

# La contractualisation, parade contre la défaillance ?

CORALIE FIORI-KHAYAT  
NOVANCIA BS (Paris), ISC (Paris)

## **Abstract:**

For centuries, the defaulting contractor was struck with the seal of infamy. Although opprobrium is no longer so systematically applied to those who suffer painful reverses of fortune, the spectre of failure is a justified concern for many SMEs. But what does "failure" mean? Responding to this question is much less easy than one might think at first glance, as economists, managers and lawyers give this term a different meaning. It is therefore first and foremost an attempt at definition. Anyway, as prevention is better than cure, we observe that, as long as the undertaking is not in breach of payment commitments, the role of the judge is residual, its office being replaced by the common intention of the parties - contracting. This technique, though attractive and effective, has limits which make it impossible to see in it a panacea. It is then necessary to see how and to what extent contracting allows SMEs to "overcome failure".

## **Key words:**

Business failure, Prevention, Contractualization, Risk management, Strategy.

**Résumé :**

Durablement, l'entrepreneur défaillant a été frappé du sceau de l'infamie. Quoique désormais l'opprobre ne s'attache plus aussi systématiquement à ceux qui subissent de douloureux revers de fortune, le spectre de la défaillance constitue une préoccupation justifiée pour nombre de PME. Mais qu'entendre par « défaillance » ? Répondre à cette question est nettement moins facile qu'on ne le croit de prime abord, économistes, gestionnaires et juristes donnant à ce terme un sens différent. C'est donc d'abord à un essai de définition que l'on s'attache. En tout état de cause, si tant est que mieux vaut prévenir que guérir, on observe que, tant que l'entreprise n'est pas en cessation des paiements, le rôle du juge est résiduel, son office étant remplacé par la commune intention des parties – la contractualisation. Séduisante et efficace, cette technique présente toutefois des limites qui font qu'on ne peut voir en elle une panacée. Il faut alors voir comment et jusqu'où la contractualisation permet aux PME de « mater la défaillance ».

**Mots clés :**

Défaillance d'entreprises, Prévention, Contractualisation, Gestion des risques, Stratégie.

## INTRODUCTION

Durablement, l'entrepreneur défaillant a été frappé du sceau de l'infamie. Le terme « banqueroute », d'ailleurs, désigne précisément le fait de briser en place publique le « banc » de quiconque ne parvenait plus à honorer ses fournisseurs, lors des foires du Moyen-Âge. Quoique désormais l'opprobre ne s'attache plus aussi systématiquement à ceux qui subissent de douloureux revers de fortune, le spectre de la défaillance constitue une préoccupation justifiée pour nombre de PME.

Mais qu'entendre par « défaillance » ? Répondre à cette question est nettement moins facile qu'on ne le croit de prime abord. Assurément, lorsque les difficultés que traverse une entreprise sont, à la fois, si graves et si durables que sa situation est irrémédiablement compromise, la question ne se pose même plus : la maladie a atteint un stade terminal. D'une manière générale, pour les juristes, l'entreprise est défaillante lorsqu'elle est en cessation des paiements, c'est-à-dire lorsqu'elle est dans l'impossibilité, avec son actif disponible, d'éteindre son passif exigible. Or, la littérature en sciences économiques et de gestion retient, depuis quelques années déjà, une définition sensiblement plus vaste, notamment dans le cadre des théories de scoring, et en vient à considérer qu'entre dans le domaine de définition de la défaillance l'entreprise susceptible soit de ne pas honorer du tout son créancier, soit de solliciter le réaménagement de la dette. La défaillance constitue donc un des principaux risques de contrepartie.

Cette conception est séduisante : elle est fondée sur le risque de contrepartie et prend en compte les effets en cascade des défaillances d'entreprises. Elle permet aussi de faire entrer la notion de « prévention de la défaillance » dans le champ d'application de la notion de « défaillance ». Et, si tant est qu'il vaut mieux prévenir que guérir, un constat s'impose : quoique le rôle du juge jouisse d'une incontestable prépondérance lorsque l'entreprise est en cessation des paiements depuis au moins 45 jours, ce rôle est sensiblement plus discret, voire quasi-inexistant, dans le cas où soit l'entreprise n'est pas encore en cessation des paiements soit est en cessation des paiements depuis moins de 45 jours : dans ces deux séries d'hypothèses, l'imperium du juge tient une place subsidiaire. Reste donc à savoir par quoi il est remplacé.

Si l'on observe alors les outils dont la pratique s'est dotée avant que, parfois, le législateur ne les reprenne à son compte, on est frappé par la prévalence de la contractualisation comme

moyen par excellence d'essayer d'empêcher une cessation des paiements pour le débiteur fût-ce au prix, pour le créancier, d'un aménagement de sa créance. Dans pareil cas, le risque de contrepartie se réalise – et la contractualisation, parce qu'elle s'accompagne d'une phase de négociation, vise précisément à limiter tant le préjudice pour le créancier que le risque de voir celui-ci, à son tour, tomber en déconfiture. Conscient de ces atouts, le législateur vient tout juste, dans le cadre de la réforme du droit des obligations (laquelle entre en vigueur le 1er octobre 2016), de consacrer le principe de la révision contractuelle et, par voie de conséquence, de mettre à bas le principe d'intangibilité du contrat. Ce faisant, et même si elle restera encore durablement pavée d'embûches, la voie est ouverte à une nette expansion des mécanismes de révision des conventions, notamment des conditions et délais de paiement, lorsque le débiteur est en difficulté financière.

Cela étant, la contractualisation n'est pas dénuée de risques, notamment pour le créancier. D'abord, dans toute négociation, le risque lié à l'asymétrie d'information peut limiter la bonne volonté des parties à consentir des efforts – et, pour le créancier d'une société qui est susceptible d'être défaillante, ce risque est un facteur limitant crucial. Ensuite, la bonne foi, qui doit en principe guider toute la phase contractuelle (du début de la négociation jusqu'à l'exécution complète des obligations) peut n'être qu'un vœu pieux et les manquements à l'éthique élémentaire des affaires peuvent entraîner des préjudices non seulement matériels, mais aussi immatériels, comme les détériorations d'image de marque et de réputation. Enfin, même si toutes les parties ont fait preuve d'une bonne foi absolue et se sont communiquées toutes les informations (réduisant donc à néant les risques d'asymétrie d'information), il reste que toute situation juridique qui s'inscrit dans la durée est porteuse d'un risque d'aléa : aucune entreprise n'est à l'abri d'un revers de fortune ou d'une crise (financière ou de gouvernance) majeure en sorte que la contractualisation destinée à prévenir la défaillance, en tant qu'elle s'inscrit nécessairement dans la durée (il s'agit en fait d'un système d'apurement total ou partiel du passif) est porteuse d'un risque d'aléa. C'est la raison pour laquelle la contractualisation ne peut être ni honnie, ni portée aux nues.

Fondé principalement sur l'analyse tant d'un corpus normatif et jurisprudentiel conséquent, que sur celle de clauses-types de contrat commerciaux, ce papier vise à établir comment et jusqu'à quel point le recours à la contractualisation permet une sortie « par le haut » d'une crise liée au risque de contrepartie et ce faisant, permet aux PME de « mâter la défaillance ».

## **1. Contexte et fondements méthodologiques de la recherche.**

### **1.1. Contexte de la recherche.**

Cette recherche s'inscrit dans une dynamique plus ample au sein de la stratégie d'entreprise, dans laquelle un outil juridique (le contrat) et les techniques qui président à sa mise en œuvre (la contractualisation) sont envisagés comme des instruments aidant soit au développement de l'entreprise, soit à sa protection. Plus précisément, il est ici question d'analyser la manière dont la contractualisation œuvre à éviter la faillite d'une entreprise (CHOPARD, 2004).

La défaillance des entreprises constitue, on le sait, une préoccupation majeure des parties prenantes au niveau national et international (MALECOT, 1991). Elle aboutit à des destructions massives d'emplois et engendre un effet en cascade notamment pour les fournisseurs, directement touchés par la déconfiture d'un client, pour autant que celui-ci représente une fraction critique du chiffre d'affaires (BLOCH et autres, 1995).

Certes, la littérature juridique consacre une part substantielle à l'étude des défaillances d'entreprises mais à une réserve près : elle ne se penche pas sur les techniques de prévention ; la raison en est simple. La prévention repose sur la commune intention des parties, le juge n'intervient que de manière marginale en sorte que la jurisprudence est moins fournie que pour les procédures de redressement et liquidation judiciaires.

Il semble donc exister un vide dans la littérature sur le recours à la contractualisation comme outil précoce de protection contre la défaillance.

La notion de défaillance est sensiblement plus difficile à définir qu'on ne le pense (SEVERIN, 2006). En effet, le sens du terme et, par suite, le champ d'application de la notion varient selon la discipline dans laquelle le mot de « défaillance » est employé (MALECOT, 1991).

Pour un juriste, la notion de défaillance renvoie exclusivement à celle de cessation des paiements, entendue comme l'impossibilité dans laquelle se trouve le débiteur de faire face, avec son actif disponible, à son passif exigible. En d'autres termes, la défaillance, pour un juriste, renvoie à la réalisation du risque de contrepartie et non pas au risque lui-même. Toujours judiciaire, la procédure peut être déclenchée par tout intéressé, notamment le Procureur de la République, en tant que garant de l'ordre public économique de direction et de protection, mais aussi par un créancier impayé. Cette acception large de la notion d'intérêt à

agir tient au fait qu'une déconfiture peut en entraîner d'autres, en raison d'un effet domino : d'une part la défaillance d'une entreprise conduit à ce que ses fournisseurs ne soient pas payés et ne puissent pas, à leur tour, honorer leurs propres créanciers ; d'autre part, la défaillance aboutit à ce que les clients ne voient pas les produits ou services contractuellement promis être effectivement livrés - tantôt parce que les fournisseurs impayés suspendent leurs livraisons, tantôt par suite de la désorganisation liée à la déconfiture elle-même. Certes, tout est alors mis en œuvre pour tenter de sauver l'entreprise, notamment en raison des incidences sur l'emploi (CHOPARD et LANGLAIS, 2009) - la liquidation judiciaire supposant que la situation soit irrémédiablement compromise. Mais ni l'entreprise défaillante ni ses créanciers ou ses clients n'ont véritablement la main sur le sauvetage : c'est un tiers désigné par le juge consulaire qui supervise les négociations en vue d'aboutir à un plan de continuation ou de sauvegarde (selon les cas) qui sera soumis à l'autorité judiciaire (CHOPARD, 2004). Stricto sensu, pour un juriste, la défaillance suppose donc une situation particulièrement grave, bien plus préoccupante qu'une difficulté conjoncturelle de trésorerie.

Les économistes et gestionnaires ont, progressivement, retenu une conception plus large et assez séduisante de la notion de défaillance. En effet, la définition qui semble désormais prévaloir, depuis une quinzaine d'années, renvoie au risque de contrepartie (MODIGLIANI et MILLER, 1958) et non pas à sa seule réalisation. Il y a donc défaillance en cas de défaut de paiement à l'échéance, même s'il n'y a pas de cessation des paiements : tel est le cas, par exemple, de l'entreprise qui connaît une difficulté ponctuelle de trésorerie et qui paie un fournisseur avec retard - concrètement, quand ses propres factures sont honorées. Elle est défaillante au sens économique du terme sans pour autant relever des procédures collectives car ses difficultés sont non seulement conjoncturelles, mais en outre clairement liées à des turbulences dans la trésorerie. Par surcroît, une partie de la littérature retient comme « défaillante » l'entreprise qui, soit, éprouve des difficultés à honorer sa dette, soit en sollicite le rééchelonnement ou, plus généralement, la renégociation (ANDERSON et SUNDARESAN, 1996 ; HART et MOORE, 1997 ; MELLA-BARRAL et PERRAUDIN, 1997). Pour un juriste, une telle situation ne peut pas être qualifiée de « défaillance » : l'entreprise débitrice n'est nullement en cessation des paiements ; en revanche, il existe bel et bien un risque de contrepartie puisqu'il est possible que le créancier soit plus difficilement rempli de ses droits qu'il ne l'escomptait (FOSTER, 1986 ; MALECOT, 1991).

C'est à ces types de situations que nous nous intéressons ici. Dans une pareille situation, le créancier n'a guère que deux possibilités : l'intransigeance ou la renégociation. L'intransigeance se comprend : le créancier, fondamentalement, peut exiger, y compris devant le juge, que sa créance échue soit honorée hic et nunc. C'est oublier l'existence de l'aléa judiciaire, de la longueur des procédures, ainsi que de la possibilité de l'octroi par le juge de délais de grâce d'une durée maximale de deux ans - y compris en présence d'une clause résolutoire de plein droit du bail commercial pour défaut de paiement du loyer. C'est oublier, surtout, qu'en cas d'ouverture d'une procédure collective, les parties perdent la main (CHOPARD, 2005). Aussi n'est-ce qu'en cas de mauvaise foi avérée du débiteur que l'intransigeance s'avère inéluctable. En dehors de ce cas-là, plus marginal qu'on ne le croit, la renégociation et la recherche de solutions amiables de nature contractuelle se révèlent autrement plus efficaces.

Érigeant en « lois des parties » les accords librement conclus pour apurer le passif du débiteur, la contractualisation est un outil remarquable de sécurisation des relations commerciales. Mais si la sécurité juridique fait partie de l'essence même de la contractualisation, on aboutit immédiatement à un paradoxe : dans la très vaste majorité des cas, la dette à rééchelonner pour apurer le passif est elle-même issue d'un contrat. A ce titre, elle est censée être intangible, au nom du même principe de sécurité juridique : ainsi, le principe d'intangibilité contractuelle, sur lequel le principe de sécurité juridique est fondé, n'est pas un principe absolu et il cède lorsqu'est en jeu la survie d'une entreprise - au nom de l'ordre public économique de protection. Au demeurant, cette autolimitation de l'intangibilité contractuelle admet d'autres fondements – la théorie des parties prenantes et la responsabilité sociale de l'organisation, autrement dit deux éléments-clés de l'éthique des affaires. Et au-delà des sciences juridiques, c'est clairement à ce dernier domaine, celui de l'éthique des affaires et de la responsabilité sociétale des entreprises, que cette contribution peut apporter.

L'hypothèse de base est qu'en tant qu'elle constitue un outil souple et sûr, la contractualisation protège parfois l'entreprise de la déconfiture (GILSON et autres, 1990). On tente donc de dégager les atouts de cette technique. Dans le même temps, la contractualisation n'est pas toujours efficace ; dans le cas contraire, il n'y aurait plus de recours au juge. Quels sont donc les risques et limites inhérents à la technique de contractualisation ?

Après avoir explicité les fondements méthodologiques de l'étude, on envisagera successivement les facteurs d'efficacité de la contractualisation puis les facteurs de risque.

## **1.2. Fondements méthodologiques.**

Si la littérature théorique en sciences juridiques semble faire peu de cas du recours à la contractualisation appliquée au plan conventionnel d'apurement des dettes, c'est parce que cette technique juridique est primordialement envisagée sous l'angle de la théorie générale des contrats. Pour l'essentiel, en effet, les recherches sur les plans conventionnels d'apurement du passif se concentrent sur la question des aides publiques et parapubliques indirectes qui peuvent être consenties par les créanciers concernés (services fiscaux et URSSAF) et leurs incidences notamment au regard des éventuelles atteintes à la concurrence libre et non faussée. En d'autres termes, s'agissant des données construites relevant des sciences juridiques, elles concernent principalement la théorie générale des contrats. Nous nous sommes également appuyées sur les travaux que les sciences économiques et de gestion consacrent à ces questions.

En ce qui concerne les données primaires, elles sont de trois ordres. Nous avons procédé à une analyse minutieuse des différents textes législatifs et réglementaires applicables. Nous avons analysé le corpus jurisprudentiel, d'ailleurs assez indigent, disponible sur cette question. Enfin, en raison de notre activité de praticien depuis près de dix ans, nous avons eu, au fil du temps, accès à un corpus textuel très riche en matière de contrats et de négociations contractuelles, y compris pour des apurements de passif. Ce corpus, utilisé de manière anonyme (secret professionnel oblige), nous permet de préciser notre propos : quels sont les facteurs d'efficacité de la contractualisation pour que les P.M.E. surmontent la défaillance ? Quels en sont les points faibles ?

## **2. La contractualisation, outil efficace pour prévenir les défaillances.**

La contractualisation n'est rien d'autre que la technique par laquelle au moins deux parties créent, d'un commun accord, des règles de droit à caractère obligatoire pour elles seules. Cette technique est cruciale pour limiter les effets pernicioeux de difficultés de paiement. En effet, la prise en compte de la commune intention des parties et la possibilité de conclure un contrat répondant très précisément à leurs préoccupations constituent des atouts cruciaux, totalement absents de la procédure de redressement judiciaire (2. 3). Celle-ci présente deux autres mérites

: tout d'abord, la contractualisation s'accommode parfaitement de la confidentialité (2. 1) ; ensuite, elle permet de trouver une solution bien plus vite que la procédure judiciaire (2. 2).

### **2.1. Une efficacité liée à la confidentialité.**

Lorsqu'une entreprise, sans être en cessation des paiements depuis 45 jours ou plus, connaît des difficultés de trésorerie et tente donc d'obtenir la restructuration de tout ou partie de son passif, deux cadres juridiques sont possibles. Soit l'entreprise débitrice recourt à une renégociation purement privée ; soit elle se situe dans le cadre d'une procédure spécifique d'ordre préventif, d'essence contractuelle mais sous le contrôle du juge : la conciliation. Dans les deux cas, l'entreprise débitrice a vocation à être protégée par une forme de droit à la confidentialité.

Au nom du principe de liberté contractuelle, ce qui n'est pas interdit par la loi est permis aux parties, à condition qu'elles le veuillent. Il est, dès lors, tout à fait loisible pour une société d'exiger, avant même toute renégociation de sa dette, un secret absolu de la part de ses interlocuteurs (PEROCHON, 2014).

#### **Plusieurs remarques s'imposent à ce sujet.**

Tout d'abord, dans la pratique, il est extrêmement courant qu'aucune négociation en vue d'aboutir à un partenariat commercial ne démarre sans signature préalable d'une convention de confidentialité, d'une durée indéterminée, portant non seulement sur le partenariat objet de la négociation, mais en outre sur toutes ses modifications ultérieures. Si toutes les informations à caractère stratégique entrent dans la définition (conventionnelle) des informations confidentielles, tel est également le cas des informations à caractère financier, tant que le contrat produit ses effets et, systématiquement, pendant une durée assez longue après que les relations contractuelles ont pris fin. Assurément, la renégociation privée de la dette de l'entreprise débitrice entre dans le champ d'application d'une telle clause de confidentialité, que l'obligation soit stipulée dans un contrat de confidentialité autonome ou insérée dans la convention principale.

Ensuite, au plan technique, l'obligation de confidentialité s'analyse en une obligation de résultat, le plus souvent stipulée sous la forme d'une obligation de ne pas faire. La partie tenue au secret s'interdit de divulguer ou de laisser divulguer les informations couvertes par le

secret. Que le secret soit dévoilé et elle engage immédiatement sa responsabilité, sauf à prouver qu'elle n'est ni directement ni indirectement à l'origine de cette fuite. Il lui appartient donc d'établir que ni elle-même ni un de ses salariés, prestataires ou sous-traitants n'est l'auteur de la divulgation - ce qui est pour le moins malaisé, sauf à identifier un tiers responsable. Les clauses de confidentialité prévoient en général des sanctions pécuniaires dissuasives afin de garantir que les parties respecteront cet engagement. Certes, comme toute sanction contractuelle pécuniaire, celle-ci est susceptible de modification par le juge ; encore faut-il que celui-ci établisse que ce dédommagement présente un caractère manifestement excessif. Les informations confidentielles (au premier rang desquelles, les informations à caractère financier) étant de nature stratégique et directement liées à la vie même de l'entreprise, dans l'écrasante majorité des cas, le juge ne pourra pas estimer que le dédommagement est « manifestement excessif » (article 1231-5 du Code civil).

Par surcroît et quand bien même aucun des partenaires commerciaux n'aurait eu la présence d'esprit de stipuler une obligation de confidentialité, le créancier qui divulguerait l'existence d'une négociation en vue de l'apurement du passif de son débiteur commettrait une double faute : juridique d'une part, stratégique d'autre part.

Juridiquement, par hypothèse, aucune obligation ne vient spécifiquement interdire à une partie de dévoiler aux tiers l'existence d'une renégociation privée sur l'apurement du passif de son co-contractant. Cependant, les conventions doivent être formées et exécutées de bonne foi : la renégociation visant à modifier une convention préexistante, elle se situe en phase d'exécution de celle-ci. Or, en divulguant une telle information, le créancier met gravement en péril les intérêts fondamentaux de son débiteur - au demeurant protégés par les articles 10 (2) et 8 de la Convention Européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme (C.E.D.H.) (BURGOGUE-LARSEN, 2012). La mauvaise foi du créancier serait ici constituée, sauf s'il parvient à prouver l'absence d'intention de nuire à son débiteur - ce qui heurte la logique la plus élémentaire.

Du point de vue stratégique, dévoiler une telle information est aberrant. En effet, si une renégociation privée est en cours, c'est que l'entreprise débitrice n'est pas en cessation des paiements. Elle peut donc espérer honorer ses créanciers, conserve des perspectives de croissance et justifie d'un portefeuille clients. Même si elle traverse des difficultés, elle n'est pas à l'agonie. Or, la divulgation de cette renégociation privée ruine toutes les perspectives

d'amélioration de sa situation. En effet, les créanciers qui ne seraient pas informés de cette renégociation privée -parce qu'ils seraient honorés en temps utile - retireront immédiatement leur confiance à la société débitrice dont le scoring sera automatiquement dégradé (ALTMAN, 1968 ; AKERLOFF, 1970 ; ALTMAN et SAUDERS, 1998) : cette situation aboutira à un net raccourcissement des délais de paiement aux fournisseurs, à un renchérissement voire à une impossibilité d'accéder à des crédits à court terme (BLOCH et autres, 1997). Symétriquement, et sauf si la société débitrice est en situation quasi-monopolistique, le portefeuille clients risque fort de s'étioler : légitimement inquiets que leurs commandes ne puissent plus être honorées, les clients seront enclins à se rapprocher des concurrents de la société débitrice. Par surcroît, à l'heure où les réseaux sociaux et l'internet aboutissent à une incroyable accélération des flux d'informations, la réputation de l'entreprise subirait un préjudice irréparable (BOISTEL, 2008).

Dans ces conditions, alors même qu'elle conservait naguère de vraies perspectives de poursuite de son activité, la société confrontée à des difficultés conjoncturelles serait rapidement réduite au dépôt de bilan. Or, dans la très grande majorité des cas, l'ouverture d'une procédure collective à la suite d'une cessation des paiements aboutit à une liquidation judiciaire (JACQUEMONT et VABRES, 2015). Dans pareil cas, les créanciers chirographaires n'ont pratiquement aucune chance de recouvrer leurs créances en raison du jeu des privilèges légaux et conventionnels.

On en conclut donc que, sauf à ce que le créancier soit mu par un comportement totalement erratique, il n'a de toute façon aucun intérêt à dévoiler l'existence, le déroulement ou le résultat de la renégociation privée qu'il mène avec son débiteur - sauf, évidemment, à des professionnels tenus au secret : avocat, expert-comptable, commissaire aux comptes.

Ainsi, la contractualisation dans le cadre d'une renégociation privée en vue d'apurer le passif d'une société en difficulté est consubstantiellement liée au secret. Celui-ci marque aussi de son empreinte, gravée dans le marbre législatif, la procédure de conciliation.

Mandat ad hoc et conciliation sont les deux procédures existant en droit français dans le cadre de la prévention des difficultés des entreprises. Issues d'une loi de 2005 (Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005) modifiée en 2014 (Ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014), ces deux procédures aboutissent à ce qu'un tiers nommé par le juge assiste voire procède aux négociations entre une entreprise et les parties prenantes qui gravitent autour d'elle. Le

mandataire ad hoc voit sa mission fixée par le juge - le législateur ayant manifestement entendu ne pas s'immiscer. Le conciliateur intervient pour assister une entreprise qui « éprouve une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible, et [qui] ne se trouve pas en cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours » (article L.611-4 du Code de commerce).

Dans les deux cas, en pratique, le tiers désigné par le juge procède à la renégociation de tout ou partie du passif ; rien ne peut contraindre les créanciers d'y participer, mais ceux qui ont accepté la renégociation sont tenus de respecter le plan qui en est résulté. Certains auteurs (MALECOT, 1991 ; JACQUEMONT et VABRES, 2015) observent que plus de 80% des entreprises ayant eu recours à ces procédures ont réussi à éviter le dépôt de bilan (ce dernier conduisant, selon les mêmes auteurs, à la liquidation judiciaire dans 88% des cas). Il s'agit donc d'un indiscutable succès en raison, notamment, de leur caractère strictement confidentiel.

En effet, seuls le Ministère Public et le commissaire aux comptes sont informés tant de l'ouverture de la procédure que de sa clôture : dans les deux cas, ils sont tenus au secret professionnel. Et, si les salariés bénéficient d'une forme de droit à l'information, celui-ci est restreint et ne se manifeste véritablement que si la convention d'apurement du passif fait l'objet d'une homologation. En effet, cette convention peut aboutir soit à une constatation, soit à une homologation. Permettant toutes deux au juge de donner force exécutoire à l'accord intervenu, ces deux voies divergent sur trois points : en premier lieu, seule l'homologation entraîne la mainlevée des interdictions bancaires (notamment celle d'émettre des chèques) qui pouvaient frapper le débiteur ; ensuite, l'homologation fait l'objet d'une publicité au BODACC, l'accord lui-même, déposé au greffe du Tribunal, n'étant communiqué qu'aux personnes ayant un intérêt à en avoir connaissance ; enfin, la protection des créanciers est accrue en cas d'homologation.

Si l'on examine plus attentivement la publicité du prononcé de l'homologation, plusieurs observations s'imposent.

En premier lieu, la publicité est matérialisée par une insertion au BODACC, mais non au RCS: l'homologation de la convention d'apurement du passif n'apparaîtra donc pas au K-Bis de la société débitrice.

Ensuite, seule l'existence de l'accord, et non pas la teneur de celui-ci, fait l'objet d'une formalité de publicité. Toutefois, cette limitation peut s'avérer dangereuse. En effet, qu'un nouveau partenaire commercial potentiel ne puisse pas avoir connaissance du fond de l'accord risque d'alimenter toutes sortes de supputations et de motifs de méfiance. Le BODACC est en ligne et il est très aisé d'avoir connaissance de l'existence d'un tel accord : le caractère très parcellaire de l'information risque fort de saper les bases de la confiance nécessaire à l'établissement de relations commerciales fructueuses. Puisque l'un des atouts majeurs des procédures judiciaires de prévention de la défaillance n'est autre que la confidentialité, était-il réellement indispensable de prévoir une telle publicité, fût-elle minimaliste ? Il est permis d'en douter fortement.

Enfin l'obligation de confidentialité revêt un caractère légal et s'impose à « toute personne qui est appelée à la procédure de mandat ad hoc ou de conciliation ou qui, par ses fonctions, en a connaissance » (article L. 611-15). Cette confidentialité concerne donc la société débitrice et l'ensemble de son personnel, les membres de l'autorité judiciaire (juge consulaire, greffe, Ministère Public), le mandataire ad hoc ou le conciliateur, les créanciers de l'entreprise en difficulté et leurs conseils respectifs (avocats, experts-comptables, etc.). Elle prime toute autre considération et liberté, y compris la liberté de la presse, comme la Cour de cassation l'a rappelé par un arrêt du 15 décembre 2015 (FIORI-KHAYAT, 2016).

Ainsi, qu'elle procède de la seule volonté des parties ou qu'elle se situe dans le cadre des procédures de prévention des difficultés, la confidentialité constitue l'une des pierres angulaires du processus de contractualisation entre la société en difficulté et ses créanciers. Cette confidentialité est en effet nécessaire tant à l'instauration d'un climat de confiance entre les parties à la négociation qu'à la protection de l'entreprise débitrice contre les attaques des concurrents, la défiance des clients et les atteintes à la réputation. Elle contribue grandement à l'efficacité de la contractualisation comme outil permettant aux P.M.E. de surmonter la défaillance. Mais la contractualisation présente un autre avantage, celui de la rapidité.

## **2.2. Une efficacité liée à la rapidité.**

Quels qu'en soient les motifs, la Justice a besoin de temps. Or, pour une entreprise qui traverse une situation délicate, le temps est un ennemi. Il aboutit à une augmentation des pénalités moratoires, à une dégradation du scoring de l'entreprise débitrice, à une perte de clientèle, ainsi qu'à des dommages irréversibles sur sa réputation. En d'autres termes,

l'existence de difficultés d'ordre économique ou financier, potentielles ou avérées, susceptibles de conduire à la défaillance de l'entreprise impose une réponse rapide, si ce n'est immédiate.

La contractualisation apparaît, dans un tel contexte, particulièrement séduisante : elle permet au chef de l'entreprise en difficulté, assisté par ses conseils, de prendre immédiatement contact avec ses créanciers critiques pour proposer un plan d'apurement. Dans certains cas, la quasi-totalité du projet de rééchelonnement est portée par le débiteur. Ainsi, l'entreprise débitrice d'U.R.S.S.A.F. et incapable de faire face, dans les délais impartis, aux montants parfois conséquents des régularisations, peut proposer elle-même un plan de rééchelonnement tenant compte de sa situation actuelle et de ses perspectives futures : il n'existe pas de durée maximale pour ce rééchelonnement. Le silence du créancier de charges sociales valant acceptation du plan d'apurement, il est rapide -au plan juridique du moins- de restructurer la dette sociale de l'entreprise. Certes, celle-ci aura à s'acquitter de pénalités d'un montant de 10% de la somme réclamée ; toutefois, une fois sa dette soldée, il lui sera loisible de demander la remise de cette pénalité (et donc son remboursement) auprès du créancier. Des observations issues de la pratique, cette demande est systématiquement accueillie, pour peu que le plan conventionnel élaboré par le débiteur ait été respecté. Une remarque analogue vaut pour les dettes fiscales et, là encore, les remises de pénalités sont octroyées, sous réserve que d'une part les échéances de paiement des dettes soient respectées, et d'autre part le redevable se manifeste au plus vite, dès qu'il lui apparaît que les liquidités disponibles ne lui permettront pas d'honorer à temps sa dette fiscale.

Les dettes fiscales et sociales constituant un poste de charges extrêmement lourd dans le budget des P.M.E., on comprend que les facultés d'anticipation et la réactivité dont la P.M.E. fait preuve sont des éléments déterminants : si l'entreprise est confrontée à une difficulté majeure mais temporaire d'ordre financier, il lui sera possible de négocier un rééchelonnement ou un report de sa dette et, par conséquent, éviter une cessation des paiements.

La rapidité est également de mise dans les relations avec les créanciers privés, notamment avec les fournisseurs. Il s'avère toutefois que la situation est nettement plus complexe. Tout d'abord, en effet, le créancier victime d'un défaut de paiement ou d'une demande de restructuration de sa créance peut être lui-même en péril : ses prévisions de trésorerie et ses prévisions financières ont été établies sur la base que ses débiteurs honoreront leur signature

en temps utile. Les retards de paiement et les défauts de paiement ont un effet en cascade : ils affectent directement la trésorerie du créancier qui, à son tour, peut éprouver des difficultés pour honorer ses propres créanciers.

Par surcroît, jusqu'en 2005, le créancier qui octroyait des reports, voire des extinctions partielles ou totales, de créances à une société au bord d'une inévitable cessation des paiements voyait sa responsabilité engagée au motif d'un soutien abusif à l'entreprise débitrice. Aidant à repousser une cessation des paiements déjà inéluctable (BROCKNER, 1992), il avait donc porté préjudice à d'autres créanciers. Dans pareil cas, on allait très au-delà de la réalisation du risque de contrepartie : celui-ci conduit à ce que le créancier ne recouvre pas totalement ou pas aisément le montant de la créance ; à ce risque venait s'en ajouter un autre, à savoir le dédommagement des autres créanciers lésés et, plus généralement, l'indemnisation de l'intégralité du préjudice subi (SEVERIN, 2006). Il s'agissait donc d'un risque crucial pour le créancier qui, à la suite d'une action en responsabilité pour soutien abusif, pouvait se retrouver en liquidation judiciaire. Certes, la nouvelle rédaction de l'article L.650-1 du Code de commerce a introduit de nombreux garde-fous. Il reste que le risque vital pour l'entreprise créancière demeure solidement ancré dans la mémoire des conseillers que sont les avocats et les experts-comptables ; en tout état de cause, le soutien excessif à une entreprise en difficulté serait constitutif d'un acte anormal de gestion avec toutes les conséquences, notamment fiscales, qui en découlent.

Ainsi, on observe déjà que c'est avec les créanciers privés que les négociations sont, souvent, les plus âpres. Mais, là encore, la célérité est de mise. L'objectif de la société débitrice est d'éviter la déconfiture et, partant, d'honorer son créancier. Celui-ci a pour but de recouvrer les sommes dues le plus vite possible et dans leur intégralité. Le créancier n'a donc pas intérêt à se montrer intransigeant : une attitude trop rigoureuse risquerait d'aboutir, pour son débiteur, à des « difficultés insurmontables » de nature à justifier l'ouverture d'une procédure de sauvegarde. Dans pareil cas, la probabilité d'un recouvrement rapide et intégral de la créance est à peu près nulle. De plus, face à un créancier rigoriste, la société débitrice acculée peut être tentée de saisir le juge d'une demande de délais de grâce sur le fondement de l'article 1224-1 du Code civil : le juge peut alors accorder un moratoire d'une durée de deux ans maximum.

Ainsi, le créancier qui entendrait, coûte que coûte, faire respecter le contrat peut se retrouver dans une situation bien moins enviable que celle qu'il avait lorsque le débiteur lui a demandé un rééchelonnement (JENSEN, 1994). Dès lors, les deux parties ont intérêt à s'entendre au plus vite. Il n'est d'ailleurs pas incongru d'observer que la mission du conciliateur ne peut pas, en principe, excéder quatre mois et, en tout cas, ne peut jamais se poursuivre au-delà de cinq mois. Dans ces conditions, surtout lorsque les négociations sont conduites avec l'aide d'un tiers (y compris un avocat ou un expert-comptable en cas de renégociation privée), il est légitime d'estimer que quelques semaines suffisent pour s'entendre sur un plan de rééchelonnement. Certes, plus le nombre de créanciers et de dettes à rééchelonner sera important, plus longues et complexes seront les négociations. Mais leur durée restera largement inférieure au temps écoulé entre la saisine d'une juridiction et le prononcé de la décision.

Quant au coût de la négociation d'un apurement, s'il est avéré que certains plans ont nécessité un travail substantiel et ont mobilisé des ressources financières conséquentes, le corpus contractuel étudié montre qu'il s'agit en général de grandes entreprises. Pour ce qui est des P.M.E., les ordres de grandeur sont nettement moins élevés et, en tout état de cause, ne semblent pas supérieurs aux ressources financières et humaines mobilisées en cas de saisine d'une juridiction – au contraire (HAUGEN et SENBET, 1985).

Ainsi, la rapidité joue un rôle majeur pour l'efficacité de la renégociation et donc pour les chances de survie de l'entreprise. Mais ce n'est pas là que se situe l'atout majeur de la contractualisation comme parade à la défaillance. Ce qui assure à la contractualisation son succès et son efficacité tient au fait qu'elle reflète, en principe, la commune intention des parties.

### **2.3. Une efficacité liée à la prise en compte de la commune intention des parties.**

Pendant plusieurs siècles, le respect du contrat tel que les parties l'avaient initialement voulu faisait pratiquement figure de dogme : « Pacta sunt servanda » incarnait l'intangibilité contractuelle issue du droit canonique et adoptée en l'état dans le Code civil de 1804. Bref, si une entreprise souhaitait rééchelonner sa dette, elle ne disposait pas de beaucoup d'arguments juridiques (CHOPARD, 2005) hormis la procédure de prévention des difficultés : seules lui étaient ouvertes la voie de l'article 1244-1 du Code civil (qui permet d'obtenir un moratoire d'une durée maximale de deux ans) et la renégociation laissée de fait au bon vouloir du

créancier, en situation de force. La réforme du droit des obligations change totalement de paradigme en consacrant, pour le débiteur, un droit de demander au créancier - voire, en cas de refus, au juge - la révision du contrat en cas de survenance d'événements hors de son contrôle. Mais, indépendamment même de la réforme, les parties pouvaient, et peuvent toujours, réaménager les créances existant entre elles : tout l'enjeu pour le créancier est alors d'obtenir les assurances les plus élevées possibles que le débiteur le remplira de ses droits ponctuellement et intégralement (SEVERIN, 2006). Il lui appartient donc de limiter, si nécessaire, la marge de manœuvre du débiteur qui, à défaut, pourrait s'engager sur des voies hasardeuses, diminuant davantage encore son actif : à cet égard, la liberté contractuelle, même si elle est moins vaste qu'outre-Atlantique, offre des perspectives particulièrement séduisantes.

Le nouvel article 1196 du Code civil consacre la notion dite de révision pour imprévision. Sous cette expression, se cache une situation banale : dans une relation commerciale durable, le fournisseur voit, au fil du temps, sa marge bénéficiaire diminuer voire disparaître à la suite de circonstances qui, d'une part, échappent à son contrôle et, d'autre part, ne pouvaient pas être raisonnablement prévues lors de la conclusion du contrat.

En règle générale, les parties ont été suffisamment prévoyantes pour stipuler une clause de sauvegarde dont l'objet même est, par définition, de régir pareille situation. Toutefois, si les parties ont été imprévoyantes, la survenance d'événements hors contrôle et ayant des impacts sévères sur la marge brute du fournisseur peut non seulement nuire à la bonne marche du contrat mais, en outre, parce que ce déséquilibre bouleverse les prévisions financières, mettre en péril la vie même du fournisseur (DEHARO, 2011).

En l'absence d'une clause de sauvegarde et confronté à de tels événements, le débiteur de l'obligation devenue excessivement onéreuse - sans être matériellement impossible à exécuter - n'avait d'autre choix que de tenter une renégociation avec le créancier. En théorie, celui-ci avait intérêt à se montrer conciliant avec son cocontractant, surtout dans un partenariat stratégique où la logique plaide pour un degré raisonnable de compréhension et d'assistance entre les parties prenantes. La situation est sensiblement moins équilibrée lorsque la relation n'est pas cruciale pour le créancier, que le marché est fortement concurrentiel avec de nombreux opérateurs économiques présents. Dans pareil cas, on observe qu'il est rare que le créancier de l'obligation devenue exagérément onéreuse fasse preuve de magnanimité : son

intérêt est davantage de faire exécuter l'obligation par un tiers aux frais et risques du débiteur, si celui-ci n'exécute pas lui-même.

Entrée en vigueur le 1er octobre 2016 et applicable à tous les contrats conclus depuis cette date, le nouvel article 1196 du Code civil change sensiblement la donne. Tout d'abord, il octroie au fournisseur un droit incontestable de demander l'ouverture de négociations. Si son cocontractant accepte, il est tenu de participer de bonne foi à cette négociation. En cas de succès, ce sont bien évidemment les nouvelles stipulations qui s'appliquent. En cas d'échec des négociations ou de refus du cocontractant, le fournisseur peut saisir le juge qui devra alors modifier le contrat en prenant en compte, le mieux possible, les intérêts antagonistes des deux parties.

Compte-tenu de la durée de la procédure et des frais engagés, alors même que, tant que le contrat n'aura pas été modifié (conventionnellement ou judiciairement), il continuera à produire les effets initialement stipulés, il est hautement probable d'assister à des assignations-pressions. Une partie aux abois assigne son cocontractant en réfaction judiciaire pour l'amener, de gré ou de force, à négocier. Les parties sont parfaitement conscientes du jeu de dupes et savent que le dossier n'a pas vocation à toucher la barre. Tout l'enjeu est de s'entendre sur les nouvelles modalités d'exécution du contrat. Pour discutabile qu'elle soit au plan éthique, cette attitude peut permettre de débloquent certaines situations qui, en pourrissant, conduisent inévitablement au dépôt de bilan. Une telle démarche ne peut s'envisager qu'en dernier recours et ayant conscience de la dégradation irréversible qu'elle entraîne dans les relations contractuelles : assigner son cocontractant, fût-ce pour faire pression, revient à mettre fin au contrat à plus ou moins court terme, et donc, pour le fournisseur, à perdre un client.

Bref, ce nouvel article 1196 du Code civil, risque de s'avérer parfois contreproductif. En tout état de cause, son efficacité sera largement fonction de la capacité que les parties auront eue d'anticiper la survenance de difficultés.

De plus, que les parties se prévalent ou non de l'article 1196 du Code civil, elles restent libres de réaménager à leur guise le contrat qui les lie -tant qu'elles ne contreviennent pas aux textes à caractère impératif. En particulier, lors des processus de restructuration conventionnelle de dettes pour éviter une cessation des paiements, le créancier est parfaitement fondé à exiger que son débiteur s'abstienne de prendre quelque mesure que ce soit qui pourrait aggraver sa

situation financière ou mettre en péril le remboursement de la dette. Connues sous le nom de covenants outre-Atlantique, où elles ont fait l'objet d'études théoriques substantielles (SMITH et WEBER, 1979 ; BRATTON, 2006), ces stipulations sont tout à fait licites et courantes ici. Leur atout majeur est de permettre une protection très fine des intérêts du créancier, qui sera ainsi plus enclin à accepter une restructuration du passif.

Quoique très diverses par leur objet, les stipulations issues de covenants obéissent, de ce côté-ci de l'Atlantique, à un même régime, pour des raisons stratégiques. Nonobstant l'unicité de ce régime, les stipulations en cause permettent de couvrir finement le créancier contre deux types de risques : ceux qui proviennent d'un changement de gouvernance d'une part, et ceux qui proviennent de choix hasardeux en matière économique et financière d'autre part.

L'étude du corpus contractuel met en évidence que, pour limiter les risques d'inexécution, le créancier tend à stipuler les engagements du débiteur en la forme d'obligations de ne pas faire (SMITH et WARNER, 1979 ; BRATTON, 2006). En d'autres termes, le débiteur s'interdit de prendre telle ou telle mesure ou décision, soit en tout état de cause, soit si certaines conditions ne sont pas réunies, à peine de sanctions -lors de restructurations de dettes, la déchéance du terme est systématique et des pénalités sont fréquemment ajoutées (SEVERIN, 2006).

Le choix de l'obligation de ne pas faire tient au fait que, par nature et automatiquement, il s'agit d'une obligation de résultat.

On comprend donc aisément que les obligations cruciales dans la restructuration de dettes soient stipulées sous la forme d'obligations de ne pas faire. Mais quelles sont ces obligations ?

Répondre à cette question en proposant, notamment, une typologie est moins aisé qu'on ne le croit. En effet, il s'agit de protéger les intérêts du créancier (sans attendre du débiteur qu'il se mette dans une situation intenable) en sorte que les clauses sont précisément adaptées à une relation commerciale établie (BERLIN et MESTER, 1992). Schématiquement, deux grandes catégories de stipulations coexistent : les catégories visant le pouvoir politique (cf. rôle de la gouvernance) et celle visant le pouvoir financier.

Les juristes distinguent traditionnellement deux types de prérogatives quant aux sociétés (FIORI-KHAYAT, 2007) : les prérogatives d'ordre politique et celles d'ordre financier. Les premières ont trait à toutes les questions de gouvernance lato sensu, les secondes concernant l'ensemble des choix à caractère économique et financier. Dans cette perspective, on

envisagera les stipulations les plus usitées en matière de gouvernance et en matière économique et financière.

Le créancier peut légitimement redouter de ne pas être rempli de ses droits au gré d'un plan d'apurement du passif de son débiteur (WILLIAMSON, 1988). En particulier, le risque pour le créancier existe de voir le débiteur voter sa dissolution et procéder subséquentement à une liquidation amiable ou, beaucoup plus fréquemment, faire l'objet d'une fusion-absorption. Un autre risque majeur est de voir l'équipe dirigeante être ultérieurement évincée au profit de personnes au profil spéculateur ou ayant un appétit plus aiguisé pour le risque. Par nature, ces différentes évolutions de gouvernance ont des conséquences directes et flagrantes pour le créancier (JENSEN et MERCKLIN, 1976). Certes, qu'il s'agisse d'une décision de dissolution suivie d'une liquidation amiable ou d'une absorption, le créancier a vocation à être payé. Toutefois, la relation qu'il entretient avec son client est vouée à se détériorer : elle prendra évidemment fin en cas de dissolution-liquidation, et elle est marquée par l'incertitude la plus complète en cas de fusion-absorption car rien ne permet de dire que la société absorbante conservera son partenariat avec le créancier, ni, à plus forte raison, que cette relation présentera encore l'intérêt stratégique qu'elle avait jusque-là.

Lorsque le créancier n'entre pas au capital de la société débitrice, il tend toutefois à verrouiller les marges de manœuvre du cocontractant. Ainsi, il peut prévoir que toute modification significative de la détention capitalistique (par exemple) entraînera la déchéance immédiate du terme. Ce mécanisme est ingénieux car il recourt à une sanction dissuasive mais proportionnée au but à atteindre et à l'intérêt à défendre (BERLIN et MESTER, 1992).

Outre-Atlantique, il est fréquent que le débiteur s'interdise de prendre de nombreux types de décisions sans l'accord préalable du créancier (SMITH et WARNER, 1979 ; BRATTON 2006). Séduisante par la sécurité qu'elle apporte (au créancier), cette démarche est toutefois extrêmement risquée de ce côté-ci de l'océan : le risque majeur, en effet, est de voir le créancier - ainsi investi d'un pouvoir d'autoriser ou d'interdire telle ou telle mesure - être qualifié de gérant de fait (comp. BRATTON, 2006), avec toutes les conséquences qui s'y attachent.

La difficulté de la contractualisation comme outil de verrouillage de la gouvernance au service du créancier dans le cadre d'un plan d'apurement du passif tient donc à une délicate proportionnalité. Certes, le créancier doit être en mesure de se prémunir contre les décisions

qui, à terme, le spolieraient de ses droits. Mais son pouvoir n'a pas vocation à aller au-delà. Il doit s'en tenir strictement à sa qualité de créancier car c'est cette fonction qui, précisément, fixe la portée et la limite de ses prérogatives : pour autant que la mesure conventionnellement stipulée apparaît nécessaire et proportionnée à la sauvegarde des intérêts du créancier, elle sera licite ; qu'elle ne soit pas absolument nécessaire ou qu'elle paraisse disproportionnée, et elle risque d'être écartée par le juge sur le fondement de l'abus de droit (imputable au créancier). Certes, les parties -fussent-elles toutes de nationalité française - pourraient être tentées de soumettre la convention d'apurement du passif à une loi étrangère qui donne au créancier une latitude importante pour s'immiscer dans la gestion de la société débitrice. Toutefois, ce montage s'avèrera certainement infructueux comme constitutif d'une fraude à la loi car les règles relatives au gérant de fait sont impératives. En d'autres termes, lorsque la contractualisation vise à verrouiller la gouvernance, seul le droit français a vocation à s'appliquer.

Au plan financier, l'objectif de la convention d'apurement du passif est double : d'une part, il s'agit d'obtenir que le créancier soit rempli de ses droits tandis que le débiteur échappe à la déconfiture (SMITH et WARNER, 1979 ; BRATTON, 2006) ; d'autre part, il vise à renforcer et pérenniser la relation commerciale. Deux risques majeurs peuvent se présenter et, là encore, la contractualisation constitue une parade efficace : le risque de dilapidation d'une part, le risque de sous-investissement d'autre part.

En ce qui concerne le risque de dilapidation, il se rattache au système dit de « l'incitation adverse » (STIGLITZ et WEISS, 1981 ; CHOPARD, 2005). Le danger est alors de voir disparaître les liquidités affectées à des projets censément rémunérateurs mais fondamentalement risqués, ou les actifs risqués perdre en valeur. Dans les deux cas, la trésorerie de la société débitrice est obérée et, par conséquent, sa capacité à honorer ses créanciers est mise en péril. Tel est particulièrement le cas lorsque le débiteur nantit au profit du créancier des actifs incorporels qui soit lui appartient (FISHER et MARTEL, 1994 ; SEVERIN, 2006). Dans cette situation, ce qui est donné en nantissement, c'est l'universalité constituée par les actifs incorporels et non pas la valeur de ces actifs : l'étendue des droits du créancier nanti varie donc selon le cours de chacun de ces actifs. Pour éviter des démarches spéculatives, le créancier peut se prémunir en limitant les possibilités d'investissement de la société débitrice. En cas de nantissement de valeurs mobilières, il peut tout à fait n'autoriser que des investissements sur certains types de valeurs (les valeurs bancaires; l'or, la dette

souveraine de tel ou tel Etat), voire sur certaines sociétés, en interdisant tout autre investissement. En revanche, s'il n'est pas bénéficiaire d'un tel nantissement et ne peut exercer son droit de gage que de manière générale, sa latitude contractuelle est moindre : une immixtion trop nette dans la gestion financière de la société débitrice transformerait le créancier en gérant de fait. Il importe alors que le créancier stipule très clairement qu'un montant suffisant pour honorer l'échéance à venir soit affecté sur un compte dédié à cette fin ; telle est, en tout cas, la solution la plus communément adoptée.

En ce qui concerne le risque de sous-investissement (JACKSON, 1982, 1986 ; BAIRD et JACKSON, 1988 ; BLAZY, 2000 ; CHOPARD, 2005), il procède presque du raisonnement inverse. La société débitrice ne se presse guère d'investir en considérant que les retours sur investissement profiteront, dans les faits, plus à ses créanciers qu'à elle-même. Là-dessus, la marge de manœuvre du créancier est limitée et la contractualisation atteint ses limites. Le créancier ne peut pas imposer à sa débitrice un plan de développement ou d'investissement, ni un volume minimal d'investissements, toujours à cause du risque d'être considéré comme gérant de fait. En revanche, des mécanismes incitatifs sont efficaces comme l'absence de pénalités en cas d'apurement anticipé de la dette.

Ainsi, la contractualisation se révèle être un outil d'une excellente efficacité pour prévenir la déconfiture des sociétés, permettant aux P.M.E. de « mâter la défaillance ». Pour autant, elle ne peut pas être portée aux nues : si efficace soit-elle, elle ne porte pas toujours ses fruits. C'est déjà pressentir qu'elle peut être tenue en échec. A l'instar de tous les autres outils juridiques, la contractualisation admet donc des limites.

### **3. La contractualisation, outil parfois risqué.**

La contractualisation, pour être pleinement efficace, suppose qu'une relation de confiance suffisamment forte se soit établie entre les parties, de telle sorte que chacune d'elles ait en tête certes son propre intérêt mais aussi celui de son cocontractant. L'éthique n'y trouve pas toujours son compte. La débitrice peut être tentée de cacher à son interlocuteur des éléments d'information importants. Pire encore : le créancier peut, à tort mais de bonne foi, penser que la débitrice lui cache de telles informations. C'est dire que les risques liés à l'asymétrie d'information, avérée ou alléguée, sont redoutables (3. 1) car ils sapent la confiance nécessaire tant à l'élaboration d'un plan d'apurement viable qu'à son exécution. Mais au-delà des problèmes liés directement à l'asymétrie d'information, se pose la question de l'ensemble des

éventuels manquements à l'éthique des affaires : s'il ne s'agit évidemment pas de prétendre que les partenaires commerciaux devraient être candides, il faut aussi veiller à ce que l'homme ne soit pas un loup pour l'homme (3. 2).

### **3.1. Les risques liés aux asymétries d'information.**

Les asymétries d'information mettent directement en cause la responsabilité sociale de l'entreprise auteur du manquement. Par asymétrie d'informations, il faut entendre la rétention abusive d'informations, imputable à une société, au détriment d'un partenaire commercial potentiel ou avéré.

C'est alors moins la rétention en tant que telle qui est blâmable que la volonté de duper l'autre (BLAZY, 1999 ; POVEL, 1999). On observe ici un manquement aux fondements de l'éthique des affaires et à la bonne prise en compte des parties prenantes qui gravitent autour de l'auteur de la duperie.

Symétriquement, le partenaire peut redouter - à tort ou à raison - une telle rétention abusive et risque donc d'être tenté de mettre en œuvre toutes sortes de moyens pour recouper les informations fournies et tenter d'en contrôler la véracité et l'exhaustivité (BLAZY, 2000). Peut donc s'ensuivre une procédure longue et périlleuse faite d'observations réciproques et de vérifications qui, pour légitimes qu'elles soient, présentent plusieurs risques. Le premier est lié à l'écoulement du temps, ces contrôles étant peu compatibles avec la vie des affaires. Le second tient au climat de défiance qui, si compréhensible soit-il, se révèle bien peu compatible avec la confiance minimale qui est nécessaire à l'établissement de relations d'affaires (BLOCH et autres, 1995 ; BLAZY, 1999).

Appliqué plus spécifiquement à la question du plan conventionnel d'apurement du passif, le problème de l'asymétrie d'information a des conséquences redoutables. D'abord, dans la mesure où le débiteur - éventuellement avec l'assistance du conciliateur - est à l'origine du déclenchement de la négociation et décide d'y inclure ou d'en évincer tels créanciers qu'il trouve judicieux, aucun ne peut avoir la certitude que d'une part tous ont été appelés à la procédure de négociation/conciliation et que d'autre part aucun ne s'y est opposé. C'est pressentir que le secret qui entoure l'ensemble des procédures conventionnelles d'apurement du passif se révèle à double tranchant. D'un côté, il préserve l'entreprise débitrice de l'opprobre et de la défiance qui s'attachent inéluctablement à la (mauvaise) publicité entourant

ses difficultés financières, même temporaires et réversibles. D'un autre côté, ce même secret constitue un terreau fertile pour l'asymétrie d'information, même si elle n'est pas avérée : ce qui compte en l'occurrence, c'est la suspicion chez tout ou partie des créanciers.

Ensuite, les créanciers peuvent craindre que le débiteur ne minimise la gravité de sa situation et tente de leur cacher la véritable étendue de ses difficultés (BLAZY, 2000 ; CHOPARD, 2004). Certes, en principe, toute société commerciale est tenue de déposer au greffe du Tribunal de commerce ses comptes afin qu'ils soient publiés. Toutefois, toutes les sociétés ne se plient pas à cette obligation nonobstant les sanctions encourues. Et, même pour les sociétés qui s'y soumettent, les comptes arrêtés au dernier jour de l'exercice précédent peuvent ne pas donner une image exacte de la situation de l'entreprise à la date de l'ouverture de la procédure de négociation/conciliation. De même, la présence du conciliateur devrait a priori rassurer les créanciers, puisque le conciliateur n'est ni dirigeant de l'entreprise débitrice, ni conseiller de celle-ci. Toutefois, c'est bien l'entreprise débitrice qui choisit le conciliateur - quoique le juge puisse s'y opposer - et c'est elle qui le rémunère ; de plus, il est interdit au conciliateur de révéler quelque élément que ce soit ayant trait à la procédure de conciliation.

C'est donc à un défi complexe que le débiteur est confronté. Il lui incombe d'instaurer un climat de confiance et de prouver à ses interlocuteurs qu'il ne leur cache pas d'information cruciale. D'une certaine manière, c'est une preuve diabolique qu'il est tenu de rapporter ; dans les faits, il lui faut jouer la carte de la transparence car de la confiance, ou de la défiance, qui s'installe lors de la négociation dépendra le succès de la conclusion d'un plan conventionnel.

A l'instar de tout système conventionnel, les manquements à l'éthique et aux règles de responsabilité sociale des entreprises sont susceptibles de nuire gravement aux démarches amiables d'apurement des dettes voire de mettre en échec le plan tout entier.

### **3.2. Les risques liés aux manquements à l'éthique.**

Véritables poisons des relations commerciales et, au-delà, du bon fonctionnement des entreprises, les manquements à l'éthique des affaires sont - c'est un euphémisme - protéiformes. Plus précisément, l'absence de consensus tant sur la notion d'éthique des affaires que sur la nature et le domaine des normes qu'elle édicte ou est censée édicter, conduit à un manque de lisibilité tant de l'éthique elle-même que des manquements à son encontre. S'il est patent que les comportements constitutifs d'infractions pénales sont a fortiori des

manquements à l'éthique, celle-ci admet un domaine d'application autrement plus vaste dont la morale est la source. Or, « ce qu'il y a d'encombrant dans la morale, c'est que c'est toujours la morale des autres » (L. FERRE), autrement dit la subjectivité qui s'y attache de manière consubstantielle. Reste que l'on parvient à dégager des paradigmes pratiquement immuables qui sont autant de points d'ancrage de l'éthique et permettent dès lors de déterminer un certain nombre de catégories de manquements. Appliquées à la question du plan conventionnel d'apurement du passif, ces entorses peuvent émaner tant du débiteur que du créancier.

En ce qui concerne les manquements à l'éthique imputables au débiteur, ils sont en général liés aux questions de dilapidation. La démarche la plus sophistiquée consiste, pendant la négociation ou, plus fréquemment, pendant l'exécution du plan, à dilapider ou à faire échapper - frauduleusement - aux poursuites des créanciers, une partie des actifs constituant l'assiette de leur droit de gage général. Lorsqu'aucune formalité de publicité légale ne vient encadrer la cession d'actifs et que ceux-ci n'ont pas fait l'objet d'une mesure conservatoire (comme la prise d'une sûreté conventionnelle ou judiciaire), le créancier naïf peut être totalement dupé et découvrir tardivement que le recouvrement de sa créance s'avèrera encore plus difficile que prévu - voire sera impossible. La même remarque vaut pour l'émission d'effets de commerce dits de complaisance qui ne constituent rien d'autre qu'un moyen de faire fonctionner la planche à billets hors du contrôle (et, de fait, à l'insu) des autorités bancaires tant nationales que supranationales. Certes, le système ne fonctionne guère qu'à petite échelle mais est-il, pour autant, anodin ? Rien n'est moins sûr.

En la matière, et bien que les sanctions de tels comportements soient dissuasives (puisque ce sont des infractions pénales), la tâche du créancier est ardue. En effet, il lui appartient non seulement de rapporter la preuve de la mauvaise foi du débiteur, mais surtout d'obtenir la réintégration, dans le patrimoine de celui-ci, des actifs dilapidés - donc de les localiser.

La seule parade dont dispose le créancier est de prendre des sûretés conventionnelles - ou judiciaires s'il a des raisons de penser que le plan ne sera pas respecté (WILLIAMSON, 1988 ; BERLIN et MESTER, 1992 ; FISHER et MARTEL, 1994 ; SEVERIN, 2006). Pour tous les actifs non indispensables à la vie de l'entreprise, la mise sous séquestre peut s'envisager en cas de doute sur la volonté (ou la capacité) du débiteur d'honorer sa signature.

En ce qui concerne les manquements à l'éthique imputables au créancier, ils sont principalement - si ce n'est exclusivement - d'ordre financier dans le contexte spécifique de l'apurement conventionnel du passif social. Deux cas de figure principaux peuvent se rencontrer : d'une part, la suppression des concours financiers (RAJAN, 1992 ; SEVERIN, 2006) octroyés jusque-là à la société en difficulté, et, d'autre part, la modification des conditions tarifaires.

Au préalable, il convient d'observer que ces deux attitudes sont a priori licites, si préjudiciables soient-elles au débiteur. Le manquement à l'éthique se situe donc moins dans la réalisation factuelle de la modification que dans les motivations qui la sous-tendent. Certes, il est totalement légitime qu'un acteur économique entende se prémunir contre toute défaillance d'un débiteur, ne serait-ce qu'en raison des effets que cette défaillance peut avoir sur sa propre survie, - mais cela ne peut pas se faire à n'importe quel prix et, en particulier, cette nécessaire protection doit rester proportionnée au but qu'elle poursuit, à savoir éviter la déconfiture du fournisseur. Or, à cet égard, la protection offerte à la société en difficulté est résiduelle.

En effet, s'agissant de la rupture ou de la diminution des concours financiers, tous les créanciers sont potentiellement concernés, par le biais des délais de paiement – premier type de concours financier en fréquence. Or, le plan conventionnel étant établi sur la base des délais de paiement en vigueur à la date de sa conclusion, toute modification ultérieure de ce paramètre influe directement sur l'équilibre du plan - au point d'en compromettre la bonne exécution.

A cet égard, la situation des créanciers qui ne sont pas parties au plan conventionnel est très claire : sous réserve et dans la mesure prévue par le contrat qui les lie à la société en difficulté, libre à eux de modifier les délais de règlement ou les pénalités de retard. Les moyens de défense dont dispose la société débitrice sont maigres, puisqu'elle ne peut guère qu'invoquer l'abus de droit, ce qui suppose qu'elle prouve l'intention de nuire. Compte-tenu de la durée de la procédure et de son caractère aléatoire, ce recours est pure illusion.

En ce qui concerne la modification du concours financier intervenant du chef de créanciers partis au plan d'apurement, la situation est plus complexe. De manière évidente, ils ne peuvent prendre aucune mesure relativement aux dettes visées dans le plan d'apurement - à défaut, ils engageraient leur responsabilité. Mais Quid des dettes nées postérieurement à la signature du plan, notamment dans le cadre de ventes ou prestations récurrentes ? Deux hypothèses

antinomiques sont possibles. Soit le plan d'apurement a expressément prévu le sort des délais de paiement et autres pénalités pour les dettes nées postérieurement à sa signature, et, dans ce cas, le créancier est lié par le plan. Soit le plan est muet sur cette question, et le créancier est libre de procéder aux modifications, toujours sous réserve de l'abus de droit. Certes, compte-tenu du rôle actif que le créancier aura jouer dans la négociation puis la signature du plan d'apurement, l'abus sera plus aisé à établir, mais cette circonstance pèse peu au regard tant de la durée de la procédure que du risque, pour le débiteur, de voir sa prétention rejetée.

Un raisonnement analogue vaut pour les modifications tarifaires unilatérales à la discrétion du fournisseur, que la réforme du droit des obligations vient de consacrer. En décembre 1995, mettant fin à quelques années de feuilleton judiciaire à rebondissements, la Cour de cassation a décidé que, dans un contrat-cadre avec bons de commande, le fournisseur pouvait modifier unilatéralement ses tarifs, le client ne pouvant qu'agir en indemnisation ou en résiliation et à la condition de prouver un abus. Il est donc loisible au fournisseur de modifier son tarif dès lors que le plan d'apurement n'a pas exclu cette possibilité - à condition qu'il soit lui-même partie à ce plan. Le débiteur est particulièrement démuni puisqu'il lui faut tout d'abord caractériser l'abus dans la révision du prix pour pouvoir ensuite demander utilement une indemnisation ou une résolution judiciaire.

La réforme entrée en vigueur le 1er octobre 2016 modifie ce système issu strictement de la jurisprudence en procédant à un rééquilibrage timide des droits des parties prenantes, en permettant au client d'être un peu moins malmené. La possibilité de libre révision du prix par l'une des parties est maintenue, à la condition toutefois que celle-ci motive sa décision en cas de contestation (article 1163 alinéa 1er du Code civil). Si cette faculté de révision unilatérale bénéficie au premier chef au fournisseur, rien n'interdit à l'acheteur d'être le titulaire de cette prérogative, si le contrat le prévoit et si sa position de force au plan économique le lui permet. En revanche, cette possibilité est assortie d'une condition, celle de la motivation en cas de contestation. Ce dispositif est séduisant mais incomplet. Il est séduisant car, en exigeant que l'auteur de la révision tarifaire soit tenu d'en justifier les motifs, il limite un tant soit peu l'arbitraire. Il est incomplet car il ne prévoit aucune sanction en cas de défaut de motivation. Pis encore, on ne peut pas savoir en l'état quelle est l'étendue de l'obligation de motivation. S'il s'agit d'une obligation purement formelle, exécutée en avançant des poncifs, alors cette évolution ne sert à rien ; inversement, si cette motivation doit être précise et circonstanciée, jusqu'où la transparence doit-elle aller ? Il y a là un enjeu très clair d'éthique des affaires car

les marges réellement obtenues sont parfois très éloignées de celles qui sont évoquées en négociation. A supposer que la divulgation des marges réelles à un partenaire soit une bonne chose, l'entreprise qui se dévoile de la sorte prend un risque stratégique majeur puisque l'essentiel de la négociation portera sur la réduction de la marge. On ne peut donc, en l'état, qu'être très circonspect quant au premier volet de ce texte.

La réforme va encore plus loin en élargissant le spectre des prétentions que la partie confrontée à une révision unilatérale des prix peut invoquer. Elle peut former une action indemnitaire ou en résolution du contrat. Mais la nouveauté est que cette partie peut aussi demander au juge de réviser lui-même le montant des produits ou des services. Les critères sur lesquels le juge peut se fonder sont pour le moins flous, allant des « attentes légitimes des parties » aux « usages » en passant par les « prix du marché », le tout n'étant pas limitatif. Le problème, ici, est multiple : tout d'abord, on ignore quelles seront les compétences des juges pour fixer le juste prix d'un produit ou d'un service, surtout en période de massification du contentieux. Ensuite, la faculté laissée à l'une des parties de modifier unilatéralement les prix, conjuguée à la faculté donnée au cocontractant de saisir le juge en fixation judiciaire du prix, aboutit certes à une forme de rééquilibrage mais aussi à un risque accru pour la sécurité des transactions.

En d'autres termes, si la réforme semble un peu plus protectrice de la société en difficulté cliente dans une relation durable avec un fournisseur, cette protection reste partielle et périphérique. Il est donc crucial d'anticiper, dans le plan d'apurement, ces éventuelles modifications tarifaires afin de limiter les risques de déconfiture.

## CONCLUSION

En ces temps marqués tout à la fois par un fort marasme économique et une piètre visibilité sur le futur à moyen terme pour de nombreuses P.M.E., la contractualisation permet une relative sécurisation des relations existant entre la société en situation délicate et ses créanciers. Outil souple, rapide et discret, la contractualisation permet de concevoir un plan d'apurement du passif qui corresponde, aussi précisément que possible, aux besoins tant de la société débitrice que des créanciers, ce qui ne peut qu'accroître les chances de succès d'une telle mesure de règlement amiable des difficultés. L'intérêt pratique est donc patent. Parallèlement, l'étude de la contractualisation comme outil permettant d'éviter les cessations de paiement illustre la manière dont le droit, les sciences économiques et les sciences de

gestion se nourrissent mutuellement : l'extension de la notion économique de défaillance permet d'enrichir le spectre de la contractualisation, lequel englobe aussi les aspects stratégiques afférents à la survie de l'entreprise - cet élément relevant des sciences de gestion.

Toutefois, comme tout outil juridique, la contractualisation admet des limites provenant tantôt d'un manque de la part de l'une des parties, tantôt d'événements extérieurs à leur volonté, tantôt enfin de leur intransigeance, de leur mauvaise volonté voire de leur mauvaise foi. On remarque alors que les travaux portant sur la responsabilité sociétale de l'entreprise (BOWEN, 1953) et, plus spécifiquement, sur la théorie des parties prenantes (FREEMAN, 1984) trouvent à s'appliquer. De la capacité de chacune des parties à tenir compte des intérêts des autres parties prenantes gravitant autour d'elles -à commencer par les fournisseurs et les clients - sans perdre de vue ses intérêts propres dépend le succès de la négociation et de la viabilité du plan conventionnel. En tant qu'elle reflète la commune intention des parties, dont le terrain d'élection se trouve au point d'équilibre entre ces intérêts a priori contradictoires, la contractualisation, par son efficacité, montre que la responsabilité sociétale de l'entreprise et, plus particulièrement, la théorie des parties prenantes, sont des édifices conceptuels majeurs en sciences de gestion, tout en ensemençant, sans que cela ne soit ostensible, l'essentiel du droit des affaires.

## REFERENCES

AB-DER-HALDEN, A. et ROUSSEL-GALL, P. (2014, juillet). La conciliation améliorée. *rev. proc. coll.*, 4, 29.

AKERLOFF, G. (1970, août). Market for 'Lemons': Qualitative Uncertainty and the Market Mechanism. *Quarterly Journal of Economics*, 89, 448-500.

ALTMAN, E. I. (1968). Financial Ratios, Discriminant Analysis and the Prediction of Corporate Bankruptcy. *The Journal of Finance*, 23(4), 589-609.

ALTMAN, E. I. et NARAYANAN, P. (1997). An International Survey of Business Failure Classification Models. *Financial Markets, Institutions and Instruments*, 6(2), 1-57.

ALTMAN, E. I. et SAUNDERS, A. (1998). Credit Risk Measurement: Developments Over the Last 20 Years. *Journal of Banking and Finance*, 21(11-12), 1721-1742.

ALTMAN, E. I., HALDEMAN, R.G. et NARAYANAN, P. (1977, juin). ZETA Analysis: A New Model to Identify Bankruptcy Risk of Corporations. *Journal of Banking and Finance*, 1(1) 29-51.

ANDERSON, R. et SUNDARESAN, S. (1996). Design and valuation of debts contracts. *Review of financial studies*, 9(1), 37-68.

BAIRD, D. et JACKSON, T. (1988). Bargaining after the fall and the contours of the absolute priority rule. *The University of Chicago Law Review*, 55, 738-789.

BARDOS, M. (2001, juin). Développements récents de la méthode des scores de la Banque de France. *Bulletin de la Banque de France*, 90, 73-92.

BEAVER, W.H. (1966). Financial Ratios as Predictors of Failure. *Empirical Research in Accounting: Selected Studies*, supplément du *Journal of Accounting Research*, 4, 71-111.

BENNOURI, M., ROBERT-CLARK, C. et ROBERT, J. (2010). Information Provision in Financial Markets. *Annals of Finance*, 6(2), 255-286.

BERLIN, M. et MESTER, I. (1992). Debts Covenants and Renegociation. *Journal of Financial Intermediation*, 2, 95-133.

BILODEAU, J., CHERIEF, I., LABELLE, R. et MISSONIER-PIERA, F. (2005). Les caractéristiques des contrats de dette et les clauses restrictives comptables : quel lien? HAL, doC. n° 00581130.

BILODEAU, J., MISSONIER-PIERA, F. et OLIVEIRA DOS SANTOS I. (2009). Les clauses des contrats de dette des petites entreprises : cas des entreprises canadiennes. HAL, doc. n° 00459416.

BLAZY, R. (1999). Modifications de comportement précédant la défaillance d'entreprise: l'impact des cessions d'actifs sur la relation de crédit. Louvain Economic Review, 65(2), 225-275.

BLAZY, R. (2000). La Faillite, éléments d'analyse économique. Paris, Economica.

BLAZY, R. (2001). Crédit, sanctions judiciaires et sélection d'entreprises. Revue d'économie politique, 112(1), 77-102.

BLOCH, L., BOURDIEU, J. et LONGUEVILLE, G. (1995). Du défaut de paiement au dépôt de bilan: les banquiers face aux P.M.E. en difficulté. Revue d'économie financière, 32, 229-256.

BOITEL, P. (2008). La réputation d'entreprise : un impact majeur sur les ressources de l'entreprise. Management & Avenir, 3(17), 9-25.

BOLTANSKI, L. et THEVENOT, L. (1991). De la justification. Les économies de la grandeur. Paris, Gallimard.

BONNAFOUS-BOUCHER, M. et RENDTORFF, J. (2014). La théorie des parties prenantes. Paris, La Découverte.

BOUBAKER, S., LAKHAL, F. et NEKHILI, M. (2012). The determinants of web-based corporate reporting in France. Managerial Auditing Journal, 27(2), 126-175.

BOURGEON, J.-M. et DIONNE, G. (2013). On debt service and renegotiation when debt-holders are more strategic. Journal of Financial Intermediation, 22(3), 353-372.

BRATTON, W. (2006). Bond Covenants and Creditor Protection: Economics and Law, Theory and Practice, Substance and Process. *European Business Organisation Law Review*, 7, 39-87.

BRENNER, S. (1995). Stakeholder Theory of the Firm. Its Consistency with Current Management Techniques, dans J. NÄSI (dir.), *Understanding Stakeholder Thinking*. Helsinki, LSR-Julkaisut Oy.

BURGOGUE-LARSENS, L. (2012). *La convention européenne des droits de l'homme*. Paris, LGDJ.

CASTA, J.-F. (2004). Does fair value accounting provide a better representation of a company? *Revue d'économie financière. Fair Value*, 11-24.

CHAMLEY, C (2008). On 'Acquisition of Information' in Financial Markets. *Review of Economic Studies*, 75(4) 1081-1084.

CHAMLEY, C. (2007). Complementarities of Information Acquisition with Short Term Trades. *Theoretical Economics*, 2(4), 441-467.

CHAMLEY, C. (2010). Strategic complementarity of information in financial markets with large stocks. *Annals of Finance*, 6(1), 137-145.

CHARREIRE-PETIT, S. et SURPLY J. (2008). Du whistleblowing à l'américaine à l'alerte éthique à la française: enjeux et perspectives pour le gouvernement d'entreprise. *M@n@gement*, 11(2), 113-135.

CHOPARD, B. (2004). Enchères, redressement ou liquidation judiciaire. *Actualité économique*, 80(4), 655-669.

CHOPARD, B. (2005). « Ex post » vs « Ex ante » : le cas de l'économie du droit de la faillite. *Revue d'économie financière*, 81, 291-303.

CHOPARD, B. et LANGLAIS, E. (2009). Défaut de paiement stratégique et loi sur les défaillances d'entreprises. *EconomiX Working Paper*.

DEHARO, G. (2011). Ingénierie contractuelle et performance de l'entreprise: perspective économique et dynamique du droit des contrats. HAL, document n° 00649107.

DELATTRE, C. (2014, mars). Prévention: le mandat ad hoc et la conciliation plus efficaces et plus accessibles ? Rev. Proc. Coll., 2, 15.

DIAMOND, D.W. (1991). Monitoring and Reputation: The Choice Between Bank Loans and Directly Placed Debt. *Journal of Political Economy*, 99(4), 689-721.

EVAN, W. et FREEMAN, R. (1988). A Stakeholder Theory of Modern Corporation: Kantian Capitalism. Dans BEAUCHAMP, T. et BOWIE, N. (dir.), *Ethical Theory and Business*. Englewood Cliffs, Prentice Hall.

FIORI-KHAYAT, C. (2007). *Droit des affaires : sociétés civiles et commerciales*, Paris, Studyrama.

FIORI-KHAYAT C. (2016). Du délicat équilibre entre liberté d'informer et protection des informations confidentielles des entreprises négociant l'apurement de leur passif. Communication à la 6ème Biennale de la Négociation. Paris, Novancia B.S.

FISHER, T. et MARTEL, J. (1994). The Creditors Financial Decision: New Evidence from Canadian Data. *Cahier du CIRANO*, p. 18.

FOSTER, G. (1986). *Financial Statement Analysis*, Englewood-Cliffs, Prentice Hall.

FRACHOT, A. et GEORGES, P. (2001, juillet-août). Aide à la décision : avantage au scoring face au système expert. *Banque Magazine*, 627, 45-47.

FREEMAN, R. (1984). *Strategic Management - A Stakeholder Approach*. Cambridge, Cambridge University Pres.

FREEMAN R., et GILBERT D. (1987), *Managing Stakeholder Relationships*. Dans S. Sethi, et C. Falbe (dir.), *Business and Society: Dimensions of Conflict and Cooperation*. Lexington, Lexington Books.

GAILHBAUD, C. (2014, mars). Ouverture du mandat ad hoc et de la conciliation : faut-il associer les salariés? Rev.Proc.Coll., 2, 15.

GANDIN, M. (2006). Information et consultation des représentants des salariés dans le cadre de la prévention des difficultés. *J.C.P., E*, 2006.2557

GILSON. S., JOHN, K. et LANG, L. (1990). Troubled debt restructurings: an empirical study of private reorganization of firms in default. *Journal of Financial Economics*, 27, 315-354.

GRANOVETTER, M. (1985). Economic Action and Social Structure: the problem of Embeddedness. *American Journal of Sociology*, 91(3), 481-510.

HAMROUNI, A., MILOUDI, A. et BENKRAIEM, R. (2015), How does corporate voluntary disclosure affect asymmetric information and adverse selection? *Corporate Ownership and Control*, 12(2), 419-431.

HART, O. et MOORE, J. (1997). Default and renegotiation: a dynamic model of debt. Working paper n° 5907, NBER.

HAUGEN, R. et SENBET, L. (1988, mars). Bankruptcy and Agency Costs: their significance for the theory of optimal capital structure. *Journal of Finance and Quantitative Analysis*, 27-38.

HEEM, G. (2000). Le contrôle interne du risque de crédit bancaire, thèse de doctorat. Université de Nice – Sophia Antipolis.

JACKSON, T. (1982). Bankruptcy, non-bankruptcy entitlements and the creditors' bargain. *The Yale Law Journal*, 91, 857-907.

JACKSON, T. (1986). *The logic and the limits of bankruptcy law*. Cambridge, MA, Harvard University Press.

JACQUEMONT, A. et VABRES, R. (2015). *Droit des entreprises en difficulté*. Paris, LGDJ.

JENSEN, M. (1994, summer). Self-Interest, Altruism, Incentives and Agency Theory. *Journal of Applied Corporate Finance*, 18 p.

JENSEN, M. et MECKLING, W. (1976). Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure. *Journal of Financial Economics*, 3, 305-360.

KRAHNEN, J.P. et WEBER, M. (2001, janvier). Generally Accepted Rating Principles: A Primer. *Journal of Banking and Finance*, 25(1), 3-23.

LA BRUSLERIE, (de) H. (1999). *Analyse financière et risque de crédit*. Paris, Dunod.

MALECOT J.-F. (1991), Analyse théorique des défaillances d'entreprises : une revue de littérature. *Revue d'économie financière*, 19, 205-227.

MELLA-BARRAL, P. et PERRAUDIN, W. (1997). Strategic debt service. *Journal of Finance*, 52(2) 531-556.

MESTER, L.J. (1997, Septembre/Octobre). What's the Point of Credit Scoring? *Business Review*. Federal Reserve Bank of Philadelphia, 3-16.

MODIGLIANI, F. et MILLER, M. (1958). The cost of capital, corporation finance and the theory of investment. *American Economic Review*, 48(3), 261-297.

NAKAMURA, L. I. (1993, décembre). Recent Research in Commercial Banking : Information and Lending. *Financial Markets, Institutions & Instruments*, 2(5), 73-88.

PALLAS, V. (2000). Confiance et Procédures : un essai d'approche méthodologique appliquée à la relation banque-entreprise (thèse non publiée). Montpellier 2, France.

PEROCHON, F. (2014, janvier). Transparence et confidentialité de la prévention. *Rev. Proc. Coll.*, 1, 3.

PEROTTI, E. et SPIER, K. (1993). Capital Structure as a Bargaining Tool. *American Economic Review*, 83(5), 1131-1141.

POCHET, C. (2001). Traitement légal de la défaillance et gouvernance : une comparaison internationale. *Revue internationale de droit économique*, 15(4), 465-488.

POSTEL, N., et ROUSSEAU, S. (2008). RSE et éthique d'entreprise : la nécessité des institutions. *M@n@gement*, 11(2), 137-160.

POVEL, P. (1999). Optimal Soft on Tough Bankruptcy Procedures. *Journal of Law, Economics and Organization*, 15(13), 659-684.

RAJAN, R. (1992). The escalation of commitment to a failing course of action: toward theoretical progress. *Academy of Management Review*, 17(1), 39-61.

ROHART-MESSAGER, I. (2009, 6 mars). L'amélioration de la prévention. *Gaz. Pal.*, p. 5.

SAUNDERS, A. (1999). Credit risk measurement – New approaches to value at risk and other paradigms. New York, Wiley.

SEVERIN, E. (2006, juillet). La renégociation financière des entreprises en difficulté. Revue française de gestion, 166, 33-49.

SEVERIN, E. et DHENNIN, S. (2003). Structure du capital et mesures de restructuration. Finance, Contrôle, Stratégie, 6(1), 155-186.

SMITH, C. et WARNER, J. (1979). On Financial Contracting, An analysis of Bonds Covenants », Journal of Financial Economics, 7, 117-161.

STIGLITZ, J. E. et WEISS, A. (1981, juin). Credit Rationing in Markets with Imperfect Information. The American Economic Review, 71(3), 393-410.

TREACY, W. F. et CAREY, M. (2000, janvier). Credit Risk Rating Systems at Large US Banks. Journal of Banking & Finance, 24(1/2), 167-201.

VAN PRAAG, N. (1995). Credit management et credit-scoring. Paris, Economica (Collection Gestion-Poche), 112 pages.

VERPEAUX, M. (2009). La liberté d'expression dans les jurisprudences constitutionnelles et conventionnelles internationales. éd. Conseil de l'Europe.

Walker, R. G., WILKINS, T. et ZIMMER, I. (1982, décembre). The Effect of Consolidated Statements on Loan Officers' Assessments of Ability to Repay. Australian Journal of Management, 7(2), 179-195.

WARD, T. J. et FOSTER, B. P. (1997, juillet). A Note on Selecting a Response Measure for Financial Distress. Journal of Business Finance & Accounting, 24(6), 869-879

WILLIAMSON, O. (1988). Corporate finance and Corporate governance. Journal of Finance, 43(3), 567-591.

ZIMMER, I. (1980, automne). A Lens Study of the Prediction of Corporate Failure by Bank Loan Officers. Journal of Accounting Research, 18(2), 629-636.