de créanciers qui ont connaissance de

---

<sup>78</sup> P. LE CANNU et D. ROBINE, *Droit des entreprises en difficulté*, 8ème édition, Dalloz, 2020, p.94

<sup>79</sup> Article L611-6 alinéa 1 du code de commerce

<sup>80</sup> Article L611-6 alinéa 2 du code de commerce

<sup>81</sup> Article L611-7 alinéa 1 du code de commerce

la procédure. Il s'agit ici de trouver des solutions qui permettent de maintenir des relations saines entre l'entreprise débitrice et les créanciers qui sont nécessaire à la continuité normale de l'activité. Traditionnellement, on considère que les créanciers concernés sont ceux dont la créance est la plus élevée, que ces créanciers soient privés ou publics. Pour ce qui est des créanciers privés, ceux qui ont la créance la plus importante seront souvent des cocontractants réguliers avec lesquelles il sera important de solidifier les relations de manière durable. On peut prendre l'exemple d'un acheteur créancier principal d'un fournisseur et dont l'apport en chiffre d'affaires est vital pour l'entreprise. Sécuriser ce type de relations de manière durable sera donc indispensable. Il reviendra au conciliateur de trouver des solutions qui sécurisent la relation dans la durée, par exemple en proposant d'assortir les futures relations contractuelles de garanties ou sûretés supplémentaires. Le conciliateur peut avoir d'autres missions qui consistent à présenter des solutions ou propositions « se rapportant à la sauvegarde de l'entreprise, à la poursuite de l'activité économique et au maintien de l'emploi <sup>82</sup>» ou « l'organisation d'une cession totale ou partielle de l'entreprise <sup>83</sup>». Quelle que soit la mission du conciliateur, elle devra « être adaptée au cas particulier<sup>84</sup> », elle sera donc déterminée de manière casuistique par le président du tribunal. L'éventuelle mission de sauvegarde suit la logique de cette procédure qui a pour but de trouver des solutions pérennes et donc d'éviter les procédures collectives qui risqueraient d'entraîner des conséquences plus néfastes sur l'entreprise. Ce processus est communément appelé le « prepack cession ». Le fait de préparer cette cession avant le passage en procédure collective permet un plus grand succès de l'entreprise suivant la reprise de celle-ci et une transition<sup>85</sup> généralement plus pacifique. Ce dispositif de prévention est alors utilisé pour anticiper les procédures collectives et permettre une issue plus favorable de celles-ci.

Un dernier point qui doit être soulevé quand on évoque le déroulement de la procédure de conciliation est la question de la confidentialité. Tout comme cela est le cas dans le cadre de la procédure du mandat ad hoc, l'article L611-15 du code de commerce impose à toute personne appelée à cette procédure ou qui en aurait connaissance par ses fonctions de respecter la confidentialité de cette procédure. Les avantages de cette confidentialité sont équivalents à ceux que l'on retrouve dans le cadre du mandat ad hoc : l'efficacité de la procédure est conservée car on évite d'inquiéter les partenaires de l'entreprise et de perdre des sources de financement, ce qui pourrait mener à des difficultés sévères et continues.

---

<sup>82</sup> *Ibidem.*

<sup>83</sup> *Ibidem.*

<sup>84</sup> P. LE CANNU et D. ROBINE, *Droit des entreprises en difficulté*, 8ème édition, Dalloz, 2020, p.104

<sup>85</sup> *Ibidem.*

Il faut souligner que la Cour de cassation a affirmé le fait que cette obligation de confidentialité s'applique bien à la presse. En effet, dans un arrêt du 15 décembre 2015, la Cour de cassation rappelle que « le caractère confidentiel des procédures de prévention des difficultés des entreprises, imposé par l'article L. 611-15 du code de commerce pour protéger notamment les droits et libertés des entreprises recourant à ces procédures, fait obstacle à leur diffusion par voie de presse, à moins qu'elle ne contribue à la nécessité d'informer le public sur une question d'intérêt général<sup>86</sup> ». La divulgation dans la presse d'informations confidentielles peut entraîner des conséquences dramatiques sur la situation financière des entreprises. Une information reprise dans la presse sera accessible à tous, quelle que soit leur fonction, et sera diffusée de manière active, rendant impossible le compromis amiable avec les créanciers. Il est donc d'importance capitale que la presse soit tenue à cette obligation de confidentialité pour permettre le fonctionnement des procédures préventives.

L'importance de cette confidentialité dans le cadre des procédures préventives est par ailleurs reconnue par la Cour de cassation, notamment dans une décision de 2019. Dans cette décision, la chambre commerciale affirme que « cette confidentialité a pour finalité la protection de la personne qui fait appel à cette procédure, pour lui permettre de maintenir son crédit auprès de ses différents partenaires, prêteurs, clients ou fournisseurs et de négocier avec les personnes appelées à la procédure (...) <sup>87</sup> ». Le but de la procédure de conciliation est de résoudre les difficultés de l'entreprise qui sont souvent, au moins en partie, de nature financière. Il paraît peu probable de pouvoir trouver une issue aux difficultés sans pouvoir négocier avec les créanciers ou pouvoir prévoir de nouvelles solutions de financement. Ainsi la Cour de cassation affirme à travers sa jurisprudence l'importance de la confidentialité pour permettre des négociations paisibles. Cette confidentialité encourage également le débiteur à avoir recours à cette procédure de conciliation. Il faut ici rappeler que la commissaire aux comptes et le ministère public sont immédiatement informés de la procédure de l'ouverture de la procédure. Cela semble cohérent particulièrement dans le cas où une mission de « prepack cession » est prévue, puisqu'elle vise à préparer une cession dans le cadre d'une procédure collective et donc publique.

Les modalités de la conciliation sont donc conçues pour encourager le débiteur à y avoir recours, pour lui permettre d'anticiper les difficultés et d'assurer la durabilité de la santé financière et juridique de l'entreprise en recherchant des solutions adaptées au cas par cas. Ces

---

<sup>86</sup> Cour de cassation, Chambre commerciale, 15 décembre 2015, n°14-11.500.

<sup>87</sup> Cour de cassation, Chambre commerciale, 13 juin 2019, n°18-10.688.

solutions passent notamment par un accord de conciliation, objectif premier de cette procédure, celui-ci pouvant être constaté ou homologué. Cet accord permettant de finaliser la procédure et déterminant le succès de cette procédure, il est important de comprendre comment il fonctionne sous ces deux formes. L'accord de conciliation est assez libre dans son contenu. L'article L611-7<sup>88</sup> pose comme condition que l'accord doit permettre de mettre fin aux difficultés de l'entreprise : « L'essentiel est, en effet, d'assurer à l'entreprise un financement nouveau, adapté à ses possibilités de développement <sup>89</sup> ». Il ne s'agit donc pas seulement d'obtenir des délais de paiement, on peut par exemple envisager la demande d'aides publiques ou la conversion des titres de créances en parts sociales au bénéfice des créanciers. L'accord étant un contrat, il répond au principe de liberté contractuelle. Il peut donc inclure de nombreuses clauses relatives à des sujets divers, comme la constitution de sûretés sur des biens ou encore l'interdiction du débiteur de céder un bien de son patrimoine ou de se porter caution d'un prêt. La nature contractuelle de cet accord signifie aussi que les parties doivent consentir à la conclusion dudit contrat et que la décision d'une majorité des parties ne peut pas s'imposer aux autres parties. Par la suite, que l'accord soit constaté ou homologué, il aura force obligatoire et les parties qui ne le respectent pas ou qui ne s'exécutent pas pourront être sanctionnées sur la base de leur responsabilité contractuelle. L'accord a donc une certaine solidité juridique et aura de véritables conséquences, puisqu'il constitue un véritable acte juridique.

Pour qu'un accord puisse être constaté, les parties doivent former une requête conjointe selon les modalités de l'article L611-8 du code de commerce. L'accord doit mettre fin à la cessation des paiements et respecter les conditions de validité de tout contrat. Ici l'accord reste confidentiel, ce qui est un avantage certain pour le débiteur comme nous avons eu l'occasion de le constater. Les créanciers doivent se joindre à la requête de constatation. L'accord constaté permet donc d'établir définitivement les obligations des parties qui s'engagent à le respecter, et ce à la suite d'un contrôle du président du tribunal quant à son efficacité. Pour qu'un accord soit homologué, une audience confidentielle doit avoir lieu, suite à une demande d'homologation formée par le débiteur. L'accord ne sera pas remis en cause dans son contenu sans le consentement de tous les signataires. Le tribunal peut cependant demander aux parties de revoir l'accord si le délai de la conciliation n'est pas expiré afin que le débiteur puisse présenter une nouvelle demande d'homologation ultérieurement. Pour que l'homologation puisse être accordée par le tribunal, l'accord doit assurer la pérennité de l'entreprise, mettre fin

---

<sup>88</sup> Article L611-7 alinéa premier du code de commerce

<sup>89</sup> P. LE CANNU et D. ROBINE, *Droit des entreprises en difficulté*, 8ème édition, Dalloz, 2020, p.112

à la cessation des paiements s'il y en avait une, et ne pas porter atteinte aux droits des créanciers non-signataires. Ces conditions visent à renforcer la solidité et l'efficacité de l'accord et de vérifier que celui-ci atteint le but fixé lors de l'ouverture. L'homologation donne lieu à un jugement qui est publié. Par conséquent, la confidentialité de la procédure n'est plus assurée.

L'homologation de l'accord pourrait sembler contreproductive pour le débiteur si cette homologation ne conférait pas aux créanciers le privilège de « new money » ou privilège de conciliation. Ce privilège est établi à l'article L611-11 du code de commerce et permet aux créanciers qui « avaient consenti, dans le cadre d'une procédure de conciliation ayant donné lieu à l'accord homologué mentionné au II de l'article L. 611-8, un nouvel apport en trésorerie au débiteur en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité, sont payées, pour le montant de cet apport, par privilège avant toutes les autres créances <sup>90</sup>». Ici l'apport consenti ne peut que prendre la forme d'un apport en trésorerie. Ce privilège permet de rassurer les créanciers et de les inciter à se montrer plus bienveillants à l'égard du débiteur, permettant ainsi de trouver un accord de manière plus aisée. Si l'homologation implique la levée de la confidentialité, elle permet tout de même de faciliter la conclusion d'un accord selon des termes qui seront satisfaisants pour le débiteur comme les créanciers.

La procédure de conciliation est donc pensée de façon à inciter le dirigeant à y avoir recours, d'une part parce qu'elle permet le plus souvent de mettre fin aux difficultés de l'entreprise de manière efficace et pérenne et de conserver des relations commerciales avec les créanciers parties à la procédure. D'autre part, parce qu'elle se déroule dans un environnement globalement confidentiel sans dessaisir le dirigeant de ses fonctions. Elle est également attractive pour les créanciers qui pourront négocier librement les termes de l'accord de conciliation et obtenir des sécurités supplémentaires à la fois dans le contrat et dans le cadre d'une éventuelle procédure collective future. En pratique, la conciliation montre une grande efficacité : plus de 70% de ces procédures permettraient la conclusion d'un accord, d'après le rapport de la mission « Justice économique » du ministère de la justice de février 2021<sup>91</sup>. Un point d'amélioration de cette procédure pourrait avoir trait à la rendre plus accessibles aux petites et moyennes entreprises, très majoritaires en France.

Les procédures de prévention du code de commerce semblent donc prouver leur efficacité, en théorie comme en pratique. Ces dispositifs sont conçus de manière à encourager le dirigeant

---

<sup>90</sup> Article L611-11 alinéa premier du code de commerce.

<sup>91</sup> <[http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/Rapport\\_mission\\_Justice\\_economique202102.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/Rapport_mission_Justice_economique202102.pdf)>, p.16, consulté le 02 février 2022.



à y avoir recours le plus tôt possible pour éviter une aggravation des difficultés mais également mettre fin aux chances que celles-ci ne réapparaissent dans un avenir proche. Ces procédures, en particulier la procédure de conciliation, permettent aussi de trouver des solutions consensuelles avec les créanciers. De plus, la confidentialité de ces procédures vient renforcer leur efficacité en protégeant l'entreprise débitrice d'une aggravation de sa situation. Si ces procédures sont efficaces, on pourrait souhaiter qu'elles soient plus fréquemment accessibles aux petites et moyennes entreprises. Le rapport de la mission « Justice économique » précise en effet que l'on dénombre environ 6 000 procédures de prévention par an tandis que le nombre de procédures collectives ouvertes par année est en principe de 51 000<sup>92</sup>, celles-ci ne nécessitant pas les mêmes moyens financiers du débiteur. Le fait que la plupart des procédures collectives concernent des liquidations judiciaires directes<sup>93</sup> indique que les débiteurs concernés étaient dans une situation trop précaire pour que l'accès aux procédures préventives soit possible, et que les difficultés n'ont pas été anticipées. Au regard de l'ensemble de ces éléments, il est donc cohérent de conclure que les procédures préventives du code de commerce sont efficaces.

#### Conclusion Chapitre 1 :

Si les mesures préventives du code de commerce sont efficaces, c'est aussi parce qu'elles sont rendues possibles en informant le dirigeant des solutions qui lui sont offertes tant que la situation de l'entreprise est encore remédiable. Cette information passe souvent par les dispositifs de détections des difficultés qui pousseront les dirigeants à se poser la question des solutions possibles. Si ces solutions peuvent être trouvées en interne, elles peuvent aussi nécessiter la présence d'un intervenant extérieur pour pouvoir être mise en place efficacement et durablement. Les mesures préventives et les dispositifs de détection des difficultés doivent alors se concevoir comme un ensemble fonctionnant de concert. Les dispositifs de détection et de prévention codifiés au code de commerce sont donc concluants, y compris sur le plan pratique. D'autres solutions que celles référencées dans ce code peuvent cependant être utilisées par les entreprises pour anticiper les difficultés, notamment en matière de trésorerie. Il s'agira alors pour les entreprises d'anticiper et de se prémunir contre les impayés.

---

<sup>92</sup> *Ibidem.*

<sup>93</sup> *Ibidem.*

## **Chapitre 2 : L'importance d'une trésorerie sécurisée des entreprises dans la prévention**

Dans la prévention des difficultés, le fait de sécuriser la trésorerie des entreprises est important. En effet, les problèmes de trésorerie peuvent emmener de graves conséquences sur la santé financière de l'entreprise à court ou long terme en empêchant l'entreprise de poursuivre une activité économique normale et en causant une baisse de confiance des entreprises partenaires. Lorsque l'on étudie les dispositifs qui permettent de sécuriser la trésorerie d'une entreprise, on peut identifier deux mécanismes principaux. On peut d'abord évaluer l'utilité de l'affacturage, outil qui permet de compenser les carences de trésorerie (I), puis comprendre le fonctionnement et l'efficacité de l'assurance-crédit dans les transactions inter-entreprises (II).

### **I. L'affacturage : un outil pour pallier les potentielles carences de trésorerie**

L'affacturage est un processus qui permet à l'entreprise de sécuriser ses transactions à travers un contrat de cession des créances. Ce processus étant assez complexe, il est important de se focaliser sur le fonctionnement de l'affacturage (A) puis de comprendre l'efficacité relative de cet outil (B).

#### **A. Le fonctionnement de l'affacturage :**

L'affacturage est un processus issu de la pratique qui fait l'objet de peu de textes légaux. Cependant, ce mécanisme a fait l'objet de régulations par la jurisprudence, le législateur, et les usages de la profession. Pour comprendre la nature de ce mécanisme, on rappelle déjà que selon le Code monétaire et financier<sup>94</sup>, l'affactureur réalise des opérations de banque. Afin de comprendre cet outil de prévention des difficultés, il nous faut d'abord le définir. L'affacturage ne fait pas l'objet d'un texte normatif qui lui soit spécialement dédié. En revanche, on peut trouver une définition de ce concept dans certains textes législatifs : « L'arrêté du 29 novembre

---

<sup>94</sup> Article L311-1 du Code monétaire et financier

1973 consacre (...) une longue rubrique à l'affacturage qu'il présente de la façon suivante : opération ou technique de gestion financière par laquelle, dans le cadre d'une convention, un organisme spécialisé gère les « comptes clients » d'entreprises en acquérant leurs créances, en assurant leurs créances, en assurant le recouvrement pour son propre compte, et en supportant les pertes éventuelles sur des débiteurs insolvables<sup>95</sup> ». On comprend donc, à travers cette définition, que le principal objectif du contrat d'affacturage est que l'affactureur acquière les créances d'une entreprise cliente. Cette définition se retrouve aussi dans des termes similaires en jurisprudence : « Il peut être défini comme un contrat commercial par lequel une société de recouvrement (le factor) s'engage auprès d'un commerçant détenteur de créances de clients à les acquérir et à assurer leur recouvrement<sup>96</sup> ». L'affacturage est une solution de financement à court terme. Il permet d'obtenir une solution de trésorerie rapide par le paiement par anticipation des créances concernées. C'est donc une solution qui présente une certaine efficacité du fait de sa rapidité. Grâce à cela, l'entreprise cliente peut poursuivre le cours de ses affaires sans interruption et sans craindre les impayés de la part de son acheteur.

Suite à l'acquisition des créances, l'affactureur pourra assurer plusieurs services qui diffèrent selon le contrat. Ces services seront adaptés en fonction des souhaits du client et de la qualité des créances confiées. En principe, ce contrat permet que le client puisse éviter l'impayé de la part de son débiteur en l'échange d'une compensation. Le montant de cette rémunération, sous forme de prime, sera établi en fonction du chiffre d'affaires de l'entreprise, du montant moyen des factures, du nombre de factures, et de la qualité des créances. Cela peut donc représenter un coût important pour de petites et moyennes entreprises. Ainsi, avant d'y avoir recours, les entreprises devront évaluer si ce dispositif est suffisamment avantageux et efficace pour être rentable. Pour pouvoir établir le contrat et ses diverses dispositions, plusieurs étapes sont nécessaires, comme nous allons le détailler.

Afin d'assurer l'efficacité du contrat pour l'entreprise cliente et l'affactureur, l'affactureur va évaluer chaque acheteur de l'entreprise de façon individuelle. L'objectif de cette évaluation est de réduire le risque pris par l'affactureur qui risquerait de ne pas être payé par les débiteurs cédés. Le but de la société d'affacturage est de s'assurer qu'en cas de non-paiement la créance soit aisément recouvrable. Seront donc exclues les créances qui ne seraient pas certaines, donc les créances futures, supposées, ou celles potentiellement litigieuses.

---

<sup>95</sup> J. DEVEZE, A. COURET, I. PARACHKÉVOVA-RACINE, T. POULAIN-REHM, M. TELLER et V. MAURIÈS, « Titres et marchés Ingénierie financière Paiement Crédit Garanties du crédit », *Le Lamy Droit du Financement*, mis à jour en février 2022.

<sup>96</sup> Cour d'Appel de Bordeaux, 4 mai 2017, n°14/07530.

Pareillement, l'affactureur refusera en principe d'être en compétition pour le recouvrement de la créance. Il faut donc prendre en considération la possibilité de l'action directe, offerte par la loi de sous-traitance de 2015, qui confère au sous-traitant un droit sur la créance<sup>97</sup>. Ces créances présentent un risque important de non-recouvrement et ne pourront pas être couvertes par le contrat aux mêmes conditions que les autres factures. Afin d'éviter un coût disproportionné, elles seront souvent exclues de la couverture du contrat. Ne seront généralement pas examinées les factures ayant un délai de paiement relativement court, puisque le principal intérêt de l'entreprise cédante est d'éviter une créance de trésorerie sur le long terme. Puisque la sélection a pour but de réduire le risque de l'affactureur, il est possible que les créances les plus risquées restent à la charge de l'entreprise cliente ou que l'entreprise cliente doive payer une prime très importante. On pourrait donc trouver ce dispositif d'affacturation trop réducteur et peu utile.

Il faut cependant se rappeler que l'affactureur accepte tout de même un risque, du moment que le paiement de la créance à son échéance ou le recouvrement de celle-ci restent les issues les plus probables. Enfin, avec l'affacturation tous les types d'acheteurs cédés sont considérés qu'ils soient de forme privée ou publique. Cela permet à l'entreprise d'obtenir une couverture relativement large. Il est important de noter que la jurisprudence reconnaît que si une créance est approuvée par l'affactureur, cela ne signifie pas que la créance ne peut pas être restituée au client a posteriori ou que l'affactureur accepte de conserver à sa charge une créance litigieuse<sup>98</sup>. Comme nous le verrons par la suite, il est fréquent que les contrats d'affacturation prévoient une option de restitution des créances à l'entreprise cliente. L'approbation des créances n'est donc pas permanente, ce qui peut limiter l'efficacité du dispositif.

Une fois les créances approuvées, le contrat d'affacturation peut être conclu entre les trois parties : le cédant, les cédés, et le cessionnaire. Tout d'abord, le cédant est l'entreprise cliente. C'est celui qui vend la facture et qui prend l'initiative de recourir au service de l'affactureur. À partir du prix de l'opération et de la quantité des factures que l'affactureur est prêt à couvrir, il détermine l'utilité du contrat et décide de conclure ou non le contrat. L'affactureur a donc tout intérêt à proposer une offre intéressante en termes de couverture et de prix pour l'entreprise cliente afin de faire face à la concurrence. L'affactureur, aussi appelé factor, est le cessionnaire au contrat. Il revient à l'affactureur de décider quels seront les acheteurs qu'il accepte de couvrir. Il est dans son intérêt de ne pas rejeter automatiquement toutes les factures qui pourraient être difficiles à recouvrer. Par ailleurs, il lui sera généralement

---

<sup>97</sup> Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975, Articles 11 à 14-1.

<sup>98</sup> Cour d'Appel d'Aix en Provence, 13 juin 2019, n° 16/14542.

possible de rétrocéder à l'entreprise cliente les créances irrécouvrables. Afin de pouvoir couvrir dans le contrat le plus d'acheteurs possibles, il est important que le cessionnaire prenne en compte le montant moyen de la facture et le nombre de facture émises chaque mois par l'entreprise cliente envers l'acheteur. En effet, le recouvrement d'une seule facture d'un montant relativement important sera plus rentable et plus simple dans sa gestion que le recouvrement de multiples factures d'un montant peu élevé. Si l'analyse de la situation fait ressortir qu'un acheteur fait l'objet de multiples factures de petits montants, l'affactureur pourra ainsi justifier d'un prix plus élevé de sa prime en considération du coût logistique du recouvrement de telles créances. Une entreprise qui a recours à la solution de l'affacturation devra alors se demander si elle souhaite ou non confier des factures d'un montant peu élevé. Pour que la couverture soit efficace en prévention du côté de l'entreprise cliente, il est important que le coût de cette opération ne soit pas plus important que les bénéfices qui en résultent. Dans tous les cas, la conclusion du contrat ne peut se réaliser sans qu'un équilibre soit trouvé entre les intérêts de l'entreprise cliente et ceux de l'affactureur.

Les acheteurs cédés, quant à eux, ont un rôle plus subsidiaire. En effet, il n'est pas nécessaire d'obtenir l'accord de l'acheteur afin de pouvoir procéder à la conclusion du contrat d'affacturation. La convention d'affacturation n'étant pas définie dans la loi, c'est un contrat innomé<sup>99</sup> relevant du droit commun des contrats. Le principe de liberté contractuelle permet donc la modulation du contrat. Ainsi, il est possible d'inclure dans ce contrat une clause dite « d'affacturation secret ». En pratique, cette clause est utilisée lorsque l'entreprise craint la récalcitrance de ses acheteurs ou craint que l'opération d'affacturation soit interprétée par ses acheteurs comme un manque de confiance. La clause consiste alors à communiquer aux acheteurs de nouvelles coordonnées bancaires pour le paiement des factures. Les coordonnées communiquées sont en réalité celles d'un compte dédié à la réception de ces fonds, compte créé pour le contrat avec l'entreprise cliente et qui est détenu par l'affactureur. Cette solution procure un avantage supplémentaire à l'entreprise qui souhaite sécuriser sa trésorerie sans que cela ait de répercussions sur la pratique de son activité.

D'une manière générale, l'offre du contrat d'affacturation est donc pensée pour permettre à l'entreprise de sécuriser ses transactions avec tout ou partie de ses acheteurs sans perturber le court habituel des affaires de l'entreprise. Après avoir étudié l'offre et la conclusion du

---

<sup>99</sup> K. MAGNIER-MERRAN, "ETUDE : l'affacturation", In Jérôme Lasserre-Capdeville, *Droit Bancaire*, Lexbase, 2021.

contrat d'affacturage, il nous faut étudier le lien de droit entre l'affactureur et l'entreprise cliente ainsi que sa mise en œuvre.

La mise en œuvre du contrat repose sur le mécanisme de la subrogation conventionnelle. Ce mécanisme est défini à l'article 1346-1 du Code civil : « La subrogation conventionnelle s'opère à l'initiative du créancier lorsque celui-ci, recevant son paiement d'une tierce personne, la subroge dans ses droits contre le débiteur<sup>100</sup> ». Il faut également savoir que la subrogation doit être expresse et doit impérativement intervenir concomitamment au paiement, bien que la jurisprudence puisse accorder une marge concernant cette condition<sup>101</sup>. On peut appliquer la définition de la subrogation à l'affacturage : « L'adhérent est le créancier de son client. Au lieu d'être réglé par ce dernier, il va être payé par le factor. Par ce paiement, le factor est subrogé dans la créance du client sur le débiteur<sup>102</sup> ». Ici l'adhérent fait référence à l'entreprise cliente et le client est l'acheteur de l'entreprise. Pour que la subrogation soit correctement formée, il faut que trois éléments soient présents : le paiement, l'acceptation expresse de la subrogation, et la concomitance entre le paiement et la subrogation. La subrogation ne sera pas complète tant que le paiement par l'affactureur n'aura pas été effectué. Si les acheteurs connaissent l'existence du contrat d'affacturage et de la subrogation comprise dans ce contrat, cette subrogation leur sera opposable. Dans le cas inverse, le paiement entre les mains de l'entreprise cliente sera libératoire et il reviendra à l'entreprise de transmettre ce paiement à l'affactureur. Pour éviter un conflit entre l'affactureur et l'entreprise cliente, il est important qu'une clause de reversement des récupérations soit prévue au contrat. Cette clause prévoit que l'entreprise cliente devra reverser immédiatement à l'affactureur le paiement de toute facture cédée qu'elle aurait perçue directement. Par le paiement de la facture à l'entreprise, l'affactureur devient également responsable du recouvrement de cette créance. Par cette subrogation, l'entreprise cliente est payée sans délai et n'a pas besoin de consacrer de ressources au recouvrement des créances confiées à l'affactureur. Ces ressources peuvent donc être réaffectées par l'entreprise à d'autres services ou permettre de constituer une réserve de trésorerie plus importante. L'efficacité de l'affacturage est alors double : l'entreprise n'a pas de carence dans sa trésorerie et n'a plus à consacrer de ressources importantes au recouvrement. Cependant, l'efficacité de l'outil d'affacturage dans le recouvrement peut être variable en fonction des conditions applicables.

---

<sup>100</sup> Article 1346-1 alinéa premier du Code civil

<sup>101</sup> Cour de cassation, Chambre commerciale, 29 janvier 1991, Bull. Civ. IV n°48

<sup>102</sup> S. PIEDELIEVRE, *Instruments de crédit et de paiement*, Cours Dalloz, 9<sup>ème</sup> édition, 2016, p.248-249

## B. L'efficacité de l'outil d'affacturage pour le règlement définitif de la créance :

La subrogation est le mécanisme sur lequel repose le contrat d'affacturage mais doit être complétée par d'autres obligations pour être efficace. Plusieurs modulations peuvent être apportées au contrat qui peuvent rendre l'entreprise cliente de nouveau responsable de sa créance. En premier lieu, l'entreprise cliente a le devoir de transmettre à l'affactureur toutes les informations qu'il possède sur son acheteur. C'est une obligation pour l'entreprise cliente de transmettre à l'affactureur toute information relative à une menace sur l'existence ou le recouvrement de la créance<sup>103</sup>. Il sera important pour l'entreprise cliente de consulter attentivement le contrat concernant la prise en charge des créances s'avérant litigieuses à posteriori. En effet, l'affactureur a l'obligation de supporter le risque de non-recouvrement des créances qu'il a approuvé si la raison de ce non-recouvrement est l'insolvabilité du débiteur, mais pas s'il s'agit d'un litige. Au titre de la plupart des contrats d'affacturage, si une créance couverte fait l'objet d'un litige de nature technique ou commerciale, l'affactureur demandera en premier lieu à l'entreprise de régler ce litige. Si l'entreprise échoue, alors la créance sera restituée par l'affactureur à l'entreprise cliente. Celle-ci devra restituer le prix qui lui avait été payé et sera de nouveau propriétaire de la créance et en charge de sa gestion. Il est peu probable que l'affactureur puisse régler le litige de façon amiable puisqu'il n'a pas de relation commerciale directe avec le débiteur.

En cas de litige, si l'affactureur ne procède pas à la restitution de la créance au titre du contrat, il se peut aussi que le contrat prévoit le remboursement par l'entreprise cliente de tous les frais liés à la résolution du litige, ce qui peut être très coûteux pour le client. Un mécanisme plus courant et régulièrement étudié par la jurisprudence<sup>104</sup> est celui du recours exercé par l'affactureur contre son entreprise cliente non diligente qui n'a pas respecté son obligation d'informations. Il en va de même lorsque l'entreprise n'a pas effectué de démarches pour résoudre le litige dans un temps raisonnable. L'affactureur pourra donc demander une contre-passation en compte-courant. En jurisprudence, on considère que le délai raisonnable pour demander cette contre-passation est de trente jours<sup>105</sup>. Le recours de contre-passation

---

<sup>103</sup> S. PIEDELIEVRE, *Instruments de crédit et de paiement*, Cours Dalloz, 9ème édition, 2016, p.252

<sup>104</sup> Cour de cassation, Chambre commerciale, 7 juin 1994, Bull. Civ. N°200. Voir aussi Cour d'Appel de Paris, pôle 5, chambre 6, 8 mars 2012, JurisData n° 2012-003903.

<sup>105</sup> Pour exemple : Cour d'Appel de Lyon, 3ème chambre civile, 30 mars 2006, JurisData n° 2006-306025

« équivaut à un paiement et prive donc le factor de la subrogation qui lui avait été consentie<sup>106</sup> ». Le lien de droit est donc rompu et l'entreprise cliente ne pourra plus demander à l'affactureur de prendre en charge la facture correspondante.

Au regard de ces diverses modulations possibles, l'entreprise cliente est en droit de se demander si le contrat d'affacturation est une solution efficace pour répondre à ses besoins. Là encore, cela dépendra des besoins de l'entreprise cliente. En effet, si cette entreprise exerce dans un domaine commercial où les litiges sont fréquents, on peut considérer que l'affacturation classique n'est pas la solution la plus adaptée. Cependant, quel que soit le dispositif prévu par le contrat en cas de litige commercial, l'entreprise cliente aura toujours l'opportunité de résoudre le litige dans un délai raisonnable. Par ailleurs, puisque le contrat d'affacturation est un contrat innomé, il est possible pour les parties de prévoir tout dispositif pertinent dans le cadre d'un litige. On peut donc envisager que l'affactureur accorde un délai plus long à l'entreprise cliente pour parvenir à une résolution du litige à condition que l'entreprise respecte une procédure de credit management approuvée par l'affactureur. De plus, l'affactureur qui accepterait de prendre en charge des factures avec une probabilité importante de litige accepte un plus large risque. L'affactureur pourra alors augmenter le prix de la prime. Il reviendra alors à l'entreprise cliente de contrebalancer le coût du contrat d'affacturation et le risque que l'absence d'un tel contrat ferait peser sur sa trésorerie.

En prenant en considération l'ensemble de ces éléments et des modulations qui peuvent être apportées au contrat d'affacturation, on comprend que l'efficacité du contrat dépend d'une part de la négociation de celui-ci et d'autre part de la situation de l'entreprise avec ses acheteurs. Avant la conclusion du contrat, l'entreprise ne doit pas hésiter à demander à la société d'affacturation de justifier du prix proposé en échange de ses services et à comparer les offres disponibles. Il est également important que l'entreprise cliente soit consciente que son contrat devra être adapté en fonction du type de créances qu'elle soumet à approbation du factor. En affacturation, la phase précontractuelle est donc très importante puisque la sécurisation de la trésorerie ne repose pas sur une difficulté avérée mais une difficulté potentielle. Il faut donc que l'offre de contrat fasse l'objet d'une analyse, effectuée par les services compétents de l'entreprise cliente, préalablement à sa conclusion. Cela sous-entend que l'entreprise soit d'une taille relativement importante et possède des compétences d'analyse. L'affacturation sera donc plus adapté aux moyennes et grandes entreprises qu'aux petites entreprises ou micro-

---

<sup>106</sup> D. LEGEAIS, "Affacturation", *JurisClasseur Banque - Crédit - Bourse*, Fascicule n°580, Lexis, 1er juin 2021.



entrepreneurs. Il est toutefois important de souligner que l'affacturage démontre que l'entreprise qui y a recours cherche à effectuer une meilleure gestion de ses impayés. Cela est important car cette démarche pourra faciliter l'accord d'un prêt ou la recherche de nouveaux fonds pour l'entreprise et favorisera aussi l'accès aux mesures de prévention des difficultés telles que prévues par le Code de commerce. Cette démarche pour améliorer la gestion des impayés et la trésorerie de l'entreprise pourra aussi avoir une influence importante pour parvenir à un accord avec les créanciers.

Il est fréquent en pratique que les contrats d'affacturage soient complétés par des contrats d'assurance-crédit. Le contrat d'assurance-crédit permet aussi une large couverture des risques d'impayés et une indemnisation en cas de non-paiement par l'acheteur. La concomitance de ces deux dispositifs offre une sécurité supplémentaire à l'entreprise cliente et une plus large couverture du risque tout au long de la vie de la créance.

## **II. L'assurance-crédit : protéger les entreprises des impayés et maintenir les transactions inter-entreprises :**

L'assurance-crédit, parfois aussi appelée « assurance insolvabilité », est un outil de prévention qui fonctionne grâce à une garantie qui peut porter sur un ou plusieurs acheteurs. Cette garantie est une partie de l'ensemble des services proposés par l'assurance-crédit (A). La convergence de ces services permet d'amplifier l'efficacité de cet outil (B).

### **A. La coopération efficace entre les principaux services de l'assurance-crédit :**

Afin de comprendre l'assurance-crédit comme un outil de prévention efficace, il faut comprendre en quoi consiste l'assurance-crédit. Du point de vue des textes législatifs, il est difficile de trouver une définition de l'assurance-crédit. Cela s'explique par le fait que, tout comme l'affacturage, l'assurance-crédit est née de la pratique. Elle a été régulée au fur et à mesure par des mentions dans certains textes légaux et par la pratique jurisprudentielle. L'assurance-crédit n'étant pas une assurance classique, elle n'est pas soumise aux textes

régulant les contrats d'assurance<sup>107</sup>. Toutefois, une directive de 1973<sup>108</sup> nous permet de savoir que l'assurance-crédit est classée dans la branche « crédit », en insolvabilité générale et crédit à l'exportation. De même, le code des assurances<sup>109</sup> permet aussi de classer l'assurance-crédit en tant qu'assurance grand risque. L'article L321-1 de ce même code rappelle que ce type d'assurance est soumise à l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution. Ainsi, si la loi ne donne pas de définition légale de l'assurance-crédit, différents textes assez éparses nous permettent de connaître le régime auquel cette assurance est soumise. L'assurance-crédit peut être présentée de la façon suivante : “Si la fonction première de l'assurance-crédit est juridiquement le remboursement des pertes subies du fait de l'insolvabilité du client, les relations entre la compagnie et l'assuré ne se limitent pas à cet aspect d'indemnisation. Du point de vue de la gestion d'une entreprise, la prévention et le recouvrement sont essentiels<sup>110</sup>”. À travers cette définition, on distingue trois fonctions principales de l'assurance-crédit : le service d'information-prévention, le service d'indemnisation, et le service de recouvrement.

La souscription au contrat d'assurance-crédit doit se faire à l'initiative du futur assuré. L'entreprise qui souhaite souscrire à une assurance-crédit peut le faire pour plusieurs raisons : l'entreprise souhaite assurer ses transactions avec un acheteur précis, l'entreprise veut assurer des transactions contre plusieurs de ses acheteurs, ou encore recourir aux services de recouvrement de l'ensemble de ses créances. Ces raisons peuvent aussi se cumuler et se formaliser en un ou plusieurs contrats. Dans tous les cas, le contrat souscrit permettra de sécuriser la trésorerie dans l'étendue des transactions assurées. Dans un souci d'efficacité et de rentabilité, les entreprises vont solliciter les services d'information de plusieurs assureurs crédits. Le service d'information va évaluer la demande de l'entreprise et proposer un contrat avec un prix adapté aux différents services et modules voulus par le client. Le contrat d'assurance-crédit reprend généralement la même structure, les mêmes principes et les mêmes clauses, mais les différents modules proposés permettent d'adapter le contrat à chaque assuré.

Lorsque le client sollicite un assureur crédit pour la première fois, le service d'information-prévention va d'abord effectuer des recherches poussées sur le potentiel client.

---

<sup>107</sup> Article L111-1 du Code des assurances.

<sup>108</sup> Directive 73/239/CEE du 24 juillet 1973 du Conseil portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité de l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie, et son exercice

<sup>109</sup> Article L111-6 1° c) Code des assurances

<sup>110</sup> J. DEVEZE, A. COURET, I. PARACHKÉVOVA-RACINE, T. POULAIN-REHM, M. TELLER et V. MAURIÈS, “Titres et marchés Ingénierie financière Paiement Crédit Garanties du crédit”, *Le Lamy Droit du Financement*, mis à jour en février 2022, s. 4386.

L'assureur-crédit couvre des grands risques. Ainsi il lui est important de comprendre à quel risque il s'expose. Pour cela, il va demander au client de lui fournir les informations relatives à sa comptabilité. L'objectif d'un tel examen est de savoir si la gestion de la trésorerie par le client peut représenter un risque en tant que tel et comprendre les besoins du client. Le service de prévention conduira également une recherche dans le registre dont dépend le client, les journaux officiels tel que le BODACC, ou toute autre source d'information publique comprenant la publication des comptes ou encore les informations journalistiques. L'assureur crédit aura donc accès un grand nombre d'informations de nature confidentielle, ce qui pourrait être une source d'inquiétude pour le potentiel client. Afin de se prémunir de cela, la plupart des assureurs crédits prévoient un accord de confidentialité. Si le contrat est conclu, cet accord sera transformé en clause de confidentialité au sein du contrat. En l'absence d'accord préalable, les assureurs-crédits restent soumis au régime de confidentialité des négociations tel que décrit par le Code civil<sup>111</sup>. L'assureur-crédit est cependant conscient de l'importance de la confidentialité pour ces clients. Ainsi, l'assureur mettra tout en œuvre pour assurer le respect de la confidentialité et maintenir sa réputation professionnelle. Si les informations recueillies sur le client sont positives, l'assureur va ensuite examiner les acheteurs.

Lorsque le client souhaite assurer les transactions qu'il effectue avec un acheteur précis, ces transactions représentent en principe une part importante du chiffre d'affaires de l'entreprise cliente. Le but de l'examen des informations relatives à l'acheteur sera de déterminer si le montant demandé par le client peut faire l'objet d'un agrément. L'agrément sera délivré par le service d'information-arbitrage qui rendra une décision soit de rejet, soit d'acceptation partielle, soit d'acceptation totale. Cette décision dépend d'une information complète et précise sur l'acheteur. L'assureur-crédit va tout d'abord consulter des sources d'informations publiques, similaires à celles que nous avons citées précédemment. L'assureur peut également détenir d'autres informations par le biais de ses autres assurés sur d'éventuels impayés ou retards de paiement. D'autres sources d'informations seront aussi consultées, telle que la notation de l'acheteur par la Banque de France, source d'informations fiable et régulièrement actualisée. Lorsque l'acheteur n'est pas connu de l'assureur-crédit par le biais d'un précédent contrat ou de contrats en cours, il peut être sollicité pour un entretien permettant d'obtenir des informations détaillées d'une nature plus confidentielle. L'assureur demandera alors à accéder aux comptes de l'acheteur, à connaître sa procédure de credit management, ou demander à l'acheteur quelles sont les mesures prises pour faire face à d'éventuelles difficultés. L'ensemble

---

<sup>111</sup> Article 1112-2 du Code civil

de ces informations est alors utilisé pour rendre une décision quant à l'accord ou au refus de l'agrément. Etant donné l'étendue et l'importance des recherches menées par l'assureur-crédit, l'entreprise assurée à tout intérêt à tenir compte de la décision rendue dans la poursuite de ses relations commerciales. En effet, un refus d'agrément résultera en principe d'informations négatives sur la santé financière du débiteur. Une décision de refus doit obligatoirement être motivée par l'assureur et ces motifs doivent être communiqués au client à la demande de ce dernier. Cette obligation est codifiée<sup>112</sup> et permet au client de comprendre l'étendue des difficultés de son acheteur. Cela peut être très utile au client afin de savoir si les difficultés de son acheteur sont passagères ou plus permanentes. Il sera alors dans l'intérêt de l'assuré de reconsidérer sa relation commerciale et le crédit qu'il accorde à cet acheteur. Un refus peut permettre à l'assuré d'éviter de s'engager et de poursuivre des relations commerciales qui présenteraient un danger pour sa trésorerie. D'une manière générale, le service d'information joue un rôle primordial dans la phase précontractuelle. Ce service permet de conduire des recherches complètes avant la conclusion des transactions commerciales et ainsi prévenir l'assuré de tout risque avant même que le risque ne soit encouru. Ce système d'information global permet ainsi de sécuriser les relations de l'ensemble des assurés avec les acheteurs concernés, étendant la sécurité à tout un ensemble de clients.

Une fois que le service d'information-arbitrage accorde l'agrément, que celui-ci soit partiel ou total, le contrat peut être conclu. En cas de manquement de l'acheteur à son obligation de paiement, l'assuré doit déclarer cet impayé et demander l'intervention de l'assureur-crédit. Cette intervention peut prendre la forme d'une indemnisation et d'actions de recouvrement ou simplement des actions de recouvrement selon le type de contrat conclu. Lorsque le contrat prévoit une indemnisation en cas d'impayé, l'assuré qui respecte les conditions de son contrat sera indemnisé pour la quasi-totalité de sa créance. L'indemnisation permet de compenser la perte de trésorerie et le risque encouru. Par ailleurs, le délai pour l'indemnisation est adapté en fonction de la situation du débiteur. Lorsque celui-ci est en procédure collective, l'indemnisation interviendra dans un délai d'un à deux mois. Dans les autres cas, l'indemnisation aura lieu entre quatre et cinq mois après la demande d'intervention par l'assuré. En cas d'insolvabilité légale du débiteur, la priorité est donnée à l'indemnisation plutôt qu'au recouvrement, permettant une meilleure couverture de l'assuré. De cette manière, "Ce mécanisme protège les assurés de la défaillance en chaîne<sup>113</sup>". Ce phénomène de défaillance

---

<sup>112</sup> Article L113-4-1 du Code des assurances

<sup>113</sup> H. BOURBOULOUX et O. HART DE KEATING, "Le système d'assurance-crédit en progrès", *Bulletin Joly Entreprises en Difficultés*, n°5 septembre 2013, Lextenso, 2013.

en chaîne intervient lorsqu'un créancier n'est pas payé et n'est plus dans la capacité de rembourser ses propres dettes. Le phénomène se répercute alors sur le client du créancier initial, causant alors la défaillance de ce client. Ce phénomène peut donc avoir des conséquences drastiques sur la solvabilité de tout un réseau d'entreprise. Le paiement de l'indemnité permet de mettre fin à ce phénomène au plus vite en permettant au créancier de payer son client. L'indemnisation joue donc un rôle clef dans la prévention des défaillances des entreprises.

Par ailleurs, dans le cas où l'acheteur défaillant n'est pas celui désigné par l'agrément, le contrat d'assurance-crédit prévoit en principe une clause pour les acheteurs « non dénommés ». Il s'agit des acheteurs qui n'ont pas été expressément prévus dans l'agrément. En cas de défaillance d'un des débiteurs concernés par la clause des acheteurs non dénommés, l'assuré pourra être indemnisé. Cette quotité d'indemnisation est variable en fonction des assureurs et des conditions particulières du contrat mais permettra dans tous les cas l'indemnisation d'une part importante de la créance. Ainsi, au contraire du contrat d'affacturage, le contrat d'assurance-crédit permet que les assurés soient couverts même lorsque les acheteurs n'ont pas été expressément approuvés par l'assureur. Mais l'assuré doit donc rester prudent puisque les transactions importantes avec des acheteurs non dénommés ne seront que partiellement couvertes. Il sera donc recommandé de conclure un contrat d'assurance-crédit dédié pour chaque transaction de taille importante.

Si ces observations sont valables pour la plupart des contrats, il faut rappeler que les contrats d'assurances-crédits sont modulables et peuvent prévoir un système de couverture sans que les acheteurs aient besoin d'être expressément nommés. La couverture comprendra alors toutes les transactions d'un montant important. Le risque étant ici plus important pour l'assureur, le montant de la prime payée par l'assuré sera lui aussi augmenté. De la même façon, les différents modules d'indemnisations seront pris en compte dans le montant de la prime. Cependant, la rentabilité de ce contrat est en principe évidente, puisque la quasi-totalité des transactions de l'assuré feront l'objet d'une indemnisation, même lorsque le débiteur n'a pas été expressément approuvé par l'assureur. De plus, le montant de la prime payée par l'assuré prend en compte le chiffre d'affaires de ce dernier. Le prix de cette prime restera donc proportionné aux besoins de chaque entreprise. Le service d'indemnisation a donc un rôle important dans le cadre de la prévention des défaillances financières des entreprises. Le fonctionnement de ce service permet une couverture presque totale du crédit client de l'assuré. En complément, lorsque le client ne souscrit pas à un contrat d'assurance, il peut souscrire à un contrat de recouvrement. Le fonctionnement du service de recouvrement permettra alors de

minimiser la carence de trésorerie du client. L'intervention du service de recouvrement aura lieu quel que soit le type de contrat du client. En effet, le service de recouvrement est sollicité dès la demande d'intervention du client. Lorsque la créance de l'assuré fait l'objet d'une indemnisation, toutes les récupérations obtenues par le service de recouvrement sont reversées à l'assureur-crédit. Quel que soit le type de contrat, le client paiera des frais d'ouverture et de gestion du dossier. On peut alors se demander ce qui justifie ces frais et pour quelles raisons le client ne poursuivrait pas le recouvrement en interne. Il faut d'abord rappeler que le client fait appel aux services de recouvrement lorsqu'il a épuisé les actions en recouvrement de son côté. Pour la mise en place du recouvrement, le mécanisme de la subrogation est utilisé. De la même manière que pour l'affacturage, l'assureur est habilité par la subrogation à diriger le recouvrement. Les droits et actions associés à la créance n'appartiennent plus à l'assuré mais à l'assureur, comme le rappelle la Cour de cassation<sup>114</sup>. Le recouvrement par la société d'assurance-crédit permet une meilleure efficacité grâce à différents facteurs. En premier lieu il faut noter que le service de recouvrement travaille en collaboration avec le service d'information, ce qui lui permet d'adapter la méthode de recouvrement à la situation du débiteur. L'intervention de l'assureur ne se produit que si le client n'a pas été capable de recouvrer la créance en interne. Ainsi, le recouvrement par l'assureur permet la mobilisation de nouveaux moyens. En plus des renseignements dont dispose l'assureur, l'assureur a aussi des moyens juridiques et humains dédiés au recouvrement, ce qui n'est pas forcément le cas de l'entreprise cliente. L'assureur-crédit a aussi recours à des professionnels, tels que des avocats ou des huissiers de justices, dont l'intervention peut être considérée plus sérieusement par le débiteur. La menace d'une action en justice puis sa mise en œuvre effective peuvent également inciter le débiteur à parvenir à un accord de paiement. Enfin, le service de recouvrement peut exercer une influence importante sur la perception du débiteur par ses partenaires. En effet, les informations récoltées lors du recouvrement sont transmises au service d'information. Lorsque cela est pertinent, les informations négatives sont transmises à tous les assurés qui font affaire avec le débiteur concerné. Le débiteur a donc intérêt à régulariser la situation au plus vite afin d'éviter une dégradation de ses relations avec ses autres cocontractants.

Suite à l'étude du fonctionnement de ces services, on peut en conclure que la coopération entre ces services rend le système de l'assurance-crédit efficace, notamment sur l'aspect de la prévention en examinant les transactions commerciales les plus importantes de l'assuré. L'indemnisation, quant à elle, permet de stabiliser la trésorerie de l'entreprise grâce à

---

<sup>114</sup> Cour de cassation, Chambre commerciale, 1er décembre 2009, n°08-12.806.

la couverture importante du risque qu'elle permet. Enfin, le recouvrement est rendu efficace par ses ressources juridiques, humaines, et le service d'information-prévention. Mais l'efficacité de l'assurance-crédit ne se limite pas au fonctionnement des services entre eux. Cette efficacité s'étend au-delà de la couverture des créances concernées puisque l'assurance-crédit joue un rôle prépondérant dans la poursuite normale et sécurisée du courant des affaires entre entreprises.

#### B. L'efficacité de l'assurance-crédit dans la poursuite des affaires entre entreprises :

L'assurance-crédit n'intervient pas seulement dans le cadre de l'indemnisation et du recouvrement de la créance, assurée ou non. L'information par l'assureur-crédit influence l'ensemble des contrats conclus avec ses assurés et ainsi les relations commerciales entre les assurés et leurs acheteurs. Par ailleurs, l'apport de trésorerie procuré par l'indemnisation permet aussi de maintenir les relations commerciales de l'assuré avec ses partenaires. De même, l'efficacité du mécanisme de l'assurance-crédit peut être renforcée en le combinant avec l'affacturage. Il faut cependant nuancer cette efficacité par le fait que l'indemnisation et le recouvrement peuvent être suspendus dans le cadre d'un litige.

Tout au long du contrat, le maintien de l'information a une influence importante sur les relations entre les entreprises. Lorsqu'une information négative importante est recueillie par les services d'information-prévention, comme le passage en procédure collective d'un acheteur, le service d'information décide de la façon de la traiter. Ainsi, l'assureur peut décider de réduire ou retirer totalement l'agrément que l'assuré possède sur son acheteur. Les transactions entre l'acheteur et l'assuré ne sont donc plus couvertes ou restent couvertes mais pour un montant moins important. Cela peut bien entendu provoquer une réaction des débiteurs qui peuvent décider d'intenter une action en justice contre l'assureur-crédit du fait de ces décisions qui portent atteinte à leur réputation. De manière logique, les décisions de l'assureur quant aux agréments doivent être justifiées, elles ne peuvent pas être arbitraires. De cette façon, ces décisions font régulièrement l'objet de contrôle par les juges. La responsabilité quasi-délictuelle de l'assureur peut alors être mise en jeu<sup>115</sup>. Il est donc indispensable que l'assureur distingue les informations graves des informations simplement négatives. Une décision du

---

<sup>115</sup> Cour de cassation, Chambre commerciale, 24 janvier 1995, n°93-12.498

retrait de l'agrément en raison d'un simple retard de paiement envers un seul créancier pourrait donc être considérée comme abusive selon le montant de la créance concernée. Non seulement l'assureur pourrait alors être condamné à dédommager le débiteur visé, mais les assurés pourraient aussi être désavantagés par une réduction ou annulation trop fréquente de ses agréments.

Au regard de cette possibilité de diminution ou annulation d'agrément de manière soudaine, on pourrait remettre en question l'efficacité de ce contrat d'assurance-crédit pour l'assuré et la prévention des difficultés de l'entreprise. Cependant, la plupart des contrats ou des décisions relatives aux agréments prévoient la couverture des livraisons en cours pour une période déterminée. La durée de cette période est conçue pour permettre que la fin de la couverture n'affecte pas les commandes en cours et couvre le chiffre d'affaires déjà engagé. Ce mécanisme permet de limiter les risques pris par l'assureur et les assurés en les avertissant des difficultés du débiteur. La trésorerie de l'assuré est ainsi gardée de toute transaction trop risquée, permettant d'éviter la dégradation financière de l'entreprise. De plus, puisque l'information est transmise à l'ensemble des assurés qui ont un agrément pour leurs relations avec l'acheteur concerné, cela permet d'éviter le phénomène de la défaillance en chaîne que nous avons étudié ci-dessus. L'information est donc importante tout le long du contrat car elle permet à l'assuré de stopper les relations commerciales risquées. Les informations relatives à ce risque lui sont transmises immédiatement par le service d'information, lui permettant ainsi de réagir avant qu'il n'étende son risque. La couverture par le contrat des livraisons en cours permet également à l'assuré d'avoir un laps de temps supplémentaire pour trouver une solution alternative.

La couverture des transactions par le contrat d'assurance-crédit et les indemnités qui peuvent en résulter sont également bénéfiques à la poursuite normale du courant des affaires entre l'assuré et ses partenaires. Le fait de pouvoir être indemnisé en cas de défaillance du débiteur peut inciter l'assuré à poursuivre son activité sans crainte de ne pouvoir payer ses cocontractants. Cette solution de trésorerie permet d'éviter toute interruption dans l'activité de l'entreprise. Cependant, l'indemnité peut intervenir dans un délai relativement long pour l'entreprise assurée. En effet, si le débiteur n'est pas dans une situation d'insolvabilité officielle, l'indemnité interviendra plusieurs mois après la défaillance officielle du débiteur. L'assuré pourra alors faire face à une carence de trésorerie pour une période importante et se retrouver dans une situation financière délicate, même si celle-ci n'est que passagère. Afin d'éviter cette carence, il est possible de combiner les mécanismes de l'assurance-crédit et de



l'affacturage. De cette manière, la facture est payée de manière immédiate et l'assuré n'a pas à faire face à une anomalie de trésorerie. Mais sa créance ayant été achetée, en souscrivant à un contrat d'affacturage, le créancier initial renonce à la créance et les droits qui y sont associés et les transfère à l'affactureur. Ces droits comprennent le droit à l'indemnisation et au recouvrement. Afin de permettre la coexistence de ces mécanismes, le contrat d'assurance-crédit va prévoir un avenant de délégation du droit à indemnité. Ainsi, pour toutes les créances soumises à l'affactureur, l'indemnisation sera directement transmise à ce dernier. Ce mécanisme est à la fois sécurisant pour l'entreprise cliente et assurée mais aussi pour l'affactureur. La société d'affacturage est alors certaine de percevoir le paiement quasi-total de la créance. L'articulation de ces deux contrats peut parfois poser problème en jurisprudence, notamment quant aux formalités nécessaires pour la reconnaissance de l'avenant de délégation des indemnités. À cet effet, un arrêt de la Cour de cassation de 2013<sup>116</sup> rappelle notamment l'importance de la signature de l'avenant au contrat par toutes les parties concernées. La convergence de ces deux outils est très bénéfique à l'entreprise puisqu'elle permet à la fois un apport en trésorerie rapide et permet que l'affactureur puisse demander l'indemnisation à l'assureur-crédit en cas de non-paiement. L'affactureur n'aura donc pas besoin de traiter directement avec l'entreprise cliente en cas de difficulté dans le recouvrement de la créance, offrant ainsi une solution rapide et définitive à l'assuré. Cependant, le paiement de ces deux outils de manière simultanée peut représenter un coût important pour une entreprise de taille petite ou moyenne. Le cumul de ces dispositifs sera donc plutôt réservé à de grandes entreprises. Il est important de rappeler qu'au même titre que les contrats d'affacturage, les contrats d'assurance-crédit peuvent jouer le rôle de garantie pour les établissements bancaires. De la même façon, l'assureur crédit peut jouer un rôle important dans les procédures de prévention telle que la conciliation, en permettant de rassurer les créanciers qui seront moins récalcitrants à conclure un accord.

La gestion des litiges dans le contrat d'assurance-crédit est un autre point auquel les entreprises clientes doivent s'intéresser. Lorsqu'un litige émerge sur une créance en cours d'indemnisation ou de recouvrement, l'assureur crédit va demander à son assuré et au débiteur d'exposer l'objet de leur réclamation. Une fois ces avis rendus, l'assureur peut prendre la décision de classer la décision comme officiellement litigieuse ou non. Si l'assureur refuse de prendre en charge toutes les créances qui peuvent être sujettes à discussion entre le débiteur et le créancier, l'assuré risque de ne pas être satisfait des services rendus et de trouver d'autres

---

<sup>116</sup> Cour de cassation, Chambre commerciale, 4 juin 2013, n°12.17-792

solutions plus adaptées à sa situation. Il revient donc à l'assureur d'évaluer correctement l'objet et l'entendue du désaccord. Si la situation est bien un litige, l'indemnisation de la créance sera suspendue jusqu'à ce qu'une décision de justice soit rendue et reconnaissance l'existence de la créance. Si une décision favorable à l'assuré est rendue, l'indemnité qui lui est due lui sera alors versée. De cette façon les créances litigieuses peuvent rester couvertes par le contrat d'assurance-crédit.

### Conclusion Chapitre 2 :

À travers les différents points que nous avons abordés dans cette sous-partie, il est important de comprendre que l'assurance-crédit a pour but de permettre l'indemnisation et le recouvrement des créances dans autant de cas de figure que possible. Que ce soit au travers des différents types de contrats et de modules possibles ou grâce aux dispositions communes à tous les contrats, l'assurance-crédit permet un suivi de la créance à toutes les étapes. En termes de prévention, le service d'information joue un rôle capital autant dans la phase précontractuelle que dans la phase de recouvrement. De la même manière, l'indemnisation joue un rôle important au moment de la défaillance pour permettre la poursuite d'une activité économique normale et empêcher une réaction de défaillance en chaîne. Enfin, le recouvrement donne des chances plus importantes à l'entreprise cliente de percevoir le remboursement de sa créance, même lorsque celle-ci n'est pas assurée. La créance est ainsi assurée à toutes les étapes de sa vie, permettant de rassurer les cocontractants de l'assuré et l'assuré lui-même.

L'efficacité de ce dispositif est renforcée lorsqu'il est conjugué à l'affacturage, solution de financement et de paiement de la créance à court terme. Dans les deux cas, ces dispositifs peuvent jouer le rôle de garantie et ainsi faciliter les emprunts ou investissements en faveur de l'entreprise cliente. Cette entreprise va ainsi anticiper autant que possible les difficultés financières et de trésorerie en ayant accès à diverses sources de financement et en cumulant les dispositifs de sécurité. L'information joue ici aussi un rôle de prévention très important puisqu'elle peut influencer les décisions de l'entreprise qui choisit de contracter ou non en fonction des risques dont elle est informée. Si ces dispositifs sont donc efficaces, il faut prendre en compte qu'ils ont un coût que de petites entreprises ne peuvent pas automatiquement débourser. Cependant, ces entreprises ne génèrent généralement pas suffisamment de crédit post client pour nécessiter un recours à de tels dispositifs.

## Conclusion Partie 1 :

Les dispositifs existants de prévention et détection des difficultés sont multiples. Nous avons choisi d'explorer les dispositifs prévus par le Code de commerce et ceux visant à sécuriser la trésorerie des entreprises. L'ensemble de ces dispositifs permet de protéger les entreprises contre les difficultés naissantes ou à venir, lorsqu'ils peuvent être mis en place. Ces dispositifs, quelle que soit leur origine, ont en commun leur coût. La plupart des petites et moyennes entreprises n'ont pas les capacités financières pour avoir recours aux procédures de prévention que sont la conciliation et la médiation. De la même manière, les solutions d'arbitrage et d'assurance-crédit ne sont pas toujours adaptés selon les offres disponibles. Ces offres seront parfois trop coûteuses par rapport à la sécurité qu'elles offrent à de petites entreprises. Les petites et moyennes entreprises constituent la grande majorité des entreprises existantes en France. Le fait qu'elles ne puissent pas, pour la plupart, accéder à des dispositifs de prévention est un problème auquel il faut remédier. A cet effet, il serait bénéfique de promouvoir les assurances santé entreprise qui prévoient la prise en charge de tout ou partie des frais engagés dans le cadre des dispositifs de prévention et de détection des difficultés des entreprises.

La crise du covid-19 et les restrictions sanitaires et économiques qui ont été imposées ont permis de mettre en lumière certaines lacunes du droit des entreprises en difficulté. A travers une série d'ordonnances prévoyant des mesures exceptionnelles, le droit des entreprises en difficulté a été temporairement réformé, aussi bien dans ses dispositifs de détection et prévention que dans ses procédures collectives. Certaines de ces mesures ont été pérennisées dans un objectif de protection des entreprises sur le long terme. Les enseignements tirés de la crise Covid-19 ont également été pris en compte lors de la récente réforme du droit des entreprises en difficulté, en date du 15 septembre 2021. Afin d'évaluer l'efficacité des dispositifs de prévention et détection des difficultés, il est donc important d'étudier l'ensemble des nouvelles dispositions, qu'il s'agisse des apports de la réforme du 15 septembre 2021 ou des mesures Covid pérennisées.

## **PARTIE 2 : L'ADAPTATION DE LA DETECTION ET PREVENTION DES DIFFICULTES DES ENTREPRISES SUITE A LA CRISE ECONOMIQUE**

La crise économique et sanitaire mondiale du Covid-19 a eu un impact important sur l'ensemble de la vie économique mondiale. Ainsi, le monde de l'entreprise n'a pas été exempté et a dû faire face à de nombreuses mesures d'urgence contraignantes. Pour les aider à faire face à l'impact principalement financier de ces contraintes, le gouvernement a mis en place des mesures spécifiques à la crise du Covid-19 dans le but d'aider les entreprises (Chapitre 1). Certaines de ces mesures et des enseignements tirés de cette crise ont par la suite été intégrés à la réforme du 15 septembre 2021, qui a apporté des changements importants au droit des entreprises en difficulté (Chapitre 2).

### **Chapitre 1 : Le futur des mesures spécifiques à la COVID 19 pour aider les entreprises**

Face à la crise du Covid-19, de nombreuses mesures de nature législatives et économiques ont été mises en place par le gouvernement. Ces mesures, pour la plupart temporaires, impliquent tout de même un impact durable sur la situation économique et financière de nombreuses entreprises. Pour comprendre l'impact de ces mesures sur la prévention dans le droit des entreprises en difficulté, il est nécessaire d'étudier certains aspects des ordonnances dites « ordonnances COVID » (I) ainsi que l'impact des aides financières exceptionnelles et temporaires (II).

#### **I. La fin des adaptations aux procédures collectives en temps de COVID 19 : de l'importance de cette transition :**

Afin de pouvoir prendre des dispositions adaptées à la situation exceptionnelle créée par la crise du Covid-19, le gouvernement a souhaité agir rapidement par ordonnances qui ont rapidement été appelées « ordonnances COVID ». Ces dispositions exceptionnelles ont été rapidement

publiées et mises en application comme réaction face à une situation d'urgence. Si cette réactivité peut être positive pour les entreprises qui ont dû subitement tout cesser ou une partie de leur activité, on peut observer une différence importante entre les premières ordonnances COVID qui (A) qui n'ont pas forcément été prises dans le cadre de leur impact sur le long terme, et la fin des ordonnances COVID qui ont été pensée pour leurs conséquences dans la durée. Notamment sur les procédures de prévention (B).

#### A. L'impact des premières "ordonnances COVID"

Lorsque l'on évoque les premières ordonnances COVID dans le cadre des mesures de détection et des procédures de prévention pour les entreprises en difficulté, il faut principalement s'intéresser à l'ordonnance n°2020-341<sup>117</sup> du 27 mars 2020 ainsi qu'à l'ordonnance n°2020-596<sup>118</sup>, en date du 20 mai 2020, portant toutes deux sur l'adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises et des exploitations agricoles.

L'ordonnance du 27 mars 2020 a eu un impact important sur les procédures du Livre VI du code de commerce, autant sur les procédures collectives que les procédures préventives. Si nous nous focalisons sur les procédures préventives, certaines mesures ont un impact sur l'ensemble des procédures, quelles que soient leurs natures. C'est le cas des dispositions de l'ordonnance relatives à l'état de cessation de paiement. Essentiellement, l'ordonnance fixait la date d'appréciation de l'état de cessation des paiements des entreprises au 12 mars 2020 : « L'état de cessation des paiements est apprécié en considération de la situation du débiteur à la date du 12 mars 2020 <sup>119</sup> ». Par cette disposition, l'état de cessation des paiements ne pouvait s'aggraver de façon à porter préjudice aux entreprises qui étaient déjà en cessation de paiement avant le 12 mars 2020. De la même façon, les entreprises qui n'étaient pas en cessation de paiement en date du 12 mars 2020 ne pouvaient officiellement tomber en état de cessation de paiement au sens de cette disposition. Dans la pratique, cela signifie que les entreprises qui se trouvaient dans une situation financière complexe à une date postérieure au 12 mars 2020 n'étaient pas dans l'obligation de déclarer la cessation des paiements dans les 45 jours qui suivaient sa

---

<sup>117</sup> Ordonnance n°2020-341 du 27 mars 2020 portant adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises et des exploitations agricoles à l'urgence sanitaire et modifiant certaines dispositions de procédure pénale

<sup>118</sup> Ordonnance n° 2020-596 du 20 mai 2020 portant adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises et des exploitations agricoles aux conséquences de l'épidémie de covid-19

<sup>119</sup> Article 1, I. 1° de l'ordonnance n°2020-341 du 27 mars 2020 portant adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises et des exploitations agricoles à l'urgence sanitaire et modifiant certaines dispositions de procédure pénale

survenance. Ainsi, cette disposition « est destinée à éviter que l'aggravation de la situation du débiteur postérieure au 12 mars 2020, ne lui porte préjudice <sup>120</sup>». La volonté d'éviter l'aggravation de la situation des entreprises semble juste. En effet, l'aggravation durant les différentes périodes de confinement et de fermeture obligatoire de la plupart des entreprises n'était pas due aux entreprises en elles-mêmes mais à la suspension de leur activité dans des circonstances indépendantes de leur volonté. Cette disposition peut aussi être perçue de la manière suivante : « Il s'est agi de trouver des solutions afin d'éviter l'ouverture massive de procédures collectives, en jouant sur l'état de cessation des paiements <sup>121</sup>». On peut considérer que les difficultés nées au cours de cette période n'étaient pas dues à un problème de fond de l'entreprise telle qu'un manque de rentabilité de l'activité en temps normal ou encore une mauvaise gestion financière, sociale, ou juridique de l'entreprise. Dans ce contexte, il n'aurait pas été justifié de sanctionner les entreprises qui n'éprouvent pas réellement de difficulté sur le long terme et qui auraient pu habituellement être rentables, et ce de façon pérenne. Il n'est donc pas ici question de remettre en question l'objectif de cette disposition mais d'examiner son efficacité. En reportant l'obligation de déclarer l'état de cessation des paiements, les procédures de prévention restent accessibles aux entreprises qui éprouvent des difficultés durant la période de mise en œuvre de l'ordonnance. Si la cessation des paiements n'intervient pas ou ne s'aggrave pas, toutes les entreprises qui n'étaient pas en insolvabilité déclarée avant le 12 mars 2020 peuvent accéder aux procédures préventives du code de commerce. Cette mesure renforce l'accès aux procédures préventives dans un contexte difficile pour les entreprises, ce qui permet une meilleure anticipation des difficultés. Comme nous l'avons vu précédemment (Chapitre 1 Partie 1), les procédures de prévention jouent un rôle essentiel dans la résolution des difficultés des entreprises. Cette disposition, dans un contexte économique difficile, est essentielle pour éviter de nombreuses défaillances d'entreprises. Il est cependant utile de rappeler que les procédures préventives ne peuvent être mises en place que sur demande du débiteur ou de son représentant légal. Si l'accès à ces procédures est facilité, cela ne signifie pas pour autant que les entreprises vont plus avoir recours à ces mesures qu'en temps normal. Par ailleurs, il faut prendre en considération que les procédures préventives engagées dans le contexte de cette ordonnance sont mises en place sans que leur situation temporaire ne reflète

---

<sup>120</sup> F. PETIT et L. FIN-LANGER, « Adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises – Mesures intéressant le Livre VI du Code de commerce », *Lettre d'actualité des Procédures collectives civiles et commerciales*, n°8, avril 2020, alerte 105, 2020.

<sup>121</sup> P-M. LE CORRE, « Retour sur les principales mesures de l'ordonnance n° 2020-341 du 27 mars 2020, à la lumière de l'ordonnance n° 2020-596 du 20 mai 2020, portant adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises et des exploitations agricoles à l'urgence sanitaire », *Hebdo édition affaires*, n° 636 du 28 mai 2020, Lexbase, 2020.

forcément leur situation habituelle. Les solutions trouvées, qui sont supposées être aussi pérennes que possibles, ne sont donc pas forcément adaptées au contexte exceptionnel auquel fait face l'entreprise. Il n'est alors pas certain que les mesures de prévention soient les plus adaptées en fonction des difficultés réellement éprouvées par les entreprises. Cette mesure implique que les entreprises qui ne sont pas déjà en procédure collective ne peuvent pas entrer en procédure collective contre leur gré si la procédure n'a pas été ouverte au 12 mars 2020 et ce tant que l'ordonnance est applicable.

Or il est utile de rappeler que « l'état de cessation des paiements ne constitue qu'une 'photographie' d'ordre comptable<sup>122</sup> ». Ainsi l'obligation de déclarer cet état de cessation de paiement vise en temps normal à suivre l'évolution de la situation économique de l'entreprise. Si ce suivi n'existe plus durant l'application de cette ordonnance, cela ne signifie pas que la situation de certaines entreprises ne se dégrade pas. Comme le débiteur n'est pas directement sanctionné pour son état de cessation des paiements, il est possible qu'il n'engage pas de démarche active pour redresser la situation de l'entreprise. L'état de cessation des paiements entraînant généralement l'ouverture de procédures collectives, et donc publiques, le débiteur peut choisir d'avoir recours aux procédures de prévention confidentielles avant que sa situation ne nécessite des mesures publiques. Cependant, il est utile de rappeler que cette disposition ne s'applique pas dans le cas où l'entreprise est en situation de fraude. Cette disposition n'est donc pas sans limite et vise à protéger le débiteur de bonne foi face à une situation imprévisible qui n'était pas de son ressort. Si cette disposition est logique car elle permet de ne pas accabler des débiteurs en difficulté, il est logique qu'elle prenne fin une fois la fin de l'état d'urgence sanitaire actée. De cette manière, les débiteurs ne sont pas déresponsabilisés et la situation économique de ceux-ci sera prise en compte, permettant l'ouverture de procédures adaptées aux difficultés de chaque entreprise.

Par ailleurs, la jurisprudence apporte des précisions sur l'application de cette disposition et son articulation avec les dispositions permanentes du code de commerce : « Ces dispositions concernent ainsi la période d'urgence sanitaire et en tout état de cause ne font pas obstacle aux dispositions de l'article L631-8 relatives à la possibilité d'un report de la date de cessation des paiements <sup>123</sup> ». D'après cette décision de la Cour d'Appel de Caen, l'articulation des dispositions de l'ordonnance avec l'article L631-8 du code de commerce ne pose pas de problème puisque le report de la date de cessation des paiements n'est pas empêchée par

---

<sup>122</sup> O. BUISINE, « De quelques mesures exceptionnelles d'adaptation temporaire du droit des entreprises en difficulté », Revue des procédures collectives, n°2, mars 2020, étude 8, 2020.

<sup>123</sup> Cour d'Appel de Caen, 2<sup>ème</sup> chambre civile et commerciale, 27 mai 2021, n°20/00890

l'article 1 de l'ordonnance<sup>124</sup>. Ainsi, les débiteurs fraudeurs ne peuvent pas profiter de l'article 1 de cette ordonnance pour éviter les sanctions prévues en temps normal. On constate une fois de plus la volonté derrière cette ordonnance d'aider les débiteurs de bonne foi uniquement.

Une autre disposition importante dans le cadre de la prévention fut celle de la prolongation de la durée maximale de la procédure de conciliation. L'ordonnance n°2020-341 mentionne en son article 1 que « La période mentionnée à la première phrase du deuxième alinéa de l'article L. 611-6 du code de commerce est prolongée de plein droit d'une durée équivalente à celle de la période prévue au I<sup>125</sup> ». Cet article L611-6 du code de commerce limite la durée de la procédure de conciliation à quatre mois, ou cinq mois en cas de prorogation exceptionnelle. L'ordonnance n°2020-596 du 20 mai 2020 a maintenu cette disposition tout en lui apportant des précisions. Cette durée de prorogation des procédures de conciliation doit être comprise ainsi : « la durée des procédures devant initialement prendre fin entre le 27 mars et le 23 août 2020 est prorogée de plein droit de 5 mois<sup>126</sup> ». Il peut être supposé que cette nouvelle durée de conciliation, bien que temporaire, soit susceptible d'apporter des changements significatifs à la nature de la procédure de conciliation. En effet, la procédure de conciliation se veut rapide puisqu'elle est généralement destinée à des entreprises sur le point d'être en cessation des paiements ou en cessation des paiements depuis moins de quarante-cinq jours. Comme nous l'avons vu précédemment, on pourrait argumenter que la durée légale habituelle des procédures de conciliation est trop courte. Cela semble d'autant plus vrai dans le cadre d'une crise sans précédent qui met les débiteurs comme les créanciers dans des conditions de négociations difficiles. Puisque le succès d'une telle procédure dépend de la possibilité de trouver un accord entre le débiteur et les créanciers, il est logique qu'elle soit prolongée pour permettre de trouver un tel accord. En complément de cette mesure, les ordonnances 2020-341 et 2020-596 prévoient que le délai établi par l'article L611-6<sup>127</sup> entre deux procédures de conciliation n'est pas applicable dans le cadre de ces ordonnances. Une autre procédure de conciliation peut donc être engagée immédiatement après l'échec de la précédente conciliation. De même, la situation exceptionnelle semble justifier cette disposition qui vise à empêcher, ou tout du moins limiter,

---

<sup>124</sup> Article 1, I. 1° de l'ordonnance n°2020-341 du 27 mars 2020 portant adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises et des exploitations agricoles à l'urgence sanitaire et modifiant certaines dispositions de procédure pénale

<sup>125</sup> Article 1, II. de l'ordonnance n°2020-341 du 27 mars 2020 portant adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises et des exploitations agricoles à l'urgence sanitaire et modifiant certaines dispositions de procédure pénale

<sup>126</sup> T. MONTERAN, « La conciliation et la sauvegarde accélérée dans les ordonnances Covid-19 », *Gazette du Palais*, n°26 13 juillet 2020, p.68, 2020.

<sup>127</sup> Article L611-6 alinéa 2 du code de commerce



la dégradation de la situation du débiteur. Comme indiqué dans le Chapitre 1 de la Partie 1, plus l'action est rapide, plus elle a de chance d'être efficace. Si cela peut être perçu comme une aide aux débiteurs, on peut aussi estimer qu'une telle disposition dissuade lesdits débiteurs d'avoir recours à une procédure collective qui serait peut-être plus adaptée. En effet, si un débiteur ne parvient pas à trouver des solutions avec ses créanciers alors même que la durée autorisée de la conciliation est exceptionnellement prolongée, rien ne pousse à croire qu'une seconde tentative serait plus fructueuse.

En termes de prévention, une dernière disposition doit retenir notre attention. Il s'agit de l'article 1 II° de l'ordonnance 2020-596 : « Lorsqu'il lui apparaît que l'urgence commande l'adoption de mesures immédiates et que le dirigeant s'y refuse ou propose des mesures que le commissaire aux comptes estime insuffisantes, ce dernier peut en informer le président du tribunal compétent dès la première information faite (...) <sup>128</sup>». Comme expliqué auparavant (Chapitre 1 Partie 1), la procédure d'alerte contient en principe quatre étapes avant l'alerte au Président du Tribunal. A travers cette disposition, il n'est plus nécessaire de passer par ces étapes avant d'alerter le président du Tribunal si la réaction du débiteur ne semble pas appropriée. Cela semble justifiée puisqu'en temps normal, l'ensemble de ces étapes peut sembler superflu et considérablement ralentir la procédure d'alerte. De cette manière, le débiteur a tout de même la possibilité de trouver des solutions acceptables avant que le commissaire aux comptes n'avertisse le Président du Tribunal. Cet ajustement semble bienvenu dans le cadre de la prévention, qui vise à anticiper les difficultés autant que possible, ainsi qu'en temps d'état d'urgence.

Au regard de l'ensemble de ces dispositifs, il est utile de préciser qu'une nouvelle ordonnance, en date du 25 novembre 2020, a prolongé les dispositions relatives à la prévention<sup>129</sup> jusqu'au 31 décembre 2021. Si la plupart des dispositions semble favorables aux débiteurs de bonne foi, et adaptées à une situation d'urgence, il est utile de se demander si elles ne sont pas néfastes aux créanciers. Pareillement, il faut se pencher sur la question de la pérennisation de certaines mesures instaurées par les ordonnances COVID.

---

<sup>128</sup> Article 1 II. alinéa 1 de l'ordonnance n° 2020-596 du 20 mai 2020 portant adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises et des exploitations agricoles aux conséquences de l'épidémie de Covid-19

<sup>129</sup> Dans le cadre des ordonnances n°2020-341 du 27 mars 2020 et n°2020-596 du 20 mai 2020.

## B. La fin des ordonnances COVID et leur impact sur la prévention :

De manière exceptionnelle, le droit des entreprises en difficulté a fait l'objet d'une troisième ordonnance au cours de la crise COVID. Cet ultime texte a permis de tracer les contours du droit des entreprises en difficulté post-crise Covid-19. Cette ordonnance n°2020-1443 du 25 novembre 2020<sup>130</sup> a pris fin le 31 décembre 2021 en anticipation d'un retour à une vie économique normale. Cette ordonnance a permis la prolongation de certaines dispositions relatives à la prévention jusqu'au 31 décembre 2021. Cela a tracé la voie pour la réforme du droit des entreprises en difficulté et la pérennisation de certaines mesures des ordonnances COVID.

Afin de comprendre l'impact de cette ordonnance sur le retour à une vie économique plus classique pour les entreprises et sur le droit des entreprises en difficulté de façon permanente, il est important de distinguer les mesures de prévention qui n'ont pas été pérennisées de celles qui l'ont été. L'ordonnance n°2020-1443 a permis la prolongation des procédures de conciliation ouvertes durant la période d'état de crise pour une durée allant jusqu'à dix mois. Si cette disposition existait avant l'ordonnance du 25 novembre 2020, cette dernière a permis des précisions importantes que l'on peut résumer ainsi : « D'une part, il est possible de proroger plusieurs fois la durée de la conciliation (...). D'autre part, cette prorogation peut permettre d'atteindre dix mois, alors que, sous l'empire de l'ordonnance du 27 mars 2020, (...) la prorogation de cinq mois aboutissait à un maximum de neuf mois<sup>131</sup> ». Comme évoqué auparavant (A), cette disposition semble appréciable pour les débiteurs qui doivent prendre rapidement des mesures en accord avec leurs créanciers dans un contexte inédit. Elle est d'autant plus logique qu'en temps normal, trouver un accord de conciliation sans aucune prolongation au délai de quatre mois est difficile. C'est pourquoi il peut paraître surprenant que cette disposition n'ait pas été pérennisée dans le Livre VI du code de commerce. En effet, « les praticiens soulignaient que, même en temps normal, pour de nombreux dossiers significatifs la durée de 5 mois est trop courte et oblige à combiner – bricoler certains diront – en enchaînant conciliation, puis mandat ad hoc, puis conciliation <sup>132</sup> ». Cette situation semble loin d'être idéale et démontre que la durée actuelle de la conciliation est rarement adaptée aux besoins de

---

<sup>130</sup> Ordonnance n° 2020-596 du 20 mai 2020 portant adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises et des exploitations agricoles aux conséquences de l'épidémie de Covid-19

<sup>131</sup> P-M. LE CORRE, « Les apports de l'ordonnance n° 2020-1443 du 25 novembre 2020 », *La Lettre Juridique*, n°846 du 3 décembre 2020, 2020.

<sup>132</sup> J. THERON *et.al.*, « La prévention », *Bulletin Joly Entreprises en difficulté*, n°01 du 1<sup>er</sup> janvier 2021, p.57, Lextenso, 2021.

l'entreprise en difficulté. Les entreprises sont ainsi contraintes d'enchaîner plusieurs procédures de prévention coûteuses sans garantie de résultat. Les créanciers n'obtiennent pas de réponses rapides et claires, et les entreprises débitrices ne peuvent pas envisager de sortie de crise à court terme. Cependant, on peut comprendre que cette disposition n'ait pas été pérennisée en l'état. Elle prévoyait la prolongation automatique des procédures de conciliation qui atteindraient les dix mois de façon systématique. La conciliation est pensée pour être une procédure rapide, selon les arguments développés plus haut (A). De cette manière, les débiteurs peuvent utiliser la durée de cette procédure pour exercer une certaine pression sur leurs créanciers. Si un accord n'est pas trouvé avant la fin de la durée de la conciliation, les créanciers seront très probablement soumis à une procédure collective, plus contraignante à la fois pour les débiteurs et les créanciers. De plus, ces procédures collectives ne garantissent pas toutes que les créanciers aient la possibilité d'être payé par leur débiteur, comme dans le cas d'une entreprise débitrice en liquidation judiciaire. Ces aspects peuvent donc constituer un argument en faveur d'une négociation rapide et efficace pour les créanciers et les débiteurs.

De même, les droits des créanciers doivent être respectés. Un accord de conciliation au bout de quatre mois, cinq dans le cas d'une prolongation, permet aux créanciers de percevoir ce qui leur est dû dans un temps relativement restreint. Il est aussi utile de rappeler que si la procédure de conciliation est un succès, les créanciers sont liés au débiteur par un accord qu'ils doivent respecter, au même titre que l'entreprise débitrice. On peut donc supposer que, dans le cadre d'une procédure qui peut durer dix mois, un peu moins d'un an, les créanciers soient incités à accepter des mesures de conciliation qui leur seront moins favorables dans le seul but de raccourcir la procédure et de percevoir un paiement plus rapidement. Au regard de l'ensemble de ces éléments, on pourrait proposer une durée de la conciliation qui soit en principe de cinq mois, sujette à prolongation du temps nécessaire sous autorisation spéciale du juge<sup>133</sup>. Ainsi, le délai de dix mois ne serait pas systématiquement accordé mais serait laissé à la libre appréciation du juge. Ce dernier pourrait alors prendre en compte la situation de l'entreprise, les droits des créanciers, et l'état d'avancement des négociations pour prendre sa décision au cas par cas. Ce n'est pourtant pas la solution qui a été retenue par la réforme du droit des entreprises en difficulté, sur laquelle nous nous appesantirons par la suite.

Une des mesures qui n'a pas été prolongée fut celle du délai prévu entre deux procédures de conciliation selon l'article L611-6 alinéa 2 du code de commerce. L'extinction de cette

---

<sup>133</sup> *Ibidem*.

mesure n'a pas été longuement débattue<sup>134</sup> pour les raisons que nous avons évoquées ci-dessus (A). Il ne semblait pas opportun de laisser aux entreprises la possibilité de reprendre immédiatement une seconde procédure de conciliation qui n'avait pas fonctionné la première fois. De plus, cela reviendrait à prolonger la durée maximale de la procédure de conciliation, ce qui, nous l'avons dit, serait néfaste pour les droits des créanciers comme pour l'entreprise débitrice.

Quant à la possibilité pour le commissaire aux comptes d'alerter le Président du Tribunal dès la première phase de la procédure d'alerte, cette disposition a été conservée. « Le dispositif favorisant le traitement précoce des difficultés, sa pérennisation était préconisée par le rapport Richelme<sup>135</sup> ». Ce rapport, que nous avons déjà cité (Chapitre 1 Partie1) est un rapport gouvernemental qui porte sur l'étude approfondie des procédures de prévention et leur possible amélioration. Il semble donc naturel que ses préconisations soient prises en compte. De plus, ce dispositif a été retenu car il permet la détection précoce des difficultés de l'entreprise. La détection des difficultés est le principe même de la procédure d'alerte par le commissaire au compte. On pourrait estimer que cette disposition est trop radicale si elle suggère que les difficultés de l'entreprise soient immédiatement rapportées au Président du Tribunal. Cependant, il faut impérativement tempérer une telle affirmation. En effet, l'article prend en compte la nature et la sévérité des difficultés éprouvées par l'entreprise et offre au débiteur la possibilité de redresser la situation sans intervention du Président du Tribunal. On peut constater cela à la lecture du premier alinéa de cette disposition dans sa version pérennisée : « Lorsqu'il lui apparaît que l'urgence commande l'adoption de mesures immédiates et que le dirigeant s'y refuse ou fait savoir qu'il envisage des mesures que le commissaire aux comptes estime insuffisantes, ce dernier peut en informer le président du tribunal compétent dès la première information faite<sup>136</sup> ». L'article fait donc référence à une situation d'urgence, ce qui implique que l'entreprise éprouve d'ores et déjà des difficultés importantes. Grâce à son expertise, le commissaire aux comptes devrait donc être capable de déterminer les situations graves auxquelles ce nouvel article fait référence. De plus, si le dirigeant envisage des solutions qui apparaissent adaptées, efficaces, et suffisantes, le commissaire aux comptes n'aura pas besoin d'alerter le Président du Tribunal. L'appréciation de l'opportunité des mesures envisagées sera laissée au commissaire aux comptes qui, grâce à sa connaissance de

---

<sup>134</sup> C. HOUIN-BRESSAND, « La pérennisation des mesures Covid », *Revue des procédures collectives*, n°1, Janvier 2022, dossier 9, 2022.

<sup>135</sup> *Ibidem*.

<sup>136</sup> Alinéa 1 du nouvel article L611-2-2 du Code de commerce

l'entreprise, aura la capacité de correctement estimer l'efficacité de ces propositions dans le temps. Là encore, il s'agit de trouver des mesures pérennes.

De manière globale, la pérennisation ou non des mesures COVID en matière de prévention ne semble pas provoquer de débat outre mesure, si ce n'est concernant la durée de la procédure de conciliation. Cette procédure a fait l'objet de nouvelles dispositions à travers la réforme du droit des entreprises en difficulté du 15 septembre 2021, ce que nous détaillerons ci-après. La pérennisation des mesures utiles semble adaptée et semble répondre à une volonté d'amélioration des outils de détection et prévention des difficultés des entreprises. Si ces mesures d'ordonnances COVID pérennisés vont donc dans un sens favorable aux entreprises, il ne faut pas négliger l'importance des différents dispositifs d'aides mis en place par l'Etat.

## **II. La fin des aides financières : un processus de transition pour les entreprises :**

Face à la crise du Covid-19 et des restrictions importantes imposées aux entreprises, l'Etat a mis en place des dispositifs d'aides, principalement financière, dans une proportion sans précédent. On a souvent parler durant cette période du « respirateur artificiel » ou « poumon artificiel » des entreprises. Si ces aides ont permis de diminuer grandement le nombre de procédures ouvertes, les entreprises doivent désormais faire face à un retour à une économie normale sans le bénéfice de ses aides, ce qui pose la question de l'impact de cette transition sur les entreprises et la prévention des difficultés. Pour comprendre l'impact de cette transition, il faut d'abord la transition vers la fin des aides spéciales (A) puis le problème du remboursement des prêts garantis par l'Etat (B).

### **A. La transition vers la fin des aides spéciales :**

De nombreuses aides spécifiques à la situation des entreprises en crise de Covid-19 ont été créées pour permettre de maintenir la situation économique des entreprises sans désavantager leurs créanciers. L'objectif de ces aides était principalement d'éviter et anticiper la dégradation de la situation financière des entreprises, et ainsi d'empêcher la défaillance des entreprises en cascade. De telles défaillances auraient porter une atteinte sans précédent au tissu économique français, et ce de façon durable. Là encore, l'anticipation a pour but une meilleure prévention

des difficultés. Face à cela, on peut légitimement se poser la question de savoir si les entreprises seront capables de reprendre une activité normale sans ces aides. Cette question est particulièrement vraie pour les entreprises qui éprouvaient déjà des difficultés avant la crise ou qui ont été créées peu avant la crise Covid. La fin de ces aides a tout de même été pensée de manière à permettre une transition relativement aisée et progressive vers une activité normale.

L'une des aides qui a joué un rôle capital est le fonds de solidarité. Ce fonds a été mis en place à partir de mars 2020<sup>137</sup>. Ce fonds était d'abord pensé pour aider les petites et moyennes entreprises face à la crise qui les a particulièrement touchées, mais a rapidement été ouvert à toutes les entreprises, à condition que celles-ci répondent aux critères d'éligibilité<sup>138</sup>. Ce fonds de solidarité était soumis à des conditions relatives à la perte du chiffre d'affaires. Les entreprises devaient justifier d'une baisse dans leur chiffre d'affaires par rapport à la même période durant les années précédant la crise. Ce besoin de justification était issu d'un objectif de ne pas aider artificiellement des entreprises dont la situation économique était périlleuse avant même que la pandémie ne frappe les entreprises. Il est cependant relativement facile, lorsque la comptabilité des entreprises a été suivie conformément à la loi, de justifier de cette baisse du chiffre d'affaires. La question s'est cependant posée de savoir comment évaluer la baisse du chiffre d'affaires des entreprises nées dans l'année ou les deux années qui ont précédés la crise. Cette question combinée au besoin de rapidité et de réactivité des dispositifs d'aides face à la crise Covid ont mené à l'octroi des aides de manière quasiment automatique pour les entreprises qui ont en fait la demande<sup>139</sup> au début de la période Covid. Des conditions d'octroi de cette aide ont donc évoluées et se sont complexifiées au cours des différentes vagues de la pandémie. Par la suite, les conditions d'obtention de cette aide se sont durcies à la fin de l'été 2021 dans le but d'inciter les entreprises à la reprise d'une activité normale. Ainsi, en septembre 2021, les conditions d'accès au fonds de solidarité étaient les suivantes : « une compensation de 20% des pertes de chiffre d'affaires, dès que l'entreprise justifie d'une perte d'au moins 10% de son chiffre d'affaires <sup>140</sup> ». Si ces conditions peuvent sembler avantageuse

---

<sup>137</sup> <[https://minefi.hosting.augure.com/Augure\\_Minefi/r/ContenuEnLigne/Download?id=1A0FA0AD-0554-4E4A-BEC1-B75C2D860D7A&filename=1315%20-%20CP%20-%20Point%20sur%20l'accompagnement%20de%20l'Etat%20des%20secteurs%20C3%A9conomiques%20affect%C3%A9s%20par%20la%20crise%20sanitaire.pdf](https://minefi.hosting.augure.com/Augure_Minefi/r/ContenuEnLigne/Download?id=1A0FA0AD-0554-4E4A-BEC1-B75C2D860D7A&filename=1315%20-%20CP%20-%20Point%20sur%20l'accompagnement%20de%20l'Etat%20des%20secteurs%20C3%A9conomiques%20affect%C3%A9s%20par%20la%20crise%20sanitaire.pdf)>, consulté le 25 mars 2022.

<sup>138</sup> <<https://www.strategie.gouv.fr/publications/comite-de-suivi-devaluation-mesures-de-soutien-financier-aux-entreprises-confrontees-0>>, avis du rapport final du comité de suivi et d'évaluation des mesures de soutien financier aux entreprises confrontées à l'épidémie de covid-19, consulté le 24 mars 2022.

<sup>139</sup> <<https://www.strategie.gouv.fr/publications/comite-de-suivi-devaluation-mesures-de-soutien-financier-aux-entreprises-confrontees-0>>, avis du rapport final du comité de suivi et d'évaluation des mesures de soutien financier aux entreprises confrontées à l'épidémie de covid-19, p.2, consulté le 24 mars 2022.

<sup>140</sup> <<https://www.economie.gouv.fr/covid19-soutien-entreprises/covid-19-aides-entreprises-evoluent-prochains-mois#>>, consulté le 25 mars 2022.

à première vue, il est important de rappeler que les pertes du chiffre d'affaires de certaines entreprises pouvaient être plus importantes que 20%. Etant donné qu'au cours du mois de septembre 2021, la plupart des secteurs avaient la possibilité de reprendre leurs activités selon des conditions pratiquement normales. Il semble cependant logique que peu d'entreprises soient concernées par cette perte du chiffre d'affaires de plus de 20%. Dans cette même logique, le gouvernement avait annoncé la fin du fonds de solidarité pour le 30 septembre 2021. Afin d'inciter à la reprise d'une activité économique normale, les conditions d'accès à ce dispositif pour le mois de septembre ont été modifiées comme suit : « les entreprises devront justifier d'un niveau minimum de chiffre d'affaires de 15 % pour bénéficier du fonds de solidarité au mois de septembre <sup>141</sup> ». On constate donc ici une volonté de progression et de transition vers une reprise d'activité des entreprises. Ceci semble justifié puisqu'un arrêt soudain des aides aurait surpris les entreprises, les plaçant ainsi dans une situation difficile de reprise non anticipée et entraînant des difficultés pour ces entreprises. Ces conditions d'accès incitant au retour progressif à l'activité ont donc été pensées pour permettre d'anticiper les éventuelles difficultés des entreprises à la reprise.

Cependant, certains professionnels estiment que ces conditions de retour progressif à la normale ne sont pas suffisantes. En effet, l'annonce de la fin progressive des aides aux entreprises fin juillet a suscité des réactions diverses : « Dans son avis final, le comité signale que la France affiche plus d'empressement que d'autres en la matière [de l'arrêt des dispositifs d'urgence] <sup>142</sup> ». Par rapport aux autres pays européens, la France est le seul avec le Royaume-Uni à avoir envisagé la sortie de ces dispositifs dès l'été 2021, ce qui a pu paraître trop rapide sans stabilisation officielle et définitive de la situation sanitaire. Pareillement, certains secteurs ont éprouvé des difficultés bien plus importantes que d'autres, comme le secteur de la restauration et de l'hôtellerie. Il paraissait ainsi logique que ce secteur s'inquiète tout particulièrement de la fin des aides financières dans la mesure où la trésorerie des entreprises concernées ne permettaient pas forcément la reprise normale de l'activité. De plus, les départements d'Outre-mer ont été plus largement et plus longuement touchés par les restrictions sanitaires imposées notamment aux entreprises. Il faut cependant rappeler que les départements d'Outre-mer ont continué d'avoir accès au dispositif de fonds de solidarité tant que les contraintes sanitaires sur les entreprises étaient effectives. Cependant, les autres interrogations provoquées par la fin de fonds de solidarité ne semblaient pas, au départ, avoir

---

<sup>141</sup> *Ibidem*.

<sup>142</sup> B. MADELINE, « Covid-19 : la sortie des dispositifs d'aide aux entreprises en question », *Le Monde*, 27 juillet 2021.

de solution évidente. La fin du fonds de solidarité pouvait donc sembler hâtive à l'été 2021 et laisser de nombreuses interrogations en suspens. C'est dans l'objectif de répondre à ces interrogations et inquiétudes que les dispositifs de prise en charge des coûts fixes et le dispositif d'activité partielle ont été repensés afin de prendre le relai du fonds de solidarité.

Le dispositif de prise en charge des coûts fixes est destiné à « toutes les entreprises des secteurs dont l'activité reste pénalisée par les restrictions sanitaires <sup>143</sup>». Ce dispositif permet de couvrir un certain pourcentage des pertes d'exploitation des entreprises en fonction de leurs effectifs et de leurs chiffres d'affaires. La couverture de cette aide est plus importante pour les petites et moyennes entreprises qui ont généralement besoin de plus de soutien pour rétablir leur trésorerie suite à la crise. Le dispositif avait également été ouvert aux entreprises qui ont été créées après le 1<sup>er</sup> janvier 2019. De cette manière, les entreprises nées peu avant le début de la crise et qui n'ont pas eu l'opportunité d'établir leur activité et leur trésorerie de manière durable sont aidées par ce dispositif. La prise en charge des coûts fixes semble, de cette manière, répondre à un certain nombre d'interrogations pour les entreprises les plus fragilisées par la crise. En complément de cette prise en charge des coûts fixes, une autre aide permet d'aider les entreprises qui restaient fragilisées au 1<sup>er</sup> octobre 2021 : le dispositif d'activité partielle. Ce dispositif correspond à un dispositif de soutien en cas de chômage partiel des employés d'une entreprise. A sa création, le dispositif avait pour objet de maintenir le salaire minimum des employés dont la rémunération habituelle est proche du salaire minimum sans reste à charge pour l'entreprise. La part à charge des entreprises a été progressivement augmentée afin de préparer les entreprises et permettre une meilleure transition vers le retour à une pleine activité. Là encore le dispositif opère une distinction selon le secteur de l'entreprise qui sollicite cette aide. Pour les entreprises qui font partie des secteurs les plus touchés par la crise, le dispositif prévoit un retour progressif à la prise en charge par les entreprises avec un reste à charge de 40% à partir de septembre. Au contraire, les entreprises des autres secteurs ont eu un reste à charge sur cette aide de 40% dès le mois de juillet 2021. On voit ici encore une volonté de soutenir les entreprises dans les situations les plus précaires selon un critère de secteur. En revanche, cette aide d'importance non négligeable fut rapidement diminuée pour les entreprises non comprises dans ces secteurs fragilisés.

Un autre dispositif qu'il paraît important de prendre en compte est celui de l'aide au paiement des cotisations sociales. Cette aide est une de celles qui a été conservée de la manière

---

<sup>143</sup> <<https://www.economie.gouv.fr/covid19-soutien-entreprises/covid-19-aides-entreprises-evoluent-prochains-mois#>>, consulté le 25 mars 2022.



la plus durable, avec la possibilité de demander cette aide jusqu'en janvier 2022. Ici cette aide est accordée aux entreprises de moins de 250 salariés et dans les secteurs les plus touchés de la restauration, l'hôtellerie, ainsi que les secteurs dépendants de ces derniers<sup>144</sup>. Cette aide est également destinée aux travailleurs agricoles. Dans ces conditions les entreprises concernés sont celles des secteurs qui ont subis les restrictions les plus importantes ainsi que les entreprises de taille petite et moyenne de moins de 250 salariés. Ce dispositif semble donc plus accessible à un nombre plus important d'entreprises que le dispositif de prise en charge des coûts fixes. Cependant, les conditions d'accès concernant le chiffre d'affaires peuvent sembler relativement sévères : seules les entreprises concernées pouvant démontrer une perte de leur chiffre d'affaires d'au moins 65% par rapport au chiffre d'affaires d'une des deux années précédentes pourront bénéficier de l'ensemble du dispositif. Les entreprises pour lesquelles la baisse du chiffre d'affaires est située entre 30 et 65% ne bénéficieront pas des exonérations de paiement mais uniquement d'une aide au paiement des cotisations de l'ordre de 20%<sup>145</sup>. Les entreprises ayant eu une baisse du chiffre d'affaires inférieure à 30% ne peuvent donc pas bénéficier de cette aide, or on peut considérer qu'une baisse de 25% du chiffre d'affaires reste tout de même considérable, particulièrement pour des petites et moyennes entreprises. Il est possible que ces restrictions aux conditions d'accès soient compensées par le fait que cette aide ait été réduite de façon très progressive en comparaison avec d'autres aides. Par ailleurs, cette diminution progressive vise aussi à encourager les entreprises à reprendre un court classique des affaires sans inclure les dispositifs d'aides dans leur budget.

Au regard de l'ensemble de ces dispositifs et des conditions qui les accompagne ainsi que leur restriction progressive, on pourrait estimer que la fin des aides n'a pas été suffisamment anticipée. En effet, de nombreuses entreprises ont été exclues des aides financières dès l'été 2021 à l'exception de celles des secteurs les plus touchés. Or on pourrait considérer comme logique le fait de maintenir un soutien pour des entreprises nées peut avant la crise ou qui n'ont pas eu la possibilité de poursuivre leur activité par la vente internet et le télétravail. De telles entreprises seraient potentiellement aussi fragiles que celles des secteurs de l'hôtellerie, de la restauration, et des secteurs annexes. Comme nous l'avons évoqué, la France fut un des premiers pays européens à établir un calendrier de fin des aides financières aux entreprises. Cette fin aux aides peut donc sembler hâtive voir brutale. Cependant, il faut tempérer de telles affirmations. Comme le souligne le comité de suivi et d'évaluation des mesures de soutien

---

<sup>144</sup> L. BEDJA, « Publication du décret relatif aux exonérations et aux aides au paiement des cotisations sociales au titre des périodes d'emploi de décembre 2021 et janvier 2022 », *Hebdo édition sociale*, n°895, février 2022.

<sup>145</sup> *Ibidem*.

financier aux entreprises, « Parmi les entreprises ayant eu recours à au moins un dispositif, une part substantielle n'a eu recours qu'à un seul dispositif durant la deuxième vague, tout comme durant la première <sup>146</sup>». La plupart des entreprises n'ont pas eu besoin de recourir à de multiples aides, les dispositifs de soutien ayant été largement déployés au cours de la première vague et rendus accessibles rapidement et facilement face à la situation d'urgence. Contrairement à ce que l'on aurait pu imaginer, les années 2020 et 2021 ont produits beaucoup moins de défaillances d'entreprises que les années précédentes<sup>147</sup>, notamment entre 2017 et 2019. S'il est encore trop tôt pour se prononcer sur les défaillances d'entreprises en 2022, les statistiques disponibles semblent indiquer que le nombre des défaillances sont en très légère augmentation, restant toutefois à un niveau bien plus faible que durant les années pré-covid<sup>148</sup> sur les mêmes périodes. Les aides et les mesures de soutien apportées aux entreprises ont été telles que la fin progressive de ces aides n'a pas été véritablement problématique pour la plupart d'entre elles. La plupart des entreprises n'ont sollicité qu'une aide alors que de multiples aides pouvaient être cumulées durant et après l'état d'urgence sanitaire. L'ensemble de ces données poussent à croire que les entreprises ont été largement soutenues d'un point de vue financier. Ainsi, les entreprises qui éprouvent toujours des difficultés face au retour à une activité normale avec des aides diminuées font peut-être face à des problèmes qui ne sont pas financiers. Bien qu'il faille rester prudent, la fin des aides est nécessaire au regard de la dette française et n'est pas un obstacle à la reprise normale de l'activité des entreprises. Il n'est donc pas nécessaire de craindre un impact négatif de la fin des aides sur les entreprises en santé financière correcte. Grâce à la décade progressive des dispositifs d'aide, la stabilité de la situation financière des entreprises ne se trouve pas remise en cause. Ainsi, on peut espérer que les entreprises retrouvent une activité normale qui n'impactera pas outre mesure les dispositifs de prévention des difficultés des entreprises. Mais un dispositif majeur qui a permis de maintenir la trésorerie des entreprises dans une situation favorable est celui des prêts garantis par l'Etat. Il est donc important de comprendre le fonctionnement de ce dispositif afin de savoir si ses conditions de remboursement sont favorables aux entreprises.

---

<sup>146</sup> <<https://www.strategie.gouv.fr/publications/comite-de-suivi-devaluation-mesures-de-soutien-financier-aux-entreprises-confrontees-0>>, synthèse du rapport final du comité de suivi et d'évaluation des mesures de soutien financier aux entreprises confrontées à l'épidémie de covid-19, p.2, consulté le 24 mars 2022.

<sup>147</sup> <<https://www.insee.fr/fr/statistiques/2015359#tableau-figure1>>, consulté le 26 mars 2022.

<sup>148</sup> *Ibidem*.

## B. La question du remboursement des prêts garantis par l'Etat :

Les prêts garantis par l'Etat sont des prêts qui ont été mis en place dès le début de la crise sanitaire et qui ont pour but de financer les entreprises dans des conditions économiques difficiles qui ne permettent pas d'accéder à des prêts classiques. Contrairement à la plupart des dispositifs d'aides, les prêts garantis par l'Etat sont restés accessibles pratiquement à l'ensemble des entreprises. Ces prêts ont bénéficié à près de 600 000 entreprises françaises depuis le début de la crise du Covid-19<sup>149</sup>. Les conditions de ce type de prêt ont été fixés par la loi de finances rectificative du 23 mars 2020<sup>150</sup> avec pour objectif d'être accessibles à la plupart des entreprises et sociétés. Initialement, les structures exclues de l'applicabilité de ce dispositif étaient les SCI et les entreprises sujettes à une procédure collective. A travers un arrêté du 6 mai 2020<sup>151</sup>, le dispositif a été rendu accessible « aux SCI de construction-vente, aux SCI dont le patrimoine est majoritairement constitué de monuments historiques classés ou inscrits et qui collectent des recettes liées à l'accueil du public, et aux SCI dont le capital est intégralement détenu par des OPCI ou par des SCPI<sup>152</sup> ». Le dispositif devient dès lors accessible à un nombre important de SCI en fonction du type d'activité dont elles dépendent. Ceci semble cohérent avec le reste des dispositifs dont les conditions d'accessibilité sont déterminées en fonction notamment du secteur de l'entreprise concernée. De même, les entreprises ayant fait l'objet d'une procédure collective à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2020 peuvent accéder à ce dispositif, mais les entreprises qui étaient en procédure collective avant cette date ne peuvent y prétendre<sup>153</sup>. Cette accessibilité étendue semble elle aussi pertinente puisque les procédures collectives ouvertes avant 2020 concernaient en principe des entreprises en difficulté avant même la crise du Covid. Les prêts garantis par l'Etat peuvent ainsi intervenir pour aider au redressement des entreprises en difficulté dont la situation a été aggravée par la crise Covid. Cette aide étant purement financière, elle permet aux entreprises en procédure préventive de rassurer les créanciers et peut également servir à éviter une procédure collective publique. Par ailleurs, les conditions d'octroi de ces prêts sont relativement simples, permettant une mise en place rapide adaptée à la situation de crise des entreprises concernées. En effet, une fois que la banque

---

<sup>149</sup> C. PITAUD, « Prêt garanti par l'Etat : pas de remboursement pendant les 2 premières années », *Les Echos Entrepreneurs*, 18 janvier 2021.

<sup>150</sup> Loi n° 2020-289 du 23 mars 2020 de finances rectificatives pour 2020

<sup>151</sup> Arrêté du 6 mai 2020 portant modification de l'arrêté du 23 mars 2020 accordant la garantie de l'Etat aux établissements de crédit et sociétés de financement en application de l'article 6 de la loi n° 2020-289 de finances rectificative pour 2020

<sup>152</sup> V. TECHENE, « Prêt garanti par l'Etat (PGE) : mise en œuvre de l'aménagement du dispositif », *Quotidien Lexbase*, Edition du 11 mai 2020.

<sup>153</sup> *Ibidem*.

accorde son pré-accord pour le prêt, l'entreprise obtient un identifiant unique à travers la plateforme dédiée. Elle communique ensuite cet identifiant à sa banque qui lui accorde donc le prêt. La garantie par l'Etat couvre entre 70 et 90% du prêt en fonction de la taille de l'entreprise<sup>154</sup>. Cette part importante de garantie permet aux banques d'éviter de devoir faire face à une crise massive dans l'hypothèse où les entreprises débitrices ne parviendraient pas à rembourser ces prêts. Cependant, les conditions de remboursement de ces prêts ont été spécialement adaptées pour permettre des conditions optimales de remboursement.

Initialement, le capital de ces prêts devait commencer à être remboursé à l'issue de la première année suivant l'octroi de ce prêt. Le dirigeant pouvait ensuite choisir d'effectuer le remboursement immédiat du prêt ou d'amortir ce remboursement sur une période d'une à cinq années à l'issue de la première année sans remboursement. De même, les taux de ces prêts ne peuvent dépasser 2,5% pour les petites et moyennes entreprises. Là encore, le dispositif est pensé pour s'adapter en fonction de la fragilité de l'entreprise qui y a recours. Suite à la prolongation de la crise et face à de nouveaux reconfinements, ces conditions de remboursement ont été repensées. Le prolongement de la crise et les nouvelles mesures de confinement avaient entraîné de nouvelles pertes pour les entreprises et donc un besoin de soutien prolongé. C'est dans cette optique que, depuis le 4 janvier 2022, il est offert aux entreprises la possibilité de ne pas rembourser le capital de l'emprunt pendant les deux premières années. Pareillement, les entreprises pourront amortir le remboursement du prêt sur une période allant jusqu'à dix ans<sup>155</sup>. Ces nouvelles conditions ne sont toutefois accordées qu'aux entreprises qui éprouvent des difficultés de remboursement. Ceci semble pertinent puisque la prolongation automatique du remboursement des prêts entraînerait chez certaines entreprises des charges supplémentaires à long terme. Ces charges pourraient ainsi contribuer à de nouvelles difficultés financières éventuelles. Afin de permettre une transition vers une reprise normale de l'activité, la prolongation du dispositif est pour le moment prévue jusqu'au 30 juin 2022.

Ce dispositif fait donc l'objet d'une prolongation plus importante que la majorité des dispositifs d'aides financières. Ceci peut s'expliquer par le fait qu'il s'agit d'un simple apport en trésorerie au cours de la première ou des deux premières années. Ainsi, les conditions d'accès au dispositif ne varient pas en fonction des possibles restrictions sanitaires ou de la fin

---

<sup>154</sup> <<https://www.tresor.economie.gouv.fr/Articles/2020/04/03/covid-19-pret-garanti-par-l-etat-mode-d-emploi>>, consulté le 26/03/2022.

<sup>155</sup> R. GUEUGNEAU, « Bercy annonce le report et l'étalement du remboursement des prêts garantis par l'Etat », Les Echos, 4 janvier 2022.

de celles-ci. La prolongation de ce dispositif s'explique aussi par le fait que les prévisions d'activité pour certains secteurs en 2022 restent plus faibles qu'en 2019. Par exemple, dans le secteur de l'hébergement et de la restauration, il est prévu qu'au premier trimestre 2022 la reprise d'activité soit 19,2% inférieure au taux de 2019 dans le même secteur<sup>156</sup>. De même, la prévision pour le premier trimestre de 2022 est de -2,3% dans le secteur de l'industrie par rapport à 2022<sup>157</sup>. Si ces chiffres ne sont que prévisionnels, il faut prendre en compte plusieurs facteurs qui peuvent expliquer que la reprise d'activité reste partiellement compromise dans certains secteurs. En effet, malgré ce qui semble être la fin de la crise sanitaire, le dernier point de conjoncture de l'INSEE en date de mars 2022 donnent des indications sur les difficultés auxquelles doivent désormais faire face les entreprises. Suite à la crise Covid, des difficultés d'approvisionnement persistent : « Dans l'industrie, 45 % des entreprises en faisaient état en octobre dernier (...) sous l'effet notamment de la désorganisation des chaînes de valeur mondiales face à une forte demande. En janvier, 35 % des entreprises industrielles mentionnent encore ces difficultés<sup>158</sup> ». Si ces difficultés d'approvisionnement semblent pour le moment en tendance décroissante, elles restent une source d'inquiétudes pour les dirigeants d'entreprises. Face à ces difficultés, il est logique de prolonger le dispositif des prêts garantis par l'Etat afin de soutenir la reprise d'activité des entreprises. Si cette reprise n'est pas suffisante, il deviendra difficile pour les entreprises de rembourser leurs prêts. Ces problèmes de remboursement créeraient ensuite des difficultés financières importantes. Il est donc important d'anticiper ces difficultés en autorisant un délai supplémentaire sans remboursement du capital de ces prêts. Les difficultés d'approvisionnement étant en décline, il est envisageable que cette problématique soit résolue lorsqu'il sera temps pour les entreprises qui ne l'ont pas encore fait de commencer à rembourser leur prêt garanti.

Il faut souligner que pour les entreprises qui ne pourrait pas accéder au dispositif du prêt garanti par l'Etat, un prêt direct de l'Etat reste possible. Ces prêts sont réservés aux entreprises qui ne trouveraient aucune autre solution de financement. Par ailleurs, il est à prévoir que le dispositif du prêt garanti par l'Etat soit prolongé au-delà du 30 juin 2022 en raison de la nouvelle crise russo-ukrainienne. S'il n'est pas pour l'instant possible de se prononcer sur l'impact globale de cette nouvelle crise, il est à prévoir que le monde des entreprises sera de nouveau impacté négativement. Dans ces circonstances, la question d'une nouvelle

---

<sup>156</sup> <<https://www.insee.fr/fr/statistiques/6215215?sommaire=6215395>>, Note de conjoncture, p.4, consulté le 26 mars 2022.

<sup>157</sup> *Ibidem*.

<sup>158</sup> <<https://www.insee.fr/fr/statistiques/6049133>>, consulté le 26 mars 2022.

prolongation du PGE pour les entreprises gravement impactées à la fois par la crise Covid et la guerre russo-ukrainienne risque de se poser. Il faudra alors s'interroger sur la pertinence d'une telle prolongation. Cependant, cette question reste de l'ordre de la conjoncture pour le moment.

#### Conclusion Chapitre 1 :

D'une manière générale, les dispositifs d'aides mis en place pour aider les entreprises semblent avoir joué leur rôle puisque le nombre des défaillances d'entreprise est resté exceptionnellement faible tout au long des années 2020 et 2021. Les entreprises n'ont généralement pas eu besoin de recourir à de multiples dispositifs d'aides puisque chaque dispositif a été facilement accordé au début de la crise pour répondre à la situation d'urgence dans laquelle se trouvait l'ensemble des entreprises. La réduction progressive tendant vers l'arrêt de ces dispositifs semble également permettre une transition progressive et relativement simple pour les entreprises. De plus, l'adaptation de ces dispositifs en fonction des secteurs concernés permet un soutien prolongé des entreprises qui restent dans une situation de trésorerie difficile. Par ailleurs, les aménagements des procédures de prévention du code de commerce ont joué un rôle prépondérant dans la prévention des difficultés des entreprises. Ils ont autorisé les entreprises, en difficulté du fait de la crise, à ne pas se voir sanctionnées pour des difficultés qui ne sont pas liées au fonctionnement de l'entreprise, à sa trésorerie, ou à son activité.

Si le cumul de ces dispositifs d'adaptation exceptionnels et d'aides financières exceptionnels ont permis de préserver les entreprises, la question se pose désormais du futur des entreprises en difficulté. En effet, les entreprises doivent non seulement faire face à des problèmes d'approvisionnement majeurs, mais aussi à de nouvelles restrictions du marché en raison de la guerre russo-ukrainienne. Dans ces circonstances, il paraît opportun de se pencher sur les enseignements tirés de la crise Covid et leur application au droit français de la prévention des difficultés des entreprises. Au-delà de ces enseignements, il est important de comprendre comment la réforme du 15 septembre 2021<sup>159</sup> change les dispositifs de prévention et détection des difficultés de manière globale.

---

<sup>159</sup> Ordonnance n°2021-1193 du 15 septembre 2021 portant modification du Livre VI du code de commerce

## **Chapitre 2 : Les changements apportés par la réforme des entreprises en difficulté du 15 septembre 2021**

La réforme du 15 septembre 2021 portant réforme du Livre VI du code de commerce<sup>160</sup> est une réforme majeure et transversale car, comme son nom l'indique, elle porte sur l'ensemble des procédures préventives et des procédures collectives applicables aux entreprises en difficulté. Cette réforme accorde également une importance certaine aux dispositifs de détection des difficultés des entreprises. La réforme 2021-1193<sup>161</sup> se consacre donc en partie à la prévention des difficultés des entreprises. Son aspect transversal nous pousse à nous interroger sur les nouveaux éléments qu'elle met en place pour la détection des difficultés avec l'entreprise comme acteur principal, mais pas unique, de cette détection (I). Parallèlement, il est opportun d'étudier les dispositions de cette réforme qui ont pour but de renforcer l'attractivité des procédures de prévention que sont le mandat ad hoc et la conciliation (II).

I. Les apports de la réforme en matière de détection des difficultés sans recours aux créanciers :

Lorsque l'on évoque les mesures de prévention des difficultés des entreprises de manière globale, il est important de comprendre le contexte des dernières évolutions législatives en la matière. Cette réforme du Livre VI du code de commerce vient transposer une partie de la directive 2019/1023<sup>162</sup> dite directive sur la restructuration et l'insolvabilité. Cette directive étant intervenu avant la crise du Covid 19, elle avait alors parmi ses objectifs principaux de garantir « que les entreprises viables et les entrepreneurs en difficulté financière ont accès à des cadres de restructuration préventive efficaces au niveau national, qui leur permettent de poursuivre leurs activités (...) <sup>163</sup> ». L'amélioration des procédures de prévention

---

<sup>160</sup> *Ibidem.*

<sup>161</sup> *Ibidem.*

<sup>162</sup> Directive (UE) 2019/1023 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 relative aux cadres de restructuration préventive, à la remise de dettes et aux déchéances, et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes, et modifiant la directive (UE) 2017/1132 (directive sur la restructuration et l'insolvabilité)

<sup>163</sup> Considérant 1 de la Directive 2019/1023 dite directive sur la restructuration et l'insolvabilité.

était d'ores et déjà considéré comme un axe véritablement essentiel du droit des entreprises en difficulté au niveau européen et national. La nécessité de cette amélioration a encore été exacerbée par la crise Covid qui a eu un impact important sur les entreprises et aura sans doute un impact sur l'économie future des entreprises (Chapitre 1 Partie 2). Les nouvelles mesures de la réforme 2021-1193 sur la prévention s'inscrivent donc à la fois dans un contexte de changement durable mais aussi dans un contexte économique complexe. Il semble donc parfaitement cohérent que le législateur ait pris en considération les enseignements tirés de la crise Covid dans la rédaction des nouvelles mesures du Livre VI du code de commerce. Dès lors, il semble nécessaire d'étudier les apports de la réforme pour les dispositifs de prévention par les entreprises à la fois sur le court terme post-covid et sur le long-terme.

Un des changements les plus importants que la réforme a porté consiste en le développement et le renfort des dispositifs de signaux faibles. Dans le cadre de la détection et prévention des difficultés des entreprises, l'expression « signaux faibles » désigne généralement un ensemble de dispositifs permettant de détecter les prémices des difficultés quelles qu'elles soient. Cependant, depuis 2019, cela désigne aussi un dispositif d'intelligence artificielle basée sur des données aux sources diverses, ayant pour objectif d'aider les entreprises à anticiper d'éventuelles difficultés et trouver des solutions adaptées. Ce dispositif peut être défini de la manière suivante : « Signaux Faibles repose sur le traitement, par le biais d'algorithmes basés sur des mécanismes d'apprentissage, des données relatives aux entreprises dont disposent les différents services de l'État et organismes de sécurité sociale. Ces résultats sont par la suite partagés dans la plus stricte confidentialité et aux seules fins de détecter d'éventuelles fragilités des entreprises, au sein d'une plateforme numérique collaborative uniquement ouverte aux différents partenaires précités<sup>164</sup> ». Parmi les différentes sources du dispositif Signaux Faibles, on compte la Direction Générale des Entreprises, la Banque de France, la Direction Interministérielle du numérique et du système d'information et de communication de l'Etat, ainsi que l'Agence centrale des organismes de sécurité sociale et la Délégation générale à l'emploi et à la formation professionnelle.

L'efficacité souhaitée de ce dispositif repose à la fois sur la volonté du débiteur et sur la diversité de ses sources. En effet, l'ensemble des organismes publics qui alimentent l'algorithme des données ont des missions différentes qui portent sur différents aspects de

---

<sup>164</sup> Communiqué de Presse de la DGE du 3 avril 2019, « Signature de la convention de déploiement de Signaux Faibles : vers une meilleure anticipation des fragilités des entreprises », *Revue des Procédures Collectives*, n°4, Juillet 2019.



monde de l'entreprise et de l'économie d'une manière générale. En multipliant les sources d'alerte, il est possible de multiplier les angles d'évaluation et d'alerte. Que la source de l'inquiétude vienne des finances de l'entreprise, de la masse salariale, ou de l'administration et de la gestion de l'entreprise, le problème peut être identifié et éliminé. De cette façon, le problème est résolu avant qu'il ne s'étende à d'autres domaines de l'entreprise. Par ailleurs, la mise à jour régulière des données récoltées permet elle aussi, en théorie, de suivre de près l'évolution de l'entreprise. De cette manière, quelle que soit la source de l'alerte ou la source d'inquiétude potentielle, les utilisateurs de la plateforme pourront être rapidement alertés. La multiplication des sources d'information semble donc être une perspective rassurante pour les entreprises qui utilisent cette plateforme. Cependant, il est important de nuancer ces propos. En effet, le fonctionnement de la plateforme dépend de la transmission des informations par l'entreprise aux différents organismes et services. Le dispositif dépend donc des entreprises utilisatrices et est fait pour alerter uniquement l'entreprise qui pourrait être en danger. Bien que la mise en place de ce dispositif ne soit pas possible sans la plateforme, acteur externe à l'entreprise, cette plateforme ne peut pas fonctionner sans la démarche bénévole de l'entreprise. Par ailleurs, même si la communication de certaines données est obligatoire, comme la publication annuelle des comptes, une communication plus régulière sur la base de la volonté de l'entreprise est possible. Cette régularité dans la communication renforcerait elle aussi l'efficacité du dispositif. Sans communication régulière, le dispositif Signaux Faibles n'est que très peu efficace. De même, ce n'est pas parce que l'un des indicateurs recueillis par la plateforme semble envoyer un signal d'alerte que la cause du problème est forcément identifiée correctement par la plateforme. En effet, si la plateforme peut agir comme un signal d'alarme, il est possible que l'entreprise soit faussement orientée. Il est par exemple envisageable qu'une baisse apparaisse dans le chiffre d'affaires de l'entreprise mais que le problème réside dans le management de l'entreprise. Ainsi, la plateforme alerte l'entreprise sur sa baisse de son chiffre d'affaires, l'entreprise cherche à résoudre un problème financier sans identifier correctement la source de sa difficulté. La difficulté ne fait qu'accroître sans être résolue. Il est donc important de ne pas confondre l'alerte donnée par la plateforme avec un diagnostic fiable.

De plus, même si le diagnostic donné par la plateforme est correct, il faudrait qu'une solution adaptée soit proposée à l'entreprise sans quoi le dispositif ne joue pas son rôle jusqu'au bout. Or, lorsque le problème est propre à l'entreprise et que la solution proposée est un dispositif général, inadapté à la situation, il n'est pas certain que cela soit utile à l'entreprise. Si la plateforme propose d'engager une procédure de conciliation ou de mandat ad hoc pour un

problème naissant, le coût d'une telle procédure pourrait se révéler particulièrement disproportionné (voir Chapitre 1 Partie 1). De même, une procédure de prévention, même si elle reste en principe confidentielle, fait obligatoirement l'objet d'une information auprès du Président du Tribunal de commerce, du Tribunal de commerce, et éventuellement du Ministère Public. Plus concrètement, ces procédures informent aussi les créanciers et les autres personnes appelées à la procédure. Cela peut aussi être un frein pour les dirigeants qui tiennent énormément à ce que la diffusion des difficultés soit restreinte au strict minimum.

De cette manière, bien que le principe de la plateforme Signaux Faibles semble être fonctionnel et efficace, un certain nombre de variables semblent rendre le dispositif incomplet. L'efficacité du dispositif, lancé en 2019, est difficile à évaluer étant donné qu'il précède de peu la crise Covid. Comme nous l'avons évoqué, cette crise a perturbé le fonctionnement habituel des dispositifs destinés aux entreprises en difficulté. Les différentes aides et ordonnances Covid ont notamment diminué de façon significative le nombre des procédures du Livre VI mises en place au cours des deux dernières années (Chapitre 1 Partie 2). D'une manière générale, le dispositif a été mis de côté par le « gel » des indicateurs habituels de difficulté des entreprises. Suite à ces années de gel et de crise, le gouvernement a réfléchi à différents dispositifs de sortie de crise, ce qui a donné lieu à un plan d'action destiné à accompagner les entreprises dans la sortie de crise, signé le 1<sup>er</sup> juin 2021<sup>165</sup>. Pour expliquer certains des dispositifs mis en œuvre, une circulaire d'août 2021<sup>166</sup> revient sur les modalités de mise en œuvre de ce plan. L'un des piliers de ce plan est la détection précoce des difficultés des entreprises. A cet effet, le gouvernement « envisage un modèle de détection unique des entreprises en difficulté en vue d'améliorer la capacité de prédiction. Ce modèle unique consisterait en la fusion de deux dispositifs existants à savoir celui de la DGFIP et celui dit des 'Signaux Faibles'<sup>167</sup> ». Le dispositif DGFIP est mis en place par l'administration fiscale. La fusion de ces dispositifs permettrait alors de centraliser l'ensemble des données en possession des organismes publics et de l'administration fiscale. S'il semble pertinent de diversifier les sources d'un tel dispositif pour le rendre plus efficace, notamment puisque certaines données doivent obligatoirement être communiquées à l'administration fiscale, cela ne solutionne pas le problème de l'adoption de dispositifs adaptés à la situation particulière de chaque entreprise. Si ce dispositif n'a pas été

---

<sup>165</sup> A. MANTEROLA et G. LEGRAND, « Une sortie de crise en trois temps », *Revue Lamy Droit des Affaires*, n°174, 1<sup>er</sup> octobre 2021.

<sup>166</sup> Circulaire interministérielle du 6 août 2021, « Modalités de mise en œuvre du plan d'action sur l'accompagnement des entreprises en sortie de crise », Circulaire n° ECOE2123415C.

<sup>167</sup> A. MANTEROLA et G. LEGRAND, « Une sortie de crise en trois temps », *Revue Lamy Droit des Affaires*, n°174, 1<sup>er</sup> octobre 2021.

modifié par la réforme en soit, il a été influencé par cette réforme qui apporte des changements essentiels en matière de détection des signaux faibles. Les outils de prévention et de détection des difficultés sont logiquement pensés pour pouvoir s'imbriquer entre eux, pour fonctionner ensemble. Le nouvel outil fusionné devra donc être utilisé en complément des signaux faibles, notamment ceux qui sont inclus dans le Livre VI du code de commerce.

Les signaux faibles au sens commun que lui donne le droit des entreprises en difficulté agissent comme des alertes. Pour comprendre l'importance de cette notion de signaux d'alertes et l'importance accrue que lui donne la réforme, il faut revenir sur la définition de ces différents signaux. Ces signaux sont en principe internes à l'entreprise mais il peut être nécessaire d'envisager le recours à un organe externe pour trouver des solutions concrètes. Parmi ces dispositifs de détection et d'alerte, on peut inclure l'analyse des comptes annuels de l'entreprise, le suivi et l'analyse de la notation ou cotation des entreprises, ou encore les délais de règlements entre entreprises. L'analyse des comptes se fait en principe de manière annuelle, lorsque l'on a une vue d'ensemble des résultats de l'année, notamment du chiffre d'affaires. Mais il peut être intéressant de procéder à une analyse de ces comptes à intervalle plus régulier, par exemple de manière trimestrielle. En effet, augmenter la régularité de ces contrôles permettrait d'observer de plus près l'évolution des indicateurs clefs : chiffre d'affaires, crédits aux acheteurs, stocks, ou encore le besoin en fonds de roulement. Si l'un de ces chiffres se révèle inquiétant lors d'un bilan intermédiaire, il est encore possible de corriger la trajectoire pour les prochains bilans. En revanche, si le bilan de fin d'année comporte de mauvais indicateurs, cela pourrait poser problème, non seulement parce qu'une année de mauvais résultat peut grandement fragiliser l'entreprise, mais aussi parce que les comptes annuels doivent être déposés auprès du greffe du tribunal de commerce. En cas de mauvais résultat non-corrigé, le dirigeant peut être récalcitrant à déposer ses comptes. Cela est d'autant plus vrai que la jurisprudence<sup>168</sup> rappelle que l'atteinte au droit à la protection des données personnelles est généralement justifiée car proportionnée à l'objectif de détection et de prévention des difficultés voulu par le code de commerce<sup>169</sup>. En cas de non-dépôt des comptes, le dirigeant manque ainsi une échéance obligatoire et peut se voir contraint de payer une astreinte jusqu'à ce qu'il dépose les comptes<sup>170</sup>, ce qui n'aide pas la situation financière de l'entreprise. Des bilans étapes peuvent permettre d'éviter ou tout du moins d'anticiper une telle situation.

---

<sup>168</sup> Cour de cassation, Chambre commerciale, 24 juin 2020, n°19-14.098

<sup>169</sup> Article L611-1 du Code de commerce

<sup>170</sup> Article L611-2 II du Code de commerce

Dans la même logique, le suivi régulier et fréquent de la notation de l'entreprise par des acteurs externes, tels que la Banque de France ou les services d'assurance-crédit, permet de s'informer sur la perception de l'entreprise par les créanciers ou les partenaires de l'entreprise. Cette notation a une influence importante sur ces acteurs externes. Un établissement de crédit sera moins enclin à accorder une ligne de crédit à une entreprise dont la note tend à descendre. De même, comme nous l'avons évoqué (Chapitre 2 Partie 1), un assureur-crédit sera susceptible de résilier un agrément pris envers un acheteur dont la notation baisse de façon importante. Si l'entreprise concernée est débitrice, la pression de la part de ses créanciers se fera alors plus forte et ceux-ci refuseront d'accorder à l'entreprise un crédit non-couvert par l'assureur crédit. Lorsque la notation de l'entreprise par l'assureur-crédit où la Banque de France baisse, il est possible pour cette entreprise de demander des explications quant aux raisons de cette baisse. Il sera alors possible pour cette entreprise de se baser sur ces observations pour corriger les sources d'inquiétude des établissements qui procèdent à la notation. L'entreprise peut également avoir l'opportunité d'apporter des éléments complémentaires et des explications qui peuvent rehausser la notation. Un suivi de ces notations est donc capital pour permettre à l'entreprise de maintenir des bonnes relations commerciales avec ses partenaires et maintenir la possibilité d'obtenir une ligne de crédit si nécessaire.

Les délais de règlement entre l'entreprise concernée et ses acheteurs peuvent également être des indicateurs importants. En effet, l'existence de ces délais indique le bon fonctionnement des crédits inter-entreprises, essentiels pour beaucoup de contrats de ventes « B to B ». Mais des délais trop importants peuvent être inquiétants, surtout si les transactions concernées ne sont pas assurées. Dans ce cas, en cas de défaillance des entreprises acheteuses, l'encours de l'entreprise ne fait qu'augmenter sans espoir d'être soldé. L'entreprise se retrouve alors avec un défaut de trésorerie important qui peut la mettre gravement en difficulté. Pour remédier à cela, il est important que les entreprises s'assurent d'être payées à temps, notamment en ayant recours à un service de recouvrement ou un processus de credit management en interne. De même, il est important que l'entreprise trouve un moyen de sécuriser sa trésorerie comme l'assurance-crédit ou l'affacturage (Partie 1 Chapitre 2).

Ce type de problèmes peuvent souvent être détectés par les commissaires aux comptes ou l'expert-comptable de l'entreprise<sup>171</sup>. Cependant, il est important de rappeler que la présence

---

<sup>171</sup> P. SENICOURT, « Prévention précoce efficace des difficultés des PME : pilotage structurel vs pilotage court terme », *Revue Lamy Droit des Affaires*, n°143, 1<sup>er</sup> décembre 2018.

des commissaires aux comptes a été grandement diminuée par la Loi PACTE (Partie 1 Chapitre 1). De même, toutes les entreprises n'ont pas recours à un expert-comptable à plein temps ou qui soit présent de manière suffisamment régulière pour repérer et exploiter ces signaux faibles. C'est particulièrement le cas pour les petites et moyennes entreprises<sup>172</sup>. Ainsi, les entreprises de taille moindre sont défavorisées et ne disposent pas toujours des ressources nécessaires au suivi de ces signaux faibles. Une solution alternative consisterait soit à revenir sur les seuils de désignation des commissaires aux comptes, soit à imposer des contrôles comptables plus réguliers et l'obligation d'établir un processus de crédit management, et ce envers les entreprises de toutes tailles. Le cumul de ces indicateurs est important puisque ces indicateurs doivent en principe fonctionner pour détecter tout type de difficulté, c'est-à-dire financière mais aussi administrative, comptable, sociale, juridique, ou autre. L'ensemble de ces indicateurs, lorsqu'ils font ressortir une difficulté ou un problème qui pourrait générer des difficultés, doivent servir d'alerte afin de réagir rapidement et de redresser la situation.

De même, ces dispositifs peuvent compter l'ensemble des outils qui ne sont pas des procédures préventives et qui sont utilisés suite à la détection d'un problème en interne. C'est notamment le cas de l'alerte au Président du Tribunal par le commissaire au compte (Partie 1 Chapitre 1). Une intervention du Président du Tribunal de commerce peut alors avoir lieu lorsque l'entreprise souhaite avoir recours à une aide extérieure ou lorsque le dirigeant refuse de reconnaître la difficulté et de prendre les mesures appropriées. Les signaux faibles peuvent s'avérer essentiels pour le fonctionnement des dispositifs d'alerte. Ces signaux vont d'abord alerter le département comptable de l'entreprise en potentielle difficulté qui pourra à son tour alerter le commissaire au compte s'il est présent. Cette alerte pourra ensuite être remontée par le commissaire aux comptes au Président du Tribunal de commerce. L'article 3 de l'ordonnance<sup>173</sup> est venu apporter une modification importante relative au fonctionnement de ce dispositif. Cette modification est désormais intégrée à l'article L611-2-2 du code de commerce : « Lorsqu'il lui apparaît que l'urgence commande l'adoption de mesures immédiates et que le dirigeant s'y refuse ou fait savoir qu'il envisage des mesures que le commissaire aux comptes estime insuffisantes, ce dernier peut en informer le président du tribunal compétent dès la première information faite, (...) au président du conseil d'administration ou de surveillance ou au dirigeant<sup>174</sup> ». Auparavant, l'alerte au président du tribunal n'était possible

---

<sup>172</sup> *Ibidem*.

<sup>173</sup> Article 3 de l'ordonnance n°2021-1193 du 15 septembre 2021 portant modification du Livre VI du code de commerce.

<sup>174</sup> Article L611-2-2 du code de commerce.

qu'après avoir effectué des démarches conséquentes, chronophages, et pas systématiquement pertinentes (Chapitre 1 Partie 1). Cette modification est une pérennisation d'une des dispositions des ordonnances Covid qui a semblé efficace au législateur et aux professionnels du droit des entreprises en difficulté. Comme évoqué précédemment, un processus plus rapide concernant le dispositif d'alerte par le commissaire aux comptes était particulièrement nécessaire. Une réaction rapide est nécessaire lorsqu'une difficulté est anticipée ou détectée afin d'éviter que cette difficulté ne s'étende et ne cause des difficultés dans le cadre des relations commerciales avec les créanciers et les partenaires de l'entreprise. Sans cela, les dispositifs et procédures de prévention seront insuffisants et l'entreprise ne pourra pas bénéficier de la confidentialité qui y est associée. On peut donc espérer que cette nouvelle disposition rendra le dispositif d'alerte plus efficace à la fois par sa rapidité et parce qu'elle permettra d'exercer une pression plus importante pour le dirigeant qui devra proposer de véritables solutions aux difficultés qui sont portées à sa connaissance. Ce dispositif d'alerte n'est pas une procédure de prévention et a pour but de détecter et d'apporter des solutions à des difficultés potentielles ou naissantes. En cela, ce dispositif peut être considéré comme un dispositif inclus dans l'ensemble des signaux faibles.

Les dispositifs de signaux faibles semblent donc importants en ce qu'ils permettent d'anticiper les difficultés des entreprises et leurs causes et pas seulement de traiter les difficultés naissantes. Cependant, ces dispositifs restent majoritairement inaccessibles aux petites et moyennes entreprises qui n'ont généralement pas les moyens humains et financiers de mettre en place des dispositifs complexes et réguliers d'alerte en internes. Il est également plus difficile à ces entreprises d'avoir recours à un expert-comptable qui aurait les compétences nécessaires à l'analyse des signaux faibles. Il faut donc espérer que les nouveaux dispositifs, qu'il s'agisse de l'alerte anticipée par le commissaire aux comptes ou de la fusion du dispositif Signaux Faibles et du dispositif DGFIP, rende l'accès à ces dispositifs de signaux faibles plus simple et efficace. A cet égard, il faut également espérer que la nouvelle forme de « Signaux Faibles » rende l'analyse de ces signaux plus simple et accessible pour les petites et moyennes entreprises. Si les dispositifs de détection des difficultés doivent être rendus plus accessibles aux entreprises, c'est également le cas des procédures de prévention.

## II. L'attractivité accrue des procédures de prévention en concertation avec les créanciers :

Les procédures de prévention du code de commerce ont pour principaux avantages d'être confidentielles et de permettre de redresser l'entreprise avant qu'une procédure collective ne soit nécessaire. Cependant, comme nous l'avons vu (Chapitre 1 Partie 1), ces procédures sont coûteuses, ce qui n'est pas forcément adapté aux entreprises de petites et moyennes tailles. D'une manière générale, l'attractivité de ces procédures doit être renforcée afin de permettre une meilleure anticipation des difficultés et éviter le passage direct des entreprises aux procédures collectives et la potentielle liquidation de ces entreprises. Il faut rappeler que « Près de 8 entreprises sur 10 qui ont utilisé une procédure amiable ne connaîtront pas de liquidation dans les années qui suivent. A l'inverse, plus de 7 entreprises sur 10 qui connaissent un redressement judiciaire seront liquidées dans les années qui suivent le déclenchement de cette procédure <sup>175</sup>». Il est donc important que les entreprises favorisent le recours aux procédures amiables pour leur survie. A cet égard, la réforme du 21 septembre 2021 a apporté des éléments importants qui pourraient améliorer l'accessibilité et l'attractivité des procédures préventives. En premier lieu, il faut évoquer un aspect de la réforme qui affecte à la fois la procédure de conciliation et de mandat ad hoc. Avant la réforme, il était nécessaire que les conditions de rémunération du mandataire ou du conciliateur soient arrêtées par le Président du Tribunal de commerce. Désormais, en plus de cette ordonnance fixant les conditions de rémunération du conciliateur, l'entreprise débitrice et le conciliateur doivent collaborer pour établir une liste des frais à la charge du débiteur : « Un état de l'intégralité des frais mis à sa charge est préparé par le débiteur, assisté par le conciliateur <sup>176</sup>». L'article détaille ensuite les coûts qui doivent être compris dans cet état des frais. Cette liste ne comprend pas seulement le coût de la rémunération du conciliateur mais l'ensemble des frais significatifs qui peuvent être mis à la charge de l'entreprise débitrice dans le cadre de cette procédure. C'est notamment le cas de l'intervention d'un expert ou les honoraires de conseil, que ce soit le conseil du débiteur ou le conseil du créancier si sa rémunération est mise à la charge du débiteur. En établissant cet état des frais, on peut avoir une meilleure transparence des coûts réels de ce type de procédure. En effet, une fois que cette liste est établie, elle est transmise au greffe du débiteur. Elle sera ensuite obligatoirement consultée par le Président du Tribunal ou

---

<sup>175</sup> R. GRAU, « Regard sur le droit des entreprises en difficulté à la lumière de la réforme du 15 septembre 2021 », *Revue des Procédures Collectives*, LexisNexis, n°1, janvier-février 2022.

<sup>176</sup> Article R611-39-1 du Code de commerce

le Tribunal lui-même avant que l'accord de conciliation ne soit constaté ou homologué. De cette manière, le coût de la procédure amiable est fixé, ce qui diminue grandement la probabilité que les créanciers ou le conciliateur contestent l'état des frais à la charge du débiteur. De plus, cela permet à l'entreprise débitrice de prendre en considération ces coûts avant de conclure définitivement l'accord de conciliation ou du mandat ad hoc. Comme cet état des frais est consulté par le Tribunal ou le Président du Tribunal, celui-ci pourra vérifier que le conciliateur respecte bien les conditions qui avaient été fixées par l'ordonnance des conditions de rémunération. Ainsi nous avons un contrôle des conditions de rémunération du conciliateur au commencement de la procédure et à sa clôture. De cette manière, cet état des frais mis à charge du débiteur favorise à la fois la transparence des coûts de rémunération du conciliateur mais aussi du coût global de la procédure. Mais si cet état des frais constitue une avancée pour les entreprises débitrices, il n'en reste pas moins que deux facteurs importants viennent tempérer cette évolution.

Tout d'abord, l'article R611-39-1 du code de commerce nous permet de comprendre que cet état des frais n'est pas systématique dans le cadre du mandat ad hoc. D'après ce texte, l'état des frais comprend : « 1° La rémunération du conciliateur (...) ainsi que la rémunération du mandataire ad hoc si un mandat ad hoc a immédiatement précédé l'ouverture de la conciliation ; (...) 3° Les honoraires des conseils du débiteur ou ceux réglés par le débiteur dans le cadre de la procédure de conciliation et de la procédure de mandat ad hoc qui l'a le cas échéant immédiatement précédée <sup>177</sup> ». On comprend donc que l'état des frais n'a pas besoin d'être réalisé pour une procédure de mandat ad hoc si celle-ci n'est pas immédiatement suivie d'une conciliation. Or la procédure de mandat ad hoc est pensée pour se suffire à elle-même. Il serait opportun d'imposer systématiquement un état des frais dans le cadre des procédures de mandat ad hoc, quelle qu'en soit la suite pour l'entreprise débitrice. Le coût de cette procédure est l'un des freins principaux qui empêchent les entreprises de petites et moyennes tailles d'y avoir recours. De plus, puisqu'il n'existe pas de limite légale de la durée de cette procédure, celle-ci peut rapidement devenir très coûteuse. Le fait d'avoir un contrôle du coût total de la rémunération du mandataire et des autres coûts à la fin de la procédure semble logique et pourrait rassurer les débiteurs. En effet, ceux-ci seront sans doute moins récalcitrants à avoir recours à cette procédure s'ils sont certains que le coût de ce mandat ad hoc sera fixe et définitif et difficilement contestable par les créanciers et le mandataire ad hoc. Un argument qui pourrait être avancé en faveur de cette nouvelle disposition du code de commerce consiste

---

<sup>177</sup> Article R611-39-1, alinéas 2 à 4, code de commerce



à dire qu'un mandat ad hoc suivi d'une procédure de conciliation entraîne un cumul des coûts pour l'entreprise débitrice. De plus, une procédure de conciliation qui serait ouverte immédiatement après une procédure de mandat ad hoc indique que le mandat a échoué. On pourrait donc penser que les cas les plus problématiques pour le débiteur seraient couverts par le champ d'application de cet article. Cependant, comme nous venons de l'évoquer, la procédure de mandat ad hoc peut se révéler très longue et coûteuse sans qu'elle ne soit suivie par une autre procédure. Ainsi, il ne semble pas logique ni efficace d'exclure du champ d'application de cet article les procédures de mandat ad hoc seules si l'on considère que l'objectif de cette nouvelle disposition est de rassurer les débiteurs et de les encourager à avoir recours à des procédures préventives.

Un autre facteur qui doit être pris en compte est le fait que bien que cette nouvelle disposition permette une meilleure transparence et puisse rassurer les débiteurs, elle ne permet pas de réduire ou limiter le coût des procédures de prévention en elles-mêmes. Un encadrement plus strict et limitatif des rémunérations des conciliateurs et mandataires semble nécessaire si l'on veut envisager une meilleure attractivité des procédures de prévention. Ainsi, on pourrait envisager des paliers de rémunération réglementés en fonction de la taille des entreprises et de la durée de la procédure. Une autre piste consisterait à promouvoir les assurances santé entreprises qui peuvent rembourser ce type de frais. Il en va de même des groupements de prévention agréés dont les actions de conseil peuvent être remboursées par ces assurances entreprises. Dans tous les cas, il est important de mettre en avant les autres évolutions apportées par la réforme dans le but de promouvoir les procédures préventives.

Une autre mesure de l'ordonnance 2021-1193 relative aux procédures de prévention est portée par l'article 8 de cette ordonnance. Cet article vient ajouter l'article L611-10-4 du code de commerce comme suit : « La caducité ou la résolution de l'accord amiable ne prive pas d'effets les clauses dont l'objet est d'en organiser les conséquences <sup>178</sup> ». Cette disposition peut à la fois être rassurante pour les créanciers et l'entreprise débitrice. En réalité, l'objet de cette disposition n'est pas seulement de permettre le respect d'une disposition de l'accord qui viserait à dicter le devenir des créances inscrites au plan dans le cas de la résiliation de l'accord. Cette disposition permet aussi de maintenir les dispositions de l'accord qui visent les sûretés. Une des conséquences principales de cette disposition est de revenir sur une jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle la caducité de l'accord de conciliation entraînait la caducité

---

<sup>178</sup> Article L611-10-4 du code de commerce

des sûretés prises dans le cadre de cet accord<sup>179</sup>. A travers cette codification, « Il faut certainement (...) déceler la volonté de remettre en cause une jurisprudence selon laquelle la caducité de l'accord de conciliation emporte la caducité des sûretés accordées, notamment, en contrepartie des abandons de créance consentis par un créancier dans le cadre de l'accord <sup>180</sup>». Les sûretés qui sont ainsi protégées sont principalement celles qui sont prises en contrepartie des abandons de créance, élément souvent crucial pour permettre la mise en place d'un accord de conciliation. Cependant, un abandon de créance n'est généralement pas facile à accorder pour un créancier. Un abandon de créance signifie que le créancier renonce à son paiement. En contrepartie, le créancier peut demander une sûreté au débiteur qui devra faire l'objet d'une exécution en cas de résiliation de l'accord. Ces sûretés peuvent être assez avantageuse pour les créanciers. Si l'accord est exécuté dans sa totalité sans incident, le créancier ne percevra rien concernant la créance qu'il a abandonnée. Dans le cas contraire, le créancier pourrait percevoir une récupération. Ainsi, on pourrait se demander si cette nouvelle disposition ne serait pas défavorable à l'entreprise débitrice. Mais étant donné l'avantage que représente une sûreté pour le créancier, cette disposition pourrait bien permettre de rassurer grandement les créanciers et de les rendre plus favorables à accorder des abandons de créance, des remises de dettes, ou d'autres modalités. Sans ce nouvel article, les créanciers se retrouveraient dans une situation dans laquelle ils accorderaient des concessions sans une contrepartie réellement avantageuse. De cette manière, les créanciers seraient plus enclins à négocier un accord et à aider l'entreprise débitrice. Cela engendrera alors des négociations plus apaisées qui, en plus d'encourager un accord plus favorable au débiteur, permettront le maintien de relations commerciales plus sereines. Cependant, il est important de rappeler que l'abandon de créance n'est pas forcément une solution durable. En cas de renouvellement des difficultés, les créanciers seront beaucoup moins enclins à participer à une nouvelle procédure préventive. Si cette nouvelle disposition de la réforme encourage les créanciers à renoncer au paiement de leur créance, la disposition pourrait avoir un effet contreproductif. Il est pour le moment trop tôt pour avoir une jurisprudence suffisante qui permettrait de comprendre l'effet de cette nouvelle disposition sur les modalités accordées par les créanciers. Mais d'une manière globale, cette nouvelle disposition pourrait encourager des accords à la fois plus favorables au débiteur et aux créanciers puisque les abandons de créance sont loin d'être les seules modalités possibles dans le cadre d'un accord de conciliation.

---

<sup>179</sup> Cour de cassation, Chambre commerciale, 25 septembre 2018, n° 18-15.655

<sup>180</sup> C. FAVRE-ROCHEX, « Une nouvelle réforme du Livre VI du Code de commerce », *Bulletin Joly Entreprises en difficulté*, n°5, p.37, 30 septembre 2021.

Une autre modalité importante qui pourrait rendre les débiteurs plus favorables à une procédure de conciliation est celle de l'article 5 de l'ordonnance du 15 septembre 2021. Cette disposition prévoit que : « Au cours de la procédure, le débiteur peut demander au juge qui a ouvert celle-ci de faire application de l'article 1343-5 du code civil à l'égard d'un créancier qui l'a mis en demeure ou poursuivi, ou qui n'a pas accepté, dans le délai imparti par le conciliateur, la demande faite par ce dernier de suspendre l'exigibilité de la créance<sup>181</sup> ». L'article 1343-5 du Code civil permet au juge de reporter ou rééchelonner le paiement d'une dette par le débiteur en fonction de la situation du débiteur comme du créancier. Il est important de comprendre cela pour la lecture de la suite de ce nouvel article : « Dans ce dernier cas, le juge peut, nonobstant les termes du premier alinéa de ce même article, reporter ou échelonner le règlement des créances non échues, dans la limite de la durée de la mission du conciliateur<sup>182</sup> ». La modification de cet article par l'ordonnance<sup>183</sup> est en fait une pérennisation d'une mesure d'une des ordonnances Covid. Cette modification permet au juge d'imposer un délai de grâce, de rééchelonner ou de reporter « le règlement des créances non échues, dans la limite de la durée de la mission du conciliateur<sup>184</sup> ». Cette possibilité était auparavant limitée aux créances non échues et non exigibles. Cette disposition est évidemment très favorable au débiteur puisque ce dernier peut effectuer une demande portant sur la suspension ou le report de toutes les créances concernées par la procédure de conciliation. Dans ces conditions, une entreprise qui serait en passe de se retrouver débitrice de plusieurs créanciers pourrait maintenir sa situation telle quelle durant la recherche d'un accord de conciliation. L'entreprise en difficulté peut ainsi éviter une aggravation importante de sa situation au cours de la procédure. De cette manière, l'entreprise débitrice évite de s'endetter davantage. On pourrait penser cette disposition très défavorable aux créanciers et donc se poser la question de l'existence d'un équilibre entre les droits des créanciers et ceux du débiteur. Il faut cependant retenir que la suspension, le report, ou le rééchelonnement des créances non échues est limité dans le temps à la durée de la mission du conciliateur donc la durée de la procédure de conciliation. Or, comme nous l'avons déjà évoqué (Chapitre 1 Partie 1 et Chapitre 1 Partie 2), la durée de la procédure de conciliation est relativement courte. Elle est en principe de quatre mois voire de cinq mois en cas de prolongation. Cette durée réduite permet généralement la conservation des droits des créanciers

---

<sup>181</sup> Article L611-7 alinéa 5 du Code de commerce

<sup>182</sup> *Ibidem*.

<sup>183</sup> Article 5 de l'ordonnance n°2021-1193 du 15 septembre 2021 portant modification du Livre VI du code de commerce

<sup>184</sup> P. ROUSSEL GALLE, « Brève présentation de l'ordonnance du 15 septembre 2021 à l'exception des classes de créanciers », *Bulletin Joly Entreprises en Difficulté*, n°1, p.42, 31 janvier 2022.

qui pourront reprendre des actions en paiement à l'égard du débiteur après la clôture de la procédure de conciliation. Cela ne sera bien entendu possible que si les actions en paiement ne sont pas contraires aux dispositions de l'accord conclu. Cependant, si un accord est conclu, cela signifie que les créanciers qui y sont partie ont trouvé une solution satisfaisante et n'auront pas besoin d'engager des actions en paiement tant que l'accord de conciliation sera toujours en vigueur. De plus, il faut rappeler que le juge prendra en compte la situation du débiteur et du créancier avant d'accorder ou non l'une des mesures prévues par l'article 1343-5<sup>185</sup>. Si la mise en place d'une telle disposition est très défavorable au créancier, il est probable que le juge refuse d'imposer une telle modalité ou qu'il propose une alternative plus juste. Cette nouvelle version de l'article L611-7 du code de commerce, bien qu'elle favorise grandement le débiteur, ne devrait donc pas porter de préjudice significatif aux créanciers et devrait rendre la procédure de conciliation plus intéressante pour les entreprises faisant face à des difficultés avérées ou futures.

Une dernière mesure doit être évoquée dans le cadre des procédures préventives telles qu'envisagées par l'ordonnance du 15 septembre 2021. Cette disposition a été transcrite au nouvel article R611-44 du Code de commerce : « Sous réserve de l'instance ouverte par la tierce opposition mentionnée à l'article L. 611-10, et en dehors de l'autorité judiciaire, à qui l'accord homologué et le rapport d'expertise peuvent être communiqués en application de l'article L. 621-1, l'accord ne peut être communiqué qu'aux parties et aux personnes qui peuvent s'en prévaloir et le rapport d'expertise qu'au débiteur et au conciliateur. L'accord ne peut être communiqué au tiers opposant qu'une fois la tierce opposition déclarée recevable<sup>186</sup> ». Cette nouvelle disposition permet de renforcer la confidentialité de la procédure de conciliation et de permettre une meilleure protection des informations relatives à l'entreprise débitrice. Ce renforcement s'observe sur deux plans : la connaissance de l'accord de conciliation est officiellement limitée aux personnes qui peuvent s'en prévaloir, qui sont donc parties à l'accord et qui sont, dans tous les cas, obligées de connaître le contenu de cet accord. Le rapport d'expertise quant à lui répond à une confidentialité absolue, puisqu'il n'est communiqué qu'au débiteur et au conciliateur et pas aux créanciers parties au plan. Cela semble capital puisqu'une telle expertise révèle des informations des plus confidentielles qui pourraient rendre l'entreprise extrêmement vulnérable si elles venaient à être diffusées. Non seulement les informations relatives aux finances de l'entreprise sont révélées dans ce type de rapport, mais

---

<sup>185</sup> Article L1343-5 du Code civil

<sup>186</sup> Article R611-44 alinéa 1 du Code de commerce

aussi des informations relatives au fonctionnement interne de l'entreprise et des informations relatives aux clients de l'entreprise débitrice. La diffusion de telles informations affecterait à la fois la réputation du débiteur et donc ses relations commerciales, ses perspectives de financement futurs, et donnerait un avantage incontestable aux concurrents de l'entreprise. La diffusion d'un tel rapport pourrait ainsi avoir un effet dévastateur sur l'entreprise débitrice. Il semble donc parfaitement logique que cette information soit gardée dans la confidentialité la plus stricte et ne soit diffusée qu'aux personnes directement concernées. Cette mesure encouragera sans aucun doute les entreprises à avoir recours à la procédure de conciliation, la confidentialité étant un paramètre essentiel pour les débiteurs. On pourra cependant s'interroger sur la sévérité de la fin de cet article qui consiste à dire que le tiers ne peut pas avoir accès aux informations de l'accord ou de l'expertise avant que sa tierce-opposition ne soit déclarée recevable. En effet, il peut paraître difficile pour le tiers de former une opposition valable sans avoir accès aux informations relatives à la procédure. Toutefois, si cette disposition ne prévoyait pas l'étendue de la confidentialité aux cas de tierce-opposition, la mise en place d'une confidentialité stricte se révélerait inutile et inefficace. L'article semble donc cohérent dans son ensemble et favorise le recours par les entreprises à une procédure de conciliation.

D'une manière globale, les dispositions que nous avons étudiées ici devraient encourager le recours par les entreprises aux procédures de prévention, et particulièrement la conciliation. Seule l'application de ces nouvelles mesures et leur mise en place concrète doublée de la jurisprudence à laquelle cette mise en application donnera lieu pourra nous indiquer si ces mesures ont un impact significatif sur le paysage des procédures de prévention. Un point reste cependant en suspens : le coût des procédures de prévention, particulièrement pour les petites et moyennes entreprises qui souhaitent y avoir recours. Si cette ordonnance favorise la transparence quant à ce coût et permet un contrôle renforcé des dépenses mises à la charge du débiteur, il n'en reste pas moins que les procédures de prévention sont très coûteuses, ce qui reste la raison principale de la récalcitrance des entreprises à avoir recours à ces procédures de prévention.

## Conclusion Chapitre 2 :

La réforme du 15 septembre 2021 portant réforme du Livre VI du code de commerce a apporté des éléments nouveaux et des améliorations nécessaires aux dispositifs de détection et de prévention des difficultés des entreprises. On peut dresser un bilan relativement positif de la réforme à cet égard puisqu'elle permet, au moins en théorie, un renforcement des dispositifs dits de signaux faibles. Elle accroît également l'attractivité des procédures préventives en favorisant le débiteur non seulement sur les plans de la transparence des coûts, mais aussi de la confidentialité et des potentielles remises de dettes.

La réforme laisse cependant en suspend plusieurs questions : en dehors de la problématique des coûts des procédures préventives, la question du coût financier, logistique, et humain des dispositifs de détection des signaux faibles des difficultés restent sans réponse. Par ailleurs, si en théorie l'attractivité de l'ensemble des dispositifs de détection et prévention des difficultés est renforcée, il n'en reste pas moins que les entreprises ne sont pas forcément au courant de l'existence de ces dispositifs et de la protection que ceux-ci peuvent apporter.

## Conclusion Partie 2 :

Les dispositifs mis en place en tant de crise Covid, qu'ils soient financiers ou législatifs, ont permis d'envisager et de mettre en place des solutions rapides pour aider les entreprises, et ce au niveau des dispositifs de détection des difficultés comme de prévention. Les enseignements tirés de la crise et de ces dispositifs temporaires ont pu être repris en partie par la réforme du Livre VI du code de commerce. Les mesures les plus pertinentes sur le long terme ont ainsi été pérennisées après avoir fait leur preuve en temps de crise. Cela semble d'autant plus pertinent que les entreprises doivent de nouveau faire face à une nouvelle crise qu'est la guerre russo-ukrainienne. Si cette crise est moins globale que la crise Covid, elle s'abat sur des entreprises d'ores et déjà fragilisées qui vont en plus devoir envisager le remboursement des prêts garantis par l'Etat.

Dans ce contexte, les prochains mois seront cruciaux pour déterminer l'efficacité de la réforme post-crise Covid mais aussi sur le long-terme. Si cette réforme semble aller dans la bonne direction, on pourrait estimer qu'elle ne va pas assez loin pour promouvoir les dispositifs de prévention et détection des difficultés auprès des entreprises de façon globale et pour rendre ces dispositifs accessibles aux entreprises de petites et moyennes tailles. Il est important de rappeler que les TPE et PME représentent plus de 99% du tissu économique entrepreneurial français<sup>187</sup>. Il est donc d'une importance capitale que les textes législatifs apportent activement des solutions adaptées à ce type d'entreprise pour que les dispositifs de prévention et de détection des difficultés aient une efficacité globale.

---

<sup>187</sup> < <https://www.economie.gouv.fr/cedef/chiffres-cles-des-pme>>, consulté le 04 février 2022.

## **Conclusion Générale :**

Les dispositifs de prévention et détections des difficultés ont une importance capitale pour la préservation des entreprises. Lorsque l'on évoque le droit des entreprises en difficulté, il est courant que les dirigeants d'entreprise pensent directement aux procédures collectives qui ont pour objet de restructurer l'entreprise voir d'organiser sa liquidation. Les entreprises peuvent donc être récalcitrantes à demander l'aide dont elles ont besoin lorsque les premiers signes de difficultés apparaissent. Les procédures collectives sont ensuite imposées aux entreprises dont les difficultés n'ont fait que croire. Or, comme nous l'avons vu, les procédures collectives donnent en majorité lieu à la liquidation et la dissolution de l'entreprise, tandis que les procédures de prévention permettent en majorité de mettre fin aux difficultés des entreprises qui y ont recours. Mais les procédures de prévention que sont le mandat ad hoc et la conciliation sont généralement utilisées pour traiter des difficultés avérées ou naissantes de l'entreprise, et non pas les anticiper. Pour cela, il est indispensable que les entreprises aient recours aux dispositifs de détection de signaux faibles.

Qu'il s'agisse des dispositifs de prévention des difficultés du Code de commerce ou des outils de détection des difficultés, ceux-ci ont besoin d'être popularisés pour que les entreprises y aient recours de manière plus automatique et sans crainte de s'endetter davantage. Si les PME ont des difficultés à avoir recours à ces dispositifs, c'est notamment parce qu'elles souffrent d'un manque de moyens budgétaires et humains qui permettraient à ces entreprises de bénéficier d'un suivi adapté des indicateurs de difficulté. Ces ressources de conseil permettraient également aux entreprises de savoir quand se diriger vers des procédures de prévention adaptées à leur situation ou à des solutions alternatives. Ces solutions alternatives peuvent être cumulables pour plus de sécurité, comme l'assurance-crédit et l'affacturage. Cependant, même avec un conseil adapté, les petites et moyennes entreprises n'auront pas forcément le budget nécessaire à la mise en place d'une procédure de prévention. Cela est un véritable sujet d'inquiétude au regard de la crise Covid et de ses retombées sur l'économie des entreprises, notamment sur la question du remboursement des prêts garantis par l'Etat.

Afin de venir en aide aux entreprises, le législateur a tenu compte de la situation actuelle et à venir des entreprises lors de la transposition de la directive européenne 2019/1023 sur la restructuration et l'insolvabilité. Ainsi, « Conscient de la nécessité d'adapter les règles pour faire face au « mur de faillites », les pouvoirs publics ont saisi l'opportunité d'un impératif de



réforme pour dépasser le cadre de la directive <sup>188</sup>». A travers cette réforme du 21 septembre 2021, des mesures des ordonnances Covid, favorables à la fois aux débiteurs et aux créanciers, ont été pérennisées. Si cette réforme a apporté des avancées en termes de prévention, notamment sur le renforcement des dispositifs de signaux faibles et sur la procédure de conciliation dont la transparence et la confidentialité a été renforcée. La mise en œuvre des nouvelles mesures du Livre VI du code de commerce sera donc déterminante dans les années à venir. Il faut espérer que ces mesures permettent une meilleure connaissance des outils de prévention et détection des difficultés et incitent les entreprises à prévenir les difficultés plutôt que de tenter de les traiter lorsqu'elles sont déjà trop importantes. Si la réforme du livre VI du Code de commerce semble se diriger dans la bonne direction, il est probable qu'elle ne soit pas suffisante pour permettre à elle seule de faire face au climat économique actuel et futur et éviter une vague de défaillances des entreprises. Pour cela, il est d'une importance primordiale que les entreprises soient mieux informées, quelle que soit leur taille, quant aux bénéfices des outils de prévention et de détection des difficultés des entreprises.

---

<sup>188</sup> D. VOINOT, « L'évolution désordonnée de la 'boîte à outils' du droit des entreprises en difficulté », *Revue des Procédures Collectives*, LexisNexis, n°1, janvier-février 2022, article 2.

## BIBLIOGRAPHIE

### Textes Législatifs

- Arrêté du 6 mai 2020 portant modification de l'arrêté du 23 mars 2020 accordant la garantie de l'Etat aux établissements de crédit et sociétés de financement en application de l'article 6 de la loi n° 2020-289 de finances rectificative pour 2020
- Circulaire interministérielle du 6 août 2021, « Modalités de mise en œuvre du plan d'action sur l'accompagnement des entreprises en sortie de crise », Circulaire n° ECOE2123415C.
- Code des Assurances
- Code Civil
- Code de Commerce de 1807
- Code de Commerce
- Code Monétaire et Financier
- Code du Travail
- Décret n°55-583 du 20 mai 1955 relatif aux faillites et règlements judiciaires et à la réhabilitation
- Directive 73/239/CEE du 24 juillet 1973 du Conseil portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité de l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie, et son exercice.
- Directive (UE) 2019/1023 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 relative aux cadres de restructuration préventive, à la remise de dettes et aux déchéances, et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes, et modifiant la directive (UE) 2017/1132 (directive sur la restructuration et l'insolvabilité)
- Loi n°67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes
- Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975, Articles 11 à 14-1.
- Loi n° 84-148 du 1er mars 1984 sur la prévention et le règlement amiable des difficultés des entreprises
- Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 sur le redressement et la liquidation judiciaires
- Loi n° 85-99 du 25 janvier 1985 portant statut des administrateurs judiciaires et des mandataires liquidateurs
- Loi n° 94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises
- Loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises
- Loi de Modernisation de l'Economie n°2008-776 du 4 août 2008 dite loi LME.
- Loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010
- Loi n°2019-486 du 22 mai 2019 dite Loi PACTE
- Loi n° 2020-289 du 23 mars 2020 de finances rectificatives pour 2020
- Ordonnance n°2009-1345 du 18 décembre 2008
- Ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014
- Ordonnance n°2020-341 du 27 mars 2020 portant adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises et des exploitations agricoles à l'urgence sanitaire et modifiant certaines dispositions de procédure pénale

- Ordonnance n° 2020-596 du 20 mai 2020 portant adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises et des exploitations agricoles aux conséquences de l'épidémie de covid-19
- Ordonnance n° 2020-596 du 20 mai 2020 portant adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises et des exploitations agricoles aux conséquences de l'épidémie de covid-19
- Ordonnance n°2021-1193 du 15 septembre 2021 portant modification du Livre VI du code de commerce

## Jurisprudence

- Cour de cassation, Chambre commerciale, 29 janvier 1991, Bull. Civ. IV n°48.
- Cour de cassation, Chambre commerciale, 7 juin 1994, Bull. Civ. N°200.
- Cour de cassation, Chambre commerciale, 24 janvier 1995, n°93-12.498.
- Cour de cassation, Chambre commerciale, 14 novembre 1995, n° 93-16-724.
- Cour d'Appel de Lyon, 3ème chambre civile, 30 mars 2006, JurisData n° 2006-306025.
- Cour de cassation, Chambre commerciale, 1er décembre 2009, n°08-12.806.
- Cour de cassation, Chambre commerciale, 23 mars 2010, n° 09-10.791.
- Cour d'Appel de Paris, pôle 5, chambre 6, 8 mars 2012, JurisData n° 2012-003903.
- Cour de cassation, Chambre commerciale, 4 juin 2013, n°12.17-792
- Cour de cassation, Chambre commerciale, 15 décembre 2015, n°14-11.500.
- Cour d'Appel de Bordeaux, 4 mai 2017, n°14/07530.
- Cour de cassation, Chambre commerciale, 3 octobre 2018, n° 17-14.722.
- Cour d'Appel d'Aix en Provence, 13 juin 2019, n° 16/14542.
- Cour de cassation, Chambre commerciale, 13 juin 2019, n°18-10.688.
- Cour de cassation, Chambre commerciale, 24 juin 2020, n°19-14.098.
- Cour d'Appel de Caen, 2ème chambre civile et commerciale, 27 mai 2021, n°20/00890.
- Cour d'Appel de Paris, 1, 7, 14 mars 2022, n° 20/02888.

## Ouvrages

- G. C. GIORGINI, *Cours de Droit des Entreprises en Difficulté*, 3ème édition, Gualino Lextenso, 2020-2021.
- Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, Précis Dalloz, 14ème édition, 2017.
- P. LE CANNU et D. ROBINE, *Droit des entreprises en difficulté*, 8ème édition, Dalloz, 2020.
- P. LE TOURNEAU, *Droit de la Responsabilité et des Contrats*, Dalloz Action, Livre 33 « Les contrats dans leur diversité », Titre 331 « Le contrat d'entreprise », Chapitre 3313 « Contrats de conseil et de services aux entreprises », pages 17 à 22.

- E. MOUIAL BASSILANA, « Entreprise en Difficulté : avant-propos », In Louis Vogel, *Répertoire de Droit Commercial*, Dalloz, Septembre 2019, Actualisation Octobre 2021, p.3.
- S. PIEDELIEVRE, *Instruments de crédit et de paiement*, Cours Dalloz, 9ème édition, 2016.
- D. VOINOT, *Procédures Collectives*, 2ème édition, Lextenso, 2013.

## Reuves

- L. BEDJA, « Publication du décret relatif aux exonérations et aux aides au paiement des cotisations sociales au titre des périodes d'emploi de décembre 2021 et janvier 2022 », *Hebdo édition sociale*, n°895, février 2022.
- N. BORGA, A. NIOGRET, et M. VUILLERMET, « Mandat ad hoc et conciliation : trouver le point d'équilibre », *Revue Lamy Droit des Affaires*, n°135, 2018, pages 19 à 26
- H. BOURBOULOUX et O. HART DE KEATING, « Le système d'assurance-crédit en progrès », *Bulletin Joly Entreprises en Difficultés*, n°5 septembre 2013, Lextenso, 2013.
- O. BUISINE, « De quelques mesures exceptionnelles d'adaptation temporaire du droit des entreprises en difficulté », *Revue des procédures collectives*, n°2, mars 2020, étude 8, 2020.
- C. DELATTRE, « Conciliateur – Le contrôle de la rémunération du conciliateur par la Cour de cassation », *Lettre d'actualité des Procédures collectives civiles et commerciales*, n° 18, Novembre 2018, repère 256, 2018.
- Communiqué de Presse de la DGE du 3 avril 2019, « Signature de la convention de déploiement de Signaux Faibles : vers une meilleure anticipation des fragilités des entreprises », *Revue des Procédures Collectives*, n°4, Juillet 2019.
- J. DEVEZE, A. COURET, I. PARACHKÉVOVA-RACINE, T. POULAIN-REHM, M. TELLER et V. MAURIÈS, « Titres et marchés Ingénierie financière Paiement Crédit Garanties du crédit », *Le Lamy Droit du Financement*, mis à jour en février 2022.
- P. DUPICHOT, « Le financement des entreprises en difficulté », *Bulletin Joly Entreprises en difficulté*, n°5 septembre 2018, p.394, 2018.
- C. FAVRE-ROCHEX, « Une nouvelle réforme du Livre VI du Code de commerce », *Bulletin Joly Entreprises en difficulté*, n°5, p.37, 30 septembre 2021.
- R. GRAU, « Regard sur le droit des entreprises en difficulté à la lumière de la réforme du 15 septembre 2021 », *Revue des Procédures Collectives*, LexisNexis, n°1, janvier-février 2022.
- G. HANNOTIN, « 3 questions : le commissaire aux comptes et la loi PACTE », *La Semaine Juridique – Entreprises et Affaires*, n°28, 2019, page 5
- C. HOUIN-BRESSAND, « La pérennisation des mesures Covid », *Revue des procédures collectives*, n°1, Janvier 2022, dossier 9, 2022.
- P-M. LE CORRE, « Les apports de l'ordonnance n° 2020-1443 du 25 novembre 2020 », *La Lettre Juridique*, n°846 du 3 décembre 2020, 2020
- P-M. LE CORRE, « Retour sur les principales mesures de l'ordonnance n° 2020-341 du 27 mars 2020, à la lumière de l'ordonnance n° 2020-596 du 20 mai 2020, portant adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises et des exploitations

agricoles à l'urgence sanitaire », *Hebdo édition affaires*, n° 636 du 28 mai 2020, Lexbase, 2020.

- D. LEGEAIS, « Affacturage », *JurisClasseur Banque - Crédit - Bourse*, Fascicule n°580, Lexis, 1er juin 2021.
- K. MAGNIER-MERRAN, « ETUDE : l'affacturage », In Jérôme Lasserre-Capdeville, *Droit Bancaire*, Lexbase, 2021.
- A. MANTEROLA et G. LEGRAND, « Une sortie de crise en trois temps », *Revue Lamy Droit des Affaires*, n°174, 1er octobre 2021.
- T. MONTERAN, « La conciliation et la sauvegarde accélérée dans les ordonnances Covid-19 », *Gazette du Palais*, n°26 13 juillet 2020, p.68, 2020.
- P. PETEL, « Fascicule 1705 : Entreprises en Difficulté – Généralités », *JurisClasseur Commercial*, 15 février 2020, pages 3 à 40
- F. PETIT et L. FIN-LANGER, « Adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises – Mesures intéressant le Livre VI du Code de commerce », *Lettre d'actualité des Procédures collectives civiles et commerciales*, n°8, avril 2020, alerte 105, 2020.
- I. ROHART-MESSAGER, « La prévention-détection par les présidents des tribunaux de commerce », *Gazette du Palais*, n°9, 2010, page 5, 2010.
- P. ROUSSEL GALLE, « Brève présentation de l'ordonnance du 15 septembre 2021 à l'exception des classes de créanciers », *Bulletin Joly Entreprises en Difficulté*, n°1, p.42, 31 janvier 2022.
- P. SENICOURT, « Prévention précoce efficace des difficultés des PME : pilotage structurel vs pilotage court terme », *Revue Lamy Droit des Affaires*, n°143, 1er décembre 2018.
- V. TECHENE, « Prêt garanti par l'Etat (PGE) : mise en œuvre de l'aménagement du dispositif », *Quotidien Lexbase*, Edition du 11 mai 2020.
- J. THERON *et.al.*, « La prévention », *Bulletin Joly Entreprises en difficulté*, n° 01 du 1er janvier 2021, p.57, Lextenso, 2021.
- B. THULLIER, « Rémunération du mandataire ad hoc et du conciliateur : le pouvoir d'appréciation du juge », *Bulletin Joly Entreprises en difficulté*, n°1 du 01/01/2019, p.11, 2019.
- D. VOINOT, « L'évolution désordonnée de la 'boite à outils' du droit des entreprises en difficulté », *Revue des Procédures Collectives*, n°1, Janvier-Février 2022, article 2.

## Articles de Presse

- R. GUEUGNEAU, « Bercy annonce le report et l'étalement du remboursement des prêts garantis par l'Etat », *Les Echos*, 4 janvier 2022.
- B. MADELINE, « Covid-19 : la sortie des dispositifs d'aide aux entreprises en question », *Le Monde*, 27 juillet 2021.
- C. PITAUD, « Prêt garanti par l'Etat : pas de remboursement pendant les 2 premières années », *Les Echos Entrepreneurs*, 18 janvier 2021.

## Sites internet

- <[http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/Rapport\\_mission\\_Justice\\_economique202102.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/Rapport_mission_Justice_economique202102.pdf)>, consulté le 02 février 2022.
- <<https://www.economie.gouv.fr/cedef/chiffres-cles-des-pme>>, consulté le 04 février 2022.
- <<https://cpme16.fr/gpa16-groupement-prevention-agree>>, consulté le 02 mars 2022.
- <<https://www.strategie.gouv.fr/publications/comite-de-suivi-devaluation-mesures-de-soutien-financier-aux-entreprises-confrontees-0>>, avis du rapport final du comité de suivi et d'évaluation des mesures de soutien financier aux entreprises confrontées à l'épidémie de covid-19, consulté le 24 mars 2022.
- <<https://www.strategie.gouv.fr/publications/comite-de-suivi-devaluation-mesures-de-soutien-financier-aux-entreprises-confrontees-0>>, synthèse du rapport final du comité de suivi et d'évaluation des mesures de soutien financier aux entreprises confrontées à l'épidémie de covid-19, p.2, consulté le 24 mars 2022.
- <<https://www.economie.gouv.fr/covid19-soutien-entreprises/covid-19-aides-entreprises-evoluent-prochains-mois#>>, consulté le 25 mars 2022.
- <[https://minefi.hosting.augure.com/Augure\\_Minefi/r/ContenuEnLigne/Download?id=1A0FA0AD-0554-4E4A-BEC1-B75C2D860D7A&filename=1315%20-%20CP%20-%20Point%20sur%20l'accompagnement%20de%20Etat%20des%20secteurs%20%C3%A9conomiques%20affect%C3%A9s%20par%20la%20crise%20sanitaire.pdf](https://minefi.hosting.augure.com/Augure_Minefi/r/ContenuEnLigne/Download?id=1A0FA0AD-0554-4E4A-BEC1-B75C2D860D7A&filename=1315%20-%20CP%20-%20Point%20sur%20l'accompagnement%20de%20Etat%20des%20secteurs%20%C3%A9conomiques%20affect%C3%A9s%20par%20la%20crise%20sanitaire.pdf)>, consulté le 25 mars 2022.
- <<https://entreprendre.service-public.fr/vosdroits/F35201>>, consulté le 26 mars 2022.
- <<https://www.insee.fr/fr/statistiques/2015359#tableau-figure1>>, consulté le 26 mars 2022.
- <<https://www.insee.fr/fr/statistiques/6049133>>, consulté le 26 mars 2022.
- <<https://www.insee.fr/fr/statistiques/6215215?sommaire=6215395>>, Note de conjoncture, p.4, consulté le 26 mars 2022.
- <<https://www.tresor.economie.gouv.fr/Articles/2020/04/03/covid-19-pret-garanti-par-l-etat-mode-d-emploi>>, consulté le 26/03/2022.