

Titre préliminaire

LA DÉTECTION ET LA PRÉVENTION DES DIFFICULTÉS

Notre droit économique a évolué à la fin de la dernière décennie du siècle précédent dans le sens d'un renforcement des procédures de contrôle et de détection des difficultés et de l'extension de celles-ci à toutes sortes de groupements alors qu'initialement, seules les sociétés anonymes en étaient dotées.

Ainsi, dernières en date, les associations recevant des dotations publiques dépassant un certain montant sont tenues de nommer un commissaire aux comptes (CAC) et sont assujetties à la procédure d'alerte déclenchée et suivie par celui-ci (art. L. 612-3).

Il conviendra donc de présenter dans un premier chapitre les moyens d'éviter la cessation des paiements sans confrontation avec les créanciers et sans ouverture d'une procédure collective, ce qui inclut l'étude des procédures de détection des difficultés ou d'alerte ainsi que l'examen des possibilités de soutien public aux entreprises en difficulté (chap. I).

Dans un second chapitre, la prévention de l'insolvabilité sera examinée à travers la procédure collective préventive de conciliation (chap. II).

Chapitre I

L'entreprise face à ses difficultés : alerte et soutien public

Les initiatives présentées dans ce chapitre sont celles qui tendent à remédier aux difficultés avant tout recours aux procédures impliquant un aménagement consensuel – avec la conciliation – ou judiciaire – avec la sauvegarde et le redressement judiciaire. Et celles qui impliquent un soutien financier public lorsqu'il est autorisé.

Les premières sont les procédures d'alerte (sect. I) qui ont été conçues d'abord comme des procédures de détection précoce des difficultés et ensuite comme des processus de déclenchement de prises de décision par les organes qualifiés de l'entreprise. Même lorsque l'initiative, en effet, vient de l'extérieur – avec l'alerte externe du Président du tribunal – elle vise à mettre les chefs d'entreprise en face de leurs responsabilités et à les inciter à prendre eux-mêmes des initiatives.

Tandis que les mesures de soutien financier public (sect. II) sont au contraire destinées à soutenir des entreprises qui ne sont déjà plus en mesure de faire face elles-mêmes à leurs difficultés et sont donc vouées à la rupture des paiements à échéance plus ou moins proche.

Section I

Les différentes procédures d'alerte

§ I. L'alerte interne déclenchée par le commissaire aux comptes

L'alerte du commissaire aux comptes (CAC) est prévue par les articles L. 234-1 et L. 234-2 C. com. pour les SA, par les articles L. 234 -2 C. com.¹ et L. 251-15 pour les autres sociétés et les GIE, et enfin par l'article L. 612-3 pour les personnes morales de droit privé non commerçantes ainsi que les associations dotées de ressources publiques d'un certain montant.

Ces textes ont été modifiés en dernier lieu par la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 et son décret d'application du 28 décembre 2005.

La présence d'un commissaire aux comptes, autrefois obligatoire dans les seules sociétés par actions l'est désormais dans toutes les sociétés commerciales et personnes morales de

1. Textes réglementaires : art. 251-1 et -2 D. n° 67-236 du 23 mars 1967.

droit privé non commerçantes ayant une activité économique dès lors que ces groupements dépassent deux des trois seuils fixés par décret¹. Il en va de même des associations dotées de ressources publiques dépassant un certain montant² (art. L. 612-4 C. com.).

A. Les critères de déclenchement

La loi oblige le CAC à déclencher l'alerte lorsqu'il relève des *faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation*. On considère que ceux-ci doivent être de nature à mettre en péril la survie de l'entreprise à échéance relativement rapprochée.

Ces faits constituent habituellement un **faisceau d'indices convergents**. La seule constatation d'un événement économique, fût-il grave et potentiellement générateur de difficultés (perte d'un important marché, par exemple), ne suffirait pas forcément.

Ensuite, la loi³ vise les seuls faits relevés à l'occasion de l'exercice de la mission de contrôle des commissaires aux comptes⁴ et donc ayant une incidence ou du moins une coloration comptable⁵. Car le commissaire aux comptes qui déclencherait l'alerte sans que ces faits aient eu la moindre incidence financière s'immiscerait dans la gestion en violation de la règle déontologique désormais énoncée à l'article L. 823-10⁶.

Pour autant, les faits générateurs des difficultés enregistrées par la comptabilité, ne sont pas seulement des faits financiers ; il peut s'agir de la perte d'un marché déterminant, d'un procès, de la perte d'une source importante d'approvisionnement, de la concurrence, de la destruction de l'outil de production, etc.

Autant d'événements qui font peser une menace à court terme sur la continuité de l'exploitation et ont une incidence sur les objectifs et les moyens dont le CAC peut avoir à connaître dans sa mission⁷.

Enfin, l'alerte n'a aucune raison d'être déclenchée lorsque les dirigeants ont eux-mêmes pris l'initiative de saisir les instances qualifiées aux fins de prendre des mesures de redressement.

1. V. art. 44 D. n° 2005-1677 du 28 décembre 2005 : bilan supérieur à 1 550 000 € ; chiffre d'affaires HT à 3 100 000 € ; nombre moyen de salariés = 50.

2. 150 000 € (art. 1^{er} D. n° 2001-379 du 30 avril 2001).

3. V. art. L. 234-1 al. 1^{er} C. com.

4. Définie par art. L. 823-9 et s. qui remplacent les art. L. 225-236 et -237 C. com.

5. V. en ce sens Pérochon, *op. cit.*, n° 29 et Chaput, *op. cit.*, n° 47.

6. Article inséré par l'ordonnance n° 2005-1126 du 8 septembre 2005 relative au commissariat aux comptes. Le CAC vérifie la régularité et la sincérité des comptes, le respect de l'égalité des actionnaires, et procède aux investigations utiles en consultant les documents comptables, documents sociaux (procès-verbaux), rapports, contrats.

Dès lors qu'il respecte les limites de sa mission ainsi définie, le commissaire aux comptes ne peut se voir opposer le secret professionnel.

Son rôle en tout cas se borne à constater et à informer, et il ne peut se faire juge de l'opportunité des décisions, ni procéder à un audit ou à une expertise en gestion de sa propre initiative.

7. Cf. D. Vidal, L'intervention du commissaire aux comptes dans la gestion de l'entreprise sociale qu'il contrôle : Mélanges Honorat, ED. Frison Roche 2000, p. 327 s.

B. Procédure initiée et conduite par le commissaire aux comptes

L'alerte se déroule en plusieurs phases, décrites par les articles L. 234-1 C. com. et 251-1 D. 67 pour les SA, L. 234-2 C. com. et 251-2 D. 1967 pour les autres sociétés. Elle peut aller jusqu'au terme ultime (convocation de l'assemblée) si les instances dirigeantes ne sont pas en mesure d'arrêter des solutions appropriées mais peut aussi s'arrêter à la première dans le cas inverse¹.

1. La première phase est celle de l'information des dirigeants² par LRAR. Elle est **confidentielle**, du moins dans les SA, ce qui permet aux dirigeants de proposer les mesures propres à remédier à la situation sans qu'il soit nécessaire d'avertir les autres organes, les salariés (par le biais du comité d'entreprise) ou les associés.

Les dirigeants doivent répondre dans les quinze jours à compter de la réception de l'information (et non plus un mois depuis L. 1994) par LRAR³.

Dans les sociétés autres que les SA, cependant, la procédure, à ce stade, moins confidentielle, prévoit qu'après que les gérants aient été informés des faits alarmants, leur réponse doit être communiquée au comité d'entreprise ou au conseil de surveillance s'il en existe un (art. L. 234-2 al. 1^{er}). Et de plus, depuis la réforme de 1994, le président du tribunal est informé par le CAC de l'existence de la procédure, sans autre information sur les faits qui l'ont déclenchée⁴.

Si la réponse est propre à rassurer le CAC sur la poursuite de l'exploitation, la procédure s'arrête là.

Dans le cas contraire, on passe à la seconde phase, où le cercle des personnes alertées s'élargit.

2. La seconde phase est celle de la saisine des conseils dans les personnes morales commerçantes ou non commerçantes qui en sont pourvues⁵.

Le CAC, dans les huit jours de la réponse ou de la fin du délai de réponse, invite par écrit les dirigeants à réunir le conseil d'administration ou le conseil de surveillance afin qu'il délibère sur les faits relevés. Ceux-ci ont huit jours (et non plus quinze) pour convoquer le conseil par LRAR, lequel doit être réuni dans les quinze jours ; les deux délais courent à compter de la réception de la lettre du CAC.

1. V. Dictionnaire permanent « difficulté des entreprises », Bull. 22, p. 9251.

2. Président du conseil d'administration ou du directoire dans les SA, gérant dans les autres sociétés. Le commissaire aux comptes *informe* les dirigeants (il ne s'agit plus d'une *demande d'explications* depuis la réforme de juin 1994) des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation, qu'il a relevés dans l'exercice de sa mission.

3. Art. 251-1 D. 67.

4. Cette moindre confidentialité est cependant logique dans ces groupements car la procédure ne comportant que deux phases, à défaut d'informer les salariés et le président du tribunal dès la première, ceux-ci n'eussent été alertés qu'en même temps que les associés, c'est-à-dire à la phase ultime de la procédure.

5. V. art. L. 612-3 C. com. pour les personnes morales de droit privé non commerçantes et l'art. 42 D. 2005 qui renvoie à la procédure définie par les art. 251-1 et 251-2 D. 1967 pour les sociétés commerciales.

Le CAC lui-même doit être convoqué à cette séance et recevra un procès-verbal de la délibération, de même que le comité d'entreprise ou les délégués du personnel qui en reçoivent un exemplaire dans les huit jours de la réunion du conseil.

À ce stade, les salariés sont donc informés.

Et depuis la réforme de 1994, le président du tribunal doit être informé de cette délibération¹ et de son objet². La lettre du CAC est également adressée au président du tribunal³.

À l'issue de ces délibérations, s'il apparaît que les mesures proposées sont de nature à garantir la poursuite de l'exploitation, la procédure s'arrête. Dans le cas contraire, ou dans le cas où les dirigeants n'exécutent pas ou exécutent imparfaitement la procédure prescrite, une troisième phase s'ouvre.

3. La troisième phase (ou seconde dans les groupements non pourvus d'un organe collégial) est celle de l'information de l'assemblée générale des actionnaires convoquée à cet effet dans les SA, des membres associés ou adhérents du groupement dans les autres personnes morales et associations.

L'art. L. 234-1 al. 3 énonce que **le commissaire aux comptes établit un rapport spécial** qu'il doit transmettre sous quinzaine après réception de la délibération du conseil au président du conseil ou du directoire (art. 251-1 D. 67).

Dans les sociétés autres que les SA, ce rapport est adressé au gérant en cas d'échec de la première phase, c'est-à-dire si, ayant pris connaissance de l'analyse de la situation et des mesures envisagées par le gérant, le CAC les estime insuffisantes (art. 234-2 al. 2 C. com. et 251-2 al. 3 D. 67).

Il est alors prévu que ce rapport soit présenté à l'assemblée générale des actionnaires dans les SA ou des associés dans les autres sociétés, réunie à cet effet par l'organe qualifié⁴.

Avant la réforme de 1994, dans les SA, le CAC pouvait, en cas d'urgence, convoquer lui-même l'assemblée⁵. Par la suite, son rôle a été ramené aux strictes limites du principe de non-immixtion qui s'arrête à l'information des dirigeants et instances dirigeantes, salariés, actionnaires, à l'exclusion de toute initiative visant à intervenir dans la sphère réservée aux organes dirigeants.

Toutefois, son rôle a été renforcé par la loi de sauvegarde qui le charge non de convoquer l'assemblée, mais d'inviter l'organe dirigeant à le faire.

Ayant reçu le rapport du CAC, le président du CA, du directoire, le gérant ou tout autre organe de direction dans les autres groupements, doit dans les huit jours de cette réception,

1. Art. L. 234-1 al. 2 et L. 612-3.

2. Non des motifs de la procédure, à ce stade, du moins selon F. Pérochon, *op. cit.*, 3^e éd., n° 38.

3. Depuis la loi de sauvegarde de 2005.

4. Dans les non-SA, l'ancien art. 230-2 prévoyait que le rapport puisse être adressé aux associés (personnellement) ou soumis à l'AG (au choix). Désormais, les procédures applicables à toutes les sociétés sont unifiées sur ce point.

5. « [...] rapport spécial qui est présenté à la prochaine assemblée générale ou, en cas d'urgence, à une assemblée générale des actionnaires qu'il convoque lui-même pour lui soumettre ses conclusions ». Art. 230-1 al. 3 L. 66 ancien.

le **communiquer au comité d'entreprise**, déjà informé du déroulement de la procédure (v. *supra*).

Mais cette mission d'information obligatoire inclut désormais un autre destinataire, le **président du tribunal de commerce** lequel doit être informé à ce stade (à la phase 2 dans les groupements où l'alerte ne comprend que deux phases), si les décisions prises ou proposées lors de l'assemblée ne permettent pas d'assurer la continuité de l'exploitation¹.

L'information du président du tribunal porte cette fois-ci non plus seulement sur l'existence et les péripéties de la procédure d'alerte, mais sur les raisons qui ont amené le CAC à constater l'insuffisance des décisions prises. Le CAC adresse en même temps au président du tribunal les documents utiles².

La mission du CAC a pris fin alors. À partir de la réunion de l'assemblée, il appartient aux actionnaires de prendre les mesures propres à remédier à la situation, et le cas échéant, de révoquer les dirigeants.

Le président du tribunal de commerce, à son tour, peut agir. **Mais son action relève de l'alerte externe**. Avant de l'aborder, restons encore a sein de l'entreprise où une autre instance est investie d'une mission d'alerte : le comité d'entreprise.

§ II. L'alerte interne déclenchée par le comité d'entreprise

A. Le critère de l'alerte déclenchée par le comité d'entreprise

L'article L. 432-5 al. 1^{er} C. Trav. autorise le comité d'entreprise à déclencher l'alerte pour des faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise. On observera seulement que les entreprises dont les effectifs sont inférieurs à cinquante salariés³ et ne seraient pas dotées d'un comité d'entreprise, facultatif dans leur cas⁴, sont exclues du dispositif. Il est vrai que cette alerte vise avant tout à prévenir les menaces pour l'emploi et que le préjudice social est d'autant plus grand que les effectifs salariés sont importants.

Pratiquement, le comité d'entreprise, organe représentant la communauté de travail, va pouvoir déclencher l'alerte dès que l'emploi est menacé par des mesures de licenciement ou de restructuration, sans nécessairement menacer la continuité de l'exploitation.

D'aucuns estiment que « la *situation préoccupante* n'est rien d'autre que la traduction du concept comptable de continuité d'exploitation... »⁵.

Il est certain que la seule menace pour l'emploi ne justifierait pas l'alerte et que celle-ci se heurterait à une fin de non-recevoir de la part de l'employeur si la survie de l'entreprise

1. Innovation de la loi du 10 juin 1994 et de son décret d'application du 21 oct. 1994, mod. art. 251-1 D. 1967.

2. Nouvel al. ajouté à l'art. 251-1 D. 67.

3. Elles représenteraient 90 % des défaillances d'entreprises.

4. V. art. L. 431-1 C. trav.

5. Formule de M. Jeantin, *op. cit.*, n° 460. Avis partagé par F. Pérochon, *op. cit.*, n° 30, estimant que la *préoccupation* suppose une menace pour la continuité de l'exploitation. Sémantiquement, les formules ne sont pas équivalentes et les mots ont une portée en droit qu'il convient de respecter en la pesant avec précision.

n'était pas menacée. Cependant, dès lors qu'un risque important pour l'emploi est attesté, une menace même plus lointaine que celle qui justifie l'alerte déclenchée par le commissaire aux comptes pourra être prise en considération.

Ensuite, aucune disposition légale ne subordonne le droit d'alerte du comité d'entreprise à l'exercice de sa mission. Peut-être celui-ci s'exerce-t-il en pratique pour des faits relevés à l'occasion de la mission du comité d'entreprise, telle que la définit l'art. L. 432-1 à 4 C. trav. Mais celle-ci est moins spécialisée que celle du commissaire aux comptes, et la loi n'a pas voulu ici limiter les sources d'information.

Il ressort par ailleurs dans l'examen des travaux préparatoires, que le législateur a voulu une alerte qui soit déclenchée plus facilement par le comité d'entreprise¹.

Quant à la responsabilité encourue, elle ne saurait être engagée qu'en cas d'alerte abusive, déclenchée à la légère pour des faits insignifiants. Le seul fait d'exagérer la gravité de faits tels que des licenciements, n'entraînerait qu'une fin de non-recevoir de la part de l'employeur.

En contrepartie de ce moindre degré de responsabilité, cependant, la procédure d'alerte déclenchée par le comité d'entreprise est moins contraignante pour les dirigeants.

B. Procédure déclenchée par le comité d'entreprise

Observons d'abord que le comité d'entreprise est juge de l'opportunité de déclencher une procédure d'alerte, qu'il n'est pas tenu de le faire, à la différence du CAC.

C'est ce qui résulte de l'art. L. 432-5 al. 1^{er} C. trav. Les autres alinéas décrivent la procédure d'alerte dans ses trois phases.

Il importe de signaler d'emblée que seule la troisième phase peut-être considérée comme une alerte véritable, les deux premières étant en réalité le préalable de cette ultime issue qui consiste à alerter les conseils et les associés.

1. La première phase n'intéresse que le chef d'entreprise, auquel le CE adresse une demande d'explication, sur la situation économique qu'il estime préoccupante. Ce questionnement est inscrit à l'ordre du jour de la prochaine séance du comité d'entreprise. Ce qui suppose deux réunions, la première délibérant sur l'opportunité de mettre la question à l'ordre du jour, la seconde incluant la question posée, la réponse fournie et la suite que le comité compte donner en fonction de cette réponse ou non-réponse, constitutive du délit d'entrave de l'employeur.

Il faut mentionner que le chef d'entreprise, qui dirige les séances du comité, ne prend pas part au vote, ce qui est logique.

Donc, à ce stade, si la réponse de l'employeur est suffisante pour rassurer le comité, la procédure s'arrête là.

À l'inverse, à défaut de réponse rassurante, la procédure se poursuit.

1. V. J. Roger-Machart, Rapp. Ass. Nat., n° 1526, p. 10 ; R. Badinter, J.O. Déb. Sénat 15 nov. 1983, p. 2886.

Selon la Cour de cassation, le déclenchement de l'alerte est un droit et ne saurait légitimer le refus de l'employeur de fournir des explications au comité d'entreprise et encore moins sa demande de cessation du prétendu trouble manifestement illicite qu'elle constituerait¹.

2. La seconde phase est celle du rapport établi par le comité d'entreprise ou par la commission économique créée en son sein dans les entreprises employant au moins mille salariés², s'il juge la situation économique compromise malgré la réponse de l'employeur ou à défaut de réponse de celui-ci.

Pour établir ce rapport, le comité peut requérir l'assistance de l'expert-comptable pour interpréter les comptes sociaux, s'entretenir avec le commissaire aux comptes et inviter à la séance de discussions deux salariés choisis pour leur compétence, lesquels donneront leur avis sans prendre part au vote sur le rapport.

Le rapport établit le constat des difficultés et conclut à l'opportunité de saisir les conseils (d'administration ou de surveillance) dans les groupements qui en possèdent ou d'informer les associés ou membres des autres groupements.

Le comité délibère et se prononce alors sur le contenu du rapport et sur la saisine des organes ou sur l'information des associés. Il est libre de refuser cette issue tout en approuvant le constat des difficultés contenu dans le rapport.

Dans une telle éventualité, **le rapport aura eu pour utilité d'informer l'employeur, et surtout le commissaire aux comptes car il doit leur être communiqué.**

C'est la communication du rapport au commissaire aux comptes qui présente le plus d'intérêt, car celui-ci peut à son tour déclencher une procédure d'alerte faisant suite à l'initiative du comité d'entreprise.

Dans le cas où la majorité des membres présents vote en faveur de la résolution proposant la saisine des organes sociaux ou l'information des membres du groupement, la troisième phase s'ouvre.

3. La troisième phase est celle de l'alerte proprement dite, puisqu'elle saisit les organes sociaux ou informe les membres du groupement de la gravité de la situation.

L'examen de cette situation doit être inscrit à l'ordre du jour de la prochaine séance du conseil d'administration ou du conseil de surveillance qui doit délibérer dans le mois de sa saisine (art. R. 432-17 C. trav.) mais ne peut se réunir avant quinze jours, car il doit avoir été saisi au moins quinze jours à l'avance (art. L. 432-5 III C. trav., al. 1^{er}).

L'organe saisi, doit rendre une décision motivée, laquelle est portée à la connaissance du comité dans le mois de la réunion par communication de l'extrait du procès-verbal des délibérations qui porte sur la question posée.

Dans les groupements dépourvus d'organes collégiaux, lorsque le comité d'entreprise décide d'informer les membres du groupement, il appartient au chef d'entreprise (aux administrateurs dans les GIE) **d'adresser à ceux-ci dans les huit jours** (art. R. 432-18

1. Cass. soc. 8 mars 1995, n° 91-16.002 : Bull. civ. V, n° 81 ; MOCI 24 mai 1995, p. 463 (cassation).

2. Art. L. 434-5 c.trav.