ECOLE DOCTORALE DE DROIT DE LA SORBONNE

Thèse de doctorat de Droit Privé
Date de soutenance : le 2 juin 2022

L'ÉVICTION DES ASSOCIÉS D'UNE SOCIÉTÉ EN DIFFICULTÉ

Emilie THIÉRY

DIRECTEUR DE RECHERCHE :

Monsieur Alain PIETRANCOSTA
Professeur à l'Université PANTHEON-SORBONNE (PARIS I)

MEMBRES DU JURY

Monsieur Hervé LE NABASQUE
Professeur à l'Université PANTHEON-SORBONNE (PARIS I)

Monsieur François-Xavier LUCAS
Professeur à l'Université PANTHEON-SORBONNE (PARIS I)

Madame Françoise PÉROCHON
Professeur à l'Université de MONTPELLIER

Monsieur PHILIPPE ROUSSEL GALLE
Professeur à l'Université PARIS CITÉ

Monsieur Bernard SAINTOURENS
Professeur à l'Université de BORDEAUX

C1 - Internal use

REMERCIEMENTS

Je remercie très sincèrement Monsieur le Professeur Alain Pietrancosta pour ses précieux conseils et l'attention qu'il porta à mes travaux.

C1 - Internal use

A ma mère, pour sa confiance sans faille.
A Xavier, mon compagnon, qui m'a soutenue tout au long de ces années.
A Alexis et Robin, mes fils, qui m'ont donné les plus belles raisons d'achever ce travail.

C1 - Internal use

PRINCIPALES ABREVIATIONS

act. : Page d'actualité de la Semaine Juridique
Act. Prat. ing. sociétaire : Actes pratiques revue Droit des sociétés
Act. proc. coll. : Lettre d'actualité des procédures collectives
aff : affaire
AGE : Assemblée générale extraordinaire
AGO : Assemblée générale ordinaire
al. : Alinéa
AMF : Autorité des Marchés Financiers
A. min. : arrêté ministériel
AN : Assemblée Nationale
anc. : ancien (par exemple pour désigner une ancienne loi abrogée)
ANSA : Association nationale des sociétés par actions
APC : actualité des procédures collectives
arg. : argument
Arr : Arrêté
Art : Article (d'un code)
Ass. plén. : Assemblée plénière
av. : avocat
av. gen. : avocat général
BALO : Bulletin des annonces légales obligatoires
BCNCC : Bulletin du Conseil National des Commissaires aux Comptes, édité par la Commission Nationale des Commissaires aux Comptes
BICC : Bulletin de la cour de cassation
BJE : Bulletin Joly des Entreprises en difficulté
BJS : Bulletin Joly Sociétés
BO : Bulletin officiel
BODAC : Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales
BRDA : Bulletin rapide de droit des affaires Francis Lefebvre
BSA : Bon de souscription d'actions
Bull. civ. : Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
Bull. CNCC : Bulletin du Conseil National des Commissaires aux Comptes
Bull. Joly Bourse : Bulletin Joly Bourse
Bull. Joly Sociétés : Bulletin Joly Sociétés
C : Constitution
c/ : contre
CA : Cour d'appel
Cah. dr. entr. : Cahiers de droit de l'entreprise
Cah. dr. eur. : Cahiers du droit européen
Cah. jurispr. : Cahiers de jurisprudence
Cass : Cour de cassation
Cass. ass. plén. : Arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de Cassation
Cass. ch. mixte : Arrêt de la chambre mixte de la Cour de Cassation
Cass. ch. réun. : Arrêt rendu par les chambres réunies de la Cour de Cassation.
Cass. civ. : Chambre civile de la Cour de Cassation
Cass. com. : Chambre commerciale de la Cour de Cassation
Cass. req : Arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de Cassation
Cass. soc. : Chambre sociale de la Cour de Cassation
CC : Conseil constitutionnel

C1 - Internal use

C. Civ : Code civil
C. Com : Code de commerce
CDS : Crédit Default Swap
CE : Conseil d'état
CEDH : Convention européenne des droits de l'homme
cep. : cependant
Cf : Conférer, consulter
CGI : Code général des impôts
Ch. : Chapitre (division d'un code)
Ch. mixte : Arrêt d'une chambre mixte de la Cour de cassation
Chr. : Chronique
Ch. réun. : Arrêt des chambres réunies de la cour de cassation
Circ. : Circulaire
Civ : Cassation, chambre civile
CJCE : Cour de justice des communautés européennes
CJUE : Cour de justice de l'Union Européenne
C. mon. fin. : Code monétaire et financier
CNCC : Conseil national des commissaires aux comptes
COB : Commission des opérations de bourse
coll. : collection
Com. : Arrêt de la chambre commerciale de la cour de cassation
Comp : Comparer
consid. : considérant
Const. : Constitution
C. pr. civ. : Code de procédure civile
D : Dalloz, Recueil Dalloz-Sirey
DC : Décision du Conseil constitutionnel
déc. : décision
décr. : décret
Dict. perm. : Dictionnaire permanent
dir. : directive
DPS : Droit préférentiel de souscription
D.sociétés : Droit des sociétés
éd. : édition
esp. : espèce
et s. : et suivantes
ex : exempl
Gaz. Pal. : Gazette du palais
HCJP : Haut Comité Juridique de la Place Financière de Paris
id. : idem
in : dans
Infra : ci-dessous
instr. : instruction
J.-Cl : JurisClasseur (civil, pénal...)
JCP : Semaine juridique (JurisClasseur périodique)
JO : Journal officiel
JOAN : Journal officiel de l'Assemblée nationale
jurispr. : jurisprudence
LBO : Leveraged buy-out
LGDJ : Librairie générale de droit et de jurisprudence

C1 - Internal use

loc.cit. : loco citato, à l'endroit cité
LPA : Les Petites Affiches
Mel. : Mélanges
n° : numéro
not. : notamment
obs. : Observations, commentaires doctrinaux
OPA : Offre publique d'achat
op.cit. : opere citato, ouvrage précité
OPR : Offre publique de retrait
Option fin. : Option finance
Ord. : Ordonnance
p. : page
PA : Petites affiches
plén. : plénière
préc. : précité
PUF : Presses Universitaires de France
QPC : question prioritaire de constitutionnalité
rapp. : rapport (ou rapporteur)
RDA : Revue droit et affaires
RD bancaire et bourse : Revue de droit bancaire et bourse
RD Bancaire et fin. : Revue de droit bancaire et financier
RDC : Revue de droit des contrats
Rec. CC : Recueil des décisions du Conseil constitutionnel
recomm. : recommandation
règl. : règlement
Rép. civ. : Répertoire Dalloz de droit civil = encyclopédie Dalloz
Rep com. Dalloz : Répertoire commercial Dalloz
Rep min. : Réponse ministérielle
Rép. prat. : Répertoire pratique Dalloz
Rép. soc. : Répertoire de droit des sociétés Dalloz
rev. : revue
Rev. Lamy dr. aff. : Revue Lamy Droit des affaires
Rev. proc. coll. : Revue des procédures collectives
Rev. soc. : Revue des sociétés Dalloz
RJDA : Revue de jurisprudence de droit des affaires
RTDC : Revue trimestrielle de droit civil
RTD Civ. : Revue trimestrielle de droit civil
RTD Com. : Revue trimestrielle de droit commercial
RTD Fin. : Revue trimestrielle de droit financier
S. : Sirey
SA : Société anonyme
SARL : Société à responsabilité limitée
SAS : Société par action simplifiée
SCA : Société en commandite par actions
SNC : Société en nom collectif
spéc. : spécialement
ss dir. : sous la direction de
supra : ci-dessus
T. com. : tribunal de commerce
VMDAC : Valeurs mobilières donnant accès au capital social

C1 - Internal use

SOMMAIRE

PRINCIPALES ABREVIATIONS 4

INTRODUCTION 8

PREMIÈRE PARTIE : LE SORT DES ASSOCIÉS D'UNE SOCIÉTÉ EN DIFFICULTÉ A L'ÉPREUVE DU DROIT DES PROCÉDURES COLLECTIVES 29

TITRE I : DE LA COMPATIBILITÉ DU MAINTIEN DES DROITS DES ASSOCIÉS AVEC LEUR QUALITÉ DE CRÉANCIERS DE DERNIER RANG **31**

Chapitre 1 : L'aménagement des droits patrimoniaux des associés en réponse au droit des procédures collectives 34

Chapitre 2 : Le maintien des droits extrapatrimoniaux des associés en contradiction avec leur qualité de créancier de dernier rang 71

TITRE II : DES OBSTACLES À L'ÉVICTION DES ASSOCIÉS ISSUS DU DROIT DES SOCIÉTÉS **118**

Chapitre 1 : Les droits fondamentaux des associés, obstacles apparents a leur éviction 119

Chapitre 2 : Les insuffisances des garde-fous du droit des sociétés 160

DEUXIEME PARTIE : LA CONTRIBUTION AUX PERTES, OUTIL DE RÉCONCILIATION DU DROIT DES SOCIÉTÉS ET DES PROCÉDURES COLLECTIVES 219

TITRE I : LA CONTRIBUTION AUX PERTES À L'ORIGINE DE L'ÉVICTION DE L'ASSOCIÉ **220**

Chapitre 1 : La contribution aux pertes, une notion pivot 221

Chapitre 2 : Des comités de créanciers aux classes de créanciers

TITRE II : LES MÉCANISMES DE SORTIE DES ASSOCIÉS **328**

Chapitre 1 : Les principes communs 329

Chapitre 2 : Les modalites d'éviction ou d'exclusion 389

CONCLUSION 429

ANNEXE – TABLEAU RECAPITULATIF DES PROCÉDURES COLLECTIVES ET SEMI-COLLECTIVES FRANÇAISES 432

BIBLIOGRAPHIE 436

TABLE DES MATIÈRES 481

C1 - Internal use

INTRODUCTION

1. À la recherche d'un droit des sociétés en difficulté – Le droit des procédures collectives a pour objet d'assurer la réorganisation d'une entreprise en difficulté en répartissant le poids de sa restructuration en fonction de l'objectif économique à atteindre, lorsque la liquidation judiciaire a été écartée. Il vise l'entreprise sans exprimer de principes directeurs distincts selon qu'il s'agit d'une personne physique ou d'une personne morale. Le droit des sociétés vise, pour sa part, à assurer l'organisation et le fonctionnement de la société, favorisant, par la prévisibilité et la sécurité apportées, l'entrepreneuriat. On pourrait ainsi croire que lorsque la société est en difficulté, le droit des sociétés doit laisser la place au droit des entreprises en difficulté, droit d'exception, qui va conduire à revoir les rapports juridiques du débiteur que le droit des sociétés s'efforce d'organiser. Néanmoins, le droit de la société en difficulté se comprend comme l'expression cumulative du droit des sociétés et du droit des entreprises en difficulté, deux branches du droit qui ont vocation à cohabiter. En effet, le principe est le maintien du droit des sociétés quand bien même la société subirait des difficultés avérées ou prévisibles. Toutefois, il peut arriver que les principes du droit des procédures collectives entrent en collision avec ceux du droit des sociétés. Madame Cérati-Gauthier note que « *le droit des sociétés assure le fonctionnement des sociétés selon des règles qui relèvent de l'organisation démocratique. Le droit des procédures collectives lui, oblige, est marqué par l'intervention judiciaire*[1] ». Un autre auteur ajoute que « *les occasions d'assister à la défaite du droit des entreprises en difficulté sont rares ; ce droit conquérant qui "corrompt tout"*[2] ». La coordination entre le droit des sociétés et le droit des entreprises en difficulté est dès lors malaisée et gérée de manière empirique au fur et à mesure de la rencontre de difficultés de cohabitation, sans que le législateur soit intervenu pour consacrer l'existence d'un droit des sociétés en difficulté. Un auteur appelle de ses vœux l'émergence d'un « *véritable droit des sociétés en difficulté* », car les zones de conflits sont nombreuses entre ces deux branches du droit intimement liées[3].

---

[1] A. Cérati-Gauthier, *La société en procédure collective et son associé, entre indépendance et influence*, PUAM, 2002, n° 3.
[2] B. Saintourens, « Opposition à la fusion et exception à l'interdiction des voies d'exécution dans la procédure collective de la société absorbante », *Act. proc. coll.*, 2020, repère 250.
[3] G. Couturier, *Droit des sociétés et droit des entreprises en difficulté*, préf. J.-P. Haehl, t. 2, LGDJ, coll. Bibl. dr. entre. diff., 2013.

C1 - Internal use

2. Le droit des procédures collectives, un droit historiquement orienté vers une finalité de police[4] **–** À l'origine, le droit des procédures collectives est un droit de la faillite organisé autour de la sanction à infliger aux débiteurs défaillants. La perspective punitive de la défaillance vise tant l'éviction des débiteurs malhonnêtes[5] que l'incitation *ex ante* des débiteurs à respecter leurs engagements. Puis, il a été démontré que la faillite est inhérente à un marché concurrentiel : la défaillance n'est plus une fatalité, mais un élément à part entière du système économique. J. Schumpeter a décrit ce phénomène de destruction créatrice par lequel les entreprises les moins performantes laissent place à des entreprises qui répondent mieux aux besoins de leurs clients[6]. À cet égard, le droit ne doit plus empêcher les défaillances, mais doit au contraire favoriser le remplacement rapide des entreprises non viables sur le marché. Le droit de la faillite vise alors à influencer les conditions dans lesquelles s'effectue la transition entre la phase d'expansion de l'innovation proposée par l'entrepreneur et la phase de dépression. Dès lors, plus la réallocation du capital est efficace, plus la phase dépressive sera courte. S'ajoute ainsi à la dimension punitive, dominante initialement, une dimension allocative des ressources par la sélection des entreprises viables, où l'entrepreneur conserve le droit d'apprendre de ses erreurs, afin de ne pas contrevenir à la liberté du commerce et de l'industrie et de ne pas freiner l'esprit d'entreprendre. Le droit des procédures collectives se comprend dès lors comme le droit visant la rationalisation de la défaillance économique[7], incluant le droit à minimiser l'échec. Il rejoint en cela le droit des sociétés qui vise à favoriser l'esprit d'entreprise. Ces deux branches du droit

---

[4] La faillite a un aspect infamant dans la littérature économique. Ainsi A. Smith (1776) : « *La banqueroute est peut-être la plus grande calamité et la plus forte humiliation à laquelle puisse être exposé un innocent.* » J.-B. Say (1803) parle d'« *action d'un homme incapable et négligent* ».

[5] Cette finalité historique demeure en vigueur : le chapitre III prévoit des sanctions personnelles contre le débiteur (faillite personnelle et interdiction de gérer) en énumérant les comportements jugés fautifs et en prévoyant des sanctions pouvant aller jusqu'à quinze ans d'interdiction. La violation de cette interdiction est punie par des sanctions pénales et la faillite personnelle. Il existe des possibilités de relèvement lorsque la personne apporte la preuve de sa capacité à gérer ou contrôler une entreprise ou lorsqu'il concourt de manière significative à la résorption du passif. Mais les condamnations sont rares et les peines en cas de violation sont très peu prononcées.

[6] Schumpeter base sa théorie sur l'image de l'entrepreneur qui est une personne dont la quête est le profit, un preneur de risque qui va à ce titre « *reformer ou révolutionner la routine de production en exploitant une invention ou, plus généralement, une possibilité technique inédite* » (1942).

[7] M.-P. Dumont-Lefrand, « Les plans : quelle place pour les associés ? », *Rev. proc. coll.*, nº 2, mars 2014, dossier nº 20, nº 7 : « *Le droit des procédures collectives est souvent présenté comme un droit hégémonique. Cela se révèle souvent vrai, mais parce qu'il vise à rationaliser la défaillance d'une activité économique. Aussi certaines règles de droit commun doivent-elles céder pour permettre de trouver la bonne technique de réorganisation économique de l'entreprise défaillante.* »

C1 - Internal use

sont intimement liées ; quand le droit à l'erreur est organisé, l'entrepreneuriat est encouragé[8].

3. Le droit des procédures collectives, outil de réorganisation de la société en difficulté – Le droit des procédures collectives est également perçu dans une dimension distributive, favorisant la coopération des créanciers pour maximiser non pas l'espérance de gains privés, mais l'espérance collective de gains, dans une perspective égalitaire. La procédure collective permettrait alors d'optimiser la valeur de l'entreprise pour les parties prenantes[9]. Le système repose sur la capacité des tribunaux à créer de la valeur[10] ; le but est d'obtenir une compensation au moins égale à ce qui aurait pu se passer en dehors du cadre de la procédure. Au-delà du simple rôle de distribution des actifs du débiteur, le tribunal joue le rôle de « révélateur d'informations » pour faciliter et équilibrer les négociations entre des intérêts antagonistes[11] ne disposant pas d'un accès symétrique à l'information, et modérer les coûts inhérents à la faillite[12]. En effet, par définition, les parties ont des intérêts divergents dans l'arbitrage de la répartition du coût de restructuration de la société[13]. Plus les créanciers sont nombreux et plus les conflits d'intérêts sont importants. Au-delà de ces comportements opportunistes, il a été prouvé que la multiplication des poursuites intempestives contre le débiteur conduit à une mauvaise allocation de ses ressources[14], par définition insuffisantes en procédure collective. En outre, le traitement judiciaire peut permettre de prendre en compte des aspects particuliers, par exemple des priorités sociales. Pour un auteur, « *le droit des défaillances apparaît comme un véritable outil de politique économique, régulateur de la vie des entreprises*[15] ». C'est sur la

---

[8] Lorsque la société est cotée, il faut également appréhender l'interposition, et l'éventuelle contradiction, du droit du boursier qui a pour but de protéger l'intégrité du marché ; en ce sens Y. Piette, « Les restructurations d'entreprise face aux contraintes du marché », *BJE*, nº 4, 316.

[9] Hart (2001).

[10] M. LoPucki, C. Whitford, Corporate Governance in the Bankruptcy Reorganization of Large, Publicly Held Companies, 141 U. Pa. L. Rev. 669 (1993).

[11] Webb (1987) va alors développer le rôle de producteur d'information du tribunal qui va déterminer si l'entreprise doit être sauvegardée ou non.

[12] Le coût de la faillite : (i) coût social en termes de perte d'emplois ; (ii) coûts liés aux difficultés financières : non-remboursement des prêts, renégociation des contrats de dettes constituant pour les bailleurs de fonds des charges supplémentaires, perte de confiance des partenaires, non-réalisation de projets économiques rentables, soit des coûts directs (frais de justice), soit des coûts indirects (impact sur la gestion de la société, perte de confiance des partenaires commerciaux ou financiers, départ des salariés). Ces coûts varient a priori selon la taille de l'entreprise et semblent diminuer à mesure que celle-ci augmente. Haugen et Senbet (1978) ont travaillé sur l'arbitrage entre les coûts de la faillite et les coûts de renégociation informelle.

[13] Phénomène de *free-riding* en anglais.

[14] Risque d'entrave des négociations, saisie intempestive des actifs du débiteur qui risquent de diminuer *in fine* la valeur que chaque créancier aurait reçue ; vente par appartement moins rentable que la vente globale dans la mesure où elle implique la disparition de synergies. En outre, cela implique la mise en place d'un processus coûteux de contrôle du débiteur.

[15] T. Favario, « De l'attractivité du droit des entreprises en difficulté », *Revue des procédures collectives*, nº 4, juillet 2009, étude 18.

C1 - Internal use

base de ces constats que progressivement, le droit des procédures collectives est sorti de sa finalité punitive historique en visant la réorganisation de la société en difficulté dans une approche globale, par la mise en place de règles favorisant l'optimisation de sa gestion. Il a alors muté en un droit des entreprises en difficulté, appréhendant les débiteurs même *in bonis* à un stade préventif des difficultés avérées ou potentielles[16]. Il est devenu moins hégémonique et impératif et a, en fonction de l'étendue des difficultés, desserré l'étau de la tutelle du tribunal sur le débiteur, en laissant à celui-ci plus de liberté dans la gestion et dans le choix de la procédure et du professionnel de la procédure collective. En cela, le droit des procédures collectives a rejoint plus encore les finalités du droit des sociétés en tant que technique de prévision du fonctionnement de la personne morale[17].

4. Dimension entrepreneuriale du droit des sociétés, une technique d'organisation – Pour Joffre, l'entreprise « *est une cellule autonome dont la coordination des activités s'exerce par des relations d'ordre et de hiérarchie* » et se distingue du marché qui « *est un lieu de coordination non pas fondé sur la hiérarchie mais sur l'échange et le contrat* »[18]. En théorie, l'entreprise devrait supplanter le marché dans la mesure où l'entrepreneur n'est pas obligé de négocier perpétuellement pour la réalisation de son objet social. Le droit, en conférant aux organes sociaux des pouvoirs prédéterminés, permet de réduire les coûts de transaction et favorise l'entrepreneuriat et les investissements. Ces objectifs sont également poursuivis au travers de la technique de la société à risque limité[19] qui permet d'instaurer un système où la responsabilité de l'associé est liée à son investissement et non à sa solvabilité – à la différence d'une société à risque illimité où la responsabilité des associés varie en fonction de la solvabilité des autres associés, augmentant ainsi les coûts de transaction[20]. Le droit des sociétés favorise donc une diversification des investissements de l'associé, permettant à ce dernier de choisir le niveau, le seuil de surveillance des dirigeants en fonction du risque encouru : si le risque ne représente qu'un faible pourcentage de son portefeuille alors l'actionnaire n'effectuera qu'une surveillance minime de la gestion de la société[21]. En parallèle, le phénomène de diversification des investissements et du pilotage des risques peut induire un fractionnement de l'actionnariat, conduisant à la nécessité de conférer aux actionnaires minoritaires un système de protection,

---

[16] Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises
[17] Finalité anthropomorphique du droit des sociétés.
[18] Joffre (1997)
[19] Objet de prédilection de cette étude.
[20] E. Mackaay et S. Rousseau, *Analyse économique du droit*, Dalloz, Méthodes du droit, 2e éd., 2008, 488.
[21] Le risque de perte lié à un comportement opportuniste du dirigeant sera minime et contrebalancé par les gains dans une autre société où l'actionnaire aura choisi de contrôler plus intensivement la direction.

C1 - Internal use

source de coûts d'agence et pour répondre aux risques de conflits d'agence.

5. Une dimension anthropomorphique de la société, l'intérêt social – Dans cette approche entrepreneuriale du droit des sociétés, l'associé a une place particulière puisqu'il entend mutualiser son apport et les risques encourus dans un but, une entreprise commune. À ce titre, les associés sont considérés comme les parties ayant le plus intérêt à voir croître la valeur de la société puisqu'ils ont vocation à en obtenir le bénéfice résiduel, recueilli après paiement de tous les créanciers. *A contrario*, les autres parties prenantes n'ont qu'un intérêt fixe dans la société et n'ont, *a priori*, pas spécifiquement d'intérêt à ce que la valeur de la société croisse au-delà de ce qui est nécessaire pour être remboursées. Néanmoins, en conférant à la société une personnalité juridique propre, ce ne sont plus les associés qui sont au cœur du dispositif, mais l'intérêt social. C'est ainsi que très tôt Berle et Means (1932) ont considéré que la société est « *une constellation d'intérêts plutôt qu'un instrument aux seules mains des actionnaires*[22] ». La société doit dès lors être le point de rencontre d'intérêts concurrents pour obtenir une coopération nécessaire[23]. Dans cette perspective, elle ne peut pas avoir comme unique but la poursuite des bénéfices[24] et doit prendre en compte d'autres bénéficiaires résiduels. Certains auteurs ont tâché de mettre en lumière le lien entre la maximisation de la valeur de la société et la prise en compte des intérêts en présence, en prenant l'exemple du dommage environnemental qui réduit *de facto* cette valeur. Pour M. le Professeur Paillusseau, l'intérêt social doit se comprendre comme l'intérêt des personnes tirant un revenu de la société[25]. Cette orientation est d'ailleurs confirmée par la loi Pacte qui prévoit que la société est gérée conformément à son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux[26]. La société, fiction juridique, sert donc à accueillir les relations contractuelles entre les différents intervenants et représente un « nœud de contrats ». Le droit ne devrait donc agir que lorsque le consensualisme est insuffisant pour concilier les intérêts en présence. À l'instar du droit des procédures collectives, le droit des sociétés vise à promouvoir une distribution efficiente des ressources en limitant les occasions de profiter de l'asymétrie de pouvoir et d'information. Le droit des sociétés et le droit des procédures collectives sont donc intimement liés par la multiplication des zones de rencontre au fur et à mesure de la mutation de ces branches du droit.

---

[22] A. A. Berle, *The 20th Century Capitalist Revolution*, Macmillan, 1955.
[23] C. Barnard, *The Functions of the Executive* (1938, 1968).
[24] Ansoff (1968), Bowen (1953) évoquent l'obligation sociale et morale des sociétés de prendre en compte les conséquences de leur décision. Freeman (1984).
[25] J. Paillusseau, *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, Sirey, 1967, 200.
[26] Article 1835 du Code civil.

C1 - Internal use

Un droit de la société en difficulté, non consacré, est formé par la rencontre empirique du droit commun des sociétés et du droit d'exception des procédures collectives. Cette conjugaison peut expliquer l'orientation prise par le droit français des procédures collectives.

6. La dualité des systèmes en droit des procédures collectives – La dimension allocative des procédures collectives par la sélection des entreprises viables, puis la dimension distributive par la maximisation de la valeur pour toutes les parties prenantes du débiteur peuvent conduire à des arbitrages et des résultats différents selon l'objectif économique assigné. Le droit des procédures collectives est, en effet, un droit économique orienté. La sélection des entreprises viables ou leur rapide liquidation sera arbitrée différemment selon les intérêts en présence : les créanciers garantis seront réputés préférer la liquidation ; les créanciers chirographaires, le débiteur ou ses salariés préféreront la sauvegarde des actifs et la réorganisation de la société. De la même façon, la maximisation de la valeur des actifs peut aboutir à des objectifs antinomiques de liquidation immédiate de ceux-ci ou de réorganisation pour une meilleure valorisation à moyen ou long terme. Pour M. Rey, le droit des procédures collectives doit favoriser la conciliation des intérêts en présence qui sont par principe divergents ; il ne suffit pas d'énumérer les parties prenantes, il faut hiérarchiser leur intérêt[27]. En effet, le droit des procédures collectives est généralement classé en deux systèmes ; le premier « orienté créanciers » dont l'objectif est de (i) faire respecter les contrats financiers, (ii) recouvrir facilement leurs sûretés et (iii) offrir la possibilité d'empêcher la réorganisation de la société et de faire remplacer le dirigeant[28] ; le second « orienté débiteurs » ou « de clémence » a, lui, pour objectif principal de limiter les conséquences sociales de la défaillance, tout en laissant le contrôle de la société à ses dirigeants et associés. Le rapport *Doing Business* 2012 de la Banque mondiale fixe ainsi les objectifs d'une « bonne loi » des procédures collectives : (i) « *maximiser la valeur totale du montant reçu par les créanciers, employés et autres parties prenantes* », (ii) « *redresser ce qui peut l'être et liquider les entreprises qui n'ont aucune chance de survie* », (iii) « *améliorer une transition prévisible dans les revendications prioritaires entre la bonne ou la mauvaise situation financière de la société pour réduire le risque encouru par les investisseurs*[29] ». Pour M. le Professeur Couret, cette énumération semble renvoyer à une hiérarchisation entre ces objectifs qui peuvent parfois se contredire. Il note alors que la Banque

---

[27] P. Rey, « Mesurer l'efficacité économique du droit des entreprises en difficultés », *in Mesurer l'efficacité économique du droit*, G. Canivet, M.-A. Frison-Roche et M. Klein (dir.), LGDJ, 2005, 58.
[28] A. Couret, « Expérience confrontée d'évaluation économique des droits de la faillite », *in Mesurer l'efficacité économique du droit*, G. Canivet, M.-A. Frison-Roche et M. Klein (dir.), LGDJ, 2005, 40.
[29] L'optimum étant de ne subir aucun changement.

C1 - Internal use

mondiale prône un système tendant à favoriser les créanciers et la liquidation de l'entreprise. Selon lui, la Banque mondiale considère que le système pro-créanciers est le plus efficace. Il lui reproche le parti pris selon lequel moins le tribunal intervient, plus le système est efficace, car cela occulte l'effort des tribunaux en matière de prévention des difficultés, où deux entreprises sur trois sont « *sauvées à ce stade* » avec une sauvegarde des droits des créanciers[30]. Dans le même sens, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a établi un guide législatif en matière de procédure d'insolvabilité afin d'établir les bastions d'une procédure collective efficace. Elle énumère neuf objectifs que devraient poursuivre les procédures collectives[31]. Le guide prévoit également la prise en compte d'autres intérêts intégrés, notamment dans la cadre d'une politique sociale. De la même façon, les agences de notation ont développé la politique de *notching up* qui pondère la note d'une entreprise en fonction des caractéristiques de l'instrument financier, prenant lui-même en compte la nature du droit des défaillances. Ainsi, plus un système est pro-créanciers, plus le *notching up* est positif. Les agences de notation se basent sur le fait que le taux de recouvrement des systèmes pro-débiteurs est plus faible que celui des pro-créanciers[32].

Le débat se cristallise dès lors autour de la question du partage des risques entre le débiteur et les créanciers. Ce partage a, en effet, une incidence sur la quantité de crédit disponible, son prix et le taux d'intérêt. Un système pro-créanciers est réputé permettre d'avoir davantage de crédit disponible à moindre coût. *A contrario,* un système trop favorable au débiteur incite celui-ci à prendre des risques inconsidérés, provoquant une augmentation de la prime de risque et une baisse de l'offre de crédit. De la même façon, il convient d'éviter l'écueil de la défaillance

---

[30] « *Selon France Stratégie, 62 % des entreprises en sauvegarde parviennent à restructurer leur dette contre seulement 27% de celles qui entrent en redressement judiciaire.* » « *C'est la meilleure réputation de la procédure de sauvegarde qui est à l'origine de cette différence* », selon Cédric Audenis, commissaire général adjoint de France Stratégie. G. de Calignon, « La sauvegarde plus efficace que le redressement judiciaire », *Les Échos*, 6 février 2020.

[31] « (*1) Sécuriser le marché pour promouvoir la stabilité et la croissance économiques, (2) Maximiser la valeur des actifs, (3) Établir un équilibre entre liquidation et redressement, (4) Garantir le traitement équitable des créanciers se trouvant dans la même situation, (5) Prévoir le règlement rapide, efficace et impartial de l'insolvabilité, (6) Préserver la masse de l'insolvabilité pour permettre une répartition équitable entre les créanciers, (7) Élaborer une loi sur l'insolvabilité transparente et prévisible qui contienne des mesures d'incitation pour la collecte et la diffusion d'informations, (8) Reconnaître les droits des créanciers existants et établir des règles claires pour classer les créances prioritaires, (9) Établir un cadre pour l'insolvabilité internationale.* »

[32] Cette optique n'est pas sans incidence ; le droit des procédures collectives français est en cela critiqué au titre de la nullité des actes pris pendant la période suspecte, des privilèges des créances postérieures utiles, et de la perte de contrôle des créanciers au profit du juge qui peut notamment imposer des délais et remises de dettes.

C1 - Internal use

stratégique[33] par lequel une loi trop permissive dans les conditions d'accès à la procédure collective peut conduire à des abus où le débiteur se soustrait volontairement à ses engagements contractuels. Les défendeurs d'un système pro-débiteurs invoqueront, pour leur part, qu'un système trop défavorable aux débiteurs risque de créer chez eux plus d'aversion au risque, des barrières à l'entrée non sans impact sur la création d'entreprise ; le risque global pour l'économie en ressort plus élevé. *A contrario*, en sécurisant la position des débiteurs, ceux-ci seraient incités à entreprendre, entraînant une hausse de crédit. Ainsi, une loi trop sévère peut entraîner des comportements d'investissement sous-optimaux ou inciter à la fraude de la part de dirigeants qui voudraient dissimuler les difficultés financières. Cependant, aucun auteur n'a été en mesure de prouver la supériorité d'un système sur l'autre. L'arbitrage dépendra du compromis politique du moment. La Commission européenne note, à cet égard, qu'il existe des systèmes médians et relève que « *bien que le taux de réussite des redressements varie considérablement dans les régimes considérés comme favorables aux créanciers, des études semblent infirmer l'hypothèse selon laquelle les redressements seraient moins nombreux ou leur succès moins fréquent dans ces régimes que dans ceux qui sont favorables au débiteur* »[34].

7. La dualité des procédures collectives en perte de vitesse – Si l'arbitrage entre les différents intérêts à protéger relève d'un parti pris idéologique et constitue dès lors des considérations politiques, il existe un dénominateur commun aux deux systèmes de droit pro-créanciers et pro-débiteurs : veiller à l'efficacité de la procédure et en assurer la prévisibilité juridique. En effet, un objectif visant la maximisation de la valeur est un objectif économique universel qui peut être décorrélé des conflits d'intérêts. Il s'agit donc d'empêcher le démantèlement prématuré des actifs du débiteur en mettant en place une procédure efficace et impartiale. En ce sens, la directive du 20 juin 2019 relative aux cadres de restructuration préventive, à la remise de dettes et aux déchéances, et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes[35] vise, comme son nom l'indique, à lever les obstacles afin de permettre aux entreprises de poursuivre leur activité et de bénéficier « *d'une remise de dettes totales au terme d'un délai raisonnable* ». Pour cette

---

[33] Théorie développée par Delaney (1992). L'auteur cite l'exemple de Continental Airlines en 1983 qui a évité le droit du travail en utilisant le Chapter 11 du droit fédéral américain pour procéder à la réduction de sa masse salariale à hauteur de 65%.

[34] https://ec.europa.eu/search/?QueryText=restructuration&op=Rechercher&swlang=fr&form_build_id=form-66GJ0J9JTqKpVhXjA25ZmQA4dS_GsyQljcNCKSyNhMc&form_id=nexteuropa_europa_search_search_form

[35] Directive (UE) 2019/1023 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 relative aux cadres de restructuration préventive, à la remise de dettes et aux déchéances, et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes, et modifiant la directive (UE) 2017/1132 (directive sur la restructuration et l'insolvabilité), ci-après le « Directive ».

C1 - Internal use

Directive, « *l'écoulement du temps ne fait généralement qu'entraîner une perte de valeur supplémentaire pour le débiteur ou son entreprise*[36] ». Cette Directive fait le lien entre procédure courte et efficacité[37]. Il convient de noter que l'objectif de célérité des procédures collectives est partagé par le droit français qui, sans le consacrer comme but à part entière, a assigné au juge-commissaire sa surveillance : « *Le juge-commissaire est chargé de veiller au déroulement rapide de la procédure et à la protection des intérêts en présence*. »[38].

La Directive se donne également comme objectif d'être prévisible, faisant le constat que « *les investisseurs font état de l'incertitude quant aux règles en matière d'insolvabilité ou le risque de procédures d'insolvabilité longues ou complexes dans un autre État membre comme étant l'une des principales raisons de ne pas investir ou de ne pas nouer de relation d'affaires avec un homologue situé en dehors de l'État membre dans lequel ils sont basés* »[39]. Il s'agit là d'un autre objectif commun aux deux systèmes : la prévisibilité, passant par la reconnaissance des droits des créanciers et le respect de leur rang de priorité selon un processus prévisible et bien établi[40]. En revanche, la garantie d'un traitement équitable des créanciers placés dans la même situation n'est pas consacrée en droit français en tant que principe directeur[41]. De la même façon, l'objectif de traitement rapide, efficace et impartial de l'insolvabilité est absent du droit français des entreprises en difficulté[42]. À ce titre, certains auteurs[43] ont prouvé que le respect de l'ordre des priorités entre les créanciers permet *ex ante* de créer des incitations efficaces pour assurer une bonne gestion et incite *ex post* les créanciers à prendre part aux négociations grâce à la prévisibilité juridique dont sera empreinte la procédure. Le respect de l'ordre de priorité permettrait également de sélectionner les entreprises encore viables. En principe, une société ne devrait poursuivre son activité que si sa valeur de continuation excède sa valeur de liquidation, et devrait être liquidée dans le cas inverse. Néanmoins, il faudra surmonter les coûts

---

[36] Considérant (16).
[37] La directive (UE) 2019/1023 du 20 juin 2019 relative aux cadres de restructuration préventive, à la remise de dettes et aux déchéances, et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes, considérant (1).
[38] Article L. 621-9 du Code de commerce.
[39] Considérant (7).
[40] Dans le même sens, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) considère qu'« *une loi sur l'insolvabilité devrait être transparente et prévisible, ce qui permettra aux créanciers et prêteurs potentiels de comprendre le déroulement de la procédure d'insolvabilité et de mesurer les risques liés à leur statut de créanciers en cas d'insolvabilité, renforcera la stabilité des relations commerciales et favorisera la baisse des primes de risque associées aux prêts et aux investissements* ».
[41] Même si le principe d'égalité est consacré par la jurisprudence. Le principe d'égalité s'exprime surtout par la discipline collective imposée à tous les créanciers qui empêche « le prix de la course » tout en laissant un peu de répit au débiteur.
[42] Ces deux principes guideront la thèse dans une perspective prospective.
[43] E. F. Fama, M. H. Miller, *The Theory of Finance*, 1972.

C1 - Internal use

additionnels liés à la détermination des valeurs de continuation et de liquidation, empêchant la prise de décision optimale. Les conflits de valorisation pourraient être arbitrés en attribuant la propriété de la société, par priorité, aux créanciers dont le rang est le plus élevé tout en permettant aux créanciers de rangs inférieurs de se porter acquéreurs de la société, ce qu'ils ne feront que s'ils estiment que la valeur de celle-ci est supérieure aux créances restant à payer[44].

8. L'orientation du droit français des entreprises en difficulté – Depuis la loi de 2005, les objectifs assignés à la procédure collective française sont le maintien de l'activité, de l'emploi et l'apurement du passif[45]. De ces seuls objectifs, il n'est pas possible de déduire le centre de gravité des procédures collectives, qui sont tantôt orientées débiteurs par la poursuite de l'objectif de maintien de l'activité et de l'emploi, tantôt orientées créanciers par la poursuite de l'objectif d'apurement du passif. Le gouvernement semble attaché aux objectifs traditionnels de la procédure collective : la loi Pacte du 22 mai 2019, habilitant le gouvernement à agir par voie d'ordonnances pour transposer la Directive du 20 juin 2019, prévoit que les ordonnances doivent être prises dans des conditions « *favorisant la poursuite de l'activité, la sauvegarde de l'emploi, l'apurement du passif* », mais ajoute de nouveaux éléments : « *le rebond des entrepreneurs honnêtes et permettant la réduction des coûts et des délais des procédures* ». Dans la consultation organisée par la Direction des affaires civiles et du Sceau, les participants ont été interrogés sur les objectifs prioritaires en matière de restructuration, constatant que la directive multiplie les objectifs assignés à ces procédures[46]. À ce titre, il peut être distingué plusieurs catégories d'objectifs : (i) les objectifs pro-débiteur et son dirigeant (poursuite de l'activité, aide au rebond des entrepreneurs), (ii) les objectifs pro-créanciers (optimisation de la valeur pour les créanciers), (iii) les objectifs visant à la sauvegarde de l'emploi (sauvegarde de l'emploi, maintien des savoir-faire et des compétences), (iv) les objectifs relatifs à la protection ou la promotion de l'union des marchés (prévention des prêts non productifs, développement des investissements transfrontaliers, simplification de la restructuration des groupes de sociétés transfrontaliers), (v) les objectifs favorisant l'efficacité de la procédure pour toutes les parties prenantes (réduction de la durée et des coûts des procédures en matière de restructuration). Mis

---

[44] G. Plantin, D. Thesmar, J. Tirole, « Les enjeux économiques du droit des faillites, les notes du conseil d'analyse économique », n°7, juin 2013.

[45] Article L. 620-1 du Code de commerce.

[46] « *Poursuite de l'activité, optimisation de la valeur pour les créanciers, les propriétaires et l'économie dans son ensemble, sauvegarde de l'emploi, maintien des savoir-faire et compétences, prévention des prêts non productifs, amélioration de la transparence, la sécurité juridique et la prévisibilité, développement des investissements transfrontaliers, simplification de la restructuration des groupes de sociétés transfrontaliers, réduction de la durée et des coûts des procédure en matière de restructuration, aide au rebond des entrepreneurs honnêtes*. »

C1 - Internal use

à part les objectifs propres à l'Union européenne, les objectifs assignés par la directive sont proches de ceux mentionnés dans la loi Pacte. À ce titre, l'optimisation de la procédure par l'amélioration de sa prévisibilité et la réduction de sa durée et de ses coûts devrait être mentionnée expressément en tant qu'objectif de la procédure de restructuration et plus largement des procédures d'insolvabilité. La question qui demeure est celle de la priorisation de ces objectifs parfois contradictoires : poursuite de l'activité, optimisation de la valeur et sauvegarde de l'emploi[47].

9. Le droit des procédures collectives français, un droit orienté historiquement pro-débiteur – Le droit français est considéré comme ayant arbitré les conflits entre les intérêts des diverses parties prenantes en faveur du débiteur et de ses salariés. Au soutien de cette opinion, il est mis en avant le superprivilège accordé aux salariés du débiteur. Par ailleurs, le système français est jugé pro-débiteur car il fait reposer les efforts de la restructuration principalement sur les créanciers[48]. Le juge a, en effet, la possibilité de décider le rééchelonnement d'office des créances sur une période pouvant aller jusqu'à dix ans. Néanmoins, le droit français des procédures collectives a multiplié les interventions en faveur de la procédure de liquidation en démocratisant, par exemple, les procédures de liquidation simplifiées[49]. Par ailleurs, à son stade curatif, il montre une certaine défiance à l'égard du dirigeant : révision de sa rémunération, cession forcée ou, au contraire, inaliénabilité de ses titres, assistance ou représentation, et surtout possibilité pour les tiers, dès l'ouverture de la procédure, de présenter des offres de cession. Le maintien du dirigeant n'est pas la priorité de ces procédures. Les droits des créanciers ont également été revus, avec notamment la possibilité en cas de redressement judiciaire de proposer un plan de redressement concurrent à celui du débiteur, et la prise en compte des accords de subordination conclus avant l'ouverture de la procédure dans l'appréciation des droits de vote des créanciers. Mais ce renforcement des droits des créanciers ne concerne que les procédures de redressement judiciaire pour lesquelles des comités de

---

[47] À noter la différence entre les objectifs français de la procédure (apurement du passif) et ceux promus au niveau européen (optimisation de la valeur pour les créanciers, les propriétaires et l'économie dans son ensemble). Lorsqu'on se situe au stade de la prévention des difficultés, l'apurement du passif n'est pas forcément un objectif prioritaire ; l'optimisation de la valeur semble plus pertinente tout en notant que la notion d'optimisation peut recouvrir de nombreux aspects puisqu'il ne s'agit pas simplement de préserver la valeur mais d'en tirer le meilleur parti.

[48] Proposition de loi ratifiant, modifiant et complétant l'ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 portant modification du livre VI du Code de commerce, p. 3 : « *Le droit français des entreprises en difficulté se caractérise, en effet, par un déséquilibre marqué – et souvent dénoncé – entre la protection des intérêts des détenteurs de capital et ceux des créanciers.* »

[49] La dernière réforme est la loi Pacte qui élargit l'éligibilité des débiteurs à ce type de procédure.

C1 - Internal use

créanciers ont été constitués, ce qui le marginalise. Un auteur note que le droit français peut désormais être classé comme un droit hybride dans l'objectif de son attractivité[50]. Néanmoins, il demeurera compliqué de conclure en ce sens tant que le problème du traitement de l'associé d'une société en difficulté n'aura pas été abordé.

10. Le paradoxe de l'associé d'une société en difficulté – Par contraste avec les autres créanciers, les associés sont très peu sollicités en procédure collective. Cette situation s'explique par le maintien du droit des sociétés. En effet, le respect des règles ordinaires de fonctionnement de la société conduit à ce que les associés soient traités différemment des autres créanciers, allant jusqu'à leur conférer le pouvoir de s'opposer à un plan de continuation comprenant des mesures de modification du capital social. Pour MM. les Professeurs Brunet et Germain, « *les associés deviennent les maîtres du sort de l'entreprise*[51]». Madame Cérati-Gauthier note, par ailleurs, la contradiction suivante : « *Ces derniers [les associés] ne sont en principe pas tenus responsables du passé de la société en ce sens que leur situation patrimoniale ne sera pas bouleversée malgré l'existence d'un passif social. Mais ils n'en conservent pas moins la "maîtrise" de la restructuration de la société débitrice*. »[52] Le propos doit être nuancé, car le sort des associés dépend de la procédure ouverte contre la société : en liquidation judiciaire, les associés sont traités comme des créanciers de dernier rang ; en redressement judiciaire et en sauvegarde, l'associé demeure en principe souverain pour décider de toute modification du capital social tout en espérant que le spectre de la liquidation judiciaire soit suffisamment dissuasif pour permettre une coopération intelligente des intéressés[53]. M. le Professeur Barbieri note, pour sa part, qu'il n'y a « *aucune raison de négliger parmi les partenaires les associés et de se contenter d'attendre d'eux un simple acquiescement aux propositions d'augmentation de capital et de reprise*[54]». Il ajoute que « *même si aucune modification du capital n'est envisagée, aucun effort n'est demandé aux associés et*

---

[50] J.-J. Fraimout, « Des plans plus attractifs pour les créanciers ? », *Revue des procédures collectives*, n° 2, mars 2014, dossier 19.
[51] A. Brunet, M Germain, « L'information des associés et du comité d'entreprise dans les sociétés anonymes depuis les lois du 28 octobre 1982, du 1er mars 1984 et du 25 janvier 1985 », *Revue des sociétés*, 1985, 1, spéc. 54.
[52] A. Cérati-Gauthier, précité.
[53] P. Roussel Galle, « L'introuvable droit des sociétés en difficulté », *in Mélanges P. Merle*, Dalloz, 2012, 612, n° 15.
[54] J.-F. Barbieri, « L'incidence des procédures collectives sur la situation des associés », *Petites Affiches*, 1986, 19.

C1 - Internal use

actionnaires, et ils peuvent apparaître comme les grands gagnants de la restructuration des dettes de l'entreprise si elle réussit[55] ».

11. La reprise interne sous-développée – Ce droit de veto accordé à l'associé a pour conséquence en France le sous-développement des plans dits de « reprise interne »[56] au profit des plans de cession qui permettent de contraindre l'associé par « *son expropriation économique »*[57] , dans la mesure où ses droits sociaux sont privés *de facto* de leur valeur. Cette situation est dommageable, car la reprise interne peut être considérée comme préférable au plan de cession. Un auteur note que « *la société débitrice, les salariés, les cocontractants et les créanciers y trouveront tous leur compte. Cette constatation explique que le Conseil constitutionnel voit dans la cession forcée [du dirigeant-associé] une mesure dictée par l'intérêt général »*[58]. La reprise interne permet, en effet, à la société débitrice d'éviter de créer une nouvelle structure, ce qui peut susciter une meilleure coopération du dirigeant s'il est maintenu, d'éviter des difficultés avec les partenaires, notamment dans le cadre de la cession des contrats *intuitu personae,* ainsi que la lenteur du processus[59]. Ce plan de continuation est considéré comme moins déstabilisant pour les parties prenantes[60] puisque le prix n'est pas versé à un tiers mais est réinjecté dans la société. S'agissant des créanciers, la reprise interne est la seule technique permettant la conversion de titres de créance en titres de capital. Au lieu d'attendre un paiement échelonné des créances soumis au risque d'échec du plan, le créancier peut bénéficier d'une compensation avec sa créance tout en ayant la possibilité de différer la libération de l'apport[61] – contrairement au paiement comptant du prix de cession. Par ailleurs, une action peut se révéler parfois plus liquide qu'une créance, notamment quand la société est

---

[55] P. Roussel Galle, « L'introuvable droit des sociétés en difficulté », *in Mélanges P. Merle*, Dalloz, 2012, 612, n° 15.

[56] Un plan de reprise interne consiste, comme son nom l'indique, à reprendre une activité d'une société en difficulté en prenant le contrôle de la société soit par une cession des droits sociaux, soit par le biais d'une augmentation de capital.

[57] T. Revial, « Les actionnaires face à leurs responsabilités. Quelles responsabilités ? », *Revue des procédures collectives*, nº 4, juillet 2014, dossier 37. L'auteur note que la seule façon de contraindre les associés est le plan de cession mais cette « *issue est particulièrement destructrice de valeur par rapport à des schémas où le transfert de propriété est réalisé par des opérations sur le capital afin de conserver la structure juridique de l'entreprise dont le passif aura été redimensionné à la baisse dans le cadre d'une négociation amiable* ».

[58] Cons. const., 7 oct. 2015, nº 2015-486 QPC, JCP E 2015, 1562, note A. Cérati-Gauthier.

[59] A. Gaudemet, M.-H. Monsèrié-Bon, « Reprise interne d'une société en difficulté », *Revue des procédures collectives*, nº 6, novembre 2015, dossier 56.

[60] E. Hess, M. Menjucq, J.-L. Grevet, T. Bellot, A. Taste, « La confrontation du droit des entreprises en difficulté et du droit des sociétés : qui sont les principaux bénéficiaires : les associés, les dirigeants ou les investisseurs ? », *Revue des procédures collectives*, nº 5, septembre 2010, entretien 3.

[61] Il convient toutefois de noter que la reprise interne conduit à reprendre l'intégralité du passif même si sa consistance est déterminée grâce à la procédure de déclaration des créances. Cette technique incite à une reprise d'activité sans réinjection de fonds propres et pousse les créanciers à prendre de nouveaux risques.

C1 - Internal use

admise sur un marché réglementé[62]. La technique permet de conserver tous les actifs de la société, en particulier ceux difficilement cessibles (activité nécessitant des autorisations administratives ou participations dans d'autres sociétés). Il existe également un intérêt fiscal aux reprises internes puisque le repreneur pourra bénéficier des reports de déficit[63]. Un auteur s'interroge dès lors sur la pérennité du succès des plans de cession : « *Si demain on peut avoir des reprises par le capital que l'on impose à l'actionnaire (…), cela permettrait de restructurer aisément en dehors du plan de cession*[64]». En effet, les plans de cession sont souvent critiqués : « *La réalité est aussi celle d'un cadre procédural imposé et contraignant : d'une publicité qui n'atteint pas ses objectifs, d'une mise en relation entre repreneur et cédant difficile. C'est aussi une cession à un prix souvent insuffisant (…). Tout ceci a été amplement dénoncé, ainsi que la difficulté de faire en sorte que le cessionnaire tienne ses engagements, et le niveau trop élevé de résolution du plan de cession*[65]. » Comme le note un auteur, « *le respect de l'organisation démocratique, manifestation du respect du droit des sociétés alors que la société est soumise à une procédure de redressement judiciaire est […] un mal, la société se retrouvant entièrement à la merci de ses associés, au risque d'être conduite à la liquidation judiciaire, faute pour eux d'avoir approuvé les propositions de l'administrateur* ». Un plan de reprise interne suppose ainsi une décision sociale fondée sur les principes du droit des sociétés qui en appellent au droit de vote des associés[66]. Cette situation complexifie la négociation avec les parties prenantes dans la mesure où le dispositif de rétorsion ne concerne que les créanciers.

12. Ce pouvoir accordé aux associés se fait au détriment des créanciers qui peuvent subir, à défaut de consensus, un rééchelonnement forcé des échéances de leur créance pour une période pouvant aller jusqu'à dix ans. Le blocage des associés conduit donc les créanciers à consentir plus de sacrifices puisque le poids de la négociation repose sur eux. Le CIRI note à ce titre que « *les négociations amiables peuvent être rendues difficiles par la position prise par les associés. Les associés portant le risque ultime de l'entreprise, ils ont une responsabilité économique et sociale à jouer en cas de difficulté. […] or, dans le cas d'entreprises avec des*

---

[62] Toutefois, le retrait de la cote est très probable.
[63] À noter toutefois que les personnes physiques qui souscrivent au capital d'une société en procédure collective faisant l'objet d'un plan de continuation pourront déduire de leur revenu imposable tout ou partie des pertes en cas d'échec dans les huit années suivant la date d'adoption du plan et ne supportent pas de droit d'enregistrement.
[64] L. Spizzichino, S. Gorrias, H. Bourbouloux, M. Menjucq, « Les perspectives d'évolution du rôle des créanciers en droit des entreprises en difficulté », *Revue des procédures collectives*, nº 3, mai-juin 2019.
[65] S. Sabathier, C. Caviglioli, « La cession dans les différentes procédures : prepack, redressement et liquidation judiciaires », *Revue des procédures collectives*, nº 6, novembre 2015, dossier 55.
[66] A. Pérès, H. Schlumberger, « La réforme du droit des faillites a-t-elle manqué d'ambition ? », *RTDF*, nº 2, 2014, 37.

C1 - Internal use

associés en incapacité d'apporter de nouveaux financements ou refusant de le faire et pour lesquelles la seule solution de retournement passe par un changement capitalistique, il n'est pas rare que les négociations amiables butent sur le souhait des associés de conserver leurs titres, soit pour des raisons tactiques (pour pouvoir monnayer leur sortie) soit pour des raisons "affectives". »[67] Pour un auteur, « *permettre aux associés de conserver le contrôle d'une société pourtant insolvable est dangereux pour la préservation de la valeur d'entreprise, car ceux-ci ne subissent plus les conséquences de leurs actes, et peuvent donc adopter des comportements opportunistes* »[68]. Cette situation s'explique par le maintien de l'application du droit des sociétés, par principe hostile au prononcé de l'exclusion d'un associé.

13. Le droit des sociétés traditionnellement opposé à l'éviction des associés[69] – L'associé a, en principe, le droit de demeurer dans la société[70]. Il lui revient, en effet, de décider à quel moment il quittera la société, afin notamment de maximiser sa plus-value ou minimiser sa moins-value résultant de la différence entre le prix de cession et le prix d'acquisition initial. Le législateur a toutefois prévu des exceptions à ce principe notamment à titre de sanction[71] ou dans les sociétés admises sur un marché réglementé pour des questions de liquidité du titre[72]. Il a également été admis par la loi ou la jurisprudence la possibilité d'insérer des clauses statutaires d'exclusion de l'associé[73]. En dehors de ces hypothèses, le juge français s'est toujours refusé à prononcer l'exclusion d'un associé même si cela aurait pu éviter la dissolution de la société[74]. La seule exception concerne l'exclusion d'un associé d'une société en difficulté, appréhendée par le législateur de manière anecdotique, dans le cas particulier où il en est par ailleurs le dirigeant. Le tribunal peut, en effet, subordonner l'adoption du plan au remplacement d'un ou plusieurs dirigeants de l'entreprise. Il est intéressant de noter que cette procédure particulière est réservée au seul plan de redressement judiciaire et que l'efficacité de cette mesure est

---

[67] CIRI.
[68] S. Vermeille, *opt. cit.*
[69] La distinction entre éviction et exclusion est développée plus particulièrement en 1), B, §1, section II du 1er chapitre du titre II, Première Partie.
[70] Voir Thaller note sous Cass. Civ., 30 mai 1892 : D. 1893, I, p. 105, P. Merle et A. Fauchon, Droit commercial – Sociétés commerciales, Dalloz. Coll. Précis, 2015, 18e éd. n°360.
[71] Lorsque l'actionnaire n'a pas libéré dans les délais requis les actions qu'il a souscrites (art. L. 228-27 C. com) ou lorsqu'il n'a pas présenté ses actions pour une opération d'échange, de regroupement ou de conversion des titres (art. L. 228-6 C. com.).
[72] Offre publique de retrait obligatoire L 433-4 C. mon. fin.
[73] L'article L 231-6 du C. com. prévoit la possibilité d'insérer une clause d'exclusion dans une société au capital variable ; article L 227-16 du C. com. pour la SAS. CA Paris, ch. 5-8 17 février 2015.
[74] Cass. com. 12 mars 1996, D. 1997. 133 : aucune disposition légale ne donne pouvoir à une juridiction saisie d'une demande en dissolution d'une société, par application de l'art. 1844-7, 5°, c. civ., d'obliger l'associé demandeur à céder ses parts à la société et aux autres associés qui offrent de les racheter.

C1 - Internal use

relative puisqu'elle est inapplicable en cas de démission du dirigeant et dans la mesure où le remplacement du dirigeant exclu ne peut être imposé aux associés qui demeurent souverains.

14. L'éviction à distinguer de l'exclusion - L'exclusion relève d'une décision d'un organe habilité statutairement ou légalement visant à contraindre un associé à céder ses titres. Lorsqu'elle est prévue par une clause statutaire, l'exclusion repose sur un motif subjectif[75]. En effet, s'il n'est pas possible de prévoir une exclusion *ad nutum* d'un associé, les faits devant être précis et définis à l'avance, les clauses d'exclusion laissent un pouvoir d'appréciation qui justifie l'intervention du juge qui doit pouvoir vérifier que l'exclusion n'est pas abusive[76]. Cela implique également le respect du contradictoire[77], supposant que le motif d'exclusion soit communiqué[78] et que l'intéressé ait eu un temps suffisant pour préparer sa défense[79] (même s'il ne dispose pas du droit d'être assisté par un avocat[80]). L'exclusion doit à ce titre être distinguée de l'éviction. L'éviction repose donc sur une appréciation objective du motif dont la constatation ne suppose pas l'intervention d'un organe social[81]. Le caractère automatique du dispositif justifie que le respect d'une procédure contradictoire ne soit pas rendu nécessaire puisque l'intéressé peut anticiper les conséquences d'un changement de situation sur sa qualité d'associé[82]. Le juge peut être amené à revoir les conditions de l'éviction et sanctionner un éventuel abus sur le fondement de l'article 1240 du Code civil[83]. Il s'agira de vérifier l'absence

---

[75] Cass. com., 13 déc. 1994, nº 93-11569 : Bull. civ. IV, nº 84 ; BJS févr. 1995, nº 39, 152, note P. Le Cannu ; JCP E 1995, II, 705, note Y. Paclot ; Rev. sociétés 1995, 298, note D. Randoux.
[76] Cass. com., 21 octobre 1997, nº 95-17904 : Bull. civ. IV, nº 281 ; BJS janv. 1998, 40, nº 10, note P. Le Cannu ; Rev. Sociétés 1998, 99, obs. B Saintourens ; Dr. Sociétés 1998, comm. nº 1, obs. T. Bonneau.
[77] Cass. com., 20 mars 2012, nº 11-10855 : BJS juill. 2012, nº 311, 538, note F.-X. Lucas ; Rev. sociétés 2012, 435, note A. Couret ; RTD com. 2012, 355, note M.-H. Monsèrié-Bon ; Dr. sociétés 2012, comm. 77, obs. H. Hovasse ; JCP E 2012, 1310, note R. Mortier.
[78] Cass. 1re civ., 19 mars 2002, nº 00-10645 : Bull. civ. I, nº 95 ; LPA 3 juill. 2003, 16, note N. Mathey.
[79] Cass. com., 7 juill. 1992, nº 90-12855 : Bull. civ. IV, nº 265 ; BJS oct. 1992, nº 359, 1100, note A. Couret ; JCP G 1993, I, 3652, spéc. nº 16, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain ; Rev. sociétés 1993, 109.
[80] Cass. com., 10 mai 2006, nº 05-16909 : Bull. civ. IV. nº 120 ; BJS oct. 2006, nº 239, 1154, note J.-J. Daigre.
[81] Même si un auteur préfère le terme d'exclusion de plein droit : « *Cette clause n'est pas non plus une clause d'"éviction", ce terme désignant "le fait pour le possesseur d'une chose d'en être dépouillé pour une cause antérieure à la vente" (Vocabulaire Juridique, Association H. Capitant, v° Eviction). C'est une clause d'exclusion de plein droit.* » Y. Paclot, *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, nº 23, 9 juin 2016, 1341.
[82] D. Gallois-Cochet, « Associé », *Joly Sociétés*, 2015, nº 589. critique pourtant la distinction éviction/exclusion considérant que « *la Cour de cassation se contente au contraire d'affirmer la licéité de la clause sans la qualifier* ». Il s'agit pour elle d'une œuvre de la cour d'appel.
[83] Cass. com., 21 oct. 1997, Soc. Wallerich Sports c/ Soc. La Hutte : Dalloz Affaires 1997.1474, note M. Boizard ; Rev. sociétés 1998.99, note B. Saintourens ; D. 1998.400, obs. J.-C. Hallouin ; note B. Oppétit et Y. Reinhard, RTD com. 1998, 169.

C1 - Internal use

de détournement de la clause, la conformité de la situation aux prévisions de la clause statutaire ou vérifier que la cause d'exclusion ou d'éviction n'est pas contraire à l'ordre public[84].

15. Loi n° 2015-990 du 6 août 2015, dite loi Macron – Conscient de cette anomalie dans le traitement de la situation de l'associé qui a consenti à contribuer aux pertes mais qui est la seule partie prenante à disposer d'un droit de veto s'agissant de la proposition d'un plan de reprise interne, le législateur français a multiplié les possibilités pour les créanciers d'accéder à l'actionnariat de la société en difficulté. Dans un premier temps, il a été permis l'aménagement des règles de majorité et de quorum dans certaines hypothèses. Puis, il a été rendu possible la nomination d'un mandataire ad hoc en cas d'opposition d'un actionnaire disposant d'un pouvoir de blocage (majoritaire ou minoritaire), ainsi que la cession forcée de ses titres. Unanimement critiquée dans son principe ou dans ses modalités, cette réforme a néanmoins révélé la nécessité d'agir. Toutefois, il ne semble pas reposer sur les bons principes puisque l'éviction forcée d'un associé ne concerne que l'associé récalcitrant à l'adoption d'un plan de continuation indispensable au redressement d'une société d'au moins cent cinquante salariés dont la « *cessation d'activité est […] de nature à causer un trouble grave à l'économie nationale ou régionale et au bassin d'emploi* »[85]. Son régime inadéquat est de facto très peu applicable[86]. Il faut donc tâcher de tracer les pistes de réformes qui permettraient à cet outil de remplir l'objectif poursuivi par le législateur[87].

16. La Directive du 20 juin 2019 – Le droit de l'Union européenne cherche à harmoniser le droit substantiel des procédures collectives des sociétés[88]. Un auteur s'en félicite en ces termes : « *Cette directive va, en effet, mettre fin à un décalage surprenant et regrettable avec le droit européen des sociétés. Ce dernier a fait l'objet, depuis la fin des années 60, d'une législation devenue abondante*[89]. » La Directive invite les États membres à créer ou à revoir en profondeur les procédures préventives. En effet, elle appelle au respect du test du meilleur intérêt des créanciers par lequel un créancier doit bénéficier, dans le cadre du plan de restructuration, d'une

---

[84] Cass. com., 9 mars 2017, nº 15-14.416, Bronny c/ Sté Socotec : JurisData nº 2017-004021, obs. R. Mortier, *Droit des sociétés*, n° 8-9, août 2017, comm. 138, qui note que le juge doit « *vérifier, le cas échéant, la régularité de son insertion dans les statuts, son absence de caractère discriminatoire, ainsi que l'effectivité de la survenance de l'événement donnant lieu à la sortie forcée de l'associé* ».

[85] Article L. 631-19-2 du Code de commerce.

[86] Aucune application à notre connaissance.

[87] Apport du droit comparé – la présente étude n'a pas pour ambition de comparer point par point les systèmes de droit ayant institué l'éviction d'un associé d'une société en difficulté. Toutefois, nous ne pouvons omettre l'apport de ces systèmes étrangers et notamment anglo-saxons afin de bénéficier du recul dont ils profitent.

[88] Hors établissements de crédit.

[89] D. Fasquelle, « L'heure de la maturité pour le droit européen de l'insolvabilité ? », *Revue des procédures collectives*, nº 3, mai 2019, dossier 10.

C1 - Internal use

solution au moins aussi favorable qu'en cas de liquidation judiciaire. L'ordre de priorité entre les créanciers sera placé au centre des procédures puisque chaque créancier affecté par la procédure doit être réparti en fonction de son rang et de la nature de sa créance au sein de classe de créanciers. Cette révision des procédures préventives appelle une refonte complète des procédures collectives dans leur ensemble. L'ampleur de la réforme, rendue obligatoire pour les procédures préventives, suppose une extension de nouveaux principes directeurs à toutes les procédures de droit français, sous peine d'illisibilité du droit français. La Directive appelle également à revoir le sort de l'associé dans le cadre d'un plan de restructuration : « *Bien que les intérêts légitimes des actionnaires ou autres détenteurs de capital doivent être protégés, les États membres devraient veiller à ce qu'ils ne puissent déraisonnablement empêcher l'adoption de plans de restructuration qui permettraient au débiteur de retrouver la viabilité*[90]. » Là encore le maintien du droit des sociétés est remis en cause en ce que le résultat – le droit de véto des associés dans le cadre d'un plan de reprise interne – est jugé illégitime. Plusieurs méthodes sont proposées aux États membres pour remédier à la situation : « *(…) par exemple en ne donnant pas aux détenteurs de capital le droit de vote sur un plan de restructuration et en ne subordonnant pas l'adoption d'un plan de restructuration à l'accord des détenteurs de capital qui, lors de la détermination de la valeur de l'entreprise, ne recevraient aucun paiement ni autre rémunération si le classement normal des priorités de liquidation était appliqué*[91]. ». Mais, il ne s'agit que d'illustrations du sort qui pourrait être réservé à l'associé, amendant systématiquement le droit des sociétés, sans ligne directrice ni tentative d'élaboration d'un statut de l'associé en difficulté[92]. La marge de manœuvre des législateurs des Etats membres est donc immense rendant plus hypothétiques encore les tentatives d'harmonisation initiées par la Directive.

17. L'ordonnance du 15 septembre 2021[93] adoptée sur habilitation de la loi Pacte[94] transpose la Directive en remplaçant la section 3 du chapitre VI du titre II du livre VI du Code de commerce dédiée aux comités de créanciers par une section consacrée aux classes de créanciers affectés[95]. Les associés, à l'instar des autres créanciers, seront réunis au sein d'une

---

[90] Considérant (57).
[91] Considérant précité.
[92] Voir en ce sens la thèse de O. Maraud, *Les associés dans le droit des entreprises en difficulté*, préf. L. Sautonie-Laguionie, LGDJ, tome 22, nº 14, 30.
[93] Ordonnance nº 2021-1193 du 15 septembre 2021 portant modification du livre VI du Code de commerce.
[94] L'article 198 de la loi Pacte du 22 mai 2019 a habilité le gouvernement à transposer la Directive par voie d'ordonnance dans un délai de deux ans.
[95] http://www.textes.justice.gouv.fr/textes-soumis-a-concertation-10179/restructuration-et-insolvabilite-des-entreprises-33684.html

C1 - Internal use

ou plusieurs classes de parties affectées. Il s'agit d'un changement de paradigme majeur puisque le droit des procédures collectives étend désormais aux associés le sort des créanciers, tout en prenant en considération la particularité de leur créance de dernier rang, en les conviant dans une classe qui leur est propre.

Cependant, l'importation des nouveaux principes issus de la Directive sera cantonnée aux anciennes procédures prévoyant la constitution de comité des créanciers, puisque les PME en seront soustraites[96], et aux procédures de sauvegarde accélérée supposant une phrase préalable de conciliation au sein de laquelle le débiteur doit s'assurer que le projet de plan puisse emporter une adhésion suffisante des parties affectées dans un délai court de quatre mois en principe[97]. Un auteur note avec pertinence que la transposition ne conduit pas à « *une transformation brutale et radicale du droit français. (…). Mais la logique animant la directive est à ce point éloignée de la tradition française que l'on peut aussi considérer qu'une phase d'acclimatations était nécessaire*[98] ». En effet, nous augurons une coexistence transitoire et temporaire de procédures diamétralement opposées dans leur principe et dans leur régime où pour les grandes entreprises l'ordre de priorité est respecté et la restructuration proposée devra être nécessairement plus favorable qu'une liquidation judiciaire sans droit de véto des associés et où pour les autres entreprises les créances peuvent, sauf cas exceptionnels, être rééchelonnées uniformément sur une période pouvant aller jusqu'à 10 ans et pour lesquelles les associés disposent du droit de s'opposer au plan de reprise interne. Il est donc indispensable de s'interroger sur la légitimité du droit d'opposition des associés pour apporter, le moment venu, plus d'intelligibilité aux procédures collectives notamment au regard du sort réservé aux associés d'une société en difficulté.

18. La légitimité du droit d'opposition des associés – Lorsque la société est insolvable ou subit des difficultés avérées ou potentielles, il est concevable que l'associé conserve les prérogatives permettant le fonctionnement de la société. En effet, en application du droit des

---

[96] Articles L. 626-29 et R. 626-52 du Code de commerce : « *En dehors de la procédure de sauvegarde accélérée, les entreprises atteignant les seuils suivants à la date de demande d'ouverture de la procédure : (i) 250 salariés et 20 millions d'euros de chiffre d'affaires net ; (ii) ou 40 millions d'euros de chiffres d'affaires net, ou (iii) aux sociétés qui détiennent ou contrôlent une autre société, au sens des article L. 233-1 et L. 233-3 du Code de commerce dès lors que l'ensemble des sociétés concernées atteignent l'un des seuils précédents.* »

[97] Article L. 628-1 du Code de commerce, tel que modifié par l'ordonnance du 15 septembre 2021. Un auteur parle dès lors de la « sauvegarde anticipée stratégique » : J. Théron, Une procédure au service de l'anticipation : feu « la sauvegarde accélérée », vive la « sauvegarde anticipée » !, Bulletin Joly Entreprises en difficulté, mars 2022, n°02, p. 52 ; F.X. Lucas, Les plans de sauvegarde et de redressement adoptés par les classes de parties affectées, Bulletin Joly Entreprises en difficulté, janvier 2022, n°01, p. 45.

[98] N. Borga, J. Théron, « Ordonnance du 15 septembre 2021 réformant le droit des entreprises en difficulté, un tournant ? », *Recueil Dalloz*, 2021, 1773.

C1 - Internal use

sociétés, l'associé dispose d'un droit de regard sur les affaires sociales pouvant aller jusqu'à « *un droit d'intrusion* »[99]. Ces prérogatives sociales se comprennent dans la mesure où les associés ont choisi de mutualiser le risque de pertes et de les assumer au premier chef. M. le Professeur Barbieri note que « *l'associé est tantôt créancier dans l'entreprise et tantôt créancier de l'entreprise*[100]». Un auteur ajoute que « *toute l'ambiguïté de la situation des associés tient en ce qu'ils sont à la fois animateurs de la vie sociale et créanciers de la société*[101] ». Le droit des procédures collectives a arbitré entre ces deux qualités en faisant primer la qualité d'animateur au risque de nier la qualité de créancier de dernier rang de l'associé, au détriment des autres créanciers et parfois de l'intérêt social.

19. Une nouvelle grille de lecture – Les associés sont des créanciers spécifiques, car au-delà des droits pécuniaires qui justifient leur qualité de créanciers hypochirographaire, ils sont également détenteurs de droits politiques qui leur confèrent le droit d'être informés et des prérogatives d'action et de veto pour certaines décisions. Pour autant, peut-on dire que l'exercice des droits politiques peut conduire à dénaturer les droits pécuniaires et à destituer les associés de leur qualité de créanciers hypochirographaire ? Il semble que non. L'équilibre pourrait être trouvé entre prérogatives d'associés et prérogatives (devoirs) en tant que créanciers hypochirographaire : les droits des associés doivent demeurer tant que cela ne conduit pas à leur conférer plus de droits et à remettre en cause leur qualité de créanciers hypochirographaires. Il est donc question de faire respecter l'ordre de priorité organisé *ex ante* lorsque la société était *in bonis* pour appréhender le risque en cas de procédure collective. Comme le note un auteur à propos des hypothèses où le droit des sociétés s'incline devant le droit des procédures collectives : « *Ces mesures [qui] sont autant d'atteintes au droit commun des sociétés, mais tirent leur légitimité d'un ordre public qui se confond avec la pérennité de l'entreprise, ont pour objet d'épuiser toutes les possibles techniques qu'offre ce droit des sociétés, mises au service non pas de l'entreprise mais de son redressement*[102]. » À ce titre, il convient de vérifier que le droit des sociétés a mis tous ses mécanismes au service des objectifs impératifs de la procédure collective.

---

[99] E. Thaller, note sous Req., 3 mars 1903, D. 1904, 1, 257 : « *Le rapport issu d'un contrat de société, avec la collaboration qui en résulte, implique une ingérence, un contrôle étroit et une faculté de critique dans laquelle s'accompliront les affaires communes, c'est-à-dire un pouvoir d'intrusion.* »

[100] J.-F. Barbieri, « Associés et obligataires d'une société « faillie » », *Petites Affiches*, 1992, 26, spéc. 28.

[101] J.-Ph. Dom, « Situation des associés », *J-Cl. Commercial, Redressement, et Liquidation Judiciaires* , fasc. 2375, 1997, nº 2.

[102] J.-P. Gastaud, « Le sort de la société à l'occasion des procédures collectives », Journée d'études organisée par le CRAJEFDP, Nice Sophia-Antipolis, 19 mai 2001, *LPA*, nº 7, 9 janv. 2002, 68, nº 65.

C1 - Internal use

20. Plan - La présente étude a pour objet de réconcilier le droit des sociétés et le droit des procédures collectives quant au sort de l'associé d'une société en difficulté pour trouver une ligne de démarcation entre l'opposition légitime de l'associé pour préserver ses droits et sa nécessaire éviction dans le cadre de l'adoption du plan de continuation de la société. L'examen du sort de l'associé de la société en difficulté va nous permettre d'identifier l'origine de l'incompatibilité du droit des sociétés et du droit des procédures collectives. Cette étape de diagnostic est, en effet, indispensable pour proposer une solution de conciliation entre ces deux branches du droit et ainsi offrir aux associés une protection en adéquation avec leur statut.

Première partie – Le sort de l'associé d'une société en difficulté à l'épreuve du droit des procédures collectives

Deuxième partie – La contribution aux pertes, outil de réconciliation du droit des sociétés et des procédures collectives

C1 - Internal use

PREMIÈRE PARTIE :
LE SORT DES ASSOCIÉS D'UNE SOCIÉTÉ EN DIFFICULTÉ A L'ÉPREUVE DU DROIT DES PROCÉDURES COLLECTIVES

21. Application cumulative du droit des sociétés et du droit des procédures collectives – Lorsqu'une société fait l'objet d'une procédure collective, deux branches du droit ont vocation à jouer leur rôle : le droit des sociétés et le droit des procédures collectives. En effet, le droit des sociétés n'a pas vocation à tirer sa révérence lorsque le droit des procédures collectives entre en scène. Par principe, la société va continuer à fonctionner[103] et le droit des sociétés va par conséquent remplir son office. Comme il n'existe pas de droit particulier des sociétés en difficulté, le sort de l'associé reposera sur l'application cumulative du droit des sociétés et du droit des procédures collectives. Toutefois, le statut *sui generis* de l'associé peut conduire à des points d'achoppement dans l'application combinée du droit des entreprises en difficulté et du droit des sociétés.

22 ; Le statut *sui generis* de l'associé d'une société en difficulté – L'associé dispose de droits patrimoniaux à l'égard de la société qui conduisent, comme tout créancier d'une société en difficulté, à le soumettre à la discipline collective de la procédure par laquelle les droits des créanciers vont être figés le temps de la période d'observation. L'associé est d'autant plus concerné que ses droits de créance à l'égard de la société sont de dernier rang, c'est-à-dire hypochirographaire : le désintéressement de l'associé suppose une satisfaction préalable de l'ensemble des autres créanciers. L'associé bénéficie, en sus de ses droits patrimoniaux, de droits extrapatrimoniaux à l'égard de la société, par principe maintenus pendant la procédure collective en application du droit des sociétés. Ces droits patrimoniaux et extrapatrimoniaux sont toutefois interdépendants : le droit de créance de l'associé trouve bien souvent sa source dans l'exercice de son droit de vote. Dès lors, il semble difficile de décorréler le sort des droits patrimoniaux et extrapatrimoniaux de l'associé en prévoyant l'aménagement des premiers et le maintien des seconds (**Titre premier**).

[103] Même dans le cas d'une liquidation judiciaire, la dissolution de la société est prononcée à la clôture de la procédure.

C1 - Internal use

La persistance du droit des sociétés aurait pu permettre de nuancer cette conclusion dans la mesure où il existe des garde-fous limitant les abus. Toutefois, ces limites ne se révèlent pas pertinentes dans le contexte particulier des procédures collectives (**Titre second**).

C1 - Internal use

TITRE I :
DE LA COMPATIBILITÉ DU MAINTIEN DES DROITS DES ASSOCIÉS AVEC LEUR QUALITÉ DE CRÉANCIERS DE DERNIER RANG

23. Origine des droits patrimoniaux et extrapatrimoniaux de l'associé – Lorsque l'associé réalise son apport initial ou souscrit à une augmentation de capital en cours de vie sociale, il décide d'effectuer un transfert de biens au profit d'une autre personne, la société[104]. Cet apport va concourir au gage général des créanciers. L'associé ne pourra, en principe, percevoir une part des bénéfices ou récupérer son apport qu'après désintéressement de tous les créanciers. Les parts ou les actions reçues en contrepartie de l'apport ou de la souscription constituent la concrétisation du risque encouru par l'associé. Cet investissement par nature risqué peut conduire à ce qu'il perde l'intégralité de son apport. L'associé n'est toutefois pas impuissant devant le risque pris lors de cette aventure sociale. Il dispose en effet d'un droit d'intervention qui va lui permettre de juguler son risque. Par conséquent, c'est le risque encouru qui explique l'existence d'un droit intangible de chaque associé à participer à la vie sociale[105]. Ce droit de participation prévu au premier alinéa de l'article 1844 du Code civil est un droit impératif, dont certains considèrent qu'il est l'essence de la qualité d'associé, différenciant celui-ci de tous les autres créanciers et investisseurs[106]. Les droits extrapatrimoniaux de l'associé lui permettent donc de modérer ou de contrôler ce risque patrimonial. À ce titre, ces droits sont considérés comme des droits « fondamentaux », « propres » ou encore « intangibles ».

24. Distinction droits patrimoniaux et droits extrapatrimoniaux – Traditionnellement, les droits dits subjectifs sont classés en deux catégories : les droits patrimoniaux et les droits extrapatrimoniaux qui regroupent tous les droits qui ne sont pas susceptibles d'être évalués en argent, démontrant leur inaptitude à être commercialisés[107]. Ainsi s'agissant du droit de vote, le principe d'incessibilité et d'indivisibilité[108] de ce droit conduit à le considérer comme un droit strictement extrapatrimonial. Il faut noter que cette *summa divisio* entre droits patrimoniaux et droits extrapatrimoniaux a tendance à être remise en cause, en considérant que

---

[104] À l'exception de l'apport en industrie.
[105] Cass. com., 9 février 1999, Château d'Yquem.
[106] A. Viandier, *La notion d'associé*, th. Paris II, LGDJ, 1978, préf. F. Terré.
[107] C. Aubry, C. Rau, *Cours de droit civil français*, 7e éd., t. 2, *Les biens*, par P. Esmein, Éd. Librairies techniques, 1961, no 4 : « *Ce qui caractérise mieux les droits dits extrapatrimoniaux, c'est l'interdiction de les céder, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit, et l'impossibilité pour les créanciers du titulaire d'exercer sur eux leur action*. »
[108] Article L. 228-5 du Code de commerce.

C1 - Internal use

ces derniers ont toujours une implication pécuniaire. En effet, les droits de créance de l'associé ne deviennent certains dans leur existence que par l'exercice de ses droits extrapatrimoniaux[109]. Il en est ainsi de la distribution de dividendes ou du remboursement anticipé d'un apport par réduction de capital ou amortissement, qui supposent une décision de l'assemblée générale. Par ailleurs, le principe d'indivisibilité des titres[110], qui prohibe que les prérogatives d'associé liées aux droits sociaux soient exercées par deux personnes différentes, conduit à rendre les droits patrimoniaux indissociables des droits extrapatrimoniaux.

En procédure collective, lorsqu'il est question de l'impact du dessaisissement du débiteur en liquidation judiciaire, la Cour de cassation considère que le droit de vote est un droit exclusivement attaché à la personne du débiteur, même s'il peut entraîner des conséquences patrimoniales[111]. Cette jurisprudence est toutefois à relativiser dans la mesure où la première chambre civile a considéré que l'action en contestation de l'état liquidatif d'une société relève des pouvoirs du liquidateur[112]. Ainsi, dès que l'exercice des droits sociaux concerne le recouvrement des droits de créance de l'associé (remboursement de l'apport, boni de liquidation, dividendes), celui-ci est dessaisi de ses pouvoirs au profit du liquidateur. En effet, ces actions concernent directement le patrimoine du débiteur ; la qualité de créancier de l'associé prime dans cette hypothèse[113]. Pour les besoins de cette étude, les droits des associés en procédure collective seront analysés selon leur nature principalement patrimoniale ou extra-patrimoniale. Ainsi, par exemple, le fait que des droits extra-patrimoniaux envisagés aient des implications patrimoniales ne conduit pas à remettre en cause leur nature principalement extra-patrimoniale.

25. Cette interdépendance entre droits patrimoniaux et extrapatrimoniaux explique la complexité de la nature des titres sociaux. Pour autant, cette *summa divisio* entre droits patrimoniaux et extrapatrimoniaux reste pertinente pour analyser les droits de l'associé et comprendre l'impact d'une procédure collective. Ce lien indéfectible entre droits patrimoniaux

---

[109] Cette dualité justifierait pour certains la distinction entre bailleur de fonds et associé : selon le professeur Lucas, « *les uns ne s'intéressent qu'à la créance que leur confère leur titre, les autres, au-delà de cette créance, recherchent cet élément de puissance, cette aptitude à participer à l'exercice du pouvoir*. F.-X. Lucas, *Les transferts temporaires de valeurs mobilières, Pour une fiducie de valeurs mobilières*, th., LGDJ, 1997, préf. L. Lorvellec, n° 309.

[110] Article L. 228-5 du Code de commerce.

[111] Cass. com., 18 oct. 2011, n° 10-19647 : Bull. civ. IV, n° 163 ; LEDEN nov. 2011, n° 172, 1, obs. F.-X. Lucas ; Cass. com., 23 sept. 2014, n° 12-29262 : BJS déc. 2014, n° 112v0, 712, note E. Mouial-Bassilana ; LEDEN nov. 2014, n° 154, 2, obs. I. Parachkévova.

[112] Cass. 1ère civ., 6 sept. 2017, n° 16-10711 : LEDEN nov. 2017, n° 111c2, 1, obs. F.-X. Lucas.

[113] Cass. 1ère civ., 6 sept. 2017, n° 16-10711 : BJS nov. 2017, n° 117a5, p. 700, obs. N. Borga.

C1 - Internal use

et droits extrapatrimoniaux justifie de s'interroger sur la pertinence du principe de maintien des droits extrapatrimoniaux en procédure collective. En effet, les droits patrimoniaux devraient naturellement être aménagés pendant la procédure pour être compatibles avec les principes d'ordre public inhérents à la discipline collective (**Chapitre 1**). Or, si droits patrimoniaux et droits extrapatrimoniaux sont intiment liés, l'aménagement imposé aux premiers devrait nécessairement impacter l'exercice des seconds. Ainsi, lorsque le risque social s'est réalisé, conduisant la société à se déclarer en état de cessation des paiements, ce qui amène les créanciers sociaux à consentir des sacrifices pour éviter la liquidation judiciaire, l'associé créancier de dernier rang peut-il encore invoquer un droit intangible au maintien de ses droits extrapatrimoniaux (**Chapitre 2**) ?

C1 - Internal use

CHAPITRE 1 :

L'AMÉNAGEMENT DES DROITS PATRIMONIAUX DES ASSOCIÉS EN RÉPONSE AU DROIT DES PROCÉDURES COLLECTIVES

Les droits de l'associé vis-à-vis de la société sont parmi les plus complets puisqu'ils comprennent des aspects tant patrimoniaux qu'extrapatrimoniaux. Toutefois, lorsque la société fait l'objet d'une procédure collective, les droits de créance exerçables à son encontre sont forcément perturbés par les principes impératifs du droit des entreprises en difficulté.

L'associé qui a des droits de créance de nature particulière, complétés par des droits extrapatrimoniaux, est-il placé dans la même situation que tous les autres créanciers sociaux ? En effet, si le droit des sociétés et le droit des procédures collectives ont vocation à s'appliquer cumulativement, il importe d'analyser les droits de créance de l'associé en application du contrat de société (**Section 1**) pour comprendre le sort qui leur est réservé pendant la procédure collective (S**ection 2**).

SECTION 1/ L'ASSOCIÉ, UN CRÉANCIER DE DERNIER RANG EN VERTU DU DROIT DES SOCIÉTÉS

On distingue généralement l'associé des créanciers sociaux en considérant qu'il n'est pas un tiers à la société. Pour autant, il dispose de droits patrimoniaux à l'égard de cette dernière **(§1)**. Ainsi, c'est plus la nature particulière de sa créance qui va permettre de le distinguer des autres créanciers sociaux : ses droits de créance à l'égard de la société sont éventuels et de dernier rang **(§2**).

§1/ L'associé, titulaire d'une créance en application du droit des sociétés

En application du contrat de société[114], l'associé réalise un apport et dispose en contrepartie de droits à l'égard de la société. Ces droits sont de nature patrimoniale puisqu'ils prennent leur source dans le but du groupement : le partage des bénéfices (**A**). À partir de ce droit, l'associé

[114] Article 1832 du Code civil.

C1 - Internal use

va pouvoir disposer d'un droit de créance exigible en cours de vie sociale et lors de la dissolution de la société **(B)**.

A/ L'origine du droit de créance : le partage des bénéfices

S'il existe un débat sur la nature des droits de l'associé sur ses titres sociaux – tantôt droits réels tantôt droits personnels[115] –, il est certain « *qu'il y a entre l'associé et la société des rapports de créancier à débiteur*[116] ». En effet, aux termes de l'article 1832 du Code civil, le contrat de société se comprend comme « *l'engagement d'une ou plusieurs personnes d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter* ». La participation aux bénéfices est un élément constitutif de toutes les sociétés, personnalisées ou non. C'est un élément de qualification essentiel qui justifie le principe général de prohibition des clauses léonines, par lequel la « *stipulation attribuant à un associé la totalité du profit procuré par la société [...],* [et] *celle excluant un associé totalement du profit […] sont réputées non écrites*[117] ». Le but n'est pas de protéger les associés plus faibles contre la loi du Lion : il s'agit de protéger l'intégrité du contrat de société. Chaque associé doit être en mesure de bénéficier des profits de la société. Ainsi, si le partage est obéré, il manque *de facto* un élément constitutif du contrat de société et l'associé ne peut agir sur un pied d'égalité avec les autres associés, comme le suggère l'*affectio societatis*.

Ces rapports entre l'associé et la société se comprennent à l'aune du partage du profit. L'associé bénéficie, en contrepartie de son apport, d'*« une créance éventuelle sur les bénéfices à venir et sur le partage de l'actif, s'il en existe, en cas de dissolution*[118] ». En principe, « *la part de chaque associé dans les bénéfices et sa contribution aux pertes se déterminent à proportion de sa part dans le capital social et la part de l'associé qui n'a apporté que son industrie est égale à celle de l'associé qui a le moins apporté, le tout sauf clause contraire*[119] ».

---

[115] Voir Titre II, Chapitre 1.
[116] M. Planiol, G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, 2e éd., t. 9, *Contrats civils*, deuxième partie, LGDJ, 1954, no 1019 ; G. Ripert, R. Roblot, *Traité élémentaire de droit commercial*, 9e éd., t. 1, vol. 2, *Les sociétés commerciales*, par M. Germain, LGDJ, 1977, no 1515 ; Ph. Merle, A. Fauchon (collab.), *Droit commercial. Les sociétés commerciales*, 21e éd., Dalloz, Coll. Précis, 2017, no 269.
[117] Article 1844-1 du Code civil.
[118] G. Ripert, R. Roblot, *Traité élémentaire de droit commercial*, 9e éd., t. 1, vol. 2, *Les sociétés commerciales*, par M. Germain, LGDJ, 1977, no 1081.
[119] Article 1844-1 du Code civil.

C1 - Internal use

Un auteur considère que « *les actions composant le capital se présentent ainsi comme un ensemble de droits éventuels ayant pour objet la distribution de la valeur de la société à ses actionnaires*[120] ». Ainsi, les titres de capital ont pour point commun avec les titres de créance l'existence de droits de créance à l'égard de la société émettrice. Un auteur note d'ailleurs que cette réalité est retranscrite en droit comptable où « *le capital et l'emprunt correspondent l'un et l'autre à du passif, le premier figurant tout en haut de la colonne "passif" du bilan alors que le second y est mentionné plus bas*[121] ». La différence tient dès lors à la précarité des associés qui n'ont aucune certitude d'être remboursés et qui bénéficient pour mitiger leur risque d'un droit d'intervention dans la société.

Certains ont remis en cause cette approche en considérant que les prérogatives pécuniaires étant liées à des prérogatives extra-patrimoniales, le rattachement à un droit de créance ne peut être totalement pertinent. La Cour de cassation analyse toutefois les droits de l'associé comme des droits des créance à l'encontre de la société[122]. Les droits des associés sont donc des droits de créance originaux qui prennent différentes formes.

B/ La diversité des droits de créance de l'associé

Le partage des bénéfices va permettre à l'associé de disposer d'un droit de créance exerçable en cours de vie de la société **(1)** et lors de la dissolution de celle-ci **(2)**. En effet, en cours de vie sociale, l'associé peut disposer d'un droit de créance lié à la réalisation de bénéfices, à une opération de réduction de capital ou une opération d'amortissement. Lors de la dissolution de la société, il dispose d'une créance éventuelle à l'égard de la société relative à la récupération de son apport et, le cas échéant, au boni de liquidation.

Certains ont considéré que ces prérogatives ne constituaient pas des droits de créance dans la mesure où elles dépendent au préalable d'une décision de l'assemblée générale des associés. Or, ce n'est pas parce qu'un droit est conditionné qu'il change nécessairement de nature : une fois la décision prise, l'associé peut contraindre la société à s'exécuter.

[120] H. Bouthinon-Dumas, *Le droit des sociétés cotées et le marché boursier*, LGDJ, 2007, 48.
[121] D. Ohl, « Valeurs mobilières », *Répertoire de droit des sociétés*, sept. 2005 (actualisation : juin 2018), n° 21.
[122] Cass. civ., 23 juill. 1935 : J. Soc. 1936, 544.

C1 - Internal use

1/ En cours de vie sociale

26. Les dividendes – L'associé ne dispose d'aucun droit direct sur les bénéfices réalisés par la société qui dispose d'un patrimoine propre. Concernant la créance de dividende, elle dépend d'un évènement incertain – l'existence d'un bénéfice distribuable – et d'une manifestation de volonté – une décision de l'assemblée générale. Elle n'est donc pas soumise à une condition suspensive[123] – qui serait le cas échéant potestative pour la partie subjective relevant de l'assemblée générale. Elle serait en effet simplement conditionnelle si la société était tenue de verser un dividende dès la constatation d'un bénéfice distribuable[124]. Or, comme le notent des auteurs, « *l'associé perçoit le reliquat de richesse créée, c'est donc lui qui subit le risque créé par les aléas économiques et stratégiques de l'entreprise*[125] ».

Toutefois, une fois la décision adoptée, l'associé dispose d'un véritable droit de créance à l'égard de la société qui est tenue de verser le dividende dans un délai de neuf mois à compter de la clôture de l'exercice[126]. Un auteur considère que « *la décision de l'assemblée transforme le droit collectif et global qu'ont les associés sur les bénéfices sociaux en une créance individuelle de chaque associé sur son dividende, une créance liquide et exigible*[127] ». Le droit au dividende pourrait s'assimiler à un droit de créance de l'associé à l'égard de la société[128]. La Cour de cassation a déjà estimé que les associés peuvent renoncer totalement ou partiellement aux dividendes auxquels ils ont droit au titre d'un exercice clos, une telle renonciation s'analysant en un abandon de créance certaine, liquide et exigible[129]. Certains ont considéré que ce droit de créance avait pour origine une exécution anticipée du droit au boni de liquidation[130]. Le cas échéant, cela supposerait qu'à la dissolution de la société, en cas d'insuffisance d'actif

---

[123] Article 1304 du Code civil : l'obligation est conditionnelle lorsqu'elle dépend d'un événement futur et incertain.
[124] Cette analyse peut toutefois être pertinente concernant le droit au premier dividende qui peut être stipulé dans les statuts et qui contraint la société à verser un dividende dès la constatation d'un bénéfice distribuable. En effet, aux termes de l'article L. 232-16 du Code de commerce, « *les statuts peuvent prévoir l'attribution, à titre de premier dividende, d'un intérêt calculé sur le montant libéré et non remboursé des actions. Sauf disposition contraire des statuts, les réserves ne sont pas prises en compte pour le calcul du premier dividende*. »
[125] Ils schématisent de la façon suivante : Revenu de l'associé (aléatoire) = Revenu économique (aléatoire) – Revenu du créancier (fixe). R. Boffa, J.-C. Duhamel, « La distinction associé/créancier à l'épreuve du risque. Analyse juridique appliquée au *private equity* », Université Lille 2, 25 juillet 2013, 19.
[126] L. 232-13 du Code de commerce.
[127] CA Paris, 8 oct. 1993, nº 92-004110, Eisenberg et autres c/ Calip et autre, BJS déc. 1993, nº JBS-1993-366, 1231, obs. M.-D. Schödermeier
[128] Cass. com., 7 mars 2018, nº 16-19.815 : JurisData nº 2018-003445 ; Droit des sociétés nº 5, mai 2018, comm. 80, H. Hovasse.
[129] Cass. com., 13 févr. 1996, nº 93-21.140 : Bull. civ. IV, nº 53 ; Defrénois 1996, art. 36334, 668, obs. H. Hovasse ; Bull. Joly Sociétés 1996, 404, note Le Cannu ; JCP E 1996, pan., nº 464, BRDA 1996, nº 5, 3 ; Dr. sociétés 1996, nº 93, obs. Bonneau ; RJDA 1996, nº 788 ; Rev. sociétés 1996, 771, note B. Saintourens.
[130] J. du Garreau de la Méchenie, *Les droits propres de l'actionnaire*, th. Poitiers, Éd. Les Presses modernes, 1937, 57.

C1 - Internal use

pour satisfaire les créanciers sociaux, l'associé doive restituer les dividendes qui deviendraient indûment perçus. Ce droit anticipé sur le boni de liquidation est donc à relativiser. Ce droit de créance provient en réalité du contrat de société qui permet « *de soustraire une partie de l'enrichissement du patrimoine social aux risques sociaux*[131] ». Il ne fait plus de doute aujourd'hui que l'associé peut bénéficier d'une distribution anticipée du bénéfice[132].

Toutefois, ce droit au dividende reste subordonné au respect de l'intérêt social[133]. En effet, la perception d'une part des bénéfices distribuables sous forme de dividende n'est qu'une des voies possibles pour participer au partage du bénéfice prévu à l'article 1832 du Code civil. Ainsi, lorsque la société pourtant en situation bénéficiaire décide de ne pas distribuer des dividendes au profit d'un report à nouveau ou d'une mise en réserve, elle contribue à valoriser les titres de l'associé qui profite du bénéfice généré. Par conséquent, le droit au dividende n'est pas un droit acquis, à l'instar des actions de jouissance.

27. Les actions de jouissance – Il s'agit de l'opération par laquelle l'associé bénéficie par anticipation du remboursement du montant nominal des actions en cours de vie sociale, appelé « amortissement du capital », en vertu d'une stipulation statutaire ou d'une décision de l'assemblée générale extraordinaire[134]. Cet amortissement ne se fait pas au détriment du capital social puisqu'il se fait par prélèvement sur les bénéfices et des réserves distribuables. Pour Thaller et Percerou, il ne s'agit donc pas d'un remboursement d'apport mais du versement d'un dividende exceptionnel dans la mesure où le bénéficiaire demeure associé et que cet amortissement ne peut pas se faire au détriment du capital social[135]. Cette qualification est aujourd'hui remise en cause, car elle entraînerait une rupture d'égalité entre les associés. La majorité de la doctrine analyse ce dispositif comme un remboursement anticipé de l'apport permettant, si toutes les actions sont amorties, d'être en parfaite égalité lors de la liquidation[136]. En effet, l'associé demeurera associé mais perdra le droit au remboursement de son apport lors

---

[131] T. Massart, « Contrat de société », *Répertoire de droit des sociétés*, avril 2006 (actualisation : oct. 2016), n° 71.
[132] Ph. Bissara, « L'intérêt social », *Revue des sociétés*, 1999, 5, spéc. 25 : « *la société commerciale est constituée pour réaliser des profits et les distribuer à ses actionnaires. Elle méconnaîtrait gravement son objet qui est d'incarner l'intérêt commun de ceux-ci en les privant indûment de distribution.* »
[133] Gastaud, *op.cit.*, 147. Un auteur note que « *tous les auteurs, confortés par la jurisprudence, s'accordent pour reconnaître la naissance d'une créance sur le dividende entre les mains de chaque associé dès lors qu'il existe des sommes distribuables et une décision de distribution prise par l'assemblée des associés* ». T. Massart, « Contrat de société », *Répertoire de droit des sociétés*, avril 2006 (actualisation : oct. 2016), n° 69.
[134] Art. L. 225-198 du Code de commerce.
[135] E. Thaller, « À propos des actions de jouissance », *Journal des sociétés*, 1906, 48. E. Thaller, J. Percerou, Traité élémentaire de droit commercial, 8e éd., Éd. A. Rousseau, 1931.
[136] J.-F. Artz, « Action », *Répertoire Dalloz*, juin 2002, n° 196 ; G. Goffaux-Callebaut, « Part de fondateur », *Répertoire Dalloz*, janvier 2016, n° 17.

C1 - Internal use

de la dissolution de la société et le droit au premier dividende[137]. Un auteur note que l'amortissement du capital « *n'est plus guère pratiqué aujourd'hui, essentiellement pour une raison fiscale : il est traité comme une distribution de réserves et il est imposable en tant que revenu régulièrement distribué*[138] ». L'associé dispose donc de droits de créance qui naissent au cours de la vie sociale. Il a également vocation à jouir de droits de créance au terme de la société lors de sa dissolution.

2/ Lors de la dissolution

Lors de la dissolution de la société, si les fonds propres de celle-ci le permettent, l'associé peut demander **le remboursement de son apport et le versement d'une part du boni de liquidation**[139]. Certains ont également exclu la qualification de droit de créance dans cette hypothèse, considérant que ce droit ne s'exerce que lors de la clôture des opérations de liquidation faisant constater un excédent de fonds propres après désintéressement des créanciers[140]. Par conséquent, chronologiquement, il ne peut s'agir d'un droit de créance exerçable à l'encontre de la société dans la mesure où cette dernière n'a plus d'existence juridique. Toutefois, il est de jurisprudence constante que la société demeure aussi longtemps que les opérations de liquidation l'exigent[141]. Ainsi, ce n'est pas parce que la clôture de la liquidation a été prononcée que la créance de remboursement des apports ou de versement du boni de liquidation n'existe plus. La société va en effet « renaître » chaque fois que nécessaire jusqu'à ce que tous les créanciers soient désintéressés, y compris les associés, afin que la totalité du passif soit apurée. Il se posera un problème de représentation de la personne morale puisque le mandat du liquidateur prend fin à l'issue de la clôture de la liquidation. Mais cette question, qui n'est pas insoluble, ne conduit pas à remettre en question la nature des droits dont bénéficient les associés à l'égard de la société. Par l'effet de la liquidation, la jurisprudence considère que ceux-ci demeurent dans l'indivision pour tout ou partie des biens sociaux qui, à

[137] Article L. 225-199 du Code de commerce.
[138] Ph. Merle, A. Fauchon (collab.), *Droit commercial. Les sociétés commerciales*, 21e éd., Dalloz, Coll. Précis, 2017, no 340, 363. Cette mesure est également rendue plus rare puisque prohibée lorsque la société a émis des actions à dividende prioritaire sans droit de vote ou des valeurs mobilières donnant accès au capital.
[139] Article 1844-9 al. 1er du Code civil ; S. Sylvestre-Touvin, *Le coup d'accordéon ou les vicissitudes du capital*, th. Paris I, PUAM, 2003, préf. P. Le Cannu, no 3 : « *Les associés sont ainsi des créanciers de la société pour une somme égale à la valeur des biens qu'ils ont apportés.* »
[140] A. Tadros, *La jouissance des titres sociaux d'autrui*, th. Paris I, Dalloz, 2013, préf. Th. Revet, no 35.
[141] Cass. com, 26 janvier 1993, notamment.

C1 - Internal use

la clôture de la liquidation, n'ont pas été réalisés[142]. Si les associés vont donc recourir au droit des biens et provoquer le partage pour obtenir le remboursement de l'apport réalisé et du boni de liquidation, il n'en demeure pas moins qu'en cas de conflit, ce droit s'exerce à l'encontre de la société qui sera tenue au versement de la créance à l'égard de l'indivision[143].

28. Action oblique – Il faut toutefois noter que la Cour de cassation considère que « *si les associés d'une société dissoute, qui se survit pour les besoins de sa liquidation, ont un droit ouvert au partage du reliquat de l'actif après paiement du passif, ils ne sont pas pour autant des créanciers habilités à agir en lieu et place de la société par application de* l'[anc.] *article 1166 du Code civil*[144] ». Pour un auteur, la Cour de cassation semble distinguer la situation de l'associé en cours de vie sociale de celle de l'associé d'une société dissoute. Effectivement, en cours de vie sociale, l'associé ne dispose que d'une créance éventuelle à l'égard de la société[145]. Par conséquent, sa créance ne remplit pas les conditions de liquidité et d'exigibilité de l'action oblique. En revanche, lorsque la société a été liquidée, il peut détenir une créance relative au remboursement de la valeur de ses droits sociaux après désintéressement des créanciers sociaux : le boni de liquidation. Cette créance peut revêtir toutes les conditions exigées pour recevoir l'action oblique des associés[146]. La jurisprudence de la Cour de cassation est dès lors contestable. Le but de la Haute Juridiction est-il d'empêcher une représentation alternative de la société ? Seul le liquidateur, ou le mandataire ad hoc nommé après la clôture de la liquidation, est-il susceptible d'agir en lieu et place de la société liquidée ? Il ne serait pas nécessaire de représenter le débiteur en cas de carence de celui-ci puisque par définition il est déjà représenté pour agir dans l'exercice de ses droits et actions à caractère patrimonial[147].

---

[142] Cass. com, 24 mars 1998 ; L. Camensuli-Feuillard, « Liquidation et partage des sociétés », *Études Joly Sociétés*, actualisation 16 mai 2018.

[143] Par ailleurs, d'autres auteurs considèrent que l'associé se rapproche plus d'un propriétaire de l'apport qu'il a vocation à récupérer que d'un créancier de son remboursement, en application de la théorie de la mutation conditionnelle. F.-X. Lucas, « Les associés et la procédure collective », *Petites Affiches*, 9 janvier 2002, 10, n° 49.

[144] Note sous Cass. 1re civ., 2 octobre 2002 Lévi c/ Scamps et autres, Revue des sociétés, 2003, 291, note B. Saintourens.

[145] À noter que le Professeur Jeantin considère que l'associé peut détenir une créance certaine en matière de droit au dividende. Il note qu'il est possible que l'associé souscrive à une augmentation de capital par compensation avec sa créance de dividende qu'il détient contre la société. M. Jeantin, D. 1979, 273.

[146] B. Saintourens, « L'associé d'une société dissoute n'est pas un créancier susceptible d'exercer l'action oblique », *Revue des sociétés*, 2003, 291.

[147] À noter toutefois qu'en matière d'action paulienne, la Cour de cassation a reconnu que *« le droit exclusif que l'article 46 de la loi du 25 janvier 1985 confère au représentant des créanciers pour agir au nom et dans l'intérêt de ceux-ci, ne fait pas obstacle à ce qu'un créancier exerce l'action de l'*[anc.]*article 1167 du Code civil (action paulienne) contre tous les actes faits en fraude de ses droits par le débiteur. L'inopposabilité de l'acte accompli en fraude des droits des créanciers n'a d'effet que dans les rapports des seules parties en cause* ». Cass. com., 8 octobre 1996, Cts Allard c/ Cts Allard [arrêt n° 1413 P] : JCP E, n° 6, 6 février 1997, 914, Y. Guyon.

C1 - Internal use

L'associé dispose de droits de créance prenant leur source dans le partage des bénéfices inhérent au contrat de société. Néanmoins, ce droit au partage du bénéfice est contrebalancé par l'engagement de contribuer aux pertes qui conduit à faire de l'associé un créancier de dernier rang. L'associé ne connaîtra ainsi la rentabilité de son investissement que lorsque les créanciers sociaux seront totalement désintéressés. Ses droits de créance sont donc éventuels et de dernier rang.

§2/ L'associé, titulaire d'une créance éventuelle de dernier rang

Le pendant du droit au partage des bénéfices est l'engagement pour chaque associé de contribuer aux pertes[148], ce qui implique que les créanciers sociaux, qui disposent d'un gage général sur l'actif social, soient payés en premier lieu[149]. Il s'agit donc d'une créance conférant à l'associé la qualité de créancier hypochirographaire disposant du dernier rang de préférence[150]. Pour un auteur[151], ce principe fait partie de l'ordre public sociétaire de sorte qu'il n'est pas possible, par exemple, d'émettre des actions de préférence, qui sont des titres de capital, ce qui, au-delà du droit préférentiel accordé dans le partage de l'actif, viendrait remettre en cause la qualité de créancier de dernier rang de l'associé, dont le désintéressement est nécessairement subordonné au remboursement des créanciers sociaux. Cette créance hypochirographaire se comprend aisément lorsqu'il s'agit du droit de créance de l'associé né lors de la dissolution de la société (**A**). Ce constat est moins évident lorsqu'il s'agit d'aborder la créance de l'associé née en cours de vie sociale (**B**).

---

[148] Il ne s'agit pas dans cette étude de prendre position sur la notion d'associé ou les critères distinctifs d'un associé. Il s'agit simplement de partir du postulat que les membres de la société sont parties au contrat de société qui prévoit une obligation de participer aux bénéfices et aux pertes, conférant *de facto* à l'associé la qualité de créancier de dernier rang. Peu importe que cette qualité de créancier de dernier rang soit un élément distinctif ou non du contrat de société, des autres contrats spéciaux.

[149] Voir par exemple l'article 1844-9 du Code civil.

[150] G. Ripert, R. Roblot, *Traité élémentaire de droit commercial*, 9e éd., t. 1, vol. 2, *Les sociétés commerciales*, par M. Germain, LGDJ, 1977, no 1515 : « *Ce droit de créance est original à plusieurs points de vue. C'est un droit de créance éventuelle : droits aux dividendes futurs, droit préférentiel de souscription au cas d'augmentation de capital, droit au remboursement des apports et partage du boni de liquidation, s'il en existe. La définition de son contenu en fait une créance subordonnée : les associés acceptent que les créanciers sociaux, les obligataires en particulier, disposent d'un rang préférable pour se faire payer sur l'actif social*. »

[151] D. Ohl, « Valeurs mobilières », *Répertoire de droit des sociétés*, sept. 2005 (actualisation : juin 2018), no 99.

C1 - Internal use

A/ Lors de la dissolution de la société

En principe, le droit de créance de l'associé ne peut s'exprimer que lors de la dissolution de la société. Le désintéressement des créanciers ne peut être constaté avec certitude que lors de la fin de l'aventure sociale.

29. Créances de remboursement de l'apport et de boni de liquidation – À ce titre, le droit au remboursement de l'apport consenti et au paiement du boni de liquidation est doublement éventuel, car il est fonction de la dissolution de la société et de la suffisance des fonds propres après désintéressement des créanciers[152]. Pour certains, le droit au boni de liquidation est à ce titre une créance conditionnelle, car elle dépend de deux conditions. Pour d'autres a contrario, il s'agit d'une créance à terme puisque la société est à durée déterminée – la dissolution de celle-ci est dès lors un évènement certain, l'existence d'un boni de liquidation faisant seulement varier le montant de la créance. Un auteur en déduit que *« bénéficiant d'un droit à terme au boni de liquidation, l'associé jouit d'une protection sur cette valeur, comme pour tout droit potentiel*[153] ».

Si la créance est sous condition suspensive, cela signifie que la dette n'est pas encore née dans le patrimoine de la société. En effet, la doctrine s'accorde à penser que « *l'obligation sous condition n'est pas encore née, le débiteur n'est pas encore débiteur*[154] », puisque l'article 1304-6 du Code civil prévoit qu'en cas de défaillance de la condition suspensive, l'obligation est réputée n'avoir jamais existé. Ce régime semble incompatible avec la créance de remboursement des apports de l'associé matérialisée par la remise des titres sociaux et inscrite au passif de la société dès la souscription. L'obligation de la société existe donc de manière pure et simple, mais son exigibilité dépend d'un évènement futur et incertain. Il pourrait être considéré que la créance de l'associé dépend d'une condition résolutoire, ce qui permettrait de concilier l'existence de l'obligation et la dépendance de sa réalisation à un évènement futur. Toutefois, en cas d'insuffisance des fonds pour désintéresser les créanciers sociaux, c'est-à-dire en cas de réalisation de la condition résolutoire, l'associé est réputé ne jamais avoir eu de créance à l'égard de la société, puisque la condition résolutoire éteint rétroactivement

---

[152] Ce qui explique que les créanciers sociaux peuvent agir à l'encontre des associés au titre du boni de liquidation indument perçu si une créance sociale apparait après la clôture des opérations de liquidation. Cass. com., 17 déc. 1979, n° 78-11997 : JCP G 1981, II 19528, note M. Germain. Cass. com., 13 juin 1984, n° 82-17080 : Bull. civ. IV, n° 196. Cass. com., 3 juill. 2001, n° 98-20720 : Rev. sociétés 2002, 298, note L. Godon ; JCP E 2002, 84, note Y. Guyon. Cass. com., 8 oct. 2013, n° 12-24825, PB, RDC 2014, n° 110j7, 207, R. Libchaber.

[153] T. Massart, « Contrat de société », *Répertoire de droit des sociétés*, avril 2006 (actualisation : oct. 2016), n° 67.

[154] G. Chantepie, M. Latina, *La réforme du droit des obligations. Commentaires théoriques et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016, 659.

C1 - Internal use

l'obligation[155]. Comme le note un auteur, le régime de l'obligation conditionnelle est incompatible avec les créances subordonnées dans la mesure où *« alors que la condition assujettit la formation de l'obligation à la réalisation d'un évènement, la subordination soumet l'exécution de l'obligation à la réalisation d'un évènement*[156] ».

L'obligation à terme pourrait correspondre à la situation de l'associé : « *l'obligation est à terme lorsque son exigibilité est différée jusqu'à la survenance d'un évènement futur et certain*[157]. » Toutefois, en l'occurrence, l'évènement est loin d'être certain, car il est lié à la dissolution de la société et à la suffisance de fonds pour rembourser les créanciers sociaux. En effet, s'agissant de la dissolution, la cour d'appel de Versailles a déjà eu l'occasion de considérer qu'il ne s'agissait pas d'un évènement incertain, mais d'un terme déterminable entre une date fixe et un évènement certain[158]. L'incertitude incompatible avec l'obligation à terme concerne la suffisance des fonds pour rembourser l'associé ou lui attribuer un boni de liquidation.

30. Obligations plurielles et contradictoires - Le problème inhérent à ce droit de créance particulier de l'associé est l'existence de droits et d'obligations contradictoires rendant la créance éventuelle : l'associé a droit au partage des bénéfices qui justifie l'existence d'un droit de créance, dans l'hypothèse où il n'a pas à contribuer aux pertes. Ainsi, s'il dispose bien d'un droit de créance, le paiement de celle-ci dépend de l'absence de contribution aux pertes. En effet, en cas d'insuffisance des fonds propres, l'associé va contribuer aux pertes par compensation avec son droit au remboursement de son apport. La créance existe donc dans son principe et dans son existence, mais les modalités de paiement dépendront de l'obligation pour l'associé de contribuer aux pertes. La dissolution de la société rend exigible la créance de la société à l'égard de l'associé et, réciproquement, elle peut matérialiser l'engagement aux pertes. Il demeure le problème du partage des bénéfices en cours de vie sociale.

B/ En cours de vie sociale

En principe, la qualité de créancier hypochirographaire devrait exclure tout partage de bénéfice en cours de vie sociale, ou à la condition de prévoir une restitution de ce prélèvement devenu

[155] À noter toutefois que la rétroactivité peut être écartée contractuellement.
[156] M. Houssin, La subordination de créance, analyse de la subordination à l'épreuve de la procédure collective, préf. F.-X. Lucas, LGDJ, Bibliothèque de droit des entreprises en difficultés, tome 15, 2018.nº 125, 109.
[157] Article 1305 du Code civil.
[158] CA Versailles, 18 novembre 2010, nº 10/01433 : Rev. Sociétés 2011, 239, obs. B. Grelon.

C1 - Internal use

indu au moment de la liquidation de la société si tous les créanciers sociaux n'ont pas été désintéressés. Toutefois, il a très tôt été reconnu qu'il n'était pas admissible pour un associé d'attendre la dissolution de la société pour bénéficier du partage des profits[159]. L'associé peut donc bénéficier d'une distribution d'actif de la société avant son terme en respectant les garde-fous mis en place pour s'assurer qu'il demeure un créancier hypochirographaire.

Pour respecter la qualité de créancier hypochirographaire qui prévaut même lorsqu'un partage des bénéfices a lieu en cours de vie sociale, le capital social a été érigé, dans les sociétés dont la responsabilité des associés est limitée à leur apport, comme instrument permettant de sceller le niveau de la contribution aux bénéfices et aux pertes des associés et ainsi protéger les créanciers sociaux des distributions indues d'actif en cours de vie sociale. Pour Thaller, « *le capital est une ligne d'arrêt tout idéale tracée autour de l'actif sans identifier des valeurs précises autour de ce cercle, la société prend l'engagement de ne pas retirer cet actif et elle le rend indisponible au regard des créanciers. Tout ce qui déborde de ce cercle demeure disponible, les associés gardant la faculté d'en faire la distribution entre eux*[160] ».

Le principe d'intangibilité du capital social permet en principe d'avoir l'assurance que la valeur des apports sera affectée au remboursement des créanciers sociaux[161]. Ainsi, le capital social n'est pas réellement le gage général des créanciers, il s'agit juste d'une soupape de sécurité leur permettant de s'assurer « *que la société ne va pas dissiper la substance du capital social en distribution à ses associés*[162] ». En parallèle, la loi du 24 juillet 1867 a renforcé le dispositif en obligeant les associés à constituer une réserve légale[163] étendant le périmètre des sommes rendues indisponibles à toute distribution d'actif en cours de vie sociale, afin d'éviter la dilapidation du patrimoine au détriment des créanciers sociaux. Les prélèvements d'actifs ne sont toutefois pas de droit : il s'agit d'une des modalités de participation aux bénéfices qui

---

[159] D'abord décrié par certains auteurs, C. Coupet note que « *Persil, par exemple, se prononçait en faveur de la restitution des bénéfices perçus par les commanditaires en cas de faillite ultérieure. Pardessus avait lui une opinion plus nuancée, retenant que la solution devait être décidée "par les circonstances, bien plus que par une règle absolue". Quant à Locré, il se fonde sur les travaux devant le Conseil d'État pour admettre l'absence d'obligation de rapporter les bénéfices perçus, tout en le regrettant.* » C. Coupet, *L'attribution du droit de vote dans les sociétés*, th. Paris II, LGDJ, 2015, préf. H. Synvet.

[160] E. Thaller, *Ann. dr. Com.*, 1907, 177.

[161] Goré note que ce blocage du capital social ne peut empêcher que l'actif net disparaisse à la suite de pertes répétées. Cette protection est pourtant toute relative dans la mesure où, faute d'un minimum de capital social pertinent, il suffit pour réduire à néant cette protection de fixer un montant très bas. Le Professeur Le Nabasque considère qu'en raison de la règle du nominalisme monétaire, le capital social « *ne rend pas compte fidèlement de la valeur saisissable par les créanciers sociaux. Il n'est qu'une ligne d'horizon, une ligne de sécurité, plus ou moins arbitraire, totalement historique* ».

[162] J. Mestre, D. Velardocchio (Dir.), Lamy Sociétés commerciales, Éd. Wolters Kluwer, 2021. n° 287.

[163] Dans les sociétés par action.

C1 - Internal use

dépend d'une décision de l'assemblée générale[164] et de la suffisance des capitaux propres par rapport au capital social, permettant de s'assurer que le dernier rang de la créance des associés est préservé. En cas de doute, les créanciers bénéficieront d'un droit d'opposition leur permettant d'être satisfaits ou d'être garantis dans le paiement de leur créance.

31. La distribution de dividendes – En principe, aucun dividende ne peut être distribué sans avoir constaté au préalable l'existence d'un bénéfice. À ce titre, la distribution d'un dividende en cours de vie sociale constitue une fiction juridique permettant une distribution anticipée des bénéfices dans la mesure où c'est seulement au moment de la dissolution que l'on saura avec certitude si la société est suffisamment bénéficiaire pour permettre la distribution de valeur à ses associés[165]. Mais une telle distribution réservée au moment de la dissolution dissuaderait considérablement les associés d'intégrer l'aventure sociale. La solution a donc été trouvée en encadrant la distribution des bénéfices sous forme de dividendes[166]. Au-delà de la nécessité de constater un bénéfice distribuable[167], l'article L. 232-11 al. 3 du Code de commerce prévoit que la distribution de dividendes est conditionnée à l'existence de capitaux propres supérieurs au montant du capital et des réserves non distribuables. Il y a donc une conciliation entre la satisfaction des besoins de rémunération des associés et l'obligation pour ces derniers de contribuer aux pertes.

32. Réduction de capital non motivée par les pertes – Cette opération permet à un associé de bénéficier en cours de vie sociale du remboursement de son apport. Là encore, une fois la décision prise par l'assemblée générale, l'associé dispose d'un droit de créance vis-à-vis de la société qui est tenue au remboursement de son apport de manière anticipée. Comme le note un auteur, « *la réduction de capital en l'absence de pertes s'effectue par prélèvement sur des sommes en principe indisponibles et affectées à la garantie des créanciers*[168] ». Toutefois, la réduction du capital d'une société n'est pas un acte de partage de l'actif social soumis au droit

---

[164] L'achat par une société de ses propres actions n'entraîne pas de modification des statuts, ce qui justifie la compétence de l'assemblée ordinaire. Mais, seule l'assemblée générale extraordinaire peut l'autoriser à procéder à leur annulation. En pratique, l'achat par une société de ses propres actions en vue de la gestion financière de ses fonds propres nécessite la tenue d'une assemblée mixte ordinaire et extraordinaire.

[165] D. Cochet (auj. Gallois-Cochet), *Le droit au bénéfice des associés*, th. Paris II, 2002, nº 26.

[166] Un auteur note qu'avant l'époque de Colbert, le partage du bénéfice était contemporain de la dissolution de la société. C'est seulement à partir de cette époque que les associés commencèrent à prévoir une distribution du bénéfice sous forme de dividende en cours de vie sociale. Cette pratique a été consacrée par la loi du 24 juillet 1867 pour les sociétés par actions. T. Massart, « Contrat de société », *Répertoire de droit des sociétés*, avril 2006 (actualisation : oct. 2016), nº 69.

[167] L'article L. 232-11 du Code de commerce précise que le bénéfice distribuable est constitué « *par le bénéfice de l'exercice diminué des pertes antérieures ainsi que des sommes à porter en réserve en application de la loi ou des statuts et augmenté du report bénéficiaire* ».

[168] M.-L. Coquelet, M. Buchberger, « Réduction du capital social », fasc. 159-10, nº 1.

C1 - Internal use

d'enregistrement de l'article 746 du Code général des impôts[169]. En effet, il ne s'agit pas d'un partage partiel décidé en cours de vie sociale faute d'intention de liquider la société[170]. La réduction de capital non motivée par les pertes traduit une créance dans le patrimoine de chaque associé et non une propriété indivise qui supposerait un droit au partage. Il existe également des réductions de capital avec attribution d'actif à un actionnaire contre annulation de ses titres ou en cas de retrait d'un actionnaire. Cette réduction de capital non motivée par les pertes conduit à une diminution du droit de gage des créanciers qui disposent, si leur créance est antérieure, certaine, liquide et exigible[171], d'un droit d'opposition.

33. Rachat d'actions – L'acquisition par une société de ses propres actions peut également constituer une modalité de participation aux résultats : la société peut gérer le montant de ses capitaux propres pour les adapter à ses besoins réels et restituer ainsi le surplus aux actionnaires. Si la société est admise sur un marché réglementé, le rachat d'actions permet de rendre plus liquide le titre au profit des actionnaires. Ces rachats ne peuvent avoir pour effet d'abaisser les capitaux propres à un montant inférieur à celui du capital social augmenté des réserves non distribuables. Par ailleurs, la société doit disposer de réserves, autres que la réserve légale, d'un montant au moins égal à la valeur de l'ensemble des actions qu'elle possède. Il n'y a en principe pas de droit d'opposition des créanciers dans cette hypothèse de rachat d'actions en vue de leur annulation[172]. Telle est l'opinion de la majorité de la doctrine et de la COB[173], non démentie par l'AMF. En effet, l'article L. 22-10-62 du Code de commerce ne se réfère plus aux articles L. 225-204 et L. 225-205 qui fondent le droit d'opposition des créanciers sociaux. Cependant, certains auteurs[174] sont d'avis qu'il faut appliquer la procédure d'opposition des créanciers sociaux lorsque la réduction de capital résulte de l'annulation d'actions acquises dans le cadre d'un programme de rachat. Pour ces auteurs, la prudence est de considérer que la protection des

---

[169] Cass. 3e civ., 15 janv. 1997, nº 94-22.154 : Bull. civ. III, nº 15 ; JCP E 1997, II, 930, note A. Couret ; Bull. Joly 1997, 328, note J.-J. Daigre ; D. 1997, jur. 216, note P. Malaurie ; Defrénois 1997, art. 36580, note H. Hovasse ; Dr. sociétés 1997, nº 38, note T. Bonneau. Cass. com., 23 septembre 2008, pourvoi nº 07-12493 : L'ESSENTIEL Droit des contrats – nº 05 – 5, note D. Gallois-Cochet.

[170] G. Blanluet, « La réduction du capital : hallali sur le droit de partage ? », *JCP E*, 2006, 2692.

[171] Par analogie avec le droit d'opposition en matière de fusion : Cass. com., 15 juill. 1992 : JurisData nº 1992-001705 ; Bull. Joly 1992, 1111, § 363, note B. Caillaud et P. Le Cannu ; Dr. sociétés 1992, comm. 220, obs. Th. Bonneau ; RTD com. 1993.
Dans le sens contraire, A. Charvériat, A. Couret, B. Mercadal, B. Zabala, *Mémento Sociétés commerciales*, Éd. Francis Lefebvre, 2016, nº 51930.

[172] A. Viandier, *OPA-OPE*, 4e éd., Éd. Francis Lefebvre, 2010, nº 555 ; A. Couret : Bull. Joly 1998, 728, nº 52. Contra, Com. jur. ANSA, « L'achat par une société de ses propres actions », *Bull. ANSA*, déc. 1998, nº 2978, 34 ; Y. Reinhard, « L'achat par une société de ses propres actions », *RTD com.*, 1999, 140.

[173] « Rachat par les sociétés de leurs propres actions : bilan et propositions », Bull. COB, févr. 2000, 51.

[174] M. Germain et M-A Frison-Roche, « Droit des opérations sur capital. Le rachat d'actions et les grands principes du droit des sociétés », *RD bancaire et bourse*, 1999, 32.

C1 - Internal use

créanciers est tout aussi utile dans le cas de l'article L22-10-62. Pour le Comité juridique de l'ANSA, la procédure ne devrait jouer qu'une seule fois, le délai d'opposition courant à compter du dépôt au greffe du procès-verbal de l'assemblée générale extraordinaire qui a autorisé (ou décidé) la réduction de capital[175], et non pas, en cas d'autorisation d'annuler, à compter du dépôt au greffe du procès-verbal de la délibération du conseil d'administration ou du directoire ayant décidé de la mettre en œuvre[176].

34. Distribution des réserves[177] – L'article L. 232-11 du Code de commerce prévoit dans son alinéa 2 : « *En outre, l'assemblée générale peut décider la mise en distribution de sommes prélevées sur les réserves dont elle a la disposition. En ce cas, la décision indique expressément les postes de réserve sur lesquels les prélèvements sont effectués. Toutefois, les dividendes sont prélevés par priorité sur le bénéfice distribuable de l'exercice.* » L'assemblée annuelle peut donc décider une distribution de réserves si le bénéfice distribuable a été préalablement affecté aux distributions de dividendes et aux constitutions de réserves obligatoires et si cela n'a pas pour effet de réduire le montant des capitaux propres en deçà du montant du capital augmenté des réserves non distribuables.
De la même façon, **l'amortissement** ne peut s'effectuer que par prélèvement sur les bénéfices distribuables, qui ne doit jamais entraîner une réduction des capitaux propres à un montant inférieur au capital augmenté des réserves légales et statutaires.

En application du droit des sociétés, l'associé dispose donc de droits de créance à l'égard de la société consentis en contrepartie de son apport, réalisé en vue du partage des profits, éléments constitutifs du contrat de société. Toutefois, ces droits de créance sont de nature particulière puisque l'associé, en s'engageant à contribuer aux pertes, a consenti à être payé en dernier lieu. Même si des distributions d'actif au titre du partage des bénéfices sont permises en cours de vie sociale, le droit des sociétés tâche de préserver la qualité de créancier hypochirographaire de l'associé en posant des limites à tout prélèvement d'actif en cours de vie sociale. Il en sera de même après le jugement d'ouverture, le droit des procédures collectives s'attachant à traiter l'associé comme un créancier de dernier rang dont les droits patrimoniaux doivent être aménagés à l'instar de tous créanciers sociaux, au nom de la discipline collective imposée à tous.

---

[175] Article R. 225-152 C. com.
[176] Com. jur. ANSA, « L'achat par une société de ses propres actions », *Bull. ANSA*, déc. 1998, n° 2978, 35.
[177] Ainsi que les éventuels comptes de primes.

C1 - Internal use

SECTION 2/ L'ASSOCIÉ UN CRÉANCIER DE DERNIER RANG SOUMIS A LA PROCEDURE COLLECTIVE

Les droits patrimoniaux que l'associé détient à l'égard de la société vont conduire le droit des procédures collectives à appréhender sa situation particulière. En effet, comme tout titulaire de droits de créance à l'égard d'une société débitrice, l'associé verra ses droits patrimoniaux aménagés pour contribuer « *à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif*[178] » (**§1**). Plus encore, l'associé est un créancier particulier qui s'est engagé à contribuer aux pertes, de sorte que si les créanciers sociaux sont mobilisés pour contribuer au redressement de la société, un créancier de dernier rang ne devrait pas pouvoir recevoir un meilleur traitement lorsqu'il s'agit d'analyser ses droits patrimoniaux (**§2**).

§1/ La soumission des droits patrimoniaux de l'associé à la procédure collective

S'il est indéniable que l'associé n'est pas un créancier comme les autres, il n'en demeure pas moins qu'il dispose, comme tout créancier social, de droits patrimoniaux opposables à la société. Ainsi, lorsqu'il s'agira d'appréhender ses prérogatives pécuniaires, il sera soumis, comme tous les créanciers sociaux, à la discipline collective (**A)**. La singularité de sa créance proviendra de sa nature particulière hypochirographaire, ce qui ne sera pas neutre pour la rendre opposable à la procédure dans le cadre de la procédure de déclaration de créance (**B**).

A/ L'application de la discipline collective à l'associé

L'associé bénéficie en principe des mêmes prérogatives que les créanciers sociaux (**1**). S'il subit un traitement différent, c'est à raison de sa créance de dernier rang issue de titres de capital (**2**).

[178] Articles L. 620-1 et L. 631-1 du Code de commerce.

C1 - Internal use

1/ Les prérogatives de l'associé, assimilables à celles des autres créanciers sociaux

Dans le déroulé de la procédure collective, deux phases peuvent être distinguées : d'abord l'ouverture de la procédure comprenant une période d'observation, puis, lorsque l'issue est heureuse, une phase de clôture lors de l'adoption d'un plan de continuation ou de cession.

35. L'ouverture d'une procédure collective – Au titre des articles L. 631-5 et L. 640-5 du Code de commerce, une procédure de redressement ou de liquidation judiciaires peut être ouverte sur assignation d'un créancier, quelle que soit la nature de sa créance. La généralité des textes pourrait postuler qu'un associé peut solliciter l'ouverture d'une telle procédure judiciaire en sa qualité de créancier de la société. Toutefois, la jurisprudence conditionne la recevabilité de la saisine par un créancier aux fins d'ouverture d'une procédure collective à l'existence d'une créance certaine, liquide et exigible[179]. Pour justifier cette restriction, il est traditionnellement invoqué la nécessité d'indiquer les procédures et voies d'exécution engagées par le créancier, ce qui suppose que sa créance est certaine, liquide et exigible[180]. Toutefois, le décret d'application de la loi de sauvegarde n'impose plus la preuve des mesures d'exécution entreprises par le créancier. On pourrait considérer, au regard de la généralité du texte qui vise tout type de créance, que la saisine n'est pas réservée aux créanciers disposant d'une créance certaine. En effet, les créanciers en mesure d'assigner le débiteur ont des moyens d'action pour recouvrer leur créance. En revanche, les créanciers ne disposant pas, par exemple, d'une créance exigible tout en connaissant les difficultés du débiteur se retrouveraient sans aucun recours. La suppression de cette mention obligatoire dans le contenu de la saisine du créancier est considérée comme visant à « *recentrer la procédure sur ses finalités et sur le caractère objectif des causes d'ouverture* ». L'abus du droit d'ester en justice pourrait constituer un garde-fou suffisant pour éviter toute dérive. La saisine visant l'ouverture d'une procédure collective a pour objet de protéger l'ordre public économique – ce qui justifie la présence du ministère public –, et non l'exercice d'une procédure d'exécution alternative visant à régler un cas privé et concret entre le créancier et son débiteur. L'associé serait donc recevable à agir aux fins de l'ouverture d'une procédure collective, à l'instar des autres créanciers.

---

[179] CA Aix-en-Provence, 24 janv. 1978 : Rev. sociétés 1979, 886, note A. Honorat. Cass. com., 28 juin 2017, n° 16-10.025 : JurisData n° 2017-012578 ; Act. Proc. Coll. 2017/15, comm. 227, note Cagnoli ; LPA 18 sept. 2017, n° 186, 9, note Atani ; JCP E 2017, 1540, note Legros.
La demande d'ouverture d'une sauvegarde est en effet réservée au débiteur et non à ses créanciers.
[180] P.-M. Le Corre, *op. cit.*, n° 231.322, et C. Saint-Alary-Houin, n° 1098.

C1 - Internal use

36. Représentant des associés ? – Une fois la procédure ouverte, l'associé sera traité comme tout créancier. À ce titre, nous ne rejoignons pas M. le Professeur Lucas qui considère que les associés sont les « *parents pauvres de la procédure* » en notant que « *le droit des entreprises en difficulté ne fait rien pour les intéresser au déroulement de la procédure. En amont, on leur reconnaît un vague droit d'alerte propre à prévenir les difficultés de l'entreprise. En aval presque rien […]. Ils ne sont pas ou peu consultés et s'il y a un représentant des salariés et un représentant des créanciers, il n'y a jamais eu de représentant des associés*. » Néanmoins, il est possible de considérer que la désignation d'un représentant des associés pourrait être superfétatoire. Par principe, l'associé conserve ses droits extrapatrimoniaux : ainsi plus qu'un droit de consultation, il dispose d'un droit de véto concernant le plan proposé s'il comprend des modifications statutaires. Par ailleurs, au cours de la procédure, s'il détient une créance, il est comme tous les autres créanciers sous le joug de la représentation unique des créanciers[181].

37. Candidat dans le cadre d'un plan de cession – Dans la mesure où il n'est pas dirigeant, ni parent, ni allié jusqu'au deuxième degré des dirigeants, il pourrait être admis, sur la base d'une interprétation littérale de l'article L. 642-3 du Code de commerce[182], que l'associé peut soumettre une offre tendant au maintien de l'activité pendant la période d'observation et se porter acquéreur des actifs de la société[183]. Certains ont pu en douter[184] – en dehors du cas où l'associé est par ailleurs dirigeant de droit ou de fait de la société en difficulté –, faute de

---

[181] En ce sens, Cass. com., 21 oct. 2020, n° 19-15829 : « *Considérant que l'associé ne peut agir en responsabilité contre un créancier qui a dénoncé ses concours bancaires entraînant l'ouverture d'un redressement judiciaire dans la mesure où le préjudice de l'actionnaire résultant de la perte de chance de vendre ses actions à leur valeur réelle est étranger à la protection ou à la reconstitution du gage commun.* » Un auteur note que « *si le préjudice subi n'est que la conséquence d'une faute qui a entraîné une diminution ou une disparition du gage commun des créanciers, alors l'action du demandeur doit être déclarée irrecevable. En revanche, si le préjudice subi est la conséquence d'une faute qui a été commise personnellement à l'égard du demandeur, alors son action sera jugée recevable*. » G. Ollu, *L'ESSENTIEL Droit des entreprises en difficulté*, 1er déc. 2020, n° 11, 3.

[182] En ce sens, Ph. Frohelich, M. Sénéchal, « De la réalisation de l'actif », *LPA*, n° spécial 9 févr. 2006, n° 29, 21.

[183] Article L. 642-3 du Code de commerce qui dispose que « *ni le débiteur, au titre de l'un quelconque de ses patrimoines, ni les dirigeants de droit ou de fait de la personne morale en liquidation judiciaire, ni les parents ou alliés jusqu'au deuxième degré inclusivement de ces dirigeants ou du débiteur personne physique, ni les personnes ayant ou ayant eu la qualité de contrôleur au cours de la procédure ne sont admises, directement ou par personne interposée, à présenter une offre* ». À noter que A. Cérati-Gauthier cite des décisions où les juges du fond avant la réforme de 2005 ont exclu une telle possibilité : TGI Annecy 11 sept. 1998, Rev. proc. coll. 2001, 70, obs. B. Soinne ; CA. Aix 14 févr. 2001, JCP 2001, IV, 3007 ; RJ com. 2002, 168, note Auger et Morelli qui rejette la proposition d'un associé majoritaire au motif « *qu'il influe de façon décisive sur les destinées* » de la société. V. A. Cérati-Gauthier, « L'associé dans la loi de sauvegarde des entreprises », *Revue des sociétés*, 2006, 305.
Dans ce sens, J.-F. Barbieri, « Associés et obligataires d'une société « faillie » », *Rev. proc. coll.*, 1991, 161 ; F.-X. Lucas, « Les associés et la procédure collective », *Petites Affiches*, 9 janvier 2002, 10, n° 45.

[184] B. Soinne, « Problématique du plan de cession de l'entreprise », *RJ. com.*, 1989-4, spéc. n° 1.

C1 - Internal use

constater un élément d'extranéité nécessaire pour éviter les abus[185]. Selon M. Couturier, si un associé est majoritaire ou significatif, il ne peut être considéré comme un tiers à la société et ne peut se porter acquéreur de l'activité. Un arrêt rendu par la cour d'appel d'Aix-en-Provence en date du 14 février 2001 pourrait conforter cette analyse considérant que seule pouvait être vue comme un tiers au sens de la loi « *[...] une personne étrangère à la situation du débiteur [...], ce qui suppose une indépendance juridique, économique ou financière suffisante entre les deux entités [...] »,* que n'a pas un associé majoritaire qui *« [...] influe de façon décisive sur les destinées de sa filiale [...]*[186] ». En effet, il faut s'assurer que les personnes qui contrôlaient une entreprise ne puissent poursuivre celle-ci dans le cadre d'une autre structure juridique, sans avoir à payer le passif qu'elles ont généré[187]. Il peut être choquant que l'associé disposant d'une créance contre la société débitrice puisse, par exemple, par compensation avec le prix de cession, reprendre une partie de l'activité, être remboursé de l'intégralité de sa créance sans débourser suffisamment d'« argent frais » pour désintéresser l'intégralité des créanciers au titre du passif.

Toutefois, cette interprétation ne répond pas à l'esprit du texte, qui a pour objectif la continuité de l'activité sans pour autant permettre aux personnes dirigeantes de poursuivre l'activité sans apurement du passif[188]. L'offre des associés, même majoritaires, peut donc être sérieuse à ce titre[189]. Le tribunal chargé d'examiner les offres de reprise constitue un garde-fou efficace en cas d'abus. En effet, en application de l'article L. 641-5 du Code de commerce, le tribunal est tenu de retenir « *l'offre qui permet dans les meilleures conditions d'assurer le plus durablement l'emploi attaché à l'ensemble cédé, le paiement des créanciers et qui présente les meilleures garanties d'exécution ».* Comme le note un auteur[190], l'associé, par sa connaissance intime de la société, peut disposer des compétences et de l'expérience nécessaires à la reprise de l'activité. D'autres cours d'appel ont jugé en ce sens que le seul fait de détenir une partie du capital de la

---

[185] À noter qu'en matière de cession de droits sociaux, la Cour de cassation a considéré que l'associé n'était pas un « tiers » à l'égard de la société (avant l'ordonnance du 24 juin 2004) : Cass. com., 10 mars 1976, Rev. Sociétés, 1976, 332.
[186] CA Aix-en-Provence, 14 févr. 2001, RJ com. 2002-4, nº 1595, 168, obs. D. Auger et N. Morelli.
[187] Couturier nº 782. A. Cérati-Gauthier note à son tour qu'il semble inopportun de permettre aux associés de « *reprendre* "*leur*" *société débarrassée, purgée du passif* », malgré le principe d'autonomie des personnes morales, nº 492.
[188] A. Cérati-Gauthier, « L'associé dans la loi de sauvegarde des entreprises », *Revue des sociétés*, 2006, 305.
[189] T. com. Paris, 21 septembre 1989, D. 1991. 4.
[190] J.-C. Pagnucco, « Les associés et le plan de cession », *Revue des procédures collectives* nº 3, mai 2015, dossier 43.

C1 - Internal use

société n'excluait pas *de facto* la proposition faite dans le cadre d'un plan de cession[191]. Le tribunal pourra également exclure la proposition d'une société mère de reprendre l'activité de sa filiale si elle s'est comportée comme un dirigeant de fait, c'est-à-dire en accomplissant les mêmes actes de gestion qu'un dirigeant de droit[192]. *A contrario,* si la société mère propose une offre sérieuse de reprise comprenant des engagements pour couvrir de manière substantielle le passif social, il n'y a pas de raison d'exclure *per se* ses propositions[193].

L'associé bénéficie donc des mêmes prérogatives que tout créancier dans la procédure collective. À ce titre, l'incompatibilité de droit prévue à l'article L. 621-10 du Code de commerce par laquelle *« […] aucune personne détenant directement ou indirectement tout ou partie du capital de la personne morale débitrice ou dont le capital est détenu en tout ou partie par cette même personne ne peut être nommé[e] contrôleur ou représentant d'une personne morale désignée comme contrôleur* » ne semble pas justifiée dans la mesure où les associés sont également des créanciers ; si le juge-commissaire estime qu'il existe un risque de conflit d'intérêts, il a toujours la possibilité de refuser cette candidature. Un associé même très minoritaire ne peut être nommé contrôleur, ce qui lui aurait permis d'avoir des informations complémentaires[194]. L'incompatibilité de droit est donc peu compréhensible.

S'il apparait que l'associé, disposant d'une créance à l'égard de la société, est traité comme tout créancier de la société, il n'en demeure pas moins que la nature particulière de sa créance de dernier rang va conduire à un traitement parfois dérogatoire.

2/ Un créancier particulier par sa créance éventuelle et de dernier rang

La créance de dernier rang de l'associé conduit à relativiser la portée de certaines prérogatives offertes aux créanciers dans le cadre de la procédure collective. Il s'agit principalement de la participation à classes de parties affectées et anciennement des comités de créanciers et du bénéfice de l'article L. 650-1 du Code de commerce.

---

[191] CA Paris, 4 juin 1996, RJ com. 1996, 314 ; CA Montpellier, 10 avr. 2002, JCP E 2002, 1380, n° 5, cités par J.-C. Pagnucco, « Les associés et le plan de cession », *Revue des procédures collectives* n° 3, mai 2015, dossier 43.
[192] Cass. com., 15 mars 2005, n° 03-19.577.
[193] En ce sens, T. com. Lyon, 23 sept. 1993, Rev. proc. coll. 1995, 402, obs. B. Soinne, cité par A.Cérati-Gauthier, *op. cit.*, n° 494.
[194] A. Lienhard, « Contrôleurs », *Répertoire Dalloz*, chapitre 33, n° 33-23.

C1 - Internal use

38. Lorsque la procédure comprenait **des comités de créanciers**, avant la transposition de la directive du 20 juin 2019, l'associé, à raison de sa créance issue de ses titres en capital, n'était pas admis dans l'un des deux comités de créanciers. En effet, même s'il dispose d'une créance antérieure au jugement d'ouverture, il ne pouvait être admis en tant que tel dans l'ancien comité des fournisseurs ni dans celui des établissements de crédit et assimilés puisque, selon l'ancien article R. 626-55 du Code de commerce, est assimilée aux établissements de crédit « *toute autre entité auprès de laquelle le débiteur a conclu une opération de crédit* ». Si l'on se réfère à la définition donnée à l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier, la participation au comité était limitée à une personne agissant à titre onéreux qui « *met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne ou prend, dans l'intérêt de celle-ci, un engagement par signature tel qu'un aval, un cautionnement, ou une garantie* ». A contrario, des avances en compte courant d'associé, l'apport de l'associé, même numéraire, ne pouvait être assimilé à une mise à disposition de fonds puisque, en s'engageant à contribuer aux pertes, l'associé ne s'arroge pas un droit certain au remboursement de sa créance – ce qui est une condition de validité de l'opération de crédit. L'ordonnance du 15 septembre 2021, en abandonnant les comités des créanciers au profit des classes de parties affectées, permet d'appeler les associés à se prononcer sur le plan au titre de la créance issue de leurs titres en capital. La nature hypochirographaire de cette créance conduit toutefois à la constitution d'une classe dédiée des détenteurs de capital ne pouvant se confondre avec la classe des autres créanciers.

Si l'associé dispose de droits de créance à l'égard de la société, il peut être pertinent de se demander s'il peut bénéficier de la protection **de l'article L. 650-1 du Code de commerce au titre des concours consentis** – en dehors des cas d'une avance en compte courant, permettant d'exclure sa responsabilité au titre des préjudices subis sauf dans les cas de fraude, en cas d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées par rapport à ceux-ci. La lecture de l'article L. 650-1 conduit à délimiter un champ d'application réservé à tout créancier consentant un concours à la société débitrice. Or, nous avons précédemment démontré que l'associé est intéressé au remboursement de son apport. Il dispose à ce titre d'une créance contre la société. Il s'agit d'un élément consubstantiel de son droit au partage des bénéfices et des pertes, qui constitue une disposition constitutive du contrat de société. Cette analyse est confortée par l'interprétation large par la Cour de cassation de la notion de créancier au sens de l'article L. 650-1 du Code de commerce. En effet, la Haute Juridiction a considéré qu'un fournisseur accordant des délais de paiement au débiteur se comporte comme un créancier. La notion de soutien abusif a pour

C1 - Internal use

objectif de sanctionner les avances de trésorerie qui ont artificiellement camouflé l'état financier réel de la société. À cet égard, il pourrait être reproché à un associé de soutenir artificiellement la société. Toutefois, comme le note un auteur, on a du mal à concevoir qu'un associé puisse être sanctionné pour avoir essayé de « *sauver* » la société[195]. Par ailleurs, il faut prendre en compte la situation particulière de l'associé qui ne sera payé qu'en dernier lieu, de sorte que l'apport de trésorerie supplémentaire conduit à gonfler le passif social sans pour autant préjudicier aux créanciers sociaux qui disposent par principe d'un rang préférentiel. Cette créance est d'autant moins préjudiciable qu'elle n'est pas certaine, de sorte qu'elle ne peut conduire à l'état de cessation des paiements[196]. Enfin, la faute qui pourrait être reprochée à l'associé consiste (i) en la prise de garantie manifestement disproportionnée – ce qui est exclu dans l'hypothèse d'un associé ne pouvant bénéficier de garantie de la société compte tenu de son engagement de dernier rang, (ii) en une immixtion caractérisée dans la gestion de la société – cet écueil pourrait conduire à qualifier l'associé de dirigeant de fait, la sanction pertinente étant alors une action en responsabilité pour insuffisance d'actif si l'associé-dirigeant a sciemment poursuivi une activité déficitaire dans le but de différer l'état de cessation des paiements, (iii) en une fraude – comme mentionné précédemment, les hypothèses de détournement seraient très marginales lorsque l'associé retarde l'état de cessation des paiements par le biais d'une souscription en capital en raison de sa qualité de créancier de dernier rang[197]. Un auteur rejoint cette analyse en considérant qu'« *en principe, on ne saurait reprocher aux associés d'avoir soutenu l'entreprise par leurs apports en capital, puisqu'ils ne sont désintéressés qu'après paiement des créanciers sociaux ; c'est au contraire la sous-capitalisation d'une société qui peut être à l'origine de ses difficultés*[198] ».

L'associé a donc un statut proche de celui des autres créanciers sociaux, sous réserve du caractère hypochirographaire de sa créance. Il devra alors s'interroger sur l'opposabilité de celle-ci.

---

[195] A. Cérati-Gauthier *op. cit.*, n° 97.
[196] Il ne s'agit pas d'un passif exigible au sens de l'article L. 621-1 du Code de commerce.
[197] D. Robine, « L'article L. 650-1 du code de commerce : un "cadeau" empoisonné ? », *D.*, 2006, chron., 69, n° 11 ; A. Cérati-Gauthier, « L'associé dans la loi de sauvegarde des entreprises », *Revue des sociétés*, 2006, 305 ; P.-M. Le Corre, *op. cit.*, n° 531-221, 531.231.
[198] F. Vinckel, « Le droit au remboursement du compte courant d'associé, à l'aune du droit des entreprises en difficultés », *Dr. Sociétés*, 2011, étude 3.

C1 - Internal use

B/ La déclaration de créance de l'associé

Lorsque la société fait l'objet d'une procédure collective, tout titulaire d'un droit de créance est tenu de déclarer ceux-ci afin de les rendre opposables à la procédure collective de la société débitrice. La déclaration de créance concerne en principe tous les droits de créance dont le fait générateur est antérieur au jugement d'ouverture. Pour déterminer le passif admis à la procédure, les créances antérieures doivent être par ailleurs certaines[199]. Or, en principe, les associés « *n'ont de droits à exercer sur l'actif social que lorsque les créanciers de la société, et notamment les obligataires, ont été complètement désintéressés*[200] ».

39. Suspension du droit au remboursement des apports/boni de liquidation – Concernant la créance de restitution des apports et de distribution de l'éventuel boni de liquidation, ces droits de créance sont considérés comme antérieurs au jugement d'ouverture. Le fait générateur est issu du contrat de société, conclu par définition avant l'ouverture de la procédure. En effet, la Cour de cassation rappelle fréquemment qu'il ne faut pas confondre la date d'exigibilité de la créance et son fait générateur. Ainsi, en matière de titres super-subordonnés dont les porteurs ne sont remboursés que lors de la dissolution de la société et après désintéressement des créanciers sociaux, la Haute Juridiction a confirmé leur qualité de créanciers antérieurs au jugement d'ouverture[201] au titre du nominal de la créance, mais également au titre des intérêts qui naissent dès le contrat d'émission même s'ils sont subordonnés au versement de dividendes[202]. La principale différence entre les associés et les porteurs de titres super-subordonnés est l'engagement légal pour les premiers de contribuer aux pertes. En effet, chaque protagoniste est un créancier de dernier rang, mais les porteurs de titres super-subordonnés ne se sont pas engagés à contribuer aux pertes si les fonds sociaux sont insuffisants pour désintéresser les autres créanciers sociaux. Certes, ils ont pris le risque de n'être jamais remboursés en acceptant d'être subordonnés, mais ils ne sont pas d'ores et déjà engagés à contribuer aux pertes ; en cas de liquidation, la société a pris l'engagement ferme de les rembourser du nominal de leur créance après tous les autres créanciers sociaux, contrairement

---

[199] Ce qui explique que les créanciers ont la possibilité de demander le relevé de la forclusion dans le délai d'un an après la publication au BODACC du jugement d'ouverture lorsque ceux-ci étaient dans l'impossibilité de connaître l'existence de leur créance. Par exception, la caution est autorisée à déclarer sa créance de recours récursoire ou personnel contre la société débitrice au titre de l'article 2309 du Code civil lui octroyant un « *recours indemnitaire anticipé* » selon le Professeur Le Corre, *op. cit.,* n° 726.121, 2660 (et par extension toutes les créances de garantie éventuelle).

[200] C. Houpin, H. Bosvieux, *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations*, 7e éd., t. I, Sirey, 1935, 695, n° 577.

[201] Cass. com., 21 février 2012, n° 11-11.693.

[202] À noter qu'en l'espèce, les porteurs invoquaient leur qualité de créanciers postérieurs.

C1 - Internal use

aux associés qui peuvent ne pas être remboursés de leur créance d'apport si les fonds sont insuffisants. En effet, même si les porteurs de titres super-subordonnés ont accepté des modalités de remboursement de leur créance particulière proches de celle d'un associé, leur créance est issue d'un contrat de prêt qui suppose comme condition de validité le remboursement des fonds mis à la disposition de l'emprunteur[203]. Cette différence explique que la créance des associés, contrairement à celles des porteurs de titres super-subordonnées, est éventuelle, car elle dépend de la suffisance des fonds à la liquidation de la société. Ainsi, l'associé n'est pas encore en mesure de déterminer s'il sera effectivement créancier de la société au titre de sa créance d'apport et du boni de liquidation. Par conséquent, contrairement aux porteurs de titres super-subordonnés, les associés ne peuvent être admis à déclarer leur créance de restitution de leur apport dans la mesure où ce n'est qu'un droit éventuel et non un droit actuel. L'associé, par sa qualité de créancier de dernier rang, ne peut prétendre au remboursement de son apport qu'après désintéressement des créanciers sociaux. Plus qu'un droit à terme, la créance de restitution de l'apport de l'associé n'est par principe qu'éventuelle lors de l'ouverture de la procédure collective, puisque l'associé est tantôt créancier de la société et tantôt en est débiteur si les créances ne sont pas intégralement remboursées. Ainsi, même si la créance est antérieure à la procédure collective, cette créance éventuelle n'a pas à être déclarée. La doctrine et la jurisprudence semblent unanimes[204]. En ce sens, la cour d'appel d'Aix-en-Provence le 23 juin 1994 a considéré qu'« *il est de principe, quelle que soit la forme de la société, que si les associés sont créanciers de la personne morale pour le montant de leurs apports, ils ne peuvent les reprendre qu'après paiement de l'intégralité du passif social ; en conséquence, ils ne peuvent concourir avec les créanciers de la société objet d'une procédure collective et ne sont pas recevables à déclarer leur créance, montant de leur participation et, comme en l'espèce des dommages et intérêts, sauf si celle-ci est étrangère à leur qualité d'associé*[205] ». Il faut noter que la cour d'appel de Paris a considéré qu'une créance éventuelle doit être déclarée au passif d'une société en difficulté[206]. Ce qui est confirmé par le Cour de

---

[203] En application de l'article 1902 du Code civil et sous peine de nullité du contrat de prêt ; Cass. 1re civ., 8 avril 2010, nº 09-10.977, Bull. civ. I, nº 89.

[204] J.-Ph. Dom, « Situation des associés », *J-Cl. Commercial, Redressement, et Liquidation judiciaires*, fasc. 2375, 1997, nº 36.
CA Aix 12 juillet 1994, Dr. Sociétés 1995, nº 53, obs. Y. Chaput ; Aix 23 juin 1994, Dr. Sociétés 1995, nº 53, obs. Y. Chaput ; Rev. proc. coll. 1995, 307, obs. B. Dureuil.

[205] CA Aix-en-Provence, 23 juin 1994, Duboz C/ Rey (JurisData nº 046622), et 12 juillet 1994, Murati C/ Cauztte Rex (JurisData nº 047153) : « *Est donc irrecevable la déclaration de créance de l'associé d'une société immobilière d'attribution, souscripteur d'un droit de jouissance pour un lot déterminé en période choisi, sa créance étant représentative de son apport.* »

[206] CA Paris, 3e ch. B, 20 juin 2003.

C1 - Internal use

cassation qui considère que le créancier n'est pas dispensé de sa créance lorsqu'elle est éventuelle[207]. Néanmoins, il peut être soutenu que la créance des associés est à ce point particulière qu'elle ne nécessite pas d'être déclarée. Elle est, en effet, inscrite au passif de la société depuis sa création ou lors de la souscription des droits sociaux des associés en cours de vie sociale. Une déclaration de créance serait à ce titre superfétatoire.

Toutefois, en ce qui concerne **l'apport d'un bien en jouissance**, l'associé n'a pas accepté d'en transférer la propriété. Au terme du contrat, le bien doit lui être restitué. L'associé peut donc engager une action en restitution, ce qui suppose que le contrat ait fait l'objet d'une publicité. Cette action en revendication ne concerne que l'apport de corps certain afin que l'associé en demeure propriétaire. Si, au contraire, l'apport en jouissance concerne des choses de genre, il entraîne un transfert de propriété au profit de la société qui aura la charge de restituer au terme du contrat le bien en « *pareille quantité, qualité et valeur*[208] ». Il convient de noter que les stipulations des parties dans le traité d'apport demeurent opposables à la procédure collective. Ainsi, la restitution ne pourra intervenir qu'au terme prévu au contrat[209]. *A contrario*, l'administrateur judiciaire pourrait requérir la poursuite de ce contrat en cours si le bien est utile à la procédure. Qu'en est-il des distributions d'actifs en cours de vie sociale pouvant constituer des droits de créance de l'associé ?

40. La distribution du dividende suppose l'existence de bénéfices distribuables et une décision de l'assemblée générale ordinaire annuelle de distribution[210]. Ainsi, c'est par l'exercice de ses prérogatives extrapatrimoniales que l'associé va pouvoir disposer d'un droit de créance certain. L'associé n'a aucun droit sur le bénéfice qui fait partie du patrimoine de la société. L'article L. 232-11 du Code de commerce définit le bénéfice distribuable comme étant « *constitué par le bénéfice de l'exercice diminué des pertes antérieures, ainsi que des sommes à porter en réserve en application de la loi ou des statuts* ». À cet égard, il convient de conclure que lorsqu'une société est en état de cessation des paiements, elle n'est, en principe, pas en mesure de générer un bénéfice distribuable permettant aux associés d'en décider la distribution sous forme de dividende. En effet, comme le note un auteur, « *le bénéfice n'est pas une somme*

---

[207] Cass. com., 9 oct. 2019, nº 18-18818, note M. Houssin, « Déclarer les créances éventuelles : oui, mais lesquelles ? », *BJE*, janv. 2020, nº 1, 19.
[208] Article 1843-3 du Code Civil.
[209] Regnaut, La notion d'apport en jouissance », Bibliothèque de droit privé, L.G.D.J, 1994. nº 309.
[210] Article L. 232-12 du Code de commerce : « *Après approbation des comptes annuels et constatation de l'existence de sommes distribuables, l'assemblée générale détermine la part attribuée aux associés sous forme de dividendes.* »

C1 - Internal use

d'argent ; il traduit un accroissement de la valeur de la société, qui rend légitime une distribution. […] Cette distribution se réalise par le prélèvement de sommes d'argent dans le compte trésorerie de la société, qui n'a aucun lien avec le bénéfice d'exercice[211] ». Dans le cas contraire, les sanctions afférentes à la distribution de dividendes fictifs sont encourues[212]. Il est également possible que la distribution de dividende décidée avant le jugement d'ouverture soit remise en cause dans le cadre de la nullité facultative applicable en période suspecte en application de l'article L. 632-2 du Code de commerce. En effet, il pourrait s'agir d'un paiement de dettes échues à compter de la date de cessation des paiements en connaissance de cet état.

Concernant les réserves, après le jugement d'ouverture, l'interdiction de paiement des créances antérieures conduit à prohiber toute distribution.

41. Une décision de l'assemblée générale – La distribution de dividende est subordonnée à une décision de l'assemblée générale annuelle des associés qui doit (i) approuver les comptes, (ii) constater l'existence de bénéfices distribuables et (iii) déterminer le montant à répartir entre les associés[213]. Cette décision est libre sous réserve de commettre un abus. Lorsque la société est en difficulté, la décision susceptible d'être répréhensible est celle consistant en une distribution excessive de la trésorerie de la société alors que celle-ci subit des difficultés qui vont la conduire à l'état de cessation des paiements. En ce sens, en parallèle d'une action en abus du droit de vote, une faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif peut être caractérisée dans le cadre d'une distribution exceptionnelle de dividendes, privant la société d'une partie importante de ses réserves, ce dans un contexte de baisse d'activité[214].

Pour déterminer si l'associé est tenu de déclarer sa créance, il convient de déterminer le moment où la créance de dividende est née.

---

[211] D Gallois-Cochet, « Résultat - Détermination et affectation », Études Joly Sociétés, juin 2019, http://lext.so/S_ER050.

[212] Article L. 232-12 du Code de commerce (distribution en l'absence de bénéfices distribuables ou lorsque les capitaux propres sont inférieurs à la moitié du capital social).

[213] Cass. com., 10 févr. 2009, n° 07-21.806, FS-P+B, Cadiou, JurisData n° 2009-046999 ; Cass. com., 14 déc. 2010, n° 09-72.267, F-D, SNC Bar tabac Le Laguiolais c/ Le Roch Gambert, JurisData n° 2010-023952, D. Gallois-Cochet, *Droit des sociétés*, n° 3, mars 2011, comm. 51.
À noter toutefois que selon un auteur, cette solution trouve son fondement à l'article L. 232-12, alinéa 1er, du Code de commerce, elle ne concerne donc pas les sociétés civiles. D. Gallois-Cochet, « Brèves observations sur la distribution des dividendes dans les sociétés civiles », *Droit des sociétés*, n° 2, février 2016, étude 2.

[214] Cass. com., 25 oct. 2011 : Bull. Joly 2012, 243, note Poracchia ; Banque et Droit mai- juin 2012, 47, obs. Urban.

C1 - Internal use

42. Date de naissance de la créance de dividende – Dans un premier temps, la jurisprudence a posé le principe de l'assimilation des bénéfices aux fruits civils[215], pour en déduire que *de facto* les dividendes participent eux aussi de la nature de fruits civils[216]. Si les bénéfices distribuables relèvent bien de la nature de fruits civils concernant la société, l'analyse était critiquable au sujet des dividendes, qui ne relèvent pas de la nature de fruits civils à l'égard des associés tant que l'assemblée n'a pas décidé la distribution des bénéfices de l'exercice. La jurisprudence a ensuite évolué en ce sens en considérant que les dividendes étaient des fruits civils, mais qu'ils n'acquéraient cette qualité qu'à compter de la décision de mise en distribution de l'assemblée générale[217]. Un auteur résume alors la position de la Cour de cassation en estimant que les bénéfices distribuables ont la nature de fruits civils pour la société et les bénéfices distribués ont la nature de fruits civils pour les associés[218]. Cette assimilation à des fruits civils explique ainsi le droit de l'usufruitier sur les dividendes[219]. En application de la jurisprudence considérant les dividendes comme des fruits civils qui s'acquièrent au moment de la décision de distribuer le bénéfice, l'associé n'a la qualité de créancier au titre des dividendes que si le jugement d'ouverture intervient en cours d'exercice social après la décision de distribution. Un auteur note que « *l'assemblée générale dispose d'un pouvoir : celui de rendre les associés créanciers et la société débitrice d'un dividende ; aussi est-il logique de placer la date de constitution apparente de la créance à la date à laquelle cette décision est prise*[220] ». Dès la décision prise par l'assemblée générale, l'associé est définitivement titulaire d'une créance certaine, liquide et à terme. Pour certains auteurs, il n'est pas concevable qu'après le jugement d'ouverture une décision de distribution soit prise, même si cela reste juridiquement possible, dans la mesure où cela serait en contradiction avec « *la continuation de l'exploitation et de l'impératif de sauvegarde de l'entreprise*[221] ». Aux termes de l'article 33 de la loi du 25 janvier 1985, certains avaient conclu qu'il paraissait préférable de soumettre la distribution

---

[215] Cass. civ., 21 oct. 1931 : DH 1931, 553 ; DP 1933, 1, 100, note P. Cordonnier. Cass. civ., 7 juill. 1941, DH 1941, 370.
[216] Cass. civ., 21 oct. 1931 : DH 1931, 553 ; DP 1933, 1, 100, note P. Cordonnier : « *Bien que le cessionnaire ait droit aux bénéfices, ceux-ci, lorsqu'ils sont mis en distribution postérieurement à la cession, ne peuvent, sauf stipulations contraires, lui être attribués qu'en proportion de la durée de sa jouissance*. »
[217] Cass. com., 23 oct. 1984, Rev. sociétés 1986, 97, note J.-J. Daigre.
[218] R. Micha Goudet, « Nature juridique des dividendes », *JCPE*, nº 3, 15 janvier 1998, 68.
[219] M. Cozian, « Du nu-propriétaire ou de l'usufruitier, qui a la qualité d'associé ? », *JCP E*, 1994, 374 ; C. Regnaut-Moutier, « Vers la reconnaissance de la qualité d'associé à l'usufruitier de droits sociaux », *Bull. Joly*, 1994, 1155.
[220] P.-E. Audit, *La « naissance » des créances*, Dalloz, Nouvelles Bibliothèques, volume 141, avril 2015, nº 570.
[221] J.-M. Calendini, *Le régime juridique des sociétés commerciales en règlement judiciaire ou en liquidation de bien – recherche sur l'interaction du droit des procédures collectives*, th. Paris, 1983 ; A. Martin-Serf, « Effet à l'égard des membres de la personne morale », *J-CI. Sociétés, redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, fasc. 41-48, 1997.

C1 - Internal use

d'une partie de ces bénéfices à l'autorisation du juge-commissaire pour éviter le risque de nullité de cet acte de disposition. Cette restriction n'est toutefois prévue par aucun texte, ce qui oblige à s'interroger sur la nature de la créance de dividende décidée après le jugement d'ouverture. Si par extraordinaire, la société vote la distribution de dividendes, cette créance ne pourrait être éligible au bénéfice de l'article L. 622-17, I du Code de commerce permettant à l'associé d'être payé pendant la période d'observation, faute d'être une créance utile à la procédure, c'est-à-dire née « *pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie par le débiteur*[222] ».

43. Distribution des réserves[223] **–** L'article L. 232-11 du Code de commerce prévoit dans son alinéa 2 : « *En outre, l'assemblée générale peut décider la mise en distribution de sommes prélevées sur les réserves dont elle a la disposition. En ce cas, la décision indique expressément les postes de réserve sur lesquels les prélèvements sont effectués. Toutefois, les dividendes sont prélevés par priorité sur le bénéfice distribuable de l'exercice.* » L'assemblée annuelle peut donc décider une distribution de réserves si le bénéfice distribuable a été préalablement affecté aux distributions de dividendes et aux constitutions de réserves obligatoires et si cela n'a pas pour effet de réduire le montant des capitaux propres en deçà du montant du capital augmenté des réserves non distribuables. Cette hypothèse est donc peu probable en cas de procédure collective.

44. Possibilité de verser un acompte – Lorsqu'au terme du bilan établi en cours ou à la fin de l'exercice et certifié par un commissaire aux comptes, la société « *après constitution des amortissements et provisions nécessaires, déduction faite s'il y a lieu des pertes antérieures ainsi que des sommes à porter en réserve en application de la loi ou des statuts et compte tenu du report bénéficiaire, a réalisé un bénéfice, il peut être distribué des acomptes sur dividendes avant l'approbation des comptes de l'exercice*[224] » sans que cet acompte puisse excéder le montant du bénéfice distribuable. Ainsi, l'acompte est décidé dans les mêmes conditions que le bénéfice distribuable, mais la date d'appréciation de ce bénéfice n'est pas la clôture de l'exercice. À ce titre, il faut établir une situation intercalaire ou un bilan selon les normes comptables applicables afin de déterminer l'existence d'un bénéfice distribuable depuis

---

[222] V. Cass. com., 11 oct. 2016, n° 14- 20.581 : JCP E 2016. 1681, note Lebel ; RD banc. fin. 2017, n° 89, obs. Houin- Bressand ; Rev. sociétés 2017, 160, obs. I. Dauriac ; Revue des procédures collectives n° 6, novembre 2017, comm. 148, obs. C. Saint-Alary-Houin.
[223] Et les éventuels comptes de primes.
[224] Article L. 232-12 du Code de commerce.

C1 - Internal use

l'exercice précédent[225]. La certification des commissaires aux comptes suppose qu'« *une quasi-certitude de l'absence de pertes pour la période restant à courir doit exister*[226] ». La distribution d'un acompte relève de la compétence de la direction[227] sous réserve de ne pas porter atteinte à la compétence légale de l'assemblée générale ordinaire. Les distributions d'acompte qui ne respecteraient pas les dispositions de l'article L. 232-12 du Code de commerce constitueraient des distributions fictives donnant lieu à une action en répétition[228]. Toutefois, si ces dispositions sont respectées et même en l'absence de bénéfice distribuable constaté à la clôture de l'exercice, la distribution des acomptes n'est pas remise en cause. Ainsi, si la société fait l'objet d'une procédure collective après la décision de versement d'un acompte, et quand bien même elle ne disposerait plus de la trésorerie nécessaire, il ne serait pas possible de remettre en cause cette décision[229]. Si, du fait des pertes constatées entre le versement de l'acompte et la clôture de l'exercice, l'acompte versé est supérieur aux bénéfices réalisés, il conviendra pour la Compagnie nationale des commissaires aux comptes de présenter sur le bilan le montant des acomptes distribués de façon apparente et de procéder à un prélèvement sur les réserves distribuables afin d'affecter le résultat dans le respect des conditions légales[230]. Il faut néanmoins noter que cette décision prise par les organes de direction l'a été nécessairement en connaissance des difficultés de la société qui pousseront celle-ci à solliciter l'ouverture d'une procédure collective. La responsabilité des dirigeants peut donc être envisagée.

Un auteur résume la situation de la façon suivante : « *Pas de dividendes, pas de dette de la société à l'égard des associés ; pas de dette, pas d'obligation de déclaration à l'égard des créanciers de l'associé*[231]. »

Le droit des procédures collectives a donc appréhendé la qualité de créancier de l'associé en lui conférant un statut proche des autres créanciers sociaux. Seule la nature particulière de cette créance de dernier rang explique les différences observées.

---

[225] Bull. CNCC 1982, nº 88, 614.
[226] D. Velardocchio, « Dividendes », *Répertoire de droit des sociétés*, août 1996 (actualisation : avr. 2018), nº 40.
[227] Le conseil d'administration, le directoire ou les gérants, selon le cas. À ce titre, une action en expertise de gestion est envisageable. En ce sens, CA Paris, 30 sept. 1994, Rev. sociétés 1995, 287, note T. Granier.
[228] Les actions en répétition sont réservées à certaines hypothèses : la violation des articles L. 232-11, L. 232-12, L. 232-15 ou si la société établit que les bénéficiaires avaient connaissance du caractère irrégulier de cette contribution au moment de celle-ci ou ne pouvaient l'ignorer compte tenu des circonstances.
[229] Sous réserve des dispositions relatives à la nullité de la période suspecte.
[230] Bull. CNCC, déc. 1994, nº 96, 721.
[231] N. Cayrol, « La preuve par la comptabilité de l'affectation des bénéfices d'une société », *RTD civ.*, 2017, 913.

C1 - Internal use

Plus encore, le droit des procédures collectives s'attache à ce que la nature hypochirographaire de l'associé soit respectée, quitte à prévoir l'aménagement de certaines prérogatives d'ordre patrimonial conférées aux créanciers sociaux.

§2/ L'aménagement des droits patrimoniaux de l'associé

Le droit des procédures collectives vise à ce que certaines prérogatives octroyées aux créanciers sociaux ne confèrent pas à l'associé des droits qui contrediraient sa qualité de créancier de dernier rang. Cet aménagement des prérogatives d'ordre patrimonial des associés concerne principalement le sort de la dette de libération de l'apport en numéraire de l'associé (**A**) et l'inéligibilité de celui-ci au privilège de conciliation dans le cadre d'une augmentation de capital (**B**).

A/ Le sort de la dette de libération de l'apport en procédure collective

45. La possibilité de différer la libération de l'apport – En application du droit des sociétés, l'apport en numéraire[232] souscrit intégralement peut être libéré en plusieurs fois. Cette libération échelonnée permet à l'associé de bénéficier de facilités de paiement. Dans les sociétés dont la responsabilité des associés est illimitée, les modalités de versement de l'apport en numéraire sont libres. En revanche, dans les SARL, les parts représentant des apports en numéraire doivent être libérées d'au moins un cinquième de leur montant[233], tandis que dans les sociétés par actions, la libération doit intervenir à hauteur de la moitié au moment de la souscription[234]. Lorsqu'elles sont souscrites dans le cadre d'une augmentation de capital par apports nouveaux en numéraire, elles doivent être libérées du quart au moins de leur valeur nominale et, le cas échéant, de la totalité de la prime d'émission au moment de la souscription[235]. MM. les Professeurs Saintourens et Emy notaient, à l'occasion de l'adoption de la loi du 22 mars 2012 qui permet dans les SARL une libération minimale du quart en cas d'augmentation de capital, qu'« o*n savait que le capital social d'une société ne donnait pas une image fidèle de la santé financière de la société. On a maintenant la confirmation que le capital social ne donne*

[232] Cette règle ne concerne pas les apports en nature qui doivent être intégralement libérés.
[233] Article L. 223-7 du Code de commerce.
[234] Article L. 225-3 du Code de commerce.
[235] Article L. 225-144 du Code de commerce.

C1 - Internal use

d'informations que sur les fonds que les associés ont promis d'apporter, et donc aucune sur les fonds que les associés ont effectivement apportés. Les partenaires économiques de la société n'ont plus qu'à espérer que les associés n'ayant pas libéré leurs apports sont bien solvables[236] ». La libération du surplus intervient en une ou plusieurs fois sur décision du dirigeant[237], dans un délai qui ne peut excéder cinq ans. Il est également possible de prévoir contractuellement, dans le traité d'apport ou dans les statuts, un terme à la libération de l'apport.

46. La libération de l'apport en cas de procédure collective de la société – La société est créancière de la part de l'apport non libéré, en application du principe de souscription intégrale par lequel l'associé s'est engagé lors de la souscription à verser l'intégralité de son apport. Ainsi, lorsque la société est en période d'observation, « *le contrat d'apport, fût-il lié au contrat de société, constitue un contrat en cours dont l'administrateur peut exiger la continuation ou la résiliation*[238] ». La libération intégrale de l'apport peut être clé dans le redressement de la société par l'apport de fonds propres. Cela peut être également, dans les sociétés par actions et les SARL, une condition préalable à toute nouvelle souscription d'actions ou de parts sociales par le biais d'une augmentation de capital, à peine de nullité de l'opération[239]. La souscription de l'apport est l'acte premier de l'associé par lequel il va recevoir, en contrepartie, des parts sociales ou actions qui vont sceller son engagement de contribuer aux bénéfices et aux pertes.

47. L'engagement de contribuer aux pertes – Initialement, seule la liquidation judiciaire, conduisant à une déchéance du terme, provoquait l'exigibilité immédiate de la part non libérée de l'apport. Dans les autres cas, soit un terme avait été fixé, bloquant la libération anticipée de l'apport, soit cela relevait d'une décision de la direction permettant *de facto* la libération de la part attendue. Cette mesure réservée à la liquidation judiciaire provoquait tout de même le débat puisque la déchéance du terme ne concerne que les dettes de la société et non ses créances[240]. Seule la notion de contribution aux pertes permettait de justifier cette mesure en liquidation judiciaire même si la dissolution est reportée à la clôture des opérations de liquidation[241]. Comme le note un auteur, « *la responsabilité du passif, assumée par les actionnaires, est déjà*

---

[236] B. Saintourens, P. Emy, « Nouvelle étape de « simplification » du droit des sociétés par la loi nº 2012-387 du 22 mars 2012, *Revue des sociétés*, 2012, 335.
[237] Sur décision du conseil d'administration ou du directoire dans les SA, et sur décision du gérant dans les SARL.
[238] Cass. com., 19 février 2013, nº 12-23.146. À noter que la Cour de cassation a considéré que le contrat de société liant un associé mis en procédure collective n'est pas un contrat en cours au sens de l'article L. 622-13 du Code de commerce (Cass. com., 10 juillet 2007, nº 06-11.680, FS-P+B).
[239] Article L. 223-7 du Code de commerce.
[240] Article L. 643-1 du Code de commerce.
[241] Cela atteste que la contribution aux pertes n'est pas forcément consubstantielle de la dissolution de la société.

C1 - Internal use

limitée à hauteur du montant de leur participation dans le capital, on ne voit pas pourquoi l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de la société viendrait cantonner cette responsabilité à la seule proportion du capital souscrit et également versé[242] ».

L'ordonnance du 12 mars 2014 est revenue sur la jurisprudence considérant que le jugement d'ouverture de sauvegarde ou de redressement ne peut affecter les conditions de libération d'apports initialement prévues. Désormais, l'article L. 624-20 du Code de commerce prévoit que le jugement d'ouverture rend immédiatement exigible le montant non libéré du capital social. Il s'agit de responsabiliser les associés en veillant à les faire participer immédiatement au redressement de la société même si cela peut aboutir à perdre l'intégralité de leur apport. L'échelonnement de la libération ne se comprendrait donc que dans la mesure où la société est *in bonis*. Le privilège accordé aux associés n'a plus lieu d'être lorsqu'elle connaît des difficultés. Le mandataire judiciaire sera chargé de mettre en demeure l'associé de verser le montant promis[243]. En application des articles R. 624-18 et R. 228-26 du Code de commerce, l'associé disposera d'un délai de trente jours pour satisfaire à son obligation. À défaut, il sera possible d'appliquer les sanctions de droit commun : action en exécution forcée, dette productrice de plein droit d'intérêts[244], privation du droit de vote et suspension du dividende et des droits préférentiels de souscription, le cas échéant[245]. En effet, même si l'article R. 624-18 du Code de commerce ne mentionne que l'application du délai de trente jours offert à l'associé pour exécuter ses obligations, il est probable que les sanctions prévues par le droit commun s'appliquent automatiquement sans qu'il soit nécessaire de le préciser : seules les facilités offertes à l'associé supposent d'être prévues par les textes. De la même façon, il est possible d'appliquer les dispositions de l'article L. 228-28 du Code de commerce permettant, en cas de cession des droits sociaux, d'établir une solidarité dans le paiement de cette dette de libération entre le cédant et le cessionnaire. Enfin, la sanction prévue à l'article L. 228-27 du Code de commerce permettant la cession forcée par la société des titres de l'associé défaillant après mise en demeure infructueuse pourrait s'appliquer en cas de procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaires.

---

[242] Cass. com., 9 mai 1995, Rev. Sociétés 1995, 753, note M. Jeantin. L'auteur note qu'à défaut les associés pourraient échapper à leur obligation de contribuer aux pertes pour la partie non versée de l'apport en numéraire.
[243] Article L. 622-20 du Code de commerce : « *Le mandataire judiciaire a qualité pour mettre en demeure un associé ou un actionnaire de verser les sommes restant dues sur le montant des parts et actions souscrites par lui*. »
[244] Article 1843-3 du Code civil.
[245] Article L. 228-29 du Code de commerce.

C1 - Internal use

Cette mesure est donc dérogatoire au droit des sociétés mais également au droit des procédures collectives par la déchéance du terme. M. le Professeur Lucas notait à ce propos que l'« *on pouvait se trouver dans cette situation paradoxale et difficilement acceptable par les créanciers, dans laquelle ces derniers subissaient les différentes atteintes à leurs droits, inhérentes à la procédure collective, tandis que les associés ne pouvaient être contraints de libérer un apport certes souscrit mais pas nécessairement exigible*[246] ». Ainsi, en réalité, la mesure vise à faire primer l'engagement légal de chaque associé de contribuer aux pertes, par laquelle il détient une créance de dernier rang à l'égard de la société. Or, comment l'associé peut-il conserver sa qualité de dernier rang s'il n'a pas libéré l'apport qu'il s'est engagé à verser, dans un contexte où les créanciers sociaux consentent des sacrifices ? Cela revient à accorder des facilités de paiement pour une dette de dernier rang alors que les créanciers sociaux, qui par définition doivent être payés en premier lieu, consentent des remises de dette ou des délais de paiement. Pour M. le Professeur Lucas, la première manifestation de la contribution aux pertes lors d'une procédure collective est l'obligation pour les associés de libérer les apports qui ne l'ont pas été[247]. Elle doit concerner toutes les personnes ayant la qualité d'associé au moment de l'exercice de l'action. Dès lors, la jurisprudence considérant que le liquidateur n'a pas à justifier auprès de l'associé s'il poursuit les autres associés est contestable[248]. Cette obligation de libération immédiate touche tous les associés. Il revient dès lors au représentant des créanciers de provoquer l'exécution immédiate de cette obligation. L'action sera exercée par la société, devenue titulaire d'une créance exigible par l'effet de la procédure collective. L'article L. 622-20 du Code de commerce prévoit ainsi la possibilité pour le mandataire judiciaire de solliciter par lettre recommandée le versement des sommes dues. L'action peut également être demandée, à titre subsidiaire, par le créancier contrôleur en cas d'inaction du mandataire judiciaire[249].

Cette solution prévaut également lorsque l'augmentation de capital a été souscrite en application d'un plan de continuation. En effet, sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, la libération du capital souscrit devait être immédiate. Avec la loi du 10 juin 1994, il revenait au tribunal le soin de fixer le délai de libération. Désormais, la loi n° 2016-1547 du

---

[246] F.-X. Lucas, « Les devoirs de l'actionnaire d'une société en difficulté, les dispositifs légaux », *Gaz. du Palais*, 6 juin 2016, n° hors-série, 51
[247] F.-X. Lucas, « Les associés et la procédure collective », *Petites Affiches*, 9 janvier 2002, 7, n° 4.
[248] Cass. civ., 20. oct. 1886 : DP 1887, I, 117 ; Cass. req., 1er mai 1907, DP 1907, I, 373 ; arrêts anciens cités par J.-P. Legros, « Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires – Sort des associés », fasc. 2394, n° 17.
[249] Dans le même sens, P.-M. Le Corre, op. cit., n° 642.422, 2223.

C1 - Internal use

18 novembre 2016[250] a abrogé l'article L. 626-17 de sorte qu'il faut revenir au droit commun des sociétés qui réglemente cette libération dans certaines sociétés[251].

48. Absence de compensation entre la dette de libération de capital et la créance tenue à l'égard de la société, comme en compte courant d'associé – Lorsque l'associé souhaite, en complément de son apport, financer la société, il peut consentir une avance en compte courant. Cette avance est un contrat de prêt qui, à défaut de stipulations contraires, est considéré à durée indéterminée par la Cour de cassation, de sorte que l'associé peut à tout moment en réclamer le remboursement[252]. L'associé pourrait sur cette base faire valoir la compensation de sa créance tirée de son avance en compte avec sa dette relative à la libération de son apport. Avant le jugement d'ouverture, la compensation légale peut jouer entre ces créances et dettes réciproques dans la mesure où elles sont certaines, liquides et exigibles. Dans cette hypothèse, tout dépendra de l'exigibilité des créances de compte courant et des appels de fonds concernant la part de l'apport non libérée[253]. Après le jugement d'ouverture, seule la compensation de créances connexes peut permettre de passer outre l'interdiction de paiement des créances antérieures. Comme le note un auteur, « *la compensation apparaît alors providentielle, car elle permet d'éviter d'avoir à payer une mise que l'associé est assuré de perdre, dès lors que l'apport en numéraire qu'il s'agit de libérer ne va servir qu'à apurer le passif social d'une société vouée à disparaître, et ce tout en se faisant rembourser un compte courant créditeur qui, en dehors de cette compensation, n'aurait aucune vocation à être remboursé*[254] ». Or, la jurisprudence distingue le sort des créances issues des titres de capital des créances issues d'un contrat de prêt : elle n'admet pas l'amalgame entre la qualité de créancier et les droits de créance inhérents à la qualité d'associé[255]. En effet, après le jugement d'ouverture elle écarte la compensation pour connexité entre la créance d'une société au titre d'une fraction non libérée d'un apport en

---

[250] Art. 99 (V).
[251] À noter toutefois que pour inciter les associés à souscrire à une augmentation du capital, le législateur a écarté la condition de la connexité des créances pour permettre par exception la compensation de leur créance d'apport avec celles déclarées par l'associé.
[252] Cass. com., 18 nov. 1986 : JCP G 1987, II, 20806, note M. Jeantin ; D. 1987, somm. 389, note J.-C. Bousquet ; Rev. sociétés 1987, 581, note I. Urbain-Parléani.
[253] CA Paris P. 5, ch. 8, 5 févr. 2013, n° 12/05846, Sté SEPM ; A. Lienhard, « Compensation de plein droit avant le jugement d'ouverture entre la créance de libération du capital social et la créance d'avance en compte courant », *D.*, 2002, 485.
[254] F.-X. Lucas, *BJS*, juin 2013, n° JBS-2013-0195, 420.
.[255] Cass. com., 15 janv. 1982 : Bull. Joly Sociétés 1982, 266. Cass. com., 15 juill. 1982 : Rev. sociétés 1983, 75, note J.-P. Sortais. Cass. com., 24 juin 1997, GAMM c/ Gambet : JurisData n° 1997-003010 ; Bull. civ. 1997, IV, n° 207 ; JCP G 1997, II, 22966, note P. Mousseron ; Dr. sociétés 1997, comm. 138, obs. Th. Bonneau ; Bull. Joly Sociétés 1997, 871, note B. Saintourens ; RTD com. 1997, 153, obs. C. Champaud et D. Danet ; Defrénois 1998, art. 36811, n° 2, 667, obs. H. Hovasse ; JCP N 1998, 490, obs. J.-P. Garçon.

C1 - Internal use

numéraire et la créance de l'associé résultant d'une avance en compte courant[256]. La première créance résulte du contrat de société, la seconde d'un contrat de prêt.

En écartant la connexité de ces deux dettes en procédure collective, il est considéré que les parties n'ont généralement pas eu la volonté de faire de ces deux créances un ensemble unique et cohérent formalisé dans un contrat-cadre ou dans différents contrats. Par conséquent, des contrats différents ayant tous deux pour but le financement de la société ne suffit pas à établir une connexité suffisante pour constater une compensation faisant échec au principe d'interdiction de paiement des créances antérieures[257]. Cette jurisprudence avait conduit le législateur à intervenir, pour inciter les augmentations de capital dans le cadre d'un plan de continuation, en prévoyant qu'une libération immédiate peut se réaliser par compensation avec un compte courant d'associé, à concurrence du montant de la créance admise et dans la limite des remises et délais du plan[258]. Il faut noter que la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 a abrogé l'article L. 626-17, de sorte qu'il convient de revenir à la solution de droit commun écartant la compensation entre ces deux dettes.

Toutefois, la compensation entre la créance de dividende et un compte courant d'associé débiteur a été admise par la Cour de cassation[259]. Nous comprenons que dans ce cas, la créance et la dette ont été considérées comme faisant partie d'un ensemble contractuel unique. Cette jurisprudence est néanmoins contestable, dans la mesure où « *la volonté commune de réaliser une même opération économique dans le cadre d'un accord global*[260] » est plus flagrante dans le cadre de la compensation avec la créance de libération de l'apport qui n'est, à l'instar du compte courant d'associé, destinée à financer la société que dans le cadre du paiement de dividendes. Il convient de noter que les avances en compte courant d'associé sont parfois assimilées à des fonds propres. Mais comme le note un auteur, cette assimilation ne peut s'opérer que si les associés ont consenti *« au blocage des fonds en compte et à la renonciation à l'égalité chirographaire*[261] ». M. le Professeur Lucas estime que « *bien assise en jurisprudence, cette solution* [de non-compensation entre la dette de libération de capital et l'avance en compte courant d'associé] *n'est pas à l'abri de la critique dès lors que ces deux*

---

[256] Cass. com., 20 mai 1997, n° 95-15.298 : JurisData n° 1997-002187 ; JCP G 1997, I, 4039, n° 17, obs. G. Loiseau. CA Paris, 25 janv. 2000, Dr. sociétés 2000, comm. 74, obs. Y. Chaput. Cass. com., 18 janv. 2000, Pintos c/ M. Jumel, Bull. Joly Sociétés 2000, 527, § 115, note A. Couret.
[257] G. Loiseau, *La Semaine Juridique Edition Générale*, n° 30, 23 juillet 1997, doctr. 4039.
[258] Article L. 626-17 du Code de commerce.
[259] Cass. com., 11 oct. 2016, n° 14-20.581, F-D : JurisData n° 2016-021119.
[260] CA Paris, 29 avril 1994, Dr. sociétés, 1994, comm. n° 173
[261] M. Geninet, « Les quasi-apports en société », *Revue des sociétés*, 1987, 30.

C1 - Internal use

créances réciproques naissent de contrats distincts mais néanmoins tournés vers le but unique que constitue le financement de la société, ce qui pourrait suffire à y voir un ensemble contractuel unique qui permet normalement de caractériser la connexité[262] ». Un auteur note que « *la jurisprudence tend en réalité à faire obstacle à la compensation afin que la société obtienne des liquidités nouvelles pour favoriser son redressement : la notion de connexité permet au juge de mener une appréciation de la compensation en opportunité*[263] ». MM. Reinhard et Chazal considèrent pour leur part que « *la connexité n'est ici qu'un subterfuge qui, sous l'apparence de la neutralité technique, sert à obtenir une solution juste*[264] ». En effet, il s'agit d'éviter que l'associé créancier hypochirographaire ne soit remboursé de son apport par le biais de sa créance de compte courant avant le désintéressement des autres créanciers sociaux et avant tous les autres associés[265]. Il n'y a donc pas de confusion possible entre les créances de dernier rang et les autres créances que peut détenir un associé.

Afin de préserver la nature particulière de la créance de dernier rang de l'associé, le droit des procédures collectives a établi des règles dérogatoires ; le droit des sociétés doit donc être aménagé quand son maintien conduit à contredire la nature de la créance de l'associé. Nous parvenons à la même conclusion lorsqu'il s'agit de s'interroger sur le champ d'application du privilège de conciliation.

B/ L'inéligibilité des créances issues de titres de capital au privilège de new *et de* post money

49. L'augmentation de capital permet à une société en difficulté de bénéficier de capitaux propres. Il ne fait d'ailleurs aucun doute que cette augmentation de capital a pour objectif de concourir à la poursuite de l'activité de l'entreprise. Pourtant cette technique n'est pas éligible au bénéfice du **privilège de conciliation**. En effet, l'article L. 611-11 du Code de commerce prévoit qu'en cas d'ouverture d'une procédure collective, les personnes qui avaient consenti, dans le cadre d'une procédure de conciliation ayant donné lieu à l'accord homologué mentionné au II de l'article L. 611-8, un nouvel apport en trésorerie au débiteur en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité, sont payées, pour le montant de cet apport,

[262] F.-X. Lucas, « Les devoirs de l'actionnaire d'une société en difficulté, les dispositifs légaux », *Gaz. du Palais*, 6 juin 2016, n° hors-série, 51.
[263] F. Vinckel, « Le droit au remboursement du compte courant d'associé, à l'aune du droit des entreprises en difficultés », *Dr. Sociétés*, 2011, étude 3.
[264] Y. Reinhard, J.-P. Chazal, note sous CA Versailles, 8 juin 2000, op. cit., 959.
[265] En ce sens, G. Couturier, op. cit., n° 12, 18.

C1 - Internal use

par privilège avant toutes les autres créances, selon le rang prévu au II de l'article L. 622-17 et au II de l'article L. 641-13. Ce privilège a été instauré par la loi du 26 juillet 2005 et a pour objectif d'inciter l'apport « d'argent frais » dès le stade de la conciliation, en sécurisant les créanciers dans l'hypothèse de l'échec de l'accord de conciliation matérialisé par l'ouverture d'une procédure collective interdisant le paiement des dettes antérieures. Il permet incidemment d'inciter à l'homologation de l'accord par le juge – condition d'éligibilité du privilège. Toutefois, il est expressément prévu que cette disposition ne s'applique pas aux apports consentis par les actionnaires et associés du débiteur dans le cadre d'une augmentation de capital[266]. En revanche, lorsque la créance trouve sa source dans un compte courant d'associé, c'est-à-dire un contrat de prêt, l'associé peut bénéficier du privilège de conciliation[267]. Cette éviction conduit à limiter l'attrait de cette technique pour traiter les difficultés[268]. Il en est de même s'agissant du privilège issu de l'apport de trésorerie en vue d'assurer la poursuite de l'activité en période d'observation[269]. Cette créance dite de *post money* ne concerne pas les apports consentis par les associés dans le cadre d'une augmentation de capital.

Toutefois, l'inéligibilité des créances issues de titres de capital au privilège de conciliation ou de la période d'observation est pleinement justifiée. En effet, par l'apport, l'associé détient une créance par nature hypochirographaire. Ainsi, même si le droit des procédures collectives tente d'inciter l'apport « d'argent frais », les créances issues de l'apport en société ne peuvent être privilégiées en cas d'ouverture d'une sauvegarde ou d'un redressement judiciaires, sous peine de remettre en cause la nature de cette créance et *in fine* l'engagement premier de l'associé : la contribution aux pertes. Dans le même sens, M. Couturier, sur la base de l'analyse des travaux parlementaires, considère que « *le législateur estime que les apports en capital provenant des personnes déjà associés de la société en difficultés ne sont pas nouveaux, et, […] par son souci de ne pas accorder aux associés un traitement privilégié pour leurs apports en capital, par rapport aux créanciers de la société*[270] ». Il ajoute que la nature de la créance hypochirographaire est incompatible avec l'octroi d'un privilège puisque par nature les associés

---

[266] Cette disposition ne s'applique pas aux apports consentis par les associés du débiteur dans le cadre d'une augmentation de capital.
[267] F. Vinckel, « Le droit au remboursement du compte courant d'associé, à l'aune du droit des entreprises en difficultés », *Dr. Sociétés*, 2011, étude 3 ; P.-M. Le Corre, « Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises », *D.*, 2005, chron. 2297, nº 62.
[268] À ce titre, l'émission d'obligation est une technique plus attractive dans la mesure où (i) elle permet aux associés de conserver le contrôle de la société, (ii) il s'agit d'une décision simple du conseil d'administration, et (iii) le créancier bénéficie du privilège de conciliation si l'accord est homologué.
[269] Article L. 622-17 du Code de commerce III 2° tel que modifié par l'ordonnance du 15 septembre 2021.
[270] Couturier, *op. cit.*, nº 404, 229.

C1 - Internal use

sont payés en dernier lieu[271]. L'exclusion du privilège de conciliation concerne donc les associés déjà présents, mais également les nouveaux associés qui consentent un apport dans le cadre de la procédure de conciliation. Si un associé hypochirographaire pouvait bénéficier d'un privilège au titre d'un apport consenti en conciliation judiciaire alors il perdrait *de facto* sa qualité de créancier hypochirographaire : ce serait contraire à l'esprit du contrat de société[272]. S'il est privilégié au titre d'un apport en capital, cela revient à rompre l'égalité de traitement avec les autres créanciers et avec les autres associés. Cela est d'autant plus patent que la créance bénéficiant du privilège de *new* ou *post money* ne peut faire l'objet de délais ou de remises dans le cadre d'un plan de continuation[273].

L'associé est donc un créancier de la société un peu particulier en raison de sa créance de dernier rang. Le droit des procédures collectives l'a compris : ses droits patrimoniaux seront aménagés comme tous les créanciers et particulièrement parce qu'il est un créancier de dernier rang.

S'agissant des droits patrimoniaux de l'associé, le droit des sociétés et le droit des procédures collectives se combinent parfaitement. En application du droit des sociétés, l'associé va en contrepartie de son apport disposer de droits de créance à l'égard de la société. Si cette dernière est en difficulté, le droit des procédures collectives va prendre le relais en aménageant les droits patrimoniaux de l'associé, en application de la discipline collective qui s'applique à tous les créanciers, tout en respectant le rang particulier de sa créance, en application du droit des sociétés.

Toutefois, les droits patrimoniaux de l'associé prenant bien souvent leur source dans l'exercice de ses droits extrapatrimoniaux, et notamment dans l'exercice du droit de vote, il est nécessaire de poursuivre l'analyse pour s'assurer que l'associé d'une société soumise à une procédure collective ne puisse utiliser ses droits extrapatrimoniaux pour s'arroger des droits pécuniaires supplémentaires en violation des principes impératifs de la procédure collective.

---

[271] L'article 5, IV de l'ordonnance n° 2020-596 du 20 mai 2020 ne remet pas en cause ce principe puisque les associés et les actionnaires du débiteur ne sont pas éligibles dans le cadre d'une augmentation de capital aux deux nouveaux privilèges qui ont vocation à garantir les créanciers qui consentent au débiteur un nouvel apport de trésorerie autorisé par le juge-commissaire pendant la période d'observation et ceux qui s'engagent à effectuer un tel apport pour l'exécution du plan de sauvegarde ou de redressement arrêté ou modifié par le tribunal.

[272] Des auteurs s'interrogent en ces termes : « *Comment admettre que l'on permette à un associé d'échapper à la plénitude du risque inhérent à sa qualité ?* » N. Borga, J. Théron, « Ordonnance du 15 septembre 2021 réformant le droit des entreprises en difficulté, un tournant ? », *Recueil Dalloz*, 2021, 1773.

[273] Solution consacrée par l'ordonnance du 12 mars 2014.

C1 - Internal use

CHAPITRE 2 :

LE MAINTIEN DES DROITS EXTRAPATRIMONIAUX DES ASSOCIÉS EN CONTRADICTION AVEC LEUR QUALITÉ DE CRÉANCIER DE DERNIER RANG

Le droit des sociétés a vocation à continuer à régir le fonctionnement de la société débitrice, même si elle est placée sous la tutelle du tribunal à la suite de l'ouverture d'une procédure collective[274]. Cette situation peut être paradoxale puisque la procédure collective va conduire à la réorganisation de la société pour lui permettre de remédier à ses difficultés. Cette restructuration[275] peut entrer en conflit avec les règles de fonctionnement interne et les prérogatives des associés issues du droit des sociétés.

50. Des prérogatives extrapatrimoniales de deux ordres – Certaines prérogatives sont d'ordre purement extrapatrimonial (droit d'information). En revanche, d'autres entraînent des conséquences pécuniaires. Si les prérogatives du premier ordre ne sauraient être aménagées du fait d'une procédure collective, il convient d'analyser les prérogatives extrapatrimoniales provoquant des conséquences patrimoniales pour vérifier si leur maintien est justifié. En effet, le principe de maintien des droits extrapatrimoniaux de l'associé peut conduire à des situations où les règles impératives du droit des procédures collectives risquent d'être bousculées, affectant ainsi l'objectif de continuité de l'activité, de maintien de l'emploi et d'apurement du passif. Ainsi, si l'associé continue à bénéficier de ses prérogatives extrapatrimoniales, l'exercice de celles-ci peut concurrencer les pouvoirs des organes de la procédure ou provoquer le blocage d'un plan de continuation construit par l'administrateur, accepté par les créanciers et arrêté par le tribunal. Cette situation d'achoppement entre droit des procédures collectives et droit des sociétés pourrait conduire à un nécessaire aménagement des droits extrapatrimoniaux d'un associé d'une société en difficulté. Même si le législateur a prévu des hypothèses où le droit des sociétés doit être écarté, même lorsqu'il s'agit de l'exercice des droits extrapatrimoniaux de l'associé, il n'est pas allé jusqu'à consacrer l'obligation pour l'associé d'exercer ses prérogatives dans un sens favorable aux objectifs poursuivis par la procédure collective. Il est intervenu de manière éparse sans s'assurer que le maintien des droits

---

[274] A. Cérati-Gauthier, *op. cit.*, (n° 23) note que « *l'exercice des droits des associés restera intact en dépit de l'ouverture de la procédure contre la société : l'associé n'est ni représenté ni remplacé par un organe de la procédure collective. Les associés, en contrepartie, sont tenus de certaines obligations, celles de libérer l'apport promis et celles de participer aux pertes.* »

[275] Nous utiliserons indifféremment les deux termes de réorganisation ou de restructuration.

C1 - Internal use

extrapatrimoniaux de l'associé d'une société en procédure collective est compatible avec sa créance de dernier rang.

51. Un droit à deux vitesses - L'ordonnance du 15 septembre 2021 consacre à ce titre le rôle de créancier de dernier rang de l'associé d'une société en difficulté en sollicitant sa participation à l'adoption du projet de plan au sein d'une ou plusieurs classes de détenteurs de capital, à l'instar des autres créanciers affectés réunis également au sein de classes homogènes. Cette ordonnance vient remettre en cause le principe de maintien des droits extrapatrimoniaux des associés lorsque la société connait des difficultés de nature à imposer aux autres créanciers sociaux des sacrifices pour assurer sa survie. Néanmoins l'ampleur de la réforme est considérablement réduite, car la constitution de classes de créanciers est réservée aux sociétés débitrices qui ne sont pas des PME ou qui se sont volontairement placées sous ce régime ou dans le cadre particulier d'une sauvegarde accélérée. Il existe donc des procédures collectives à deux vitesses : l'une où, par principe, les associés conservent tous les droits prévus en application du droit des sociétés (**Section 1)** et, l'autre où, de manière très exceptionnelle, il sera possible d'aménager les droits extrapatrimoniaux des associés en les privant de leur droit de véto (**Section 2)**.

SECTION I/ LE MAINTIEN CRITIQUABLE DES DROITS EXTRAPATRIMONIAUX DE L'ASSOCIÉ D'UNE SOCIÉTÉ EN DIFFICULTÉ

Les droits extrapatrimoniaux de l'associé sont la contrepartie du risque qu'il a pris : la perte de la totalité de l'apport qu'il a consenti représente le risque qui justifie qu'au-delà de l'espérance de partager les bénéfices, il dispose de prérogatives d'intervention dans la société. Cette participation au groupement lui permet de mesurer son risque et, selon sa capacité d'action, de le maîtriser. Les droits extrapatrimoniaux sont donc consubstantiels de la qualité d'associé et n'ont pas à être remis en cause sous prétexte que le patrimoine de la société fait l'objet d'une discipline collective[276] (**§1)**. Au regard de la procédure collective, les droits des associés sont exorbitants puisqu'ils peuvent bloquer un plan de reprise interne décidé par le tribunal, en accord, le cas échéant, avec les créanciers de la société (**§2)**.

[276] P.-M. Le Corre note l'existence d'un principe d'indifférence de la procédure collective sur la situation de l'associé. Il parle d'une « *quasi-immunité* ». V. nº 531-411, 1513.

C1 - Internal use

§1/ Le principe d'intangibilité des droits extrapatrimoniaux

En principe, l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de la société est sans effet sur les droits de l'associé dont la personnalité et le patrimoine sont différents. L'associé est l'animateur de la société et il a vocation à le demeurer même lorsque la société est placée sous la tutelle du tribunal de commerce. Cette situation pleinement justifiée en application du droit des sociétés peut conduire à des situations contrastées au regard du droit des procédures collectives. Dans le cadre d'une reprise interne qui suppose que le maintien de l'activité soit assuré par une offre de reprise des actions de la société en difficulté, soit par le biais d'une cession (**B)**, soit par le biais d'une augmentation en capital (**A)**, l'associé est la pierre angulaire du dispositif. En effet, en application du droit des sociétés, aucune reprise interne ne sera possible sans l'accord des associés.

A/ Le maintien de la souveraineté de l'assemblée générale des associés en cas de reprise interne par voie d'augmentation de capital

En droit des procédures collectives, les pouvoirs du tribunal sont particulièrement étendus pour atteindre l'objectif assigné de poursuite de l'activité, de maintien de l'emploi et d'apurement du passif. À ce titre, le tribunal a, par exemple, la possibilité d'imposer aux créanciers un rééchelonnement sur dix ans de leurs créances[277]. Dès lors, il est légitime de s'interroger sur la possibilité pour le juge d'imposer aux associés des modifications statutaires telles qu'une augmentation de capital pour favoriser une reprise interne de la société. Le droit de participer aux décisions collectives est, en application du droit des sociétés, d'ordre public ; seul le législateur serait en mesure de conférer au tribunal le pouvoir d'aménager ces droits extrapatrimoniaux de l'associé[278].

52. L'exception du dirigeant-associé – À cet égard et afin de favoriser la continuation de la société, le législateur a prévu la possibilité pour le tribunal d'aménager le droit de vote du dirigeant de la société débitrice lorsqu'il détient des actions ou des parts sociales de cette dernière. En application de l'article L. 621-59 du Code de commerce, le tribunal peut décider que le droit de vote attaché aux actions, parts sociales ou certificats de droit de vote détenus par un ou plusieurs dirigeants de droit ou de fait sera exercé, pour une durée qu'il fixe, par un

[277] Article L. 626-18 du Code de commerce.
[278] Cass. com., 9 février 1999, Château d'Yquem, 96-17.661, Publié au bulletin.

C1 - Internal use

mandataire de justice désigné à cet effet. Cette atteinte au droit de vote du dirigeant doit être motivée par le tribunal qui doit établir qu'il est « *jugé indigne d'exercer cette prérogative*[279] ». Plus particulièrement, l'article L. 653-9 du Code de Commerce prévoit que le droit de vote des dirigeants frappés d'une faillite personnelle ou d'une interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler une entreprise commerciale est exercé par un mandataire en cas de procédure collective de la personne morale. Il s'agit de s'assurer que la société va continuer à être gérée par une personne compétente et honnête pour favoriser les conditions du succès du plan de continuation. Ces mesures permettent d'évincer un dirigeant de mauvaise foi, incompétent ou opposé au plan de continuation arrêté par le tribunal[280]. Ainsi, il s'agit – particulièrement lorsque le dirigeant a le contrôle de la société – de favoriser les conditions d'une reprise interne de la société en faisant entrer un nouvel associé et en bénéficiant d'un apport de capitaux propres[281].

53. Souveraineté de l'assemblée – Toutefois, la Cour de cassation a reconnu qu'il était impossible de faire sortir de son lit l'article L. 631-19 du Code de commerce afin d'étendre cette mesure à un associé non dirigeant de fait ou de droit[282]. Il est de jurisprudence constante que le tribunal ne peut imposer de telles modifications statutaires dans le cadre de l'adoption du plan de continuation[283] : « *Le tribunal ne peut se substituer à l'assemblée des associés et imposer l'augmentation de capital et la modification corrélative des statuts*[284]. » En principe, en dehors du recours à des classes de parties affectées, les associés conservent en procédure collective le plein exercice de leur droit de vote : « *Le tribunal ne peut, lorsque le plan comporte des mesures de restructuration du capital social, imposer l'adoption de modifications*

---

[279] F.-X. Lucas, « Les associés et la procédure collective », *Petites Affiches*, 9 janvier 2002, 10, n° 39, notamment « *lorsqu'une mesure de faillite personnelle ou d'interdiction de gérer a été prise à leur égard* » conduisant à confondre les prérogatives de gestion avec celles d'associé lorsqu'elles sont exercées par les mêmes personnes.
[280] Ce qui explique qu'*a contrario* un dirigeant ayant déployé une activité importante et utile au redressement ne doit pas être concerné par ces sanctions ; v. Colmar, 12 sept. 1990, Rev. proc. coll. 1991, 293, obs. Soinne ; RJ com 1990, 400, obs. Vallens.
[281] Cons. const., 7 oct. 2015, n° 2015-486 QPC : JCP G 2015, 1390, note B. Brignon ; Act. proc. coll. 2015-18, repère 278, obs. Monsèrié-Bon ; Bull. Joly Sociétés 2015, 658, note Mélin ; BJED 2015, 362, note T. Favario ; Dr. sociétés 2015, comm. 218, note J.-P. Legros ; LEDEN déc. 2015, 3 ; JCP E 2015, 1562, note A. Cérati-Gauthier. Considérant n° 7 : « *Les dispositions contestées ne s'appliquent que si le dirigeant qui détient des parts sociales, titres de capital ou valeurs mobilières donnant accès au capital n'a pas renoncé à l'exercice de ses fonctions de direction ; qu'ainsi, le dirigeant conserve la possibilité d'éviter la cession forcée de ces parts, titres ou valeurs [...]* »
[282] Cass. com., 12 juillet 2005 : D. 2005, A.J., 2071, obs. A. Lienhard ; JCPE E 2006, 1066, n° 17, obs. P. Pétel ; Bull. Joly Sociétés 2002, 22§4, avis de M. l'Avocat Général M.-A. Lafortune.
[283] Cass. com., 15 janv. 1991 : Bull civ. IV, n° 27 ; D. 1991, inf. Rap. P. 47 ; Rev. Sociétés 1991, 383, note Guyon ; Bull. Joly 1991, 425, note Le Cannu ; RJ. Com. 1991, note Merle.
[284] J.-Ph. Dom, « Situation des associés », *J-Cl. Commercial, Redressement, et Liquidation Judiciaires*, fasc. 2375, 1997, n° 109.

C1 - Internal use

statutaires correspondantes qui sont subordonnées au vote favorable des associés[285]. » L'assemblée des associés reste souveraine. Un auteur note que « *contrairement à la libération du capital social différé jusque-là, participer à la recapitalisation de la société en difficulté n'est pas une obligation de l'associé. Il n'est plus question d'une obligation par un associé débiteur mais de l'exercice d'une liberté dans un contexte économique particulier*[286] ». Les règles régissant son fonctionnement vont donc pleinement s'exercer. Ainsi, le droit à l'information de l'associé comprenant le droit de communication permanent et le droit d'information périodique, préalable à un évènement social, notamment l'assemblée générale, est maintenu et doit être respecté. En effet, l'AMF, et avant la COB, a refusé de dispenser la société de son obligation d'information permanente et périodique lorsqu'elle fait l'objet d'une procédure collective : les associés doivent recevoir une « *information suffisamment complète pour permettre de suivre la procédure de redressement mise en place et d'en apprécier les résultats*[287] ». Le droit à l'information doit comprendre également le droit de poser des questions écrites, d'inscrire à l'ordre du jour des projets ou des points. Il faut noter que le droit d'information des associés concerne principalement des informations rétrospectives qui ne sont pas de nature à les éclairer sur les perspectives de réussite du plan de continuation envisagé ou adopté. En effet, si le droit des sociétés a vocation à perdurer, le droit d'information permanente concerne généralement l'exercice précédent[288] dont il s'agira d'approuver les comptes.

---

[285] Cass. com., 2 juillet 2013, nº 12-18.902 : Bull. Civ. 2013, IV, nº 113 ; Act. proc. coll. 2013, nº 206, obs. J. Vallansan ; Gaz. Pal. 29 sept.-1er oct. 2013, 25, obs. Ch. Lebel ; Bull. Joly Sociétés 2013, 752, note P. Pailler.

[286] T. Favario, « L'associé, financier de la société en difficulté », *Rev. proc. coll.*, 2017, ét. 17.

[287] 11e rapp. Annuel 1978, 31 ; 12e rapp. Annuel 1979, 29 ; 13e rapp. Annuel 1980, 30 ; 17e rapp. Annuel 1984, 32. Concernant l'ouverture d'une procédure collective, l'AMF recommande de « *préciser le calendrier prévisionnel dans le communiqué informant de l'ouverture de la procédure collective* », tout en notant que « *lorsque l'administrateur judiciaire est investi d'une mission d'administration de la société, il est responsable de l'information communiquée au marché et, à ce titre, peut être sanctionné par la commission des sanctions de l'AMF* ».Toute en nuance, l'AMF reconnait le caractère confidentiel des procédures de mandat ad hoc et de conciliation, et recommande aux sociétés concernées d'engager le dialogue avec elle en l'informant dès l'ouverture d'une telle procédure. Par ailleurs, elle convient que « *le marché peut ne pas être informé de l'ouverture d'une procédure de prévention (mandat ad hoc et conciliation) bien que cette information soit une information privilégiée dès lors que les conditions de différé de publication d'une information privilégiée sont remplies (l'émetteur justifie d'un intérêt légitime, l'absence de publication n'induit pas le public en erreur et l'émetteur est en mesure d'assurer que la procédure reste confidentielle)* » (Position-recommandation, Guide de l'information permanente et de la gestion de l'information privilégiée DOC-2016-08). Même le transfert dans le compartiment spécial d'Euronext qui a pour fonction de « *regrouper des Titres dont les caractéristiques de marché ou financières sont affectées par des événements susceptibles de perturber durablement leur situation ou de compromettre le bon fonctionnement du marché* » n'a pas pour effet d'exempter de ces obligations.

[288] Le propos peut être relativisé s'agissant des sociétés cotées qui doivent publier dès que possible toute information privilégiée c'est-à-dire toute information à caractère précis qui n'a pas été rendue publique et qui est susceptible d'exercer une influence sensible sur le cours des instruments financiers concernés ou sur le cours d'instruments financiers qui leur sont liés (Règlement Abus de marché n° 596/2014 du 16 avr. 2014, art. 17 ; AMF, Position - Recommandation DOC-2016-08, Guide de l'information permanente et de la gestion de l'information privilégiée).

C1 - Internal use

Toutefois, dans le cadre de l'information pré-assemblée, notamment lorsque celle-ci est appelée à voter les dispositions du plan, les associés sont tenus de recevoir le rapport de la direction motivant le projet de résolution soumis à leur vote. Avant la réforme de 2005, les associés disposaient d'un droit d'information plus étendu puisqu'ils pouvaient consulter le rapport de l'administrateur[289]. Un auteur considère cependant qu'il s'agit d'une anomalie légistique qui n'induit pas la fin du droit d'accès au rapport de l'administrateur judiciaire[290]. Le droit des sociétés a donc vocation à s'appliquer strictement, sans aménagement du fait de la procédure collective.

54. Principe de « *coopération volontaire* » – Le plan se basant sur une reprise interne repose donc sur le vote favorable des associés qui demeurent souverains dans leur décision. Yves Guyon évoque *« un principe de coopération volontaire au redressement* ». L'intervention des organes de la procédure n'a pour objectif que de faciliter et d'inciter l'accord des associés et non de se substituer à eux. Ainsi, depuis la loi du 26 juillet 2005[291], l'administrateur n'est plus habilité à convoquer l'assemblée générale. Auparavant, il disposait d'une marge d'action beaucoup plus étendue puisqu'il lui appartenait de demander à l'organe habilité de convoquer l'assemblée nécessaire à la mise en œuvre des dispositions du plan, à charge pour la direction d'informer l'administrateur, dans les trois jours de la demande, de la date de l'assemblée générale. À défaut, l'administrateur pouvait convoquer lui-même l'assemblée[292]. Puis, à partir de 2005, le tribunal a été habilité à donner à l'administrateur mandat de convoquer l'assemblée générale seulement « *en cas de nécessité*[293] » et dans le seul but de mettre en œuvre les modifications prévues par le plan[294]. Ces dispositions avaient pour originalité de conduire le tribunal à adopter un plan de continuation tout en suspectant l'équipe dirigeante en place d'être défaillante dans la tenue des obligations nécessaires à la mise en œuvre de ce plan. Toutefois, ces règles dérogatoires ne s'appliquaient pas si les associés s'étaient réunis sur convocation des organes sociaux de la société. En effet, l'état « *de nécessité* » suppose une carence des organes

---

[289] Article 39 du décret du 27 décembre 1985 : « *À compter de la convocation de l'assemblée et jusqu'au cinquième jour inclusivement avant la réunion, tout actionnaire titulaire de titres nominatifs peut demander à la société ou à l'administrateur de lui envoyer à l'adresse indiquée, les rapports de l'administrateur et des commissaires aux comptes ainsi que les projets de résolution.* »
[290] G. Couturier, *op. cit.*, n° 651, 369.
[291] Loi n° 2005-845 art. 1 (V), JORF 27 juillet 2005, en vigueur le 1er janvier 2006 sous réserve art. 190.
[292] Article 33 à 40 du décret du 27 décembre 1985.
[293] C'est notamment le cas lorsque le plan est subordonné au remplacement du dirigeant comme le sous-entendait l'article 129 du décret n° 2007-431 du 25 mars 2007 - art. 3 (V), JORF 27 mars 2007, désormais abrogé.
[294] Article L. 626-16 du Code de commerce.

C1 - Internal use

habilités à convoquer l'assemblée[295]. Un auteur a regretté que l'ordonnance de 2014 n'ait pas éclairci ce point[296]. Toutefois, cet article a été abrogé par la loi du 18 novembre 2016[297]. Désormais, l'article R. 631-34 du Code de commerce ne permet l'intervention de l'administrateur que si les dirigeants de la société en difficulté n'ont pas procédé à la convocation de l'assemblée générale[298]. Il faut noter que la sauvegarde n'est pas visée par ces textes[299].

En tout état de cause, la convocation initiée par les organes dirigeants compétents ou par l'administrateur doit respecter les règles de droit commun des sociétés. L'article R. 626-1 du Code de commerce prévoit que les assemblées sont convoquées conformément aux dispositions du livre II du Code de commerce, applicables aux seules sociétés commerciales. Il est également prévu par exception l'aménagement de certains délais : la demande d'inscription d'un projet de résolution par les actionnaires à l'ordre du jour de l'assemblée est envoyée au siège social quinze jours au moins avant la date de l'assemblée réunie sur première convocation[300] et l'avis de convocation doit comporter la date à laquelle se réunira éventuellement la deuxième assemblée, à défaut pour la première d'avoir atteint le quorum requis, étant entendu que le délai entre les deux assemblées est de six jours au moins[301].

55. Risque de résolution ou non-adoption du plan – Il n'existe pas de principe général permettant de déroger au droit des sociétés pour assurer l'adoption du plan de continuation décidée par le tribunal. À défaut d'obtenir l'accord des associés, la sanction est la résolution du plan de continuation. En ce sens, la Cour de cassation a considéré, le 15 janvier 1991, qu'un plan devait être résilié faute de réalisation de l'augmentation du capital social qu'il prévoyait, dans le cas où il avait été adopté avant la réunion des associés[302]. Depuis la loi nº 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle[303], l'assemblée générale des associés devra intervenir avant l'adoption du plan de redressement afin d'éviter, en cas de

---

[295] Dans ce sens, F.-X. Lucas, « La loi de sauvegarde, article par article [1re partie] », *LPA*, 8 février 2006, 82, ss. Art. L. 626-16.
[296] J.-P. Legros, « Le droit des entreprises en difficulté après l'ordonnance du 12 mars 2014 », *Droit des sociétés*, juin 2014, 17.
[297] Loi nº 2016-1547 du 18 novembre 2016 - art. 99 (V).
[298] Sans référence à un état de nécessité.
[299] Dans ce sens, v. P.-M. Le Corre, *op. cit.*, nº 533-211, 1506.
[300] Au lieu de 25 jours au moins en application de l'article R. 225-72 du Code de commerce.
[301] Article R. 626-2 et R. 626-3 du Code de commerce.
[302] Cass. com., 15 janv. 1991 : Bull civ. IV, n° 27; D. 1991, inf. Rap. P. 47 ; Rev. sociétés 1991, 383, note Guyon ; Bull. Joly 1991, 425, note Le Cannu.
[303] Article L. 621-73 du Code de commerce.

C1 - Internal use

refus, l'ouverture d'une nouvelle procédure supposant de saisir à nouveau le juge[304]. Les associés disposent donc d'un véritable droit de véto et peuvent bloquer l'adoption d'un plan de redressement. Un auteur note que « *le rejet de telles résolutions conduit en pratique le tribunal à s'orienter vers une autre solution : la liquidation ou la cession. Dès lors, le spectre d'une telle issue rend le plus souvent les associés conciliants vis-à-vis des propositions de modification du capital*[305] ».

Il faut toutefois noter que, lorsque le plan comprend une augmentation de capital, il est possible en application du droit des sociétés que l'assemblée générale des actionnaires d'une société anonyme ait délégué au conseil d'administration ou au directoire la compétence d'augmenter le capital. Pour un auteur[306], cette délégation serait inapplicable, le jugement d'ouverture rendant cette disposition « *caduque* » – mais il ne donne pas de véritable explication et constate que le M. Professeur Le Cannu considère au contraire que les délégations et subdélégations précédemment consenties ont vocation à demeurer dans la mesure où l'assemblée générale conserve sa souveraineté et sa compétence en matière d'augmentation de capital[307]. Madame Cérati-Gauthier note également que cette délégation de compétence n'est pas possible en cas d'augmentation de capital réservée avec suppression du droit préférentiel de souscription. Or, selon nous, il n'existe aucune raison de ne pas utiliser les délégations accordées au conseil d'administration ou au directoire d'augmenter le capital, faute d'avoir prévu l'exception d'une procédure collective. Le seul cas où la délégation de compétence ne sera pas utilisée, lorsque la société est admise sur un marché réglementé, concerne la situation dans laquelle un actionnaire de référence souhaiterait bénéficier du cas de dérogation à l'obligation de déposer une offre publique fondé sur l'existence d'une situation avérée de difficulté financière de l'entreprise, puisque l'AMF requiert alors l'approbation par l'assemblée générale extraordinaire de l'augmentation de capital[308].

Par ailleurs, l'associé a le droit au maintien de ses **droits préférentiels de souscription** en cas d'augmentation de capital. Certes, cela augmente les délais de l'opération d'augmentation de capital, car il faudra laisser à l'associé le temps de se prononcer sur l'exercice de son droit. Mais

---

[304] Rapp. AN *op. cit.*, 391.
[305] J.-Y. Marquet, J.-M. Briquet, « L'actionnaire d'une société non cotée en redressement ou liquidation judiciaire », *Gaz. Pal.*, 26-27 mai 2004, nº spécial, 43.
[306] A. Cérati-Gauthier, *op. cit.*, nº 563.
[307] P. Le Cannu, « Les sociétés et les groupes de sociétés pendant la période d'observation », *Petites Affiches*, 9 janvier 2002, 48, spéc. 52.
[308] AMF déc. nº 06C2209, 7 déc. 2006, Infogrammes – AMF, déc. nº 202C0076, 15 janvier 2002.

C1 - Internal use

rien ne justifie d'annihiler ce droit, manifestation du droit de demeurer associé. Cela contribue également à inciter les associés à participer à l'effort collectif dans le but d'assurer la continuité de l'activité. De la même façon, la procédure collective est sans effet sur le droit de l'associé de décider du moment opportun pour quitter la société.

B/ Le maintien du droit de demeurer associé et l'hypothèse de la cession forcée[309]

Une méthode de restructuration efficace pour un tiers est d'acquérir les titres des associés majoritaires pour reprendre une société à difficulté. Toutefois, en principe, ces derniers ne peuvent être contraints de céder leurs titres. Plus encore, les actionnaires conservent le bénéfice des pactes d'actionnaires dont certaines stipulations visant à contraindre la cession des droits sociaux des autres actionnaires peuvent faire échouer un plan prévoyant la reprise interne au profit d'un tiers.

56. Liberté de céder ses titres – En effet, même si un auteur note pertinemment « *qu'il sera difficile de trouver un cessionnaire pour des titres qui, le plus souvent, auront perdu toute valeur*[310] », il n'en demeure pas moins que l'associé a le droit de céder ses titres à tout moment[311]. Les clauses de préemption[312], pacte de préférence, promesse d'achat ou cession de titres demeurent inchangées à la suite de l'ouverture d'une procédure collective[313]. Enfin, si des clauses statutaires imposent l'intervention préalable du conseil d'administration ou de l'assemblée générale en cas de cession d'actifs, le droit des sociétés demeurant par défaut, ces clauses restent applicables. En effet, de la même façon que l'administrateur est tenu de respecter les clauses des statuts, il est tenu de respecter les pactes des actionnaires et plus généralement les conventions des parties en matière de cession des droits sociaux[314]. L'administrateur ou le mandataire judiciaire doit réaliser toutes les diligences nécessaires pour réaliser ces actifs. La

[309] Le droit ici envisagé est celui qui a trait au choix du moment de la cession des droits sociaux. Il ne s'agit donc pas du droit patrimonial de céder ses actions mais le droit pour l'associé de choisir à quel moment il quitte la société. Il s'agit donc d'un droit extra-patrimonial à dimension patrimoniale (sur cette distinction cf. A. Seriaux, Patrimoine, Répertoire Dalloz droit civil, janvier 2016).
[310] F.-X. Lucas, « Les associés et la procédure collective », *Petites Affiches*, 9 janvier 2002, 10, n° 46.
[311] A. Cérati-Gauthier, *op. cit.*, n° 352, qui cite Cass. com., 23 mai 1995, Rev. Proc. Coll. 1995, 436, obs. B. Soinne.
[312] Cass. com., 15 oct. 2002, SAFER d'Auvergne c/ Perrin et a. : JCP G 2002, IV, 2906 ; JurisData n° 2002-015900 ; D. 2002, act. jurispr., 3012, obs. A. Lienhard. Cass. com., 15 oct. 2002, SAFER de Bourgogne c/ Souchon, ès qual. et a. : JCP G 2002, IV, 2905 ; JurisData n° 2002-015901. Cass. com., 31 janv. 1995.
[313] A. Diesbecq, « La cession interne : un original de transmission de l'entreprise en difficulté », *Gaz.Pal.*, 21-22 janvier 2009, 3 ; A. Cérati-Gauthier, *op. cit.*, 350, n° 463 ; G. Couturier, n° 560A.
[314] En ce sens, Y. Guyon, « Les clauses d'agrément s'appliquent même lorsque les actions sont cédées à l'occasion d'une procédure collective », *JCP G*, n° 27, 5 juillet 1995, II 22460.

C1 - Internal use

violation de ces clauses serait inopposable aux tiers de bonne foi. Ce type de clause pourrait toutefois conduire à conférer à l'associé ou au conseil d'administration le pouvoir de bloquer l'adoption d'un plan de cession prévu par les organes de la procédure. Les associés conservent donc le contrôle de la société même en cas de difficulté. *A contrario,* les créanciers qui auraient voulu s'arroger contractuellement un droit de regard sur la situation financière de la société, notamment par la stipulation de *covenants* par lesquels les créanciers peuvent solliciter un remboursement anticipé de leur dette en cas de non-respect du *business plan*, ou disposer d'un droit de véto pour la conclusion d'un nouveau prêt, etc., se voient malmenés par l'effet de la discipline collective[315]. Toute anticipation contractuelle des créanciers d'un pouvoir de contrôle de la société en difficulté est ainsi écartée, contrairement à la situation de l'associé qui conserve ses droits et l'application effective des conventions relatives au contrôle de la cession des droits sociaux. Ce constat est cependant à nuancer puisque des exceptions ont été prévues par le législateur.

57. Une exception concerne la situation du dirigeant-associé, contre lequel il est possible de prononcer la cession forcée ou l'incessibilité de ses titres. Le but de cette mesure est de favoriser l'élaboration d'une solution de continuation de la société[316]. Dès l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire, à des fins conservatoires, les titres du dirigeant sont incessibles de droit et sont virés sur un compte spécial bloqué, ouvert par l'administrateur. Il est également prévu, aux termes de l'article L. 653-9 du Code de commerce, que le tribunal peut ordonner aux dirigeants en faillite personnelle ou interdits de gérer, diriger, administrer ou contrôler une entreprise, de céder leurs titres[317]. Si le dirigeant est tenu à la dette sociale, le produit de la vente de ses droits sociaux en est affecté au paiement. Ces mesures conservatoires à l'égard du

---

[315] Un auteur notant que « *dans un contexte autoritaire, les mécanismes contractuels, qui relèvent de la seule volonté des parties ne sont pas toujours à l'honneur, l'impérialisme parfois décrié des procédures collectives s'imposant en cas d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité […]* » M. Houssin, *La subordination de créance, analyse de la subordination à l'épreuve de la procédure collective*, préf. F.-X. Lucas, LGDJ, Bibliothèque de droit des entreprises en difficultés, tome 15, 2018, 34, n° 23.

[316] M.-H. Monsèrié-Bon, « Entreprise en difficulté : période d'observation », *Répertoire de droit commercial*, oct. 2014 (actualisation : mai 2018), n° 35.

[317] Cass. com., 17 novembre 2015, n° 14-12372 : « *Mais attendu que, sauf décision contraire du tribunal, l'interdiction, pour les dirigeants, de céder librement leurs parts sociales à compter du jugement d'ouverture, édictée par l'article L. 621-19 du code de commerce, dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, cesse avec le jugement qui arrête le plan de continuation ; que c'est donc à bon droit que la cour d'appel a retenu que, la société étant redevenue maîtresse de ses biens, les associés étaient, en l'absence de toute interdiction faite par le jugement arrêtant le plan, libres de céder leurs parts sociales, le 24 janvier 2008, sans autorisation judiciaire préalable.* » Suite à l'adoption d'un plan de continuation, les dirigeants peuvent librement céder leurs actions, sauf décision d'incessibilité. Selon P.-M. Le Corre les mesures conservatoires ne se justifient que pendant la période d'observation (P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz Action, 2020, n° 463.21).

C1 - Internal use

dirigeant-associé visent à faciliter la poursuite des objectifs assignés à la procédure collective. Le but est différent lorsqu'il s'agit de traiter du sort des clauses d'agrément.

58. La clause d'agrément est légale dans un certain nombre de sociétés qui ont vocation à être fermées ou familiales (SNC[318], sociétés civiles[319] et SARL[320]). Elle peut également être prévue dans les statuts des sociétés anonymes non admises sur un marché réglementé[321], SCA ou dans les SAS[322]. Ces clauses permettent aux associés d'éviter l'intrusion d'un tiers ou de maîtriser les changements de contrôle de la société[323]. Initialement, selon la jurisprudence, ces clauses demeuraient applicables en cas de procédure collective[324], même si cela pouvait avoir pour conséquence d'empêcher l'entrée de tout nouvel associé au capital de la société. Ainsi, les associés disposaient d'un droit de véto dans le cadre de cette modalité de reprise interne. En cas de refus d'agrément, la société ou les associés devaient se porter acquéreurs des titres du cédant ; à défaut d'accord entre les parties, le prix était fixé par expert, ce qui pouvait entraîner un changement substantiel du plan de continuation soumis à autorisation du juge-commissaire sous peine de caducité du plan. Il s'agissait de restreindre l'impact de la procédure collective et de préserver la liberté contractuelle et le caractère *intuitu personae* de la société. Pour un auteur, « *les hauts magistrats continu*[ai]*ent donc à laisser libre cours aux stipulations contractuelles, dès lors qu'elles ne s'oppos*[ai]*ent pas directement aux normes impératives du droit des procédures collectives*[325] ». Si la jurisprudence se refusait à écarter les stipulations des parties, seul le législateur le pouvait afin de faire primer les objectifs de la procédure collective. Avant l'ordonnance du 12 mars 2014, les clauses d'agrément étaient réputées non écrites dans le cadre du projet de plan de sauvegarde prévoyant une modification du capital. Puis le législateur est intervenu pour réputer non écrites les clauses d'agrément en cas de redressement judiciaire, à compter du 1er juillet 2014, tout en conservant leur effet en cas de sauvegarde[326]. Mais les clauses d'agrément étaient seulement réduites à néant pour les augmentations de capital, ce qui limitait considérablement les effets de cette éviction dans la mesure où ces clauses n'ont pas vocation à encadrer les variations de capital dans le cadre d'une émission d'actions ou de parts

[318] Article L. 221-13 du Code de commerce.
[319] Article 1861 du Code civil.
[320] L. 223-14 du Code de commerce.
[321] Article L. 228-23 du Code de commerce.
[322] Article L. 227-14 du Code de commerce.
[323] Depuis l'ordonnance du 24 juin 2004, rendant ces clauses applicables dans le cadre de cession entre associés.
[324] Cass. com., 31 déc. 1995, BRDA 1995, nº 3, 5.
[325] Cass. com., 13 février 2007, nº 06-11.289, Société civile immobilière (SCI) 57 rue de Béthune, FS-P+B+R+I (nº Lexbase : A1895DUQ), note F. Labasque.
[326] L. 626-3 et L. 631-19 II du Code de commerce.

C1 - Internal use

sociales, puisque cela relève de la fonction des droits préférentiels de souscription dans les sociétés par actions[327]. Désormais[328], les clauses d'agrément sont réputées non écrites en cas de modification du capital social ou de cession des droits sociaux prévue dans le projet de plan[329]. Cette disposition illustre la perte de pouvoir des associés qui ne peuvent plus s'opposer à la reprise de la société par un tiers. En cas de cession, les associés n'ont pas la possibilité de bloquer l'entrée d'un tiers et plus particulièrement en cas de cession de contrôle. Toutefois, cette mesure ne concerne que les sociétés en redressement judiciaire : les sociétés en sauvegarde ne sont pas concernées par ce texte. Par ailleurs, à l'instar de M. le Professeur Pétel, nous considérons que cette disposition dérogatoire du droit commun doit être interprétée strictement, de sorte que les cas d'agrément légaux demeurent, ainsi que toutes les autres stipulations organisant la cession des droits sociaux (comme les clauses de préemption)[330]. En effet, le texte prévoit que « *les clauses d'agrément* » renvoyant *de facto* au domaine contractuel et la sanction « *réputées non écrites* » ne peuvent concerner l'agrément légal.

Par extension, en cas de fusion, scission ou plus généralement en cas de transfert universel de patrimoine, les clauses d'agrément pourraient être opposables à la procédure collective lorsque les statuts visent tout transfert de propriété, la Cour de cassation ayant adopté une appréciation large de ces clauses[331]. Il convient de noter que les clauses d'agrément, contrairement aux clauses relatives à la cession des droits sociaux, ne sont pas neutres pour la société en difficulté, qui peut être tenue de racheter les titres de l'associé cédant en cas de refus d'agrément. Ainsi, non seulement celui-ci peut conduire à remettre en cause le plan de redressement reposant sur une reprise interne mais également à augmenter le passif de la société ; un refus d'agrément après le jugement d'ouverture ne peut toutefois pas amener à ce que la dette de la société vis-à-vis de l'associé soit considérée comme une créance postérieure utile au déroulement de la procédure. Il s'agit donc d'une créance postérieure non utile qui doit être déclarée au passif

---

[327] Dans le même sens, B. Saintourens, « Les associés et le plan de continuation », *Rev. proc. coll.*, 2015, dossier 42, 80.

[328] Depuis la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire.

[329] Article L. 621-58 et L. 631-19 : « *Les clauses d'agrément sont réputées non écrites*. »
A Genestoux, « Le devoir des associés face à l'équilibre des pouvoirs dans les procédures collectives », *Revue des procédures collectives*, n° 5, novembre 2015, alerte 17.

[330] P. Pétel, « La reprise interne », *in Droit des sociétés et procédures collectives*, L'Harmattan, 2018, 134 ; Derrida, P. Gode, J.-P. Portalis, *op. cit.*, 110, n° 17 ; M. Jeantin, P. Le Cannu, *Droit commercial, instruments de paiement et de crédit, entreprises en difficultés*, Précis Dalloz, 5e éd., 1999, 607, n° 920 ; P.-M. Le Corre, *op. cit.*, 1505, n° 531.111.
Pour une opinion contraire, voir Vallansan *et alii*, 6e éd., 241.

[331] Cass. com., 6 mai 2003 : JurisData n° 2003-018972 ; JCP E 2003, 1327, note D. Cohen ; A. Theimer, « Les clauses d'agrément », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n° 44-45, 3 novembre 2005, 1587.

C1 - Internal use

pour être opposable à la procédure. Si cela intervient après la période d'observation, pendant la phase d'exécution du plan de redressement, le refus d'agrément bloquant l'entrée du nouvel investisseur conduira à la résiliation du plan[332] et l'obligation de la société de racheter les titres de l'associé cédant devra être déclarée dans le cadre de la nouvelle procédure qui risque de s'ouvrir à l'encontre de ce débiteur.

L'associé n'est donc pas par principe incité à contribuer à la réussite du redressement de la société. Dans le cas d'une reprise interne par voie d'augmentation de capital, c'est la souveraineté de l'assemblée qui aura vocation à s'exprimer, peu important l'existence de difficultés financières de nature à impacter l'ensemble des parties prenantes de la société. Dans la seconde hypothèse de reprise interne par voie de cession des droits sociaux de l'associé, la décision repose sur la volonté individuelle des associés qui demeurent libres de céder ou de conserver leurs titres, même lorsque la société fait l'objet d'une procédure collective.

§2/ Le maintien des droits extrapatrimoniaux, un obstacle au plan de continuation

Il n'existe aucun principe permettant de revenir sur les droits extrapatrimoniaux de l'associé sous prétexte que cela favoriserait l'adoption d'un plan de continuation en conformité avec les objectifs de la procédure collective (**A)**. Cette situation conduit à conférer un véritable pouvoir de blocage à l'associé (**B**).

A/ L'absence d'aménagement des droits extrapatrimoniaux en faveur du plan de continuation

Contrairement à la situation du dirigeant, le législateur n'a pas prévu la possibilité d'aménager les droits des associés pour favoriser l'adoption ou les conditions du succès d'un plan de continuation. La situation de l'associé n'a pas semblé être un paramètre pertinent à ajuster, au besoin sur décision du tribunal. Pourtant, avec le maintien de ses droits extrapatrimoniaux et compte tenu de la neutralité de la procédure sur sa situation, l'associé est en mesure de bloquer un plan de continuation ou les négociations en amont de la procédure. Ce maintien des droits extrapatrimoniaux du débiteur peut donc conduire à des situations où ce n'est plus le tribunal qui décide de l'issue de la procédure collective, mais les associés qui conservent le contrôle des

[332] Si l'entrée du nouvel investisseur constituait un élément essentiel du plan.

C1 - Internal use

décisions sociales[333]. La Cour de cassation n'a pu que constater cette situation dans une affaire où un plan de continuation comportant une augmentation de capital par incorporation de créance avait été adopté par le tribunal. Les associés, à part égalitaire, ayant refusé de voter l'augmentation de capital, le tribunal a prononcé la résolution du plan[334].

Or, l'associé est dans une situation nécessairement différente des autres créanciers de la société. Il a en effet consenti, en contrepartie d'un droit illimité au bénéfice, à prendre le risque de perdre l'intégralité de son investissement. Il s'agit donc d'un investissement spéculatif ou à tout le moins aléatoire car comprenant une part de risque. À ce titre, la procédure collective représente la manifestation du risque social encouru par tout associé le conduisant à perdre son apport[335]. *A contrario*, les créanciers sociaux sont titulaires de droit dont le rendement est généralement prédéterminé, permettant le remboursement selon un terme et des modalités convenues entre les parties. Le rééchelonnement des dettes[336] à un taux d'intérêt constant par le tribunal lors de l'adoption d'un plan de continuation conduit les créanciers à consentir d'office des sacrifices[337]. De son côté, l'associé demeure dans la société et conserve son droit de vote pour toutes les décisions sociales, y compris celles ayant un impact sur l'adoption du plan de continuation[338]. Or, tant qu'il demeure dans la société, il conserve son droit illimité au partage des bénéfices et

---

[333] Cette situation peut être étendue au cas de l'assemblée spéciale des porteurs d'obligations convertibles en actions. En effet, dans l'hypothèse d'une réduction du capital social à zéro suivie d'une augmentation de capital, l'opération conduit à impacter les conditions d'attribution des titres de capital au moment de l'émission. Il est donc nécessaire de consulter l'assemblée spéciale des porteurs de ces valeurs mobilières. En ce sens, la Cour de cassation a invalidé une opération de ce type dans la mesure où elle comportait l'annulation consécutive des obligations remboursables en actions (ORA) et qu'aucune consultation préalable des porteurs d'ORA n'avait été menée : Cass. com., 10 juill. 2012, n° 11-22.898.
La Cour de cassation a dans cet arrêt seulement repris la terminologie légale, « *l'assemblée générale des obligataires aurait dû être préalablement appelée à statuer sur cette opération* », sans autre précision. Pour certains auteurs, dans l'hypothèse d'une opération de coup d'accordéon, l'accord de la masse est nécessaire, lui conférant ainsi un véritable droit de véto (Bull. Joly, nov. 2012, n° 11-22.988, note F.-X. Lucas), « *pouvant ruiner les chances de sauvetage de l'entreprise* », selon P.-M. Le Corre, *op. cit.*, n° 531.221, 1508.
[334] Cass. com., 15 janv. 1991 : JCP éd. E 1991, I 44, n° 7, obs. M. Cabrillac ; Bull. Joly avril 1991, 425, note P. Le Cannu ; Rev. Soc. 1991, 383, note Y. Guyon ; RJ Com 1991, 385, note P. Merle.
[335] M.-L. Coquelet, « Risques, responsabilités des associés d'une société en procédure collective », *in* dossier « Loi de sauvegarde des entreprises, Risques et responsabilités en droit des procédures collectives – Actes du colloque de Caen du 15 octobre 2010 », *Rev. proc. coll.*, 2010, dossier 6.
[336] Sauf pour des salariés (C. com., art. L. 626-20) et des créanciers titulaires du privilège de la conciliation (C. com., art. L. 626-20, tel que modifié par la réforme de 2014), les créanciers bénéficiant d'une fiducie-sûreté (C. com., art. L. 626-30, al. 4, L. 626-30-2, al. 4 et L. 626-33, al. 1er).
[337] À noter que les remises de dette sont nécessairement individuellement acceptées par le créancier et ne peuvent être imposées par le juge. Toutefois, il existe des mesures incitatives ; l'intervention du juge pour imposer des délais de règlement ne concerne que les créanciers qui n'ont pas consenti de remises ou délais. Par ailleurs, « *le plan peut prévoir un choix pour les créanciers comportant un paiement dans des délais uniformes plus brefs mais assorti d'une réduction proportionnelle du montant de la créance* » : article L. 626-19 du Code de commerce.
[338] Si le recours aux classes des parties affectées a été écarté.

C1 - Internal use

la restitution de son apport au moment du partage[339]. « *L'ordre de priorité des paiements et d'absorption des pertes sur lequel les différentes catégories d'investisseurs (associés et créanciers) se sont mis d'accord est donc systématiquement violé*[340]. » En effet, le respect de l'ordre de paiement suppose en principe que dans le cas « *où le débiteur ne disposerait pas de fonds suffisants pour désintéresser ses créanciers, il devra payer le senior et, lorsque celui-ci aura été désintéressé en totalité, il devra ensuite payer le junior*[341]. » Les créanciers voient donc les modalités de remboursement de leur créance perturbées et décidées par le tribunal, sous certaines limites[342]. Pour sa part, l'associé n'est soumis à aucune contrainte dans les modalités de partage des bénéfices futurs, sous réserve des règles du droit des sociétés. Il est donc envisageable que la société, grâce notamment aux efforts consentis de gré ou de force par les créanciers, génère un bénéfice distribuable permettant aux associés de percevoir un dividende pendant la période régissant le plan de continuation[343]. Cette situation conduit à violer par principe le caractère hypochirographaire de la créance de l'associé liée au désintéressement intégral des créanciers sociaux. L'ordre de priorité et la prévisibilité de la loi auraient dû conduire à ce que les associés ne puissent plus partager les bénéfices si les créanciers sociaux ont consenti à des sacrifices dans le cadre d'un plan de continuation. Si la liquidation judiciaire a été évitée, c'est grâce à la discipline collective imposée aux créanciers et à l'étalement de leur droit de créance dans le cadre d'un plan de continuation. Le maintien du droit au partage des bénéfices conduit à une situation inique conduisant à violer les engagements des parties, l'ordre de priorité, et de facto la prévisibilité des stipulations contractuelles.

Par ailleurs, le droit de vote de l'associé est justifié par l'aléa social : il faut que chaque investisseur puisse disposer d'un droit de contrôle sur la gestion de la vie sociale pour contenir l'aléa social auquel il a consenti. De la même façon, le droit de demeurer dans la société permet à l'associé de maintenir son droit à la restitution de son apport lors de la dissolution en cas de

---

[339] M. Houssin, *La subordination de créance, analyse de la subordination à l'épreuve de la procédure collective*, préf. F.-X. Lucas, LGDJ, Bibliothèque de droit des entreprises en difficultés, tome 15, 2018, n° 296. Pour l'auteur, le droit de propriété est préservé tant qu'il existe une espérance de gain et un retour à meilleure fortune : « *L'espérance légitime d'être un jour payé peut être assimilée à un bien dont la propriété est protégée au sens du droit européen.* »

[340] S. Vermeille, A. Bézert, « L'éviction des associés en amont de la cessation des paiements : un impératif pour lutter contre l'excès d'endettement », *Recueil Dalloz*, 12 septembre 2013, n° 30.

[341] M. Houssin, *La subordination de créance, analyse de la subordination à l'épreuve de la procédure collective*, préf. F.-X. Lucas, LGDJ, Bibliothèque de droit des entreprises en difficultés, tome 15, 2018, 94, n° 111.

[342] L'article L. 626-18 du Code de commerce dispose ceci : « *Le premier paiement ne peut intervenir au-delà d'un délai d'un an.* » et « *Au-delà de la deuxième année, le montant de chacune des annuités prévues par le plan ne peut, sauf dans le cas d'une exploitation agricole, être inférieur à 5 % du passif admis*. »

[343] À noter que le tribunal peut être amené à imposer aux créanciers des délais de paiement et remise de dette qui ne peuvent excéder la durée du plan, en application de l'article L. 626-18 du Code de commerce.

C1 - Internal use

désintéressement de tous les créanciers sociaux. Le dispositif relève donc d'un équilibre général. Toutefois, si les droits pécuniaires sont suspendus pendant la procédure collective, les droits extrapatrimoniaux qui en sont le corollaire doivent nécessairement être aménagés afin de rendre effective cette suspension. Or, en cas de recapitalisation de la société rendue nécessaire compte tenu de sa situation financière, la valorisation de l'action est très faible, voire nulle. La dilution de l'associé n'est donc pas choquante dans la mesure où cela représente le risque qu'il a accepté d'endosser. En revanche, si la recapitalisation est conditionnée à son vote positif, l'associé n'aura aucune raison d'accepter l'augmentation de capital sans négociation. En effet, l'associé dont l'investissement a perdu toute la valeur n'a plus rien à perdre et va être incité à adopter la solution la plus risquée pour préserver son investissement, d'autant qu'il n'existe aucune sanction ou aucune mesure incitative permettant d'orienter son vote. Le seul risque encouru par lui est le cas extrême du rejet du plan de continuation proposé par les créanciers au profit d'une liquidation qui pénalisera toutes les parties prenantes, ou un plan de cession qui conduit, selon M. Couturier, à l'« *expropriation économique* » des associés[344]. Bien souvent, les créanciers vont négocier avec les associés et leur accorder des avantages, au mépris une fois de plus de l'ordre de priorité des créanciers.

B/ Le pouvoir de négociation ou de blocage des associés

La situation privilégiée des associés, qui ont le pouvoir de faire adopter ou de bloquer un plan de redressement, conduit à des comportements opportunistes où l'associé va être en mesure de négocier son maintien ou, pis encore, bloquer le plan de continuation accepté par les créanciers et les organes de la procédure.

1. Le pouvoir de négociation des associés

Dans l'affaire **Technicolor**, afin de faire face à des problèmes opérationnels et de trésorerie, de conduire le désendettement de la société permettant de se recentrer sur les activités à valeur ajoutée et de financer la transformation du groupe, la société avait sollicité l'ouverture d'une procédure de sauvegarde. En 2010, le plan de sauvegarde prévoyait la conversion de près de 45 % de la dette en valeurs mobilières donnant accès au capital, à hauteur de 1,3 milliard

[344] G. Couturier, *op.cit.*

C1 - Internal use

d'euros. Les créanciers acceptèrent également un report du terme de leur créance, notamment un refinancement de l'endettement sous la forme de prêts *in fine* dits « bullet loans ». Mais dès 2012, la société envisage un Private Investment in Public Equity (« PIPE »), soit une augmentation de capital réservée à un investisseur dont le produit devait être affecté au désendettement de la société. À cette occasion, les actionnaires acceptent l'offre de l'investisseur la moins dilutive, au prix de deux euros par action, et négocient une augmentation de capital avec maintien du droit préférentiel de souscription au prix de 1,56 euro par action. Les associés ont donc accepté la restructuration de la dette à condition de conserver au moins 16 % du capital et de pouvoir se reluer à terme[345].

Le pouvoir d'opposition et de négociation des associés a également pu être constaté dans le cadre de la restructuration de la dette de la société **SoLocal** qui encourait le risque d'ouverture d'un redressement judiciaire. En 2011, cette société fait l'objet d'une première restructuration de sa dette, avec notamment une émission obligataire pour un montant de 350 millions d'euros. En 2013, la dette est à nouveau restructurée dans le cadre d'un mandat ad hoc en vue d'obtenir le rééchelonnement de la dette bancaire. Puis en 2014, dans le cadre d'une procédure de sauvegarde accélérée, le groupe procède à une nouvelle restructuration financière, notamment par le biais d'une augmentation de capital à hauteur de 400 millions d'euros au prix de 0,5 centime. 91 % de l'augmentation de capital est alors alloué au remboursement de la dette. L'opération est sursouscrite à hauteur de 254,83 %. En 2017, le groupe cherche de nouveau à réduire son endettement. Un projet de plan est élaboré sur la base d'un accord signé entre la société et ses créanciers représentant 37 % de l'encours de la dette financière. Il prévoit de réduire la dette de 1,16 milliard (soit 4,2 fois son EBITDA) à 400 millions d'euros par le biais de deux augmentations de capital : l'une de 100 millions avec maintien du droit préférentiel de souscription au prix d'un euro l'action ; l'autre de 383 millions d'euros réservée aux créanciers au prix de 4,73 euros par action par compensation de créances. Le plan prévoit également une émission de BSA entre 45 et 115 millions au profit des créanciers au prix de 1,50 euro pour les actionnaires et 2 euros pour les créanciers. La mise en application de ces dispositions suppose l'accord de l'assemblée générale des actionnaires. Or, le 19 octobre 2016, ce projet de plan est rejeté par les associés : « *Après six heures de réunion, les petits associés avaient massivement rejeté le précédent plan de restructuration de la dette, qu'ils considéraient comme injuste à*

[345] S. Vermeille, T. François, « Le "Feuilleton Technicolor" : et si rien n'était vraiment réglé ? », *JCP E*, 2012, 1582.

C1 - Internal use

leur égard[346]. » Pour les actionnaires contestataires, « *cette attribution d'une action gratuite est très loin de donner à SoLocal, une entreprise rentable, sa vraie valeur* », estime Baudoin de Pimodan, à l'initiative du RegroupementPPLocal[347]. Les actionnaires contestent (i) l'attribution de BSA aux créanciers, (ii) la rémunération à un taux compris entre 7 et 9 % de la dette résiduelle de 400 millions, (iii) la composition du conseil d'administration.

En conséquence, un nouveau projet est élaboré prévoyant une réduction de la dilution de la participation des associés dans le capital par l'attribution d'un supplément d'actions gratuites au profit des associés existants, ce qui portera le nombre d'actions gratuites à trois pour deux actions détenues préalablement aux opérations sur le capital. Dans la situation précédente, RegroupementPPLocal avait obtenu une action gratuite pour une action détenue. « *Ce nouvel accord est donc une amélioration de 50 % du nombre d'actions gratuites attribuées*[348] ». L'augmentation de capital avec maintien du droit préférentiel de souscription comprend un montant maximum de 35 millions d'euros au prix d'un euro par action, laissant les associés espérer une meilleure valorisation de leur droit préférentiel de souscription.

L'accord trouvé aura finalement consisté en (i) une réduction du capital social ; (ii) une augmentation de capital avec maintien du droit préférentiel de souscription d'un montant de 398,5 millions d'euros (prime d'émission incluse), au prix de souscription d'un euro par action avec, d'une part, 272 650 250 actions nouvelles souscrites en numéraire par les actionnaires à titre irréductible et réductible, soit 272,7 millions d'euros, et, d'autre part, 125 834 531 actions nouvelles souscrites par les créanciers, conformément à leur engagement de garantie, à hauteur de 125,8 millions d'euros (prime d'émission incluse), par compensation de créances ; (iii) une augmentation de capital avec suppression du droit préférentiel de souscription au prix d'émission de 4,51 euros par action, réservée aux créanciers, d'un montant de 363,2 millions d'euros (prime d'émission incluse), soit 80 542 087 actions nouvelles souscrites par les créanciers ; (iv) l'émission de 9 067 200 MCB (Mandatory Convertible Bonds) au profit des créanciers pour un montant nominal unitaire de 2 euros, soit un total de 18,1 millions d'euros,

[346] Le Monde, 3 novembre 2016.
[347] https://www.lesechos.fr/28/09/2016/lesechos.fr/0211336487047_solocal-doit-encore-convaincre-ses-actionnaires-sur-sa-dette.htm
[348] RegroupementPPLOCAL, 3 octobre 2016.

C1 - Internal use

donnant droit à l'attribution de 9 067 200 actions en cas de conversion de l'ensemble des MCB.[349]

On comprend que le risque d'ouverture d'une procédure collective n'est pas une réelle sanction pour l'associé qui va, contrairement aux créanciers qui peuvent être contraints de faire des sacrifices, conserver ses droits ; seuls un plan de cession total et la liquidation judiciaire pourraient conduire de façon inéluctable à ce que l'associé perde le contrôle de la société.

La société **CGG** subit à partir de 2014 la chute du cours du brut de pétrole qui conduit les compagnies pétrolières et gazières à réduire leurs investissements, pénalisant toute la branche, et notamment CGG qui voit son chiffre d'affaires divisé par trois depuis 2013. En 2015, l'endettement de 2,8 milliards d'euros et le non-respect des covenants financiers conduisent le groupe à procéder à une augmentation de 350 millions d'euros avec maintien des DPS. Cette augmentation est intégralement souscrite en début d'année 2016. Toutefois, dès novembre 2016, le groupe envisage de solliciter un mandat ad hoc pour évincer les actionnaires et convertir la dette en action. En 2017, la société sollicite son placement en sauvegarde, provoquant une chute du cours de bourse pour donner suite aux notes d'analyste publiant des révisions d'objectifs à la baisse et à la révision des notes de crédit des principales agences de notations[350]. Le 31 octobre 2017, le plan de sauvegarde reçoit l'approbation de l'assemblée générale des actionnaires prévoyant une augmentation de capital avec maintien des droits préférentiels de souscription à hauteur de 125 millions de dollars par le biais de bons de souscription d'actions et une augmentation de capital par placement privé de 375 millions par une nouvelle émission d'obligations à haut rendement. Selon le dirigeant Jean-Georges Malcor, « *un rejet du plan de sauvetage de CGG conduirait au redressement judiciaire*[351] », dans la mesure où les obligataires à haut rendement disposent d'une garantie sur les actions des 14 filiales. Ainsi, le redressement judiciaire permettrait d'éviter le « *démembrement du groupe* » par les créanciers américains[352]. Dans cette espèce, la banque publique d'investissement largement diluée, dont la participation est passée de 9,3 % à un maximum de 2 % après exercice des BSA, a assorti son accord de multiples conditions, dont notamment le maintien du centre

[349] Document de référence 2017, 141 : https://www.solocal.com/sites/default/files/solocal_group_-_ddr_2017_-_fr.pdf
[350] Moody's publia dès l'annonce de l'ouverture de la sauvegarde la révision de la note de crédit de CGG à Caaa3 – soit la dernière note avant le « D » qui correspond au défaut de paiement.
[351] https://www.lesechos.fr/13/11/2017/lesechos.fr/030866057338_petrole---le-plan-de-sauvetage-de-cgg-sur-les-rails.htm
[352] https://www.lerevenu.com/bourse/ag-2017-de-cgg-tout-ce-que-vous-devez-savoir-avant-un-vote-crucial-12

C1 - Internal use

des décisions en France suite au basculement de l'actionnariat devenu anglo-saxon à 82 %, l'engagement de ne pas céder d'actifs et de ne pas engager de plan de sauvegarde de l'emploi pendant deux ans et l'absence de représentant des créanciers au conseil s'ils détiennent moins de 10 % du capital social[353].

Dans d'autres cas, le pouvoir des associés est allé plus loin que la simple négociation visant à limiter leur dilution tout en maximisant le désendettement de la société, par l'exercice d'un véritable pouvoir de blocage du plan envisagé par les créanciers.

2. *Le pouvoir de blocage des associés*

L'affaire Belvédère évoque pour certain un « *traumatisme* »[354]. Cette société a acquis pour 465 millions d'euros la société Marie Brizard & Roger International au moyen d'un prêt relais et d'un financement obligataire d'un montant brut de 160 millions sous forme d'obligations subordonnées à bons de souscription en actions remboursables en une seule fois en 2014. Pour les besoins de son refinancement la société réalise une émission obligataire de droit new-yorkais à taux variable remboursable en une fois en 2013. La société Belvédère publie ses comptes du 31 décembre 2007 qui font ressortir un EBITA de 39,1 millions d'euros inférieur au plan d'affaires (65 millions), entraînant une chute du cours de l'action, la dégradation de la notation de la société et la violation des engagements restrictifs. Faute de parvenir à un accord avec les créanciers, la société demande le 16 juillet 2008 l'ouverture d'une sauvegarde. Les créanciers réunis au sein du comité des obligataires rendent publique leur proposition visant à réduire immédiatement le montant de la dette à hauteur de 200 millions d'euros sous la forme d'un remboursement à la fois en numéraire (par la vente d'actifs non stratégiques) et en actions (par la conversion de dettes), permettant aux obligataires de devenir majoritaires, et le refinancement à hauteur de 75 millions (quote-part restant de l'emprunt obligataire). Les dirigeants refusent le plan, considérant qu'il conduit à une dilution excessive des associés. Le plan de sauvegarde finalement adopté prévoit le rééchelonnement de la dette sur 10 ans, la cession de Marie Brizard pour un prix minimum de 235 millions, la vente d'actifs non stratégiques et l'émission d'ORA

---

[353] À noter que près d'un an plus tard, le groupe annonce dans le cadre de son plan stratégique la cession de son activité historique d'acquisition des données sismiques et la suppression corrélative de 10 % de son effectif d'ici à 2021.
https://www.lesechos.fr/industrie-services/energie-environnement/0600102336373-le-parapetrolier-francais-cgg-reduit-encore-la-voilure-2219795.php

[354] I. Parachkévova, « L'augmentation de capital forcée dans la loi Macron », *Bull. Joly Sociétés*, 1er octobre 2015, nº 10, 529.

C1 - Internal use

pour un montant de 75 millions avant le 30 juin 2010. Toutefois en novembre 2010, la société n'a toujours pas versé sur le compte séquestre l'intégralité des sommes dues (22,6 millions au lieu des 41 millions prévus), n'a pas émis les ORA, ni vendu Marie Brizard. Le 4 avril 2011, le tribunal de commerce de Dijon prononce la résiliation du plan et l'ouverture d'un redressement judiciaire. Le plan de redressement consiste en la conversion des obligations en capital avec l'émission de BSA permettant aux obligataires d'espérer un retour à meilleure fortune, qui ne peut toutefois leur donner accès à plus de 10 % du capital. En parallèle, les associés reçoivent des BSA d'une valeur supérieure donnant droit à 13 % maximum du capital. Ainsi, les obligataires seniors qui disposent d'un meilleur rang que les associés n'ont pas de droit de véto et sont moins bien traités que les créanciers de dernier rang[355].

Il apparait que dans le cadre d'un plan de redressement par voie de reprise interne, l'application du droit des sociétés conduit à conférer à l'associé le droit de négocier la conservation de sa participation dans la société. Ce droit au maintien va lui permettre d'espérer un retour à meilleure fortune grâce aux sacrifices consentis par les créanciers. La créance hypochirographaire relative au remboursement de l'apport de l'associé peut donc demeurer intacte alors même que les créanciers n'ont pas été intégralement désintéressés.

Toutefois, la préservation des droits extrapatrimoniaux de l'associé n'est pas un principe immuable. Il existe des situations où les règles internes de la société doivent s'incliner devant les principes d'ordre public de la procédure. Il faut donc vérifier si ces exceptions concernent l'exercice des droits fondamentaux de l'associé, comme celui de voter ou de demeurer associé, lorsque cet exercice constitue un obstacle au redressement de la société.

SECTION 2/ LA COMPATIBILITÉ PROBLÉMATIQUE DU MAINTIEN DES DROITS EXTRAPATRIMONIAUX DE L'ASSOCIÉ AVEC SA QUALITÉ DE CRÉANCIER DE DERNIER RANG

[355] En l'espèce le rapport de l'expert indépendant a conclu que la valeur de l'entreprise était de 450 millions, soit une valeur inférieure au montant de la dette.

C1 - Internal use

Les droits des associés permettant leur maintien dans la société sont très rarement bouleversés en cas de procédure collective, grâce à l'application du droit des sociétés. Toutefois, il existe des situations où les conséquences patrimoniales des décisions sociales vont conduire à l'éviction du droit des sociétés pour assurer la compatibilité de la situation avec les principes d'ordre public de la procédure (**§1**). Le législateur tant français qu'européen a pris conscience des difficultés issues du maintien des droits extrapatrimoniaux de l'associé et a progressivement prévu des exceptions. D'abord avec la loi n° 2015-990 du 6 août 2015[356], dite loi Macron, puis avec l'ordonnance du 15 septembre 2021 transposant la directive du 20 juin 2019 qui ont définitivement remis en cause l'intangibilité des droits de l'associé en cas de procédure collective. Toutefois, ces aménagements du droit de vote de l'associé et du droit de céder librement ses droits sociaux ne peuvent constituer un régime optimal, faute de faire référence à l'engagement de chaque associé à contribuer aux pertes (**§2**).

§1/ L'aménagement des prérogatives extrapatrimoniales présentant des implications patrimoniales

L'associé conserve en principe son droit de vote, mais concrètement certaines décisions ayant une incidence sur le patrimoine de la société ne peuvent plus être prises à l'initiative de celle-ci **(A).** Il existe également des situations où le maintien des droits de l'associé conduit à concurrencer les pouvoirs des organes de la procédure ; ces chevauchements de compétence entraînent dès lors un aménagement des droits des associés (**B)**.

A/ Les décisions sociales susceptibles d'augmenter le passif social

60. La transmission universelle de patrimoine – Certaines opérations emportent un transfert universel de patrimoine de la société débitrice, c'est-à-dire un transfert automatique de

[356] Article 238.

C1 - Internal use

l'ensemble de son passif et de ses actifs nés avant l'opération, comme en matière de fusion[357]. En principe, ces décisions relèvent de la souveraineté de l'assemblée générale qui conserve l'ensemble de ses prérogatives. Toutefois, ce transfert universel de patrimoine peut remettre en question les principes impératifs de la procédure collective tels que l'interdiction du paiement des dettes antérieures. C'est pourquoi la confrontation du droit des procédures collectives et du droit des sociétés a conduit la Cour de cassation à exclure toute possibilité de fusion, scission en dehors du plan ou plus généralement tout transfert universel de patrimoine[358] en dehors du plan de continuation décidé par le tribunal. La Cour de cassation a affirmé « *qu'à compter du jugement d'ouverture de la procédure collective, le patrimoine du débiteur ne peut être cédé ou transmis que selon les règles d'ordre public applicables au redressement ou à la liquidation judiciaires des entreprises en difficulté*[359] ». Cette décision s'explique par l'effet réel de la procédure collective sur le patrimoine de la société qui est rendu indisponible[360]. L'associé dispose également du droit de demander la dissolution de la société débitrice.

61. Dissolution – Malgré l'ouverture d'une procédure collective, l'associé peut solliciter la dissolution amiable de la société[361]. Depuis l'ordonnance nº 2014-326 du 12 mars 2014, la dissolution de la société est reportée à la décision de clôture de la liquidation judiciaire. Il est donc possible, en cours de procédure collective, de solliciter la dissolution amiable de la société, le droit des sociétés continuant de s'appliquer. En ce sens, la Cour de cassation a considéré qu'il n'était pas possible de retirer le droit de l'associé de demander la dissolution de la société au seul motif qu'elle fait l'objet d'un redressement judiciaire[362]. En effet, quel serait l'intérêt de chercher la poursuite d'une activité dans une société dont le fonctionnement est, par exemple, paralysé du fait de la mésentente des associés qui souhaitent la dissoudre ? Seule la dissolution sans liquidation emportant transmission universelle de patrimoine au titre de l'article 1844-5 du Code civil lorsque toutes les parts sociales sont réunies dans une seule main est impossible

---

[357] Et par assimilation les opérations d'apport partiel d'actifs soumis au régime des scissions.
[358] Cass. com., 12 juillet 2005, nº 02-19.860 : « *[…] qu'à compter du jugement d'ouverture de la procédure collective, le patrimoine du débiteur ne peut être cédé ou transmis que selon les règles d'ordre public applicables au redressement ou à la liquidation judiciaires des entreprises en difficultés*. »
[359] Cass. com., 12 juill. 2005, Nicoud c/ Douillet, nº 02-19.860, FP-P+B+I : JurisData nº 2005-029487. Cass. com., 12 juill. 2005 : Crédit Foncier de France c/ Geniteau, nº 04-11.243, FP-P+B+I : JurisData nº 2005-029489 ; Bull. civ. 2005, IV, nº 168 et 169 ; JCP E 2005, 1586, 1879, note J.-P. Legros ; Bull. Joly Sociétés 2006, [§ 5 et 6], 36, note P. Le Cannu.
[360] M. Sénéchal, *L'effet réel de la procédure collective. Essai sur la saisie collective du gage commun des créanciers*, th. Toulouse 1, préf. M.-H. Monsérié-Bon, Litec, 2002, nº 7, 14.
[361] Cass. com., 10 février 1969, Bull. civ. 1969, IV, nº 49.
[362] Cass. com., 10 février 1969, Bull. civ. 1969, IV, nº 49.

C1 - Internal use

en procédure collective pour les raisons précitées[363]. Si l'associé conserve son droit de solliciter la dissolution amiable de la société, cela sera synonyme de liquidation judiciaire dans l'hypothèse où la société est en difficulté financière.

62. Droit de retrait – Le droit de retrait de l'associé permet à celui-ci de quitter la société sur demande et d'obtenir le remboursement de la valeur de ses droits sociaux. Lorsque la société fait l'objet d'une procédure collective, l'associé conserve cette prérogative : il peut quitter l'aventure sociale[364]. Toutefois, l'implication pécuniaire de l'exercice de ce droit de retrait va entrer en conflit avec les règles impératives du droit des procédures collectives. En effet, le fait générateur de cette créance étant l'acte d'apport, cette demande tombe sous le coup de la prohibition de paiement des dettes antérieures. Le droit de retrait de l'associé est donc suspendu pendant la période d'observation, à l'instar des autres créanciers. Il peut à tout le moins déclarer sa créance afin de la rendre opposable à la procédure. Comme le note un auteur, « *lorsqu'un associé prétend se retirer, il entend passer de cet état de créancier à un état de propriétaire d'une partie des actifs sociaux qui lui sont remboursés en contrepartie de l'annulation de ses droits sociaux. Il se prévaut donc bien d'un droit de créance (le droit de créance que représentent ses parts sociales ou ses actions) pour prétendre être alloti par prélèvement sur les actifs sociaux*[365] ». Il ne bénéficiera du remboursement de sa créance qu'après désintéressement de tous les créanciers. À l'instar de M. le Professeur Lucas, nous considérons que l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation rendu le 17 juin 2003 est à ce titre critiquable[366] dans la mesure où elle a permis l'exercice du droit de retrait de l'associé d'une société en redressement judiciaire et le remboursement de la valeur de ses droits sociaux. Il faut toutefois noter qu'en l'espèce le remboursement a été obtenu par compensation avec les créances que l'associé exerçant son droit de retrait disposait à l'encontre de la société débitrice, sans que la Cour de cassation exige une démonstration de la cour d'appel sur la connexité de ses créances et dettes réciproques. *A contrario*, une cour d'appel a considéré « *qu'un associé ne peut plus exercer son droit de retrait lequel aurait pour effet de réduire l'actif social et d'entraîner une réduction du capital social alors que les associés répondent du passif social à*

[363] Cass. com., 12 juillet 2005.
[364] Il s'agit d'une prérogative « strictement personnelle » pour la Cour de cassation : Cass. com., 4 décembre 2012, n° 11-14.592, F-P+B.
[365] CA Aix-en-Provence, 1re ch., sect. B, 24 janv. 2002, Logirem c/ Cohen : JurisData nº 2002-177157 ; Droit des sociétés nº 10, octobre 2002, comm. 172, note F.-X. Lucas.
[366] Cass. com., 17 juin 2003, Sté Eurelco et a. c/ Jardri : JurisData nº 2003-019663 ; Droit des sociétés nº 11, novembre 2003, comm. 190, note F.-X. Lucas.

C1 - Internal use

concurrence de la valeur de leurs apports[367] ». En effet, si le droit au remboursement de la valeur des droits sociaux est annihilé du fait de la procédure collective ouverte à l'encontre de la société, l'exercice du droit de retrait de l'associé a peu d'intérêt. Il peut toutefois être intéressant, surtout pour une société à responsabilité illimitée, de figer l'obligation aux dettes de l'associé afin de ne pas répondre des dettes qui seraient contractées en période d'observation.

Au-delà de cet aménagement relatif aux prérogatives entraînant des conséquences financières, il convient d'examiner si les droits de l'associé sont susceptibles d'être maintenus lorsqu'ils chevauchent les compétences des organes de la procédure.

B/ Des prérogatives concurrentes des pouvoirs des organes de la procédure

Les prérogatives extrapatrimoniales pouvant entrer en conflit avec les pouvoirs des organes de la procédure concernent principalement la capacité de l'associé d'ester en justice en réparation du préjudice social (**1**) et les prérogatives de gouvernement d'entreprise s'agissant du dirigeant mandataire social (**2**). Dans tous les cas, la combinaison du droit des sociétés et du droit des procédures collectives a été trouvée avec intelligence.

1. *Le droit d'ester en justice*[368]

Très tôt, les droits extrapatrimoniaux de l'associé ont été aménagés en procédure collective, soit parce qu'ils étaient concurrents des pouvoirs des organes de la procédure, soit au regard de leurs conséquences patrimoniales. Comme le notent des auteurs, « *les décisions à caractère patrimonial prises par les assemblées ne peuvent préjudicier aux pouvoirs dévolus à l'administrateur*[369] ».

L'associé conserve en principe sa pleine capacité d'agir en justice dans le cadre de la défense de ses droits vis-à-vis de la société. À ce titre, il est admis que même si la discipline collective

[367] CA Aix-en-Provence, 1re ch., sect. B, 24 janv. 2002, Logirem c/ Cohen : JurisData nº 2002-177157 ; Droit des sociétés nº 10, octobre 2002, comm. 172, note F.-X. Lucas.
[368] En tant que droit extra-patrimonial à dimension patrimonial. Un droit par essence extra-patrimonial qui peut entraîner des conséquences patrimoniales selon la nature de l'action en justice. A. Seriaux, *opt. cit.*, n°40 et s.
[369] Le Cannu, Lucheux, Pitron, Sénéchal, *Entreprises en difficulté*, GLN-Joly, 1995, nº 635.

C1 - Internal use

touche le patrimoine social, cela est en principe sans effet sur le droit d'ester en justice de l'associé, qui ne dispose pas du droit de représenter la société.

Toutefois, en application du droit des sociétés, l'associé peut représenter la société dans le cadre d'une action en responsabilité contre le dirigeant en réparation d'un préjudice social. On parle d'organe suppléant. Cette action dite *ut singuli* va alors entrer en conflit avec les compétences des organes de la procédure, dans la mesure où cette capacité d'action relève désormais de l'administrateur ou du liquidateur. Il existe donc une pierre d'achoppement avec le droit des procédures collectives : la capacité d'ester en justice de l'associé sera perturbée par les organes de la procédure dont la compétence va primer sur celle de l'associé, tant pour représenter les intérêts de la société débitrice que pour représenter ses intérêts de créancier.

a. La représentation de la société

63. Action en responsabilité contre le dirigeant – Initialement, l'action en comblement du passif reposait sur une double présomption de faute et de causalité, de nature très différente de l'action en responsabilité de droit commun justifiant ainsi le cumul des sanctions[370]. Puis, en 1995, la Cour de cassation a reconnu un principe de non-cumul de l'action *ut singuli* avec l'action en comblement du passif qui ne repose plus sur des présomptions[371]. Ce principe de non-cumul, consacré également par l'article 52 de la loi du 24 juillet 1966, est critiqué par une partie de la doctrine qui considère que le dirigeant risque d'être mieux traité lorsque la société fait l'objet d'une procédure collective.[372] Néanmoins, il ne s'applique pas lorsque l'associé agit en responsabilité au titre d'un préjudice qu'il a subi personnellement, distinct du préjudice social[373]. De la même façon, ce principe de non-cumul n'a vocation à s'appliquer que si une

[370] Article 99 de la loi de 1967. Voir J.-J. Daigre, « Une évolution jurisprudentielle bienvenue, le non-cumul de l'action en comblement de passif et des actions en responsabilités de droit commun », Bull. Joly, 1995, 953 ; Ch. Piniot, « Non-cumul des actions du droit des sociétés et du droit des procédures collectives », *RJDA*, 1995, chron. 639.

[371] Cass. com., 28 février 1995, Bull. civ. IV, n° 60 ; D. 1995, 390, note Derrida ; RTD com. 1995, 663, obs. Haehl ; Quot. Jur. 21 mars 1995, 7, note P.M. Cass. com., 11 avril 1995 : Bull. Joly 1995, 684, note Daigre. Cass. com., 20 juin 1995 : Bull. Joly 1995, 987. J.-J. Daigre, « De l'inapplicabilité de la responsabilité civile de droit commun aux dirigeants d'une société en redressement ou en liquidation judiciaire », *Rev. Sociétés*, 1988, 199.

[372] Voir F. Derrida, « Procès de l'article 180 de la loi du 25 janvier 1985 », *Petites Affiches*, 9 juill. 2001, 6, et *D.*, 2001, chron. 1377.

[373] Cass. com., 28 janv. 2014, n° 12-27901, Sté Les Docks de l'électroménager, F–PB, BJS avril 2014, n° 111r9, 261, note I. Parachkévova : « *Attendu qu'en statuant ainsi, alors que seul le liquidateur d'une société soumise à une procédure de liquidation judiciaire a qualité pour agir au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers en vue de reconstituer le patrimoine social et que la perte de valeur des actions ou parts ne constitue pas un dommage personnel distinct de celui subi collectivement par tous les créanciers du fait de l'amoindrissement ou de la*

C1 - Internal use

insuffisance d'actif est alléguée[374]. Un auteur conclut que « *l'associé peut agir contre les dirigeants en dehors de la sphère de l'article 180 de la loi du 25 janvier 1985, soit en invoquant la réparation d'un préjudice personnel, soit lorsque la disparition de l'objet de la société ou du capital de celle-ci est en cause*[375]*, soit, enfin en cas d'action civile devant une juridiction pénale contre un dirigeant coupable d'infraction*[376]». Un auteur note avec pertinence que « *le travail de coordination effectué par la jurisprudence conduit à une solution équilibrée qui laisse un espace, toutefois réduit, au droit des sociétés*[377] ». Ce travail de composition du droit des sociétés et du droit des procédures collectives s'exprime également lorsque les droits extrapatrimoniaux de l'associé concernent sa capacité à ester en justice en dehors de la représentation de la société débitrice.

b. La représentation des intérêts propres de l'associé

64. Expertise de gestion – L'associé a la possibilité de solliciter en justice une expertise de la gestion de la société débitrice. Cette expertise est prévue pour les sociétés anonymes[378], mais aussi pour les sociétés à responsabilité limitée depuis la loi du 1er mars 1984[379] et les SAS[380]. Dans les SA (et par extension dans les SAS), l'associé qui introduit l'action doit poser une question préalable au président du conseil d'administration ou au directoire ; il pourra saisir le juge d'une demande en expertise de gestion si le conseil ou le directoire ne répond pas dans un délai d'un mois, ou si la réponse n'est pas satisfaisante. La demande d'expertise de gestion doit porter sur un acte de gestion déterminé. Celui-ci doit sembler suspect pour qu'un doute quant à sa conformité à l'intérêt social s'installe. Par ailleurs, il doit relever de la gestion de la société. À ce titre, il semble que les juridictions commerciales utilisent un critère organique négatif pour définir un acte de gestion : il s'agit d'un acte qui ne relève pas du domaine de l'assemblée générale des actionnaires.

---

disparition de ce patrimoine. ». F.-X. Lucas, « Les associés et la procédure collective », *Petites Affiches*, 9 janvier 2002, 10, nº 42.

[374] Cass. com., 16 nov. 2016, nº 15-16.070, arrêt nº 957, P+B : JurisData nº 2016-023977 ; Droit des Sociétés nº 2, février 2017, comm. 31.

[375] Voir B. Soinne, « La responsabilité des dirigeants d'une personne morale en cas de redressement ou de liquidation judiciaire : une évolution jurisprudentielle préoccupante », *Petites Affiches*, 2 août 1995, nº 92, 10.

[376] Cass. crim., 30 mai 1994 : Bull. Joly 1994, 1205, note Daigre, 23 mai 1995 ; BRDA 1995, 15/16, 5.

[377] M.-H. Monsériè-Bon, « Les risques d'ouverture d'une procédure collective pour les associés et dirigeants », *in Droit des sociétés et procédures collectives*, L'Harmattan, 2018, 124.

[378] Article L. 225-231 du Code de commerce.

[379] Article L. 223-37 du Code de commerce.

[380] L'article L. 225-231 fait partie du domaine de renvoi de l'article L. 227-1 du Code de commerce.

C1 - Internal use

Lorsque la société est soumise à une procédure collective, les juges ont restreint l'expertise de gestion aux actes antérieurs à l'état de cessation des paiements, dans la mesure où l'article 107 de la loi du 25 janvier 1985 réserve aux organes de la procédure les actions contre les actes postérieurs à l'état de cessation des paiements. Pour un auteur, cette question est théorique puisqu'« *à supposer que le juge accueille une demande d'expertise pour des opérations de gestion postérieures, l'application du droit de la faillite ne permettrait pas aux associés d'aller au bout de leur démarche (action en nullité ou action en responsabilité) qui, de ce fait, perdrait tout son sens*[381] ». Toutefois, il n'existe aucune raison de priver l'associé de son droit de solliciter une expertise de gestion. Expertise qui peut être d'autant plus justifiée que la société est confrontée à de graves difficultés. En effet, l'expertise de gestion n'a pas forcément une nature contentieuse ; elle sera bien souvent le préalable d'une action en responsabilité, mais il ne s'agit en rien d'une condition de recevabilité de la demande. La Cour de cassation n'exige pas que les conditions d'une action en responsabilité soient réunies pour qu'une expertise de gestion soit ordonnée[382]. Il s'agit d'une mesure conférant un droit d'information complémentaire. Toutes les actions ne se résument pas à une action en responsabilité ou en nullité. Par ailleurs, quand bien même l'associé chercherait à engager la responsabilité du dirigeant, son action demeurera recevable s'il a subi un préjudice personnel distinct du préjudice social[383], dont la défense relève de la compétence exclusive des organes de la procédure. Un auteur considère qu'il n'y a *« aucune raison de limiter l'expertise de gestion aux actes passés avant la cessation des paiements, dès lors, bien entendu, que les conditions de recevabilité en sont remplies*[384] ».

65. Action en expertise *in futurum*[385] – Cette action n'est pas propre au droit des sociétés, contrairement à l'expertise de gestion. Elle relève du domaine contentieux et est utilisée par les associés pour s'arroger les moyens probatoires nécessaires à leur action en justice future. La Cour de cassation, le 18 octobre 2011, a confirmé que l'expertise de gestion de l'article L. 225-231 du Code de commerce et l'expertise *in futurum* de l'article 145 du Code de procédure civile ne sont pas des actions concurrentes ; elles n'ont pas un caractère subsidiaire. L'associé peut

---

[381] J.-Y. Marquet et J. M. Briquet, « L'actionnaire d'une société non cotée en redressement ou liquidation judiciaire », *Gaz. Pal.*, 26-27 mai 2004, nº spécial, 43.
[382] Cass. com., 15 juillet 1987.
[383] Cass. com., 9 mars 2010.
[384] Nº 375GFFC.
[385] « *S'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé.* »

C1 - Internal use

donc choisir sur quel fondement agir. On peut même penser que l'expertise *in futurum* pourrait venir compléter une expertise de gestion. Cette expertise est toutefois conditionnée à l'existence d'un intérêt légitime : elle a pour objet de « *conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige* ». Ainsi le motif légitime de l'associé pourrait être réduit à néant lorsque la société est en procédure collective. En effet, la jurisprudence prononce l'irrecevabilité des demandes ayant pour objet d'apporter des éléments de preuve dans le cadre d'un contentieux interdit (paiement d'une créance antérieure) ou réservé aux organes de la procédure (action en nullité de la période suspecte). Comme le note Mme Cérati-Gauthier[386], « *la demande d'expertise est recevable, alors même que la société au sein de laquelle sont critiqués les actes est soumise à une procédure collective, dès lors qu'elle ne tend ni à la revendication d'un bien, ni à la condamnation de la société débitrice, ni à la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une telle somme* ». L'interaction du droit des sociétés et du droit des procédures collectives suppose donc dans ces hypothèses d'expertise judiciaire une analyse au cas par cas pour établir si l'associé dispose des moyens pour agir en justice à la suite de l'expertise sollicitée[387]. Il en est de même s'agissant des prérogatives de l'associé à l'égard du dirigeant.

2. Les droits extrapatrimoniaux exercés à l'égard du dirigeant

Les droits extrapatrimoniaux de l'associé à l'égard du dirigeant mandataire social doivent être conjugués avec les pouvoirs des organes de la procédure.

66. Le droit de révoquer le dirigeant appartenant aux organes sociaux demeure entier, même en cas de procédure collective[388]. Il est traditionnellement admis que ce pouvoir de révocation du dirigeant appartient également au tribunal. En effet, l'article L. 626-4 du Code de commerce prévoit la possibilité d'écarter le dirigeant pour faciliter la préparation ou la réalisation du plan de redressement. Lorsque la sauvegarde de l'entreprise le requiert, le tribunal, sur la demande du ministère public, peut ainsi subordonner l'adoption du plan de redressement au remplacement d'un ou plusieurs dirigeants de l'entreprise[389], sur demande du ministère public.

---

[386] Cérati-Gauthier, *op. cit.*, n° 373 qui cite Cass. com. 1er fév. 2000, RJDA 2000, n° 557 et 574 (manœuvres dolosives affectant un traité d'apport).
[387] F.-X. Lucas, « Les associés et la procédure collective », *Petites Affiches*, 9 janvier 2002, 10, n° 35.
[388] M.-H. Monsérié-Bon, « Les risques d'ouverture d'une procédure collective pour les associés et dirigeants », *in Droit des sociétés et procédures collectives*, L'Harmattan, 2018, 124.
[389] Sauf lorsque le débiteur exerce une activité professionnelle libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire.

C1 - Internal use

Le tribunal statue sur rapport du juge-commissaire après avoir entendu ou dûment appelé, le cas échéant, l'intéressé[390], le débiteur, l'administrateur s'il en a été désigné, le mandataire judiciaire ainsi que les représentants du *comité d'entreprise* ou, à défaut, des délégués du personnel. Les pouvoirs des associés peuvent donc concurrencer ceux des organes de la procédure. Il faut imaginer que le plan de continuation exigeant le remplacement du dirigeant comprend une reprise interne de la société au profit d'un nouvel associé majoritaire. C'est dans cette perspective que le remplacement du dirigeant peut être pertinent ; le nouvel investisseur n'étant pas encore associé, il ne dispose pas du pouvoir de révoquer le dirigeant. Ce remplacement dès l'adoption du plan de redressement permet ainsi de gagner du temps et de réorganiser immédiatement la société avec la nouvelle gouvernance envisagée. Bien souvent, la nouvelle composition de l'équipe dirigeante sera négociée en amont et peut même être incluse dans le plan de redressement. Le tribunal va statuer sur cette modalité du plan sur la base de la délibération sociale de l'organe habilité à révoquer le dirigeant. L'administrateur ou le mandataire judiciaires peuvent à ce titre convoquer l'organe social compétent[391]. Le pouvoir de révocation reste entre les mains des organes sociaux de la société, comme l'assemblée générale des associés le cas échéant[392]. Le tribunal n'a donc pas le pouvoir de révoquer le dirigeant[393]. Un auteur évoque « *une pression psychologique à des fins thérapeutiques*[394] ».

Il en est de même pour le pouvoir de nomination du dirigeant. En effet, si le tribunal peut inciter au remplacement du dirigeant en exigeant sa révocation dans le plan de continuation, il revient à la société de nommer le nouveau dirigeant. Comme le note Mme Cérati-Gauthier, « *les pouvoirs du tribunal sont toutefois limités puisque la décision finale de remplacement appartient aux instances sociales, collectivité des associés ou organe de direction selon le cas. La société est simplement informée de la nécessité du remplacement du ou des dirigeants*[395] ». La résistance des associés pourrait néanmoins conduire le tribunal à prononcer la résiliation du plan de continuation ou empêcher son adoption, si le remplacement du dirigeant est érigé en modalité de redressement[396]. Par ailleurs, si le dirigeant cumule cette qualité avec celle

---

[390] Le président du tribunal fait convoquer, par les soins du greffier, le ou les dirigeants de la personne morale dont le remplacement est demandé, quinze jours au moins avant l'audience, par acte d'huissier de justice. À cette convocation est jointe la requête du ministère public.
[391] Article R. 631-34-2 du Code de commerce.
[392] Dans une SARL, par exemple, le pouvoir de révocation du gérant appartient à l'assemblée générale des associés.
[393] En ce sens, G. Ripert, R. Roblot, *op. cit.*, n° 3172-12.
[394] P.-M. Le Corre, *op. cit.*, n° 531-331, 1512.
[395] Cérati-Gauthier , *op. cit.*, n° 399.
[396] En ce sens, A. Cérati-Gauthier, n° 386, citant Paris, 5 oct. 1999, Dr. sociétés, 2000, n° 41, obs. Y. Chaput.

C1 - Internal use

d'associé majoritaire, le tribunal pourra surmonter la réticence des associés en prononçant la cession forcée des titres de l'intéressé[397].

67. Rémunération – L'article L. 643-8 du Code de commerce prévoit que la rémunération du dirigeant est mise en réserve en cas de répartition des actifs dans le cadre d'une liquidation judiciaire tant qu'il n'aura pas été statué sur son sort. Avant la loi de 1967, il était inconcevable que le juge puisse modifier cette rémunération[398]. L'article 26 de la loi de 1967 avait prévu la possibilité pour le tribunal d'intervenir dans la fixation de la rémunération du dirigeant sur demande du syndic. L'article 30 de la loi de 1985 a inversé l'équilibre du dispositif en prévoyant que la rémunération du dirigeant est fixée par le juge-commissaire. Aux termes de l'article L. 631-11 du Code de commerce, en cas de redressement ou de liquidation, judiciaire, « *le juge-commissaire fixe la rémunération afférente aux fonctions exercées par le débiteur s'il est une personne physique ou les dirigeants de la personne morale* ». Ainsi, dans les sociétés où la rémunération du dirigeant est fixée par l'assemblée des associés, comme c'est le cas pour la société à responsabilité limitée, l'ouverture d'une de ces deux procédures conduit à remettre en cause cette prérogative extrapatrimoniale. L'article 56 de la loi n°2019-486 du 22 mai 2019 remet en cause le mode de fixation de la rémunération du dirigeant en redressement judiciaire ; la rémunération du dirigeant est maintenue par principe, sauf décision contraire du juge-commissaire saisi sur demande de l'administrateur judiciaire ou du ministère public ou du mandataire judiciaire pour les procédures sans administrateur judiciaire.

Il existe donc un arsenal légal pour écarter les règles de droit commun du droit des sociétés dans le but de favoriser les conditions d'adoption d'un plan de continuation ou ses chances de succès lors de sa mise en œuvre. Au-delà des décisions relatives au dirigeant de la société débitrice, la justification provient des conséquences patrimoniales des décisions sociales qui peuvent entrer en conflit avec l'objectif de redressement de la société.

---

[397] Le dirigeant peut toutefois éviter cette sanction en démissionnant mais, en l'occurrence, cela permettra de remplir l'objectif de remplacement poursuivi pour adopter le plan de redressement.
[398] Cass. com., 20 janv. 1969, Bull. civ. IV, nº 17.

C1 - Internal use

L'aménagement des prérogatives extrapatrimoniales de l'associé est donc utilisé avec parcimonie par le législateur et la jurisprudence. Il s'agit de restreindre l'utilisation d'une prérogative sociale qui peut venir concurrencer les pouvoirs des organes de la procédure pendant la période d'observation en interférant notamment dans la recherche de mécanismes de redressement de la société. L'aménagement examiné n'a donc pas pour objet d'imposer un acte positif de la part de l'associé qui serait par exemple tenu de soutenir le plan de continuation proposé. La loi du 6 août 2015 et l'ordonnance du 15 septembre 2021 tendent à remettre en cause ce statu quo en contraignant plus nettement l'associé dans l'exercice de ses prérogatives.

§2/ L'aménagement perfectible des droits extrapatrimoniaux de l'associé

L'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives et la loi du 6 août 2015 dite loi Macron ont pour objectif de favoriser les reprises internes des sociétés en difficulté en permettant de surmonter l'opposition des associés dans les deux hypothèses de reprise interne : lors d'une augmentation de capital par une dilution forcée ou lors de la cession forcée des titres sociaux de l'associé récalcitrant (**A**). Les droits extrapatrimoniaux de l'associé sont donc maintenus sous réserve de l'opposition des associés. L'ordonnance du 15 septembre 2021 repose sur un mécanisme différent puisque les classes de créanciers sont amenées à se prononcer sur le projet de plan, les détenteurs de capital sont appelés à voter à ce titre sans disposer en tant que tel d'un droit de véto **(B)**.

A/ L'aménagement des droits extrapatrimoniaux issu de l'ordonnance du 12 mars 2014 et de la loi du 6 août 2015

L'ordonnance du 12 mars 2014 puis la loi du 6 août 2015 ont consacré la possibilité de prononcer la dilution forcée ou la cession forcée des titres des associés majoritaires ou disposant d'une minorité de blocage et qui se sont opposés à l'adoption d'un plan de reprise interne (**2**). Ces mesures dépendent toutefois de conditions très restrictives rendant le dispositif très peu applicable (**1**).

C1 - Internal use

1. Des conditions générales inapplicables

Aux termes de l'article L. 631-19-2 du Code de commerce, institué par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015,[399] dite loi Macron, il est possible de désigner un mandataire chargé de voter l'augmentation de capital en lieu et place des associés ou actionnaires ayant refusé la modification de capital, à hauteur du montant prévu par le plan, ou d'ordonner la cession de tout ou partie de la participation détenue dans le capital par les associés ou actionnaires ayant refusé la modification de capital et qui détiennent, directement ou indirectement, la majorité des droits de vote ou une minorité de blocage.

Cet aménagement des droits de l'associé pour assurer l'adoption du plan de continuation n'est possible que si la cessation d'activité « *est de nature à causer un trouble grave à l'économie nationale ou régionale et au bassin d'emploi* ». Cette notion n'est pas définie. Elle est laissée à la libre appréciation des tribunaux et est donc source de contentieux. On comprend que le législateur a fait l'amalgame entre le trouble à l'économie et le bassin de l'emploi en prenant en compte le nombre de salariés susceptibles d'être concernés par la cessation d'activité. En effet, cette mesure est réservée aux « *entreprises d'au moins cent cinquante salariés ou constituant, au sens de l'article L. 2331-1 du Code du travail, une entreprise dominante d'une ou de plusieurs entreprises dont l'effectif total est d'au moins cent cinquante salariés* ».

Il faut également établir que la modification du capital est « *la seule solution sérieuse permettant d'éviter ce trouble* ». Là encore, il faut comprendre que la recherche de cette unique solution sérieuse suppose d'écarter toutes les possibilités de plan de cession totale ou partielle de la société. Cela implique une certaine hiérarchie dans les solutions de restructuration : la reprise interne n'est possible qu'en l'absence de plan de cession. Cette recherche d'une « *solution sérieuse* » implique une instruction pendant au moins trois mois après le jugement d'ouverture. Ce délai est difficile à comprendre. Pourquoi imposer un délai minimum pour formuler la demande ? Il suffirait de faire confiance au tribunal pour apprécier si c'est effectivement la seule solution sérieuse pour éviter la cessation d'activité. Un auteur s'interroge dans les termes suivants : « *Pourquoi les associés seraient-ils mieux placés lorsque leur entreprise se porte plus mal, puisque le fait qu'elle ne puisse être cédée indique normalement une situation encore plus dégradée*[400] *?* »

---

[399] Article 238.

[400] E. Degenhardt, « La "hiérarchie du bec" toujours renversée en procédure collective ? », *BJE*, nov. 2015, n° 112u2, 432.

C1 - Internal use

Si par extraordinaire, les conditions prévues par la loi Macron sont réunies, la cession forcée ou la dilution forcée des actionnaires pourra être prononcée.

2. La dilution ou la cession forcée des associés récalcitrants

68. Identification des associés récalcitrants – Le dispositif instauré par la loi Macron préserve dans un premier temps les droits des associés lorsque l'adoption du plan de redressement requiert une modification des statuts, c'est-à-dire le plus souvent une modification du capital social. En effet, la compétence de l'assemblée générale des associés est de principe puisque cette modification suppose l'autorisation de l'assemblée générale, qui demeure souveraine. Les associés peuvent librement s'exprimer et disposent à ce titre d'un pouvoir de négociation quant aux modalités de la modification statutaire. Toutefois, il sera désormais possible de surmonter l'opposition des associés disposant d'une minorité de blocage ou d'une majorité du droit de vote. Le tribunal pourra surmonter l'opposition de ces associés aux modifications statutaires rendues nécessaires pour l'adoption du plan en modifiant les règles de vote ou en nommant un mandataire ad hoc chargé de voter en lieu et place des associés opposants, lors d'une prochaine assemblée générale statuant une nouvelle fois sur l'adoption des modifications statutaires proposées dans le cadre du plan de redressement.

69. Vote des actionnaires ou associés – La nomination d'un mandataire ad hoc suppose de constater l'opposition des associés. À ce titre, l'article R. 631-34-5 du Code de commerce[401] prévoit que « *lorsque les assemblées mentionnées à l'article L. 626-3 ont été appelées, en vain, à reconstituer les capitaux propres devenus inférieurs à la moitié du capital social, le procès-verbal des délibérations précise, le cas échéant, le sens du vote de chaque associé ou actionnaire* ». Cette formalité peut être particulièrement contraignante dans les sociétés disposant d'un grand nombre d'actionnaires. Nous comprenons aisément que le but est d'identifier les associés récalcitrants qui seront représentés par le mandataire ad hoc[402].

Cette demande doit être formulée par l'administrateur judiciaire auprès du président du tribunal par assignation de la société débitrice. Le président du tribunal statue sur cette demande par

[401] Décret n° 2014-736 du 30 juin 2014 - art. 85.
[402] L'article R. 631-34-5 prévoit également que la feuille de présence est annexée au procès-verbal.

C1 - Internal use

ordonnance de référé[403]. Pour un auteur, « *la technique de la requête qui serait tentante, apparait donc irrecevable*[404] ».

a. Modification des règles de vote

70. Modification des statuts – champ d'application – Le tribunal peut autoriser l'administrateur à convoquer une assemblée à l'effet de **modifier les statuts** afin qu'elle statue à la **majorité** des droits sur première convocation. La loi du 18 novembre 2016 a modifié l'article L. 626-3 du Code de commerce qui ne visait que les modifications du capital social prévues dans le projet de plan. Pour des auteurs, cette notion de *« modification de capital ne renvo*[yait] *à aucune qualification juridique. Ils conviennent que cela doit se résumer à l'augmentation ou à la réduction de capital*[405] ». Désormais, le texte vise toutes les modifications statutaires. Pour J.-P. Legros, *« les travaux parlementaires évoquent le changement de forme sociale ou de nationalité, le changement de gérant dans une société à responsabilité limitée, une transmission universelle de patrimoine ou l'entrée d'un nouvel associé*[406]*. En outre, la notion de capital renvoie essentiellement aux sociétés alors que la procédure concerne toutes les personnes morales de droit privé, même si la suite du texte s'adresse en pratique aux sociétés* ». Un auteur note toutefois que les modifications statutaires ne devraient pas concerner les délibérations qui nécessitent l'unanimité compte tenu de l'augmentation de l'engagement des associés[407]. Il remarque cependant que ces modifications ne sont pas neutres (transformation en société en commandite) et peuvent conduire à un détournement de la procédure dans la mesure où « *il suffira pour une société de se trouver en sauvegarde pour que ses statuts puissent être modifiés au prix d'une résolution prise par la majorité simple*[408] ». En application de l'article R. 626-32-1 du Code de commerce, lorsque le tribunal a modifié les conditions de majorité, conformément à l'article L. 626-16-1 du Code de commerce, mention doit en être faite lors de la convocation des assemblées compétentes. La contrepartie de cette entorse au droit commun des sociétés est le renforcement des règles de

---

[403] Article R. 631-34-6 : « *L'ordonnance fixe l'ordre du jour de l'assemblée. Elle est susceptible d'appel.* »
[404] P.-M. Le Corre, *op. cit.*, n° 521.231, 1509.
[405] R. Dammann, F.-X. Lucas, « Le nouveau dispositif de dilution ou d'éviction de l'associé qui ne finance pas le plan de redressement de la société », *Bull. Joly Sociétés*, 1er octobre 2015, n° 10, 521.
[406] J.-P. Legros, « Le droit des entreprises en difficulté après la loi de modernisation de la justice du XXIe siècle », *Droit des sociétés*, n° 3, mars 2017, étude 3 ; Rapp. AN n° 3726, enregistré à la présidence, 6 mai 2016, spéc. 390.
[407] Pour un avis contraire : P. Pétel, « Entreprises en difficulté : encore une réforme ! », *JCP E*, n° 18, 1er mai 2014, 1223.
[408] F.-X. Lucas, « Les actionnaires face à leurs responsabilités ? Quelles responsabilités ? », 1re partie, *Rev. proc. coll.*, n° 34, juill. 2014, dossier n° 36.

C1 - Internal use

quorum : la moitié des parts ou actions au lieu du quart. Au-delà de règles de la majorité bouleversées, il est possible de demander la nomination d'un mandataire ad hoc.

b. La nomination d'un mandataire ad hoc

71. La reconstitution des capitaux propres, une obligation ? – En principe, une société par actions ou une SARL est tenue de reconstituer ses capitaux propres s'ils sont inférieurs à la moitié du capital social et si les associés ont écarté la dissolution de la société. Il s'agit d'une obligation pouvant entraîner la dissolution judiciaire de la société[409]. Toutefois, lorsque celle-ci fait l'objet d'une procédure collective, le législateur n'a pas jugé nécessaire de l'obliger à reconstituer ses fonds propres. Il en est de même lorsqu'elle bénéficie d'un plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire. Ainsi, pour M. le Professeur Lucas, « *si l'assemblée est consultée et si elle décide de ne pas dissoudre la société, elle n'est pas non plus tenue de réduire le capital d'un montant égal à celui des pertes*[410] ». Cette situation est étonnante. Lorsque la société est *in bonis*, elle encourt la dissolution anticipée si ses capitaux propres sont inférieurs à la moitié du capital social. En revanche, lorsqu'elle connaît des difficultés, son plan de redressement n'est pas soumis à la reconstitution de ses fonds propres. On comprend que le législateur n'a pas voulu précipiter le prononcé d'une liquidation judiciaire face à des associés ou des tiers qui seraient réticents à recapitaliser la société alors que son avenir est encore incertain. En outre, l'obligation de reconstitution des fonds propres sous peine de dissolution ne concerne que les SARL et les sociétés par actions. C'est pourquoi les articles L. 223-42 et L. 225-248 du Code de commerce écartent l'application de l'obligation de reconstituer les fonds propres de la société lorsqu'elle fait l'objet d'un redressement judiciaire dans le cadre de son plan de continuation. Traditionnellement, la doctrine majoritaire considère que ces dispositions sont compatibles avec l'obligation pour le tribunal de constater des mesures sérieuses de redressement ; il est en effet envisageable de disposer d'un plan de continuation viable alors que les fonds propres de la société ne sont pas encore, au moment de l'adoption du plan, au moins égaux à la moitié du capital social. Toutefois, on comprend des dispositions des articles précités que cette dispense ne vaut que pendant la période d'observation lorsque la société est en sauvegarde ou en redressement et seulement pendant la période d'application du plan. Pour

[409] L. 223-42 al. 1 pour les SARL, L. 225-248 al. 1 pour les SA, L. 226-1 pour les SCA : « *Si du fait des pertes constatées dans les documents comptables, les capitaux propres de la société deviennent inférieurs à la moitié du capital social.* »
[410] F.-X. Lucas, « Les associés et la procédure collective », *Petites Affiches*, 9 janvier 2002, 10, n° 40.

C1 - Internal use

un auteur, la reconstitution des capitaux propres n'est pas une obligation pendant la période d'observation mais devient obligatoire dans le cadre du plan[411]. En effet, si l'article L. 626-3 du Code de commerce évoque la reconstitution des fonds propres à un niveau proposé par l'administrateur, il ne s'agit pas d'une condition d'adoption du plan de continuation. Cet article a pour objet de préciser que le tribunal peut seulement conditionner l'adoption du plan de continuation à la reconstitution des fonds propres, à charge pour l'assemblée de statuer sur cette question pour laquelle elle demeure souveraine[412]. Pour un auteur la reconstitution des capitaux propres n'est obligatoire pour la société en difficulté que si elle est proposée au tribunal dans le cadre du plan de continuation[413]. En matière d'opération de coup d'accordéon, le juge ne peut imposer sa réalisation : elle doit être décidée par les associés. L'administrateur judiciaire ne peut que suggérer au tribunal une telle modification du capital. Il doit d'ailleurs au préalable solliciter le conseil d'administration, le directoire ou les gérants aux fins de convoquer une assemblée dans cet objectif. Ce n'est qu'en cas de carence des organes habilités à convoquer l'assemblée et dans le cadre d'une procédure de redressement[414], que l'administrateur sera habilité à convoquer une assemblée[415].

L'administrateur peut surmonter le refus des associés de reconstituer les fonds propres. En effet, aux termes de l'article L. 631-9-1 du Code de commerce, il a qualité pour demander la désignation d'un mandataire en justice chargé de convoquer l'assemblée compétente et de voter la reconstitution du capital, à concurrence du montant qu'il propose[416], à la place du ou des associés ou actionnaires opposants lorsque le projet de plan prévoit une modification du capital en faveur d'une ou plusieurs personnes qui s'engagent à exécuter le plan. Un auteur note que « *la souveraineté des associés s'arrête là où commence leur résistance*[417] ». Le tribunal peut également contourner une minorité de blocage dans cette hypothèse en prévoyant que

---

[411] Cass. com., 2 juillet 2013, n° 12-18.902 : Bull. Civ. 2013, IV, n° 113 ; Gaz. Pal. 29 sept.-1er oct. 2013, 25, obs. Ch. Lebel.
[412] Cass. com., 15 janvier 1991, n° 89-15822 : Bull. civ. 1991, IV, n° 27. Cass. com., 2 juillet 2013, n° 12-18.902 : Bull. Civ. 2013, IV, n° 113 ; Act. proc. coll. 2013, n° 206, obs. J. Vallansan ; Gaz. Pal. 29 sept.-1er oct. 2013, 25, obs. Ch. Lebel ; Bull. Joly sociétés 2013, 752, note P. Pailler.
[413] S. Sylvestre-Touvin, *op. cit.*, n° 173.
[414] Cette mesure est en effet exclue en matière de sauvegarde (art. L. 626-3 du Code de commerce).
[415] Article L. 621-58 : « *Lorsque l'administrateur envisage de proposer au tribunal un plan de continuation prévoyant une modification du capital, il demande au conseil d'administration, au directoire ou aux gérants, selon le cas, de convoquer l'assemblée générale extraordinaire ou l'assemblée des associés. En cas de besoin, l'administrateur peut convoquer lui-même l'assemblée. La convocation de celle-ci est faite dans les formes et délais prévus par décret en Conseil d'Etat.* »
[416] Avant la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle, il s'agissait de : « *à hauteur du minimum prévu au même article* ».
[417] V. Thomas, « La reconstitution des capitaux propres de la société en sauvegarde ou en redressement judiciaire », *in Droit des sociétés et procédures collectives*, L'Harmattan, 2018, n° 29, 115.

C1 - Internal use

l'assemblée compétente statuera, sur première convocation, à la majorité des voix dont disposent les associés ou actionnaires présents ou représentés, dès lors que ceux-ci possèdent au moins la moitié des parts ou actions ayant le droit de vote. Sur deuxième convocation, il est fait application des dispositions de droit commun relatives au quorum et à la majorité[418]. En contrepartie de règles de majorité allégées, les exigences en matière de quorum se retrouvent renforcées, afin d'assurer une « *représentativité incontestable*[419] ».

Certains considèrent que le législateur s'est inspiré des mécanismes d'abus de minorité par la nomination d'un mandataire ad hoc, à la différence que ce dernier doit voter en faveur du plan[420]. Par conséquent, il pourrait être possible d'imposer aux associés un coup d'accordéon[421]. Un auteur note toutefois que le mandataire est chargé de voter « sur la » et non « la » reconstitution du capital. Il reconnaît néanmoins que *de facto* le mandataire votera la reconstitution du capital comme sollicitée dans le plan de continuation adopté par le tribunal[422]. Il faut cependant noter que la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI[e] siècle est revenue sur cette rédaction en supprimant le mot « *sur*[423] » : le mandataire de justice sera chargé de voter la reconstitution du capital. Pour autant, la reconstitution des capitaux propres ne devient pas une condition *sine qua non* de l'adoption du plan ; cela dépend de l'administrateur chargé de le proposer, du tribunal qui doit le mentionner comme une condition du plan, de l'assemblée qui demeure souveraine en sauvegarde ou du mandataire ad hoc qui votera la mesure en cas de refus des associés du plan de redressement. La reconstitution des fonds propres n'est donc qu'une faculté qui dépend notamment des organes de la procédure.

72. Modalités de la reconstitution des fonds propres – « *Lorsque le projet de plan prévoit une modification du capital ou des statuts […] l'assemblée est d'abord appelée à reconstituer ces capitaux […] elle* [l'assemblée] *peut également être appelée à décider la réduction et l'augmentation du capital en faveur d'une ou plusieurs personnes qui s'engagent à exécuter le plan* »[424]. Pour un auteur, cela veut dire que le renforcement des fonds propres n'est un préalable

---

[418] Art. L. 626-16-1 du Code de commerce.
[419] P. Pétel, « La reprise interne », *in Droit des sociétés et procédures collectives*, L'Harmattan, 2018, 132.
[420] J.-P. Legros, « Le droit de vote dans les sociétés en difficulté », *Revue Droit des sociétés*, juillet 2014, 23.
[421] J.-P. Legros, « Le droit des entreprises en difficulté après l'ordonnance du 12 mars 2014 », *Droit des sociétés*, juin 2014, 18.
[422] V. Thomas, « La reconstitution des capitaux propres de la société en sauvegarde ou en redressement judiciaire », *in Droit des sociétés et procédures collectives*, L'Harmattan, 2018, n° 29, 115.
[423] Article 99.
[424] Article L. 626-3 du Code de commerce.

C1 - Internal use

obligatoire que si le plan prévoit une modification du capital[425]. Pis encore, cela suppose que la reconstitution des fonds propres est une condition préalable des modifications du capital. Ce même auteur note que « *faire de la reconstitution des capitaux propres un préalable à la restructuration du capital social obéit à une logique de consolidation financière. Subordonner la reconstitution des capitaux propres à la modification du capital revient à priver l'entreprise d'une mesure facilitant son sauvetage lorsqu'aucune recapitalisation n'est prévue* ». Il s'agit d'une anomalie du texte. La Cour de cassation a d'ailleurs déjà reconnu la validité d'un plan de continuation prévoyant une modification du capital alors même que les fonds propres étaient inférieurs à la moitié du capital social[426]. Par ailleurs, en précisant « *la réduction et l'augmentation du capital*[427] » le législateur a-t-il voulu rendre les deux opérations indissociables ? En effet, la réduction de capital ne permet pas en tant que telle de restructurer la société dans la mesure où elle permet seulement d'acter la participation aux pertes des associés et d'obtenir une présentation comptable plus flatteuse. Ainsi, l'augmentation de capital consécutive à la réduction va permettre l'apport de nouveaux capitaux indispensables au redressement de la société. Bien souvent, ces opérations sont couplées, ce qui peut expliquer la rédaction adoptée par le législateur. Selon la doctrine majoritaire, une lecture stricte de cet article doit être écartée. En effet, il peut être considéré que cette rédaction a pour objectif de mentionner les opérations qui peuvent être décidées par l'assemblée sans qu'il faille considérer que toute réduction de capital suppose une augmentation de capital, et vice-versa[428].

Toutefois, le mandat donné en cas de refus d'un associé ne peut porter que sur l'augmentation de capital selon les termes de l'article L. 631-19-2 du Code du commerce[429]. Cette interprétation serait renforcée par les travaux parlementaires et la décision du Conseil constitutionnel. Il faut remarquer qu'initialement, le mandat donné avait pour objet la reconstitution des capitaux propres à hauteur du minimum légal, c'est-à-dire la moitié du capital social. La loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 prévoit désormais que le renforcement des fonds propres peut aller

---

[425] V. Thomas, op.cit.
[426] Cass. com., 6 mars 1990, D. 1990, JCP E 1990, II, 647, 15891, note G. Bolard.
[427] Souligné par nos soins.
[428] En ce sens : S. Sylvestre-Touvin, *Le coup d'accordéon ou les vicissitudes du capital*, th. Paris I, PUAM, 2003, préf. P. Le Cannu, 149. ; G. Couturier, *op. cit.* N° 519, 299. *A contrario* : M. Jeantin, « La continuation de l'entreprise », numéro spécial, *RJ com*, 1986, 37.
[429] R. Dammann, F.-X. Lucas, « Le nouveau dispositif de dilution ou d'éviction de l'associé qui ne finance pas le plan de redressement de la société », *Bull. Joly Sociétés*, 1er octobre 2015, n° 10, 521.
I. Parachkévova, « L'augmentation de capital forcée dans la loi Macron », *Bull. Joly Sociétés*, 1er octobre 2015, n° 10, 529.

C1 - Internal use

au-delà du seuil légal jusqu'au montant proposé par l'administrateur[430], afin de disposer « *d'une plus grande capacité de gestion* » et de « *favoriser l'adoption du plan par le tribunal*[431] ». Un auteur note également que le texte ne semble pas permettre d'imposer un coup d'accordéon dans la mesure où l'objectif est de reconstituer les capitaux propres, ce qui ne passe pas forcément par une telle opération[432].

L'associé, en raison de ses droits ambivalents allant au-delà de sa qualité de créancier, conserve en principe ses droits extrapatrimoniaux. Toutefois, nous avons relevé que le droit des procédures collectives conduit de plus en plus à aménager ces droits afin qu'ils soient compatibles avec ses impératifs, quand bien même cela aurait un impact sur les droits fondamentaux de l'associé[433], sans pour autant écarter l'exercice des droits extrapatrimoniaux susceptibles de faire échouer l'adoption d'un plan de continuation. La loi Macron a toutefois consacré un aménagement ferme des droits de l'associé, mais son régime dépend de nombreuses conditions difficilement applicables et est fonction de l'opposition des associés et non de leur qualité de créancier de dernier rang et de leur engagement à contribuer aux pertes. L'ordonnance du 15 septembre 2021 constitue, pour sa part, un mécanisme efficace où l'associé est appelé à statuer sur le projet de plan à l'instar des autres créanciers.

B/ L'aménagement des droits extrapatrimoniaux issu de l'ordonnance du 15 septembre 2021

L'ordonnance du 15 septembre 2021 remet en cause pour partie le maintien des droits extra-patrimoniaux des associés qui, s'ils demeurent appelés à voter des mesures touchant au capital social ou plus généralement aux statuts de la société en difficulté, sont traités comme des créanciers en étant réunis au sein d'une ou plusieurs classes. La seule particularité sera la prise en compte de leur créance de nature hypochirographaire pour exclure de facto la possibilité de les mélanger avec une autre classe de créanciers. Il s'agit d'un changement de paradigme majeur du droit des procédures collectives puisque l'associé d'une société en difficulté ne

[430] Art. 99 (V).
[431] J.-M. Clément, J.-Y. Le Bouillonnec, Rapp. AN n° 3726, enregistré à la présidence le 6 mai 2016, spéc. 391.
[432] P. Pétel, « Entreprises en difficulté : encore une réforme ! », *JCP E*, n° 18, 1er mai 2014, 1223.
[433] J.-P. Langlais, L. Ghesquières, « Le droit de vote, droit fondamental de l'associé ? », *LPA*, 14 déc. 2007, 4 ; J.-J. Daigre, « Le droit de vote est-il encore un attribut essentiel de l'associé ?, *JCP E*, 1996, 575, pour qui « *le droit de vote est communément considéré comme l'un des attributs essentiels de l'associé* ». Il cite Y. Guyon, *Droit des affaires*, 8e éd., t. 1, *Droit commercial général et sociétés*, Economica, 1994, n° 307, et Y. Guyon, *Traité des contrats. Les sociétés. Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5e éd., LGDJ, 2002, n° 287 ; G. Ripert, R. Roblot, *Traité élémentaire de droit commercial*, 16e éd., t. 1, par M. Germain, LGDJ, 1996, n° 1242.

C1 - Internal use

conservera ses droits extra-patrimoniaux que dans la mesure de leur compatibilité avec leurs droits patrimoniaux de dernier rang. Néanmoins, il est précipité de parler de révolution dans la mesure où ce changement majeur est doublement limité dans son champ d'application (**1**) et dans sa portée (**2**).

1. Des classes de détenteurs de capital réservées

La constitution de classes de créanciers ne constitue pas la règle. Adopter un plan de reprise interne sans affronter le droit de véto des associés ne sera possible que dans certaines situations. Lorsque la société n'est pas en état de cessation des paiements depuis plus de 45 jours la constitution de classes de créanciers et a fortiori de détenteurs de capital, ne sera possible que dans la mesure où une sauvegarde accélérée a été préparée par le biais d'une procédure de conciliation préalable permettant d'assurer que le projet de plan puisse emporter une adhésion suffisante des parties affectées dans un délai court de quatre mois de procédure. Il sera également possible de bénéficier de classes de créanciers lorsque le débiteur n'est pas une PME c'est-à-dire qu'elle atteint, à la date de la demande d'ouverture de la procédure, les seuils suivants : (i) 250 salariés et 20 millions d'euros de chiffre d'affaires net, ou 40 millions d'euros de chiffre d'affaires net. Cela concerne également les sociétés qui détiennent ou contrôlent une autre société, au sens des articles L 233-1 et L 233-3, dès lors que l'ensemble des sociétés concernées atteint l'un des seuils précédents[434]. Ces seuils élevés sont ceux déterminant la compétence des tribunaux spécialisés[435]. En deçà de ces seuils, la constitution de classes de créanciers reposera sur la volonté du débiteur qui est seul en mesure d'en solliciter la demande auprès du juge-commissaire. En procédure de redressement judiciaire, les classes de créanciers sont là aussi réservées aux sociétés qui ne sont pas des PME selon les seuils précités. La seule différence avec la sauvegarde est qu'en deçà de ces seuils, l'obtention d'un accord majoritaire des classes de créanciers repose, au-delà de l'initiative du débiteur, sur une demande facultative de l'administrateur judiciaire auprès du juge-commissaire.

Le tissu français et européen des entreprises en procédures collectives étant majoritairement composé de PME (à 99 %[436]), il est à craindre que par son champ d'application extrêmement

[434] Articles L. 626-29 et R. 626-52 (article 22 du décret du 23 septembre 2021).
[435] Article L. 721-8 du Code de commerce.
[436] G. Téboul, « Actualité du droit des entreprises en difficulté : la réforme engagée par la nouvelle directive européenne », *Gaz. Pal.*, 2019, 30, 21.

C1 - Internal use

contraint, la réforme soit très peu utilisée. Pis encore, dans l'hypothèse exceptionnelle où une ou plusieurs classes de détenteurs de capital seraient réunies, les conditions d'application forcée du plan, malgré leur opposition, sont tellement restrictives que la portée de la réforme en ressort très limitée.

2. Une éviction des détenteurs de capital exceptionnelle

Si le débiteur est une grande entreprise ou s'il sollicite la constitution de classes de créanciers auprès du juge-commissaire ou en préparant une sauvegarde accélérée, alors l'éviction des associés ne sera possible que dans des cas exceptionnels reposant principalement sur le bon vouloir des intéressés ou à l'initiative du débiteur.

Il convient, à titre préliminaire, d'indiquer que l'éviction des associés ne sera prononcée que si le projet de plan soumis à l'approbation des classes de créanciers le prévoit. Or, en procédure de sauvegarde– normale ou accélérée – le projet de plan est initié par le débiteur qui dispose du monopole en la matière. Ainsi, si le débiteur est représenté par l'associé majoritaire il est peu probable que la restructuration repose sur les sacrifices des associés dans le cadre d'un plan de reprise interne. Cela limite encore une fois les probabilités d'occurrence de l'éviction forcée des associés en procédure collective. Si, par extraordinaire, le projet de plan préparé par le débiteur ou, en redressement judiciaire, par l'administrateur judiciaire, prévoit une reprise interne alors dans la grande majorité des cas les associés conservent leur pouvoir de blocage. En effet, un plan, pour être adopté, doit être voté par toutes les classes de créanciers affectés à la majorité des deux tiers. Si la ou les classes de détenteurs de capital s'opposent à ce projet, une application forcée du plan sera possible sur décision du tribunal que dans les conditions suivantes : (I) en sauvegarde, le débiteur doit en faire la demande ou si l'administrateur judiciaire souhaite demander une application forcée interclasse il doit obtenir l'accord du débiteur, (II) « *les parties affectées, partageant une communauté d'intérêt suffisante au sein de la même classe, bénéficient d'une égalité de traitement et sont traitées de manière proportionnelle à leur créance ou à leur droit* » [437]; (III) « *la notification du plan a été régulièrement effectuée à toutes les parties affectées* » [438] ; (IV) *« lorsque des parties affectées ont voté contre le projet de plan, aucune de ces parties affectées ne se trouve dans une situation*

[437] Articles L. 626-31 2° et L. 626-32 1°.
[438] Articles L. 626-31 3° et L. 626-32 1°.

C1 - Internal use

moins favorable, du fait du plan, que celle qu'elle connaîtrait s'il était fait application soit de l'ordre de priorité pour la répartition des actifs en liquidation judiciaire ou du prix de cession de l'entreprise en application de l'article L. 642-1, soit d'une meilleure solution alternative si le plan n'était pas validé »[439], (V) « *tout nouveau financement est nécessaire pour mettre en œuvre le plan et ne porte pas une atteinte excessive aux intérêts des parties affectées.* »[440], (VI) le plan offre « *une perspective raisonnable d'éviter la cessation des paiements du débiteur ou de garantir la viabilité de l'entreprise* » [441] ; (VII) « *les intérêts de toutes les parties affectées sont suffisamment protégés* »[442] ; (VIII) le projet a été approuvé par « *par au moins une des classes de parties affectées autorisée à voter, autre qu'une classe de détenteurs de capital ou toute autre classe dont on peut raisonnablement supposer, après détermination de la valeur du débiteur en tant qu'entreprise en activité, qu'elle n'aurait droit à aucun paiement, si l'ordre de priorité des créanciers pour la répartition des actifs en liquidation judiciaire ou du prix de cession de l'entreprise en application de l'article L. 642-1, était appliqué* »[443], (IX) « *les créances des créanciers affectés d'une classe qui a voté contre le plan sont intégralement désintéressées par des moyens identiques ou équivalents lorsqu'une classe de rang inférieur a droit à un paiement ou conserve un intéressement dans le cadre du plan* », néanmoins les créances des détenteurs de capital peuvent bénéficier d'un traitement particulier si cela est nécessaire pour atteindre les objectifs fixés par le plan et si cela ne porte pas une atteinte excessive aux droits ou intérêts des autres parties affectées ;[444] (X) la société ne doit pas être une PME selon les seuils d'éligibilité aux classes de créanciers soit 250 salariés et 20 millions d'euros de chiffre d'affaires net ou 40 millions d'euros de chiffre d'affaires net, sans que l'effectif ne puisse être inférieur à 150 salariés ou que le chiffre d'affaires net ne puisse être inférieur à 20 millions d'euros[445] ; (XI) « *on peut raisonnablement supposer, après détermination de la valeur du débiteur en tant qu'entreprise en activité, que les détenteurs de capital de la ou des classes dissidentes n'auraient droit à aucun paiement ou à ne conserver aucun intéressement si l'ordre de priorité des créanciers pour la répartition des actifs en liquidation judiciaire ou du prix de cession de l'entreprise en application de l'article L. 642-1*

---

[439] Articles L. 626-31 4° et L. 626-32 1°.
[440] Articles L. 626-31 5° et L. 626-32 1°.
[441] Articles L. 626-31 6° et L. 626-32 1°.
[442] Articles L. 626-31 7° et L. 626-32 1°.
[443] Article L. 626-32 2° b).
[444] Article L. 626-32 II.
[445] Lorsque le débiteur est une société qui détient ou contrôle une autre société au sens des articles L. 233-1 et L. 233-3, ces seuils sont appréciés au niveau de l'ensemble des sociétés concernées : R. 626-63 du Code de commerce.

C1 - Internal use

était appliqué »[446] ; (XII) « *si le projet de plan prévoit une augmentation de capital souscrite par apport en numéraire, les actions émises sont offertes par préférence aux actionnaires, proportionnellement à la partie du capital représentée par leurs actions* »[447]; (XIII) « *le plan ne prévoit pas la cession de tout ou partie des droits de la ou des classes de détenteurs capital qui n'ont pas approuvé le projet de plan.* »[448]

L'application forcée du projet de plan malgré l'opposition d'une ou plusieurs classes de détenteurs de capital repose donc sur le respect de treize conditions. Certaines sont pleinement justifiées et d'autres sont critiquables. En effet, il est indispensable, pour imposer un plan de reprise interne aux associés, de vérifier que la procédure d'approbation du plan a été respectée (les créanciers affectés ont été réunis au sein de classes partageant une communauté d'intérêt ; le plan a été régulièrement notifié). Il importe également de s'assurer que le plan a été élaboré dans le respect de l'ordre de priorité des créanciers et que les parties affectées n'ont pas de raison légitime de s'opposer au plan en application du test du meilleur intérêt puisqu'il est requis de démontrer qu'elles ne se retrouvent pas dans une situation moins défavorable qu'en cas de liquidation judiciaire, de plan de cession ou de meilleure solution alternative. C'est également un prérequis de vérifier que le plan offre des perspectives raisonnables d'éviter la cessation des paiements, garantisse la viabilité de l'entreprise et que les intérêts de toutes les parties affectées soient suffisamment protégés. Enfin, la condition tenant à l'absence de cession forcée des titres des détenteurs de capital opposants permet de trouver une intelligibilité dans la procédure en articulant l'aménagement des droits extra-patrimoniaux au titre de la loi du 6 août 2015 et au titre de l'ordonnance du 15 septembre 2021. En effet, le législateur en instituant les classes de créanciers n'a pas tenu à abroger le mécanisme de sanction de l'associé majoritaire ou disposant d'une minorité de blocage s'opposant, dans des circonstances très particulières, à l'adoption d'un plan de reprise interne. La cession forcée des titres sociaux de ces derniers est donc toujours encourue au titre de la loi du 6 août 2015 et elle ne pourra pas être prononcée dans le cadre d'une application forcée interclasse.

En revanche, certaines conditions semblent superfétatoires et nuisent à la compréhension du dispositif. En effet, trois conditions relèvent du même domaine d'intervention sans toutefois comprendre le même angle d'approche : le plan doit, en effet, prévoir un traitement entre créanciers égal et proportionnel à leur créance ou à leur droit ; assurer qu'aucune classe ne

[446] Article L. 626-32 5° b).
[447] Article L. 626-32 5° c).
[448] Article L. 626-32 5° d).

C1 - Internal use

reçoit ou conserve plus que le montant total de ses créances ou intérêts et que les créanciers opposant sont intégralement désintéressées par des moyens identiques ou équivalents lorsqu'une classe de rang inférieur a droit à un paiement ou conserve un intéressement dans le cadre du plan. Il aurait été plus lisible et efficace de prévoir un principe général de respect de l'ordre de priorité entre les créances.

Enfin, la condition particulière en cas d'application forcée à l'égard d'une ou plusieurs classes de détenteurs de capital relative à la démonstration préalable que ces derniers « *n'auraient droit à aucun paiement ou à ne conserver aucun intéressement si l'ordre de priorité des créanciers pour la répartition des actifs en liquidation judiciaire ou du prix de cession de l'entreprise en application de l'article L. 642-1 était appliqué* » (…) « *après détermination de la valeur du débiteur en tant qu'entreprise en activité* »[449] semble redondante avec la condition relative au test du meilleur intérêt des créanciers par laquelle « *aucune parties affectées ne se trouve dans une situation moins favorable, du fait du plan, que celle qu'elle connaîtrait s'il était fait application soit de l'ordre de priorité pour la répartition des actifs en liquidation judiciaire ou du prix de cession de l'entreprise en application de l'article L. 642-1, soit d'une meilleure solution alternative* »[450]. On comprend toutefois que le législateur a voulu s'assurer qu'aucune mesure de dilution forcée ne soit imposée aux associés s'ils conservent un intérêt, même très résiduel, dans la société. En effet, le test du meilleur intérêt aurait permis de prononcer une simple dilution des associés dans la mesure où cela demeure plus favorable qu'un plan de cession, une liquidation judiciaire ou toute autre situation issue d'une solution alternative. En exigeant que les détenteurs de capital n'aient le droit à aucun paiement ou intéressement, le législateur va au-delà du test du meilleur intérêt. Les créanciers peuvent donc être conduits à consentir des sacrifices même s'ils conservent des droits dans la société à partir du moment où le plan ne leur offre pas une situation plus défavorable que dans le cas d'une liquidation, une cession ou une autre solution alternative. Ce n'est pas le cas des détenteurs de capital qui conservent une situation plus protectrice puisqu'ils ne perdront leur droit de véto que dans l'hypothèse radicale où il est permis de supposer qu'ils ont réellement perdu tout intérêt dans la société en cas d'échec du plan.

Il est également contestable que l'application forcée du plan repose sur l'accord du débiteur et soit réservée aux seules sociétés qui ne sont pas des PME. En effet, les détenteurs de capital

---

[449] Article L. 626-32 5° b).
[450] Article L. 626-31 4°.

C1 - Internal use

sont invités à s'exprimer au sein d'une classe qui leur est dédiée, et non dans le cadre de l'assemblée générale, car le législateur les appelle à statuer en qualité de créanciers, au titre de leur créance particulière de dernier rang. S'il est déjà difficilement compréhensible que la constitution de classes de créanciers soit, par principe, réservée aux débiteurs qui ne sont pas des PME, il est encore plus surprenant que, lorsque par extraordinaire une PME décide de recourir à ce dispositif d'accord majoritaire, elle n'en bénéficie pas de toutes les caractéristiques en permettant aux détenteurs de capital de conserver leur droit de véto. En effet, dans toutes les sociétés, petites ou grandes, les associés se sont engagés à contribuer aux pertes. Or seul cet engagement justifie que les associés soient des créanciers de dernier rang mis à contribution dans le cadre d'une procédure collective où les autres créanciers disposant, par définition, d'un meilleur rang consentent de gré ou de force des sacrifices. Il est donc critiquable d'imposer un effectif minimum de 150 salariés ou un chiffre d'affaires net de 20 millions d'euros pour prononcer une éviction des associés au terme d'une procédure équilibrée, permettant d'offrir des perspectives raisonnables d'éviter la cessation des paiements ou garantir la viabilité de l'entreprise, où les parties sont suffisamment protégées notamment dans le cadre du respect de l'ordre de priorité et du test du meilleur intérêt des créanciers. Enfin, et pour les mêmes raisons, l'accord du débiteur pour prononcer l'application forcée interclasse est critiquable, quand bien même le débiteur doit se comprendre comme le représentant légal et non la majorité des détenteurs de capital comme le permettait la directive[451] et que cet accord n'est pas requis dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire.

Le maintien des droits extrapatrimoniaux de l'associé est consubstantiel à l'application du droit des sociétés, même dans le contexte particulier de l'ouverture d'une procédure collective. L'associé est en droit d'exercer ses prérogatives fondamentales, quand bien même cela peut bloquer l'adoption d'un plan de reprise interne de la société. Des exceptions ont néanmoins été prévues par le législateur et la jurisprudence, notamment en cas de contradiction entre les principes de la procédure collective et ceux propres au droit des sociétés. La loi Macron du 6 août 2015 et l'ordonnance du 15 septembre 2021ont toutefois essayé de répondre à la problématique posée dans cette étude. Le résultat est cependant insuffisant, car les régimes d'exception proposés ne reposent pas sur la nécessité d'assurer en tout état de cause la

[451] Rapport au président de la République, 7.

C1 - Internal use

compatibilité du maintien des droits extrapatrimoniaux de l'associé avec sa qualité de créancier de dernier rang.

L'analyse des droits patrimoniaux de l'associé a révélé que l'associé, créancier en application du droit des sociétés, était traité comme tel en vertu du droit des procédures collectives. Ses droits patrimoniaux sont aménagés comme ceux de tous les autres créanciers sociaux et la nature hypochirographaire de sa créance est respectée puisqu'il ne reçoit aucun paiement en violation de son rang subordonné au désintéressement de tous les créanciers sociaux. Toutefois, le principe de maintien de ses droits extrapatrimoniaux conduit à nuancer cette première conclusion. En effet, l'associé va disposer du pouvoir de conserver sa participation dans la société d'où prennent leur source les droits patrimoniaux de l'associé. Ainsi, alors que les créanciers qui disposent d'un meilleur rang consentent des sacrifices dans le cadre de la procédure collective, l'associé peut être amené à conserver l'intégralité de ses droits. Ce droit au maintien de l'associé dans ses droits extrapatrimoniaux conduit à des points d'achoppement entre le droit des procédures collectives et du droit des sociétés.

Pour expliquer cette situation, il est traditionnellement invoqué les droits fondamentaux de l'associé que le droit des sociétés est chargé de préserver. Par ailleurs, ce constat est peut-être à nuancer si les garde-fous prévus par le droit des sociétés conduisent à sanctionner l'associé qui ferait de ses droits extrapatrimoniaux un exercice pouvant être contraire à la nature hypochirographaire de ses droits patrimoniaux.

C1 - Internal use

TITRE II :
DES OBSTACLES À L'ÉVICTION DES ASSOCIÉS ISSUS DU DROIT DES SOCIÉTÉS

Lorsque la société est en difficulté, l'application cumulative du droit des sociétés et du droit des procédures collectives peut créer des zones d'incohérence. À tel point que l'éviction totale ou partielle de l'associé est envisagée – et même consacrée par le législateur[452] –, pour satisfaire aux impératifs de la procédure collective. L'éviction instaurée par la loi n'est toutefois qu'un régime d'exception qui trouvera rarement à s'appliquer. Le fait générateur de l'éviction sous l'empire de la loi Macron du 6 août 2015 est l'opposition des associés provoquant le rejet du plan de continuation envisagé par les créanciers et le tribunal. Il s'agit là de l'anomalie majeure de ce régime. L'éviction des associés devrait en effet être fondée par principe sur l'engagement de chaque associé à contribuer aux pertes[453]. L'éviction de l'associé d'une société en difficulté sur la base de sa contribution aux pertes n'a pas de portée générale puisque le législateur est traditionnellement réticent à restreindre ses droits extrapatrimoniaux. Il faut toutefois mesurer, à l'aune de son engagement de contribuer aux pertes, s'il s'agit d'un véritable obstacle (**chapitre 2**). Il convient également de s'assurer que le droit des sociétés n'est pas en mesure de prévenir et de pallier l'obstruction d'un associé à l'adoption d'un plan de continuation reposant sur une reprise interne **(chapitre 2)**.

[452] Voir §2 Chapitre 2, Titre I de cette première partie.
[453] Voir Partie 2.

C1 - Internal use

CHAPITRE 1 :

LES DROITS FONDAMENTAUX DES ASSOCIÉS, OBSTACLES APPARENTS A LEUR ÉVICTION

L'aménagement des droits extra-patrimoniaux des associés d'une société en difficulté est conçu comme une mesure exceptionnelle, car les mécanismes d'éviction sont réputés entrer en contradiction avec les droits dits intangibles de l'associé[454]. Pour apprécier la pertinence de cette accusation, il convient de bien distinguer la sanction de la cession forcée des titres sociaux ou de la dilution forcée pouvant être prononcées à l'encontre des associés disposant de la majorité du capital ou d'une minorité de blocage en application notamment de la loi du 6 août 2015, ou de la dilution forcée prononcée dans le cadre d'une décision prise par les classes de créanciers affectés comprenant une ou plusieurs classes de détenteurs de capital, en application de l'ordonnance du 15 septembre 2021. Il s'agit donc de mesurer la compatibilité de l'éviction d'un associé d'une société en difficulté avec son droit de propriété (**Section 1**) et son droit au maintien du pacte social (**Section 2**).

SECTION 1/ L'ÉVICTION DE L'ASSOCIÉ A L'ÉPREUVE DE SON DROIT DE PROPRIÉTÉ

L'éviction d'un associé par sa dilution forcée ou la cession forcée de ses titres constitue *a priori* une atteinte frontale à son droit de propriété. Il pourrait s'agir « *d'expropriation pour cause de nécessité sociale* », pour reprendre l'expression de M. le Professeur Derrida. En effet, si la jurisprudence a très vite reconnu l'absence de droit de l'associé sur le patrimoine de la société, en raison de l'écran de la personne morale[455], il reçoit en contrepartie de son apport des titres sociaux qui vont lui conférer des droits pécuniaires à l'encontre de la société et des droits extrapatrimoniaux à exercer au sein de celle-ci. L'associé a très vite été considéré par la loi et la jurisprudence comme propriétaire de ses titres sociaux.

---

[454] M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *Droit des sociétés*, 30e éd., LexisNexis, Manuels, 2017, no 474 ; M. Germain, « La renonciation aux droits propres des associés », *in Mélanges en hommage à François Terré*, 1999, Dalloz, PUF, J.-Cl., 401.
[455] Cass. civ., 3 mars 1829, S, 1828-1830, 241.

C1 - Internal use

Or, le droit de propriété est un droit fondamental protégé par les articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui en garantissent la préservation[456]. Le Conseil constitutionnel a sur cette base consacré le caractère « *inviolable et sacré* » du droit de propriété[457]. Si ce dernier est défendu, un auteur note que les droits patrimoniaux sont de plus en plus attaqués : « *Sur le plan pratique, en effet, les lois qui emportent la suspension ou l'extinction de droits patrimoniaux en dehors de la propriété classique sont, non seulement prisées par le législateur contemporain mais aussi, dans un contexte toujours renouvelé de crise économique, un instrument d'avenir* » [458]. Certains auteurs considèrent que le droit de propriété de l'associé justifie son droit de demeurer associé[459] : « *Un associé ne peut être exclu, car, propriétaire de ses titres, il ne peut être exproprié que dans les conditions fixées au terme de l'article 545 du Code civil*[460]. » En revanche, dans certains systèmes juridiques, l'associé n'a pas un droit de propriété mais un droit de créance. Il s'agit dès lors d'analyser la nature des droits de l'associé (**§1**) afin de vérifier qu'ils ne constituent pas un obstacle à son éviction partielle ou totale (**§2**).

§1/ Le droit de propriété de l'associé, un droit discuté mais consacré

Le droit de propriété de l'associé a été consacré par les juridictions françaises et européennes (**A**). Cette consécration n'exclut toutefois pas le débat sur l'objet de ce droit de propriété[461] : tantôt l'associé est propriétaire de biens corporels matérialisés par l'inscription en compte[462], tantôt la propriété porte sur des biens incorporels qui, comme tous les biens n'ayant pas de caractère matériel, sont formalisés en l'occurrence par une inscription en compte[463](**B**).

---

[456] Article 2 : « *Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression*. »
[457] Cons. const., 16 janv. 1982, nº 81-132 DC, Loi de nationalisation, cons. 13 et 16.
[458] V. Mazeaud, « Droit réel, propriété et créance dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RTD civ.*, 2014, 29.
[459] Cette acceptation justifie à ce titre que le droit de demeurer associé est un droit extra-patrimonial à dimension patrimoniale.
[460] A. Tadros, *La jouissance des titres sociaux d'autrui*, th. Paris I, Dalloz, 2013, préf. Th. Revet, 79, nº 66.
[461] P. Le Cannu, « L'état d'actionnaire à l'épreuve du droit des sociétés. L'acquisition de la qualité d'actionnaire », in « Qu'est-ce qu'un actionnaire ? », *Rev. Sociétés*, 1999, 521.
[462] D. R. Martin, « De la nature corporelle des valeurs mobilières (et autres droits scripturaux) », *D.*, 1996, chron. 47 ; « De l'inscription en compte d'actifs scripturaux », *D.*, 1998, chron. 16.
[463] A. Reygrobellet, *La notion de valeur mobilière*, th. Paris II, 1995, dir. B. Oppetit ; C. Lassalas, *L'inscription en compte des valeurs : la notion de propriété scripturale*, th. Clermont-Ferrand, 1997 ; A.-L. Archambault, *La nature juridique des valeurs mobilières*, th. Paris I, 1998.

C1 - Internal use

A/ Consécration légale et jurisprudentielle du droit de propriété de l'associé sur ses titres sociaux

Le législateur et la jurisprudence affirment de façon constante que l'associé a la qualité de propriétaire. Cet axiome est d'ailleurs repris par la doctrine qui considère qu'« *être associé c'est être propriétaire des parts ou actions*[464] ».

1. *La consécration légale et jurisprudentielle du droit de propriété de l'associé*

73. Le Conseil constitutionnel a consacré le droit de propriété de l'associé[465]. En effet, la nationalisation de sociétés a été considérée comme une atteinte au droit de propriété pour cause de nécessité publique qui requiert une juste et préalable indemnisation. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs estimé que la privation du droit de vote d'un associé dans le cadre de la réglementation relative aux franchissements de seuils constitue une atteinte au droit de propriété[466].

---

[464] D. Gallois-Cochet, R. Le Guidec, *Entrée en société et qualité d'associé*, Defrénois, 2015, nº 20, 1035, spéc. 1038.

[465] Cons. const, D.C., nº 81-132, 16 janv. 1982, Rec. Cons. const., 18 : JCP G 1982, II, 19788, note N. Quoc Vinh et C. Franck ; AJDA 1982, 377, note J. Rivero ; Gaz. Pal. 1982, 1, 67, note A. Piédelievre et J. Dupichot ; D. 1983, 169, note L. Hamon. Dans le même sens, Cons. const, D.C., nº 89-254, 4 juill. 1989 : D. 1990, 209, note F. Luchaire ; RTD civ. 1990, 519, note F. Zénati. V. J. Mestre, « Le Conseil constitutionnel, la liberté d'entreprendre et la propriété », *D.*, 1984, 1. V. aussi L. Favoreu, L. Philip, avec la collaboration de P. Gaïa, R. Ghevontian, F. Mélin-Soucramanien, A. Roux, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 17e éd., Dalloz, 2013. Add. CC, Q.P.C., nº 2013-369, 28 févr. 2014, considér. nº 10 : « *[…] l'actionnaire détenteur des actions soumises aux dispositions contestées en demeure le seul propriétaire.* »

[466] Cons. const., 28 févr. 2014, déc. nº 2013-369 QPC, Sté Madag : JurisData nº 2014-003798 ; JCP E 2014, 1118, note A. Couret ; Bull. Joly Sociétés 2014, 305, nº 111m1 : « *10. Considérant que l'actionnaire détenteur des actions soumises aux dispositions contestées en demeure le seul propriétaire ; qu'il conserve notamment son droit au partage des bénéfices sociaux et, éventuellement, les droits qui naîtraient pour lui de l'émission de bons de souscription d'actions ou de la liquidation de la société ; qu'il peut librement céder ces actions sans que cette cession ait pour effet de transférer au cessionnaire la suspension temporaire des droits de vote ; que la privation des droits de vote cesse deux ans après la régularisation par l'actionnaire de sa déclaration ; qu'elle ne porte que sur la fraction des actions détenues par l'actionnaire intéressé qui dépasse le seuil non déclaré ; que l'actionnaire dispose d'un recours juridictionnel pour contester la décision le privant de ses droits de vote ; 11. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que, d'une part, les atteintes au droit de propriété qui peuvent résulter de l'application des dispositions contestées n'entraînent pas de privation de propriété au sens de l'article 17 de la Déclaration de 1789 ; que, d'autre part, compte tenu de l'encadrement dans le temps et de la portée limitée de cette privation des droits de vote, l'atteinte à l'exercice du droit de propriété de l'actionnaire qui résulte des dispositions contestées ne revêt pas un caractère disproportionné au regard du but poursuivi ; que, par suite, les griefs tirés de l'atteinte au droit de propriété doivent être écartés.* »

C1 - Internal use

Il en est de même pour la première chambre civile[467], la troisième chambre civile et la chambre commerciale de la Cour de cassation[468] qui ont, par exemple, utilisé les concepts du droit de propriété en matière d'usufruit de droits sociaux, en considérant que l'usufruitier ne pouvait être privé du « *droit d'user de la chose grevée d'usufruit et d'en percevoir les fruits, alors que l'article 578 du Code civil attache à l'usufruit ces prérogatives essentielles*[469] ». De la même façon, la Cour européenne des droits de l'homme[470] juge que les parts sociales[471] et les actions[472] sont des biens susceptibles d'être protégés au sens de l'article 1er protocole additionnel de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales[473].

74. Consécration légale – Le droit de propriété de l'associé a très vite été consacré par le législateur : la loi du 24 juillet 1867 s'y référait déjà[474]. Ce droit de propriété porte sur les parts sociales ou les actions (ou les valeurs mobilières donnant accès au capital) détenues par l'associé. Que cela soit en matière de transfert de titres de capital[475], d'identification des titres

---

[467] Cass. 1re civ., 1er mars 2017, nº 15-20817, ECLI:FR:CCASS:2017:C100251, FS–PB.
[468] Cass. 1re civ., 17 déc. 2009, nº 08-19.895, FS P+B : Dr. sociétés mars 2010, comm. 45, note H. Hovasse ; JCP E 2010, 1121, comm. H. Hovasse ; D. 2010, 90, obs. A. Lienhard ; D. 2010, 745, note M. Laroche ; RTD com. 2010, 387, note M.-H. Monsèrié-Bon. V. not. Cass. 3e civ., 9 juill. 2013 nº 12-17.358.
Pour l'associé propriétaire de parts sociales, v. not. Cass. com., 16 juin 1975, 73-14.609 : Bull. civ. IV, 1975, 139, nº 167 ; com., 2 juill. 2013, nº 12-18.902. Pour l'associé propriétaire d'actions, v. not. Cass. com., 15 nov. 2011, nº 10-19.620, D. 2011, 2931, obs. A. Lienhard ; RTD com. 2011, 767, obs. B. Dondero et P. Le Cannu ; Rev. sociétés 2012, 299, note M. Dubertret ; Dr. sociétés 2012, comm. 26, obs. D. Gallois-Cochet ; BJS 2012, 313, § 173, note F.-X. Lucas.
[469] Cass. com. 31 mars 2004, Bull. civ. IV, nº 70 : D. 2004. AJ 1167 note A. Lienhard ; *ibid.* Somm. 2925, obs. J.-C. Hallouin ; JCP N 2004, 1303, note H. Hovasse ; ibid. 1453, note A. Rabreau ; Defrénois 2005, 505, note D. Fiorina ; *ibid.* 896, note J. Honorat ; Dr. et patr. juill.- août 2004, 42.
[470] F. Sudre, « La protection du droit de propriété par la Cour européenne des droits de l'homme », *D.*, 1988, 71. V. égal. A.-F. Zattara-Gros, *La dimension constitutionnelle et européenne du droit de propriété*, th., LGDJ, 2001, préf. R. Cabrillac. 282 CEDH, 9 juill. 1986, Lithgow, préc., consid. nº 19 et s.
[471] CEDH, sect. III, 5 oct. 2006, Pokis c/ Lettonie, nº 528/02.
[472] CEDH 25 juill. 2002, Sovtransavto Holding c/ Ukraine, nº 48553/99.
[473] Art. 1 du Protocole 1 de la Convention : « Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes. »
[474] Art. 13 : « *Sont punis de la même peine : […] Ceux qui, en se présentant comme propriétaires d'actions ou de coupons d'actions qui ne leur appartiennent pas […]* »
Art. 26 : « *Les administrateurs doivent être propriétaires d'un nombre d'actions déterminé par les statuts*. »
Art. 27 « *[…] Les statuts déterminent le nombre d'actions qu'il est nécessaire de posséder, soit à titre de propriétaire, soit à titre de mandataire, pour être admis à l'assemblée, et le nombre de voix appartenant à chaque actionnaire eu égard au nombre d'actions dont il est porteur.* »
[475] Un paragraphe du Code monétaire et financier portant sur les titres financiers est intitulé « Du transfert de propriété », Livre 2, titre 1, section 2, sous-section 3, paragraphe 2 C. mon. fin. L. 211-16 modifié par l'ordonnance nº 2017-1674 du 8 décembre 2017 - art. 2 : « *Nul ne peut revendiquer pour quelque cause que ce soit un titre financier dont la propriété a été acquise de bonne foi par le titulaire du compte-titres dans lequel ces titres sont*

C1 - Internal use

au porteur[476], de conversion des titres au porteur ou au nominatif[477] ou en cas d'opérations particulières[478], le législateur se réfère invariablement à la propriété des titres sociaux.

2. L'origine du droit de propriété de l'associé

Il ressort de ces textes que l'associé est considéré comme propriétaire du bien que constitue sa part sociale ou son action. Ainsi, son droit semble consister en un droit de propriété, absolu et exclusif, qu'il exerce sur son titre. L'associé dispose d'un pouvoir direct sur ses titres sociaux ; l'exercice de ce droit ne dépend pas d'un tiers[479]. Il s'agit d'un droit opposable à la société et aux tiers. L'associé dispose de la libre disposition de ses titres, qu'il peut transférer sans en référer à la société – sauf les cas particuliers où il aurait consenti à l'insertion d'une clause d'agrément ou serait associé d'une société dont la forme sociale requiert légalement l'agrément d'un organe social en cas de cession des titres[480]. Les titres sociaux représentent donc l'objet de propriété de l'associé sur lequel celui-ci peut exercer un droit réel. Une fois le bien entré dans son patrimoine lors de la souscription ou l'acquisition de titres sociaux, l'associé en tant que propriétaire peut exercer tous les droits réels sur ce bien – sans que son droit s'exerce envers la

---

inscrits ou par la personne identifiée par le dispositif d'enregistrement électronique partagé mentionné à l'article L. 211-3 » ; L. 211-17, modifié par l'ordonnance nº 2017-1674 du 8 décembre 2017 - art. 2I : « *Le transfert de propriété de titres financiers résulte de l'inscription de ces titres au compte-titres de l'acquéreur ou de l'inscription de ces titres au bénéfice de l'acquéreur dans un dispositif d'enregistrement électronique partagé mentionné à l'article L. 211-3.* »

[476] Art. L. 211-5 C. mon. fin , modifié par l'ordonnance nº 2009-107 du 30 janvier 2009 - art. 4 : « *La procédure d'identification des propriétaires de titres de capital est fixée aux articles L. 228-2 à L. 228-3-6 du code de commerce*. »

[477] Articles L. 228-1 et s. du Code de commerce : « *Nonobstant toute convention contraire, tout propriétaire dont les titres font partie d'une émission comprenant à la fois des titres au porteur et des titres nominatifs a la faculté de convertir ses titres dans l'autre forme.* » Article L. 225-124 *: « Toute action convertie au porteur ou transférée en propriété perd le droit de vote double attribué en application de l'article L. 225-123.* »

[478] Article L. 211-27 modifié par l'ordonnance nº 2017-1432 du 4 octobre 2017 - art. 5 (V) : « *La pension est l'opération par laquelle une personne morale, un fonds commun de placement, un fonds de placement immobilier, un fonds professionnel de placement immobilier, un fonds de financement spécialisé, ou un fonds commun de titrisation cède en pleine propriété à une autre personne morale, à un fonds commun de placement, à un fonds de placement immobilier, un fonds professionnel de placement immobilier ou à un fonds commun de titrisation, moyennant un prix convenu, des titres financiers et par laquelle le cédant et le cessionnaire s'engagent respectivement et irrévocablement, le premier à reprendre les titres, le second à les rétrocéder pour un prix et à une date convenus.* ». Article L. 225-110 : « *Le droit de vote est exercé par le propriétaire des titres remis en gage. À cet effet, le créancier gagiste dépose, à la demande de son débiteur, les actions qu'il détient en gage, dans les conditions et délais fixés par décret en Conseil d'État.* »

[479] M. Germain, V. Magnier, *Les sociétés commerciales*, t. 2, 21e éd., LGDJ, coll. Traité de droit des affaires, 2014, t. 2, 21e éd., nº 2036 : « *Un droit qui se rattache à la catégorie des droits réels par les pouvoirs qu'il confère en vue de son utilisation directe et immédiate et par son opposabilité absolue*. »

[480] Sauf dans les SNC dans la mesure où les parts sociales ne peuvent être cédées qu'avec le consentement de tous les associés (C. com., art. L. 221-13) ; et aucune disposition n'impose à la société d'organiser le rachat des parts en cas de refus d'agrément.

C1 - Internal use

société[481]. Évidemment, la valeur de ce droit de p0020ropriété dépend de la prospérité de la société qui peut être influencée par l'exercice des droits patrimoniaux et extrapatrimoniaux.

75. Le rôle de l'inscription en compte – Avant les années 1980, les valeurs mobilières étaient matérialisées par des titres papier, elles pouvaient dès lors être considérées comme des biens meubles corporels[482]. À ce titre, le régime de transfert de propriété s'opérait *solo consensu.* Malgré la dématérialisation de ces titres consacrée par une loi de 1981[483], cette règle du transfert *solo consensu* a été conservée. La jurisprudence, en l'absence de texte, a en effet décidé que l'inscription en compte n'avait aucune portée en ce qui concerne le transfert de propriété des actions entre les parties, lequel s'opère par le seul effet de la convention de cession[484] ; l'inscription en compte n'a pour objet que de rendre cette cession opposable aux tiers[485].

Jusqu'en 1993, aucune distinction n'était faite entre le transfert de propriété de titres cotés et celui de titres non cotés. Une loi de 1993 est venue opérer cette distinction en posant le principe d'un transfert de propriété des valeurs mobilières admises sur un marché réglementé par l'inscription au compte de l'acheteur. En 2004[486], une ordonnance a consacré un transfert de propriété des titres non cotés par leur inscription au compte de l'acheteur, dans les conditions fixées par décret en Conseil d'État. Cette généralisation de la règle n'était pourtant qu'apparente puisque ce décret prévoyait que « *l'inscription au compte de l'acheteur est faite à la date fixée par l'accord des parties* ». Une part de consensualisme demeurait dans le mécanisme de transfert de propriété des titres et une distinction de régimes entre titres cotés et titres non cotés était maintenue. Une ordonnance de 2005[487] est venue modifier une fois encore le régime de transfert de propriété de valeurs mobilières cotées en prévoyant qu'il ne devait plus correspondre à la négociation, mais au dénouement effectif de l'opération. Enfin, l'ordonnance du 8 janvier 2009 a uniformisé le régime de transfert de propriété des titres financiers avec

---

[481] C. Barrillon, *op. cit.*, n° 68.
J.-M. Moulin, « L'éviction statutaire d'un associé ne saurait être confondue avec une procédure d'exclusion », *Gaz. Palais*, 24 mai 2016, n° 19, 63.
[482] A noter que les titres nominatifs ont toujours revêtu un caractère incorporel, comme l'ensemble des parts sociales.
[483] Article 94-II de la loi du 30 décembre 1981 et articles 1er et 2 du décret du 2 mai 1983.
[484] Cass., com., 22 novembre 1988, Bulletin 1988 IV n° 322, 216.
[485] Cass., com., 24 janvier 1989, Bulletin 1989 IV n° 39, 23.
[486] Ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 portant réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés commerciales et extension à l'outre-mer de dispositions ayant modifié la législation commerciale.
[487] Ordonnance n° 2005-303 du 31 mars 2005 portant simplification des règles de transfert de propriété des instruments financiers admis aux opérations d'un dépositaire central ou livrés dans un système de règlement et de livraison.

C1 - Internal use

l'article L. 211-17 du Code monétaire et financier qui dispose que « *le transfert de propriété des titres financiers résulte de l'inscription de ces titres au compte-titres de l'acquéreur* ».

76. Dématérialisation des titres sociaux – Le rôle accordé à l'inscription en compte a conduit certains auteurs à démontrer la nature corporelle du titre[488]. L'article 1er du décret du nº 83-359 du 2 mai 1983 prévoit en effet que les « *titres financiers ne sont matérialisés que par une inscription en compte de leur propriétaire* ». L'inscription en compte rendait les valeurs mobilières (par nature des choses de genre fongibles et donc insusceptibles de droit de propriété selon la théorie classique) individualisables[489]. Toutefois, nous rejoignons un auteur pour considérer que « *les choses de genre que sont les valeurs mobilières ne peuvent faire l'objet d'une identification. Or seuls les corps certains sont des choses identifiées. Les choses de genre peuvent, pour leur part, éventuellement faire l'objet d'une individualisation. Mais elle ne leur confère qu'une individualité fonctionnelle qui, ne modifiant en rien leur nature, ne peut les transformer en corps certains*[490] ».

Au contraire, pour certains, « *le passage d'un titre que l'on peut toucher à une inscription sur un registre exprime la préférence apportée à la valeur par rapport à la matière*[491] ». Les auteurs considérant les valeurs mobilières comme des meubles corporels ont, semble-t-il, surestimé le rôle de l'inscription en compte. En effet, si celle-ci est érigée en mode de transfert de propriété, elle n'est pas pour autant un mode d'acquisition de la propriété des titres financiers. L'inscription est un des modes de mise en possession. Une convention de cession valide et régulièrement appliquée ainsi que l'exercice des droits sociaux afférents sont également un mode de mise en possession. De surcroît, la loi fait de l'inscription en compte un mode de preuve du transfert de la propriété posant à ce titre des présomptions de propriété. Or, par le jeu des présomptions légales et notamment la présomption simple de propriété entre les parties, il est clairement établi qu'il existe un sous-jacent pouvant faire tomber l'inscription en compte. Autrement dit, en permettant à l'une des parties de prouver son droit de propriété quand bien même celui-ci bénéficierait d'une inscription en compte, cela dénote que celle-ci n'est pas un fondement de la propriété, que les relations préexistantes peuvent la surpasser et par extension

---

[488] D. Lepeltier, « Rôle de l'inscription en compte d'une cession d'actions nominatives », *Bulletin Joly Sociétés*, 1994, 93, § 18, spéc. nº 3. D. R. Martin, « De la nature corporelle des valeurs mobilières (et autres droits scripturaux) », *D.*, 1996, 47. V. égal. D. R. Martin, « La théorie de la scripturalisation », *D.*, 2005, 1702, nº 11.
[489] D. R. Martin, « De la nature corporelle des valeurs mobilières (et autres droits scripturaux) », *D.*, 1996, 47, nº 6.
[490] J. Granotier, *Le transfert de propriété des valeurs mobilières*, th. Paris II, Economica, 2010, préf. D. Cohen, nº 99.
[491] F. Terré, Ph. Simler, *Droit civil, Les biens*, 9e éd., Dalloz, coll. Précis, 2014, 71, nº 57.

C1 - Internal use

combler le défaut d'inscription[492]. Il est en effet possible d'apporter la preuve contraire par tous moyens. Ainsi, le défaut d'inscription en compte ne signifie pas que l'acquéreur n'est pas propriétaire mais seulement qu'il ne bénéficie pas des facilités probatoires pour le prouver. De plus, poser une condition de bonne foi atteste que la pure condition formelle est faillible : la preuve de la mauvaise foi permettrait d'outrepasser l'inscription. Pour M. le Professeur Le Nabasque, la théorie de l'incorporation du droit dans le titre relève d'une grave confusion entre *l'instrumentum* et le *negotium*[493]. Cette inscription a pour rôle de permettre une cession simplifiée des droits de créance et de permettre au cessionnaire d'opposer son droit. Il ne s'agit que d'assurer un régime optimal de négociabilité des titres. L'inscription en compte n'est que la retranscription d'un droit acquis antérieurement : pour preuve, on remarque que ce droit préexiste à toute inscription en compte puisque l'acquéreur dispose d'une action en exécution forcée de l'inscription en compte. Il existe, dès lors, un droit afférent préexistant et valable puisqu'il constitue la base d'une exécution en nature. Pour un auteur, l'inscription en compte n'est que le « *reflet d'un lien juridique donné ; ainsi même si l'inscription en compte est requise* ad validitatem*, elle ne peut remplacer l'expression de volonté originelle nécessaire à la création ou à la circulation du titre*[494] ». L'inscription serait donc une condition complémentaire mais non exclusive de l'acquisition de la propriété. En effet, c'est le contrat qui fonde l'inscription, le droit de propriété dépend alors de la validité et de l'efficacité du sous-jacent. Autrement dit, l'inscription présume le transfert de propriété, mais elle ne fonde pas l'acquisition de la propriété. Le droit de propriété de l'associé s'exerce donc sur un bien meuble incorporel, à l'instar du droit de propriété intellectuelle[495].

Il faut toutefois noter que les parts sociales et les actions sont qualifiées de biens complexes ; ils comprennent un droit de propriété permettant à l'associé d'exercer des droits réels sur ses titres, mais ils confèrent également des droits patrimoniaux et extrapatrimoniaux que l'associé va pouvoir exercer à l'encontre de la société, postulant de l'existence d'un droit de créance[496].

---

[492] CA. Paris, 5-9, 11 janv. 2018, nº 16/10056, note A. Reygrobellet, BJS mai 2018, nº 118p3, 274.
[493] Il prend comme exemples qu'en application de l'article L. 228-10 les actions deviennent négociables dès l'immatriculation de la société et qu'en application des articles L. 225-147 al. 3, L. 225-146 et L. 228-10, les droits de l'apporteur existent le jour où l'assemblée générale extraordinaire approuve la valeur de l'apport en nature ou, pour l'apport en numéraire, dès l'établissement du certificat du dépositaire.
[494] V. Allegaert, « De la propriété des valeurs mobilières », *Bull. Joly Sociétés*, mars 2005, nº 3, 340.
[495] Cons. const., 27 juill. 2006, nº 2006-540 DC, Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, cons. 15, D. 2006. 2157, chron. C. Castets-Renard ; RTD civ. 2006. 791, obs. T. Revet.
[496] Nº 62. L'auteur considère que la complexité des titres de capital justifie l'exclusion la qualification de droit de créance : « *Ainsi, la part sociale est un bien meuble par détermination de la loi. Et, de notre point de vue, il s'agit*

C1 - Internal use

B/ Le droit de propriété de l'associé, un droit discuté

Ripert observait déjà que « *le régime capitaliste a transformé le propriétaire en créancier, il a enlevé aux hommes la possession des usines, des véhicules, des mines, des eaux ; il leur a donné à la place une part dans les profits réalisés par l'exploitation de ces biens*[497] », ce qui invite à s'interroger sur la nature des droits de l'associé.

77. Les titres de capital, un droit de créance – Les titres de capital confèrent à l'associé des droits vis-à-vis de la société émettrice qui permettent de lui attribuer la qualité de créancier relativement, le cas échéant, au paiement du dividende, du boni de liquidation et au remboursement de l'apport réalisé[498]. Le fait que les titres de capital lui permettent également de bénéficier de prérogatives extrapatrimoniales n'exclut pas de fait sa qualité de créancier : il est envisageable qu'un créancier bénéficie de prérogatives particulières[499]. Les prérogatives extrapatrimoniales pourraient d'ailleurs être considérées comme faisant partie intégrante du droit de créance de l'associé[500] : la société émettrice est en effet débitrice d'une obligation d'organiser une assemblée générale pour certains évènements sociaux, d'une obligation d'information des associés, etc.

---

d'un bien meuble incorporel dans la mesure où la part sociale désigne la fraction détenue par l'associé du tout que constitue la société. Cette fraction est à la fois celle du capital social, celle des droits sociaux attribués à l'associé et celle des obligations de l'associé dans la société. Mais il ne semble pas possible de résumer la part sociale à un ensemble de droits : celle-ci inclut des droits mais elle comporte également des obligations à la charge de l'associé. Il faut donc probablement considérer que si la part sociale inclut un droit, elle ne saurait se confondre avec celui-ci. Ceci exclut, en particulier, d'avoir à discuter d'une éventuelle qualification de droit de créance, au sein de la catégorie des biens meubles incorporels puisque la part sociale ne s'y résume pas. »

[497] G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 1946, 128, n° 54 et s.

[498] F.-X. Lucas, « Retour sur la notion de valeur mobilière », *BJS*, 2000, 765, § 185. V. auparavant : F.-X. Lucas, *Les transferts temporaires de valeurs mobilières, Pour une fiducie de valeurs mobilières*, th., LGDJ, 1997, préf. L. Lorvellec, 219, n° 433. V. égal. H. Le Nabasque, « Les actions sont des droits de créance négociables », *in Aspects actuels du droit des affaires, Mél. Y. Guyon*, Dalloz, 2003, 671, spéc. n° 7.

[499] En ce sens, F.-X. Lucas, « Retour sur la notion de valeur mobilière », *BJS*, 2000, 765, § 185, n° 12, considère qu'« *une action confère un certain nombre de droits qui invitent à voir en [l'associé] un créancier de la société émettrice, créancier du remboursement de son apport, d'une part du boni de liquidation et du versement d'éventuels dividendes. Peu importe que ces droits patrimoniaux se doublent de prérogatives extrapatrimoniales* ». V. Allegaert, « De la propriété des valeurs mobilières », *Bull. Joly Sociétés*, mars 2005, n° 3, 341 : *« Aucune limite ou interdiction n'est posée quant à la nature de la créance. »*

[500] « *Créance : synonyme de droit personnel ; généralement utilisé pour désigner le droit d'exiger la remise d'une somme d'argent* ». Ainsi, le droit de créance n'est pas limité au paiement d'une somme d'argent et peut se comprendre comme le « *droit subjectif d'exiger d'une personne une prestation* ». *In* T. Debard, S. Guinchard, *Lexique des termes juridiques*, 26e éd., Dalloz.

C1 - Internal use

Pour la doctrine majoritaire, les valeurs mobilières sont nécessairement des droits de créances[501] – parfois considérés comme des droits de créances *sui generis*[502], dans la mesure où elles traduisent un engagement réciproque entre la société et l'associé : l'engagement de la société de verser des dividendes, d'organiser des assemblées générales pour l'exercice des droits politiques et, en contrepartie, l'engagement de l'associé de libérer son apport ou le montant de sa souscription. Il reste à déterminer s'il est possible de concilier ce droit de créance avec le droit de propriété sur les titres sociaux consacré par la jurisprudence et le législateur, ce qui conduit à envisager l'exercice d'un droit de propriété sur une créance.

78. Arguments contre un droit de propriété sur un droit personnel – Le problème est que traditionnellement il est considéré qu'il n'est pas possible d'exercer un droit de propriété sur un droit personnel comme un droit de créance. Le droit de propriété est un droit réel qui est susceptible de démembrement, qui peut comprendre des droits réels accessoires (droit de gage, hypothèque) permettant de garantir un droit de créance. Le droit de propriété doit forcément s'exercer sur une chose et non sur une personne[503]. Un auteur en conclut que « *les valeurs mobilières de choses corporelles peuvent alors être objet de propriété, objet de droits réels. Que l'on considère au contraire comme des biens incorporels, des droits, elles ne peuvent alors être objets que de droits personnels, se trouvant ainsi exclues du domaine de propriété*[504] ». De la même façon, un créancier n'est pas propriétaire des biens de son débiteur : il dispose d'un droit contre celui-ci lui permettant d'être payé en cas d'inexécution. Il dispose d'un droit de gage général, mais ce droit ne lui permet pas de disposer des biens de son débiteur ni d'exiger son maintien[505].

---

[501] J. Granotier, *Le transfert de propriété des valeurs mobilières*, th. Paris II, Economica, 2010, préf. D. Cohen, n° 51 ; G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2e éd., LGDJ, 1952, n° 44 ; P. Didier, « Les biens négociables », *in Aspects actuels du droit des affaires, mélanges en l'honneur d'Yves Guyon*, Dalloz, 2003, 339 ; F.-X. Lucas, « Retour sur la notion de valeurs mobilières », *Bull. Joly Sociétés*, 2000, 765, § 185 ; H. Le Nabasque, « Les actions sont des droits de créance négociables », *in Aspects actuels du droit des affaires, Mél. Y. Guyon*, Dalloz, 2003, 671, n° 1 : les actions sont des droits de créances négociables et « *elles ne sont même que cela* ! »

[502] E. Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial*, 4e éd., Paris, 1910, n° 579, qui distingue les obligations (droit de créance) et l'action qui permet d'exercer des droits politiques.

[503] A. Rouast, « L'évolution du droit de propriété », *in Travaux de l'association H. Capitant*, t. 1, Dalloz, 1945, 45.

[504] J. Granotier, *Le transfert de propriété des valeurs mobilières*, th. Paris II, Economica, 2010, préf. D. Cohen, n° 49.

[505] Un auteur pose le débat en ces termes : *« Quelle est la nature des droits de l'associé ? Un droit de créance comme on l'a souvent soutenu ? La variété des prérogatives qu'il confère va bien au-delà de celles d'un simple droit de créance. Un droit de propriété comme le soutiennent certains juristes et certains économistes ? On voit mal comment une personne juridique pourrait être propriétaire d'une autre personne juridique ou des biens dont celle-ci est propriétaire, la société-personne morale n'est pas une indivision. Il paraît plus exact de considérer le droit de l'associé comme un droit sui generis en raison de la variété et de la complexité de ses aspects. »* J. Paillusseau, « Entreprise et société, quels rapports ? Quelle réforme ? », *D.*, 2018, 1395.

C1 - Internal use

79. Argument en faveur de la propriété de créance – Pour d'autres, il est tout à fait concevable de disposer de droits réels portant sur des droits personnels : c'est le cas du nantissement de créance, de l'usufruit ou de la location de droits sociaux. Il faut, en effet, veiller à ne pas confondre le droit réel avec la chose sur laquelle il porte. C'est dans ces conditions qu'il est envisageable d'avoir des droits réels sur un droit et non sur une chose[506]. En effet, pour cette doctrine, si le lien entre le créancier et le débiteur relève du droit personnel, le lien entre le créancier et sa créance relève du droit réel, surtout depuis que la transmission de créance a été admise. En ce sens le Conseil constitutionnel a déjà évoqué « *le droit de propriété des titulaires de créances* » dans sa décision relative aux porteurs d'emprunts russes[507]. De la même façon, il a considéré que la loi relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée ne porte pas atteinte « *aux conditions d'exercice du droit de propriété des créanciers*[508] ». Parallèlement, la Cour de cassation a estimé que l'insaisissabilité d'une pension de retraite supposait de protéger le droit de propriété du créancier[509].

80. La théorie de la valeur – Certains auteurs, sans remettre en question la possibilité d'être propriétaire d'un droit personnel, considèrent que la *summa divisio* droit personnel et droit réel n'est pas pertinente pour les droits sociaux qui sont en réalité des droits réels *sui generis* susceptibles de propriété[510]. Pour un auteur, « *par l'apport en société, le titulaire d'un droit de propriété sur une chose le perd au profit de la société et reçoit en échange un droit nouveau dont les vertus économiques résident dans les prérogatives que l'associé détient dans la société, et dans la facilité avec laquelle il pourra changer de mains. C'est l'avènement d'un système juridique reposant sur l'idée de valeur*[511] ». L'auteur ajoute que « *l'absence de pouvoirs*

---

[506] V. Malassigné, *Les titres représentatifs*, Nouvelle bibliothèque de Thèse, Dalloz, 2016, préf. A. Ghozi, nº 236, 167.
[507] Cons. const., 29 déc. 1999, nº 99-425 DC, loi de finances rectificative pour 1999, cons. 23 : AJDA 2000, 43, note J.-E. Schoettl ; RFDA 2000, 289, note B. Mathieu.
[508] Cons. const., 10 juin 2010, nº 2010-607 DC, loi relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, cons. 7-10 : D. 2010, 2553, note S. Mouton.
[509] Cass. civ. 2e, 3 mai 2007, nº 05-19.439: Bull. civ. II, nº 121 ; D. 2007, 2336, chron. V. Vigneau.
[510] Y. Guyon, *Droit des affaires*, t. 1, *Droit commercial général et sociétés*, nº 748 : « *À la différence de l'obligataire, l'actionnaire n'est pas le créancier de la société. Il n'est pas non plus copropriétaire d'une fraction de son actif correspondant au montant de ses droits sociaux. Il a un titre de capital qui, en contrepartie de l'apport effectué lors de l'entrée dans la société, lui donne des droits.* » G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil*, t. 2, vol. 2, *Les biens*, nº 428 ; A. Tadros, *La jouissance des titres sociaux d'autrui*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 130, avril 2013, 113, nº 109.
[511] J.-P. Gastaud, *Personnalité morale et droit subjectif, essai sur l'influence du principe de personnalité morale sur la nature et le contenu des droits des membres des groupements personnifiés*, préf. J.-P. Sortais, LGDJ, 1977, 140 : « *L'associé n'a plus de rapport direct avec la chose par lui apportée qui vient se fondre dans l'actif social, mais il participe à une activité économique collective. En d'autres termes, le droit d'associé n'a pas de signification relativement à une chose mais relativement à une entreprise et sa valeur est fonction de la prospérité de celle-ci.* »

C1 - Internal use

individuels immédiats sur les liens collectifs est compensée par une série de prérogatives pécuniaires qui concourent à maintenir, voire à augmenter, la valeur du droit d'associé lui-même ; si bien que celui-ci doit être principalement analysé, non comme un bien "d'avoir" mais comme un bien "d'échange"[512] ». Pour un autre auteur, « *la reconnaissance du caractère incorporel des valeurs mobilières n'est pas un obstacle à leur appropriation dans la mesure où elles représentent une valeur économique*[513] ». À partir du moment où le bien est susceptible d'être échangé, un droit de propriété est possible : l'auteur considère qu'il est possible d'être propriétaire non pas de la créance mais du produit de la créance[514]. De la même façon, M. Lassalas[515] considère que le législateur n'a pas exclu la possibilité d'être propriétaire d'une créance, dans la mesure où il fait référence à une chose qui n'est pas forcément un bien corporel. Par ailleurs, il est envisageable d'imaginer un usufruit sur une créance permettant l'exercice de droits réels sur cette dernière. Ainsi, tout actif patrimonial est susceptible de constituer une chose objet d'un droit de propriété. Il ne s'agit donc pas de s'approprier le rapport contractuel avec une personne mais de s'intéresser à la valeur patrimoniale de la créance.

81. Droit des créanciers sociaux – Il faut noter que le droit de propriété de l'associé n'est pas le seul en jeu. Les créanciers de la société débitrice ont également un droit de propriété qu'il convient de protéger[516]. En effet, il est tout à fait possible d'imposer à un « *créancier minoritaire dans le cadre d'un plan de sauvegarde, élaboré en comité, un abandon total de sa créance pour sauver l'entreprise, ce qui aboutit à "l'exproprier" de sa créance sans aucune indemnité*[517] ». Un auteur s'interroge : « *Pourquoi le droit de propriété des associés serait-il plus digne de protection au titre du droit constitutionnel de propriété que celui des créanciers*[518] ? » La CEDH a d'ailleurs considéré qu'une créance est un bien au sens de l'article premier du Protocole additionnel[519]. Ainsi, une créance de toute nature suffisamment établie

---

[512] J.-P. Gastaud, *op.cit.*, 175.
[513] V. Allegaert, « De la propriété des valeurs mobilières », *Bull. Joly Sociétés*, mars 2005, n° 3, 341.
[514] En matière de lettre de change ou de bordereau Dailly, le législateur parle de propriété de la créance. Comme en matière de fonds commun de placement qui est une copropriété de valeurs mobilières.
[515] C. Lassalas, *L'inscription en compte des valeurs : la notion de propriété scripturale*, LGDJ, 1997, préf. J. Stoufflet, n° 414, 142-143.
[516] R. Dammann, F.-X. Lucas, « Le nouveau dispositif de dilution ou d'éviction de l'associé qui ne finance pas le plan de redressement de la société », *Bull. Joly Sociétés*, 1er octobre 2015, n° 10, 521.
[517] R. Dammann, F.-X. Lucas, « Le nouveau dispositif de dilution ou d'éviction de l'associé qui ne finance pas le plan de redressement de la société », *Bull. Joly Sociétés*, 1er octobre 2015, n° 114c4, 521. Dans le même sens, F. Pérochon, R. Bonhomme, *Entreprises en difficulté*, 10e éd., LGDJ, 2014, n° 1006.
[518] E. Degenhardt, « La "hiérarchie du bec" toujours renversée en procédure collective ? », *BJE*, nov. 2015, n° 112u2, 432.
[519] Cour EDH 9 déc. 1994, Raffineries grecques Stran et Stratis andreadis c/ Grèce, n° 22/1993/417/496, note F. Zenati, RTD civ. 1995, 652.

C1 - Internal use

dans son principe et dans son montant est reconnue comme un bien sur lequel le créancier dispose d'un droit de propriété[520]. La Commission européenne a d'ailleurs relevé dans ses recommandations la nécessité d'« *assurer la mise en balance de la diminution des droits des créanciers et des avantages de la restructuration et de garantir l'accès des créanciers à un recours effectif dans le plein respect de la liberté d'entreprendre et du droit de propriété qui sont consacrés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* ». Les juridictions saisies sont donc incitées à rejeter tout plan qui serait susceptible d'entraîner une diminution des droits des créanciers dissidents en deçà du niveau qu'ils auraient pu raisonnablement escompter si l'entreprise du débiteur n'était pas restructurée.

La propriété d'une créance reviendrait toutefois à remettre en cause toutes les hypothèses d'effacement de dettes consacrées par le législateur sans juste et préalable indemnisation. Mais cet argument pourrait être relativisé du fait de l'admission très libérale par le Conseil constitutionnel des causes d'intérêt général qui permettent de contraindre le droit de propriété. À ce titre, les droits des créanciers pourraient être aménagés par des délais de paiement, la suspension du cours des intérêts ou l'interdiction des poursuites, et même supprimés dans le cadre d'un effacement de la dette au nom de l'objectif d'intérêt général de continuation de l'entreprise.

82. Dualité droit réel et droit personnel – Si l'on reprend la distinction traditionnelle entre droit réel et droit personnel[521], on note qu'il existe une dualité dans la nature des titres de capital. En effet, si l'associé dispose d'un droit réel sur ses titres, comme semblent le laisser penser la jurisprudence et le législateur, ce droit est indépendant des tiers : l'associé peut librement céder, donner, louer, démembrer la propriété de ses titres dont il a la jouissance et la disposition. Ces droits ne dépendent pas de la société émettrice[522]. En revanche, concernant les droits que lui confèrent les titres de capital, leur exercice dépend de la société émettrice qui est débitrice d'obligations à l'égard des associés ; ce droit personnel ne concerne que les rapports sociaux

---

[520] Affaire Pressos Compania Naveria Sac/ Belgique, A 3332 (1995).

[521] Distinction classique en droit civil français entre les droits réels et les droits personnels. Même si elle a été beaucoup discutée en doctrine, Saleilles considérant que le droit personnel est en fait un droit permettant au créancier de disposer d'une action sur l'intégralité du patrimoine d'une autre personne. Il ne s'agit donc pas d'un rapport juridique avec une personne (Saleilles, *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'empire allemand*, 3e éd., 1925, reprint LMD, nº 80 et nº 83, cité par V. Mazeaud, « Droit réel, propriété et créance dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RTD civ.*, 2014, 29). Au contraire, d'autres ont considéré que le droit réel n'était pas un droit sur une chose mais un droit qui s'exprime par son opposabilité auprès d'autres personnes. D'autres ont développé une autre théorie dite des « droits subjectifs » considérant qu'il est possible d'être propriétaire de droits, qu'ils soient réels ou de créance (S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance, Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, 1960).

[522] P. Kouraleva, « L'usufruit, démembrement du droit de propriété ? », *LPA*, 19 juin 2009, nº PA200912202, 6.

C1 - Internal use

entre la société et son associé. Celui-ci dispose donc d'un droit réel sur ses titres sociaux et qui, eux-mêmes, confèrent à son titulaire un droit de créance[523].

Autrement dit, l'associé dispose d'un droit de propriété sur sa part sociale ou son action et se trouve par ailleurs titulaire d'un droit de créance vis-à-vis de la société. Ainsi, un même lien contractuel peut conférer à son bénéficiaire tant des droits réels, par l'inscription en compte de titres sociaux dont il peut librement disposer, que des droits personnels qui lui confèrent des droits patrimoniaux et extrapatrimoniaux à l'égard de la société. Ces droits sont intimement liés : la valeur des droits réels dépendra de la force des droits personnels (droits patrimoniaux favorables à la rentabilité de l'investissement, droits extrapatrimoniaux conférant une influence plus ou moins forte au sein de la société). Réciproquement, les droits personnels de l'associé dépendent de l'importance de son engagement initial et du nombre de titres sociaux détenus qui en principe fondent la quotité de droits dont il va bénéficier[524]. Cette dualité explique que l'associé n'est pas un créancier quelconque par rapport à la société émettrice; il détient des droits réels dont la valorisation dépend de droits personnels, il est membre du groupement, contrairement aux autres créanciers sociaux[525]. Un auteur résume la situation de la façon suivante : « *L'associé est titulaire des titres sociaux lorsqu'il exerce les prérogatives de ces derniers ; l'associé est propriétaire des titres sociaux lorsqu'il en fait l'objet d'opérations patrimoniales*[526] ».

Les parts sociales et les actions sont des biens complexes comprenant un droit de propriété – droit fondamental qu'il s'agira de protéger – et un droit de créance qui, dans le cadre d'une procédure collective, doit s'inscrire dans l'ordre de priorité des créanciers.

---

[523] G. Ripert et R. Roblot, *op. cit.*, nº 1 509 : « *La propriété est devenue un droit sur une valeur*. » Selon Ph. Delebecque, « Nantissement et saisie », *Rev. Sociétés*, 1999, 599, nº 1, il « *a un droit de propriété sur ses actions, un droit opposable à tous, qui porte, il vrai, davantage sur une valeur que sur un ou des biens identifiés depuis la dématérialisation des titres* ». Pour V. Mercier, *op. cit.*, nº 84, « *le droit de propriété ne porte pas sur le droit de créance mais sur une créance elle-même et plus précisément sur la valeur qu'elle représente* ».

[524] *A contrario* certains auteurs considèrent que « *le droit de créance n'est qu'une des composantes de la part sociale qui, pour autant, ne saurait être réduite à ce seul droit, principalement en raison des obligations qui pèsent sur l'associé* ». Nº 86.

[525] Claude Champaud considère que « *se considérant non comme des associés mais comme des créanciers, les associés minoritaires se comportent comme tels. Toutefois, le particularisme de l'objet de leur créance en fait des créanciers particuliers. Ils ne peuvent être considérés comme des tiers, par rapport au patrimoine social, car leur créance porte précisément sur une portion de ce patrimoine. De ce fait, elle est essentiellement fonction de la politique et des affaires sociales, c'est-à-dire de la prospérité de l'entreprise puisque son montant est théoriquement égal à une portion d'actif social net dont la quotité dépend du nombre de parts ou d'actions possédés* ». C. Champaud, « Les méthodes de groupement de sociétés », *RTD Com.*, 1967, 1020, nº 18.

[526] A. Tadros, *La jouissance des titres sociaux d'autrui*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 130, avril 2013, 25, nº 3.

C1 - Internal use

Même si le Conseil constitutionnel accueille avec parcimonie les atteintes au droit de propriété lorsque les droits extrapatrimoniaux de l'associé sont aménagés[527], il convient dès lors de vérifier si le droit de propriété constitue un obstacle à l'éviction de l'associé dans le cadre du cas étudié.

§2/ Le droit de propriété, un obstacle apparent à l'éviction de l'associé

Si le droit de propriété de l'associé sur ses titres sociaux est établi par le législateur et la jurisprudence, la protection de ce droit fondamental constitue un obstacle majeur de l'éviction totale ou partielle de l'associé. Toute privation est protégée par l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui prévoit que « *la propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité* », tandis que toute atteinte est protégée par l'article 2 de cette même déclaration : « *Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression.* » En effet, il faut distinguer les privations du droit de propriété des atteintes au droit de propriété[528]. Dans le premier cas, elles doivent être justifiées par une « *nécessité publique légalement constatée* » et être compensées par l'octroi « *d'une juste et préalable indemnité* ». Dans le second cas, elles « *doivent être justifiées par un motif d'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi*[529] ».

---

[527] Décision nº 2015-476 QPC du 17 juillet 2015 – 10 : « *Considérant, en deuxième lieu, que l'obligation d'information n'interdit pas au propriétaire de céder librement sa participation dans la société à l'acquéreur de son choix et aux conditions qu'il estime les plus conformes à ses intérêts ; que, par suite, les dispositions contestées ne portent aucune atteinte au droit de propriété du cédant.* » Décision nº 83-162 DC du 20 juillet 1983 – 22 : « *Considérant que les actionnaires des sociétés commerciales entrant dans le champ d'application de la loi présentement examinée conservent la propriété de leurs actions, qui ne sont frappées d'aucune indisponibilité, ainsi que le droit au partage des bénéfices sociaux et, éventuellement, les droits qui naîtraient pour eux de la liquidation de la société dont ils sont actionnaires ; que la restriction apportée à leur droit de vote ne concerne que la désignation de certains des dirigeants sociaux ; que, d'ailleurs, les règles du droit des sociétés relatives à la protection des actionnaires minoritaires contre les abus de majorité demeurent applicables ; qu'ainsi les dispositions des articles 5 et 6 de la loi présentement examinée relatives à la représentation des salariés dans les conseils d'administration ou de surveillance n'opèrent aucune privation de propriété qui tomberait sous le coup de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qui n'implique nullement que les lois ne puissent restreindre l'exercice du droit de propriété sans une indemnisation corrélative.* »

[528] J.-F. de Montgolfier, Cahiers du Conseil Constitutionnel n° 31, mars 2011.

[529] http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/propriet.pdf
V. Mazeaud, « Droit réel, propriété et créance dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RTD civ.*, 2014, 29.

C1 - Internal use

Dans l'hypothèse d'une cession forcée, la privation du droit de propriété semble patente. Pourtant les hypothèses de privation du droit de propriété sont rarement reconnues par le Conseil constitutionnel. Celui-ci vérifie si l'intéressé est en mesure d'éviter un telle mesure. En matière de cession forcée des titres d'un dirigeant-actionnaire, il note que celui-ci a la possibilité de démissionner de ses fonctions afin d'éviter la cession forcée de ses titres[530]. De la même façon, la cession forcée des titres d'un associé ne sera prononcée que si celui-ci détient la majorité des droits de vote ou une minorité de blocage et s'il a refusé une modification du capital indispensable à l'adoption du plan de continuation arrêté par le tribunal. Ce faisant, l'associé a la possibilité d'éviter la mesure : il ne s'agit pas d'un dispositif s'appliquant automatiquement indépendamment de son comportement. La cession forcée des titres sociaux relève donc d'une atteinte au droit de propriété et n'emporte pas privation de ce droit.

Qu'en est-il en cas de dilution forcée, lorsqu'il s'agit de priver un associé de l'un de ses attributs d'associé : s'agit-il alors d'une privation ou d'une atteinte ? Le Conseil constitutionnel s'est déjà prononcé sur cette question en considérant que la privation du droit de vote d'un associé, dans le cadre de la réglementation relative aux franchissements de seuils, constituait une atteinte au droit de propriété[531]. En effet, il ne peut s'agir d'une privation du droit de propriété dans la mesure où l'associé conserve ses autres prérogatives : droit de céder ses titres, droit aux dividendes, droit au boni de liquidation, etc. La privation du droit de vote ne relève donc pas de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen mais de son article 2 ; l'atteinte doit dès lors être justifiée (**A**) et proportionnelle à l'intérêt à protéger (**B**).

---

[530] Dans la décision du 7 octobre 2015 commentée, le Conseil constitutionnel a rappelé son considérant de principe relatif à la protection du droit de propriété (cons. 5). Il devait tout d'abord déterminer si l'atteinte au droit de propriété résultant des dispositions contestées devait être contrôlée au regard des exigences de l'article 17 de la Déclaration de 1789 ou bien au regard de celles de son article 2. Le Conseil a relevé que les mesures de cession forcée ne s'appliquent qu'au « *dirigeant qui détient des parts sociales, titres de capital ou valeurs mobilières donnant accès au capital qui n'a pas renoncé à l'exercice de ses fonctions de direction* » (cons. 7). Ainsi, le dirigeant dispose de la faculté de renoncer à l'exercice de ses fonctions de direction et, ce faisant, de la possibilité d'éviter que le dispositif institué par les dispositions contestées ne trouve à s'appliquer à son égard. Le Conseil a donc jugé que ces dispositions « *n'entraînent pas une privation de propriété au sens de l'article 17 de la Déclaration de 1789* » (cons. 7).
http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2015486QPC2015486qpc_ccc.pdf

[531] Cons. const., 28 févr. 2014, déc. n° 2013-369 QPC, Sté Madag : JurisData n° 2014-003798 ; JCP E 2014, 1118, note A. Couret ; Bull. Joly Sociétés 2014, 305, n° 111m1. http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/propriet.pdf

C1 - Internal use

A/ Justification de la privation du droit de propriété

En matière de procédure collective, les atteintes au droit de propriété sont de plus en plus fréquentes[532] et la pratique décisionnelle du Conseil constitutionnel laisse à penser que la condition de « *l'intérêt général* » pour justifier une atteinte au droit de propriété est interprétée largement, comme c'est le cas en matière de cession forcée des titres d'un dirigeant[533]. Cette conception souple de l'intérêt général prévaut également au niveau du droit de l'Union européenne et pour la Cour européenne des droits de l'homme qui laisse aux États un large pouvoir d'appréciation de la notion. Un auteur note à cet égard qu'« *un transfert de propriété opéré dans le cadre d'une politique légitime, d'ordre social, économique ou autre, peut répondre à l'utilité publique même si la collectivité dans son ensemble ne se sert ou ne profite pas elle-même du bien dont il s'agit*[534] ».

83. Cession forcée des titres d'un dirigeant associé – Aux termes de l'article L. 631-19-1 du Code de commerce, « *lorsque le redressement de l'entreprise le requiert* », le tribunal peut ordonner la cession des parts sociales, titres de capital ou valeurs mobilières donnant accès au capital détenu par un dirigeant de droit ou de fait, le prix de cession étant fixé à dire d'expert. En ce qui concerne la constitutionnalité de la cession forcée des titres d'un dirigeant, le Conseil constitutionnel a reconnu que la « *poursuite de l'activité* » justifie une telle mesure. La justification de l'atteinte au droit de propriété est donc particulièrement large. En effet, un auteur note qu'il suffit d'invoquer la perspective d'un plan de continuation pour justifier la cession forcée des titres sociaux[535]. Il n'est pas nécessaire de démontrer l'intérêt de la cession

---

[532] H. Le Nabasque, « Les devoirs de l'actionnaire », *Gazette du Palais*, n° hors-série, 6 juin 2016, 9, note que « *dans le domaine des entreprises en difficulté, en tout cas pas pour la seule défense des intérêts des actionnaires, les lois Petrolus, Florange ou Macron ont progressivement « désacralisé » le droit de propriété de l'actionnaire (souvent une société mère) en lui imposant des devoirs nouveaux en préalable de la fermeture d'un établissement ou pour les besoins de l'exécution du plan de redressement lorsque ce plan requiert une augmentation de capital réservée à de nouveaux investisseurs* ».

[533] Décision n° 2015-486 QPC du 7 octobre 2015 – M. Gil L. : « *8. Considérant, en second lieu, qu'en adoptant les dispositions contestées, le législateur a entendu permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise ; qu'il a ainsi poursuivi un objectif d'intérêt général ; que la cession des droits sociaux détenus par un dirigeant ne peut être ordonnée par le tribunal que si l'entreprise fait l'objet d'une procédure de redressement judiciaire et si le redressement de cette entreprise le requiert ; que cette mesure ne peut être prise qu'à la demande du ministère public et seulement à l'égard des dirigeants de droit ou de fait qui le sont encore à la date à laquelle le tribunal statue ; que le prix de la cession forcée est fixé « à dire d'expert » ; qu'il en résulte que les dispositions contestées ne portent pas d'atteinte disproportionnée au droit de propriété du dirigeant et, par suite, ne méconnaissent pas l'article 2 de la Déclaration de 1789* » ; JCP G 2015, 1390, note B. Brignon ; Act. proc. coll. 2015-18, repère 278, obs. Monsèrié-Bon ; Bull. Joly Sociétés 2015, 658, note Mélin ; BJED 2015, 362, note T. Favario ; Dr. sociétés 2015, comm. 218, note J.-P. Legros ; LEDEN déc. 2015, 3 ; JCP E 2015, 1562, note A. Cérati-Gauthier.

[534] F. Sudre, « La protection du droit de propriété par la Cour européenne des droits de l'homme », *D.*, 1988, 71.

[535] A. Cérati-Gauthier, « La cession forcée des titres des dirigeants sociaux », *LPA*, 1-2 janvier 2004, 4.
Cass. com., 12 juillet 1994 : LPA 18 janvier 1995, 13, note F. Derrida ; Rev. Proc. Coll. 1995, 149, obs. B. Soinne ; D. 1995, somm., 2, obs. F. Derrida.

C1 - Internal use

forcée pour le financement de la société[536]. Cette mesure n'est pas conditionnée à un plan de continuation prévoyant une reprise interne de la société puisque l'intérêt général évoqué dans ce cas est le redressement de la société et non la poursuite de l'activité au sein de la société. Le redressement de la société pourrait provenir d'un plan de cession partielle (dans le cas d'un plan de cession comprenant la totalité ou les principaux actifs du débiteur, la cession forcée des titres du dirigeant semble peu justifiée dans la mesure où celui-ci ne va pas concourir au succès du plan et n'a pas les pouvoirs, même en sa qualité d'associé, de s'opposer à une telle mesure)[537]. Dans sa décision, le Conseil constitutionnel n'impose pas, comme le requérant le demandait, que la cession forcée ne soit pas prononcée lorsque le juge dispose de la possibilité de décider l'incessibilité des droits sociaux du dirigeant et de désigner un mandataire ad hoc chargé d'exercer les droits de vote de celui-ci[538]. En effet, si cette mesure peut se révéler efficace pour pallier l'opposition du dirigeant-associé à un plan de continuation, elle ne permet pas de remédier durablement à la situation, car elle est par nature temporaire. Il n'est pas non plus requis que le dirigeant bénéficie d'une participation majoritaire dans la société. Même si un auteur note que cette mesure concerne majoritairement les dirigeants qui contrôlent la société afin de réduire leur influence dans le cadre d'un plan de continuation faisant intervenir une reprise interne de l'activité[539]. Auparavant, en application de l'ancien article L. 621-59 du Code de commerce, la Cour de cassation en avait jugé de même, considérant que cette mesure subordonnée « *à la survie de l'entreprise* » était conforme à l'article premier du Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, la Déclaration des droits de l'homme et l'article 544 du Code civil[540]. Dans le même sens, le Conseil constitutionnel avait déjà considéré, en matière de réunion à l'actif du débiteur des biens de son conjoint, que la continuation de l'entreprise ou le désintéressement des créanciers constitue un but d'intérêt général[541].

---

[536] Cons. const., 7 oct. 2015, n° 2015-486 QPC : JCP G 2015, 1390, note B. Brignon.
[537] Cons. const., 7 oct. 2015, n° 2015-486 QPC : JCP E 2015, 1562, note A. Cérati-Gauthier.
[538] Dans ce sens, F. Pérochon, R. Bonhomme, *Entreprises en difficulté*, 10e éd., LGDJ, 2014, n° 1137.
[539] G. Couturier, *Droit des sociétés et droit des entreprises en difficulté*, préf. J.-P. Haehl, t. 2, LGDJ, coll. Bibl. dr. entre. diff., juillet 2013, 316, n° 549.
[540] Cass. com., 12 juill. 2005, n° 03-14.045 : JurisData n° 2005-029479 ; Bull. civ. 2005, IV, n° 174 ; JCP E 2006, 1066, n° 17, obs. Ph. Pétel ; D. 2005, 2071, obs. A. Lienhard ; Act. proc. coll. 2005-15, comm. 193, obs. C. Regnaut-Moutier ; Bull. Joly Sociétés 2006, 22, avis av. gén. M.-A. Lafortune et note B. Saintourens ; Rev. proc. coll. 2006, comm. 52, obs. Ch. Lebel ; Rev. sociétés 2006, 162, note F.-X. Lucas.
[541] Décision n° 2011-212 QPC du 20 janvier 2012, Mme Khadija A., épouse M : « *6. Considérant que, lorsqu'un débiteur fait l'objet d'une procédure collective, la possibilité de réunir à l'actif des biens dont son conjoint est propriétaire mais qui ont été acquis avec des valeurs qu'il a fournies est destinée à faciliter l'apurement du passif afin de permettre, selon le cas, la continuation de l'entreprise ou le désintéressement des créanciers ; qu'ainsi, elle*

C1 - Internal use

84. Application à l'éviction forcée – Si l'intérêt général s'entend en matière de procédure collective par la poursuite de l'activité, l'éviction forcée d'un associé récalcitrant à l'adoption d'un plan de continuation indispensable au redressement de la société s'inscrit dans cette perspective. La référence dans la loi du 6 août 2015 à la « *cessation d'activité d'une entreprise d'au moins cent cinquante salariés […] de nature à causer un trouble grave à l'économie nationale ou régionale et au bassin d'emploi* » n'est donc pas nécessaire. Le législateur, rejoint par le Conseil constitutionnel, considère que le dirigeant dans le cadre de son mandat social ne peut nuire au redressement de la société, si bien que s'il est également associé de la société, la cession forcée de ses titres peut être prononcée pour assurer la continuité de l'activité. Le redressement de la société est donc reconnu comme un motif d'intérêt général. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs considéré que la cession ou la dilution forcée des titres sociaux d'un associé majoritaire ou disposant d'une minorité de blocage, s'opposant à un plan de continuation, constitue une mesure d'intérêt général justifiée par la poursuite de l'activité[542]. Si la poursuite de l'activité est un motif suffisant pour justifier la cession forcée des titres du dirigeant, il devrait en être de même pour un associé majoritaire ou disposant d'une minorité de blocage et qui détient à ce titre le même pouvoir de nuisance. M. le Professeur Le Corre estime que « *la présence d'un associé indésirable détenant une fraction importante du capital pourra s'avérer néfaste à la survie de l'entreprise. […] Il eût été bon de prévoir que la mesure atteignît les associés […] détenant la majorité absolue ou même la minorité de blocage, et non plus seulement les dirigeants*[543] ». La référence au trouble grave à l'économie nationale ou régionale et au bassin de l'emploi n'est donc pas un élément d'appréciation du caractère justifié de la mesure, mais de sa proportionnalité. La dilution des associés prévue dans un plan de continuation voté par les classes de créanciers devrait de la même façon être considéré comme justifiée au regard de l'objectif d'intérêt général de poursuite de l'activité. Reste à définir si les régimes de cession ou de dilution des associés en difficulté sont proportionnels à l'objectif poursuivi.

---

poursuit un but d'intérêt général. » Le Conseil Constitutionnel a toutefois considéré que la mesure était disproportionnée au but recherché.

[542] Décision n° 2015-715 DC du 5 août 2015, Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques : « *142. Considérant, en premier lieu, qu'en adoptant les dispositions de l'article L. 631-19-2 du code de commerce, le législateur a entendu encourager la poursuite d'activité des entreprises ; qu'il a ainsi poursuivi un objectif d'intérêt général.* »

[543] P.-M. Le Corre, *op. cit.*, n° 531.52.

C1 - Internal use

B/ Proportionnalité de l'atteinte au droit de propriété

Lorsqu'il est question d'examiner la proportionnalité de l'éviction d'un associé, il convient de distinguer les deux techniques d'éviction : la cession forcée qui touche directement à la propriété des titres et la dilution forcée qui renvoie à l'opposabilité des règles internes de la société dans le contexte particulier d'une procédure collective.

85. Cession forcée – Lors de l'examen de la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, le Conseil constitutionnel a pris en compte la gravité de la cessation d'activité en relevant que cette mesure était réservée aux entreprises employant au moins cent cinquante salariés et à la double condition que leur cessation d'activité soit de nature à causer un trouble grave à l'économie nationale ou régionale et au bassin d'emploi. Les précautions prises par le législateur pour éviter la censure du Conseil constitutionnel, pour donner suite à l'avis du Conseil d'État relativement à l'ordonnance du 12 mars 2014, ne préjugent pas que ces conditions sont indispensables à la proportionnalité de la mesure[544]. En effet, le Conseil constitutionnel, lorsqu'il fait référence à la poursuite de l'activité comme justification de l'atteinte au droit de propriété, ne réserve pas cette cause d'intérêt général aux entreprises employant un nombre minimum de salariés. La poursuite de l'activité ou le nécessaire redressement de l'entreprise sont employés sans référence à l'impact sur l'emploi, même si cette cause est sous-jacente. Au contraire, le Conseil constitutionnel peut faire référence à d'autres fins que la préservation de l'emploi, comme la préservation des droits des créanciers[545].

La cession ou la dilution forcée doit également apparaitre comme « *la seule solution sérieuse permettant d'éviter ce trouble et de permettre la poursuite de l'activité, après examen des possibilités de cession totale ou partielle de l'entreprise* ». Cette condition participe évidemment à la proportion de la mesure au regard du but poursuivi. Elle peut toutefois s'avérer contreproductive. En effet, si la mesure doit être proportionnée au but poursuivi – la poursuite de l'activité –, il est possible qu'un plan de cession totale ou partielle soit synonyme de destruction de valeur tant pour les salariés que pour les autres parties prenantes. La reprise

---

[544] E. Degenhardt, « La "hiérarchie du bec" toujours renversée en procédure collective ? », *BJE*, nov. 2015, n° 112u2, 432, qui note que « *notamment en milieu rural, la disparition d'une entreprise qui emploie beaucoup moins de cent cinquante salariés peut être de nature à causer un trouble grave à l'économie et au bassin d'emploi* ».

[545] Décision n° 2015-715 DC du 5 août 2015, Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques : « *145. Considérant que, dans ces conditions, les deux dispositifs de « dilution forcée » et de « cession forcée » institués par le législateur, qui contribuent par ailleurs à préserver les droits des créanciers de l'entreprise, ne portent pas une atteinte manifestement disproportionnée au droit de propriété des associés et actionnaires.* »

C1 - Internal use

interne peut, selon les cas, s'avérer être une solution plus protectrice de la poursuite de l'activité. Cette condition dogmatique conduit à réduire l'effectivité de la mesure sans pour autant contribuer nécessairement à la proportionnalité de l'atteinte au droit de propriété avec l'objectif escompté. Il en est de même pour la condition relative à la durée de la mesure, qui ne peut être prononcée qu'après l'expiration d'un délai de trois mois suivant le jugement d'ouverture de redressement judiciaire. En revanche, il est justifié que le Conseil constitutionnel relève que la mesure est réservée aux associés ou actionnaires ayant refusé la modification du capital. Il faut relever qu'en cas de dilution forcée, ces derniers conservent leurs droits préférentiels de souscription en cas d'apport en numéraire et disposent du droit de se retirer de la société et de demander simultanément le rachat de leurs droits sociaux par les cessionnaires et qu'en cas de cession forcée, faute d'accord sur la valeur des droits des associés, celle-ci est déterminée par un expert désigné par le tribunal. Contrairement aux hypothèses de cession forcée des titres d'un dirigeant-actionnaire, le Conseil constitutionnel ne fait pas référence aux garanties procédurales dont bénéficie l'intéressé. Concernant le cas du dirigeant, il avait été noté que la demande de cession forcée des titres sociaux relève de la prérogative exclusive du ministère public, permettant de considérer la mesure comme exceptionnelle[546]. L'associé intéressé doit évidemment être entendu par le tribunal et doit disposer d'un droit de recours[547].

86. Le consentement de l'associé – Un auteur note que « *le respect du droit de propriété, ainsi que les règles relatives au consentement, sont donc les obstacles qui conduisent à rejeter le rachat forcé des parts en dehors des cas où la loi le permet expressément* ». Pour un autre auteur, « *dans la mesure où elle* [l'exclusion] *porte atteinte au droit de propriété, son origine ne peut être que contractuelle*[548] ». Or, l'associé sait par avance qu'il s'est engagé à contribuer aux pertes : la prévisibilité du contrat est entière et il est conscient qu'il sera amené en cas de besoin à perdre sa créance de remboursement de son apport. La Cour de cassation en a jugé ainsi en matière de coup d'accordéon. Il avait été invoqué une atteinte au droit de propriété qui a été écartée par la Haute Juridiction, qui a considéré qu'il ne s'agissait que d'une manifestation de l'engagement de chaque associé à contribuer aux pertes. Dans un premier temps, certains ont considéré que le maintien du droit préférentiel de souscription permettait de préserver le droit de propriété de l'associé, lui offrant la possibilité de demeurer dans la société s'il le

[546] Cass. com., 4 février 2003, RDBF 2003, 217, n° 153, obs. F.-X. Lucas.
[547] Consacré par la jurisprudence : Cass. com., 26 juin 2001, Bull. civ. IV, n° 127, D. 2001, RJ com. 2002, 85, note F.-X. Lucas.
[548] S. Dariosecq, N. Métais, « Les clauses d'exclusion, solution à la mésentente entre associés », *BJS*, sept. 1998, n° JBS-1998-286, 908.

C1 - Internal use

souhaitait[549]. Toutefois, nous savons que le maintien des droits préférentiels de souscription ne constitue pas une condition de validité de l'opération[550]. Le Conseil constitutionnel a déjà refusé de faire valoir le droit de propriété dans le cas où il ne s'agissait que « *d'une modalité de paiement d'une obligation judiciairement constatée*[551] ». Pour un auteur, la décision du Conseil constitutionnel « *présente le défaut de ne pas suffisamment justifier l'éviction des associés par leur obligation de contribuer aux pertes. Or, là réside pourtant la considération décisive, de sorte qu'il est difficile d'admettre une telle élimination des associés d'une société en difficulté sans se référer d'une façon ou d'une autre au constat que ses capitaux propres ont été consommés et, comme c'est le cas lorsqu'un coup d'accordéon se réalise, que c'est au titre de leur contribution aux pertes que les associés sont évincés ou voient leur participation diluée*[552] ». L'analyse conduite dans le cadre d'une opération de coup d'accordéon pour exclure une atteinte au droit de propriété des associés permet de conclure de la même façon lorsqu'il est décidé d'une dilution dans le cadre d'un plan voté par des classes de créanciers dont font partie les détenteurs de capital ou dans le cadre d'une application forcée décidée par le tribunal. En effet, il s'agit dans cette hypothèse d'acter la manifestation de la contribution aux pertes des associés d'une société qui connaît des difficultés suffisamment importantes pour demander, sous la tutelle du tribunal, à ces créanciers de consentir des sacrifices. À la différence du coup d'accordéon, la décision de dilution pouvant mener à l'éviction des associés n'est pas décidée par l'assemblée générale des associés ; il s'agit d'une décision des classes de créanciers ou du tribunal. Il importe donc de poser des garde-fous pour s'assurer que la décision prise s'exerce bien dans les conditions où il s'agit d'acter de la perte des associés qui sont engagés à contribuer aux pertes. À ce titre, il convient de vérifier que les associés ne sont pas placés du fait du plan voté ou du fait de la décision du tribunal dans une situation moins favorable qu'en cas de liquidation judiciaire, de plan de cession ou de toute autre situation alternative, après détermination de la valeur du débiteur en activité. En revanche, il est peu compréhensible que le législateur ait posé comme condition de l'éviction forcée de la classe des détenteurs de capital

---

[549] Cass. com., 17 mai 1994 et 10 oct. 2000, préc. ; CA Paris, 14 févr. 1997, Dr. soc. 1997, n° 110, obs. T. Bonneau ; CA Nancy 1er oct. 1997, Bull. Joly 1998, 318.
[550] D. Cohen, « La validité du "coup d'accordéon" (à propos d'une jurisprudence récente) », *D.*, 2003, 410.
[551] Décision n° 2011-151 QPC du 13 juillet 2011, M. Jean-Jacques C.
[552] R. Dammann, F.-X. Lucas, « Le nouveau dispositif de dilution ou d'éviction de l'associé qui ne finance pas le plan de redressement de la société », *Bull. Joly Sociétés*, 1er octobre 2015, n° 10, 521. Dans le même sens, S. Vermeille, R. Bourgueil, A. Bezert, « L'affaire Belvédère ou les effets contreproductifs du droit français des entreprises en difficulté – Plaidoyer pour une réforme ambitieuse, *RTDT*, n° 3, 2013, 2 : « *L'atteinte aux droits de propriété des associés serait acceptable, à partir du moment où la valeur de leurs droits apparaitrait comme négligeable au moment de la perte du contrôle. L'éviction des associés serait alors proportionnée et serait en outre entourée de garanties procédurales.* »

C1 - Internal use

de la taille de la société en difficulté qui ne doit pas être une PME c'est-à-dire excéder les seuils de 250 salariés et 20 millions d'euros de chiffre d'affaires net ; ou de 40 millions d'euros de chiffre d'affaires net ; et, en tout état de cause, ne peut être inférieur à 150 salariés, ou à 20 millions d'euros de chiffre d'affaires. Ces seuils sont extérieurs à la notion de contribution aux pertes qui concerne toutes les sociétés qu'importe leur taille.

87. Droit à réparation – Dans le cas d'une atteinte au droit de propriété, le juge est susceptible d'octroyer un droit à réparation qui doit toutefois être distingué de la juste et préalable indemnisation. Dans notre cas, on pourrait considérer que l'expropriation n'est que de fait (et non de droit) dans la mesure où elle résulte d'une situation de fait rendant la détention du titre de propriété sans valeur économique[553]. Seule la conversion forcée des créances en titres de capital pourrait constituer une expropriation de droit, car cette mesure conduit à modifier les droits, notamment le versement des intérêts et le risque encouru par l'intéressé. Un auteur s'interroge en ces termes : « *Peut-on invoquer la dépossession d'un bien qui n'a plus de valeur*[554] ? ». Certains pourraient considérer que comme l'action est un titre complexe qui comprend des droits et des obligations, la propriété ne se limite pas à un débat sur la valeur. Si l'action a perdu toute valeur, le droit de propriété peut continuer à s'exercer pour permettre à l'associé de disposer d'informations, du droit de voter, etc. La notion d'expropriation économique ne permet pas de justifier l'éviction de l'associé d'une société en difficulté, mais de déterminer quand l'associé doit être évincé. Seule la contribution aux pertes permet de justifier l'éviction, ce qui renvoie à l'engagement premier de l'associé lors de son entrée dans la société. Ainsi, il serait incorrect de parler de préjudice puisque cela renvoie à l'exécution d'une obligation déjà consentie : la participation aux pertes.

Le droit de propriété de l'associé n'est donc pas un obstacle dirimant à l'éviction de ce dernier dans le cadre de l'adoption d'un plan de continuation. En effet, ce droit de propriété ayant une origine contractuelle, l'associé peut consentir à l'avance à céder ses titres dans certaines circonstances. Ainsi, la participation aux pertes, à laquelle il s'est engagé, est clé pour connaître le moment où son éviction peut être prononcée sans atteindre son droit de propriété. En dehors de cette situation, son éviction ne pourra être prononcée dans le cadre d'une procédure

[553] A. Salord, H. de Vauplane, « Le pouvoir de bail-in correspond-il à une expropriation », *Revue Banque*, nº 765.
[554] S. Vermeille, J. Martinez, F. A. Papon, « La constitutionnalité du projet de loi "Macron" et l'éviction des associés : la révolution n'a pas lieu », *Revue Banque*.

C1 - Internal use

collective que si elle constitue une mesure proportionnée au regard de l'objectif d'intérêt général poursuivi. Si le droit de propriété n'est qu'un obstacle apparent, l'éviction ne doit pas aboutir à annihiler d'autres droits fondamentaux de l'associé.

SECTION 2 : L'EVICTION A L'EPREUVE DU DROIT AU MAINTIEN AU SEIN DU PACTE SOCIAL

La propriété des titres sociaux confère à chaque associé le droit à l'intangibilité de son statut d'associé et de ses engagements. Ce droit au maintien du pacte social est considéré comme un droit intrinsèque à la qualité d'associé. S'il était loisible au juge de prononcer l'éviction de l'associé, ce droit à l'intangibilité du pacte social serait purement théorique (**§1**). Il est donc impératif de mesurer la compatibilité de l'éviction forcée dans le contexte particulier d'une procédure collective avec ce droit fondamental de l'associé (**§2**).

§1/ Le droit de demeurer associé

Le Professeur Rodière qualifie l'exclusion d'un associé de « *monstruosité juridique* » en raison du droit fondamental de l'associé de demeurer dans la société[555] (**A**). Il est donc nécessaire d'analyser l'éviction d'un associé s'opposant à un plan de redressement à l'épreuve du droit de chaque associé de demeurer dans la société (**B**).

A/ Le principe

Le droit de chaque associé de demeurer dans la société est considéré comme un droit fondamental par la doctrine majoritaire (1) qui conduit à écarter toute exclusion judiciaire de l'associé (2).

[555] R. Rodière, note sous Rouen, 8 fév. 1974, Rev. Sociétés 1974, 507.

C1 - Internal use

1. Fondement contractuel

Droit propre, irréductible qui s'impose à l'assemblée, ce principe développé par Thaller[556] est repris par la plus grande partie de la doctrine. Il n'est formulé par aucun texte. Le Conseil constitutionnel et la cour d'appel de Paris l'ont toutefois qualifié de droit fondamental[557]. Il pourrait constituer un principe général du droit des sociétés[558]. Sur ce fondement, certains auteurs excluent la possibilité d'insérer dans les statuts des clauses d'exclusion[559]. L'assouplissement de la jurisprudence à cet égard conduit à rechercher une autre origine à ce principe[560].

88. Origine contractuelle – Il semble surtout que ce droit repose sur le contrat qui unit l'associé à la société[561]. Ce lien contractuel permet d'expliquer l'acceptation par la jurisprudence des clauses statutaires d'exclusion : seul l'associé peut décider de limiter son droit. *A contrario,* un auteur relève qu'il pourrait être rétorqué que l'origine contractuelle du droit de demeurer dans la société permettrait de prononcer la résiliation judiciaire du contrat et est peu compatible avec la nature institutionnelle des sociétés par actions[562]. Toutefois, l'article 1227 du Code civil ne peut fonder l'exclusion d'un associé dans la mesure où les lois spéciales dérogent aux lois

---

[556] E. Thaller, note sous Cass. civ., 30 mai 1982, D. 1893.1, 105 : « 1° *Il a un droit acquis à traiter avec une société régulière ; 2° Il a un droit acquis à ne pas être exclu de la société sans compensation quand les autres y restent ; « 3° Il a un droit acquis à limiter son risque au montant nominal de son action ; 4° Enfin, il a un droit acquis à garder ou à négocier son titre.* »
Contra, R. David, *La protection des minorités dans les sociétés par actions*, th. Paris, 1928, nº 115. D. Schmidt, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, th. Strasbourg, Sirey, 1970, préf. J.-M. Bischoff, nº 60. J. Hémard, F. Terré, P. Mabilat, *Sociétés commerciales*, t. II, Dalloz, 1974, nº 362. J. Lepargneur, « L'exclusion d'un associé », *Journ. Soc.*, 1928, 257. B. Caillaud, *L'exclusion d'un associé*, Sirey, 1966, 240.
[557] Paris, 26 mai 1989, JCPE 1990, II, 15784, nº 9 et II, 15677, nº &, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain.
[558] J.-P. Storck, « La continuation d'une société par l'élimination d'un associé », *Rev. Sociétés*, 1982, 245.
[559] A. Viandier, JCP Notariale et Immobilière, nº 10, 9 mars 1990, 1327 : « *Nous avons toujours considéré, quels que soient les avantages pratiques de l'exclusion [...], qu'une telle mesure était contraire aux principes généraux du droit des sociétés, serait-elle inscrite dans les statuts.* » A. Viandier et J.-J. Caussain, *JCP E*, 1992, I, 120, nº 2 *: « Nous persistons à penser que l'exclusion est contraire aux principes généraux du droit des sociétés, spécialement au droit reconnu à tout associé de conserver cette qualité.* » V. aussi I. Sauget, *Le droit de retrait de l'associé*, th. Paris X, ANRT, 1991, dir. Cl. Lucas de Leyssac, 208, nº 223*: « Il faut alors revenir au principe selon lequel le droit de rester associé est un droit inhérent à la qualité d'associé, appartenant comme tel à la catégorie des droits propres de l'associé, auquel seul le législateur peut porter atteinte. Aussi peut-on contester la validité des clauses d'exclusion dans les sociétés à capital fixe.* »
[560] CA Orléans, 26 sept. 1989 : Dr. sociétés 1990, nº 163. CA Paris, 27 mars 2001. CA Grenoble, 16 sept. 2010 puis Cass. com., 20 mars 2012, nº 11-10.855, F-P+B, M. c/ Sté Finamag : JurisData nº 2012-004961 ; Dr. sociétés 2012, comm. 77, note H. Hovasse : « *Mais attendu qu'ayant relevé que la décision de racheter une partie des droits sociaux de M. M. à la suite de la perte par ce dernier de la qualité de salarié d'une société du groupe avait été prise conformément aux statuts de la société Finamag, la cour d'appel en a exactement déduit que cette décision était régulière, peu important que l'exclusion de l'associé fût une simple faculté pour le gérant, statutairement investi du pouvoir de la prononcer ; que le moyen n'est pas fondé.* »
[561] A. Viandier, *Recherches sur la notion d'associé en droit français des sociétés*, Paris II, 1976, 180, nº 111 : « *[…] ce droit n'étant qu'une application de l'*[anc.] *article 1134, alinéa 2, du Code civil.* »
[562] J.-P. Storck, « La continuation d'une société par l'élimination d'un associé », *Rev. Sociétés*, 1982, 246.

C1 - Internal use

générales et la résiliation judiciaire du contrat n'est pas l'exclusion de l'associé mais la résiliation du contrat de société. Se pose également la question de savoir si ce droit est absolu et impératif, ce qui empêcherait l'associé d'y renoncer par avance[563]. La jurisprudence relative aux clauses d'exclusion souligne le caractère relatif de ce principe[564]. Thaller, qui a dégagé le premier ce droit comme un droit propre de l'associé, considérait déjà à l'époque qu'il s'agissait d'un « *droit acquis à ne pas être exclu de la société, sans compensation quand les autres y restaient* ». Pour d'autres auteurs, l'origine de ce droit doit être trouvée dans le droit de propriété de l'associé. En effet, le droit de propriété comprend le droit de disposer librement de la chose. Aux termes de l'article 537 du Code civil, « *les particuliers ont la libre disposition des biens qui leur appartiennent* ». Cette capacité à s'approprier les choses constitue un préalable indispensable au droit de propriété, si bien que ce droit de réservation de la chose conduit à sanctionner toute tentative d'expropriation. En considérant que la part sociale et l'action sont susceptibles d'être l'objet d'un droit de propriété, cela conduit nécessairement l'associé à jouir du droit de demeurer associé. Ainsi, que ce droit ait pour origine le droit des obligations ou précisément le droit des biens, seul le consentement de l'associé permet d'aménager son droit au maintien du pacte social en application des articles 1103, 1104 et 537 du Code civil.

89. Libre cession et liberté d'entreprise – Il est également possible d'invoquer la liberté d'entreprendre de l'associé comme fondement du droit de demeurer associé. En droit des sociétés, la liberté d'entreprendre se comprend comme le droit de gérer librement le risque entrepreneurial qu'un associé est prêt à encourir. Cette liberté implique le droit pour ce dernier de choisir le moment le plus opportun pour quitter la société, c'est-à-dire le droit de demeurer associé ou *a contrario* le droit de quitter la société. Le Conseil constitutionnel a considéré en ce sens que la loi du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire qui prévoit une obligation d'information des salariés en cas de cession de participation majoritaire de la société était conforme à la liberté d'entreprendre, tout en censurant la sanction de la nullité de la cession en cas de non-respect de la procédure en raison de la disproportion de la sanction par rapport à l'objectif poursuivi. La libre cession des droits sociaux relève donc pour le Conseil constitutionnel d'un élément de la liberté d'entreprendre. Cette liberté est protégée par le

---

[563] J.-J. Daigre, « La perte de la qualité d'actionnaire », *in* « Qu'est-ce qu'un actionnaire ? », *Rev. Soc.*, 1999, 535.

[564] Cass. com., 20 mars 2012, n° 11-10.855, F-P+B, M. c/ Sté Finamag : JurisData n° 2012-004961 ; Dr. sociétés 2012, comm. 77, note H. Hovasse ; obs. R. Mortier, JCP E, n° 19-20, 11 mai 2012, 1310.
Même si un auteur note qu'« *il y aurait tout de même un certain paradoxe à affirmer dans le même temps qu'il est possible de renoncer par avance au droit de demeurer associé – qui n'est en quelque sorte que le préalable à l'existence de tous les autres – et impossible de faire de même au sujet du droit de vote* ». D. Bureau, *JCP E*, n° 48, 28 novembre 2007, II 10197.

C1 - Internal use

Conseil constitutionnel et pourrait donc contraindre la possibilité de prononcer l'éviction d'un associé s'opposant à un plan de continuation. En effet, le Conseil constitutionnel a d'abord considéré que cette liberté n'était « *ni générale, ni absolue ; qu'il est loisible au législateur d'y apporter des limitations exigées par l'intérêt général à la condition que celles-ci n'aient pas pour conséquence d'en dénaturer la portée*[565] », avant de consacrer que les atteintes à cette liberté doivent nécessairement être « *justifiées par l'intérêt général et à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi*[566] ». Les implications du droit de demeurer associé restent toutefois objectives, la chambre commerciale de la Cour de cassation ayant déjà décidé qu'« *une décision sociale de nature à priver les associés de leur intérêt à participer à la société ne constitue pas, en elle-même, une augmentation de leurs engagements nécessitant un consentement unanime*[567] ».

Ainsi, il pourrait être argué que l'éviction de l'associé d'une société en difficulté serait une atteinte à la liberté d'entreprise. Toutefois, un auteur considère que cette protection ne concerne que l'associé disposant d'une participation majoritaire et estime ainsi que « *l'associé jouit du bouclier constitutionnel de la liberté d'entreprendre à l'occasion d'une cession de ses parts sociales, actions ou valeurs mobilières représentant plus de la moitié du capital social* », dans la mesure où seule cette hypothèse permettrait d'assimiler la cession d'une participation avec la cession d'une entreprise[568].

2. *L'exclusion judiciaire écartée*

Il est de jurisprudence constante, et la doctrine est unanime à ce sujet, qu'il n'est pas possible de prononcer l'exclusion judiciaire d'un associé même s'il recherche la dissolution de la société, même s'il est fautif et qu'il ne souhaite pas le redressement de cette dernière[569]. La Cour de cassation a exclu la possibilité d'obliger un associé qui demande la dissolution de la société à

---

[565] Décision nº 81-132 DC du 16 janvier 1982 ; décision nº 89-254 DC du 4 juillet 1989.
[566] Décision nº 2000-439 DC du 16 janvier 2001, Loi relative à l'archéologie préventive : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/libent.pdf. M. Kdhir, « Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie : mythe ou réalité ? », *D.*, 1994, 30.
[567] A. Couret, « L'assemblée générale extraordinaire : une assemblée à risques », *D.*, 2010, 2947.
[568] S. Vernac, « Les droits des salariés et la liberté d'entreprendre de l'associé », *Constitutions*, 2015, 573.
[569] À noter l'existence d'une doctrine partisane de l'exclusion judiciaire au nom de l'intérêt social : J.-J. Daigre, « De l'exclusion d'un associé en réponse à une demande de dissolution », *Bull. Joly*, 1er juillet 1996, nº 7-8, 576, et « La perte de la qualité d'actionnaire », *in* « Qu'est-ce qu'un actionnaire ? », *Rev. Sociétés*, 1999, 535 ; I. Pascual, « La prise en considération de la personne physique dans le droit des sociétés », *RTD com.*, 1998, 273 ; J.-P. Storck, « La continuation d'une société par l'élimination d'un associé », *Rev. Sociétés*, 1982, 233.

C1 - Internal use

céder ses parts[570]. La seule possibilité est de prononcer son exclusion sur la base d'une habilitation légale (« *pas d'exclusion sans texte* [571]») ou si l'associé y a par avance consenti (clause d'exclusion statutaire). Cette impossibilité repose sur le constat que l'associé ne peut commettre aucune faute dans la mesure où sa seule obligation légale est de libérer ses apports[572].

90. L'impossible exclusion judiciaire – Il convient de noter qu'en droit belge, il est possible de prononcer l'exclusion judiciaire d'un associé pour juste motif : la cession forcée se réalise au profit du demandeur[573]. De la même façon en droit allemand, il est possible de prononcer l'exclusion d'un associé majoritaire en cas d'abus. En revanche, le droit français refuse de prononcer l'exclusion d'un associé même à titre de sanction : la cour d'appel de Paris a, par exemple, annulé la décision de l'assemblée générale ayant prononcé l'exclusion d'un associé, au motif que la décision litigieuse (en l'occurrence un appel de fonds pour remédier aux difficultés de la société sous peine d'exclusion) n'entrait pas dans l'un des cas prévus à l'article 1860 du Code civil et faute pour les statuts de stipuler un motif et une procédure d'exclusion[574].

Le principal argument, au-delà du droit de demeurer associé, est le principe de non-immixtion du juge. Le rôle du juge constitue une réelle différence entre le droit des sociétés et le droit des procédures collectives. En application du droit des sociétés, il est attendu de la part du juge un contrôle de légalité et non un contrôle d'opportunité qui contreviendrait au principe de liberté d'entreprendre défendue par la matière. À l'opposé, en application du droit des procédures collectives, l'entreprise et ses organes ont perdu leur souveraineté ; les difficultés subies par la société qui rejaillissent sur l'ensemble de ses parties prenantes conduisent à conférer au juge un véritable pouvoir de contrôle d'opportunité concernant la nature des difficultés, la poursuite des contrats stratégiques et *in fine* la pertinence du nouveau modèle d'affaires proposé. Ces rôles profondément différents conduisent à s'interroger sur la place du juge lorsqu'il doit apprécier l'application du droit des sociétés lors de la période d'observation. La Cour de cassation a déjà estimé que « *s'ils n'ont pas à se substituer à l'assemblée générale dans la gestion du patrimoine*

---

[570] Cass. com., 12 mars 1996, n° 93-17813 : Bull. civ. IV, n° 86 ; BJS Juill. 1996, 584, n° 207 ; Rev. Sociétés 1996, 554, note B. Bureau ; D. 1997, 133, note T. Langlès ; Dr. Sociétés 1996, comm. n° 96, obs. t. Bonneau ; JCP E 1996, II, 831, note Y Paclot ; Bulletin, 584, § 207, note J.-J. Daigre. J.-J. Daigre, « De l'exclusion d'un associé en réponse à une demande de dissolution », *Bulletin Joly Société*, 1er juillet 1996, n° 7-8, 576.

[571] Y. Guyon, *Droit des affaires*, n° 750 ; G. Ripert, R. Roblot, *Traité élémentaire de droit commercial*, t. 1, 10e éd., n° 653 ; J. du Garreau de la Méchenie, *Les droits propres de l'actionnaire*, th. Poitiers, Éd. Les Presses modernes, 1937. Contra. R. David, *La protection des minorités dans les sociétés par actions*, th. Paris, 1928, n° 115.

[572] C. Berr, *L'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales*, Sirey, 1961, 109, 122.

[573] Article 190 ter de la Loi coordonnée sur les sociétés commerciales entrée en vigueur le 1er juillet 1996.

[574] Paris, 7 juin 1988, Rev. sociétés 1989.246, note S. Dana-Demaret ; RTD com. 1989.683, obs. Y. Reinhard.

C1 - Internal use

social, les juges n'en doivent pas moins contrôler les décisions de cette assemblée acquises dans des conditions qui risquent de fausser, au profit de quelques actionnaires, les règles établies pour la protection de tous[575] ».

91. Critiques – Cette impossibilité pour le juge de prononcer l'exclusion d'un associé est critiquable. En effet, peu importe la conception contractualiste ou institutionnaliste que l'on retient de la société : soit il s'agit de faire respecter le contrat de société, soit on considère qu'il est primordial que la société personne morale soit protégée. Selon le M. Professeur Jeantin, les droits propres de l'associé « *ne sont pas attribués dans un but strictement égoïste, mais dans la vue du fonctionnement harmonieux de la société [...] et si l'exclusion implique la perte du droit d'associé, cette perte n'est jamais sans contrepartie puisque l'associé exclu a droit à la valeur de ses droits sociaux [...] Aucun risque de spoliation n'existant, on ne peut que regretter que les juges n'utilisent pas plus fréquemment la technique de l'exclusion afin de résoudre les conflits persistants naissant entre associés*[576] ». Certains auteurs envisagent une résiliation judiciaire du contrat de société en cas de manquement grave aux obligations de l'associé[577]. M. le Professeur Daigre considère que « *seule la survie de la société peut permettre de justifier une telle mesure* [l'exclusion judiciaire]*. L'exclusion ne doit être qu'un remède subsidiaire ; elle doit être nécessaire et non seulement utile*[578] ». Toutefois, l'on doute de cette possibilité compte tenu de la réticence du juge à prononcer une exclusion judiciaire[579]. Il serait donc nécessaire de modifier la loi pour permettre une exclusion judiciaire pour juste motif[580]. En revanche, lorsqu'il s'agit de l'engagement légal de chaque associé de participer aux pertes, le juge n'a pas besoin d'une habilitation légale pour en prononcer l'exécution forcée.

---

[575] Cass. com., 16 oct. 1963, D. 1964. 431, S. 1964. 310, note J. Autesserre.
[576] M. Jeantin, « Le rôle du juge en droit des sociétés », *in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de R. Perrot*, Dalloz, 1996, 161.
[577] Voir P. Hoang, « La sanction de l'inexécution du contrat-organisation », *in Mélanges P. Didier, études de droit privé*, Economica, 2008, 205, spéc. n° 14. Dans le même sens, J. Lepargneur, « L'exclusion d'un associé », *Journ. Sociétés*, 1928, 267. Y. Guyon, *Traité des contrats. Les sociétés. Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5e éd., LGDJ, 2002, n° 49 ; J.-J. Daigre, « De l'exclusion d'un associé en réponse à une demande de dissolution », *Bulletin Joly Sociétés*, 1er juillet 1996, n° 7-8, 576 : « *La disparition d'une entité économique et des emplois qui y sont attachés, pour la seule raison qu'un associé ne s'entend plus avec les autres, est économiquement et socialement inacceptable.* »
[578] J.-J. Daigre, « La perte de la qualité d'actionnaire », *in* « Qu'est-ce qu'un actionnaire ? », *Rev. Sociétés*, 1999, 547.
[579] D. Gallois-Cochet, « Associé », *Joly Sociétés*, 2015, n° 610.
[580] Voir en ce sens les propositions de l'ANSA, l'AFEP et le Medef en octobre 2003, également HCJP, Droit de retrait des minoritaires de sociétés non cotées, 26/03/18, RA15.

C1 - Internal use

B/ Le droit de demeurer associé, un obstacle apparent à l'éviction de l'associé

Le droit de demeurer associé n'est qu'un obstacle apparent puisque l'associé s'est déjà engagé lors de son entrée dans le capital à contribuer aux pertes, ce qui peut provoquer son éviction. Il convient dès lors de distinguer l'éviction des hypothèses d'exclusion et du retrait de l'associé.

1/ La distinction entre exclusion, éviction et retrait

En matière de rachat forcé des titres sociaux, il convient de distinguer l'hypothèse d'un rachat contraint pour la société et celle d'un rachat contraint pour l'associé. En effet, le retrait, qui se définit comme « *la manifestation de volonté de l'associé de reprendre ses apports en contraignant la société à lui acheter ses parts sociales en vue de leur annulation*[581] », constitue une règle d'exception[582]. La liberté de se retirer n'existe que dans certaines sociétés[583]. Cette décision relève de la libre appréciation de l'associé qui ne peut être contraint dans l'exercice de ce droit.

A contrario, l'exclusion relève d'une décision d'un organe habilité statutairement ou légalement visant à contraindre un associé à céder ses titres. Lorsqu'elle est prévue par une clause statutaire, l'exclusion repose sur un motif subjectif[584]. Elle peut être considérée comme la sanction d'une faute ou d'un comportement grave[585]. En effet, s'il n'est pas possible de prévoir une exclusion *ad nutum* d'un associé, les faits devant être précis et définis à l'avance, les clauses d'exclusion laissent un pouvoir d'appréciation qui justifie l'intervention du juge qui doit pouvoir vérifier que l'exclusion n'est pas abusive[586]. Cela implique également le respect du contradictoire[587], supposant que le motif d'exclusion soit communiqué[588] et que l'intéressé

---

[581] Ch. Lebel, « Le droit de retrait de l'associé », *in Mélanges le Professeur Raymond Guidec*, LexisNexis, 2014, 747, n° 2.
[582] B. Saintourens, « La liberté de se retirer d'une société », *in Études à la mémoire de Ch. Lapoyade-Deschamps*, 2003, 315 ; M. Rakotovahiny, « La liberté d'un associé de se retirer de la société : une liberté en demi-teinte », *Revue des sociétés*, juin 2017, 338.
[583] L. 227-16, L. 229-12 dans les sociétés européennes, L. 231-6 dans les sociétés à capital variable, SEL, sociétés civiles.
[584] Cass. com., 13 déc. 1994, n° 93-11569 : Bull. civ. IV, n° 84 ; BJS févr. 1995, n° 39, 152, note P. Le Cannu ; JCP E 1995, II, 705, note Y. Paclot ; Rev. sociétés 1995, 298, note D. Randoux.
[585] G. Durand-Lépine, « L'exclusion des associés dans les sociétés non cotées », *LPA*, 24 juillet 1995, n° 88, 8.
[586] Cass. com., 21 octobre 1997, n° 95-17904 : Bull. civ. IV, n° 281 ; BJS janv. 1998, 40, n° 10, note P. Le Cannu ; Rev. Sociétés 1998, 99, obs. B Saintourens ; Dr. Sociétés 1998, comm. n° 1, obs. T. Bonneau.
[587] Cass. com., 20 mars 2012, n° 11-10855 : BJS juill. 2012, n° 311, 538, note F.-X. Lucas ; Rev. sociétés 2012, 435, note A. Couret ; RTD com. 2012, 355, note M.-H. Monsèrié-Bon ; Dr. sociétés 2012, comm. 77, obs. H. Hovasse ; JCP E 2012, 1310, note R. Mortier.
[588] Cass. 1re civ., 19 mars 2002, n° 00-10645 : Bull. civ. I, n° 95 ; LPA 3 juill. 2003, 16, note N. Mathey.

C1 - Internal use

ait eu un temps suffisant pour préparer sa défense[589] (même s'il ne dispose pas du droit d'être assisté par un avocat[590]). L'exclusion doit à ce titre être distinguée de **l'éviction**. En effet, la Cour de cassation a considéré que « *constitue une éviction et non une exclusion, la procédure diligentée sur le fondement d'une clause statutaire prévoyant la perte automatique de la qualité d'associé pour tout associé qui viendrait à perdre par ailleurs sa qualité de salarié de la société. Partant, le salarié-associé qui part à la retraite ne saurait valablement contester son éviction de la société*[591] ». L'éviction repose donc sur une appréciation objective du motif (changement de contrôle, perte de la qualité de salarié, changement de situation de la personne morale ou de l'associé) dont la constatation ne suppose pas l'intervention d'un organe social[592]. Le caractère automatique du dispositif justifie que le respect d'une procédure contradictoire ne soit pas rendu nécessaire puisque l'intéressé peut anticiper les conséquences d'un changement de situation sur sa qualité d'associé[593]. Faute de grief, le respect des droits de la défense de l'associé n'est pas une cause de validité du dispositif. Dans tous les cas, le juge peut être amené à revoir les conditions de l'exclusion/retrait/éviction et sanctionner un éventuel abus sur le fondement de l'article 1240 du Code civil[594]. Il s'agira de vérifier l'absence de détournement de la clause, la conformité de la situation aux prévisions de la clause statutaire ou vérifier que la cause d'exclusion ou d'éviction n'est pas contraire à l'ordre public[595].

---

[589] Cass. com., 7 juill. 1992, nº 90-12855 : Bull. civ. IV, nº 265 ; BJS oct. 1992, nº 359, 1100, note A. Couret ; JCP G 1993, I, 3652, spéc. nº 16, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain ; Rev. sociétés 1993, 109.

[590] Cass. com., 10 mai 2006, nº 05-16909 : Bull. civ. IV. nº 120 ; BJS oct. 2006, nº 239, 1154, note J.-J. Daigre.

[591] Cass. com., 29 septembre 2015, nº 14-17343, F-D, Icard c/ Société Socotec France : JurisData nº 2015-021771, note R. Mortier, « Ne pas confondre exclusion et éviction de l'associé », *Droit des sociétés*, nº 3, mars 2016, comm. 43, qui salue cette décision dans la mesure où il y a un « *contresens à exiger qu'un associé évincé par pur automatisme soit traité comme s'il avait été sanctionné, avec tous les droits correspondants, au risque de faire de la forme la sœur jumelle de la mauvaise foi* ». Note B. Dondero, BJS déc. 2015, n° 114h4, 629 et Gaz. Pal. 1er déc. 2015, nº 249q6, 19.

Cass. soc., 9 mars 2017, 15-14.416, non publié au bulletin : à noter que dans cet arrêt, si le rachat forcé des titres a été considéré comme une éviction et non une exclusion du fait de la perte de la qualité de salarié, le conseil d'administration disposait d'un pouvoir d'opportunité pour écarter l'application automatique de cette clause.

Note J.-J. Ansault, BJS juin 2017, nº 116k8, 374 ; note B. Dondero, Gaz. Pal. 20 juin 2017, nº 297t8, 72.

[592] Même si un auteur préfère le terme d'exclusion de plein droit : « *Cette clause n'est pas non plus une clause d'"éviction", ce terme désignant "le fait pour le possesseur d'une chose d'en être dépouillé pour une cause antérieure à la vente" (Vocabulaire Juridique, Association H. Capitant, v° Eviction). C'est une clause d'exclusion de plein droit.* » Y. Paclot, *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, nº 23, 9 juin 2016, 1341.

[593] D. Gallois-Cochet, « Associé », *Joly Sociétés*, 2015, nº 589. critique pourtant la distinction éviction/exclusion considérant que « *la Cour de cassation se contente au contraire d'affirmer la licéité de la clause sans la qualifier* ». Il s'agit pour elle d'une œuvre de la cour d'appel.

[594] Cass. com., 21 oct. 1997, Soc. Wallerich Sports c/ Soc. La Hutte : Dalloz Affaires 1997.1474, note M. Boizard ; Rev. sociétés 1998.99, note B. Saintourens ; D. 1998.400, obs. J.-C. Hallouin ; note B. Oppétit et Y. Reinhard, RTD com. 1998, 169.

[595] Cass. com., 9 mars 2017, nº 15-14.416, Bronny c/ Sté Socotec : JurisData nº 2017-004021, obs. R. Mortier, *Droit des sociétés*, n° 8-9, août 2017, comm. 138, qui note que le juge doit « *vérifier, le cas échéant, la régularité de son insertion dans les statuts, son absence de caractère discriminatoire, ainsi que l'effectivité de la survenance de l'événement donnant lieu à la sortie forcée de l'associé* ».

C1 - Internal use

La Cour de cassation a donc différencié les cas d'exclusion statutaire des cas d'éviction, mais il est également possible d'étendre cette distinction à d'autres hypothèses de rachat forcé prévues par la loi. Il pourrait être, en effet, identifié des cas d'exclusion légale, comme l'exclusion des dirigeants-associés pouvant être prononcée sur demande du ministère public à la libre appréciation du tribunal lorsque le redressement le justifie. Il en est de même en cas d'échanges de titres consécutifs à une fusion ou de scission, de réduction de capital, de regroupement ou de division et de conversion obligatoire de titres au porteur en titres nominatifs – soit des distributions de titres imputées sur les réserves ou liées à une réduction de capital, soit des distributions ou attributions d'actions gratuites puisque les sociétés peuvent, sur simple décision du conseil d'administration, du directoire ou du gérant, vendre les titres dont les ayants droit n'ont pas demandé la délivrance, à la condition d'avoir procédé, deux ans au moins à l'avance, à une publicité (articles L. 228-6, R. 228-11 et 12 du Code de commerce).

A contrario, l'éviction concerne les situations de cession forcée des titres d'un associé dans les sociétés civiles en application de l'article 1860 du Code civil ou en application de l'article L. 221-16 du Code de commerce pour les sociétés en nom collectif, ou la procédure de retrait obligatoire des associés minoritaires d'une société anonyme en application de l'article L. 433-4 II du Code monétaire et financier, ou encore la procédure d'exécution en bourse qui sanctionne l'associé qui n'a pas libéré les actions qu'il avait souscrites (article L. 228-27 du Code du commerce) ou concernant les actionnaires qui demeurent inconnus du teneur de compte depuis dix années révolues (article L. 228-6-3 du Code du commerce). En effet, ces mécanismes de rachat forcé concernent à chaque fois une situation objective qui entraîne *ipso facto*, sans appréciation subjective, la perte de la qualité d'associé. À ce titre, la contrepartie financière de l'éviction n'est pas une indemnisation mais « *la perception par l'associé de la valeur de ses droits sociaux*[596] ». Il est possible de considérer que la cession forcée des titres d'un associé qui peut être prononcée en application de l'article L. 631-19-1 du Code de commerce n'est pas une éviction puisqu'elle relève d'une décision discrétionnaire du tribunal, empreinte d'une fonction sanctionnatrice ; elle ne relève pas de la constatation de la contribution aux pertes de l'associé, c'est-à-dire d'une décision objective. En revanche, la dilution forcée prononcée sur décisions des classes de parties affectées, à l'instar d'une dilution décidée par l'assemblée générale des actionnaires, constitue une éviction et non une exclusion. Par ailleurs, en cas d'application forcée interclasse, le législateur s'est assuré de l'impossibilité de prononcer

[596] D. Gallois-Cochet, « Associé », *Joly Sociétés*, 2015, n° 550.

C1 - Internal use

une cession forcée des titres sociaux. Cette éviction s'explique par l'engagement initial de l'associé de contribuer aux pertes de la société.

2. L'engagement de l'associé

92. Consentement préalable – L'éviction d'un associé repose sur le lien entre celui-ci et le contrat de société par lequel l'associé s'engage à contribuer aux pertes. A contrario dans le cadre d'une clause statutaire d'exclusion, le consentement de l'associé est requis dès la création de la société ou dont l'insertion en cours de vie sociale[597], à l'exclusion du cas particulier de la SAS[598]. Pour le Professeur Le Nabasque, « *l'exigence* [de l'unanimité pour insérer une clause d'exclusion] *ne se justifie pas parce que la clause constituerait une prétendue augmentation des engagements des associés mais, plus sûrement, parce que chaque associé doit, individuellement, accepter par avance d'être un jour exclu : c'est à ce prix que la liberté contractuelle peut venir relayer la force et la vigueur du droit de propriété* [599]».

93. Éviction ou dilution forcée – L'application automatique de la clause est dès lors exclusive de toute fonction répressive et ne constitue qu'une pure application du contrat de société. De la même façon, ce lien contractuel permet d'expliquer que l'engagement de l'associé de contribuer aux pertes conduise celui-ci à perdre son droit de vote dans une telle hypothèse, dans la mesure où en entrant dans la société, il y a déjà consenti. Ainsi, en souscrivant au contrat de société, chaque associé a par avance consenti à contribuer aux pertes. Il est inenvisageable, en cas de dissolution de la société et faute de désintéressement des créanciers, d'invoquer l'expropriation d'un associé qui n'a pas obtenu le remboursement de son apport. A l'instar d'une réduction de capital motivée par des pertes, l'éviction de l'associé sera prononcée sur décision majoritaire des classes de parties affectées, avec la particularité que l'associé sera sollicité en sa qualité de créancier de dernier rang dans le contexte de la procédure collective. L'éviction de l'associé d'une société en difficulté dans la cadre de sa participation à une classe de créanciers n'est pas une exclusion judiciaire, prohibée en application du droit de demeurer actionnaire et du principe de non-immixtion vu précédemment, si cette décision relève d'une appréciation objective : la

---

[597] M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *Droit des sociétés*, 27e éd., LexisNexis, Manuels, 2014, no 368 ; J.-J. Daigre, « La perte de la qualité d'actionnaire », *in* « Qu'est-ce qu'un actionnaire ? », *Rev. Sociétés*, 1999, 535, spéc. 545, b.

[598] Depuis la loi du 22 mai 2019, les clauses d'exclusion statutaires ne peuvent être adoptées ou modifiées que par une décision prise collectivement par les associés dans les conditions et formes prévues par les statuts.

[599] H. Le Nabasque, « Agrément de cessions d'actions et exclusion d'associés », *RJDA*, 3/95, 200, no 30.

C1 - Internal use

contribution aux pertes. En effet, même s'il revient au tribunal de prononcer cette mesure, la dilution forcée n'a pas pour objet de sanctionner l'associé, mais de constater la réalisation de son engagement de contribuer aux pertes dans des conditions légalement prescrites[600]. Dans l'hypothèse d'une application forcée interclasse, le décision de justice relèvera de l'éviction que s'il est préalablement constaté une situation de contribution aux pertes.

Si l'éviction forcée est passée sous les fourches caudines du droit de chaque associé de demeurer associé, qu'en est-il du droit à l'intangibilité des engagements ?

§2/ L'intangibilité des engagements

94. Consécration légale – Ce principe a été consacré par l'article 31 de la loi du 24 juillet 1867 et repris par l'article 153 de la loi du 24 juillet 1966 (article 60 pour la société à responsabilité limitée), puis généralisé par la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978, modifiant le titre IX du livre III du Code civil en l'introduisant dans son article 1836. Il s'agit d'un principe impératif[601] du droit des sociétés, applicable quelle que soit la forme sociale adoptée[602], sanctionné par une nullité absolue qui peut être demandée par tout associé, y compris par ceux ayant voté en faveur de la résolution[603] (**A**). Comme le note un auteur, « *en droit commun des contrats, la règle générale est constituée par l'interdiction de modifier l'acte sans l'accord unanime des parties, exception faite des autorisations expressément prévues par la loi. En droit des sociétés, au contraire, la*

---

[600] Voir Partie II, Titre I, Chapitre 1.

[601] Cass. com., 13 novembre 2003, Lebert c/ Ciaudo : RTD com. 2004.314, obs. C. Champaud et D. Danet ; Rev. sociétés 2004. 97, note B. Saintourens. Dans cet arrêt la chambre commerciale a considéré « *que l'associé ayant émis un vote favorable à la résolution proposée n'est pas, de ce seul fait, dépourvu d'intérêt à en poursuivre l'annulation ; qu'en retenant que l'article 1836, alinéa 2, du code civil, dont la violation était évoquée par M. Ciaudo au soutien de sa demande, est une disposition d'ordre public, sanctionnée par une nullité absolue qui peut être demandée par tout associé* »

[602] M. Cozian, A. Viandier, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, n° 393 ; Y. Guyon, *Traité des contrats. Les sociétés*, *op. cit.*, n° 50 ; P. Merle, A. Fauchon (collab.), *Droit commercial. Sociétés commerciales*, *op. cit.*,, n° 149, 489 et 681 ; Mémento Francis Lefebvre, *Sociétés commerciales*, *op. cit.*, n° 4072, 5804 et 11145 et s. ; Mémento Francis Lefebvre, *Sociétés civiles*, *op. cit.*, n° 1220. Voir également les articles L. 223-30 et L. 225-96 du Code de commerce.
Ce principe s'applique également aux associations dans le silence des statuts : note sous Cour de cassation (1re civ.), 1er février 2017, n° 16-11.979 (F-P+B), Association des chasseurs et propriétaires de Pierrefiche du Larzac c/ V, K. Rodriguez, Rev. sociétés 2018, 43.

[603] Cass. com. 13 nov. 2003, n° 00-20.646, Bull. civ. IV, n° 171 ; J.-L. Navarro, *Droit des sociétés. Le juge et l'associé*, préf. D. Gibirila, Hachette, 2010, 129 ; D. 2004. 2033, obs. B. Thullier ; *ibid.* 2927, obs. J.-C. Hallouin ; Rev. sociétés 2004. 97, note B. Saintourens ; RTD civ. 2004. 283, obs. J. Mestre et B. Fages ; RTD com. 2004. 118, obs. M.-H. Monsèrié-Bon *; ibid.* 314, obs. C. Champaud et D. Danet.

C1 - Internal use

règle générale est constituée par la possibilité de modifier l'acte à la majorité excepté lorsqu'il s'agit d'augmenter l'engagement des associés[604] ».

La prohibition d'augmenter les engagements de l'associé peut apparaitre comme un obstacle au prononcé de l'éviction de ce dernier (**B)**.

A/ Le principe

Nous savons que la jurisprudence avait initialement une conception stricte de l'augmentation des engagements en vérifiant l'absence d'engagement nouveau ou l'absence de « *l'aggravation de la dette envers la société ou envers les tiers*[605] » (**1**). Puis, elle a évolué lorsqu'une décision sociale a pour objet ou pour effet de réduire les droits de l'associé à l'encontre de la société (**2**). Le Professeur Le Nabasque résume ainsi la situation[606] : « *La clause d'exclusion ne constitue pas une augmentation des engagements des associés mais une réduction de leurs droits de sorte que l'*[l'ancien] *article 1134 du Code civil constituerait un fondement plus adéquat à l'exigence d'unanimité en cas de modification des droits propres de l'associé*[607]. »

1. *Augmentation des engagements* stricto sensu

Traditionnellement, l'augmentation des engagements est comprise comme empêchant de modifier à la majorité les engagements financiers primitifs d'un associé. Le risque que celui-ci était prêt à endosser en entrant dans la société ne peut être aggravé sans son accord. Il s'agit d'assurer l'intégrité de son engagement, qui ne peut être bouleversé par le fait majoritaire. Par conséquent, il n'est pas possible d'imposer le versement de fonds supplémentaires pour faire face aux dettes de la société[608]. De la même façon, l'augmentation du montant nominal des actions implique un apport complémentaire à réaliser par chaque associé, ce qui suppose un

---

[604] N. Lahnane, « L'inflexion nécessaire du principe d'intangibilité du contrat : étude comparée entre droit des sociétés et droit commun des contrats », *AJ contrat*, 2017, 475. Dans le même sens, G. Taormina, « Réflexions sur l'aggravation des engagements des associés », *Rev. Sociétés*, 2002, 267, qui considère que « *le principe n'est pas celui de l'intangibilité du contrat qui n'est que l'exception* ».
[605] Cass. civ., 9 févr. 1937 ; DP 1937, I, 73, note Besson.
[606] H. Le Nabasque, « La notion d'engagements nouveaux en droit des sociétés », *Dr. sociétés, Actes pratiques*, déc. 1997, 37.
[607] D. Gallois-Cochet, « Associé », *Joly Sociétés*, 2015, n° 480 ; H. Le Nabasque, » La notion d'engagements nouveaux en droit des sociétés », *Dr. sociétés, Actes pratiques*, déc. 1997, 36 ; L. Jobert, « La notion d'augmentation des engagements des associés », *BJS*, mai 2004, n° 124, 627.
[608] Cass. com., 7 mars 1989, Rev. sociétés 1989. 473, note Y. Chartier.

C1 - Internal use

vote à l'unanimité[609]. La transformation d'une société à responsabilité limitée en une forme sociale où la responsabilité des associés est illimitée conduit *de facto* à aggraver le risque encouru par les associés et nécessite dès lors l'accord de tous les intéressés.

La notion d'engagement recouvrait initialement les seuls engagements financiers de l'associé. Ainsi, la Cour de cassation avait affirmé que « *la réglementation du droit de préemption et les restrictions apportées à la cessibilité des actions, si elles peuvent constituer une diminution des droits des actionnaires, ne constituent pas, cependant, une augmentation de leurs engagements*[610] ». La jurisprudence et la doctrine semblent avoir évolué sur ce point et considèrent plus largement la notion d'engagement comme toute obligation incombant à l'associé. Pour le Professeur Le Nabasque, « *aujourd'hui, la question n'est pas de savoir si la majorité des associés, réunis en assemblée, peut ou non "augmenter" leurs engagements et de distinguer cette notion de la réduction de leurs droits. Il s'agit en réalité de déterminer si la résolution, votée à la majorité, impose aux associés une ou plusieurs obligations nouvelles ne résultant pas du pacte social originaire (obligations de faire, de ne pas faire, ou de donner)*[611] ».

2. La question de la réduction des droits

La jurisprudence a progressivement étendu la notion d'engagement financier en incluant l'aggravation d'une obligation ayant un impact financier même indirect ou non chiffré ou même potentiel[612]. En effet, lorsqu'une délibération conduit à limiter le droit de retrait de l'associé, cela revient à augmenter éventuellement la durée de son engagement en qualité d'associé et *de facto* modifier l'équilibre général dans sa prise de risque dont l'appréciation avait inclus la possibilité de se retirer à tout moment. De la même façon, la Cour de cassation a reconnu que

---

[609] Article L. 225-129 II du Code de commerce.
[610] Cass. civ., 9 févr. 1937 : DP 1937.73, note A. Besson ; S. 1937.129, note H. Rousseau.
[611] H. Le Nabasque, « La notion d'engagements nouveaux en droit des sociétés », *Dr. sociétés, Actes pratiques*, déc. 1997, 36 : « *Si la résolution, votée à la majorité, impose aux associés une ou plusieurs obligations nouvelles qui ne résultaient pas du contrat d'origine : obligation de faire (de demeurer en relation avec la société), obligation de ne pas faire (concurrence de la société) ou obligation de donner (des apports nouveaux)*. »
[612] Cass. com., 13 novembre 2003, Lebert c/ Ciaudo : RTD com. 2004.314, obs. C. Champaud et D. Danet ; Rev. sociétés 2004. 97, note B. Saintourens.

C1 - Internal use

l'augmentation de la durée de l'engagement d'un associé d'une société coopérative équivalait à une aggravation des engagements de l'intéressé[613].

Puis la jurisprudence a considéré que les engagements de l'associé étaient aggravés lorsque ses droits ou libertés individuelles étaient contraints, comme dans le cas de l'insertion de clauses statutaires de non-concurrence[614]. Toutefois, elle n'a pas suivi la position doctrinale reposant sur l'assimilation de l'augmentation des engagements avec leur réduction. En effet, le principe majoritaire qui permet à une assemblée générale de modifier les statuts conduit à accepter une modification des stipulations des parties à la majorité ; seule une modification des droits propres des associés va requérir un consentement unanime de ceux-ci.

En ce qui concerne les clauses d'exclusion statutaires insérées en cours de vie sociale, elles conduisent à bouleverser les prédictions de l'associé dans la mesure de son risque : la décision de sortir de la société au moment opportun ne lui appartient plus exclusivement. Ces clauses reviennent à contraindre la liberté de demeurer ou de sortir de la société et équivalent à une augmentation des engagements de l'associé[615]. En revanche, les clauses d'agrément insérées dans les statuts en cours de vie sociale ne remettent pas forcément en question l'intangibilité des engagements de l'associé puisqu'il peut à tout moment sortir de la société : il n'est pas prisonnier de ses titres puisqu'en cas de refus d'agrément du cessionnaire proposé, la société ou les autres associés sont tenus de lui racheter ses parts au prix convenu ou, en cas de contestation, à dire d'expert. À ce titre, il faut saluer la modification de l'article L. 227-19 du Code de commerce par l'ordonnance n° 2017-747 du 4 mai 2017[616] qui n'exige plus une décision à l'unanimité des associés pour adopter ou modifier une clause d'agrément. Dans ce contexte, il est impératif de vérifier que l'éviction ne conduit pas à l'augmentation des engagements de l'associé, qui nécessiterait une décision prise à l'unanimité.

B/ L'intangibilité des engagements, un obstacle apparent à l'éviction de l'associé

Le principe d'intangibilité des engagements repose sur la prévisibilité du contrat de société qui est protégée par la loi : l'économie du contrat ne peut être bouleversée sans l'accord de la partie

[613] Cass. 1re civ., 4 avr. 1995 : Rev. sociétés 1996, 309, note B. Saintourens ; Bull. Joly 1995, 768, note G. Gourlay ; RTD com. 1995, 806, obs. M. Jeantin.
[614] Cass. com., 26 mars 1996 : Rev. sociétés 1996.793, note L. Godon ; D. 1996. Somm. 343, obs. JC. Hallouin ; Bull. Joly 1996.604, note P. Le Cannu ; RTD com. 1996.487, obs. Y. Reinhard et Petit ; D. affaires 1996.529.
[615] En ce sens, F. Rizzo, « Le principe d'intangibilité des engagements des associés », *RTD com.*, 2000, 27.
[616] Art. 5.

C1 - Internal use

concernée. Il faut donc distinguer l'augmentation des engagements des cas qui ne sont qu'une modalité statutairement prévue de la contribution aux pertes.

1. *Augmentation des engagements* stricto sensu

Il n'existe pas d'obligation pour les associés de participer au redressement de la société[617]. Il n'est en effet pas possible de demander à un associé de soutenir la société financièrement contre sa volonté par le fait majoritaire. Ce refus de répondre à des appels de fonds ne peut être considéré comme fautif, sous peine de réduire à néant le principe d'intangibilité des engagements de l'associé[618]. Il a été considéré par certains que l'exigibilité immédiate de l'apport et la possibilité de passer outre l'opposition de l'associé conduisent à rendre celui-ci financièrement responsable envers la société en difficulté et à augmenter ainsi ses engagements. Ce n'est pas correct juridiquement : l'associé n'est aucunement obligé de soutenir la société en difficulté, il est seulement tenu d'exécuter son engagement de contribuer aux pertes. Un auteur note également que *« l'associé qui ne participe pas au financement de cette restructuration s'expose à une expropriation au bénéfice de nouveaux associés qui, eux, sont prêts à offrir à la société les moyens de son redressement ; « payer pour rester*[619] ». Il est certain que l'associé qui souhaite participer à la restructuration de la société ne fera pas l'objet d'une cession forcée ou d'une dilution forcée de sa participation. En revanche, ces mesures ne viennent pas sanctionner un associé qui ne participerait pas. Il n'existe aucune obligation de faire un nouvel apport[620]. Il s'agit de pouvoir d'acter dans le cadre d'un plan de reprise interne l'engagement de chaque associé de participer aux pertes. Comme lors d'une opération de coup d'accordéon, les associés ont « *vu se réaliser l'aléa le plus défavorable à l'opération spéculative qu'est l'acquisition d'actions*[621] ».

---

[617] A. Cérati-Gauthier, *op. cit.*, n° 351 ; D. Vidal, note sous Paris, 13 juin 1985, RJ Com. 1986, 175 ; F.-X. Lucas, « Les filiales en difficulté », *Petites Affiches*, 4 mai 2001, 66, et « Les associés et la procédure collective », *Petites Affiches*, 9 janvier 2002, 10.

[618] Cass. com., 10 juillet 2012, F-P+B, n° 11-14.267, Sté Opération de patrimoine immobilier (OPIM) c/ Sté Caulet 13, note T. Massart, Rev. sociétés 2012. 701.

[619] F.-X. Lucas, « Les actionnaires face à leurs responsabilités ? Quelles responsabilités ? » (1re partie), *Rev. proc. coll.*, n° 34, juill. 2014, dossier n° 36.

[620] Dans le même sens, en matière de coup d'accordéon, D. Cohen, « La validité du "coup d'accordéon" (à propos d'une jurisprudence récente) », *D.*, 2003, 410 ; G. Taormina, « Réflexions sur l'aggravation des engagements des associés », *Rev. Sociétés*, 2002, 267.

[621] Y. Guyon, *D.*, 1991, 133 note sous Versailles, 29 nov. 1990.

C1 - Internal use

2. La question de la réduction des droits

En matière d'augmentation des engagements, la première chambre civile de la Cour de cassation a considéré le 1er février 2017[622] que « *dans le silence des statuts d'une association seules les modifications statutaires ayant pour effet d'augmenter les engagements des associés doivent être adoptées à l'unanimité […] qu'en statuant ainsi, alors que la modification décidée par l'assemblée générale n'avait pas pour effet d'augmenter les engagements des associés, la cour d'appel a violé les textes susvisés* ». En l'espèce, il s'agissait d'une modification statutaire permettant l'exclusion d'un adhérent en prévoyant le renouvellement annuel des admissions. M. Le Professeur Lucas a critiqué cet arrêt, considérant notamment qu'« *il existe des motifs sérieux de considérer qu'un dispositif qui expose les associés au risque de se voir exclus d'une société peut être regardé comme augmentant leurs engagements*[623] ». Il serait toutefois excessif de conclure que les clauses d'exclusion statutaires peuvent être insérées en cours de vie sociale sans le consentement unanime des associés[624]. Cet arrêt peut être expliqué par la particularité du droit des associations, plus empreint de liberté contractuelle[625]. La Cour de cassation considère en effet de façon constante que les clauses d'exclusion statutaires constituent une augmentation des engagements « *en réduisant la liberté du commerce et du travail*[626] » et requièrent donc l'accord unanime des associés pour être insérées en cours de vie sociale. Cet arrêt semble isolé dans la construction jurisprudentielle, dans la mesure où la Cour de cassation considère que les clauses d'exclusion doivent être introduites en cours de vie sociale à l'unanimité des associés. Ces clauses conduisent en effet à remettre en cause la prévisibilité des engagements des parties qui perdent la possibilité de quitter la société au moment qu'elles jugent opportun.

95. L'engagement de l'associé – Ainsi, seul l'engagement de l'associé de contribuer aux pertes permettra de prononcer son éviction ou sa dilution. Dans l'hypothèse d'une éviction dans le cadre de l'opposition à un plan de redressement, l'associé s'est d'ores et déjà engagé , lors de son adhésion au contrat de société, à participer aux pertes. Ce dispositif ne constitue donc pas une augmentation de ses engagements. Si le mécanisme repose bien sur le consentement donné

---

[622] N° 16-11979.
[623] F.-X. Lucas, « Consécration du principe selon lequel les modifications statutaires n'augmentant pas les engagements des associés ne requièrent pas l'unanimité », *Bull. Joly Sociétés*, juin 2017, 385.
[624] En dehors de la SAS.
[625] K. Rodriguez, « Association, modifications statutaires en assemblée et silence des statuts sur la majorité requise : quel domaine pour l'unanimité ? », *Rev. Sociétés*, 2018, 43. Dans cet arrêt, la Cour de cassation reconnait le caractère supplétif du principe d'intangibilité des engagements puisqu'il est possible d'y déroger statutairement.
[626] Paris, 17 févr. 2015, Bull. Joly 2015, 359, obs. R. Mortier.

C1 - Internal use

par avance par les parties au contrat de société, sa réalisation en cours de vie de la société ne nécessite pas d'obtenir la réitération des consentements. Dans le même sens, la chambre civile de la Cour de cassation a déjà exclu l'augmentation des engagements d'un associé qui avait préalablement consenti à assurer le financement de la société conformément aux statuts primitifs de la société[627]. Plus récemment, la chambre commerciale de la Cour de cassation a estimé que « *l'article 1836 du Code civil ne règle que les conditions auxquelles doivent satisfaire les décisions modificatives des statuts, mais non celles relatives aux décisions prises conformément à ceux-ci*[628] ». Comme le souligne un auteur, il ne s'agit pas de faire application de l'article 1836 du Code civil, mais simplement de faire respecter la force obligatoire des contrats[629].

L'éviction n'ayant pas pour objet de sanctionner un associé qui n'aurait pas consenti à soutenir financièrement la société, elle ne constitue pas une augmentation des engagements de cet associé *stricto sensu*. La véritable critique de l'éviction de l'associé provient de la réduction de sa liberté de quitter la société au moment qu'il jugera opportun. Mais si cette éviction n'est que le résultat de son engagement à contribuer aux pertes, alors son consentement lors de son entrée dans le capital de la société équivaut à une acceptation d'être privé de sa liberté de quitter la société quand bon lui semble dans l'hypothèse où la société tente d'éviter sa liquidation judiciaire.

L'analyse du droit de propriété de l'associé a permis d'opérer une distinction importante entre les droits issus de la propriété des titres de capital et les droits issus du fonctionnement interne de la société qui constituent des droits de créance. À ce titre, la cession forcée des titres de l'associé impacte directement son droit de propriété et doit donc être nécessaire et proportionnée à l'objectif d'intérêt général de poursuite de l'activité. *A contrario*, la dilution forcée de l'associé relève du droit de créance de l'associé et tient sa source dans le consentement donné dès son entrée dans la société de contribuer aux pertes. De la même façon, le droit au maintien de l'associé suppose de distinguer les cas d'exclusion de l'éviction de l'associé. Si dans le premier cas, une intervention du législateur est requise pour justifier cette entrave

[627] Cass. civ. 1re, 8 nov. 1988 : Defrénois 1989.553, obs. J. Honorat ; Rev. sociétés 1989.473, note Y. Chartier ; RTD com. 1989.86, obs. E. Alfanderi et M. Jeantin.
[628] Cass. com, 9 juin 2004, SCI « Rue du Surmelin » c/ SCA IDI et a.
[629] Note sous Cass. com., 9 juin 2004, SCI « Rue du Surmelin » c/ SCA IDI et a, J.-F. Barbièri, Rev. sociétés 2005. 176.

C1 - Internal use

frontale au droit de demeurer associé, l'éviction elle constitue la mise en œuvre automatique d'une obligation que l'associé a déjà consentie.

Les principes fondamentaux du droit des sociétés ne sont donc pas un obstacle opérant à une généralisation de l'éviction de l'associé d'une société en difficulté. L'engagement de l'associé, lors de son entrée dans la société, de contribuer aux pertes à hauteur de son apport implique qu'il a déjà consenti à limiter son droit de propriété et son droit au maintien du pacte social lorsque la société connaît des difficultés telles qu'il est tenu d'exécuter son engagement légal de contribuer aux pertes.

Il reste à vérifier si l'éviction de l'associé peut être évitée en ayant recours aux sanctions prévues par le droit des sociétés pour réprimer et donc dissuader le blocage d'un plan de continuation indispensable à la société.

C1 - Internal use

CHAPITRE 2 :

LES INSUFFISANCES DES GARDE-FOUS DU DROIT DES SOCIÉTÉS

Le droit des sociétés a vocation à s'exprimer pendant la procédure collective de la société[630]. Les limites constatées dans le titre premier pourraient donc être relativisées par la simple application du droit des sociétés qui comprend des garde-fous. Pour autant, ceux-ci sont-ils suffisants pour prévenir et traiter les abus propres aux sociétés en difficultés ?

96. Action comminatoire – Sans se référer au droit des sociétés, les procédures collectives pourraient disposer d'un pouvoir de persuasion suffisant[631]. En effet, l'assemblée générale des associés devrait être naturellement encline à accepter les modifications du capital ou des statuts de la société prévues dans le plan de continuation afin d'éviter le spectre d'une liquidation judiciaire[632] ou d'un plan de cession qui équivaut pour un auteur à une « *expropriation économique* »[633] de l'associé. Un autre auteur note « *qu'un arsenal de sanctions très large peut, en amont, faciliter la recherche de solutions amiables, tant la menace intelligente est souvent la meilleure arme pour déclencher une spontanéité vigilante !*[634] » Dans le cadre de la restructuration de la société Noble Group, il avait été distinctement souligné dans le rapport à l'assemblée générale que le plan proposé reposant sur la conversion de créance en capital était la seule issue possible avant la liquidation[635].

Toutefois, cet effet comminatoire concerne les autres parties prenantes de la procédure collective. Les créanciers encourent le risque de tout perdre en cas de liquidation judiciaire. Ils peuvent par ailleurs être contraints par le tribunal de concéder des délais de paiement pouvant

---

[630] Principe réaffirmé par la directive du 20 juin 2019 relative aux cadres de restructuration préventive, à la remise de dettes et aux déchéances, et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes, qui rappelle par exemple que « *toute conversion de dette en prises de participation devrait également respecter les garanties prévues par le droit national* ».

[631] J.-Y. Marquet, J.-M. Briquet, « L'actionnaire d'une société non cotée en redressement ou liquidation judiciaire », Gaz. Pal., 26-27 mai 2004, nº spécial, 43.

[632] Liquidation judiciaire qui se clôture dans 97,5% des cas pour insuffisance d'actif selon le ministre de la Justice pour l'année 2005 (chiffre cité par F. Perochon, Ph. Roussel Galle, « Controverse amicale sur la non-reprise des poursuites après clôture de la liquidation judiciaire pour extinction du passif », *in Mél. Tricot*, Dalloz-LexisNexis, 2011, 560) actant la perte pour les associés de leur apport et la dissolution de la société.

[633] G. Couturier *op. cit.*,.

[634] J. Mestre, « Les devoirs de l'actionnaire – Rapport de synthèse », *Gaz. du Palais*, nº hors-série, 6 juin 2016, 85.

[635] "*If the Primary Restructuring is not approved by the Shareholders and the Alternative Restructuring is not implemented, the likely outcome for NGL would be liquidation. Shareholders would be likely to receive NIL recovery in a liquidation scenario and will only be entitled to any recovery (if at all) after Existing Senior Creditors and all other senior unsecured creditors as well as Existing Perpetual Capital Securities Holders have been repaid in full.*" http://www.thisisnoble.com/images/documents/20180810/circular_restructuring.pdf, 31.

C1 - Internal use

aller jusqu'à dix ans, peu important le terme de leur créance et leur rang, avec des annuités représentant *a minima* 5 % de leur créance à compter de la troisième annuité (les deux premières pouvant être moindres) [636] et cela sans stipulation d'intérêt puisque le montant de la créance a été arrêté par le tribunal[637]. Comme l'effet comminatoire de la liquidation judiciaire n'est pas exclusivement utilisé contre les associés, ceux-ci gardent un pouvoir de négociation certain. En effet, ils conservent le dernier mot concernant l'adoption du plan de continuation. Ils connaissent les sacrifices que sont prêts à faire les créanciers pour éviter les délais de paiement qui leur sont imposés et surtout la liquidation judiciaire. Ils disposent du pouvoir de les repousser dans leur dernier retranchement en leur faisant supporter le poids du redressement de la société alors même qu'ils disposent d'un rang bien inférieur.

Par ailleurs, l'engagement des associés est bien souvent une condition de soutien des créanciers financiers de la société[638]. Pour G. Couturier, « *aucun engagement nouveau des créanciers financiers n'est envisageable sans apport corrélatif de nouveaux fonds propres, qui atteste au moins que les associés, créanciers hyper chirographaires au titre de leurs créances de capitaux, croient au retournement de l'entreprise*[639] ». Ainsi, lorsqu'un associé a refusé de venir au soutien de la société en difficulté, tandis que d'autres associés sont prêts à financer le redressement de la société dans le cadre d'un plan consacrant les sacrifices faits par les créanciers sociaux, dispose-t-il encore du libre exercice de ses prérogatives sociales et notamment de son droit de vote, en application du droit des sociétés ?

97. Les garde-fous du droit des sociétés – Le droit des sociétés n'est pas sans ressource pour prévenir et sanctionner un associé qui utiliserait ses prérogatives sociales dans un sens contraire aux intérêts de la société. La théorie de l'abus du droit de vote a été développée pour sanctionner l'utilisation du droit de vote dans un sens contraire aux intérêts de la société, dans l'unique dessein de favoriser ceux de l'associé opposant. Des sanctions originales ont été consacrées par la jurisprudence, qui permettent de pallier une situation de blocage, comme celle envisagée dans cette étude. L'abus du droit de vote semble être la parade la plus idoine pour contrer l'opposition des associés à l'adoption du plan de continuation susceptible d'éviter la liquidation judiciaire de la société (**section 1**). Toutefois, si l'abus de droit s'avère insuffisant pour remédier à la

---

[636] L. 626-18 du Code de commerce.
[637] A. Jacqueont, R. Uabres, T. Mastrullo, *Droit des entreprises en difficulté*, 10e éd., LexisNexis, 2017, no 782, 456.
[638] J.-P. Mattout, « L'expérience du banquier dans les restructurations négociées, *in* « Le contrat au secours de l'entreprise », *RJ com.*, numéro spécial, 1er nov. 1999, 153.
[639] G. Couturier, *op. cit*., 220.

C1 - Internal use

situation précédemment exposée, il faut analyser les autres mécanismes existant en droit des sociétés, reposant principalement sur la mise en jeu de la responsabilité civile de l'associé récalcitrant (**section 2**).

SECTION 1/ L'ABUS DU DROIT DE VOTE

L'expression « *face à la superbe des forts, il faut compter avec la tyrannie des faibles*[640] » a une acuité particulière lorsque la société est en difficulté. Si l'obligation pour un associé de ne pas empêcher une augmentation de capital essentielle pour la société existe tant pour les sociétés *in bonis* et que pour celles en difficulté, la théorie de l'abus de droit trouve un terrain de prédilection dans l'hypothèse où le vote favorable des associés d'une société en difficulté est le dernier obstacle avant l'adoption du plan de continuation (ou une étape indispensable pour éviter sa résolution) **(§1)**. En effet, un auteur note qu'« *on admet de moins en moins qu'une catégorie ou une minorité d'actionnaires puissent, en invoquant le respect de leurs droits individuels, mettre en péril la vie et la prospérité de la société, surtout quand on sait que leur intervention ne se justifie pas au regard de l'intérêt social mais qu'elle se trouve inspirée par quelques mobiles malicieux ou égoïstes*[641] ». Il reste à déterminer si les règles du droit des sociétés relatives à l'abus du droit de vote apportent une solution satisfaisante lorsque la société fait l'objet d'une procédure collective. En effet, l'abus du droit de vote a été conçu comme une mesure d'exception qui ne semble pas correspondre au dispositif général[642] lorsque la survie de la société est en jeu (**§2**).

---

[640] M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *Droit des sociétés*, 30e éd., LexisNexis, 2017.
[641] J. Branchut, *Les abus de minorité dans les sociétés anonymes*, th. Paris II, 1974, dir. J. Foyer, 193.
[642] E. Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, 1985, Economica, 27, no 27 : « *L'abus doit rester un mécanisme correcteur d'application exceptionnelle […] si le recours à l'abus de majorité demeure exceptionnel, le recours à l'abus de minorité doit être encore plus exceptionnel.* »
[642] H. Le Diascorn, « L'associé qui s'abstient de voter lors de l'assemblée générale extraordinaire décidant de la transformation d'une SARL en SA commet-il un abus de minorité ? », *D.*, 1993, 279 ; Ph. Merle, « Colloque Droit et Commerce, L'abus de minorité », *Rev. jurispr. com.*, nov. 1991, 81, spéc. no 10.

C1 - Internal use

§1/ Les éléments constitutifs

Comme tout droit, la jurisprudence a considéré que le droit de vote était susceptible d'être limité par son exercice abusif. L'expression de l'associé par son droit de vote ne sera susceptible de conduire à un dévoiement de l'intérêt social que dans la mesure où l'associé dispose du pouvoir d'imposer sa volonté. Le simple exercice du droit de vote dans un sens contraire à l'intérêt de la société n'est pas à lui seul suffisant. Il faut qu'il soit susceptible de produire des effets juridiques. Il ne peut en être ainsi que si cela relève d'un ou plusieurs associés disposant de la majorité des droits ou d'une minorité de blocage. Depuis un arrêt du 18 avril 1961, la Cour de cassation a posé les conditions pour établir un abus du droit de vote des associés majoritaires : une résolution doit être « *prise contrairement à l'intérêt général de la société et dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment de la minorité*[643] ». De la même façon, la Haute Juridiction a posé les conditions pour établir un abus du droit de vote des associés minoritaires : d'une part, le blocage d'une décision essentielle et, d'autre part, un blocage dans l'unique dessein de favoriser leurs intérêts au détriment des autres associés[644].

Ces deux conditions doivent être établies l'une indépendamment de l'autre. En effet, le seul refus d'un associé de voter un projet essentiel pour la société ne suffit pas pour caractériser un abus. Il faut également que ce refus soit fondé sur son unique dessein de favoriser ses propres intérêts au détriment des autres[645] (**A**).

Dans le cas envisagé, l'associé s'opposerait à une prise de décision indispensable : l'adoption du plan de continuation ou propre à conduire à sa résolution (modification des statuts, variation de capital à la hausse et/ou à la baisse, etc.). Ce vote contre la délibération proposée ou l'abstention ne sont susceptibles de constituer un abus du droit de vote que lorsqu'ils sont contraires à l'intérêt social de la société en difficulté et lorsque l'associé poursuit un intérêt exclusivement égoïste (**B**).

---

[643] Cass. com., 18 avril 1961, n°59-11.394.
[644] Cass. com., 15 juillet 1992, nº 90-17.216, Six c/ Sité Tapisseries de France : JurisData nº 1992-001690 ; RJDA 8-9/92 ; JCP E 1992, 375, note Y. Guyon ; Bull. Joly Sociétés 1992, 1084, obs. P. Le Cannu ; JCP G 1992 II, 21944, note J.-F. Barbièri ; Ph. Merle, JCP 1992, éd. G., II, 21944 ; Y. Reinhard, Bull. Joly 1992, 1083, § 353 ; H. Le Nabasque, D., 1993, 363 ; A. Viandier, JCP N 1993, II, 293 ; H. Le Diascorn, « L'associé qui s'abstient de voter lors de l'assemblée générale extraordinaire décidant de la transformation d'une SARL en SA commet-il un abus de minorité ? », *D.*, 1993, 279 ; Ph. Merle, « Définition et sanction de l'abus de minorité », *Rev. Sociétés*, 1993, 400.
[645] Cass. com., 4 décembre 2012 nº 11-25.408 (nº 1204 F-D).

C1 - Internal use

A/ L'obstruction à une décision essentielle au redressement de la société

Il importe de revenir aux fondements de l'abus du droit de vote afin d'établir en quoi l'associé peut être limité dans l'exercice de son droit de vote dans certaines hypothèses où l'intérêt de la société est en jeu.

1. *L'exercice du droit de vote contraire à l'intérêt général de la société*

a) Le droit de vote, un droit susceptible d'abus

Traditionnellement, un droit est susceptible d'abus lorsqu'il est exercé pour satisfaire un but illégitime : « *un acte dont l'effet ne peut être que de nuire à autrui, sans intérêt appréciable et légitime pour celui qui l'accomplit, ne peut jamais constituer un exercice licite d'un droit*[646]. » Cette définition explique le recours à la responsabilité délictuelle pour sanctionner ce type de comportement : il s'agit d'une négligence ou d'une faute visant à causer sciemment un dommage à autrui.

Cette définition traditionnelle de l'abus a été développée en matière de droit de propriété qui est un droit égoïste et absolu par définition. *A fortiori*, lorsqu'il est question du droit de vote exercé au sein d'un groupement, il est plus évident d'inclure la fonction sociale de ce droit[647]. Au-delà de la satisfaction de son intérêt personnel[648], l'associé a adhéré à un groupement en vue de réaliser un intérêt collectif. Cet intérêt social doit nécessairement conduire à une vision plus stricte de l'intérêt légitime. Le droit de vote comprendrait donc une fonction sociale[649]. La

[646] Saleilles, Extraits du Bulletin de la Société d'Études Législatives, 1905, 28.
[647] Même si certains auteurs ont soutenu une conception individualiste du droit de vote de l'associé. Celui-ci peut ainsi exercer son droit de vote pour poursuivre ses intérêts personnels, quelles que soient les conséquences pour les autres associés ou pour la société. Voir en ce sens M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 9e éd., t. II, 1923.
[648] À noter que l'article 533-22 du Code monétaire et financier dispose que « .-*Les sociétés de gestion de portefeuille mentionnées à l'article L. 532-9 , à l'exception de celles qui gèrent exclusivement des FIA relevant du I de l'article L. 214-167 , des FIA relevant du IV de l'article L. 532-9, des FIA relevant du second alinéa du III du même article L. 532-9 ou qui gèrent d'autres placements collectifs mentionnés à l'article L. 214-191 , élaborent et publient une politique d'engagement actionnarial décrivant la manière dont elles intègrent leur rôle d'actionnaire dans leur stratégie d'investissement. Chaque année, elles publient un compte rendu de la mise en œuvre de cette politique* » (souligné par nos soins).
[649] L. Josserand, *De l'esprit des lois et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits*, rééd. Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2006.

C1 - Internal use

difficulté reposera donc sur la définition de l'intérêt légitime, afin d'éviter « *la tyrannie et l'arbitraire*[650] ».

En droit des entreprises en difficulté, lorsque la société est placée sous la tutelle du tribunal, qui suppose d'imposer à toutes ses parties prenantes une discipline collective, l'appréciation de l'intérêt légitime de l'associé dans l'exercice de son droit de vote va évoluer : cet intérêt légitime reposera sur une logique économique et utilitariste de l'exercice d'un droit au service des intérêts de son titulaire et dans le respect de l'intérêt social afin de concourir à la survie de la société.

Le recours à la responsabilité délictuelle pour sanctionner un abus du droit de vote démontre que les intérêts dépassent les parties au contrat de société. D'ailleurs, un auteur considère que « *la thèse de la responsabilité extracontractuelle s'impose avec d'autant plus de force que l'aspect institutionnel du groupement consacré par la personnalité juridique efface l'origine contractuelle résultant de l'accord initial des fondateurs*[651] ».

Cette création prétorienne postule que si les associés majoritaires ou minoritaires peuvent librement exercer leur droit de vote, ils sont également chargés d'exprimer la volonté sociale et donc un intérêt potentiellement différent du leur : l'intérêt social. Le droit de vote serait donc un droit-fonction[652]. Pour le Professeur Daigre, être associé ce « *n'est pas seulement être un contractant de la convention de société et un propriétaire d'actions, c'est surtout être membre d'une collectivité dotée d'un intérêt propre, ce qui impose d'accepter de laisser ses intérêts individuels au second plan quand il y va de l'intérêt collectif, sans les sacrifier complètement*[653] ».

---

[650] J. Branchut, *Les abus de minorité dans les sociétés anonymes*, th. Paris II, 1974, dir. J. Foyer, 234. C'est cet intérêt collectif qui justifie que la société ait sa personnalité propre : la personnalité morale n'est reconnue qu'en présence « *d'un intérêt distinct des intérêts individuels* » : L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, th. 1906, LGDJ, n° 53.

[651] D. Tricot, « Abus de droits dans les sociétés », *RTD com*., 1994. 617. Il ajoute que « *la personnalité morale, qui leur est reconnue par la loi, ne s'accommode pas de leur soumission aux seuls intérêts des associés* ».

[652] En ce sens, R. David, *La protection des minorités dans les sociétés par actions*, th. Paris, 1928, n° 48 ; « Le caractère social du droit de vote » , *Journ. Sociétés*, 1929, 401-425. V. égal. auparavant : H. Decugis, « L'abus de droit dans les sociétés par actions », *Journ. Sociétés*, 1925, 481, spéc. 491 : « *Le droit de vote ne doit et ne peut servir qu'à exposer l'opinion du votant sur ce qu'il croit être la meilleure détermination à prendre dans un intérêt donné [...] l'intérêt dans lequel est accordé le vote n'est jamais l'intérêt personnel exclusif du votant.* »
Pour une position nuancée, Y. Guyon (*Droit des affaires*, t. 1, 10e éd., Economica, Paris, 1998, n° 307, 310), pour qui le droit de vote « *s'exerce en principe dans l'intérêt de son titulaire, qui ne doit toutefois pas en abuser* » ; G. Ripert, R. Roblot, *Traité élémentaire de droit commercial*, t. 1, vol. 2, *Les sociétés commerciales*, par M. Germain, LGDJ, 2002, n° 1606 : « *Il vaut mieux dire qu'il y a là un droit individuel de l'actionnaire, que la loi et la jurisprudence aménagent, le cas échéant, de plus en plus, en fonction de l'intérêt social.* »

[653] J.-J. Daigre, art. préc., *Rev. Sociétés*, 1999, 535.

C1 - Internal use

b) Le droit de vote des associés majoritaires ou minoritaires, un droit-fonction

98. L'abus de minorité – Les associés minoritaires disposent d'un droit fondamental de s'exprimer. Il peut être tout à fait légitime de voter contre une résolution proposée par la majorité (ou de s'abstenir). C'est même le rôle de la minorité que de constituer un contre-pouvoir permettant *in fine* la prise de décision sociale équilibrée[654].

La jurisprudence a toutefois posé une limite à ce pouvoir lorsque la minorité ne cherche qu'à défendre ses intérêts propres en bloquant une opération essentielle pour la société. M. le Professeur Le Nabasque considère que « *l'actionnaire minoritaire a, en principe, le droit de s'opposer à la majorité. Si ce droit dégénère en "excès d'égoïsme", en "opposition entêtée", peut-on raisonnablement percevoir, dans la stigmatisation de cet excès qui peut dégénérer en harcèlement, la marque d'un devoir de loyauté ? C'est pour le moins douteux*[655] ».

Le principe étant la liberté de s'exprimer, il ne revient pas aux minoritaires de prouver que la décision litigieuse n'est pas conforme aux intérêts de la société. En effet, la charge de la preuve repose sur les demandeurs qui doivent au contraire prouver que la décision est conforme à l'intérêt social, concourant à considérer que l'opposition est fautive[656].

99. L'abus de majorité – La principale difficulté en matière d'abus du droit de vote est de déterminer si la résolution est contraire à l'intérêt social. En effet, en matière d'abus de majorité, n'est-ce pas par définition une situation impossible ? Si les délibérations sociales sont le résultat du fait majoritaire et que l'intérêt social ne se comprend que par rapport aux intérêts des associés, alors une décision prise par la majorité des associés ne peut pas être contraire par construction à l'intérêt social. En effet, il est possible de considérer que l'intérêt social est déterminé par les associés majoritaires. De la même façon, peut-on reprocher à un associé majoritaire de précipiter la société en liquidation judiciaire par l'exercice du droit de vote alors qu'il dispose du pouvoir de décider de la dissolution de la société ?

---

[654] Le professeur Couret s'interroge : « *En ma qualité de minoritaire, n'ai-je pas le devoir de dénoncer des comportements des dirigeants que je réprouve ? Mais cette dénonciation n'est-elle pas de nature à nuire à l'intérêt de la société et des autres associés ?* » A. Couret, « Les devoirs de l'actionnaire et le droit des sociétés », *Gazette du Palais*, n° hors-série, 6 juin 2016, 22.

[655] H. Le Nabasque, « Rôle et place des mécanismes fondamentaux du droit civil en droit des affaires », *RTD com.*, 1999, 273.

[656] H. Le Diascorn, « L'associé qui s'abstient de voter lors de l'assemblée générale extraordinaire décidant de la transformation d'une SARL en SA commet-il un abus de minorité ? », *D.*, 1993, 279.

C1 - Internal use

Un auteur note toutefois qu'en prévoyant la possibilité de rompre la règle de l'attribution proportionnelle des droits de vote selon la valeur de l'apport, il est possible de « *dissocier capital et pouvoir ce qui revient à nier le statut de la propriété comme source première du pouvoir au sein de la société. Autrement dit, ce ne sont plus nécessairement les "propriétaires" – les associés ayant apporté le plus – qui définissent l'intérêt social*[657] ». Même si une doctrine considère toujours que « *l'on ne saurait prôner la précellence des intérêts de l'entreprise sur ceux des apporteurs de capitaux*[658] », la jurisprudence a eu tendance à considérer que l'intérêt social dépassait la seule somme des intérêts des associés[659]. La conception de l'intérêt social reposant sur la somme des intérêts des associés tend aujourd'hui à s'étioler. Les débats autour de la raison d'être de la société devraient renforcer ce constat[660]. Cela est d'autant plus prégnant lorsque celle-ci fait l'objet d'une procédure collective dont l'objectif est de « *faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif*[661] ». Un auteur note que l'intérêt social « *peut être en étroite concordance avec la survivance de la société*[662] ». L'abus de majorité n'est donc pas une hypothèse d'école et la jurisprudence n'hésite pas à sanctionner les associés majoritaires qui auraient instrumentalisé la société dans un sens contraire à ses intérêts dans le seul dessein de servir leur intérêt.

2. *Le blocage d'une décision essentielle pour la société*

L'obstruction à une décision essentielle pour la société peut venir de l'assemblée générale des associés mais peut également avoir pour origine un vote négatif d'une assemblée spéciale de porteur de valeurs mobilières, dans la mesure où ces derniers disposent d'un droit de véto[663].

---

[657] T. Favario, « L'intérêt social, reflet d'une éthique libérale », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 2, mars 2013, dossier 11.
[658] B. Oppetit, « La prise de contrôle d'une société au moyen d'une cession d'action », *JCP E*, 1970, I, n° 2361.
[659] Cass. com., 26 juin 2012, n° 10-28255 : la Cour de cassation a censuré des juges du fond qui avaient constaté la validité d'un cautionnement accordé à l'unanimité des associés ou en présence d'une communauté d'intérêts sans avoir au préalable recherché si cet acte était conforme à l'intérêt social.
[660] D. Schmidt, La loi Pacte et l'intérêt social, Recueil Dalloz 2019 p.633, I. Desbarats , De l'entrée de la RSE dans le code civil, Une évolution majeure ou symbolique ? (article 61 du projet de loi PACTE), Droit social 2019 p.47, D. Poracchia, De l'intérêt social à la raison d'être des sociétés, Bulletin Joly Sociétés - n°06 - page 40.
[661] Article L. 620-1 du Code de commerce.
[662] Faidide, *L'immixtion dans la gestion des sociétés commerciales*, th. Paris II, 1973, 149.
[663] Notamment article L. 228-65 du Code de commerce.

C1 - Internal use

En effet, la jurisprudence a eu tendance à étendre l'abus du droit de vote à d'autres assemblées comme l'assemblée de copropriétaires[664] ou d'une association[665].

a. L'intérêt social d'une société en difficulté

Si les associés majoritaires adoptent la résolution proposée conditionnant l'adoption du plan de redressement, il sera exceptionnel qu'un abus du droit de vote leur soit reproché. En effet, par exemple, en matière de coup d'accordéon, la validité de cette opération se justifie par « *la survie de la société*[666] » ou « *la pérennité de l'entreprise*[667] ». Par conséquent, l'opération est par construction conforme à l'intérêt social[668].

Le principal problème se retrouve lorsque l'associé majoritaire bloque par son vote ou son abstention une délibération essentielle au redressement de la société[669].

100. L'abus négatif – L'abus de majorité est traditionnellement utilisé en droit des sociétés pour pallier une prise de décision abusive. Ce mécanisme n'est peu ou pas envisagé en cas d'obstruction fautive à une prise de décision indispensable au redressement de la société. Est-ce à dire que l'abus de majorité ne peut jouer dans une telle hypothèse ? Ou est-ce à considérer que si l'abus peut être caractérisé dans ce cas, les sanctions consacrées par la jurisprudence ne seront pas adaptées ? En effet, il n'est possible d'annuler que des actes positifs. Peut-on aller jusqu'à sanctionner une opposition injustifiée ? Cela reviendrait à pouvoir reprocher aux associés majoritaires de ne pas avoir adopté une résolution permettant de sauver la société alors même qu'ils disposent du pouvoir de dissoudre celle-ci.

La jurisprudence l'a reconnu en matière d'abus de minorité visant à sanctionner celui qui s'acharne à voter dans le sens contraire des intérêts de la société et des associés majoritaires. Toutefois, il semble que le vote des associés majoritaires ne soit pas reconnu comme un critère

---

[664] Paris, 19e ch. B, 2 avril 1993, D. 1993, inf. rap., 143 ; Aix-en-Provence, 4e ch. civ. A, 24 juin 1999, D. 1999, somm., 321.
[665] Cass. 1re civ., 4 avr. 2006, no 03-13.894, FS-P+B, Assoc. des commerçants du centre com. rég. Cap 3000 c/ SA Cie de restaurants et cafétérias : JurisData no 2006-033039.
[666] Arrêt Usinor, fondateur sur le sujet : Cass. com., 17 mai 1994, no 91-21.364, D. 1994. 166 ; Rev. sociétés 1994. 485, note S. Dana-Démaret ; RTD com. 1996. 73, obs. Y. Reinhard et B. Petit ; Dr. sociétés 1994, no 142, obs. H. Le Nabasque ; Rép. Defresnois 1994, art. 35881, 1035, note H. Hovasse ; Bull. Joly 1994. 816 note J.-J. Daigre.
[667] S. Sylvestre, Cass. com. 18 juin 2002, Bull. Joly 2002, 1221.
[668] Dans le même sens, S. Sylvestre, « Un coup d'accordéon conforme à l'intérêt social peut réduire à néant les droits conférés par un pacte d'actionnaires », *Rev. Sociétés*, 2015, 668.
[669] « Abus négatif » selon la doctrine : P. Le Cannu, « L'abus de minorité », *Bull. Joly*, 1986, 429.

C1 - Internal use

constitutif de l'abus de minorité. La sanction de la désignation d'un mandataire ad hoc est prononcée indifféremment du soutien de la résolution par les associés majoritaires. Il s'agit évidemment d'un élément de fait permettant de caractériser un vote contraire à l'intérêt social dans l'unique dessein de favoriser les intérêts de la minorité au détriment des associés majoritaires. Cet élément est nécessaire mais non impératif pour caractériser un abus de minorité. Lorsque l'opposition fautive à une prise de décision indispensable au redressement de la société provient des associés majoritaires, nous sommes forcément dans une situation différente.

Dans le cas d'un abus de majorité, la jurisprudence exige seulement une décision contraire à l'intérêt social. Cela suppose, en premier lieu, un vote sur la délibération indispensable au redressement de la société. Dans l'hypothèse envisagée, il relèvera de la responsabilité des organes dirigeants compétents de déterminer l'ordre du jour et d'inscrire la résolution indispensable à l'adoption ou à l'exécution du plan de continuation. À défaut, le mandataire ou le commissaire à l'exécution du plan pourrait requérir l'inscription d'un tel projet[670]. Cette situation particulière, avec l'ingérence des organes de la procédure, explique le caractère atypique de cet abus de majorité issu d'un vote défavorable. Bien souvent les associés majoritaires sont maîtres de l'ordre du jour. L'instrumentalisation de leur droit de vote dans le sens contraire aux intérêts de la société provient nécessairement d'un vote favorable à un projet de délibération qu'ils ont sciemment inscrit à l'ordre du jour. Lorsque la majorité n'est plus souveraine dans la détermination de l'ordre du jour, alors l'hypothèse d'une obstruction injustifiée est également envisageable pour les associés majoritaires.

Les associés majoritaires doivent voter dans un sens contraire à l'intérêt général de la société. Cette manifestation de volonté ne résulte pas forcément d'un vote en faveur de la résolution proposée – même si cela relève des cas les plus fréquents –, elle peut également découler d'un vote contre la résolution ou d'une abstention équivalant, en l'état du droit, à un vote négatif[671].

---

[670] En application de l'article L. 626-16 du Code de commerce, l'administrateur judiciaire peut être habilité par le tribunal pour convoquer l'assemblée compétente afin de mettre en œuvre les modifications prévues par le plan. Le tribunal peut également décider que l'assemblée compétente convoquée par l'administrateur judiciaire pour statuer sur une modification du capital prévue par le plan statue, sur première convocation, à la majorité des voix dont disposent les associés ou actionnaires présents ou représentés dès lors que ceux-ci possèdent au moins la moitié des parts ou actions ayant le droit de vote (C. com., art. L. 626-16-1).

[671] En ce sens, Cass. 1re civ., 16 juillet 1998, Pichon c. Jouet : Bull. Joly 1998. 1131-1137, chron. J.-J. Daigre (« SCP : L'associé en industrie est un associé en capital en puissance ») ; D. 2000. Jur. 63-67, note B. Dondero (« L'abus de majorité négatif ») ; D. Affaires 1998. 1597- 1598, obs. M. Boizard ; Defrénois 1998, art. 36889, 1293-1296, note H. Hovasse ; Defrénois 1999, art. 36918, 3-9, note Y. Guyon ; Dr. sociétés 1998, no 121, 8-9,

C1 - Internal use

En matière d'abus de minorité, le vote de l'associé qui a abusé de son droit de vote est forcément défavorable alors que s'agissant d'un abus de majorité, le vote fautif peut être tantôt favorable tantôt défavorable.

Un auteur considère de la même façon qu'un abus peut être négatif et provenir de la majorité. Cette situation exceptionnelle s'accompagne souvent d'un acte positif, comme l'obstruction à une distribution de dividende assortie du vote d'une rémunération généreuse du dirigeant. Même si l'auteur considère que dans cette hypothèse « *l'abus de majorité négatif est retenu sans référence expresse à un préjudice social, alors que le préjudice des minoritaires est pour sa part manifeste puisque ces derniers se voyaient privés d'avantages conférés par la loi ou les statuts. Toutes ces hypothèses restent donc des cas particuliers et ne permettent pas de construire une théorie de l'abus de majorité négatif*[672] ».

Un autre auteur considère que « *si l'abus de minorité consiste en un détournement du droit de vote de sa finalité, commis par le titulaire d'une minorité de blocage, on doit considérer que l'associé majoritaire est également titulaire d'une minorité de blocage. Un abus négatif pourrait donc, en conclusion, être également reproché au majoritaire*[673] ». Effectivement, les associés majoritaires disposent d'un pouvoir de véto, c'est-à-dire « *la faculté reconnue à une ou plusieurs personnes de s'opposer à une décision d'un organe social*[674] » et sont également susceptibles d'en abuser.

Ainsi, par leur abstention ou un acte positif, les associés ont refusé le redressement de la société. En ont-ils le droit ? Il faut établir les limites du libre exercice du droit de vote. À cet égard, il semble que la limite la plus évidente est celle relative à une décision essentielle pour la survie de la société – qu'elle soit *in bonis* ou en difficulté[675].

---

note T. Bonneau ; JCP E 1998. II. 10166, 1736-1739, note J.-J. Daigre ; Rev. sociétés 1998. 778-787, note J.-F. Barbièri ; RTD com. 1999. 110-114, obs. Cl. Champaud et D. Danet, l'associé majoritaire s'était abusivement opposé « *à l'application d'une disposition obligatoire* » puisque l'augmentation de capital devait suivre l'augmentation de la valeur du droit de présentation de clientèle.

[672] A.-L. Champetier de Ribes-Justeau, *Les abus de majorité, de minorité et d'égalité : étude comparative des droits français et nord-américain des sociétés*, Dalloz, 2010, 118.

[673] B. Dondero, « L'abus de majorité négatif, tentative de come-back... », *Gaz. Pal.*, 19 nov. 2013, n° 155d5.

[674] H. Hovasse, « Le droit de veto », *Droit des sociétés*, n° 7, juillet 2014, dossier 5.

[675] Dans ce sens : J. Branchut, *Les abus de minorité dans les sociétés anonymes*, th. Paris II, 1974, dir. J. Foyer, 188, qui note que « *c'est pourquoi les Tribunaux, dans ces hypothèses, sont amenés à considérer l'intérêt social au regard de considérations économiques plutôt qu'à la lumière des notions juridiques telles que l'égalité entre actionnaire ou le fonctionnement régulier des organes sociaux […]* ».

C1 - Internal use

b. Le plan de continuation, une opération essentielle pour la société

Il reviendra dès lors au demandeur de prouver que l'opposition à une augmentation de capital constitue une opération contraire à l'intérêt social. Cette dernière notion n'étant pas définie et protéiforme, il faudra établir que le refus de voter une augmentation de capital décidée dans le cadre d'un plan de continuation par le tribunal est contraire aux intérêts de la société. En effet, même si la décision relative à la dissolution de la société n'est pas en soi contraire à l'intérêt social[676], il pourra être invoqué que ce refus provoque la résolution du plan et pourra précipiter la société en liquidation judiciaire[677].

La difficulté de cette jurisprudence réside dans le fait que si le juge ne peut s'immiscer dans la gestion de la société, il doit déterminer quand l'opposition des associés est légitime. Il doit donc apprécier si l'opération considérée est essentielle pour la société. Un auteur note à cet égard qu'un grand nombre de décisions font référence à une opération qui touche à la survie de la société « *qui est susceptible de remettre en cause son existence ou d'affecter gravement son intégrité juridique ou patrimoniale*[678] ». La doctrine a tendance à considérer que la survie immédiate de la société doit être en jeu[679]. Un auteur ajoute qu'« *il semble donc que l'adoption d'un critère restrictif de l'intérêt social, limité à la survie de la société, permette de présumer "abusif" tout refus des minoritaires de concourir au redressement de la situation financière de la société*[680] ».

Un auteur distingue les augmentations de capital légales, curatives et de confort. La première catégorie répond aux exigences légales de minimum de capital social. Concernant la deuxième catégorie, l'auteur[681] s'interroge sur le caractère nécessaire d'une augmentation de capital : « *Quoique vitale pour la société, la recapitalisation n'assure pas la continuation de l'entreprise sur le long terme. On comprend dès lors que se pose la question de la légitimité du blocage*

---

[676] Cass. com., 7 mars 2018, n° 16-10727, F–D , note T. Ravel D'esclapon, Bull. Joly Sociétés, 1er juin 2018.
[677] Cass. com., 25 sept. 2012, n° 11-18312 : dans cet arrêt, le plan de redressement prévoyant une augmentation de capital avait été arrêté avant l'intervention de l'assemblée générale des actionnaires, de sorte que le refus des actionnaires aurait entraîner la résolution du plan.
[678] A. Constantin, « La tyrannie des faibles, De l'abus de minorité en droit des sociétés », *in Aspects actuels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, 222.
[679] Ph. Merle, « Définition et sanction de l'abus de minorité », *Rev. Sociétés*, 1993, 400 : « *Certains très bons connaisseurs du droit des sociétés estiment que si la société est largement endettée et rencontre de graves problèmes, il pourrait y avoir abus de la part du minoritaire qui empêcherait toute solution.* »
[680] G. Durand-Lépine, « L'abus de minorité et le jugement valant acte », *Rev. Sociétés*, 1993, 827.
[681] A.-L. Champetier de Ribes-Justeau, *Les abus de majorité, de minorité et d'égalité : étude comparative des droits français et nord-américain des sociétés*, Dalloz, 2010, 110.

C1 - Internal use

minoritaire. Peut-on obliger le minoritaire à procéder à cette augmentation de capital alors que les chances de survie de la société ne sont pas assurées ? »

La jurisprudence a eu tendance à le reconnaître. En effet, la Cour de cassation a retenu un abus de minorité lorsque l'augmentation de capital bloquée constituait le moyen unique de reconstituer les fonds propres[682] ou lorsqu'elle était la condition émise par les banquiers à l'octroi de crédits supplémentaires ou la poursuite de l'activité[683]. De la même façon, un abus de majorité a été écarté dans la mesure où la cession d'actifs a été réalisée pour éviter un dépôt de bilan[684]. La Cour de cassation a également reconnu un abus de minorité dès lors que l'augmentation de capital était indispensable à la survie de la société et avait pour seul but d'entraver le fonctionnement de celle-ci, notamment à cause de son éviction du conseil d'administration et des intérêts qu'il possédait dans une société concurrente[685]. *A contrario*, un abus de minorité a été écarté au motif que la preuve du caractère indispensable de la recapitalisation n'était pas rapportée[686] ou lorsque l'augmentation de capital était, d'une part, insuffisante à rétablir les comptes et, d'autre part, non essentielle à la survie de la société[687]. Dans le cas d'une augmentation de capital, le juge aura tendance à exclure l'abus si la délibération sociale relève du développement de la société et non de sa survie[688].

L'obstruction fautive peut également avoir lieu en matière de fusion. La Cour de cassation a déjà reconnu que l'opposition d'un associé minoritaire à un projet de fusion au motif qu'il « *ne pouvait contre son gré devenir actionnaire d'une nouvelle société qui ne lui offrait pas les*

---

[682] Cass. com., 14 janv. 1992, SARL Vitama c. Époux Tehranchi, CA Paris, 3e ch., sect. B, 17 sept. 1993, Masot c. Sté Caraibos CIPPT SARL : JurisData nº 024007 ; JCP I. 3795, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain (en l'espèce, il a été caractérisé un comportement négatif de la part des minoritaires qui cherchaient à obtenir le rachat de leurs parts au prix le plus élevé). Cass. com., 18 juin 2002, nº 180 FD, SA Forges Thermal c. Gaillard, Bull. Joly 2002. 1197-1204, note L. Godon.

[683] CA Paris, 3e ch., sect. A, 25 mai 1993, Besson c. Société Degez : JurisData nº 021757 ; Bull. Joly 1993. 852-861, note P. Le Cannu ; D. 1993. Jur. 541-544, note A. Couret ; Dr. sociétés 1993, nº 165, 10-12, note H. Le Nabasque ; Rev. sociétés 1993. 827-842, note G. Durand- Lépine.

[684] CA Paris, 24 janv. 1992 : JurisData nº 1992-020124 ; JCP E 1992, I, 145, nº 2, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain.

[685] Cass. com., 5 mai 1998 : JurisData nº 1998-001542 ; JCP E 1998, 1303, nº 1, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain ; Dr. sociétés 1998, nº 129, obs. D. Vidal ; Bull. Joly Sociétés 1998, § 245, 755, note L. Godon.

[686] T. com. Paris, 2e ch., sect. A, 16 déc. 1997, SARL Le Serpent à Plumes c. Tarrenne, JurisData nº 05-6487.

[687] T. com. Chambéry 9 janv. 1998, SICAREV c. Époux Bernard et SA Soviber, RJ com. 1999. 281-282, obs. F. Maury.

[688] Paris, 26 juin 1990, JCP, éd. G. ,1990, II, 21589. Dans le même sens, P. Le Cannu, « Abus de minorité et refus réitéré de voter une augmentation de capital », *BJS*, sept. 1990, nº JBS-1990-221, 755.

C1 - Internal use

mêmes garanties légales que la société dissoute[689] » était illégitime dans la mesure où la société « *se trouvait en péril à brève échéance*[690] ».

Lorsqu'un plan de continuation est remis en cause, l'associé s'oppose à une prise de décision essentielle pour la société[691]. En effet, lorsque le plan comprend une opération sur le capital, de deux choses l'une : soit le tribunal est prudent et conditionne l'adoption du plan de continuation au vote favorable de l'assemblée générale, soit il adopte le plan, à charge pour l'assemblée générale des associés de se réunir et d'adopter la mesure prévue dans le plan.

Le refus des associés n'a pas le même impact selon l'hypothèse envisagée. Dans le premier cas, l'opposition des associés conduit à établir que le redressement de la société est manifestement impossible, précipitant celle-ci en liquidation judiciaire. Il est également possible face à cet échec de rechercher une solution alternative à la reprise interne. Toutefois, cette recherche sera *de facto* synonyme de destruction de valeur puisqu'elle conduit à prolonger la période d'observation de la société.

Dans la seconde hypothèse, l'obstruction des associés à une mesure conditionnant la mise en œuvre du plan va irrémédiablement conduire à la résolution de celui-ci pour inexécution[692]. Cette résolution n'entraîne pas *ipso facto* l'ouverture d'une liquidation judiciaire, mais elle peut constituer un indice supplémentaire de l'impossible redressement de la société. En effet, si le tribunal a adopté le plan de continuation, sans attendre l'intervention de l'assemblée des associés, cela peut se comprendre dans la mesure où aucune solution alternative n'était envisageable.

L'accord qui est demandé aux associés est donc essentiel à la survie de la société, car il va conditionner l'adoption du plan de continuation – ou empêcher sa résolution, laissant une chance à la société d'éviter la liquidation judiciaire.

---

[689] En l'espèce, la société dissoute était une société d'investissement, la Cour de cassation considérant qu'aucune disposition légale n'interdit à une société d'investissement de fusionner avec une société de droit commun.
[690] J. Branchut, *Les abus de minorité dans les sociétés anonymes*, th. Paris II, 1974, dir. J. Foyer, 187.
[691] A. Cérati-Gauthier, « L'associé dans la loi de sauvegarde des entreprises », *Rev. Sociétés*, 2006, 305.
[692] F.-X. Lucas, « Les devoirs de l'actionnaire d'une société en difficulté, les dispositifs légaux », *Gaz. du Palais*, 6 juin 2016, n° hors-série, 51. À noter que pour A. Cérati-Gauthier, la sanction est la caducité dans la mesure où la résolution sanctionne une inexécution par le débiteur de ses engagements. Or, « *l'associé n'est pas le débiteur* » : v. A. Cérati-Gauthier, « L'associé dans la loi de sauvegarde des entreprises », *Rev. Sociétés*, 2006, 305 (dans le même sens, S. Sylvestre-Touvin, *Le coup d'accordéon ou les vicissitudes du capital*, th. Paris I, PUAM, 2003, préf. P. Le Cannu, n° 203 ; P. Le Cannu, note ss Cass. com., 15 janv. 1991, Bull. Joly avril 1991, 425).

C1 - Internal use

Pour autant, la Cour de cassation exige que la décision soit contraire aux intérêts de la société et motivée par des intérêts égoïstes. Sans cette double condition, le refus de voter une mesure indispensable à la survie de la société suffirait pour qualifier un abus. Si le refus peut être tout à fait justifié[693], il ne doit toutefois pas être motivé par l'unique dessein de servir ses intérêts personnels au détriment des autres associés.

B/ L'obstruction motivée par la poursuite d'intérêts égoïstes

L'obstruction peut se matérialiser par un vote exprès de l'associé ou par son abstention. Ainsi, si le droit de vote ne constitue pas une obligation ou un devoir[694], dans l'hypothèse d'une décision essentielle pour la société, seule la poursuite par l'associé d'un intérêt égoïste pourrait conduire à un exercice illégitime du droit. Un auteur considère que « *la majorité peut se tromper à l'occasion d'une délibération. Mais il faut qu'elle ait agi sans idée préconçue ni dans un but uniquement égoïste ou personnel*[695] ».

L'intérêt égoïste pourra être présumé lorsque l'associé a reçu un avantage personnel. Cette analyse rapide sera toutefois le plus souvent exclue dans la mesure où la renégociation des modalités de l'augmentation de capital bénéficiera à tous les associés[696], sauf à ce que l'un d'entre eux soit le nouvel investisseur et participe à l'augmentation de capital.

Il pourra être également plus aisé d'établir un intérêt égoïste lorsque les associés ont agi dans le cadre d'une légèreté blâmable, d'une mauvaise foi, d'une faute lourde ou d'une erreur grossière.

A contrario, pour être fautif, il faut nécessairement que l'actionnaire dispose de toutes les informations nécessaires pour se prononcer. La Cour de cassation a, en effet, estimé que « *les actionnaires devant se prononcer sur une augmentation du capital d'une société dont les capitaux propres sont devenus inférieurs à la moitié du capital doivent disposer des informations leur permettant de se prononcer en connaissance de cause sur les motifs, l'importance et l'utilité de cette opération au regard des perspectives d'avenir de la société et*

---

[693] Pour un auteur, « *il faut toujours laisser au minoritaire la possibilité de justifier son choix et l'analyse de ses intentions devient alors primordiale* » : A.-L. Champetier de Ribes-Justeau, *Les abus de majorité, de minorité et d'égalité : étude comparative des droits français et nord-américain des sociétés*, Dalloz, 2010, 218.
[694] P. Le Cannu, « Tout associé a le droit de participer aux décisions collectives », *in Mélanges en l'honneur de Ph. Merle*, 2012, 449.
[695] D. Molierac, « De l'abus de droit dans les sociétés », *Rev. Soc.*, 1937, 75.
[696] Voir en ce sens l'affaire Solocal.

C1 - Internal use

qu'en l'absence d'une telle information, ils ne commettent pas d'abus en refusant d'adopter la solution proposée[697] ». Il ne peut être reproché à un associé une prise de décision fautive s'il n'est pas en mesure d'exprimer un vote éclairé, en raison d'une rétention ou d'une asymétrie d'information. Il n'est, en effet, pas en capacité d'estimer la conformité de la décision à l'intérêt social et à ses intérêts : son opposition ne peut donc pas être l'expression d'une intention de favoriser ses intérêts au détriment de la société et des autres associés.

1. Les intérêts égoïstes des associés majoritaires

La difficulté proviendra de la nécessité de prouver que la décision a été prise pour favoriser les intérêts de la majorité au détriment des autres associés. En effet, les associés composant la majorité pourraient être tentés de refuser l'augmentation de capital afin d'éviter toute dilution ou pire, leur éviction définitive en cas de réduction du capital à zéro (précédant l'augmentation de capital litigieuse). Il est toutefois plus délicat d'établir que cette décision a été prise au détriment des autres associés, qui ont tendance à partager les mêmes motivations que les associés majoritaires, sauf s'ils sont apporteurs au titre de cette augmentation de capital ou s'ils craignent la liquidation judiciaire de la société. Il ne peut toutefois être exclu que les associés majoritaires cherchent à évincer les associés minoritaires notamment lorsqu'il est prévu leur souscription à l'augmentation de capital[698].

Il pourrait être argué que l'administrateur judiciaire pourra toujours surmonter l'opposition des associés en orientant le plan de continuation vers un plan de cession. Pour autant, il faut noter que cette solution n'est pas satisfaisante puisqu'elle conduit à l'exclusion de tous les associés qui demeurent dans une coquille vidée de sa substance, alors même que certains auraient soutenu le plan de redressement basé sur une augmentation de capital, avec un prix pas toujours satisfaisant pour les créanciers.

---

[697] Cass. com., 20 mars 2007.

[698] Dans ce sens, Cass. com., 11 janv. 2017, nº 14-27052, ECLI:FR:CCASS:2017:CO00015, Sté Clinique de la Ciotat et Sté de gestion Sainte-Marguerite c/ Sté Centre d'hémodialyse de Provence Aubagne et Clinique de Casamance, D (rejet pourvoi c/ CA Aix-en-Provence, 13 févr. 2014), Mme Mouillard, prés. ; SCP Gatineau et Fattaccini, SCP Spinosi et Sureau, av. : Rev. sociétés 2017, 294, note D. Schmidt ; Gaz. Pal. 20 juin 2017, nº 297s8, 77, note J.-M. Moulin.

C1 - Internal use

2. Les intérêts égoïstes des associés minoritaires

La motivation de l'associé minoritaire, lorsqu'il bloque une opération essentielle pour la société, est clé pour caractériser un abus de minorité. En effet, la jurisprudence exige que l'associé agisse dans l'unique dessein de favoriser ses intérêts au détriment des autres associés. Il s'agit de détecter une intention de nuire aux intérêts des associés majoritaires, de perturber le fonctionnement normal de la société ou de négocier des avantages indus.

L'associé est en principe en mesure de voter en vue de la défense de ses intérêts propres. En matière d'opération sur le capital, on comprend aisément qu'il s'oppose à une dilution de sa participation ou à un changement de contrôle lorsque celui-ci s'accompagne d'un bouleversement de la stratégie initialement poursuivie[699]. Il peut également être reproché une augmentation de capital sans prime d'émission[700]. Cette situation est toutefois peu probable lorsque la société connaît des difficultés puisque la prime d'émission est supposée compenser la constitution de réserves par les associés historiques. Or ces réserves seront bien souvent épuisées lorsque la société cherche à éviter la liquidation judiciaire. C'est justement le défaut ou le manque de capitaux propres qui justifient l'intervention d'un nouvel investisseur par le biais d'une augmentation de capital.

En revanche, il lui sera reproché d'agir dans l'unique dessein de favoriser ses intérêts : sa motivation ne doit pas reposer exclusivement sur la défense de ses intérêts propres. La jurisprudence ajoute que la décision doit être prise au détriment des autres associés. Est-ce à considérer qu'une décision prise pour défendre ses propres intérêts l'est forcément au détriment des intérêts des autres ? Dans l'hypothèse d'un projet social défendu par la majorité, essentiel pour la survie de la société, il peut être déduit que l'opposition des minoritaires pour répondre à leurs intérêts propres sera généralement prise au détriment des intérêts des associés majoritaires. L'associé commettrait une faute dès lors qu'il a essayé de s'avantager personnellement au détriment de l'intérêt de la société[701].

---

[699] Lorsque la survie de la société n'est pas en jeu, l'associé minoritaire peut s'opposer à la prise d'une décision contraire à ses intérêts propres : Paris, 26 juin 1990, D. 1990. IR 222 : Rev. sociétés 1990. 613, note M. Boizard ; JCP 1990. II. 21589, note M. Germain ; Bull. Joly 1990. 755, note P. Le Cannu.

[700] A.-L. Champetier de Ribes-Justeau, *Les abus de majorité, de minorité et d'égalité : étude comparative des droits français et nord-américain des sociétés*, Dalloz, 2010, n° 135.

[701] Dans le même sens, G. Couturier, op. cit., n° 656, considère qu'« *un abus de minorité pourra aisément être caractérisé en cas d'opposition des associés minoritaires à l'adoption des modifications statutaires nécessaires au règlement des difficultés de la société* ».

C1 - Internal use

Dans l'hypothèse où l'action en abus du droit de vote aboutirait, il faut s'assurer que la sanction encourue par l'associé est idoine et permet de remédier à la situation et d'éviter ainsi la liquidation judiciaire de la société.

À cet égard, la jurisprudence a dégagé plusieurs types de sanctions dont la pertinence pour répondre au cas étudié est en question.

§2/ L'abus du droit de vote, un garde-fou inopérant[702]

Pour que l'abus de droit soit un garde-fou pertinent, il est nécessaire que les sanctions prévues soient adaptées à la résolution rapide du problème sans compromettre le succès de la procédure. À ce titre, les sanctions traditionnelles de l'abus de droit, que sont la nomination d'un mandataire ad hoc (**A**) et l'action en responsabilité de l'associé (**B**), sont à mettre en perspective dans la situation particulière d'une société en difficulté.

A/ La question du vote forcé

1. *En matière d'abus de minorité*

Dans le cas d'un abus de minorité, il ne peut être question d'annulation, car par définition, l'abus a empêché toute décision. L'arrêt Flandin, du 9 mars 1993, met fin à un courant jurisprudentiel recherchant la sanction la plus appropriée (au-delà de l'octroi de dommages et intérêts). Il avait été envisagé de recourir à des injonctions avec astreinte, au rachat forcé des parts des minoritaires, voire à l'exclusion des associés récalcitrants. La Haute Juridiction a considéré que le juge ne pouvait se substituer aux organes sociaux. Il doit donc nommer un mandataire qui va voter dans le sens de l'intérêt social, et non dans le sens des majoritaires ou minoritaires.

L'intervention d'un mandataire ad hoc conduit nécessairement à convoquer une nouvelle assemblée générale, ce qui allonge *ipso facto* les délais de la procédure. Le juge lui donnera comme seul mandat de voter dans l'intérêt social[703]. Ce mandat a conduit certains à considérer que le juge donne instruction en filigrane de voter en faveur de l'augmentation de capital telle

---

[702] L'abus d'égalité étant assimilé à l'abus de minorité.
[703] Cass. com., 4 févr. 2014, n° 12-29.348 et Cass. civ. 3e, 21 déc. 2017, n° 15-25.627 : « *Le juge ne peut fixer le sens du vote du mandataire qu'il désigne.* »

C1 - Internal use

que décidée par les créanciers et le tribunal. En effet, si l'opposition à cette opération, considérée comme essentielle pour la société, constitue un abus du droit de vote, alors le mandataire ad hoc, devant voter dans l'intérêt social, doit forcément approuver *a contrario* l'opération visée. M. le Professeur Merle a constaté que « *ce que le juge ne veut pas faire directement, le jugement valant acte, il peut le faire accomplir par un tiers*[704] ».

Le mandataire ad hoc pourra toutefois revoir les modalités de l'augmentation de capital : si le principe de l'augmentation de capital est entériné, il est tout à fait possible de revoir le montant de la prime d'émission ou les modalités de la conversion des titres de créance en titres de capital. La cour d'appel d'Aix-en-Provence a d'ailleurs requis du mandataire ad hoc qui « *se substituant à l'associé minoritaire dans l'exercice de son droit de vote, recueille les observations au vu des documents collectés préalablement à l'assemblée générale et cherche à obtenir toute information de nature à exprimer un vote éclairé*[705] ».

La sanction de l'abus de minorité conduit donc à aménager le droit de vote des associés dans des hypothèses pouvant conduire à leur éviction ou la dilution forcée de leur participation. L'intervention d'un mandataire ad hoc permet de dédramatiser les débats et d'agir conformément à l'intérêt de la société. Il s'agit d'une hypothèse prétorienne d'adoption forcée de décisions sociales abusivement bloquées.

Il reste que cette intervention ne sera permise qu'après un litige au fond pouvant prendre plusieurs années et *in fine* intervenir alors que la liquidation de la société aura déjà été prononcée par suite du constat de l'échec du plan de continuation proposé par le tribunal[706].

La solution la plus efficace aurait été de permettre au juge constatant un abus de minorité de prendre la décision litigieuse. Cette solution, très discutée en doctrine[707], avait été étudiée lors

---

[704] Ph. Merle, *in Rev. Sociétés*, 1993, 404.
[705] CA Aix-en-Provence, 11 avr. 2013, n° 2013/320, note N. Pelletier, LEDEN mai 2013, n° EDED-413065-41305, 2.
[706] Dans le même sens, Ph. Merle constate que « *quand la dernière décision sera rendue, il sera probablement trop tard pour sauver la société* » (*in Rev. Sociétés*, 1993, 407). V également, G. Kengne, « Le rôle du juge en matière de droit de vote », *Petites Affiches*, 12 juin 2000 ; A. Cérati-Gauthier, « La promotion de la reprise interne dans l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 », *JCP E*, 2014, ét. 1435.
[707] Contre le vote forcé : J.- F. Barbieri, note sous l'arrêt Six, JCP 1992. II. 21944, 388 ; J. Hamel, D. 1925. I. 195 ; D. Schmidt, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, Éd. Joly, 2004, n° 358, 352 ; F. Terré, RJ com. nov. 1991, 95 ; D. Vidal, note sous CA Lyon 20 déc. 1984, Consorts Palthey c. Crepeti, RJ com. 1988. 89-111.
Pour le vote forcé de façon exceptionnelle : M. Boizard, note sous l'arrêt Arti Moul, Cass. com., 5 mai 1998, Rev. sociétés 1999, 344-349, spéc. 349. 70. Y. Guyon, note sous l'arrêt Six, JCP E 1992. II. 375, 286. 71. M. Jeantin, « Le rôle du juge en droit des sociétés », *in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de R. Perrot*, Dalloz, 1996, 157. ; J.- Cl. Bousquet, D. 1992. II. 337. ; A. Couret, note sous CA Paris, 3e ch., sect. A, 25

C1 - Internal use

des travaux préparatoires de la loi de 1966 : la commission Pleven avait envisagé de prévoir la possibilité pour le juge de rendre exécutoires les résolutions non adoptées dans le cas d'un abus de minorité[708]. Toutefois, le risque d'un gouvernement des juges tant redouté a conduit à écarter cet amendement[709].

Il faut cependant noter que la Cour de justice des Communautés européennes a jugé que seule une assemblée des associés avait compétence pour décider d'une augmentation de capital[710]. Certains auteurs considèrent qu'en cas d'urgence, il pourrait être permis au juge de prononcer l'adoption de la délibération bloquée. M. le Professeur Constantin constate que dans l'arrêt Flandin la Cour de cassation a censuré les juges du fond dans la mesure où il leur était possible de désigner un mandataire. Ainsi, *a contrario*, lorsque l'urgence l'impose, le juge pourrait passer outre la nomination d'un mandataire en adoptant la délibération litigieuse. À l'appui de cette idée, l'auteur cite l'arrêt de la cour d'appel de Paris[711] qui a validé directement l'augmentation de capital à laquelle l'associé minoritaire s'était abusivement opposé[712], en constatant que « *si la condamnation à des dommages et intérêts est le mode normal de réparation de l'abus commis par des actionnaires minoritaires, elle est inadaptée lorsque le conflit d'intérêts entraîne la paralysie du fonctionnement de la société qui est privée d'un apport de capitaux nécessaire à sa survie et voit remettre en cause les mesures de financement et de redressement accomplies par les actionnaires majoritaires appelés pour sauver l'entreprise [...] S'il n'appartient pas au juge de se substituer aux organes sociaux pour décider des options fondamentales d'une société, il lui incombe après avoir caractérisé un abus de prendre la mesure propre à y remédier en conformité avec l'intérêt social qui doit prévaloir sur les intérêts contradictoires des groupes d'actionnaires [...] En présence d'un groupe*

---

mai 1993, Besson c. Degez, D. 1993. 544. ; P. Le Cannu, RJ com. 1991, 105 ; Bull. Joly 1993, 544. ; H. Le Nabasque, obs. sous l'arrêt Flandin, Dr. sociétés 1993, n° 95, puis note sous l'arrêt Besson, CA Paris 3e ch., 25 mai 1993, Dr. sociétés 1993, n° 165, spéc. 12 ; Ph. Merle, « L'abus de minorité », *in* « La loi de la majorité », *RJ com.*, n° spéc. 1991, spéc. 90. ; Rev. sociétés 1992. 44, n° 4. 77. J. Mestre, « Réflexions sur les pouvoirs du juge dans la vie des sociétés », *RJ com.*, 1985, 81-92, spéc. 87 ; A. Viandier, note sous Cass. com., 14 janv. 1992, SARL Vitama, JCP E 1992. II. 301, 124-126.

[708] JO débats Ass. Nat., séance du 11 juin 1965, 2031.

[709] J. Hémard, F. Terré, P. Mabilat, *Sociétés commerciales*, t. II, Dalloz, 1974, n° 390.

[710] CJCE, 24 mars 1992, Vasko : Bull. Joly 1992, 672, note P. Le Cannu ; Rev. Sociétés 1993, 111, note S. Dana-Demaret.

[711] Paris, 25 mai 1993 : D. 1993, 541, note A. Couret ; Bull. Joly 1993, §250, 852, note P. Le Cannu ; note Y. Reinhard, « Les sanctions de l'abus de minorité », *RTD com.*, 1993, 673.

[712] A. Constantin, « La tyrannie des faibles, De l'abus de minorité en droit des sociétés », *in Aspects actuels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, 237 ; voir également, P. Le Cannu, note sous Paris, 3e Ch. A, 25 mai 1993, Bull. Joly, 1993, § 250, 860 ; A. Viandier et J.-J. Caussain, *JCPE éd. E*., 1993, I, 288, 487, n° 3 ; E. Lepoutre, « Les sanctions des abus de minorité et de majorité dans les sociétés commerciales », *Dr. et patrimoine*, déc. 1995, n° 21, 73.

C1 - Internal use

d'actionnaires minoritaires déterminé à s'opposer à une augmentation de capital vitale pour une société et à courir le risque de lui faire perdre l'agrément en tant qu'agence d'intermédiation bancaire et de provoquer une liquidation, les premiers juges ont à bon droit pris la seule solution qui permettait de sortir de la situation de blocage en validant eux-mêmes l'augmentation de capital [...] ».

Toutefois, cet arrêt semble isolé[713]. Il est peu probable que la Cour de cassation revire de position dans la mesure où sa jurisprudence est constante en la matière[714] : les juges sont censurés lorsqu'ils nomment un mandataire ad hoc en remettant en cause l'autonomie de sa mission c'est-à-dire en fixant en amont les consignes de vote[715].

Un auteur propose de permettre le vote forcé de la délibération sociale litigieuse si trois conditions sont réunies : « *(1) elle présente un caractère d'urgence, (2) elle est indispensable à la survie de la société et si (3) elle s'impose d'elle-même sans que les tribunaux aient à en définir les modalités*[716] ». Si les deux premières conditions peuvent être facilement remplies, la troisième peut poser plus de problèmes puisque par définition les modalités de l'opération de capital seront toujours susceptibles de discussion.

2. *En matière d'abus de majorité*

Par principe l'abus de majorité étant sanctionné par la nullité et non la nomination d'un mandataire ad hoc. Dans cette hypothèse, seuls des dommages et intérêts pourraient être octroyés mais sans toutefois permettre l'adoption de la délibération utile au redressement de la société[717]. Cependant, il ne peut être exclu que la Cour de cassation fasse œuvre créatrice dans une telle hypothèse. La troisième chambre civile a d'ailleurs reconnu, en matière de mise en réserve abusive, la distribution des bénéfices générés entre 2006 et 2008 (ce que la chambre

---

[713] F.-X. Lucas, « La réparation du préjudice cause par un abus de minorité en droit des sociétés », *LPA*, 12 sept. 1997, n° 110, 6.
[714] Cass. 3e civ., 21 déc. 2017, n° 15-25627, Mme Z c/ SCI Escandihado, PB.
[715] Cass. com., 4 févr. 2014, n° 12-29348, note B. Dondero, « Le mandataire judiciaire, homme (ou femme) libre ! », *Gazette du Palais*, 8 juillet 2014 ; Cass. 3e civ., 16 déc. 2009, n° 09-10209 ; J.-F. Hamelin, « L'abus de minorité ne permet pas de faire abstraction du minoritaire », *LEDC*, févr. 2018, n° 111g6, 7.
[716] A.-L. Champetier de Ribes-Justeau, *Les abus de majorité, de minorité et d'égalité : étude comparative des droits français et nord-américain des sociétés*, Dalloz, 2010, 378.
[717] Même s'il avait été envisagé, lors des travaux préparatoires de la loi du 24 juillet 1966, un amendement aux termes duquel « *lorsqu'un associé ou un actionnaire fait abusivement obstacle à l'adoption par les assemblées ordinaires ou extraordinaires de mesures conformes à l'intérêt social, le tribunal de commerce peut rendre exécutoires les résolutions soumises à l'assemblée en l'absence des conditions nécessaires à leur validité* » (JOAN 11 juin 1965, 031).

C1 - Internal use

commerciale refuse de faire en matière d'abus de minorité)[718]. D'ailleurs, la réforme du droit des obligations[719] met fin à la prééminence de la réparation par équivalence en renforçant la réparation en nature, telle que l'exécution forcée.

Pour M. le Président Tricot, « *il s'agirait d'une mission de bons offices, car il semble difficile d'imposer une décision refusée par la majorité de votants*[720] ». Le Professeur Schmidt est plus ouvert en considérant que le mandataire serait chargé de trouver un compromis avec les associés minoritaires[721].

La sanction la plus efficace serait la cession forcée des titres de l'associé qui s'est opposé[722], mais la sanction peut paraître disproportionnée[723] dans le cas d'un abus du droit de vote, d'autant qu'elle a été écartée dans des situations plus graves où la société risquait la dissolution. En matière de droit de retrait, l'abus du droit de vote est généralement considéré comme un juste motif[724]. Cette mesure ne concerne pas toutes les sociétés. Par ailleurs, le droit de retrait supposera l'intervention d'un expert pour évaluer les titres de l'associé opposant. Or, compte tenu de la situation de la société, il est probable qu'ils aient perdu toute leur valeur (surtout eu égard à la situation de blocage qui aura *de facto* aggravé la situation en retardant le redressement). L'associé concerné aura dès lors très peu d'intérêt à provoquer son retrait de la société : il est préférable pour lui d'attendre un retour à meilleure fortune.

Reste donc à analyser la sanction traditionnelle de l'abus de majorité : l'action en responsabilité.

---

[718] A.-L. Champetier de Ribes-Justeau, « Abus de majorité et distribution forcée des bénéfices », *Rev. Sociétés*, 2012, 622, note sous Cass. 3e civ., 7 février 2012, F-D, nº 10-17.812, Sté de Brienne c/ Jouart.
[719] Ordonnance no 2016-131 du 10 février 2016 - art. 2.
[720] D. Tricot, « Abus de droits dans les sociétés», *RTD com.*, 1994, 617.
[721] D. Schmidt, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, Éd. Joly, 2004, nº 367, 360.
[722] En ce sens, la Cour Suprême du New Jersey en 1996, dans l'arrêt Muellenberg v. Bikon Corp (669 A. 2 1382 (N. J. 1996) a fait droit à la demande du minoritaire de procéder au rachat forcé des titres du majoritaire à l'origine de l'abus ; Y. Reinhard, R.T.D.com. 1992, 636 ; J.-C. Bousquet, D. 1992, 340.
[723] P. Le Cannu, *Bull. Joly*, 1992, 276 ; A. Viandier, *JCPE*, 1992, II. 301.
[724] Cass. civ. 1re, 13 avr. 1983, Société civile de gestion Vendôme c. Mme Monot, Bull. Joly 1983. 512- 513 ; CA Nancy, 30 janv. 1991, Bull. Joly 1991. 911, note I. Sauget.

C1 - Internal use

B/ Une action en responsabilité insuffisante pour réparer le préjudice résultant de l'échec du plan

L'abus suppose un débat au fond qui ne « *correspond pas au rythme des procédures collectives*[725] ». Comme le note un auteur, l'action en responsabilité a pour objet principal de réparer par équivalence **(1)** une faute **(2)** et non de sanctionner ou de remédier à la situation[726].

1. Le problème de l'imputabilité de la faute

L'action en responsabilité suppose d'identifier le ou les associés auxquels la faute est imputable. Cette identification indispensable peut parfois être délicate dans les sociétés de taille importante ou tout simplement dans les sociétés anonymes[727]. L'action aura alors tendance à être dirigée contre la société qui est *in fine* l'auteure de la délibération sociale fautive[728]. Cette situation reviendrait cependant à pénaliser deux fois les associés qui n'ont pas commis la faute[729] ou les créanciers sociaux. C'est pourquoi la Cour de cassation a écarté la mise en cause de la société[730], d'autant plus en cas d'abus ayant entraîné l'opposition à une décision indispensable à sa survie. Il est en effet difficile de reprocher à la société l'absence de prise de décision. Il existe des hypothèses où l'associé est clairement identifié. D'ailleurs, le Professeur Schmidt considère que dans ce cas « *il n'y a pas lieu de diviser les responsabilités entre les actionnaires instigateurs, ceux-ci étant tenus* in solidum *conformément au droit commun de la responsabilité*[731] ».

---

[725] A. Gaudemet, M.-H. Monsèrié-Bon, « Reprise interne d'une société en difficulté », *Revue des procédures collectives*, nº 6, novembre 2015, dossier 56.
[726] L. Grosclaude, *Le renouvellement des sanctions en droit des sociétés*, th. Paris 1, 1992, 183.
[727] C. Tuaillon, « L'abus en droit des sociétés, vague concept ou vaste concept de protection ? », *Petites Affiches*, 10 mars 2004, nº 50, 4.
[728] Pour un avis contraire, la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel qui avait constaté l'abus de majorité d'avoir décidé que « *seuls les associés majoritaires qui avaient commis cet abus devaient en répondre à l'égard des* [associés minoritaires] *demandeurs et qu'en conséquence, l'action dirigée contre la société* [...] *n'était pas recevable* », Cass. com., 6 juin 1990, Rev. sociétés 1990, 606, obs. Y. Chartier, et D. Tricot, « Abus de droits dans les sociétés », *RTD com.*, 1994, 617.
[729] J.-P. Sortais, « Abus de majorité, minorité, égalité », *Répertoire de droit des sociétés*, septembre 2017 : « *C'est là la rançon à payer pour l'appartenance à un groupement personnifié.* »
[730] Cass. com., 6 juin 1990, Bull. civ. IV, nº 171 ; Bull. Joly 1990. 782-786, note P. Le Cannu : « […] *décidé à bon droit que seuls les associés majoritaires qui avaient commis cet abus devaient en répondre* […] *et qu'en conséquence l'action dirigée contre la société Huber n'était pas recevable.* »
[731] D. Schmidt, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, th. Strasbourg, Sirey, 1970, préf. J.-M. Bischoff, nº 251, 189.

C1 - Internal use

En revanche, si les associés ont agi sans se concerter ou en suivant les consignes de vote des instigateurs, et comme l'abus du droit de vote repose sur un élément subjectif qui suppose d'apprécier la motivation du vote, il sera très délicat de sanctionner *in solidum* tous ceux qui se sont opposés à la délibération essentielle au redressement de la société. Un auteur considère que dans une telle hypothèse il faudrait, dans le cas d'un abus de minorité, « *faire supporter à tous les minoritaires la réparation du préjudice subi par la société, et en sanctionnant par ailleurs ceux qui ont personnellement profité de la rupture d'égalité*[732] ». Un autre auteur suggère que « *le demandeur ait tout intérêt à assigner l'ensemble des associés susceptibles d'être à l'origine de l'abus. Il reviendra alors au juge, non seulement d'identifier les auteurs de l'abus, mais également de déterminer la part de responsabilité de chacun*[733] ».

2. Une indemnisation insuffisante

103. Lien causal avec le préjudice – Le fondement de cette faute reposerait sur l'abus du droit de vote qui ouvre la possibilité d'agir en responsabilité contre l'associé majoritaire ou minoritaire fautif. Il faudra toutefois établir que la faute de l'associé se trouve en relation causale avec le préjudice subi par les autres associés et la société. À cet égard, il pourrait être délicat de démontrer le lien de causalité entre le refus d'augmenter le capital et la liquidation judiciaire de la société. Dans ce sens, la cour d'appel de Paris, le 25 octobre 1994, a écarté la responsabilité des associés en considérant qu'il n'était pas établi que le blocage d'une augmentation de capital ait provoqué la liquidation judiciaire de la société. En effet, comment montrer le lien direct entre le refus d'augmenter le capital et la liquidation de la société lorsque le débiteur est déjà en état de cessation des paiements ? La faute des associés n'est pas d'organiser la liquidation judiciaire mais de précipiter l'ouverture de cette procédure ou la perte de chance pour la société d'être redressée.

104. Indemnisation difficile – Par ailleurs, un auteur[734] note que l'octroi de dommages et intérêts ne peut être pleinement satisfaisant puisque le comportement abusif perdure. De plus, il peut être délicat d'estimer le préjudice subi par la société en cas de non-adoption d'une opération essentielle à sa survie. L'indemnisation va nécessairement reposer sur la perte de

---

[732] J. Branchut, *Les abus de minorité dans les sociétés anonymes*, th. Paris II, 1974, dir. J. Foyer, 275.
[733] A.-L. Champetier de Ribes-Justeau, *Les abus de majorité, de minorité et d'égalité : étude comparative des droits français et nord-américain des sociétés,* Dalloz, 2010, 307.
[734] A. Constantin, *op. cit*.

C1 - Internal use

chance de disposer d'une solution permettant à la société d'être redressée et de ne pas faire l'objet d'un démantèlement ou d'une liquidation[735].

105. Le préjudice social – Par définition, l'abus de minorité conduit à léser les intérêts de la société, ce qui a amené la chambre commerciale, dans un arrêt du 21 janvier 1997[736], à admettre l'action pour abus de majorité intentée par le gérant d'une société. Le dirigeant de la société ou l'administrateur judiciaire, en fonction des limites de son mandat, pourra agir à l'encontre des associés minoritaires en abus du droit de vote. L'octroi de dommages et intérêts reste donc la sanction qui a vocation à s'appliquer. Or cela ne peut être pleinement satisfaisant puisque l'associé à l'origine de l'abus va profiter indirectement de l'indemnisation. Un auteur note que l'associé « *se voit accorder la réparation du préjudice dont il est lui-même à l'origine*[737] ».

106. Le préjudice des autres associés – Les associés peuvent être indemnisés par l'auteur de l'abus, notamment du préjudice moral subi. La cour d'appel de Lyon a d'ailleurs reconnu une telle indemnisation dans l'hypothèse où le refus des associés minoritaires de voter une augmentation de capital avait conduit la société à l'état de cessation des paiements[738].

107. Le préjudice des tiers – Les tiers pourraient agir contre une société en difficulté dont la liquidation judiciaire est imminente. Or, si cette action n'est pas prohibée par le principe de non-paiement des dettes antérieures, les tiers ont cependant très peu de chances d'être indemnisés lorsque la société est en période d'observation ou lorsqu'elle est en liquidation judiciaire par suite de la résolution de son plan de redressement.

L'abus du droit de vote reste donc un recours envisageable dans l'hypothèse où des associés – majoritaires ou minoritaires – bloquent une décision indispensable à la mise en œuvre du plan de continuation. Toutefois, ce recours suppose un débat sur le fond incompatible avec la célérité indispensable aux procédures collectives. Par ailleurs, les sanctions possibles pour remédier à ce blocage abusif du plan se révèlent inappropriées lorsque la société cherche à éviter l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire. Il est d'ailleurs peu étonnant que le

---

[735] Dans le sens contraire, CA Lyon, 20 déc. 1984, Consorts Palthey c. Crepeti, RJ com. 1988. 89-111, note D. Vidal (indemnisation de l'associé majoritaire, suite au dépôt de bilan de la société, du préjudice de la perte de valeur de ses actions et de son préjudice personnel et moral - il était également dirigeant et associé fondateur de la société).
[736] Cass. com., 21 janvier 1997 nº 94-18883.
[737] A.-L. Champetier de Ribes-Justeau, *Les abus de majorité, de minorité et d'égalité : étude comparative des droits français et nord-américain des sociétés*, Dalloz, 2010, 334.
[738] Lyon, 20 décembre 1984 : D. 1986, 506, note Y. Reinhard.

C1 - Internal use

législateur ait eu besoin d'intervenir pour organiser un mécanisme proche de ceux prévus en cas d'abus du droit de vote. L'article L. 631-9-1 du Code de commerce[739] dispose que, dans le cas où les associés refusent de reconstituer les capitaux propres devenus inférieurs à la moitié du capital social, ou de voter en faveur d'un coup d'accordéon, l'administrateur judiciaire a qualité pour demander la désignation d'un mandataire chargé de convoquer l'assemblée compétente et de voter sur la reconstitution du capital à la place du ou des associés ou actionnaires opposants, lorsque le projet de plan prévoit une modification du capital en faveur d'une ou plusieurs personnes qui s'engagent à exécuter le plan.

La nomination d'un mandataire ad hoc est permise même si le blocage provient des associés majoritaires et sans recours à un débat sur le fond pour démontrer l'abus dans l'exercice du droit de vote. La solution n'est donc pas venue du droit des sociétés mais au contraire en écartant son application dans le cas particulier d'une opposition des associés d'une société en difficulté. Il reste donc à vérifier s'il n'existe pas d'autres garde-fous issus du droit des sociétés susceptibles de remédier à cette situation.

La théorie de l'abus de droit a prouvé que l'écran de la personne morale n'est pas totalement opaque : l'associé peut être reconnu individuellement responsable du préjudice causé par l'exercice abusif de son droit de vote. Il est donc envisageable que d'autres fautes personnelles soient susceptibles d'entraîner la mise en cause de sa responsabilité. Les fondements de cette responsabilité peuvent être multiples.

SECTION 2/ LA RESPONSABILITE PERSONNELLE DE L'ASSOCIE DANS L'EXERCICE DE SES PREROGATIVES SOCIALES

S'il est acquis que le droit des sociétés continue à s'appliquer pendant la procédure collective, conduisant les associés à disposer d'un véritable pouvoir de blocage du plan de continuation décidé par le tribunal et le cas échéant les créanciers, il faut vérifier si le droit des sociétés ne dispose pas des garde-fous nécessaires pour empêcher ou sanctionner des comportements contraires aux intérêts de la société.

[739] Issu de la loi n° 2015-990, 6 août 2015, sur la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

C1 - Internal use

À ce titre, en application du droit des sociétés, les obstacles à l'imputabilité d'une faute personnelle de l'associé dans l'exercice de ses prérogatives sociales semblent nombreux.

108. L'opacité protectrice de la personne morale – En principe, il semble difficile de retenir la responsabilité personnelle d'un associé lorsqu'il agit dans le cadre de ses prérogatives sociales. Il est, en effet, protégé par le rempart de la personnalité morale propre et autonome de la société. L'associé n'est donc pas responsable des faits de la société même s'il a contribué par l'exercice de ses prérogatives sociales à les rendre possibles. L'écran de la personne morale conduit à exclure toute responsabilité *per se* de l'associé du fait de la société. La responsabilité est endossée par la société qui doit répondre des fautes commises par ses organes sociaux qui n'ont pas la personnalité juridique[740]. Les décisions prises par les associés en assemblée sont réputées être des décisions sociales n'engageant que la société.

En principe, l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de la société est sans effet sur les droits de l'associé dont la personnalité et le patrimoine sont distincts. De la même façon, lorsque l'associé est soumis à une procédure collective à titre personnel, cela est en principe sans effet sur la société dont il est membre[741]. Les dettes de cette dernière ne sont en effet pas celles de l'associé. Toutefois, lorsque l'associé répond indéfiniment du passif social, la procédure collective ouverte à l'encontre de la société peut avoir un impact sur le patrimoine personnel de l'associé. À ce titre, l'article 178 de la loi du 25 janvier 1985 avait procédé à un raccourci en prononçant automatiquement l'ouverture d'une procédure à l'encontre de l'associé lorsque la société à responsabilité illimitée dont il était membre faisait l'objet d'une procédure collective. Ainsi, lorsque le tribunal ouvrait à l'encontre d'une personne morale une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, il devait faire de même à l'égard de chacun des associés ou membres tenus indéfiniment et solidairement du passif social. Il s'agissait d'une atteinte au principe de l'écran de la personne morale même si les procédures ouvertes à l'égard des associés étaient indépendantes les unes des autres, chacune conservant son autonomie et suivant son régime propre[742]. La loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 a abrogé cette propagation

---

[740] Cass. 2e civ., 17 juill. 1967, RTD civ. 1968, 149, obs. Durry : « *La personne morale répond des fautes dont elle s'est rendue coupable par ses organes et en doit la réparation à la victime sans que celle-ci soit obligée de mettre en cause, sur le fondement de l'article 1384, alinéa 5, du code civil, lesdits organes pris comme préposés.* »

[741] Il existe toutefois des exceptions : dans les SNC ou dans les sociétés en commandite pour les commandités, le redressement judiciaire d'un associé, l'interdiction de gérer ou l'incapacité le frappant entraînent la dissolution de plein droit de la société, sauf clause ou décision unanime de continuation. Dans les sociétés civiles, l'article 1860 prévoit qu'il est possible de stipuler dans les statuts qu'il s'agit d'une cause de dissolution de la société dont l'associé est membre.

[742] CA Paris, 24 mars 1992, D. 1992, IR 167.

C1 - Internal use

automatique de la procédure ouverte contre la société aux associés tenus à une obligation indéfinie et solidaire au passif social[743]. Désormais, le maintien des droits extrapatrimoniaux s'explique pleinement par l'écran de la personne morale de la société : la procédure collective de la société n'a en principe pas d'impact sur l'associé. Seul l'abus de la personnalité de la société (confusion ou relations financières anormales) serait susceptible de remettre en cause la situation de l'associé. Nous exclurons de cette étude les cas particuliers de détournement de la personne morale (fictivité, confusion des patrimoines, création d'une apparence trompeuse, immixtion dans la gestion, co-emploi[744], etc.) qui relèvent de situations exceptionnelles et reçoivent une réponse précise de la loi et de la jurisprudence[745].

109. La responsabilité personnelle de l'associé est par définition contraire à son statut. L'associé à risque limité n'a pas vocation à répondre des actes de la société. À défaut, cela reviendrait à remettre en cause le principe de limitation de la responsabilité de l'associé. Le seul risque qui pèse sur lui est le risque de spéculation par lequel il peut perdre son apport[746]. Son patrimoine est par principe protégé par l'autonomie de la personnalité morale de la société qui permet à l'associé de cloisonner et de maîtriser le risque pris.

110. Responsabilité du représentant légal – Ce principe pourrait être nuancé si l'associé cumule cette qualité avec celle de dirigeant de la société. Il réaliserait, le cas échéant, des actes de gestion et des actes de représentation au nom et pour le compte de la société qui pourraient le rendre responsable vis-à-vis de cette dernière et des associés, puis vis-à-vis des tiers.

---

[743] Abrogation de l'article L. 624-1 du Code de commerce.

[744] Cass. soc., 18 janv. 2011, nº 09-69.199 : JurisData nº 2011-000359 ; JCP S 2011, 1065, note P. Morvan. Cass. soc., 30 nov. 2011, nº 10-22.971. Cass.soc., 2 juill. 2014, nº 13-15208 : BJS oct. 2014, 394, nº 112, note N. Pelletier ; D. 2014, 2147, obs. P.-M. Le Corre et F.-X. Lucas.

T. Truong, *La responsabilité des associés des sociétés commerciales*, sous la direction du Professeur Germain, th. Paris II, 297, nº 506 : « *Le faisceau d'indices utilisé par le juge est emprunté à la démonstration de fictivité d'une société à travers la triple absence : absence d'autonomie patrimoniale, d'activité propre, et d'autonomie décisionnelle*. »

La jurisprudence a progressivement réduit cette possibilité à des cas exceptionnels, considérant « *que le fait que les dirigeants de la filiale proviennent du groupe et que la société mère ait pris dans le cadre de la politique du groupe des décisions affectant le devenir de la filiale et se soit engagée à fournir les moyens nécessaires au financement des mesures sociales liées à la fermeture du site et à la suppression des emplois ne pouvait suffire à caractériser une situation de co-emploi* » : Cass. soc., 22 oct. 2015, nº 14-15780, Sté MAS, F–D, BJS févr. 2016, nº 114r4, 87, note G. Auzero.

Comme le précise Monsieur Pierre Bailly, conseiller doyen de la chambre sociale, le recours à cette notion ne serait utilisé que dans de rares cas où les groupes seraient « *sortis d'eux-mêmes du périmètre de leur intervention acceptable dans leur filiale* » : B. Chauvet, Bull. inf. C. Cass., 1er oct. 2012, 81.

[745] T. d'Alès, L. Terdjman, « L'écran sociétaire, rempart face à la mise en cause d'une société mère du fait de sa filiale », *JCP Entreprise et Affaires*, nº 47, 20 novembre 2014, 1584.

[746] Ou pis si l'associé est obligé aux pertes.

C1 - Internal use

La jurisprudence considère, en effet, que l'associé ne peut ès qualités réaliser des actes de gestion ; seul le dirigeant le peut. Sur la base d'un critère organique, la Cour de cassation écarte la qualification d'acte de gestion lorsque la décision relève d'une décision de l'assemblée générale. De la même façon, la responsabilité pour insuffisance d'actif est en principe réservée au dirigeant de la société. Il ne peut en effet être reproché aux associés de commettre des fautes de gestion ayant entraîné une insuffisance d'actif puisque par définition ils ne sont pas habilités à réaliser de tels actes[747].

111. En matière de responsabilité pénale, l'interprétation stricte de la loi impose d'écarter la responsabilité de l'associé dans l'exercice de ses prérogatives sociales. En effet, l'article L. 242-6 du Code de commerce[748] punit de cinq ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende le fait pour le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une société anonyme de faire, de mauvaise foi, des pouvoirs qu'ils possèdent ou des voix dont ils disposent, en cette qualité, un usage qu'ils savent contraire aux intérêts de la société, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement. Toutefois, ce délit ne concerne pas toutes les sociétés et ne vise pas les associés. Nous limiterons donc l'étude de la responsabilité de l'associé au domaine civil.

S'il est acquis que l'associé ne représente pas la société et n'a pas vocation à la gérer, il dispose toutefois de pouvoirs qu'il exerce au sein de celle-ci et qui peuvent conduire à des actes ou des faits juridiques susceptibles d'entraîner des conséquences dommageables pour autrui. Ces pouvoirs peuvent être individuels (demande de dépôt de résolution, d'un amendement, d'une expertise de gestion, etc.) ou exercés collectivement (droit de vote). L'exercice de ces pouvoirs n'est donc pas neutre tant pour la société et la collectivité des autres associés que pour les tiers qui peuvent en subir les conséquences.

Il est donc possible que l'associé ait, à ce titre, des obligations particulières dans l'exercice de ses prérogatives d'associé tant à l'égard de la société qu'à l'égard des tiers : obligation d'agir de bonne foi, sans intention de nuire ou sans intention de frauder la loi ou les droits d'autrui. Existe-t-il d'autres obligations compte tenu de la liberté d'entreprendre, la liberté statutaire et le libre exercice des prérogatives d'associé ? Ces obligations sont-elles de nature à sanctionner un associé qui s'opposerait à une mesure indispensable au redressement de la société ? Autrement dit, dans quelle mesure un associé pourrait-il être responsable dans l'exercice des

[747] V. cependant Cass. com., 25 oct. 2011, BJS 2012, 243, note D. Poracchia.
[748] V. également l'article L. 241-3 du Code de commerce.

C1 - Internal use

prérogatives conférées par la loi ou le contrat de société ? Existe-t-il une obligation de ne pas s'opposer à une augmentation de capital indispensable à la survie de la société, dont la violation pourrait entraîner la mise en jeu de la responsabilité de l'associé [749]? Si celui-ci n'a pas l'obligation de soutenir la société en difficulté, existe-t-il une obligation de collaboration à la procédure collective, et plus particulièrement une obligation de ne pas s'opposer aux mesures de redressement de la société ? Ces obligations justifieraient alors de sanctionner l'associé en cas de non-respect, notamment par le biais d'une action en responsabilité.

Sans aller jusqu'à la proposition de loi déposée par le groupe communiste en 2003 qui prévoyait « *qu'aux droits des actionnaires répondent des devoirs et, plus précisément, l'obligation d'assumer financièrement tous les coûts qu'ils font peser sur la société*[750] », il faut trouver un équilibre en responsabilisant les associés qui peuvent, sous couvert de la société, causer un préjudice à autrui[751], tout en évitant d'annihiler l'intérêt de constituer une société à responsabilité limitée.

La jurisprudence multiplie les exemples dans lesquels une faute personnelle de l'associé est retenue sans qu'une théorie de la responsabilité personnelle des associés soit clairement identifiée **(§1**), laissant une possibilité de sanctionner l'exercice de prérogatives sociales dans un sens contraire aux intérêts défendus par la procédure collective (**§2**).

§1/ Le domaine de la responsabilité personnelle de l'associé, la levée exceptionnelle du voile social de la société

La Cour de cassation a retenu dans certains cas la responsabilité personnelle de l'associé dans l'exercice de ses prérogatives sociales et cela dans des domaines très variés. L'étude de cette jurisprudence permettra de dresser la typologie des cas de responsabilité de l'associé. Il s'agira d'en comprendre les fondements (**A**) afin d'extrapoler sur la situation étudiée, dans laquelle

[749] En dehors de l'abus du droit de vote. V. Section I.
[750] AN, prop. I. M. J. Desallangre, nº 802, 10 avril 2003, cité par A. Couret.
[751] Pour B. Dondero, « *toute utilisation d'une prérogative de l'associé dans la société est potentiellement le siège d'une faute* […] » : B. Dondero, « La faute séparable des prérogatives de l'associé : une solution claire mais des difficultés en perspective », *JCPE*, 2014, 13.

C1 - Internal use

l'associé a délibérément bloqué l'adoption d'un plan de continuation de la société prévoyant une modification statutaire (**B**).

A/ Les manifestations de la faute personnelle de l'associé dans l'exercice de ses prérogatives sociales

Le droit des sociétés est guidé par le principe de hiérarchie ou de spécialité des organes sociaux, rappelé par le célèbre arrêt Motte de 1946[752], qui conduit à condamner toute dérogation manifeste à l'organisation impérative des pouvoirs sociaux. Les pouvoirs sont donc orchestrés selon un ordre connu des protagonistes. À ce titre, certaines décisions sociales relèvent des prérogatives exclusives des associés ou de l'assemblée des associés. Ainsi, seuls les associés pourraient être reconnus responsables des conséquences dommageables que ces décisions ont pu causer à la société, au dirigeant ou aux tiers.

1. *La faute personnelle de l'associé à l'égard du dirigeant*

Cette responsabilité personnelle de l'associé est une situation exceptionnelle qui suppose une faute particulière de sa part. L'analyse de la jurisprudence semble postuler que la faute de l'associé n'est retenue que dans les cas les plus graves d'abus du droit de vote ou exercé dans l'intention de nuire. L'exemple le plus topique est l'hypothèse de la révocation du dirigeant.

112. Révocation abusive – Il est intéressant de constater que la jurisprudence a retenu la responsabilité personnelle de l'associé dans un domaine où l'exercice de cette prérogative sociale est particulièrement libre. En effet, la révocation peut en principe être décidée *ad nutum* ou sur justes motifs. La jurisprudence est, qui plus est, très attachée à préserver cette libre révocation du dirigeant et n'hésite pas à sanctionner les situations attentatoires de ce principe.

L'associé dispose d'une marge de manœuvre importante pour exercer cette prérogative sociale. Le préjudice susceptible d'être invoqué par le dirigeant ne peut donc provenir de son éviction mais seulement des conditions dans lesquelles elle a été décidée. En principe, seule la responsabilité de la société peut être engagée, notamment lorsque la révocation est prise sans

---

Cass. 2e civ. 4 juin 1964, n° 447.

C1 - Internal use

juste motif. Seule une faute particulièrement grave permettrait de percer l'écran de la personne morale pour engager la responsabilité des associés.

113. Une décision étrangère à l'intérêt social – Contrairement à l'abus du droit de vote, la Cour de cassation ne fait pas systématiquement référence en matière de faute dans la révocation du dirigeant à une décision contraire à l'intérêt social. Nous comprenons en réalité que la décision sociale prise en raison des motivations des associés est étrangère à l'intérêt social. Pour un auteur, « *l'associé animé d'une intention de nuire se situerait tellement en marge de l'esprit sociétaire qu'il pourrait être considéré comme l'auteur d'une faute strictement personnelle, détachable des fonctions, ou de la qualité d'associé, et ne pouvant par conséquent être vue comme une faute commise en qualité d'organe social*[753] ».

La faute réside donc dans l'intérêt de nuire de l'associé. M. le Professeur Viandier souligne à cet égard qu'« *il faut franchir un degré de plus pour passer de la faute de l'organe social à la faute de l'associé et ce degré est celui du but personnel ; l'associé détourne en quelque sorte les prérogatives qui lui sont reconnues par l'institution et les exploite à des fins personnelles dans la seule volonté de nuire au dirigeant révoqué*[754] ».

La légèreté ne serait pas de nature à entraîner la mise en cause de la responsabilité de l'associé : la jurisprudence semble exiger une faute grave et intentionnelle. Pour le Professeur Viander, « *la faute est à ce point grave qu'elle ne peut être rattachée à l'expression de la volonté sociale*[755] ».

La jurisprudence ne fait donc pas référence aux intérêts des autres associés, comme elle peut le faire en matière d'abus de majorité ou de minorité. La faute personnelle de l'associé ne concerne que ses rapports avec le dirigeant.

114. L'intention de nuire – La jurisprudence a retenu la responsabilité personnelle de l'associé lorsque par son vote il exerçait une intention de nuire[756] et a créé un préjudice au dirigeant

---

[753] L. Godon, « Affirmation de la faute personnelle de l'associé, distincte de la faute de l'organe social dont il est membre. Précisions quant au critère de la faute personnelle et quant au fondement juridique de la condamnation », *Rev. Sociétés*, 2006, 526.
[754] A. Viandier, sous Cass. com., 13 mars 2001, n° 98-16.197, Mesny, préc., § 10.
[755] A. Viandier, « Conditions vexatoires et contraires à l'intérêt social de la décision de révocation du gérant engageant la responsabilité personnelle des associés », *JCP E*, n° 23, 7 juin 2001, 953.
[756] Cass. com., 27 février 1996 : JCPE, 1996 II n° 22665, note J. Ghestin ; JCPE, 1996 n° 838, note D. Schmidt et N. Dion ; RTD Civ. 1997, 114, obs. J. Mestre.

C1 - Internal use

révoqué[757]. D'abord réticente à reconnaître une telle responsabilité[758], la Cour de cassation a considéré que la délibération sociale relative à la révocation du dirigeant « *avait été prise dans des conditions brusques et vexatoires constitutives d'une faute*[759] » ou qui « *caractérise de la part de ses auteurs une volonté de nuire constitutive d'une faute*[760] ».

Les conditions vexatoires peuvent être caractérisées lorsque la révocation a été réalisée dans des circonstances portant atteinte à la réputation ou à l'honneur du dirigeant[761] ou lorsque la révocation de celui-ci[762] est manifestement inspirée par une animosité de l'associé[763].

Il est également possible de retenir la faute personnelle de l'associé lorsque la révocation du dirigeant est brusque. À ce titre, la jurisprudence retient que l'absence du respect du contradictoire peut être un indice de révocation brusque[764]. Le respect du contradictoire peut être surprenant notamment lorsque la révocation du dirigeant peut être décidée *ad nutum* ; la liberté des associés est, en effet, le principe. Cette jurisprudence peut néanmoins se comprendre s'il existe un devoir de loyauté[765] des associés vis-à-vis du dirigeant qui implique que, même si

---

[757] Cass. com., 22 nov. 2005, Mesny ; Cass. com., 22 nov. 2005, Coudène.
[758] Cass. com., 1er févr. 1994, RJDA 1994, nº 540 ; Bull. Joly 1994, nº 413, note Baillod ; JCP 1995, II, 22432, note Gibirila ; Rev. sociétés 1995, 281, note Chartier.
[759] Cass. com., 27 février 1996 (JCPE, 1996 II nº 22665, note J. Ghestin ; JCPE, 1996 nº 838, note D. Schmidt et N. Dion ; RTD Civ. 1997, 114, obs. J. Mestre) : « […] *au terme de l'assemblée générale à M. Jean-Claude X... de remettre les clés de l'entreprise et les documents appartenant à la société qu'il aurait en sa possession et de ne plus s'y présenter, la cour d'appel a pu décider que la révocation décidée par la société avait été faite dans des conditions brusques et vexatoires constitutives d'une faute » […] « Attendu que pour condamner M. Philippe Y... in solidum avec la société Sewf au paiement de dommages-intérêts envers M. Jean-Claude X..., la cour d'appel a retenu que M. Philippe X... apparaissait avoir décidé la révocation du gérant dans un but personnel, sous couvert de divergences avec son frère sur la politique à mener ; Attendu qu'en se déterminant par de tels motifs, impropres à caractériser la faute personnelle de M. Philippe X..., la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ». Cass. com., 22 nov. 2005, Mesny ; Cass. com., 22 nov. 2005, Coudène ; Cass. com., 09-11-2010, nº 09-71.284, F-D, Rejet.
[760] Voir Cass. com., 13 mars 2001, nº 98-16.197 (JurisData nº 2001-008646 ; Bull. civ. 2001, IV, nº 60 ; D. 2001, 1175, obs. A. Lienhard ; Dr. sociétés 2001, comm. 101, note F.-X. Lucas ; JCP E 2001, 953, note A. Viandier ; RTD com. 2001, 443, obs. C. Champaud et D. Danet ; Dr. sociétés 2001, comm. 78, Th. Bonneau ; Rev. sociétés 2002, 818, B. Dondero) : « […] *avait été prise en violation flagrante des règles légales relatives à la tenue et à la convocation des assemblées des associés et alors qu'une décision inspirée par une intention vexatoire et contraire à l'intérêt social, caractérise de la part de ses auteurs une volonté de nuire constitutive d'une faute, la cour d'appel a violé le texte susvisé* », en l'occurrence l'[anc.] article 1382 du Code civil.
[761] Cass. com., 14-05-2013, nº 11-22.845, FS-P+B.
[762] Cass. com., 22 nov. 2005, nº 03-19.860.
[763] Au-delà de la mésentente qui peut constituer un juste motif de révocation.
[764] Cass. com., 24 févr. 1998 : Bull. Joly Sociétés, 1998, 527, § 169, note C. Prieto : « *La révocation du directeur général d'une société anonyme peut intervenir à tout moment et n'est abusive que si elle est accompagnée de circonstances qui portent atteinte à la réputation ou à l'honneur du dirigeant révoqué ou si elle a été décidée brutalement sans respecter le principe de la contradiction.* » CA Versailles, 4 oct. 2001 : Bull. Joly Sociétés, 2001, 1282, § 277, note P. Le Cannu ; Dr. sociétés, 2002, comm. nº 45, note F.-X. Lucas. Cass. com., 18 févr. 2004, pourvoi nº 00-17659. Cass. com., 15 mai 2007, pourvoi nº 05-19464.
[765] CA Versailles, 12e ch. sect. 1, 29 mars 2007, nº 06/01432 : « *Mais considérant que même si les associés avaient de justes motifs de révoquer M. M., ils se devaient de le faire en respectant le principe du respect des droits de la défense et du devoir de loyauté dans les rapports sociaux.* » Bulletin Joly Sociétés, nº 9, 973, note S. Messaï-Bahri.

C1 - Internal use

la décision de révocation est libre, celui-ci doit être en mesure de présenter sa défense, ce qui implique de l'informer des griefs et du projet de le révoquer. Dans un arrêt, la Cour de cassation fait expressément référence au devoir de loyauté des associés à l'égard des dirigeants : « *Attendu que la révocation d'un administrateur peut intervenir à tout moment et n'est abusive que si elle a été accompagnée de circonstances ou a été prise dans des conditions qui portent atteinte à sa réputation ou à son honneur ou si elle a été décidée brutalement, sans respecter l'obligation de loyauté dans l'exercice du droit de révocation*[766] ». Reste à déterminer si une telle obligation existe à l'égard des autres associés et des tiers.

2. Les autres hypothèses de faute personnelle de l'associé

115. Faute personnelle à l'égard des autres associés – La responsabilité de l'associé a également été retenue dans des hypothèses où il a exercé ses prérogatives dans le but de nuire à ses co-associés. Il en est ainsi d'un arrêt où un associé s'est abusivement opposé aux opérations d'expertise et de liquidation des comptes de la société civile professionnelle, empêchant un autre associé de finaliser l'exercice de son droit de retrait[767]. Il en est de même lorsque les associés ont retardé l'exercice du droit de retrait d'un membre d'un groupement d'intérêt économique sous prétexte du non-paiement d'une somme modeste (en l'espèce le paiement d'une cotisation de 125 euros)[768]. Dans cet arrêt, la cour d'appel fait référence à l'obligation de bonne foi des associés dans les rapports avec un associé exerçant son droit de retrait. Dans un autre arrêt rendu en 2015, la Cour de cassation fait référence à la faute personnelle de l'associé, pour le préjudice causé dans le cadre d'une exclusion illicite d'un co-associé[769].

116. Société sous-capitalisée – La Cour de cassation est parfois moins explicite dans la reconnaissance de la responsabilité de l'associé. En effet, lorsqu'une société est sous-

---

[766] Cass. com., 14 mai 2013 nº 11-22.845 (n° 486 FS-PB), Girardier c/ Sté Asterop.
[767] CA Versailles, 1re ch., 1re sect., 15 avril 2010, nº 09/01288 : « *Le caractère fautif de l'attitude de M. Z qui, depuis de nombreuses années, fait obstacle à toute reddition des comptes de la SCP, a été exactement relevé par le tribunal qui a fait une juste appréciation des faits de la cause en retenant la résistance abusive de celui-ci. Cette faute a causé à Mme Y un préjudice certain, car elle a définitivement compromis toute possibilité de faire les comptes entre les parties de sorte que celle-ci n'a pas perçu les sommes lui revenant. Privée de tout apport personnel pour financer sa nouvelle installation professionnelle, Mme Y s'est trouvée confrontée à d'importantes difficultés financières qui sont la conséquence directe de la faute commise par M. Z. Toutefois, le jugement déféré sera infirmé en ce qu'il a condamné la SCP Petit-Perrin solidairement avec M. Michel Z au paiement des dommages-intérêts alors que la faute retenue est une faute personnelle de ce dernier*. »
[768] CA Versailles, 5 juillet 2018, 17/04936.
[769] Cass. com., 3 mars 2015, nº 13-24.740 (F-D), M. c/ H, note V. Thomas, Rev. sociétés 2015. 739.

C1 - Internal use

capitalisée, la Haute Juridiction a déjà admis la responsabilité du dirigeant, considérant qu'il avait commis une faute ayant contribué à l'insuffisance d'actif. Si la Cour de cassation a reconnu la liberté de l'entrepreneur dans ses choix d'investissement[770], elle peut reprocher une faute de gestion au stade préliminaire de création de la société si « *le capital social originel apparait insuffisant au regard des besoins de financement normaux et prévisibles de la société* ». La doctrine en avait déduit une adéquation nécessaire entre le montant du capital social et le projet économique[771]. Toutefois, la Cour de cassation a dernièrement exclu la responsabilité du dirigeant, considérant que « *l'insuffisance des apports consentis à une société lors de sa constitution, qui est imputable aux associés, ne constitue pas une faute de gestion*[772] » ou lorsque celui-ci a convoqué une assemblée générale afin de proposer le renforcement des fonds propres de la société qui lui paraissait nécessaire[773].

Pour un auteur, cette décision conduit à une déresponsabilisation en cas de constitution d'une société sous-capitalisée, sauf action de droit commun dans des circonstances exceptionnelles contre les associés, ce qui conduit à approfondir les réflexions autour de la notion de « *la responsabilité spécifique au titre de l'insuffisance d'actif, sur le fondement d'un devoir de vigilance*[774] ».

M. le Professeur Couret note que ce devoir « *n'a pas de débiteur véritable puisqu'il ne saurait être question d'imposer à des actionnaires l'augmentation de leurs engagements*[775] ». L'obligation de libérer son apport relève du droit des obligations ; l'associé doit exécuter son engagement vis-à-vis de la société. En revanche, en cas de sous-capitalisation, il est difficile de reprocher à un associé d'avoir modéré son risque en limitant son apport, même si cela revient à démarrer une aventure sociale avec des fonds propres insuffisants au regard des projets ambitionnés. Par ailleurs, qui devrait être indemnisé de cette sous-capitalisation ? Les

---

[770] Cass. com., 15 novembre 1994, Bull. Joly Sociétés, 1995, 67, § 16, note A. Couret.
[771] Voir Cass. com, 19 mars 1996, et CA Rouen, 20 octobre 1983, Aix-en Provence, 16 mai 2001, RDBF 2001, nº 192 obs. F.-X. Lucas. Cass. com., 23 novembre 1999, RJDA 2000, nº 457.
[772] Cass. com., 10 mars 2015, nº 12-15505 : BJS mai 2015, 244, nº 113m1, note I. Parachkévova ; BJE juill. 2015, 249, nº 112h9, note T. Favario ; Rev. sociétés 2015, 468, note D. Poracchia ; JCP E 2015, 1261, note B. Dondero ; Dr. sociétés 2015, comm. nº 117, obs. J.-P. Legros ; LPA 11 juin 2015, 16, nº 116, note E. Garaud.
[773] Cass. com., 13 oct. 2015, nº 14-15755, F–D : « *Qu'en statuant ainsi, alors que l'absence de régularisation effective, dans le délai légal de deux ans, de la situation des capitaux propres d'une société anonyme devenus inférieurs à la moitié du capital social, qui est imputable aux actionnaires, ne constitue pas une faute de gestion dont les dirigeants auraient à répondre, la cour d'appel a violé les textes et principe susvisés*. » Bulletin Joly Sociétés, nº 03, 34, note J. Heinich.
[774] I. Parachkévova, « Responsabilité pour insuffisance d'actif : La création d'une société sous-capitalisée n'est pas une faute de gestion », *Bulletin Joly Sociétés*, mai 2015, 246.
[775] A. Couret, « Les devoirs de l'actionnaire et le droit des sociétés », *Gazette du Palais*, nº hors-série, 6 juin 2016, 17.

C1 - Internal use

créanciers sociaux ? Le lien causal semble très distendu. Seule la société pourrait subir un préjudice direct de cette faute[776].

La Cour de cassation, sans remettre en cause ces principes, a seulement voulu attirer l'attention sur l'absence de responsabilité du dirigeant. Il est donc possible qu'il n'existe pas en tant que tel de devoir de prudence incombant à l'associé lors de la fixation de son apport[777].

En revanche, la question peut être posée avec plus d'acuité lorsque les associés ont décidé d'éviter la dissolution après constatation que les capitaux propres de la société étaient inférieurs à la moitié du capital social. Il existe dans ce cas une réelle obligation légale de remédier à la situation. L'opposition des associés à une recapitalisation proposée par le dirigeant pourrait dès lors être illégitime. Les associés pourraient-ils en être tenus pour responsables ? Il est permis d'en douter, à l'instar d'autres auteurs[778]. En effet, une sanction légale est prévue : la dissolution demandée par tout intéressé avec la possibilité de régulariser la situation. Même si cette sanction est peu dissuasive[779], il est peu probable que les tiers puissent engager la responsabilité personnelle de l'associé qui s'est opposé au renforcement des fonds propres de la société. En effet, cela reviendrait à remettre en cause le principe de prohibition d'augmentation des engagements de l'associé sans son accord.

117. L'obligation de soutenir la société en difficulté – À cet égard, dans le contexte particulier d'une société en difficulté, il est possible de s'interroger sur le devoir de l'associé de soutenir la société. En matière bancaire, l'article 52 de la loi bancaire du 24 janvier 1984 prévoyait que « *lorsqu'il apparait que la situation d'un établissement de crédit le justifie, le gouverneur de la Banque de France, président de l'Autorité de contrôle prudentiel, invite, après avoir, sauf en cas d'urgence, pris l'avis de l'Autorité de contrôle prudentiel, les actionnaires ou les sociétaires de cet établissement à fournir à celui-ci le soutien qui lui est nécessaire* ». La loi du 25 juin 1999 a encadré l'invitation du gouverneur de la Banque de France, qui ne pourra l'exprimer qu'après avis de la commission bancaire, sauf urgence. Pour M. le Professeur Le

---

[776] En ce sens, R. Mortier, « La sous-dotation d'une société par ses associés engagerait-elle leur responsabilité ? », *Droit des sociétés*, nº 10, novembre 2015, comm. 163.
[777] I. Parachkévova, « Responsabilité pour insuffisance d'actif : La création d'une société sous-capitalisée n'est pas une faute de gestion », *Bulletin Joly Sociétés*, mai 2015, 246. Pour cette auteure, cette décision conduit à une déresponsabilisation en cas de constitution d'une société sous-capitalisée, sauf action de droit commun dans des circonstances exceptionnelles contre les associés. Elle a conclu que cela conduit à approfondir les réflexions autour de la notion de « *la responsabilité spécifique au titre de l'insuffisance d'actif, sur le fondement d'un devoir de vigilance* ».
[778] Cass. com., 13 oct. 2015, nº 14-15755, F–D, Bulletin Joly Sociétés, nº 03, 34, note J. Heinich.
[779] Cass. com., 13 oct. 2015, nº 14-15755, F–D, Bulletin Joly Sociétés, nº 03, 34, note J. Heinich.

C1 - Internal use

Nabasque, il ne s'agit pas de restreindre les pouvoirs du gouverneur mais au contraire de conférer à l'invitation une plus grande solennité[780]. Cette action peut se situer bien en amont de l'état de cessation des paiements. La condition « *lorsque la situation le justifie* » est particulièrement large, permettant à l'actionnaire de contester la réalité des difficultés, en l'absence d'état de cessation des paiements. Pis, la force contraignante de l'invitation du gouverneur de la Banque de France était en question.

Si l'invitation formulée par le gouverneur de la Banque de France après avis du régulateur est une obligation, alors, comme le note Mme le Professeur Frison-Roche[781], cela conduit à transformer la société en société en nom collectif. On peut également considérer que la force de persuasion de l'invitation reviendrait à nover l'obligation naturelle de l'associé en obligation civile. La cour d'appel de Paris a, le 13 janvier 1988, opté pour l'absence de caractère contraignant de l'invitation. En réalité, il s'agit d'une initiation à la négociation, sous la tutelle du gouverneur de la Banque de France qui, par la solennité de sa demande, peut espérer plus d'efforts de la part des actionnaires. Il ne s'agit que d'une procédure négociée sous la tutelle d'une « magistrature morale ». À cet égard, un auteur fait état de nombreuses invitations fructueuses tout en précisant que seuls les échecs sont médiatisés[782].

Lorsque la société ne relève pas du secteur bancaire, le devoir de soutenir la société en difficulté est très hypothétique dans la mesure où cela reviendrait à annihiler l'opacité de l'écran de la personne morale des sociétés et le principe de responsabilité limitée des associés. Par ailleurs, cela reviendrait à augmenter les engagements de l'associé sans son accord.

118. L'exercice du droit de vote provoquant une inexécution contractuelle – La Cour de cassation a reconnu la possibilité de retenir la responsabilité civile délictuelle d'un associé lorsque celui-ci commet une « *faute intentionnelle d'une particulière gravité, incompatible avec l'exercice normal des prérogatives attachées à la qualité d'associé, de nature à engager*

---

[780] H. Le Nabasque, « L'adaptation du droit des procédures collectives à la situation des établissements financiers », *RDBB*, septembre et octobre 1999, n° 75, 149.
[781] M.-A. Frison-Roche, « L'invitation de l'article 52 de la loi bancaire », *RDBB,* n° 55, mai/juin 1996, 86, n° 17.
[782] J. L Butsch, « Le rôle des autorités de tutelle », *in* « La défaillance d'une banque », *RJ. Com*., numéro spécial, novembre 1996, 34. Exemples d'invitation : BCP TC Paris, 8 décembre 1994 (D. 1995, somm. Com. 393, obs. Vasseur) : refus des actionnaires. TC Paris, 18 octobre 1992 : engagement solidaire de certains actionnaires de la Banque d'Arbitrage et de Crédit suite à l'invitation du gouverneur. Le tribunal a contrôlé le protocole par lequel les actionnaires se sont portés garants de la bonne fin de la liquidation. Affaire Banque Pallas Stern, TC Paris 30 juin 1995 : refus des actionnaires. BTP TC Paris 28 novembre 1995 : le tribunal a contraint les actionnaires à contribuer au passif dans la mesure où ils en avaient accepté le principe.

C1 - Internal use

sa responsabilité personnelle envers le tiers cocontractant de la société[783] ». En l'espèce, le président et associé majoritaire de la société d'exploitation avait converti la règle statutaire de majorité, ce qui avait eu pour conséquence, compte tenu des stipulations contractuelles des parties, de mettre fin à un contrat d'enseigne en rendant impossible l'exécution d'un contrat d'approvisionnement par la société. La nature délictuelle de la responsabilité est compréhensible dans la mesure où c'est la société qui est engagée à l'égard des tiers. Ainsi, l'associé pourrait être tenu responsable s'il a provoqué la défaillance de la société dans l'exécution de ses obligations contractuelles, causant à autrui un dommage[784]. La Cour de cassation avait déjà reconnu la possibilité de retenir la responsabilité délictuelle de l'associé majoritaire au titre des actes qui ont aggravé le passif[785]. En l'espèce, l'associé d'une société en liquidation judiciaire avait fait consentir par une autre société dont il avait le contrôle un accord de coopération par lequel cette dernière société versait des avances sur prestations en contrepartie d'une ristourne consentie par la société en difficulté, constituant un soutien abusif qui avait retardé la déclaration de l'état de cessation des paiements. Cet arrêt propre au cas d'espèce avait déjà laissé entrevoir la possibilité de retenir la faute délictuelle de l'associé dans l'exercice de ses prérogatives sociales[786], la Cour de cassation ayant considéré qu'il ne s'agissait pas d'une entrave au principe selon lequel nul n'est civilement responsable que de son propre fait. Dans d'autres affaires, les juridictions de première instance ont déjà condamné des associés majoritaires à indemniser les salariés d'une société débitrice[787] de leur préjudice moral ou issu de la perte de leur emploi[788]. Pour un auteur, l'action en responsabilité délictuelle vise à « *assurer la police des comportements et la répression des manquements d'actionnaires fautifs*[789] ». Un auteur évoque la sanction des « *associés prédateurs*[790] ». En effet, dans une première espèce, il a été reproché l'assèchement de la trésorerie de la société à travers un prêt

---

[783] Cass. com., 18 févr. 2014, nº 12-29752, ITM c/ Sté Macris et M. X, PB, note M. Caffin-Moi, « Une nouvelle application de la faute détachable : celle de l'associé », *LEDC*, avril 2014, nº EDCO-114065-11404, 7 ; D. 2014. 764, note T. Favario ; JCP E 2014. 1160, note B. Dondero ; Gaz. Pal. 17 avril 2014, nº 174f1, note N. Blanc.
[784] Cass. ass. plén., 9 mai 2008, nº 07-12449 : Bull. AP, nº 3.
[785] Cass. com., 2 oct. 2012, nº 11-18460 (n° F-D).
[786] T. Favario, *BJE*, janv. 2013, nº JBE-2013-0004, 39 : « *En conclusion, la prudence s'impose s'agissant de l'interprétation d'un arrêt inédit. S'il pose en filigrane la délicate question de la responsabilité de l'associé d'une société défaillante, sa réponse est propre à l'espèce. Une invitation à la réflexion donc, pas encore un principe de solution.* »
[787] Considérant qu'il s'agit d'un préjudice spécial, personnel et distinct de l'ensemble des autres créanciers.
[788] TC Orléans, 1er juin 2012, nº 2010-11170 : BJE juill.-août 2012, 201, nº 135, note R. Dammann et M. Boché-Robinet ; LEDEN 4 juill. 2012 nº 7, 1, obs. F.-X. Lucas ; Gaz. Pal. 4 août 2012, nº 217, 1, obs. L.-C. Henry ; JCP E 2012, 1494, note A. Couret et B. Dondero ; CA Versailles, 15e ch., 31 oct. 2011, RG nº 10/00578.
[789] F.-X. Lucas, Cah. soc. sept. 2015, nº 116u3, 418.
[790] T. Favario, BJE janv. 2013, nº JBE-2013-0004, 39.

C1 - Internal use

consenti à l'actionnaire et incompatible avec les capacités financières de la filiale[791]. Le tribunal de commerce a dès lors considéré que l'actionnaire majoritaire n'avait pas joué son rôle et avait privilégié uniquement son intérêt propre[792]. Ces jugements et arrêts sont les prémices de l'élaboration d'une faute particulière imputable aux associés qui privilégient leurs intérêts propres exclusivement au détriment de la société et de ses salariés : la faute intentionnelle d'une particulière gravité, incompatible avec l'exercice normal des prérogatives attachées à la qualité d'associé.

Les hypothèses de mise en jeu de la responsabilité de l'associé sont par conséquent variées, la Cour de cassation se référant tantôt à la faute détachable des fonctions, tantôt à l'intention de nuire ou au devoir de loyauté de l'associé. Il demeure qu'en dehors de l'exercice de ses prérogatives sociales, l'associé n'est pas soumis à une obligation de préserver les intérêts de la société. En effet, ce n'est pas parce qu'une personne a réalisé un apport en société qu'elle se voit contrainte de faire primer les intérêts de la société.

B/ Le principe de liberté dans l'exercice de prérogatives extérieures à la société

L'associé demeure libre de concurrencer **(1)** ou être par ailleurs créancier chirographaire de la société **(2)**.

1. *L'associé concurrent de la société*

119. Liberté de concurrencer la société – Lorsqu'un associé a décidé de participer au contrat de société, il est légitime de penser qu'il prend l'engagement d'œuvrer pour le succès commun de cette dernière, ce qui comprend une obligation de ne pas nuire à ses intérêts légitimes, notamment en la concurrençant. Ce n'est toutefois pas la position de la Cour de cassation qui n'oblige pas l'associé ès qualités à une obligation de non-concurrence, au nom de la liberté du commerce et de l'industrie, sous réserve de commettre des actes de concurrence déloyale[793].

[791] R. Dammann, M. Boché-Robinet, BJE juill. 2012, nº JBE-2012-0135, 201.
[792] F.-X. Lucas, LEDEN juill. 2012, nº EDED-412116-41207, 1.
[793] Cass. com., 15 nov. 2011, nº 10-15.049, P+ B, Sté DL Finances c/ Albiac : JurisData nº 2011-025126 ; Dr. sociétés 2012, comm. 24, note M. Roussille ; JCP E 2011, 1893, note A. Couret et B. Dondero ; Rev. sociétés 2012, 292, L. Godon ; D. 2011, 2865, obs. A. Lienhard ; RTD com. 2012, 134, A. Constantin. T. Favario, « Variations sur le devoir de loyauté de l'associé et du gérant de SARL », *D.*, 2012, 134.

C1 - Internal use

Sous couvert de cette liberté, il n'existe donc pas d'obligation pour l'associé de ne pas nuire aux intérêts de la société[794]. En l'espèce, la Cour de cassation va plus loin puisqu'elle considère que l'associé n'est même pas tenu d'informer la société qu'il est en concurrence avec sa société dans le cadre d'un marché public[795].

2. L'associé créancier de la société

120. Compte courant d'associés – Lorsque l'associé conclut une convention de compte courant avec la société, il agit en qualité de créancier de celle-ci. Il s'agit d'un engagement pris en qualité d'associé (les comptes courants étant réservés aux associés de la société) conférant la qualité de créancier de la société. Si cette dernière connaît des difficultés, il peut être tentant de faire un amalgame entre ces qualités d'associé et de créancier : l'intéressé sera partagé entre ses intérêts de créancier qui supposent d'assurer le remboursement des sommes avancées et ses intérêts d'associé qui impliquent d'éviter de précipiter la société en état de cessation des paiements. Même si la jurisprudence a consacré le principe d'autonomie des qualités d'associé et de créancier[796], elle semble parfois confondre ces deux notions puisqu'elle considère qu'il n'est pas possible d'empêcher un associé de demander le remboursement du solde de son compte courant, non pas sur le fondement de la force obligatoire des contrats, mais au nom du principe impératif d'intangibilité des engagements d'un associé, et ce même si l'engagement n'a pas été pris en qualité d'associé mais en tant que créancier[797].

---

[794] M. Roussille, « Le gérant de SARL est tenu d'un devoir de loyauté lui interdisant de faire concurrence à la société. Mais tel n'est pas le cas de l'associé », *Droit des sociétés*, n° 2, février 2012, comm. 24. Pour le Professeur Roussille, être associé suppose « *un engagement de se mettre au service des intérêts de l'entreprise et doit, selon nous, se traduire par une obligation de ne rien entreprendre qui puisse porter atteinte à l'intérêt de celle-ci, comme notamment participer à des opérations pouvant nuire à l'activité sociale. Admettre le contraire au nom de la liberté du commerce et de l'industrie serait avoir une vision bien dogmatique de cette liberté fondamentale au mépris de la loyauté qui doit présider dans les engagements privés, fussent-ils souscrits dans le domaine des affaires*. »

[795] Principe réitéré dans l'arrêt Cass. com., 19 mars 2013, n° 12-14.407, D, SARL Promes Procédés et Mesures c/ Fender : JurisData n° 2013-004885 ; Droit des sociétés n° 6, juin 2013, comm. 102, note M. Rousille ; JCP n° 23, 3 juin 2013, 640, note R. Mortier.

[796] Cass. com., 15 juill. 1982 : JurisData n° 799444 ; Rev. sociétés 1983. 75, note J.-P. Sortais. Cass civ. 3e, 3 févr. 1999, n° 97-10.399 : Dr. sociétés 1999. comm. 68 ; RDI 1999. 265, obs. J.-C. Groslière ; RTD com. 1999. 456, obs. M.-H. Monsèrié-Bon. Cass. com., 24 juin 1997, n° 95-20.056 : Bull. civ. IV, n° 207 ; JCP 1997. II. 22966, note P. Mousseron.

[797] En ce sens, Versailles, 20 sept. 1996, RTD com. 1997.461, obs. C. Champaud et D. Danet. En sens contraire, F. Rizzo, « Le principe d'intangibilité des engagements des associés », *RTD com*., 2000, 27.

C1 - Internal use

Les devoirs financiers de l'associé doivent se comprendre strictement dans l'exercice de prérogatives d'associé[798]. Il ne peut lui être reproché d'avoir précipité l'état de cessation des paiements d'une société en demandant le remboursement de son compte courant d'associé[799]. Sa qualité de créancier prédomine et il n'a pas à respecter l'intérêt social dans l'exercice de ce pouvoir[800]. La Cour de cassation n'écarte pas la force obligatoire des contrats sous couvert d'un devoir de bonne foi[801]. Ainsi, elle considère que la situation financière n'est pas de nature à différer ou empêcher un associé de demander le remboursement du solde de son compte courant d'associé[802]. Seules les circonstances de la demande de remboursement pourraient conduire à sanctionner celui-ci, notamment lorsqu'elle est motivée par une intention de nuire[803] ou dans le cas d'une demande brutale[804]. Il faut toutefois noter que la Cour de cassation a reconnu une faute de gestion ayant contribué à une insuffisance d'actif dans un cas où l'associé avait obtenu le remboursement de son compte courant, ainsi que celui d'un autre associé, huit jours après la condamnation de la société au paiement d'une somme importante compte tenu de sa trésorerie. La Cour de cassation a, en effet, considéré que « *si les associés ont droit au remboursement à tout moment de leur compte dit courant, c'est à la condition que ce remboursement ne constitue pas un paiement préférentiel au détriment des créanciers de l'entreprise*[805] ». La Haute Juridiction reproche-t-elle le paiement de la créance d'un associé alors qu'il n'est que créancier hypochirographaire ? Cela serait étonnant dans cette hypothèse, dans la mesure où l'associé agit en qualité de créancier de la société au titre de son compte courant et non de ses titres de capital.

---

[798] Versailles, 20 sept. 1996, RTD com. 1997.461, obs. C. Champaud et D. Danet. En l'espèce le remboursement du compte courant d'associé a mis à mal le plan de sauvetage voté par les associés.

[799] À noter toutefois que la cour d'appel de Paris a considéré que l'obligation d'exécuter les conventions de bonne foi de l'associé conduit à lui interdire de réclamer le remboursement du solde de son compte courant lorsque la société connaît des difficultés financières : CA Paris, 30 mai 2008, Dr. sociétés 2008, comm. 243, note M.-L. Coquelet. Voir également Cass. com., 19 mai 2015, n° 14-10348, ECLI:FR:CCASS:2015:CO00459, M. X c/ M. Y ès-qual. liq. Sté LM Les 5 éléments, D (rejet pourvoi c/ CA Nouméa, 23 mai 2013), Mme Mouillard, prés. ; SCP Richard, av. Dans cet arrêt la Cour de cassation a reconnu la responsabilité du dirigeant par ailleurs associé de la société ayant réclamé le remboursement de son compte courant d'associé tout en connaissant les difficultés rencontrées par la société. Il était également reproché en l'espèce d'avoir accepté une rémunération importante, de ne pas avoir tenu de comptabilité.

[800] Cass. com., 3 juillet 2012, n° 11-18026 : BJS sept. 2012, 631, note N. Pelletier ; BJE sept. 2012, 279, note Neau-Leduc.

[801] Cass. com., 10 juill. 2007, n° 06-14.768 : Bull. civ. IV, n° 188 ; D. 2007. 2839, note Ph. Stoffel-Munck et note P.-Y. Gautier.

[802] Cass. com., 15 juill. 1982, Rev. sociétés 1983.75, note J.-P. Sortais ; Cass. com., 5 mars 1991, Bull. Joly 1991.499 ; Cass. civ. 3e, 3 févr. 1999, Dr. sociétés 1999, n° 68.

[803] Paris, 5 mai 1995, Dr. sociétés 1995, comm. 183, obs. T. Bonneau ; Versailles, 3 déc. 1991, Bull. Joly 1991.415, note A. Couret/

[804] A. Cérati-Gauthier, « L'associé dans la loi de sauvegarde des entreprises », *Rev. Sociétés*, 2006, 305 ; L. Jobert, « Le remboursement du compte courant d'associé à l'épreuve de la théorie de l'abus de droit », *Dr. Sociétés*, nov./déc. 2005, 3.

[805] Cass. com., 24 mai 2018, n° 17-10119, LEDEN juill. 2018, n° 111u2, 6, note T. Favario.
Dans le même sens, CA Paris, 12 févr. 1999, RTD com. 1999, 672, obs. D. Danet.

C1 - Internal use

Cela reviendrait à requalifier les sommes issues d'un contrat de prêt en capitaux propres. Aux États-Unis, depuis un arrêt Taylor c/ Standard Gas & Elec. Co. 306 U.S. 307 (1939), dont la solution a été consacrée à l'article 510 (c) (1) du Code de la banqueroute (Bankruptcy Code) « *des prétendus prêts ou avances par un associé dominant ou contrôlant seront subordonnés aux créances des autres créanciers et traités comme des contributions aux capitaux propres […] si le capital statutaire libéré est purement symbolique, alors que le capital requis au regard de l'étendue des opérations de la société est fourni sous forme de prêts*[806] ». L'associé perdrait la possibilité d'invoquer son statut de créancier de la société en cas de sous-capitalisation manifeste au détriment des créanciers sociaux. Le but est d'empêcher l'associé, ayant connaissance d'un état de cessation des paiements imminent, de profiter de sa situation au détriment des autres créanciers sociaux. Lorsque la Cour de cassation fait référence au « *paiement préférentiel* », cela pourrait conduire à considérer qu'il est choquant qu'un associé soit traité comme tout créancier alors qu'il a accepté d'être un créancier subordonné en contrepartie de ses titres de capital. Nous pouvons en douter. Ce sont sûrement les circonstances de l'espèce qui ont amené à retenir la qualification de faute de gestion : la proximité entre la condamnation de la société et le remboursement des comptes courants d'associé ; le remboursement du compte courant de l'associé-dirigeant qui connaissait le problème de trésorerie de la société ; l'assèchement de la trésorerie entraînant un défaut de paiement du fait du remboursement des comptes courants.

Les hypothèses où l'associé est reconnu responsable d'un dommage causé à la société ou à ses co-associés sont encore plus rares lorsqu'il agit en dehors de ses prérogatives sociales. L'associé conserve alors toute sa liberté. Seul le droit commun permettrait de retenir sa responsabilité à l'égard des tiers à la société.

§2/ Les conditions de la mise en jeu de la responsabilité de l'associé

La jurisprudence a fait œuvre créatrice en levant timidement le voile de la personnalité morale de la société. Elle n'a toutefois pas à notre connaissance reconnu une obligation pour l'associé de coopérer à la procédure collective sollicitée par la société. L'analyse du fondement de la faute personnelle de l'associé permettrait de déterminer si l'exercice des prérogatives sociales

[806] Cité par E. Degenhardt, *BJE*, mai 2015, n° 112f2, 175. L'auteur note qu'une telle prohibition existe en Allemagne, Autriche et Italie.

C1 - Internal use

doit être orienté vers le soutien de la procédure collective sous peine de mise en jeu de sa responsabilité en cas de préjudice causé à autrui.

A/ Les fondements de la mise en jeu de la responsabilité de l'associé

Avant d'analyser le droit des sociétés dans une telle situation, il faut d'abord vérifier que le droit commun n'est pas susceptible de prévenir de tels comportements.

1. *Le droit commun*

La promesse d'exécution d'un devoir de conscience envers autrui

121. L'article 1100 du Code civil dispose que « *les obligations naissent d'actes juridiques, de faits juridiques ou de l'autorité seule de la loi. Elles peuvent naître de l'exécution volontaire ou de la promesse d'exécution d'un devoir de conscience envers autrui*[807] ».

Pour un auteur, « *la transformation d'une obligation naturelle en obligation civile peut à l'avenir s'appuyer sur ce nouvel article 1100, alinéa 2*[808] ». Il s'agit de la consécration par le législateur de la conception dite « moderne[809] » de l'obligation naturelle : un « devoir de conscience envers autrui » (art. 1100, al. 2), conformément aux préconisations de l'avant- projet Catala (art. 1151)[810]. En effet, la chambre civile considérait bien avant la réforme du droit des obligations en 2016 que « *la transformation improprement qualifiée novation d'une obligation naturelle en obligation civile [...] repose sur un engagement unilatéral d'exécuter l'obligation*

[807] Créé par l'ordonnance nº 2016-131 du 10 février 2016 - art. 2.
[808] Comme le confirme le Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance nº 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, qui prévoit que « *l'article 1100 précise en son premier alinéa que les obligations naissent d'actes juridiques, de faits juridiques, ou de l'autorité de la seule loi. Son deuxième alinéa consacre quant à lui la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la transformation de l'obligation naturelle (définie comme « un devoir de conscience envers autrui ») en obligation civile, lorsque le débiteur d'une obligation naturelle prend l'engagement d'exécuter ou commence à exécuter cette obligation* ». Toutefois, la jurisprudence était réticente à reconnaître qu'un commencement d'exécution vaut promesse d'exécution transformant le devoir moral en obligation civile ; Cass. civ. 1re, 23 mai 2006, nº 04- 19.099 : Bull. civ. I, nº 26 ; Defrénois 2007. 467, obs. R. Libchaber ; D. 2006. 1561, et les obs. ; AJ fam. 2006. 287, obs. F. Chénedé ; RTD civ. 2006. 538, obs. J. Hauser ; RTD civ. 2007. 119, obs. J. Mestre et B. Fages.
[809] *A contrario* d'une acception classique de l'obligation naturelle reposant selon Charles Aubry et Charles Rau sur une obligation civile dégénérée ou imparfaite pour cause de nullité, de prescription de l'action ou d'incapacité.
[810] F. Chénedé, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, Dalloz, Hors Collection, novembre 2016, 225, nº 33-21 ; Cass. civ. 1re., 11 oct. 2017, nº 16-24533, (nº 1073) F-P+B, note C. Bouix, LPA 2 févr. 2018, nº 025, 8.

C1 - Internal use

naturelle[811] ». De la même façon, il avait été déjà jugé que « *s'il est de principe que, pour produire effet, l'engagement unilatéral doit exprimer la volonté de son auteur, cette volonté peut, pour une société commerciale, résulter de promesses précises et ostensiblement affichées dès lors que celles-ci s'inscrivent dans sa stratégie publicitaire et ont ainsi été manifestement délibérées*[812] ».

Est-ce à considérer que l'associé qui ne soutient pas un plan de continuation de sa société violerait son engagement moral envers les tiers de la société et n'exécuterait pas son devoir de conscience envers autrui ? Il faudrait d'ores et déjà distinguer l'hypothèse de l'associé qui a pris des engagements – moraux – de soutien de la société, de l'hypothèse où il n'a jamais exprimé un tel soutien. Peut-on considérer que la société mère qui a toujours soutenu sa filiale a *de facto* un devoir de conscience envers autrui ? Pour qu'il y ait promesse d'exécution d'un devoir moral, il faut deux éléments, d'une part « *une promesse d'exécution*[813] » et d'autre part « *un devoir de conscience envers autrui* ».

122. Une promesse d'exécution – Il faudrait donc « un engagement » ou à tout le moins « une promesse » par lequel l'intéressé manifeste sa volonté[814]. Le doyen G. Ripert considérait que « *l'obligation naturelle n'existe pas tant que le débiteur n'a pas affirmé cette existence par son exécution ; elle naît de la reconnaissance par le débiteur du devoir moral*[815] ».

Un auteur note que « *soutenue par la volonté libre de donner suite à un devoir de conscience, l'obligation naturelle, jusque-là sans force propre, s'affermit en une obligation civile : l'engagement qui la porte, bien qu'unilatéralement souscrit, se doit alors d'être respecté*[816] ». Il ajoute que « *si chacun reste libre de s'acquitter ou non d'un devoir de conscience, la volonté exprimée de l'assumer ne peut en effet être neutre ; et il est alors objectivement opportun que*

---

[811] Cass. civ. 1re, 10 oct. 1995, nº 93-20.300 : Bull. civ. I, nº 352 ; D. 1997. 155, note G. Pignarre, 1996. 120, obs. R. Libchaber, et 1997. 85, chron. N. Molfessis. 4 janv. 2005, nº 02-18.904 : Bull. civ. I, n° 4 ; D. 2005. 1393, note G. Loiseau ; RTD civ. 2005. 397, obs. J. Mestre et B. Fages.

[812] CA Toulouse (2e ch. 2e sect.) 14 février 1996 : trois arrêts (Mme Peyrot c/ Société Interselection, D. 1997, Somm. 168, obs. D. Mazeaud ; Société France direct service c/ Mme Fonvieille, Société Interselection c/ M. Megret, inédits).

[813] Nous écarterons l'hypothèse d'une « exécution volontaire » qui pose moins de difficulté et qui ne correspond pas au cas envisagé où l'associé s'opposerait par l'exercice de ses prérogatives d'associé à l'adoption d'un plan de continuation indispensable à la survie de la société.

[814] J. Mestre, « L'engagement unilatéral a tiré le gros lot », *RTD civ*., 1996, 397.

[815] G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4e éd., 1949, nº 193.

[816] G. Loiseau, « De l'obligation naturelle à l'obligation civile : l'entremise de l'engagement par volonté unilatérale », *D*., 2005, 1393.

C1 - Internal use

cette volonté change le sort de l'obligation naturelle, la faisant quitter le ressort de la morale pour accéder à la condition d'une dette civile ».

Si la manifestation de volonté est expresse, l'auteur peut pleinement mesurer l'étendue de son engagement. En revanche, lorsque cette manifestation est tacite et se déduit du comportement, l'engagement pris est plus ambigu et sa transformation en obligation civile est beaucoup plus contestable. Les questions de preuve peuvent conduire à relativiser l'acceptation d'une manifestation de volonté tacite. En effet, l'engagement unilatéral devra être prouvé de manière non équivoque. S'agissant d'un acte juridique, il devra être prouvé par écrit ou grâce à un commencement de preuve par écrit[817].

Pour un auteur, « *cette manifestation de volonté doit être explicite, le créancier devant prouver qu'il y a eu promesse du débiteur de rendre l'obligation naturelle civilement obligatoire, la conscience de son devoir moral demeurant insuffisante* [818] ».

123. Devoir moral envers autrui – Concernant l'existence d'un devoir moral, en l'absence d'obligation civile relative au soutien de la société en difficulté, quels seraient les contours de ce devoir moral envers autrui ? Un devoir d'assistance de la société, un devoir de ne pas s'enrichir au détriment d'autrui ? Un devoir de collaboration à la procédure collective ? Par ailleurs, qui serait « autrui », créancier de ce devoir moral ? La société qui cherche à éviter sa liquidation judiciaire ? Les autres associés qui soutiennent le plan de continuation ? Les créanciers qui ont accepté – ou subi – les sacrifices pour éviter la liquidation judiciaire de la société ?

Il semble difficile de généraliser à partir de cet article 1100 du Code civil, notamment lorsqu'il est question de morale. Celle-ci peut, en effet, revêtir une dimension collective et partagée par la société ou, plus strictement, s'entendre d'une appréciation individuelle propre à chaque associé. Les deux acceptions de la morale sont défendues en doctrine.

---

[817] Cass. civ. 1re, 18 juill. 1995, LPA 21 juill. 1997, 13, note N. Hauksson-Tresch cité par R. Bout, « Obligation naturelle », *Répertoire civil*, janvier 2008 (actualisation : nov. 2017), no 44.
[818] R. Bout, « Obligation naturelle », *Répertoire civil*, janvier 2008 (actualisation : nov. 2017), no 75.
Également dans ce sens, CA Toulouse, 8 sept. 2016, no 15/00856, : JurisData no 2016-019289, obs. A. Tani, Droit de la famille no 12, décembre 2016, comm. 262 : « […] *En l'absence de toute obligation alimentaire, inexistante entre collatéraux, ce versement volontaire ne peut que ressortir de l'exécution d'une obligation naturelle résultant de la reconnaissance d'un devoir moral d'aide et d'assistance. Toutefois, l'obligation naturelle, librement exécutée, peut se transformer en obligation civile, dès lors qu'il est justifié d'un engagement unilatéral non équivoque de paiement de la part de celui qui s'oblige* […]. »

C1 - Internal use

124. Une morale collective et objective – Certains considèrent que ce devoir moral ne doit pas s'apprécier au regard de la personne en cause mais de manière plus objective et collective comme une règle morale imposée par la conscience collective[819]. Un auteur a pu voir dans un arrêt récent de la Cour de cassation la reconnaissance d'un devoir de justice dépassant le cas personnel des parties[820]. Par ailleurs, le fait que le « *devoir de conscience* » s'exerce à l'égard d'autrui implique que la morale est forcément collective : « *Il est en effet difficile de considérer que le débiteur d'une obligation naturelle envers autrui l'est uniquement s'il le veut bien*[821]. »

On peut toutefois douter de l'existence d'un devoir collectif de soutenir une entreprise en difficulté pour les associés[822]. En effet, l'article 1100 du Code civil se réfère à une exécution volontaire ou une promesse d'exécution qui suppose que l'intéressé s'est volontairement soumis à un devoir moral qui lui est propre. Pour un auteur, « *l'aboutissement de cette conception* [reposant sur l'engagement unilatéral] *consiste alors à reconnaître à l'individu le pouvoir de se créer ses propres règles. D'une morale collective, on passe alors à une morale purement individuelle*[823] ».

Dans un arrêt, la Cour de cassation a refusé de condamner un dirigeant qui avait pris l'engagement « *d'apurer le passif social et de l'éteindre* », considérant qu'« *aucune obligation à ce titre ne saurait résulter des mentions du jugement de conversion en liquidation judiciaire du redressement de la société*[824] ». La jurisprudence a en effet tendance à considérer que le dirigeant n'est pas tenu d'une obligation naturelle envers les contractants de la société lorsque celle-ci est défaillante[825]. Seules des circonstances particulières pourraient conduire à retenir un devoir de conscience en ce sens. L'appréciation est donc *in concreto* pour le dirigeant.

---

[819] M. Gobert, *Essai sur le rôle de l'obligation naturelle*, préf. J. Flour, Sirey, 1957.
[820] Cass. 1re civ., 11 oct. 2017, nº 16-24533, (nº 1073) F-P+B, note C. Bouix, LPA 2 févr. 2018, nº 025, 8.
[821] S. Becqué-Ickowicz, « Sources des obligations – Obligations naturelles », fasc. 20, nº 20.
[822] En France, il n'existe pas de devoir fiduciaire de la société contrôlante. Par ailleurs, il n'existe pas, selon la cour d'appel de Paris, « *de devoir général de prudence qui obligerait une société mère à soutenir sa filiale tout au long de sa vie au-delà des engagements qu'elle a souscrits* » (CA Paris, ch. 5-8, 17 sept. 2013, nº 12/02203 : RJDA 2013, nº 88).
La loi Grenelle II du 12 juillet 2010 a dû instaurer un texte spécial pour permettre ce genre de soutien, autorisant, lorsqu'il est établi l'existence d'une faute caractérisée commise par la société mère qui a contribué à une insuffisance d'actif de la filiale en liquidation judiciaire, à demander à la société mère de prendre à sa charge tout ou partie du financement des mesures de remise en état du ou des sites en fin d'activité.
[823] S. Becqué-Ickowicz, « Sources des obligations – Obligations naturelles », fasc. 20, nº 19.
[824] Cass. com., 8 mars 2017, nº 15-16005, F–PBI.
Même si un auteur considère que la Cour de cassation n'a pas expressément exclu la possibilité pour le dirigeant de prendre l'engagement moral de soutenir financièrement la société : T. Favario, *BJE*, mai 2017, nº 3, 228.
[825] Cass. 1re civ., 17 oct. 2012, nº 11-20124, PB, obs. T. Genicon, « L'obligation naturelle vers un fabuleux destin... ou une mort certaine ? », *RDC*, 2013, nº RDCO2013-1-006, 43 : « *Mais la Cour de cassation n'entend peut-être*

C1 - Internal use

Il doit *a fortiori* en être de même pour l'associé. En effet, concernant celui-ci, le législateur a dû intervenir pour encadrer le soutien d'une société mère concernant les dommages environnementaux de sa filiale, attestant que ce devoir moral n'est pas aussi naturel, même lorsque les faits sont dommageables pour toute la société au sens large[826]. Il pourrait même être reproché à l'associé personne morale de soutenir excessivement une filiale en difficulté[827].

La situation pourrait-elle être différente si l'associé est à l'origine de la faillite de la société[828] ? Cela semble peu probable puisqu'il n'est pas supposé gérer la société ès qualités[829]. En matière de procédure collective et avant la loi nº 2005-845 du 26 juillet 2005[830], la Cour de cassation avait également exclu la possibilité pour le créancier qui avait omis de déclarer sa créance d'invoquer la transformation de l'obligation naturelle de la société débitrice en obligation civile[831].

Ainsi, si l'associé a décidé de soutenir financièrement la société, cela ne préjuge pas de son engagement futur. *A contrario,* cela conduirait à freiner considérablement les élans des associés en la matière. D'une façon similaire, la Cour de cassation a considéré que ce n'est pas parce

---

pas non plus que la seule qualité de dirigeant social suffise en toute occurrence à caractériser l'existence d'une telle obligation. » Obs. M. Latina, RDC 2013, nº RDCO2013-2-020, 576, qui considère que « *la jurisprudence a tendance à n'en reconnaître l'existence que lorsque le débiteur n'a pas besoin de protection, soit parce qu'il est en position de force, comme l'employeur vis-à-vis du salarié, soit parce qu'il est en faute, comme l'organisateur d'une loterie publicitaire trompeuse. La transformation de l'obligation naturelle en obligation civile participe du même esprit.* »

[826] Article L. 233-5-1 du Code de commerce : la société qui en contrôle une autre peut s'engager « *à prendre à sa charge, en cas de défaillance de la société qui lui est liée, tout ou partie des obligations de prévention ou de réparation qui incombent à cette dernière* » sous réserve de respecter, le cas échéant, la procédure des conventions réglementées.

[827] Il faudra en effet respecter le cadre strict de (i) la jurisprudence Rozenblum de la Cour de cassation du 4 février 1985 en matière d'abus de biens sociaux, (ii) du soutien abusif, et (iii) des conventions réglementées.

[828] Dans ce sens, R. Libchaber, Defrénois 30 mars 2007, nº CJ2007DEF0467N1, 467 : « *A défaut de paiement, l'obligation naturelle se renferme dans le for intérieur où elle ne joue plus qu'à la façon d'un remords : le droit lui refuse ses services alors même qu'elle pourrait avoir une utilité sociale.* »

[829] Cass. 1re civ., 12 mai 2016, nº 13-19673, ECLI:FR:CCASS:2016:C100515, M. Xavier Z c/ M. de X, D (rejet pourvoi c/ CA Dijon, 16 avr. 2013), Mme Batut, prés. ; Me Blondel, SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, SCP de Chaisemartin et Courjon, av. Dans cet arrêt, les protagonistes victimes d'une escroquerie ont cherché à éviter à un tiers qu'ils ont impliqué la perte de son emploi en le rendant bénéficiaire d'une reconnaissance de dette valant, pour la Cour de cassation, obligation naturelle causant valablement la reconnaissance de dette.

[830] Il pourrait en être différemment depuis la loi nº 2005-845 du 26 juillet 2005 puisque la créance faute d'être déclarée dans les délais n'est plus éteinte mais inopposable à la procédure.

[831] Cass. com., 31 mars 1994 : Bull. civ. IV, nº 197 ; JCP G 1994, IV, nº 1953 ; D. 1995, somm. 90, obs. P. Delebecque. Cass. com., 1er oct. 2002, nº 99-17.876 : JurisData nº 2002-015807. Cass. com., 13 mars 2007, nº 05-21.805 : JurisData nº 2007-037991.

C1 - Internal use

qu'un concubin a versé des subsides à sa compagne pendant un an et demi, qu'il a exprimé une promesse d'exécution d'un devoir de soutien pour le futur[832].

Le devoir moral suppose que l'associé se sente personnellement et moralement responsable de la réussite du plan de continuation même en l'absence d'obligation civile. Cela relève donc d'une appréciation subjective et personnelle qui conduit à exclure toute systématisation de cette situation qui semble exceptionnelle.

L'intérêt commun et la bonne foi contractuelle

125. Intérêt commun et bonne foi contractuelle – De la même façon, il pourrait être considéré que l'article 1833 du Code civil, qui implique que l'associé s'est engagé à agir dans l'intérêt commun, constitue le standard de « l'exercice normal des fonctions ». L'obligation de bonne foi contractuelle – impérative – suppose que l'associé est tenu de coopérer au succès commun de l'entreprise, ce qui comprendrait l'obligation de ne pas mettre en péril la viabilité de l'activité commune ou de nuire aux intérêts légitimes de la société. La seule limite à cette obligation serait, en application du droit des sociétés, l'augmentation des engagements initiaux de l'associé et, le cas échéant, le principe de sa responsabilité limitée.

Toutefois, il n'est pas certain qu'il soit possible de déduire de cet article 1833 un engagement de l'associé de collaborer au succès de l'entreprise commune, particulièrement lorsque la jurisprudence a consacré sa liberté de concurrencer sa société[833], sous réserve de commettre des actes de concurrence déloyale. L'engagement de l'associé de mettre en commun son apport ne serait qu'un moyen et non la finalité du groupement qui repose sur l'espérance de partager les bénéfices. Par ailleurs, l'article 1833 du Code civil disposant que la société est constituée dans l'intérêt commun des associés, celui-ci n'existerait qu'au stade de la constitution et non au cours de la vie sociale – ce qui empêcherait toute dissolution amiable de la société.

126. Détournement de pouvoir – Certains auteurs ont considéré que l'exercice illégitime du droit de vote par un associé était susceptible de constituer un détournement de pouvoir. Le

---

[832] Cass. civ. 1re, 23 mai 2006, no 04-19099 : « *Qu'ayant souverainement estimé que de l'ensemble du comportement de M. X..., à défaut de tout écrit en ce sens, il ne résultait aucun engagement volontaire implicite ou explicite de ce dernier à poursuivre, sans limitation de temps, l'aide financière octroyée à Mme de Y... dans les dix mois qui ont suivi leur dernière rupture, la cour d'appel a pu en déduire que son devoir de conscience ne s'était pas transformé en obligation civile.* » Obs. R. Libchaber, Defrénois 30 mars 2007, no CJ2007DEF0467N1, 467.
[833] CA Rouen, 2e ch., 19 novembre 2009 no 08-1868, Duarte et a. c/ Sarl ERJ Sport, note A. Brès, Rev. sociétés 2010, 297.

C1 - Internal use

problème de cette théorie, déjà souligné par d'éminents auteurs comme Ripert[834], est qu'il est difficile de reprocher un détournement de pouvoir lorsque celui-ci est ambivalent, car au service de l'intérêt de la société mais également des intérêts propres du titulaire. Cette double fonction du pouvoir entraîne nécessairement une immixtion importante du juge qui devrait apprécier si l'exercice du pouvoir a conduit à une précellence des intérêts propres de l'associé au détriment de l'intérêt social[835]. Le pouvoir dont dispose l'associé en utilisant son droit de vote est nécessairement intéressé par la poursuite de ses intérêts propres, ce qui rend particulièrement délicate la caractérisation d'un détournement de pouvoir.

Le droit commun est donc peu enclin à venir au soutien d'une faute personnelle, ce qui conduit à analyser les mécanismes propres au droit des sociétés.

2. Le droit des sociétés

Au-delà de la prohibition d'exercer les prérogatives sociales dans l'unique dessein de nuire au dirigeant et aux co-associés – peu exploitable en cas de procédure collective –, la jurisprudence s'est référée à deux notions : l'obligation de loyauté de l'associé et la faute détachable des prérogatives sociales.

a) L'obligation de loyauté de l'associé dans l'exercice de ses prérogatives sociales

127. Définition – Pour M. le Professeur Vogel, « *au-delà des textes, la loyauté s'identifie à la fidélité aux engagements et au-delà encore, au respect de la probité* ». Ainsi, pour lui, « l*a loyauté n'est donc pas du tout une notion dépassée. Loin de n'être qu'un principe d'inspiration morale exogène à la vie des affaires, elle est un principe d'efficacité et de bon fonctionnement de la société*[836] ». La loyauté a une acuité particulière dans le cadre du contrat de société qui,

---

[834] G. Ripert, « Abus ou relativité des droits : À propos de l'ouvrage de Monsieur Josserand », *Rev. Crit. De Legisl. et de jurisp.*, 1929, 33.
[835] G. Ripert note à cet égard qu'il existe un risque de gouvernement des juges lorsqu'il s'agit de « *dire si le titulaire d'un droit a agi conformément à la destination économique et sociale de son droit, de départager l'intérêt individuel et l'intérêt social, d'approuver ou de désarmer l'activité humaine en considérant les fins auxquelles elle tend* ». G. Ripert, « Abus ou relativité des droits : À propos de l'ouvrage de Monsieur Josserand », *Rev. Crit. De Legisl. et de jurisp.*, 1929, 42.
[836] L. Vogel, **«** Loyauté et droit des affaires : l'impossible mariage ? », *in Mélanges Ph. Merle*, Dalloz, 2012, n° 4, 746.

C1 - Internal use

par définition, n'est pas un contrat opposant des intérêts antagonistes, mais au contraire conduit à une mise en commun de moyens pour atteindre un but convergent.

Pour M. le Professeur Le Nabasque, la question de l'obligation de loyauté se retrouve « *quand une personne use de son influence ou de ses relations pour favoriser des intérêts particuliers, et surtout les siens propres, au détriment de l'intérêt d'autrui, alors qu'elle était, étant donné sa position, "tenue à l'impartialité ou obligée de servir les intérêts qu'elle a trahis*[837] ».

128. Consécration de l'obligation de loyauté – Existe-t-il une obligation de loyauté des associés dans leurs rapports sociaux ? La jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation n'a pas établi clairement une telle obligation. En revanche, le Conseil constitutionnel a déjà considéré que la privation du droit de vote de l'associé en cas de non-déclaration d'un franchissement de seuil légal se justifie au regard du principe de loyauté entre les associés et la société[838]. L'article 231-3 du Règlement général de l'AMF pose également un principe général de loyauté en matière d'offre publique incombant aux personnes concernées par une offre et dans l'intérêt des investisseurs et du marché. M. le Professeur Le Nabasque considère « *qu'il est possible, et il est même probable, que l'actionnaire ait un devoir de loyauté envers la société dont il est membre*[839]». À l'instar du Conseil constitutionnel, il envisage les obligations de transparence de l'actionnaire d'une société cotée (déclaration des franchissements de seuils, déclaration d'intention, etc.) qui relèvent de son devoir de loyauté à l'égard de celle-ci et du marché.

129. Obligation de loyauté et notions voisines – Certaines décisions pourraient à ce titre être le reflet d'un début de reconnaissance d'une obligation de loyauté de l'associé vis-à-vis de la société. Ainsi, lorsque la jurisprudence rejette la demande de dissolution de la société quand l'associé demandeur est à l'origine de la mésentente, n'est-ce pas l'illustration du devoir de loyauté incombant à chaque associé ? De la même façon, la jurisprudence sanctionne l'associé qui demande la nullité d'une délibération sociale dont il est à l'origine[840]. Cette jurisprudence pourrait toutefois se justifier par le principe général du droit qui empêche d'invoquer sa propre turpitude. La jurisprudence a déjà prononcé des sanctions spécifiques consistant en la

---

[837] H. Le Nabasque, « Rôle et place des mécanismes fondamentaux du droit civil en droit des affaires », *RTD com.*, 1999, 273.
[838] Cons. const., 28 févr. 2014, déc. n° 2013-369 QPC, Sté Madag : JurisData n° 2014-003798 ; JCP E 2014, 1118, note A. Couret ; Bull. Joly Sociétés 2014, 305, n° 111m1.
[839] H. Le Nabasque, « Les devoirs de l'actionnaire », *Gazette du Palais*, n° hors-série, 6 juin 2016, 7.
[840] Cass. com., 1er décembre 1975, n° 74-13256.

C1 - Internal use

déchéance des droits invoqués dans un cadre déloyal : le plaideur qui se contredit se voit déchu du droit d'agir dans le cadre d'une fin de non-recevoir ; en cas de collusion frauduleuse, l'opération devient inopposable aux tiers dont on a cherché à frauder les droits. Toutefois, cette jurisprudence n'est-elle pas l'expression du principe d'estoppel consistant à ne pas se contredire au détriment d'autrui[841] ? À moins qu'il faille considérer, à l'instar de M. le Professeur Aynès, que « *la loyauté exige […] d'adopter une attitude cohérente, une unité de comportement, qui permette à autrui de déterminer avec confiance sa propre conduite. En ce sens, le contraire de la loyauté est la duplicité, l'attitude double qui égare autrui et ruine ses prévisions*[842] ».

130. Devoir de loyauté et réciprocité – Nous savons que la jurisprudence a déjà reconnu une obligation de loyauté du dirigeant à l'égard des associés : initialement, en matière de cession des droits sociaux[843], le dirigeant ne pouvant profiter de la situation favorable qu'il détient par rapport aux autres associés. L'asymétrie d'information concernant la situation financière de la société, dont le dirigeant profite au détriment de l'associé, l'oblige à un devoir de loyauté. Puis cette obligation est sortie de son lit d'origine pour s'étendre à d'autres domaines. La Cour de cassation a, en effet, sanctionné un dirigeant qui avait acheté pour son compte personnel l'immeuble dans lequel la société exploitait son activité, à l'insu des autres associés et en sachant que ceux-ci projetaient de l'acquérir. La faute est constituée dans la mesure où le dirigeant a acquis l'immeuble par sociétés interposées sans prévenir les associés qui entendaient acheter l'ensemble pour y exercer leur activité[844]. L'obligation de loyauté du dirigeant à l'égard des associés suppose qu'il ne leur dissimule pas des informations pertinentes, notamment lorsqu'il est dans une situation de conflit d'intérêts. Pour un auteur, « *le devoir de loyauté du*

---

[841] D'abord consacré comme un principe général du droit en 2011 (Cass. com., 20 sept. 2011, n° 10-22.888 : Bull. civ. IV, n° 132 ; JCP G 2011, n° 1250, note D. Houtcieff ; RTD civ. 2011, 760, obs. B. Fages ; D. 2011, 2345, obs. X. Delpech), la Cour de cassation en a nuancé la portée, en matière de procédure civile, en jugeant que « *vu l'article 122 du code de procédure civile ; attendu que la seule circonstance qu'une partie se contredise au détriment d'autrui n'emporte pas nécessairement fin de non-recevoir* » (Cass. ass. plén., 27 févr. 2009, n° 07-19.841, Bull. civ. ass. plén., n° 1 ; rapp. Cass. 1re civ., 3 févr. 2010, n° 08-21.288, Bull. civ. I, n° 25).

[842] L. Aynès, *L'obligation de loyauté*, Archive de philosophie du droit 2000, 197, n° 44.

[843] Cass. com., 27 févr. 1996, n° 94-11.241 : D. 1996. 518, note P. Malaurie ; 591, note J. Ghestin ; RTD civ. 1997. 114, obs. J. Mestre ; JCP 1996 éd. G. II, n° 22665, note J. Ghestin. Cass. com., 12 mars 2013, n° 12-11970 : « *Attendu qu'en statuant ainsi, alors que manque à son devoir de loyauté le dirigeant social qui s'abstient d'informer l'associé cédant de circonstances de nature à influer sur son consentement, la cour d'appel a violé le texte susvisé* », note T. Massart, Rev. sociétés 2013. 689. Cass. com., 15 mars 2017, n° 15-14.419 (F-D), J. c/ N, note T. Massart, Rev. sociétés 2017. 485 ; note K. Deckert, Rev. sociétés 2017. 493.

[844] Cass. com, 18 décembre 2012, n° 11-24305 : « *Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'elle constatait que M. B..., dirigeant de la société CEPS, avait laissé les autres associés dans l'ignorance de l'opération d'acquisition pour son compte personnel d'un immeuble que les associés entendaient acheter ensemble pour y exercer leur activité, ce dont il résultait que ce dirigeant avait manqué à son devoir de loyauté envers eux* », D. 2013. 288, et les obs., note T. Favario ; BRDA 2013, n° 2 ; JCP E 2013. 1084, note M. Roussille ; BJS 2013, 200, B. Dondero ; B. Dondero et P Le Cannu, RTD com. 2013. 90.

C1 - Internal use

dirigeant social apparait comme un devoir "fonctionnel", en ce sens qu'il découle de la fonction de direction elle-même[845] ». Le dirigeant n'est pas censé privilégier son intérêt personnel compte tenu des fonctions qui lui ont été conférées. Cette obligation de ne pas favoriser ses intérêts personnels concerne les relations à l'égard des associés, et ce même si l'intérêt de la société n'est pas concerné. Pour le Professeur Le Nabasque, cette relation particulière entre les associés et le dirigeant s'expliquerait par le fait que le dirigeant serait le « *dépositaire de l'intérêt de tous*[846] ». Un autre auteur considère que cette obligation de loyauté du dirigeant repose « *sur la spécificité des rapports sociaux bâtis sur une relation de confiance minimale*[847] ». Le dirigeant a également une obligation de loyauté vis-à-vis de la société qui implique une obligation de non-concurrence[848].

Il peut être considéré que cette obligation de loyauté a pour source la relation particulière entre l'associé et le dirigeant, qui justifierait une réciprocité par laquelle l'associé aurait également un devoir de loyauté dans ses rapports sociaux. Certains auteurs ont pu en douter lorsque la Cour de cassation a exclu expressément une obligation de non-concurrence de l'associé qui implique que celui-ci ne puisse nuire à la société. Toutefois, cette situation est exclusive d'un manquement dans l'exercice des fonctions sociales. L'associé qui concurrence la société exerce une liberté qui lui est propre et qui est étrangère à ses prérogatives. Au contraire, c'est lorsqu'il commet des actes de concurrence déloyale en utilisant l'information donnée dans l'exercice de la vie sociale qu'il pourrait commettre une faute personnelle.

Un auteur considère que le devoir de loyauté de l'associé envers la société, à l'instar du devoir de loyauté du dirigeant, pourrait constituer un fondement pertinent et rendre fautives les décisions suivantes : « *rémunération excessive octroyée à un dirigeant dans une période difficile pour la société, distribution exceptionnelle de dividendes dans une période de forte baisse d'activité, l'approbation de comptes inexacts en connaissance de cause sont autant de faits qui trahissent un comportement déloyal à l'égard des associés et de l'être moral*[849]. »

---

[845] Note sous Cass. com., 12 mai 2004, Beley c/ SA Former, L. Godon, Revue des sociétés 2005, 140 ; T. Favario, « Dirigeant social : un devoir de loyauté décidément conquérant », *D.*, 2013, 288.
[846] H. Le Nabasque, « Rôle et place des mécanismes fondamentaux du droit civil en droit des affaires », *RTD com.*, 1999, 273.
[847] L. Godon, « Devoir de loyauté du dirigeant social envers les associés : et maintenant la question de la preuve de la déloyauté », *Rev. Sociétés*, 2007, 519.
[848] Com., 24 févr. 1998, nº 96-12.638, D. 1999. 100, obs. Y. Picod ; Rev. sociétés 1998. 546, note M.-L. Coquelet ; RTD com. 1998. 612, obs. C. Champaud et D. Danet ; JCP 1998 éd. E. Pan. 637.
[849] S. Vicente, « Quelles responsabilités pour les dirigeants et les associés ? », *Cahiers de droit de l'entreprise*, nº 2, mars 2013, dossier 12.

C1 - Internal use

Cette obligation de loyauté conduirait à sanctionner un associé qui utilise ses prérogatives sociales dans son unique intérêt, au détriment d'autrui, dans un contexte de conflit d'intérêts avec ses partenaires ou la société.

b) La faute détachable des prérogatives de l'associé

En principe, l'écran de la personnalité morale de la société permet d'éviter la mise en cause de l'associé pour des actes réalisés par la société[850]. Toutefois, la Cour de cassation a reconnu la possibilité de retenir la responsabilité civile délictuelle d'un associé lorsque celui-ci commettait une « *faute intentionnelle d'une particulière gravité, incompatible avec l'exercice normal des prérogatives attachées à la qualité d'associé, de nature à engager sa responsabilité personnelle envers le tiers cocontractant de la société*[851] ». Cette formule rappelle la définition de la faute détachable qui permet au tiers d'engager la responsabilité du dirigeant[852].

La Cour de cassation confirma quelques mois plus tard la possibilité de reconnaître une faute personnelle des associés « *de nature à engager leur responsabilité personnelle en leur qualité de gérant ou d'associés de cette société*[853] ». Faut-il désormais comprendre que la source de la responsabilité de l'associé provient nécessairement d'une faute détachable des fonctions ? Il ne serait, dans cette hypothèse, plus nécessaire de recourir à la notion d'abus dans la révocation du dirigeant ou de concurrence déloyale de l'associé vis-à-vis de la société.

Un auteur considérait dès 2001 que l'associé peut commettre une faute détachable des fonctions lorsqu'il révoque un dirigeant dans la mesure où « *l'associé prend en effet, comme le dirigeant,*

---

[850] En ce sens, Cass. com. 4 février 2014, nº 13-13386 : « *Mais attendu que toute faute commise par le gérant d'une société en participation, laquelle est dépourvue de personnalité juridique, constitue une faute personnelle de nature à engager sa responsabilité à l'égard des tiers, peu important qu'elle soit ou non détachable de l'exercice du mandat qui a pu lui être donné par les autres associés.* » La théorie de la faute détachable des fonctions n'est pas applicable au gérant d'une société en participation en raison de l'absence de personnalité juridique de la société. Ainsi toutes les fautes commises par le dirigeant d'une société en participation sont susceptibles d'engager sa responsabilité à l'égard des tiers, peu important qu'elles ne soient pas détachables de ses fonctions.

[851] Cass. com., 18 févr. 2014, nº 12-29752, ITM c/ Sté Macris et M. X, PB, note M. Caffin-Moi, « Une nouvelle application de la faute détachable : celle de l'associé », *LEDC*, avril 2014, nº EDCO-114065-11404, 7 ; D. 2014. 764, note T. Favario ; JCP E 2014. 1160, note B. Dondero ; Gaz. Pal. 17 avril 2014, nº 174f1, note N. Blanc.

[852] Cass. com., 20 mai 2003, nº 99-17092, Bull. civ. IV, nº 84 : « *une faute intentionnelle d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales* »; BJS juill. 2003, 786, nº 167, note H. Le Nabasque ; Rev. sociétés 2003, 479, note J.-F. Barbieri, note B. Dondero ; AJ 1502, obs. A. Lienhard ; RTD com. 2003, 523, obs. J.-P. Chazal et Y. Reinhard, et 741, obs. C. Champaud et D. Danet ; RTD civ. 2003, 509, obs. P. Jourdain.

[853] Cass. com., 11 mars 2014, nº 12-35.107 (F-D), Sté Fonderie française de chauffage (FFC) c/ Nicolas, Rev. sociétés 2014. 491, note B. Dondero.

C1 - Internal use

des décisions pour le compte de la société, pouvant causer un préjudice aux tiers. Il en est ainsi de la décision de révocation des dirigeants – assimilables à des tiers de ce point de vue[854] ». Ou faut-il considérer que cette faute largement inspirée de la faute détachable des fonctions sociales du dirigeant ne peut être invoquée que par les tiers ? Ainsi, dans le cadre d'une procédure collective, le mandataire judiciaire ou le liquidateur pourrait rechercher la responsabilité de l'associé pour défendre l'intérêt collectif des créanciers [855].

Cette dernière interprétation semble la plus pertinente dans la mesure où la Cour de cassation exige une faute personnelle de l'associé dans l'exercice de ses prérogatives sociales pour retenir sa responsabilité et dans l'ordre externe une faute détachable des fonctions. En effet, dans un arrêt rendu en 2015, la Haute Juridiction fait référence à la faute personnelle de l'associé, en matière de mise en jeu de la responsabilité pour le préjudice causé dans le cadre d'une exclusion illicite d'un co-associé[856]. Cet arrêt, qui ne fait pas référence à la faute détachable des fonctions, incite à penser que l'écran de la personne morale peut être plus ou moins perméable selon le demandeur : vis-à-vis des tiers, pour percer le voile social, l'associé doit commettre une faute d'une particulière gravité ; vis-à-vis des co-associés, de la société ou du dirigeant, une faute suffisamment grave doit être commise mais pas nécessairement détachable des prérogatives sociales, dans la mesure où la loyauté attendue de l'associé dans ses rapports sociaux implique d'être moins exigeant dans la caractérisation de la faute[857]. Cette nouvelle source de responsabilité a toutefois été critiquée par certains auteurs qui considèrent qu'elle contrevient à l'opacité attendue de la personne morale. Il aurait été dans ce cadre préférable de condamner exclusivement la société et d'offrir à cette dernière un recours contre l'associé fautif, « *exerçant une forme originale d'action* ut singuli*, dirigée non pas contre un dirigeant mais contre l'un des leurs, sur le fondement d'un type nouveau d'abus du droit de vote*[858] ». Mais telle n'est pas la position adoptée par la Cour de cassation.

---

[854]B. Dondero, « La responsabilité des associés d'une SARL en raison des fautes commises lors de la révocation du gérant », *Rev. Sociétés*, 2001, 818.
[855] T. Favario, « Consécration de la "faute séparable" de la qualité d'associé », *D.*, 2014, 764.
[856] Cass. com., 3 mars 2015, nº 13-24.740 (F-D), M. c/ H, note V. Thomas, Rev. sociétés 2015. 739.
[857] En ce sens, B. Fages, « Consécration de la faute séparable de l'associé », *BJS*, juin 2014, nº 111z5, 382.
[858] M. Caffin-Moi, « Une nouvelle application de la faute détachable : celle de l'associé », *LEDC*, avril 2014, nº EDCO-114065-11404, 7.

C1 - Internal use

Il convient donc de distinguer la faute de l'associé dans l'exercice de ses prérogatives sociales commise à l'encontre de la société et des associés, de la faute commise à l'encontre des tiers qui suppose de caractériser une faute détachable des fonctions.

B/ La reconnaissance difficile de la faute personnelle de l'associé

Au-delà de l'hypothèse que nous espérons exceptionnelle où l'associé, disposant d'un pouvoir de blocage du plan de continuation de la société, l'utilise dans le but de nuire à autrui, il s'agit de vérifier qu'il n'est pas soumis à un simple devoir de « *coopération volontaire au redressement de la société* » ; il pourrait ainsi engager sa responsabilité vis-à-vis de la société ou des créanciers sociaux dans le cadre d'une caducité ou d'une résiliation du plan de continuation de la société.

1. *La responsabilité de l'associé dans les rapports sociaux*

133. Application en procédure collective – Le développement de la jurisprudence en matière de faute personnelle de l'associé pourrait être la manifestation du passage du principe de coopération volontaire au redressement de la société au devoir de l'actionnaire de ne pas faire obstruction au redressement de la société. En effet, il est possible de reconnaître une faute personnelle de l'associé dans l'exercice de ses prérogatives d'associé lorsqu'une décision sociale conduit à causer un dommage à autrui.

Dans ses rapports sociaux, c'est-à-dire avec la société, les dirigeants ou les co-associés, l'associé est soumis à une obligation de loyauté qui suppose qu'il n'utilise pas ses prérogatives sociales dans un but totalement étranger. La difficulté sera de déterminer jusqu'où cette obligation de loyauté doit guider son comportement. Nous savons que cette obligation ne le conduit pas à soutenir la société en difficulté. *A contrario*, elle suppose qu'*a minima* l'associé n'utilise pas ses prérogatives dans le but de nuire aux dirigeants, aux co-associés ou à la société. L'application de cette jurisprudence sera très marginale, car subordonnée à la preuve d'une intention de nuire. Entre ces deux extrêmes, existe-t-il, en application de l'obligation de loyauté, une obligation de coopération au succès du redressement de la société ?

134. Vis-à-vis des dirigeants, il sera exceptionnel que ceux-ci puissent connaître d'un préjudice personnel résultant de la non-adoption du plan de continuation qu'ils ont, dans

C1 - Internal use

l'exercice de ses fonctions, contribué à concevoir avec les organes de la procédure[859]. Ils peuvent toutefois en raison de la liquidation de la société, par suite de la non-adoption ou à la résolution du plan de continuation, perdre leur mandat social. Néanmoins, le lien de causalité entre l'obstruction de l'associé et la liquidation de la société peut être très indirect puisque la société était en tout état de cause en difficulté ; les dirigeants auraient dès lors seulement perdu une chance de préserver leur mandat social.

135. Concernant les autres associés et la société, ils pourraient subir un préjudice propre lorsque l'un d'entre eux s'est engagé personnellement à contribuer au redressement de la société. L'opposition injustifiée empêchant l'adoption du plan de redressement dans le seul but de nuire à cet associé ou dans le seul but de favoriser ses intérêts personnels, en tant par exemple que concurrent de la société, pourrait conduire à un exercice fautif des prérogatives sociales. Au-delà de ces hypothèses exceptionnelles, l'associé a-t-il une obligation de cohérence ? Peut-il exclure la dissolution de la société dont les capitaux propres sont inférieurs à la moitié du capital social et s'opposer à la recapitalisation de la société par un tiers ? Peut-il s'opposer à une mesure indispensable au redressement de la société alors que celle-ci a sollicité l'aide du tribunal de commerce et a demandé des sacrifices à toutes ses parties prenantes ?

Il semble difficile d'extrapoler une faute personnelle de l'associé dans ces situations, la jurisprudence n'ayant pas clairement consacré un devoir de cohérence et de loyauté de l'associé dans l'exercice de ses prérogatives sociales.

2. *La responsabilité de l'associé dans les rapports avec les tiers*

Le refus d'autoriser une augmentation de capital dans le cadre d'un plan de continuation adopté par le tribunal peut-il constituer une faute détachable des fonctions d'associé ? Il faut vérifier si les conditions sont remplies. En effet, si cette jurisprudence est construite sur le modèle de la faute détachable des fonctions du dirigeant, alors la Cour de cassation impose une certaine rigueur en exigeant une appréciation cumulative des critères de la faute[860]. Un auteur considère que la faute doit satisfaire cumulativement trois tests : « *Elle doit être d'une particulière gravité (test de l'échelle), avoir été intentionnelle (test de l'intention) et être incompatible avec*

[859] Sauf à envisager l'hypothèse où le dirigeant est caution des engagements de la société débitrice.
[860] Cass. com., 23 novembre 2010, n° 09-15.339 : les négligences commises par un dirigeant ayant permis de faciliter la commission d'un détournement d'actifs ne suffit pas à caractériser une faute détachable des fonctions.

C1 - Internal use

l'exercice normal – non pas des fonctions sociales, car, à proprement parler, l'associé n'en a pas – mais des prérogatives attachées à la qualité d'associé (test de normalité)[861]. »

136. « **Une faute intentionnelle** » - il faut pouvoir caractériser une faute personnelle de l'associé. La difficulté peut être, notamment dans les sociétés au capital dispersé, d'identifier les actionnaires qui se sont intentionnellement opposés. Peut-on considérer qu'un associé commettrait une faute intentionnelle s'il ne détient pas de majorité ou de minorité de blocage ? Doit-on considérer que l'associé qui s'est opposé à la délibération sociale litigieuse a nécessairement commis une faute intentionnelle ? Qu'en est-il des associés qui se sont abstenus et qui sont considérés comme ayant voté contre la résolution ? La preuve d'une faute intentionnelle suppose que l'associé ait expressément exprimé son opposition à la délibération sociale en exposant sa motivation. La preuve de cet élément subjectif implique en effet de connaître la cause de son opposition. Bien souvent, il a exprimé en amont son opposition au plan de continuation, notamment en cherchant à en négocier les modalités. Il ne semble pas envisageable d'imputer une faute détachable des fonctions à la masse des associés silencieux qui auraient voté contre le plan en s'abstenant. Qu'en est-il des associés qui ont suivi les recommandations de vote d'autres associés ou d'une agence de conseil en vote ? Il est en effet possible de donner mandat à une agence de conseil en vote qui va voter au nom et pour le compte de l'associé. Ce mandat peut être donné sur la base de la politique de vote de l'agence de conseil en vote. Est-il dans ce cas possible d'imputer une faute personnelle à l'associé ? Dans cette situation, il revient à ce dernier de rester vigilant dans l'exercice du mandat donné : les consignes de vote des *proxy advisors* sont rendues publiques ou sont envoyées à l'associé concerné, qui doit donc s'interroger sur leur pertinence. La passivité et l'absence de révocation du mandat pourraient dès lors être considérées comme une approbation des consignes de vote.

137. Une faute « **d'une particulière gravité** » - l'échec du plan de continuation inhérent au rejet de l'augmentation de capital peut revêtir une telle gravité.

Une faute « **incompatible avec l'exercice normal des prérogatives attachées à la qualité d'associé** ». En principe, on pourrait concevoir que voter et refuser d'être dilué au titre du droit de participer et de demeurer dans la société constitue un exercice normal des fonctions. Concernant l'appréciation de la faute détachable des fonctions de dirigeant, nous notons que la jurisprudence a abandonné tout critère organique (exemple : Cass. com., 10 février 2009). On

[861] B. Fages, « Consécration de la faute séparable de l'associé », *BJS*, juin 2014, n° 111z5, 382.

C1 - Internal use

pourrait donc considérer qu'un associé peut commettre une faute dans l'exercice de ses droits sociaux. Un auteur cite comme exemple de décision sociale pouvant être source de responsabilité « *le partenaire imputant à l'associé la rupture d'un contrat commercial, le créancier non payé par suite d'une insuffisance de capitaux propres ou du refus de procéder à une augmentation de capital, ou encore le salarié mécontent de telle ou telle décision votée en assemblée générale*[862] ».

La principale difficulté réside dans la définition d'un exercice normal des prérogatives sociales. En effet, le comportement standard du « bon associé » n'a jamais été établi dans la mesure où il existe de nombreux profils d'associé. Cette grande diversité empêche d'établir une ligne de conduite unique attendue de chaque associé. D'autant qu'il n'existe aucune obligation de recapitaliser une société en difficulté. Existe-t-il une appréciation différente de l'exercice normal des prérogatives de l'associé lorsque la société a demandé à se placer sous la tutelle du tribunal dans le cadre d'une procédure collective ? En effet, lorsque la société est *in bonis*, il peut être légitime pour l'associé de s'opposer à sa dilution ou de négocier des modalités plus intéressantes pour les associés historiques de l'augmentation de capital (une prime d'émission plus importante, par exemple). Ce comportement devient-il anormal lorsque la société demande des sacrifices importants à ses partenaires et cherche une solution pour éviter sa liquidation judiciaire ? Pour certains auteurs, la notion d'*affectio societatis* peut être considérée comme un standard, une norme de comportement à partir duquel il est possible d'apprécier la normalité des actions de l'associé[863]. Toutefois, ce standard est indéfini, protéiforme et ne permet pas d'apprécier objectivement si l'associé n'est pas sorti de l'exercice de ses prérogatives sociales.

Lorsque nous analysons la jurisprudence relative à la faute détachable des fonctions sociales du dirigeant, on remarque que la Haute Juridiction a considéré que le dirigeant pouvait commettre une faute détachable des fonctions lorsqu'il omet de procéder à une déclaration de créance, en vue d'avantager l'une des sociétés au détriment de l'autre[864]. Ainsi une faute détachable des

---

[862] B. Fages, « Consécration de la faute séparable de l'associé », *BJS*, juin 2014, n° 111z5, 382.
[863] A. Brès, « L'obligation de non-concurrence de plein droit de l'associé », *RTD com.*, 2011, 463.
[864] Cass. com., 27 mai 2014, F-P+B, n° 12-28.657 : *« Qu'engage sa responsabilité à ce titre le gérant qui commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal de ses fonctions ; qu'ayant retenu que M. X..., en s'abstenant de mentionner la créance de la société PAAM logistique sur la liste des dettes de la société PAAM investissements remise au mandataire judiciaire de celle-ci et en ne la déclarant pas, avait sciemment voulu avantager la société mère au détriment de la filiale et de ses créanciers, les privant de la possibilité d'obtenir un règlement dans le cadre du plan de redressement*. »

C1 - Internal use

fonctions pourrait être établie lorsque l'associé agit au détriment de la société pour favoriser ses intérêts propres.

La jurisprudence demeure exigeante pour caractériser une faute détachable des fonctions, dans la mesure où elle a considéré que le dirigeant d'une société anonyme qui donne une garantie sans l'autorisation du conseil d'administration, ce qui la rend inopposable, ne commet pas une faute détachable des fonctions. Par conséquent, même les limites légalement instituées par la loi ne sont pas pertinentes pour apprécier une faute détachable des fonctions sociales[865].

L'action en responsabilité ne peut constituer un rempart efficient dans le cadre d'une procédure collective. Cette voie de recours suppose par ailleurs des délais de procédure incompatibles avec l'urgence qui guide la procédure collective. Cette action n'est pas pour autant un acte comminatoire dissuasif, faute de principe général de responsabilité de l'associé du fait d'une décision sociale préjudiciable aux tiers. La mise en jeu de la responsabilité de l'associé dans le contexte particulier soulevé dans le cadre de cette étude semble donc très difficile à établir.

L'application cumulative du droit des sociétés et du droit des procédures collectives, sans tentative de synchronisation des objectifs poursuivis, conduit à des situations insatisfaisantes dans la mesure où il n'est pas possible de maintenir les droits extrapatrimoniaux de l'associé tout en respectant sa nature particulière de créancier de dernier rang. Le droit des sociétés aurait pu offrir les remèdes aux maux qu'il génère, mais les concepts d'abus du droit de vote ou de responsabilité de l'associé ne sont pas appropriés à la situation décriée et ne correspondent pas au rythme de la procédure collective, dont le maintien est synonyme de destruction de valeur.

Le droit des sociétés et le droit des procédures collectives doivent donc être réconciliés. L'outil le plus pertinent semble être le concept de contribution aux pertes, propre au droit des sociétés, qui va permettre de replacer l'associé dans sa position de créancier de dernier rang et ainsi assurer la compatibilité de ses droits extrapatrimoniaux avec la nature hypochirographaire de sa créance.

---

[865] J.-F. Barbieri, « Responsabilité de la personne morale ou responsabilité de ses dirigeants – la responsabilité personnelle à la dérive », *in Mélanges en l'honneur d'Yves Guyon, Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, 53, nº 20.

C1 - Internal use

DEUXIEME PARTIE :
LA CONTRIBUTION AUX PERTES, OUTIL DE RÉCONCILIATION DU DROIT DES SOCIÉTÉS ET DES PROCÉDURES COLLECTIVES

Le traitement de l'associé d'une société en difficulté ne résiste pas au test de cohérence entre le droit des procédures collectives qui aménage les droits pécuniaires de l'associé en sa qualité de créancier de dernier rang, et le droit des sociétés qui maintient ses droits extra-patrimoniaux. Le problème vient du fait que le maintien des droits extra-patrimoniaux de l'associé conduit à contrevenir à sa qualité de créancier hypochirographaire. Néanmoins, le dernier rang de la créance de l'associé est issu du droit des sociétés et de l'engagement premier de l'associé de contribuer aux pertes. Il semble donc nécessaire de revenir sur cette notion de contribution aux pertes pour justifier un éventuel aménagement aux droits extra-patrimoniaux et conduire, le cas échéant, à l'éviction de l'associé (**Titre I**).

À partir de cette notion pivot de contribution aux pertes, il sera possible de distinguer l'éviction de l'associé de sa véritable exclusion. Ces nouveaux outils consacrés selon une cohérence retrouvée permettront de dynamiser les plans de continuation reposant sur la reprise interne de la société (**Titre II**).

C1 - Internal use

TITRE I :
LA CONTRIBUTION AUX PERTES À L'ORIGINE DE L'ÉVICTION DE L'ASSOCIÉ

Il importe de trouver la ligne de démarcation entre le maintien pur et simple des droits des associés qui conservent le pouvoir de contrôler les affaires sociales et la perte de ce monopole lorsque la société subit des difficultés de nature à solliciter un aménagement de ses engagements contractuels. À ce titre, la contribution aux pertes peut jouer ce rôle pivot pour déterminer le moment où l'associé doit participer à l'effort de restructuration (**Chapitre 1**).

Ce raisonnement renouvelé autour de l'engagement de l'associé de contribuer aux pertes invite toutefois à revisiter le principe de hiérarchie entre les créanciers afin de faire respecter l'ordre des priorités, en passant d'une logique de comités des créanciers à celle de classes des créanciers où l'associé pourrait pleinement jouer son rôle de créancier de dernier rang (**Chapitre 2**).

C1 - Internal use

CHAPITRE 1 :

LA CONTRIBUTION AUX PERTES, UNE NOTION PIVOT

La cohabitation du droit des procédures collectives et du droit des sociétés peut conduire à des situations où la préservation du droit de vote de l'associé peut contredire les droits que celui-ci pourrait revendiquer en sa qualité de créancier de dernier rang. L'incompatibilité ne semble toutefois pas insurmontable ; les droits de créance de dernier rang de l'associé prennent leur source dans le contrat de société au titre de son engagement premier à contribuer aux pertes. C'est pourquoi il est essentiel de revenir sur la notion de contribution aux pertes (**Section I**). En effet, il est impératif de distinguer la notion de pertes sociales, qui implique la « *diminution définitive, totale ou partielle, des sommes affectées par les associés au capital social*[866] », de celle de dettes sociales, qui relève du rapport juridique entre la société et ses créanciers. Le lien entre ces notions va pouvoir se faire lorsque les dettes sociales atteignent un niveau tel qu'à force d'être imputées sur les réserves de la société, elles ont entamé le capital social, qui est la retranscription comptable de l'obligation pour la société de restituer aux associés leurs apports[867]. Un auteur[868] explique ainsi que « *la société est en perte lorsque, déduction faite des dettes, des frais, des diminutions ou détériorations qui sont à la charge de la société, les valeurs sociales, au moment de la liquidation, sont au-dessous de ce qu'était l'actif quand la société a été constituée. La différence en moins constitue la perte que les associés ont subie et dont chacun d'eux doit supporter une part* ». Les deux notions n'ont pas à être confondues, mais elles sont néanmoins particulièrement liées. M. Goré distingue ainsi l'endettement interne et l'endettement externe. Toutefois cette distinction tend à s'estomper lorsque la survie de la société est en jeu : celle-ci doit alors adapter son « endettement interne » pour être en adéquation avec sa situation réelle, ou son « endettement externe » afin de rétablir les conditions de son refinancement. Pour un auteur, « *l'actionnaire est moins vu comme une partie au contrat de société que comme un simple apporteur de capitaux. La disparition de la valeur des capitaux qu'il a apportés justifie, le cas échéant, qu'il soit exclu. Pour autant, l'exclusion ne saurait*

---

[866] Note sous Cass. com., 27 sept. 2016, n° 15-13.348, P+B : JurisData n° 2016-019549, JCP E, n° 47, 24 novembre 2016, 1621, C. Barrillon.
[867] Sauf en ce qui concerne l'apport en industrie qui est un apport non capitalistique.
[868] P. Pont, *Explication du Code Napoléon, Commentaire-Traité des sociétés civiles et commerciales*, *op.cit.*., 300, n° 428, cité par C. Barrillon (note Cass. com., 27 sept. 2016, supra).

C1 - Internal use

intervenir dans le cadre du coup d'accordéon que si la survie de la société est en jeu[869] ». Il pourrait être objecté que la contribution aux pertes sociales est relative aux rapports entre les associés et la société ou entre les associés entre eux. Le principe de hiérarchie des créanciers sociaux, propre au droit des procédures collectives, est donc totalement étranger et n'a pas à interférer dans les modalités de la contribution aux pertes. Les créanciers sociaux n'ont certes pas les moyens d'opposer aux associés leur obligation de contribuer aux pertes. Toutefois, comme c'est par l'exercice de leur droit de vote que les associés parviennent à contourner les engagements pris en leur qualité de créanciers de dernier rang, il est possible d'invoquer la notion de contribution aux pertes pour concilier le droit des sociétés et le droit des procédures collectives, deux branches du droit qui ont vocation à cohabiter lorsqu'il s'agit du traitement des difficultés de la société. Lorsqu'il est requis que chaque créancier fasse des sacrifices pour contribuer au maintien de l'emploi et à l'apurement du passif, l'associé en sa qualité de créancier doit être mobilisé. D'autant plus qu'il est un créancier de dernier rang qui s'est engagé à contribuer aux pertes sociales avant tous les autres créanciers sociaux. Ainsi, il serait logique d'imaginer une procédure où dès lors que la société est en difficulté, que les pertes excèdent le montant du capital à tel point que les capitaux propres sont négatifs et qu'un plan de reprise interne est envisagé, les associés soient obligés de contribuer aux pertes (**Section II**).

SECTION I : LA CONTRIBUTION AUX PERTES Á L'ORIGINE DE LA QUALITÉ DE CRÉANCIER DE DERNIER RANG DE L'ASSOCIÉ

Il importe de revenir sur l'engagement pour chaque associé de contribuer aux pertes, en application du droit des sociétés (**§1**), afin de déterminer dans quelle mesure cette obligation peut venir au soutien des objectifs poursuivis par le droit des procédures collectives, à savoir le maintien de l'activité, de l'emploi et l'apurement du passif (**§2**).

[869] S. Sylvestre-Touvin, *Le coup d'accordéon ou les vicissitudes du capital*, th. Paris I, PUAM, 2003, préf. P. Le Cannu, n° 302.

C1 - Internal use

§1/ La contribution aux pertes, élément essentiel du contrat de société

Il importe de bien cerner les contours de la notion de contribution aux pertes incombant à chaque associé (**A**), car c'est à partir de cette obligation que l'associé tire sa qualité de créancier de dernier rang (**B**).

A/ La contribution aux pertes et l'assomption du risque de perte de la créance de remboursement de l'apport

La contribution aux pertes est un élément constitutif du contrat de société (**1**). Cet élément fondateur explique que cette obligation doit être assortie d'un certain nombre de prohibitions pour en assurer la pérennité et l'effectivité tout au long de la vie de la société (**2**).

1. La notion de contribution aux pertes

139. Origine – Initialement, l'article 1832 du Code civil ne mentionnait pas la contribution aux pertes. Toutefois, cette notion était sous-jacente à celle de participation aux bénéfices de la société[870]. Pour MM. les Professeurs Boffa et Duhamel, « *la fonction du propriétaire du capital est clairement identifiée : il est celui qui assume en dernière instance le risque d'échec lié à l'incertitude de l'entreprise*[871] ». Ils ajoutent que la théorie économique contemporaine considère

---

[870] Références citées par Coupet (*L'attribution du droit de vote dans les sociétés*, th. Paris II, LGDJ, 2015, préf. H. Synvet) : F. Kenderian, « La contribution aux pertes sociales », *Rev. Sociétés*, 2002, 617 ; également F.-X. Lucas, actualisé par M. Petot-Fontaine, « Théorie des bénéfices et des pertes – Bénéfices, économies, pertes », *J.-Cl. Sociétés Traités*, fasc. 15-10, 2008, n° 15. V. égal. R.-T. Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre du Code – Du contrat de société ou commentaire des titres IX et X du Code civil*, Ad. Wahlen et compagnie, 1803, n° 6.

[716] V. L.-G. Bouteville, Rapport fait au tribunat par le tribun Bouteville au nom de la section de législation, sur la loi relative au contrat de société, séance du 14 ventôse an XII, *in Recueil complet des discours prononcés lors de la présentation du Code civil par les divers orateurs du Conseil d'État et du Tribunat*, t. 1, *Discours*, Firmin Didot Frères, 1838, 651 : « *La société, dit l'article 1832, est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de partager les bénéfices. On peut observer qu'elles doivent aussi en supporter les pertes ; mais comme très certainement elles ont principalement en vue d'obtenir et de partager des bénéfices, il serait difficile de ne pas trouver la définition exacte* » ; J.-Cl.-M. Gillet, Discours prononcé au corps législatif par le tribun Gillet, orateur du tribunat, sur le titre IX, livre III du Code civil, séance du 17 ventôse an XII, *in* ouvr. préc., 656 : « *Jusqu'ici la définition avait été moins précise. Les écrivains en jurisprudence y avaient ajouté, parmi les objets de la société, la communication des pertes. Il a paru au tribunat que le projet proposé était plus exact, lorsqu'il considérait cette communication comme une simple condition du contrat, et non pas comme son but.* » V. égal. P. Le Cannu, « Monsieur de Saint-Janvier ou le dépouillement de l'article 1832 du Code civil », *Bull. Joly Sociétés*, 1er septembre 2012, n° 09, 672 ; J.-Cl. May, « Clause de contribution aux pertes », *Rev. Sociétés*, 2003, 691, spéc. n° 2.

[871] R. Boffa, J.-C. Duhamel, « La distinction associé/créancier à l'épreuve du risque. Analyse juridique appliquée au *private equity* », Université Lille 2, 25 juillet 2013, 17.

C1 - Internal use

que l'associé a un droit au bénéfice en contrepartie du service rendu : « *la fourniture de liquidité et l'assomption du risque* ». Or, plus le risque encouru est fort et plus la rémunération est élevée. Ainsi, en contrepartie du risque maximum pris par l'associé, celui-ci bénéficie d'un profit non plafonné en cas de succès. Le lien entre contribution aux pertes et partage des bénéfices est donc évident : la participation aux pertes est consubstantielle de la participation aux résultats[872]. Cet équilibre dans la participation éventuelle aux bénéfices et aux pertes permet de préserver l'assomption par l'associé des risques de perte de son apport qui est un des fondements du contrat de société[873]. La société permet aux associés de mutualiser les bénéfices mais également les pertes. À tel point que pour un auteur, en l'absence de participation aux pertes la vocation aux bénéfices des associés serait dépourvue de cause[874]. À ce titre, la contribution aux pertes est un élément de qualification du contrat de société et permet de détecter les sociétés créées de fait[875]. Un auteur ajoute que l'intérêt commun mentionné à l'article 1833 du Code civil est la cause de l'engagement des associés et explique dès lors la prohibition des clauses léonines : si un associé peut être privé de sa contribution aux pertes alors l'intérêt commun des associés ne peut être respecté[876]. Même si cet élément est consubstantiel de l'engagement de l'associé, il faut toutefois attendre la loi du 4 janvier 1978 pour que la référence à l'engagement des associés aux pertes soit expressément inscrit au dernier alinéa de l'article 1832.

140. Lien avec la qualité de créancier de dernier rang de l'associé – L'engagement de contribution aux pertes est à différencier de l'obligation aux pertes. En effet, comme le relève M. le Professeur Le Cannu, « *les associés ne s'engagent pas, ils sont tenus. S'ils le pouvaient, ils éviteraient ce genre de désagrément*[877] ». Un autre auteur ajoute qu'« *obligation il n'y a donc pas véritablement : les pertes sont purement et simplement supportées par la société, l'associé en subissant seulement le contrecoup en sa qualité de créancier de dernier rang*[878] ».

---

[872] *Ubi emolumentum, ibi onus.* Là où est l'émolument, là où est la charge.
[873] F. Kenderian, « La contribution aux pertes sociales », *Rev. Sociétés*, 2002, 619. Pour D. Danet (« La nature de la firme et la théorie des options : quel fondement juridique ? », *Revue Française de Gestion*, vol. 7, nº 3, 1992, 100), « *l'apport en capital répond à une fonction particulière qui est l'assomption du risque d'entreprise* ».
[874] J. Escarra, E. Escarra, J. Rault, *Traité théorique et pratique de droit commercial, Les sociétés commerciales*, t. 1, Sirey, 1950, nº 127, 149.
[875] Très tôt, et bien avant la loi de 1978, la chambre commerciale de la Cour de cassation considérait ceci : « *Il résulte de l'article 1832 du Code civil que la participation de chacune des parties aux bénéfices et aux pertes de l'exploitation commune est une condition essentielle de l'existence entre elles d'une société. Ne justifie pas légalement sa décision l'arrêt qui, pour faire droit à la demande en liquidation d'une prétendue société de fait [...] omet de s'expliquer sur le point de savoir si celui- ci (le prétendu associé) participait aux bénéfices et aux pertes de l'entreprise commune. »* Com. 19 mai 1954, Bull. civ. III, nº 189.
[876] T. Favario, « Regards civilistes sur le contrat de société », *Rev. Sociétés*, 2008, 53.
[877] P. Le Cannu, « Monsieur de Saint-Janvier ou le dépouillement de l'article 1832 du Code civil », *Bull. Joly Sociétés*, 1er septembre 2012, nº 09, 672.
[878] Cass. com., 5 mai 2009, nº 08-14.043, FS-D, Geissler c/ SCI Villevieille : JurisData nº 2009-048086, Droit des sociétés nº 10, octobre 2009, comm. 181, obs. R. Mortier.

C1 - Internal use

La notion de contribution renvoie, quant à elle, à « *la part que doit supporter chacun dans une charge incombant à plusieurs*[879] ». La contribution aux pertes est donc consubstantielle de la qualité de créanciers de dernier rang de tous les associés, lesquels ont mutualisé le risque de perte de leur créance de remboursement de leur apport si les créanciers de la société n'ont pas été désintéressés. Contrairement aux autres créances sociales, la créance de remboursement de l'apport semble être une obligation à terme suspensif et soumise cumulativement à une obligation conditionnelle et résolutoire. En effet, elle dépend, d'une part, d'un évènement certain (la liquidation de la société à son terme) qui en retarde l'exigibilité et, d'autre part, d'un évènement incertain (l'absence de contribution aux pertes, soit le désintéressement total des créanciers sociaux) qui en emporte la résolution à due proportion en cas de réalisation. S'il s'agissait d'une simple créance à terme, l'associé consentirait une opération de crédit. Or, en assortissant l'obligation de la société d'un évènement incertain, il consent à prendre le risque de perte de son apport ; ce risque constitue l'élément discriminant les titres de capital des titres de créance. Ce droit de créance explique le caractère aléatoire du contrat de société puisque « *les parties acceptent de faire dépendre les effets du contrat, quant aux avantages et aux pertes qui en résulteront, d'un événement incertain* ». Cet aléa est inhérent aux engagements contradictoires et éventuels de l'associé : participer tant aux résultats qu'aux pertes[880]. Au-delà du caractère simplement éventuel d'une de ces obligations, qui peut se réaliser ou non, la conjonction de ces deux obligations contradictoires rend aléatoire la participation de l'associé à l'aventure sociale. Ce qui explique le caractère atypique de cette créance qui n'a pas besoin d'être déclarée[881].

La contribution aux pertes est donc liée à la créance de remboursement d'apport puisqu'elle en constitue une des modalités. Toutefois, il serait réducteur de s'arrêter à cette analyse. La contribution aux pertes est une notion autonome qui existe en dehors de la question du sort de la créance de remboursement de l'apport de l'associé. En effet, d'une part, la créance de remboursement d'apport n'est pas systématiquement liée à la contribution aux pertes et peut être réalisée en cours de vie sociale : l'article L. 225-199 du Code de commerce prévoit cette

---

[879] G. Cornu (dir.),*Vocabulaire juridique,* Association Henri Capitant, PUF,14ème éd., 2022.

[880] « *Élément de hasard, d'incertitude, qui introduit dans l'économie d'une opération une chance de gain ou de perte pour les intéressés et qui est de l'essence de certains contrats.* » G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, *op.cit*.

[881] *A contrario* des créances conditionnelles (suspensives ou résolutoires) : Le Cannu, *op.cit*., nº 471 ; Le Corre, *op.cit*., nº 663.411. Même si les créances éventuelles sont censées être déclarées (CA. Paris, 3e ch. B. 20 juin 2003, RG nº 2002/13943, et dernièrement Cass. com., 9 oct. 2019, nº 18-18.818, F-D, JurisData nº 2019-017607 : « *Le caractère éventuel de la créance ne dispense pas le créancier de la déclarer*. »)

C1 - Internal use

possibilité pour les actions partiellement ou totalement amorties en cours de vie sociale qui perdent à due proportion le droit au remboursement de la valeur nominale. D'autre part, dans l'hypothèse d'une cession de droits sociaux, la Cour de cassation rappelle fréquemment l'obligation de maintenir une contribution aux pertes en soumettant l'associé au risque de dépréciation ou de disparition de ses titres sociaux, alors même que la société est étrangère à cette cession et n'a pas à restituer à l'associé le montant de son apport. La contribution aux pertes peut interférer sur la créance de restitution de l'apport mais les deux notions ne sont pas forcément liées. La contribution aux pertes est donc une notion autonome et continue dont le principe doit être respecté tout au long de la vie de la société. Le lien entre la créance de l'associé de récupération de son apport et son engagement de contribuer aux pertes s'explique par le fait que ces deux créances et dettes deviennent certaines au moment de la liquidation judiciaire et se compensent entre elles.

141. Contribution aux pertes et notion de créance subordonnée – Ce caractère autonome de la notion de contribution aux pertes explique que l'associé n'est pas un simple créancier super-subordonné. En effet, s'il est tenu de contribuer aux pertes, il prend le risque de perdre sa créance de remboursement de son apport et l'éventuel boni de liquidation. L'associé créancier de dernier rang se rapproche donc de la figure du créancier qui a accepté que le paiement de sa créance soit subordonné au désintéressement des autres créanciers sociaux. Toutefois, l'essence même de la qualité d'associé est l'assomption du risque de perte de capital et cet aléa constitue la distinction avec les autres valeurs mobilières ou les autres créances : la créance de l'associé est purement éventuelle[882] tandis que celle des autres créanciers, si elle peut être risquée, car dépendante de la liquidation de la société ou du désintéressement des autres créanciers, n'est jamais conçue comme étant éventuelle ; seules les circonstances rendront son remboursement éventuel. Ainsi, l'insuffisance des fonds propres ne conduit pas vis-à-vis des associés à un état de cessation des paiements, contrairement au non-remboursement de prêts participatifs ou subordonnés, puisque les associés ont accepté de prendre le risque de n'être jamais remboursés du montant de leur créance. Si l'associé dispose de droits de créance, il demeure toutefois soumis au risque de devoir contribuer aux pertes. Ce risque justifie la distinction entre associés et porteurs de titres super-subordonnés, lesquels demeurent des créanciers malgré le caractère

[882] En ce sens, un auteur note que « *l'inexécution par la société de ses engagements à l'égard de ses associés ne la constitue pas en principe en état de cessation des paiements* ». J.-J. Daigre, *Entreprise en difficulté : personnes morales et dirigeants – Ouverture du redressement judiciaire*, nº 134.

C1 - Internal use

hybride de leurs titres, car la société a pris l'engagement de les rembourser même si les modalités de paiement sont dégradées par rapport aux autres créanciers[883].

La notion de contribution aux pertes est donc consubstantielle de la qualité de créanciers de dernier rang de tous les associés qui ont mutualisé le risque de perte de leur créance de remboursement de leur apport si les créanciers de la société n'ont pas été désintéressés. Ainsi, au-delà du bon respect de cet engagement par les associés, il convient de s'assurer que par des dispositions spécifiques les associés ne parviennent pas à éluder leur engagement de contribuer aux pertes, remettant *de facto* en cause leur assomption du risque de perte de capital.

2. Les mesures de protection de l'engagement de contribuer aux pertes

La contribution aux pertes est consacrée comme un élément constitutif du contrat de société, essentiel en matière de requalification de ce contrat spécial. Au-delà de son caractère indispensable à la constitution du contrat de société, cette obligation présente de nombreux aspects permettant d'assurer son respect tout au long de la vie sociale.

142. La prohibition des clauses léonines – Pour Pothier, la contribution aux pertes « *est de l'essence du contrat de société*[884] ». Selon lui, « *si par le contrat d'une prétendue société il était convenu que le profit appartiendrait en entier à l'une des parties contractantes, sans que l'autre y pût prétendre de part en aucun cas, une telle convention ne serait pas un contrat de société, et elle serait nulle, comme manifestement injuste. Les jurisconsultes romains ont donné à cette espèce de convention le nom de société léonine, par allusion à la fable du lion, qui ayant fait une convention de société avec d'autres animaux pour aller à la chasse s'empara seul de toute la proie*[885] ». La prohibition des clauses léonines[886] vise donc à protéger l'intégrité du contrat de société, en réputant non écrite toute clause privant un associé de sa contribution aux pertes.

---

[883] D'ailleurs même pendant la procédure collective, le porteur va bien souvent conserver son droit au versement du taux d'intérêt : la procédure ne valant pas déchéance du terme, l'arrêt du cours des intérêts ne concerne pas les opérations de crédit et assimilées supérieures à un an.

[884] Dans le même sens, R.-T. Troplong, *Le droit civil expliqué selon les articles du Code, Du contrat de société civile ou commerciale*, t. 1, C. Hingray, 1843, n° 18 (cité par F. Kenderian, art. préc.) ; G. Ripert, R. Roblot, *Traité élémentaire de droit commercial*, 9e éd., t. 1, vol. 2, *Les sociétés commerciales*, par M. Germain, LGDJ, 1977, 508, n° 780.

[885] R.-J. Pothier, *Traité du contrat de société, Œuvres de Pothier*, Éd. Letellier, Garnery, Nicolle et Mde Dufresne, Paris, 1807, 8, n° 12.

[886] Ainsi que des clauses d'intérêts fixes.

C1 - Internal use

143. La contribution aux pertes, une obligation de ne pas faire – Au-delà de la prohibition des clauses léonines, la notion de contribution aux pertes comprend de nombreuses obligations de ne pas faire : « *ne pas percevoir de dividendes tant qu'il y a des pertes (comptables), ne pas reprendre son apport tant que les créanciers ne sont pas désintéressés, sauf dérogations légales*[887]. » Dans le même sens, il n'est pas possible pour une société de garantir l'apport fait par un associé[888] : cette situation serait incompatible avec le risque que doit prendre un associé, à savoir la perte de son apport si les créanciers n'ont pas été désintéressés.

La notion de contribution aux pertes explique pourquoi il n'existe pas de droit subjectif au retrait de l'associé, car cela reviendrait à rendre la société débitrice du rachat des titres sociaux sur demande de l'associé alors que ce dernier n'est censé récupérer son apport que lors de la liquidation de la société après désintéressement des créanciers sociaux[889]. Son droit de retrait n'est envisageable que sur habilitation légale ou dans les statuts[890]. En effet, si l'associé a la possibilité de réclamer le remboursement de son apport, il ne se comporte plus comme un apporteur de fonds propres de haut de bilan mais comme un créancier, prêteur de deniers de bas de bilan[891]. Il faut noter néanmoins la reconnaissance par le législateur[892] des actions de préférence rachetables à l'initiative de l'associé lorsque cela est prévu dans les statuts[893], même si, comme le note un auteur, le législateur est resté timide dans l'élaboration de ce régime : « *dotée d'une forte valeur symbolique, l'action rachetable semble encore nimbée d'un halo de mystère*[894]. »

De la même façon, **l'interdiction de convertir un titre de capital en titre de créance** se comprend dans la mesure où l'associé n'est pas supposé se dégager du risque social[895] ; un

---

[887] T. Massart, « Contrat de société », *Répertoire de droit des sociétés*, avril 2006 (actualisation : oct. 2016), n° 93.
[888] L'article L. 225-216, alinéa 1er du Code de commerce dispose qu'une société ne peut avancer des fonds, accorder des prêts ou consentir une sûreté en vue de la souscription ou de l'achat de ses propres actions.
[889] A. Couret, « L'apport en société entre permanence et précarité », *Bulletin Joly Sociétés*, n° thématique, 1er déc. 2009, 1199 : « *Nous demeurons donc dans un droit globalement hostile au droit de retrait et à la précarité de la condition d'associé.* »
[890] Issu de la prohibition des clauses de variabilité du capital.
[891] En ce sens, A. Reygrobellet, « Essai sur le concept juridique d'endettement des entreprises », *RTD com.*, 2001, 315.
[892] Loi n°2019-486 du 22 mai 2019.
[893] Rép. min. n° 00431 à M. Ph. Adnot : JO Sénat Q, 27 déc. 2007, 2371 : « *L'article L. 228-12 du code de commerce prévoit que les modalités de rachat ou de conversion des actions de préférence peuvent être fixées par les statuts. Lorsqu'elles ne sont pas prévues dans les statuts, seule l'assemblée générale extraordinaire est compétente pour décider de ce rachat.* » R. Mortier, « Réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés par actions : rachat d'actions et actions rachetables », *Rev. sociétés*, 2004, 639.
[894] A. Couret, « L'apport en société entre permanence et précarité », *Bulletin Joly Sociétés*, n° thématique, 1er déc. 2009, 1199.
[895] Article L. 228-91, alinéa 5, du Code de commerce.

C1 - Internal use

engagement de haut de bilan ne peut être transformé en engagement de bas de bilan, seul l'inverse est possible. Autrement dit, s'il est possible pour un créancier d'augmenter son risque en convertissant sa dette en capital, un associé ne peut réduire le risque maximal qu'il s'est engagé à prendre, sous peine de rendre inopérant son engagement initial.

Ces prohibitions ou ces engagements de ne pas faire ont vocation à demeurer pendant la procédure collective. Il convient maintenant de déterminer les modalités de la contribution aux pertes.

B/ Les modalités de contribution aux pertes

144. Hypothèses de manifestation de la participation aux pertes – Au-delà de son engagement exprès dans les statuts (clauses de participation aux pertes prévisionnelles) ou lors d'une délibération sociale, l'associé contribue aux pertes lorsqu'il ne peut récupérer totalement ou partiellement la valeur nominale de son apport (**1**). Pour un auteur, la contribution aux pertes s'entend de la perte par un associé « *du droit à restitution de la valeur sous-jacente à sa part*[896] ». Cependant la question de la dégradation de la valeur réelle des actions ou des parts sociales reste entière (**2**).

1. *La perte de la valeur nominale des titres*

L'assomption du risque de perte de la créance de remboursement d'apport est commune à tous les associés. Ce risque constitue même pour un auteur le critère d'attribution de la qualité d'associé[897]. Tous les associés, quelle que soit la forme de leur apport, sont soumis à l'engagement de contribuer aux pertes.

145. Attribution gratuite d'action et contribution aux pertes – La contribution aux pertes existe même lorsqu'il n'y a pas à strictement parler d'apport fait par l'associé. Celui-ci contribue tout de même au risque de dévaluation ou de disparition de la valeur de ses actions. Pour M. Coupet, « *quoi qu'il en soit – et même si l'on devait considérer que les actions sont*

[896] C. Barrillon, *Le critère de la qualité d'associé : étude en droit français des sociétés*, , nº 596.
[897] C. Barrillon, *op. cit.*, .

C1 - Internal use

attribuées sans aucune contrepartie –, il ne nous semble pas possible de nier que les bénéficiaires contribuent aux pertes : le risque de non-reprise, lors de la dissolution de la société, de la somme correspondant à la valeur nominale de leur titre, qui a été intégrée ab initio au capital social, auquel s'ajoute le risque de dévaluation des actions [898]». Le bénéficiaire continue, en effet, d'être engagé vis-à-vis de la société à prendre le risque de perdre la valeur nominale des actions au moment de son entrée au capital.

146. La notion de pertes – Il faut traditionnellement distinguer les pertes sociales des pertes comptables qui représentent un excès de charges par rapport au produit réalisé au cours d'un exercice, lequel a par principe une nature provisoire. Cette distinction fondamentale explique que l'associé n'est en principe pas tenu de contribuer aux pertes même si la société fait l'objet d'une procédure collective. Comme le note un auteur, « *l'hypothèse visée par l'article 1832 du Code civil n'est pas celle d'un "exercice en perte" mais d'une "société en perte"*[899] ». L'écran de la personne morale justifie la séparation entre les pertes de la société, constatées exercice après exercice, et les pertes auxquelles les associés se sont engagés à contribuer en perdant leur apport si les créanciers ne sont pas intégralement désintéressés.

Toutefois, définir ce que n'est pas une perte sociale laisse entière la question du champ d'application de la contribution aux pertes. En effet, la jurisprudence a étendu la notion de pertes sociales au manque à gagner pour un associé[900]. La Cour de cassation a assimilé les deux notions à propos d'un apport en industrie : l'absence de rémunération des apports équivaut à une perte selon les tribunaux[901]. Si l'associé ne bénéficie pas du gain ou de l'économie espérée, il contribue *de facto* aux pertes.

147. La contribution aux pertes, traduction de l'assomption du risque social – Pour un auteur, l'assujettissement au risque de contribuer aux pertes sociales est la caractéristique essentielle de la qualité d'associé et peut être érigé comme critère de qualification[902]. Néanmoins, il convient de ne pas faire d'amalgame entre contribution aux pertes et risque subi

---

[898] C. Coupet, *op. cit.*
[899] C. Barrillon, *Le critère de la qualité d'associé : étude en droit français des sociétés, op. cit.*, nº 584.
[900] R.-J. Pothier, *Traité du contrat de société, Œuvres de Pothier*, Éd. Letellier, Garnery, Nicolle et Mde Dufresne, Paris, 1807, 21.
[901] Cass. com., 31 janvier 1917 : Gaz Palais, 1916 et 1917, 886 ; Journ. Soc. 1918, 158 ; Rev. Soc. 1918, 1, 163. Cass. com., 6 décembre 1955. A. Pietrancosta, « Promesses d'achat de droits sociaux et clauses "léonines" : critique d'une sollicitation excessive et hasardeuse de l'article 1844-1 du Code civil », *RLDA*, 1/2006, nº 45, 67, spéc. nº 15.
[902] C. Barrillon, *Le critère de la qualité d'associé : étude en droit français des sociétés, op. cit.*, nº 818.

C1 - Internal use

par l'associé[903] : tous les risques encourus par celui-ci ne relèvent pas de la contribution aux pertes. Pour Mme la Professeur Caffin-Moi, la contribution aux pertes « *se résume à une forme de constatation de l'impossibilité pour l'associé de récupérer ce qu'il a investi dans la société, c'est-à-dire soit son apport, s'il est membre fondateur ou s'il est entré dans le capital à la faveur d'une augmentation de capital, soit la valeur nominale des droits sociaux au jour de leur acquisition (qui peut être différente du prix auquel il les a payés), s'il les a acquis en cours de vie sociale* »[904]. On remarque toutefois que la jurisprudence relative à la validité des promesses de cession est attachée à l'assomption du risque ; l'associé doit être exposé au risque de dépréciation de ses titres sociaux. Seuls les investisseurs professionnels dits bailleurs de fonds peuvent en être dispensés, car ils ont déjà consenti à prendre une autre forme de risque qui relève de l'économie générale de leur investissement.

2. La question de la dégradation de la valeur réelle des titres

La jurisprudence relative aux promesses de cession de titres révèle que la notion de perte ne se réduit pas au risque de perte de la créance de remboursement de l'apport de l'associé : elle comprend aussi le risque de dépréciation de la valeur vénale des titres sociaux en cours de vie sociale lorsque l'associé souhaite quitter la société – et pas seulement lors de la dissolution de la société. La jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation conduit à conclure que la réalisation d'une moins-value lors de la cession des droits sociaux est une modalité de la contribution aux pertes. En effet, la Haute Juridiction analyse les promesses de cession de droits sociaux à prix plancher à l'aune de la prohibition des clauses léonines lorsque le prix stipulé dans la promesse est au moins égal au prix de souscription des droits sociaux. Elle considère que la garantie d'être remboursé de son apport permet au bénéficiaire d'avoir l'assurance de ne pas avoir à contribuer aux pertes. Cependant la chambre commerciale de la Cour de cassation a atténué le principe de prohibition des promesses de cession de droits sociaux qui dominait depuis près d'un siècle[905] dans l'arrêt Bowater[906], par lequel les promesses

---

[903] M. Caffin-Moi, « Pour un cantonnement de l'exigence de contribution aux pertes », *in Mélanges en l'honneur de Ph. Merle*, Dalloz, décembre 2012, 108.
[904] M. Caffin-Moi, précité.
[905] Exemple : Cass. com., 10 févr. 1981 : Rev. sociétés 1982, 8, note Ph. Merle ; Cass. 1re civ., 7 avr. 1987 : RTD com. 1988, 66, obs. Champaud et P. Le Floch.
[906] Cass. com., 20 mai 1986, no 85-16.716, P, Sté Bowater corporation limited c/ du Vivier : JurisData no 1986-000981 ; Dr. sociétés 1986, comm. 78, obs. M. Germain ; Rev. sociétés 1986, 587, note D. Randoux ; JCP E 1986, I, 15846 , obs. A. Viandier et J.-J. Caussain ; RTD com. 1987, 205 , obs. Y. Reinhard ; RTD com. 1987, 66, obs. C. Champaud et P. Le Floch ; Bull. Joly Sociétés 1986, 618, § 169 ; Defrénois, 1987, 609 , note J. Honorat.

C1 - Internal use

qui ont « *pour objet […] d'assurer, moyennant un prix librement convenu la transmission de droits sociaux entre associés* » ne sont pas léonines. Néanmoins, au fil des arrêts qui ont suivi ce revirement, elle a distingué le sort de l'associé et celui du bailleur de fonds. Elle a en effet exigé que le premier demeure soumis au risque de dépréciation ou de disparition de la valeur de ses titres puisque l'option ne peut être levée « *qu'à l'expiration d'un certain délai et pendant un temps limité*[907] » – ainsi en « *dehors de cette période, il est soumis au risque de disparition ou de dépréciation des actions* » –, contrairement au second, le bailleur de fonds – « *qui n'est pas nécessairement associé* » selon M. le Professeur Couret[908] – pour qui la promesse n'est pas léonine, au nom de l'équilibre des conventions puisque sans cette promesse il n'aurait jamais investi dans la société[909]. De la même façon, lorsqu'il s'agit de promesses croisées d'achat et de cession consenties entre associés, pour échapper à la prohibition des clauses léonines, la Cour de cassation exige qu'elles soient libellées en des termes identiques afin qu'un des promettants demeure soumis au risque de dépréciation de ses titres.

De cette jurisprudence, il faut comprendre que la contribution s'exprime à deux occasions : d'une part, lors de la dissolution de la société, si les créanciers sociaux n'ont pas été entièrement satisfaits, l'associé va devoir compenser son obligation de contribuer aux pertes avec sa créance de remboursement de son apport ; d'autre part, lorsque l'associé quitte la société en cours de vie sociale, la contribution aux pertes sera liée à la réalisation d'une moins-value lors de la cession de ses titres sociaux, c'est-à-dire la différence négative entre la valeur de son apport ou du prix d'acquisition de ses titres et le prix de cession. La contribution aux pertes peut donc être anticipée par rapport à la liquidation de la société. Pour M. le Professeur Lucas, « *la contribution aux pertes peut aussi s'opérer en cours de vie sociale. Il en est ainsi lorsqu'un associé quitte la société soit en cédant ses droits sociaux, soit en mettant en œuvre un droit de retrait que la loi ou les statuts lui reconnaissent. La moins-value constatée sur les droits sociaux d'un associé constitue une modalité de sa contribution aux pertes*[910] ».

---

[907] Cass. com., 22 févr. 2005, nº 02-14.392 : JurisData nº 2005-027122 ; Dr. sociétés 2005, comm. 107, note F.-G. Trébulle ; Rev. sociétés 2005, 595, note H. Le Nabasque ; JCP E 2005, nº 24, 1029, note H. Hovasse.

[908] A. Couret, « Les devoirs de l'actionnaire et le droit des sociétés », *Gazette du Palais*, nº hors-série, 6 juin 2016, 19.

[909] Cass. com., 16 nov. 2004, nº 00-22.713, P+B, Belkhelfa c/ Rossler : JurisData nº 2004-025665 ; Dr. sociétés 2005, comm. 12 ; JCP E 2005, 131, nº 1 , obs. J.-J. Caussain, Fl. Deboissy et G. Wicker ; Bull. Joly Sociétés 2005, 270, note N. Matthey ; RTD com. 2005, 111, obs. Cl. Champaud, A. Danet ; RD bancaire et fin. 2005, comm. 29, obs. A. Couret ; Dr. et patrimoine 2005, 133, note D. Porrachia ; Rev. sociétés 2005, 593, note H. Le Nabasque. Cass. com., 3 mars 2009, nº 08-12.359, F-D, Hans c/ Société Fontanot Participations : JurisData nº 2009-047296 ; Droit des sociétés nº 6, juin 2009, comm. 110, obs. M. L. Coquelet.

[910] F.-X. Lucas, actualisé par M. Petot-Fontaine, « Théorie des bénéfices et des pertes – Bénéfices, économies, pertes », *J.-Cl. Sociétés Traités*, fasc. 15-10, 2008, nº 20.

C1 - Internal use

Cette obligation ne dépend pas exclusivement du remboursement de l'apport de l'associé, car la société n'est pas encore débitrice de cette obligation, les titres sociaux demeurant. Le cédant a transféré sa créance de remboursement de son apport à l'acquéreur et a contribué aux pertes lors de cette opération s'il réalise une moins-value. Certains auteurs ont critiqué cette jurisprudence en considérant que la notion de contribution aux pertes s'analyse intrinsèquement au regard des titres de capital et non au regard de la personne de l'associé[911]. Il importe peu que l'associé ait obtenu la garantie de récupérer son apport puisque c'est le cédant qui va prendre sa suite et qui prend le risque de devoir contribuer aux pertes. Une clause est léonine que si elle permet à un associé d'être exonéré de sa contribution aux pertes conduisant *de facto* les autres associés à augmenter leur part de contribution aux pertes. Or, cette hypothèse ne se retrouve pas dans le cadre d'une promesse à un prix plancher puisque la société et la communauté des associés trouveront toujours un associé de substitution qui s'engage à contribuer aux pertes au titre des droits sociaux acquis. Les promesses concernent donc les rapports entre cessionnaire et cédant et non ceux entretenus entre les associés et la société pour répartir l'engagement de contribuer aux pertes[912].

Il faut toutefois nuancer cette conclusion dans l'hypothèse où l'associé réalise une moins-value à la suite de l'exercice de son droit de retrait ou lors d'un rachat de ses actions par la société. En effet, dans de telles situations, il n'est pas possible de raisonner sur la base d'un associé de substitution qui va prendre la part de contribution aux pertes de l'associé primaire. La société est libérée de son obligation de restituer les apports de l'associé et en contrepartie elle devra rémunérer celui-ci à hauteur de la valeur réelle de ses titres. À cette occasion, l'associé n'a récupéré qu'une partie de son apport en réalisant une moins-value. Selon M. le Professeur Mortier, « *les rachats liés à une réduction de capital ont la nature juridique de remboursement d'apport*[913] ». La jurisprudence relative à la prohibition des clauses léonines faisant référence à l'obligation de contribuer aux pertes en dehors de toute hypothèse de liquidation, au moment de la réalisation d'une moins-value, doit donc être restreinte au cas où c'est la société qui prend un engagement de rachat ou de restitution de l'apport. Dans les autres cas, si l'associé parvient

---

911 V. A. Pietrancosta, *Le droit des sociétés sous l'effet des impératifs financiers et boursiers*, éd. Transactive, 2000, nº 381 ; note sous Cass. com., 19 oct. 1999 : JCP G 2000, II, 10250. Y. Guyon, note sous : Cass. com., 22 févr. 2005, Gontard c/ Papelier : JurisData nº 2005-027122, Droit des sociétés nº 6, juin 2005, comm. 107, J.-G. Trébulle.

912 Cass. com., 13 nov. 2003, Sté parfums Fabergé Direction des vérifications nationales et internationales, JurisData nº 2003-020997 : « *L'associé ne devient pas débiteur de sa contribution aux pertes sociales du seul fait de la cession de ses parts sociales.* » Droit des sociétés nº 2, février 2004, comm. 27, note J. Monnet.

913 R. Mortier, *Le rachat par la société de ses droits sociaux*, th. Paris I, Dalloz, 2003, préf. J.-J. Daigre, 285, nº 354. V. égal. R. Mortier, *Opérations sur capital social*, Litec, 2015, nº 653.

C1 - Internal use

à se soustraire à son engagement de contribuer aux pertes en trouvant un tiers prêt à le faire à sa place, il n'y a aucune raison de penser que cette promesse est de nature à remettre en cause l'équilibre qui a été trouvé avec les autres associés dans la mutualisation des bénéfices et des risques pris dans l'aventure sociale.

La contribution aux pertes serait donc une notion allant au-delà des rapports entre associés[914]. Si la chambre commerciale de la Cour de cassation tente par le truchement de la notion de bailleur de fonds, de fenêtre négative ou de promesses croisées libellées en des termes identiques d'atténuer le principe de prohibition des clauses léonines, il n'en demeure pas moins que son raisonnement repose sur le principe de la contribution aux pertes pour en développer par la suite des exceptions[915].

Dès lors que l'engagement de contribuer aux pertes peut être sollicitée en dehors de la période de liquidation de la société, il y a une incompatibilité entre le droit de demeurer associé et la qualité de créancier hypochirographaire de l'associé qui doit contribuer aux pertes et prendre le risque de perdre la valeur « sous-jacente » de ses actions. Si l'associé conserve sa qualité à la suite d'un plan de reprise interne par lequel les créanciers ont perdu tout ou partie de leurs droits, il conserve sa créance de restitution en violation de sa qualité de créancier hypochirographaire. Le droit de demeurer associé ne peut donc perdurer que s'il est compatible avec cette qualité de créancier hypochirographaire. Or, il importe d'établir à quel moment la contribution aux pertes doit être constatée afin de déterminer si cette obligation est opposable aux associés lors d'une procédure collective.

§2/ Le moment de la contribution aux pertes

À chaque fois que la créance de remboursement de l'apport est réduite, l'associé contribue aux pertes, que cela soit lors de la dissolution de la société (**A**) ou lors d'une réduction de capital social lorsque celui-ci est entamé (**B**).

---

[914] D'ailleurs si la contribution aux pertes est généralement considérée comme une notion régissant les rapports entre associés, cette notion d'ordre interne est forcément liée à l'importance des dettes sociales et à la suffisance des apports des associés, ce qui démontre que la contribution aux pertes va au-delà des rapports entre associés et n'est pas complètement décorrélée des rapports entretenus avec les tiers.

[915] M. Caffin-Moi, « Pour un cantonnement de l'exigence de contribution aux pertes », *in Mélanges en l'honneur de Ph. Merle*, Dalloz, décembre 2012, 108.

C1 - Internal use

A/ La dissolution, moment de prédilection de la contribution aux pertes

L'article 1832 prévoit l'engagement de contribuer aux pertes sans mentionner le moment d'exigibilité de cette obligation. Il est généralement admis que la dissolution en est le moment de prédilection dans la mesure où la contribution aux pertes est limitée dans certaines sociétés. Il convient donc d'attendre la dissolution de la société pour conclure définitivement à l'existence ou non de pertes sociales faisant perdre aux associés leur créance de restitution de leur apport par compensation.

148. La non-récupération de la valeur de l'apport lors de la dissolution de la société constitue une des modalités traditionnelles de la contribution aux pertes. Un auteur évoque une « *coutume* » de contribution différée à la liquidation de la société[916]. Elle se manifeste lors de la dissolution-liquidation de la société qui va rendre exigible l'obligation de contribuer aux pertes et la créance de restitution d'apport de l'associé[917]. Si au terme de la liquidation, les créanciers n'ont pas été intégralement désintéressés, l'associé verra son engagement de contribuer aux pertes se compenser avec sa créance de restitution d'apport, créance devenue certaine, liquide et exigible à ce stade. La Cour de cassation a en ce sens considéré que le liquidateur ne peut demander aux associés de contribuer aux pertes en cours de procédure « *sans rechercher si les statuts de la société prévoyaient une telle contribution annuelle aux pertes sociales alors que c'est seulement en cas de dissolution d'une société que celle-ci peut agir contre ses membres en paiement de ses pertes*[918] ».

149. Principe : contribution au moment de la dissolution – Pour M. le Professeur Lucas, *« la règle selon laquelle la contribution aux pertes n'intervient qu'au moment de la liquidation fait l'unanimité en doctrine*[919] ». Il s'agit de l'hypothèse la plus simple où la contribution aux pertes

---

[916] J.-F. Barbieri, « Articulation de l'intangibilité des engagements des associés avec leur devoir de contribuer aux pertes sociales », *Rev. Sociétés*, 2005, 176.

[917] Le même mécanisme existe pour les autres titres subordonnés, article L. 228-36 du Code de commerce : ces titres ne sont remboursables qu'en cas de liquidation de la société ou, à son initiative, à l'expiration d'un délai qui ne peut être inférieur à sept ans et dans les conditions prévues au contrat d'émission. Le remboursement des prêts participatifs interviendra alors « *après désintéressement complet de tous les autres créanciers privilégiés ou chirographaires à l'exclusion des propriétaires de titres participatifs* ». L'article L. 313-15 du Code monétaire et financier prévoit expressément le cas de la liquidation de prêt participatif. Selon cet article, « *en cas […] de liquidation judiciaire […], les prêts participatifs ne sont remboursés qu'après désintéressement complet de tous les autres créanciers privilégiés ou chirographaires* ».

[918] Cass. com., 29 octobre 2003, n° 00-17.538.

[919] F.-X. Lucas, actualisé par M. Petot-Fontaine, « Théorie des bénéfices et des pertes – Bénéfices, économies, pertes », J.-Cl. Sociétés Traités, fasc. 15-10, 2008, n° 69.

C1 - Internal use

peut être établie avec certitude. La jurisprudence a également considéré que la contribution aux pertes n'intervenait que lors de la liquidation[920]. Toutefois ce principe n'est consacré par aucun texte. Par ailleurs, il n'est pas d'ordre public puisqu'il est admis que des clauses statutaires peuvent prévoir une contribution anticipée aux pertes[921]. Certaines formes sociales comme les sociétés de construction-vente comprennent également une obligation de contribution aux pertes en cours de vie de la société.

Il s'agit essentiellement d'écarter une contribution à la clôture de chaque exercice comptable, lors de la constatation de pertes[922]. Pour M. le Professeur Lucas[923], le législateur l'a décidé ainsi en prévoyant à l'article L. 232-11 du Code de commerce que les pertes antérieures s'imputeront sur les bénéfices avant toute distribution. L'idée est qu'en tout premier lieu seule la société doit être mise à contribution en cas de pertes sociales. Il en résulte une absence de parallélisme entre la contribution aux pertes et la participation aux bénéfices. Un auteur note qu'« *à tout le moins, le désir d'écarter le partage des pertes en cours de la vie sociale paraît suffisamment établi lorsque les statuts prévoient que les pertes seront portées à un compte "pertes antérieures" inscrit au bilan pour être imputé sur les bénéfices des exercices ultérieurs. Il parait plus conforme à la réalité d'admettre que les associés ont entendu faire supporter le passif par la personne morale*[924] ». C'est seulement lorsque la société est arrivée à son terme que nous sommes en mesure de conclure qu'elle ne pourra pas faire face à son passif social. Un auteur ajoute que « *certains éléments d'actif ou de passif sont susceptibles de recéler des plus-values ou des moins-values latentes qui ne peuvent être estimées réellement que par la réalisation s'il*

---

[920] Cass. com., 3 mars 1975, nº 73-13721 : Bull. civ. IV, n° 68 ; BJS déc. 1975, nº 397, 665 ; Rev. sociétés 1975, 454, note D. Randoux ; Cass. Com., 13 nov. 2003, nº 01-14.062. Marcadé (*Explication du Code de Napoléon*, §10, tome VII, 300, nº 429) : « *Aujourd'hui en perte, le fonds social peut demain, à la suite d'une opération heureuse, se trouver notablement augmenté, il importe que les associés […] prennent les affaires sociales dans leur ensemble et ne les scindent pas. Le chiffre réel de la perte ou du gain, c'est celui que donne le résultat final des opérations consommées par la société pendant son existence plus ou moins protégée : c'est celui qui résulte de l'examen, non pas des affaires prises isolément et divisées en deux catégories selon qu'envisagées distinctement elles ont ou n'ont pas réussi, mais de toutes les affaires envisagées dans l'ensemble et de la compensation entre les pertes et les bénéfices partiels.* »

[921] Cass. com., 3 mars 1975, nº 73-13721 : Bull. civ. IV, nº 68 ; BJS déc. 1975, nº 397, 665 ; Rev. sociétés 1975, 454, note D. Randoux.

[922] Le tribunal de commerce de Vannes (T. com. Vannes, 27 avr. 1973 : Gaz. Pal. 1973, 2, 610) a considéré « *qu'il ne peut y avoir, du point de vue juridique, de véritables pertes sociales auxquelles un associé soit tenu de contribuer, que si le capital est réellement entamé, ce qui ne peut s'apprécier à l'occasion de chaque exercice annuel, mais seulement en cas de liquidation de la société. Il n'est pas possible de dégager une notion de perte sociale sur un seul exercice annuel s'il n'a pas été établi que le capital de la société a été entamé.* »

[923] F.-X. Lucas, actualisé par M. Petot-Fontaine, « Théorie des bénéfices et des pertes – Bénéfices, économies, pertes », *J.-Cl. Sociétés Traités*, fasc. 15-10, 2008, nº 70.

[924] S. Sylvestre-Touvin, *Le coup d'accordéon ou les vicissitudes du capital*, th. Paris I, PUAM, 2003, préf. P. Le Cannu, n ° 241.

C1 - Internal use

s'agit d'actif ou leur paiement s'il s'agit de passif[925] ». En réalité, comme le note un auteur, la contribution aux pertes existe tout au long de l'aventure sociale, la liquidation n'interférant que sur l'exigibilité de cette obligation[926] : « *Telle qu'elle est formulée, [elle] procède en fait d'une confusion entre l'exigibilité de l'obligation de contribution aux pertes pour l'associé et la notion même de pertes sociales* ». Il convient donc d'analyser les cas de contribution aux pertes en dehors des cas de liquidation de la société.

B/ La contribution aux pertes en cours de vie sociale

Le législateur, rejoint par la jurisprudence de la Cour de cassation, a reconnu qu'il est possible de figer les pertes de la société à un moment donné afin de constater une contribution anticipée aux pertes lorsque les associés ont écarté la dissolution et la liquidation de la société.

150. Les exceptions à la contribution au moment de la liquidation – La doctrine majoritaire a répondu à cette question en considérant que « *les pertes n'existent que lorsque les sommes affectées par les associés au capital social ont été définitivement entamées, il n'est possible de constater leur existence qu'au moment de la liquidation*[927] ». Ce principe doit néanmoins être nuancé face à la multiplication des hypothèses de contribution en cours de vie sociale. Au-delà de la construction prétorienne critiquable[928] de contribution aux pertes lors de la sortie de l'associé par la réalisation d'une moins-value si la valeur réelle des titres est inférieure à sa valeur nominale, l'associé va contribuer aux pertes lors de chaque réduction de capital motivée par les pertes – et *a fortiori* en cas de coup d'accordéon – puisqu'il voit sa créance de remboursement de la valeur de son apport réduite à due proportion.

En principe une perte sociale sera constatée lorsque l'actif de la société sera réalisé afin d'être en mesure d'observer son insuffisance pour faire face au passif[929]. Seul le reliquat de passif constituera une perte sociale à laquelle l'associé s'est engagé à contribuer par compensation

---

[925] P. Carcreff, « Sur la confusion de la notion d'obligation aux dettes sociales avec celle de contribution aux pertes », *Gaz. Pal.*, 1976, 1, 145, spéc. 146.
[926] C. Cyrille, *La vocation aux bénéfices et la contribution aux pertes de l'associé*, th. Bordeaux IV, 2009, dir. Fl. Deboissy, 180, nº 276.
[927] Note sous Cass. com., 27 sept. 2016, nº 15-13.348, P+B : JurisData nº 2016-019549, JCP E, nº 47, 24 novembre 2016, 1621, C. Barrillon.
[928] Voir précédemment.
[929] Un auteur note à ce propos qu'il s'ensuit que le poids des délais est, dans cette hypothèse, supporté par le créancier lui-même, puisqu'il devra attendre que soit connu le montant exact de la réalisation de l'actif. Note sous Cass. com., 27 sept. 2016, nº 15-13.348, P+B : JurisData nº 2016-019549, JCP E, nº 47, 24 novembre 2016, 1621, C. Barrillon.

C1 - Internal use

avec sa créance d'apport, en sa qualité de créancier de dernier rang. Les pertes sociales se distinguent donc de la perte constatée lors d'un exercice qui est imputée sur les réserves ou, à défaut, reportée sur les autres exercices (« report à nouveau ») en espérant que les résultats futurs de la société permettront d'apurer le compte report à nouveau débiteur. C'est en cela qu'il faut attendre soit la sortie d'un associé par rachat de ses titres, soit la dissolution de la société pour figer la situation et constater la réalisation définitive des pertes sociales[930]. Toutefois, si on raisonne par symétrie avec le partage des bénéfices, il est admis depuis 1867 que le partage peut avoir lieu en cours de vie sociale par la distribution de dividendes. Pour ce faire, l'appréciation de la situation de la société a été découpée par exercice.

151. La réduction de capital motivée par les pertes – Dans les sociétés civiles de construction-vente et de construction-attribution (CCH, art. L. 211-3, L. 212-3 ; CCH, art. L. 212-6), les sociétés anonymes (C. com., art. L. 225-248), les sociétés par actions simplifiées (C. com., art. L. 227-1), les sociétés en commandite par actions (C. com., art. L. 226-1) et les sociétés à responsabilité limitée (C. com., art. L. 223-42), le législateur a incité les associés à contribuer aux pertes en cours de vie sociale.

152. Des capitaux propres d'un montant inférieur à la moitié du capital social – Comme le note un auteur, « *l'idée de perte suppose un référentiel, elle n'existe pas en soi. Pour qu'existent des pertes, il est nécessaire que le capital social soit amoindri de manière définitive*[931] ». C'est pourquoi le législateur a posé une limite dans certaines sociétés lorsque les pertes comptables sont à un niveau tel que les capitaux propres de la société sont inférieurs à la moitié du capital social. Dans cette hypothèse, la société encourt la dissolution. Les actionnaires ou les associés d'une SARL sont invités à recapitaliser la société, ce qui passe bien souvent par une réduction du capital motivée par les pertes suivie d'une augmentation de capital. Cette réduction du capital peut être intégrale et conduire à l'éviction des actionnaires. La Cour de cassation a reconnu la légalité de l'opération si les capitaux propres sont bien inférieurs à la moitié du capital social.

Les articles L. 223-42 et L. 225-248 du Code de commerce disposent que les associés sont tenus de réduire le capital d'un montant au moins égal à celui des pertes qui n'ont pas pu être imputées sur les réserves. Lorsque les pertes comptables atteignent un niveau tel que les capitaux propres

---

[930] F.-X. Lucas, actualisé par M. Petot-Fontaine, « Théorie des bénéfices et des pertes – Bénéfices, économies, pertes », *J.-Cl. Sociétés Traités*, fasc. 15-10, 2008, n° 15.
[931] C. Barrillon, *Le critère de la qualité d'associé : étude en droit français des sociétés, op. cit.*, spéc. n° 586.

C1 - Internal use

sont inférieurs à la moitié du capital social, la survie de la société est en jeu et le législateur enjoint les actionnaires qui ont écarté la dissolution de la société à intervenir. La gravité de la situation implique que le législateur ait requis une contribution anticipée aux pertes. Pour un auteur, il est possible de réduire le capital social au-delà du montant des pertes, mais pour ce reliquat il faudra suivre le régime de la réduction de capital non motivée par les pertes permettant aux créanciers de s'opposer à l'opération[932]. La Cour de cassation a d'ailleurs reconnu que la contribution aux pertes au-delà de sa participation au capital constitue une donation indirecte[933].

153. Risque de dissolution – Ainsi, nous comprenons pourquoi la contribution aux pertes intervient également au moment de l'obligation de reconstitution des capitaux propres : comme la société encourt la dissolution et sa liquidation subséquente, la contribution aux pertes peut intervenir de manière anticipée, en tant qu'ultime recours. Il s'agit de protéger la société et ses parties prenantes en sollicitant par avance une obligation incombant aux associés de manière inéluctable. Cette analyse est corroborée par la jurisprudence de la Cour de cassation qui a considéré en matière de conformité de l'opération de coup d'accordéon à l'intérêt commun des associés que cette dernière « *n'avait cependant pas nui à l'intérêt des actionnaires minoritaires, qui, d'une façon ou d'une autre – réalisation de l'opération ou dépôt de bilan –, auraient eu une situation identique, les actionnaires majoritaires subissant par ailleurs le même sort*[934] ». Pour M. le Professeur Bonneau, « *l'opération de réduction n'est pas constitutive d'une exclusion mais la traduction pure et simple de la contribution de l'associé aux pertes sociales*[935] ». La Cour de cassation a effectivement reconnu que « *la réduction de capital ne constituant pas une atteinte à leur droit de propriété, mais sanctionnant leur obligation de contribuer aux pertes sociales dans la limite de leurs apports, ce dont il résultait qu'aucune augmentation des engagements des actionnaires n'était mise à la charge de ceux-ci, la cour d'appel a pu en déduire que l'opération, commandée par les pertes de la société et la survie de celle-ci, était licite*[936] ».

---

[932] S. Sylvestre-Touvin, *Le coup d'accordéon ou les vicissitudes du capital*, th. Paris I, PUAM, 2003, préf. P. Le Cannu, nº 154.
[933] Cass. com., 3 mars 2009, nº 08-13.278, JurisData nº 2009-047303 ; Cass. com., 3 mars 2009, nº 08-13.279 ; Cass. com., 3 mars 2009, nº 07-20.871, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière nº 46, 13 novembre 2009, 1312, J. Ledan.
[934] Cass. com., 18 juin 2002.
[935] T. Bonneau, note sous Cass. com., 17 mai 1994, 17.
[936] Cass. com., 10 oct. 2000, Demenois c/ Société des Entreprises Demenois et compagnie : JurisData nº 006420 ; Droit des sociétés nº 2, février 2001, comm. 20, obs. T. Bonneau.

C1 - Internal use

Cette condition de légitimité de l'opération conduit à s'interroger sur sa légalité lorsqu'aucun texte ne prévoit l'obligation de disposer de capitaux propres d'un montant au moins supérieur à la moitié du capital social. Dans les sociétés à responsabilité illimitée, nous comprenons que le législateur n'a pas besoin de recourir au mécanisme d'alerte des associés par le truchement du capital social comme valeur de référence. En effet, au-delà de la contribution aux pertes, les associés sont obligés aux dettes sociales, de sorte que cette contribution peut paraître superfétatoire. Pour autant les associés majoritaires pourraient-ils assainir la situation de la société en votant une réduction de capital à zéro. Il est, en effet, loisible aux associés de réduire le capital pour cause de pertes d'un montant supérieur à la moitié du capital social[937]. Lorsque la société subit des pertes, elle peut donc décider de les apurer en faisant contribuer aux pertes ses associés par une réduction de capital, qu'elle soit imposée par le législateur ou non. Dans le même sens, une jurisprudence a considéré que la perte existe toutes les fois que le capital social est absorbé ou seulement entamé[938].

Lorsque la société est *in bonis*, il est légitime que la contribution aux pertes relève d'une décision de la majorité des associés. En revanche, lorsque la société demande à ses créanciers de concéder des sacrifices pour éviter sa liquidation, quelle est la légitimité des associés à décider du principe et des modalités de leur contribution aux pertes ? Nous avons vu que la contribution aux pertes intervient à chaque fois que le montant des pertes sociales est figé et mis en perspective avec le capital social, c'est-à-dire lors de la liquidation de la société ou lors d'une réduction de capital motivée par les pertes. L'insuffisance des capitaux propres peut également être révélée lorsque la société demande la suspension des poursuites et *in fine* du paiement de ses créances pour figer un passif en vue de sa restructuration. Il est donc question de consacrer une contribution aux pertes des associés lorsque la société est en difficulté.

---

[937] Cass. civ., 30 mai 1892 : S. 1892, 1, 168, note Ch. Lyon-Caen ; D.P. 1894, 1, 105, note E. Thaller, jugeant qu'« *il appartient, dans une société anonyme, à l'assemblée générale extraordinaire […] de délibérer souverainement sur les modifications des statuts […]. La réduction du capital en vertu d'une nouvelle estimation déterminée par des pertes et qui le ramène à son chiffre actuel n'est point une atteinte aux bases essentielles de la société et, par suite, n'excède pas les pouvoirs de l'assemblée extraordinaire […]* ».
[938] CA. Douai, 1er août 1894, 1re esp., Journ. Sociétés, 1898, 21.

C1 - Internal use

SECTION II/ UNE CONTRIBUTION AUX PERTES PROPRE Á L'HYPOTHÈSE D'UNE PROCÉDURE COLLECTIVE

Il convient de mettre en perspective l'engagement de l'associé de contribuer aux pertes avec sa qualité de créancier hypochirographaire. En veillant à ce que l'associé demeure un créancier hypochirographaire au moment où les créanciers contribuent au maintien de la société en consentant des sacrifices, nous nous assurons que l'engagement de contribuer aux pertes est respecté **(§1**). Il reste à déterminer les modalités du prononcé de la contribution aux pertes des associés (**§2**).

§1/ Le risque de liquidation et la préservation de la qualité de créancier de dernier rang de l'associé

Si nous rejoignons un auteur considérant que « *c'est parce que les actionnaires assument le risque dans la firme que la préséance leur est accordée dans la répartition des pouvoirs*[939] », cela suppose que les associés assument réellement le risque qu'ils se sont engagés à supporter dans le cadre d'une procédure collective qui en matérialise la réalisation. Ainsi, il s'agit de prononcer la contribution aux pertes des associés à chaque fois qu'une société sollicite l'ouverture d'une procédure collective mettant à contribution ses créanciers pour éviter la liquidation judiciaire et lorsque le montant des capitaux propres, figées à cette occasion, excède le montant du capital social (**A**). Cette situation oblige également à s'interroger sur le sort des associés en devenir, à savoir les porteurs de valeurs mobilières donnant accès au capital (VMDAC) (**B**).

A/ Le risque de liquidation et la suspension des poursuites

154. La procédure collective, une situation d'exception – Lorsque la société fait l'objet d'une procédure collective, elle se trouve dans une situation d'exception. Le droit des procédures collectives permet au débiteur de ne pas exécuter ses obligations afin d'éviter la liquidation judiciaire en présence d'un patrimoine social insuffisant pour faire face aux dettes contractées. La procédure collective a un effet réel sur le patrimoine du débiteur qui est défini par M.

[939] A. Rebérioux, « Les fondements microéconomiques de la valeur actionnariale. Une revue critique de littérature », *Rev. Économique*, 2005, nº 1, 51, spéc. 56.

C1 - Internal use

Sénéchal comme « *l'effet de saisie des biens du débiteur par la collectivité de ses créanciers représentée par le mandataire de justice*[940] ». Cet effet réel invite à considérer que « *le patrimoine du débiteur fait l'objet d'une saisie […] qui affecte tous les biens réalisables du débiteur*[941] ». Par le truchement d'une procédure d'exception, l'associé évite temporairement la dissolution de la société débitrice. La liquidation ne sera écartée que grâce aux sacrifices que vont consentir les créanciers. Or, si les créanciers bénéficiant d'un meilleur rang abandonnent une partie de leur créance – ou se voient imposer un rééchelonnement –, comment la créance de restitution de l'apport de l'associé, créancier hypochirographaire, pourrait-elle demeurer en l'état ? À partir du moment où la liquidation judiciaire n'est évitée que parce que les créanciers ont consenti à ne pas être intégralement remboursés ou selon les modalités définies avec le débiteur, les associés créanciers hypochirographaires ne peuvent valablement s'opposer à la compensation de leur créance de restitution avec leur engagement de contribuer aux pertes sociales. La procédure collective qui a pour fonction de figer le passif et l'actif de la société débitrice permet de constater le niveau de pertes sociales. Ainsi, dès que les créanciers ne sont pas remboursés intégralement, les associés ne peuvent plus prétendre au maintien de leur créance de restitution de leur apport et doivent sur décision de justice contribuer aux pertes, comme ils se sont engagés à le faire lors de leur entrée au capital de la société, en souscrivant au contrat de société. Il est donc concevable de recourir à cet engagement des associés de manière anticipée dans la perspective de la liquidation de la société, à défaut d'adoption du plan de reprise interne proposé aux associés. Il est donc demandé à ces derniers d'abandonner leur apport dans la mesure où, à défaut, la situation est inéluctable[942].

---

[940] M. Sénéchal, *L'effet réel de la procédure collective. Essai sur la saisie collective du gage commun des créanciers*, th. Toulouse 1, préf. de M-H. Monsèrié-Bon, Litec, 2002.

[941] F.-X. Lucas, *Manuel de droit de la faillite*, 1re éd., 2016, PUF, Droit fondamental, 164.

[942] *Ibid.*, no 604 : « *La réduction du capital social scelle l'abandon des apports par les associés : l'ensemble des valeurs affectées à l'activité sociale en vertu du contrat de société est donc en tout ou partie perdu. Des pertes existent donc sans qu'il soit nécessaire d'attendre la fin de la vie sociale. Cette situation est, en effet, différente de celle d'une perte annuelle. Dans le cas d'une perte annuelle, celle-ci n'est pas définitive car des bénéfices peuvent suivre. La contribution ne peut donc exister tant que le sort de l'activité sociale n'est pas définitivement établi. En revanche, lorsque le capital social est « atteint » en raison de pertes comptables (parce que les capitaux propres sont réduits en dessous du montant du capital social), les associés ont fait le choix d'abandonner une partie ou la totalité de leur apport en société pour « apurer » ces pertes. Ils considèrent alors (ou la loi leur impose ce point de vue), que ces « pertes » annuelles sont de nature à compromettre la survie de la société et doivent en conséquence être apurées. Dans cette hypothèse, la gravité de la perte comptable scelle son caractère définitif, de sorte que la perte comptable devient une perte sociale et justifie que les associés y contribuent*. »
M. Laroche, L'implication des associés, Bulletin Joly Entreprises en difficulté, 31 mars 2022, n°02, p. 66 « *Si l'on admet que la perte de ses droits par l'associé qui n'entend pas, ou ne peut plus, s'impliquer constitue la réalisation du risque qu'il a accepté20, son éviction n'est alors pas une sanction mais la prise en compte de la nécessité de passer la main dans l'intérêt de l'entreprise. D'autant plus, que permettre aux associés de bénéficier du regain de*

C1 - Internal use

Pour M. le Professeur Lucas, « *tant que la société n'a pas cessé ses paiements, les pertes sont imputées sur des réserves antérieurement constituées*[943] ». Toutefois, lorsqu'une société est en redressement judiciaire, elle est justement en état de cessation des paiements. Elle a sollicité l'aide du tribunal de commerce compte tenu de son incapacité à faire face à ses engagements. En principe, comme le note un auteur, la contribution aux pertes n'a pas lieu en cours de vie sociale : « *Le passif est payé sur les réserves de la société ; au besoin, il est fait un emprunt, ou bien il est demandé un délai de paiement au créancier*[944]. » Or, lorsque la société est en difficulté, nous sommes précisément dans l'hypothèse où elle ne parvient plus à mobiliser un emprunt ou à obtenir des délais de paiement. Elle est dans une situation où elle n'est plus en mesure de faire face avec son actif disponible à son passif exigible. Ainsi, lorsque le passif de la société a atteint les réserves sociales et même le capital, à tel point qu'il est demandé aux créanciers un abandon ou un rééchelonnement de leur dette, l'associé peut-il écarter l'exécution de son engagement de contribuer aux pertes ? La société en redressement est dans une situation d'échec justifiant l'intervention du juge. Si le redressement est manifestement impossible, elle encourt la liquidation judiciaire. Ce risque de dissolution et de liquidation dans un contexte de difficulté peut justifier une contribution aux pertes anticipée. Cette situation se retrouve dans certaines sociétés où le législateur a contraint les associés à choisir entre la dissolution de la société et sa recapitalisation, laquelle se traduit généralement par une contribution aux pertes par voie de réduction de capital motivée par ces dernières.

La directive du 20 juin 2019 conduit à pousser le raisonnement au-delà de l'hypothèse d'un redressement judiciaire. En effet, le mécanisme d'éviction des associés est envisageable en dehors de toute procédure d'insolvabilité, à un stade préventif où la société n'est pas encore en état de cessation des paiements. Il faut donc dans cette hypothèse s'assurer que les associés ne sont pas abusivement évincés du fait d'une mise en œuvre de leur obligation de contribuer aux pertes à un moment inapproprié. Dans cette hypothèse, le risque de la liquidation judiciaire peut apparaître comme très lointain et particulièrement subjectif. Il s'agit également de ne pas dissuader le débiteur de se placer dès la naissance de ses difficultés sous la tutelle du tribunal pour remédier à la situation avant qu'elle ne devienne irrémédiable. La différence entre le

---

valorisation de leurs droits que produirait le refinancement accordé par d'autres et leur conserver un pouvoir de décision risque de retenir ces derniers dans leur investissement. Or, si la liquidation est la seule issue en l'absence de refinancement, priver les associés en place de leurs droits revient à constater que ceux-ci non seulement n'ont plus de valeur, mais encore sont voués à disparaître dans la dissolution de la société liquidée. »

[943] F.-X. Lucas, actualisé par M. Petot-Fontaine, « Théorie des bénéfices et des pertes – Bénéfices, économies, pertes », *J.-Cl. Sociétés Traités*, fasc. 15-10, 2008, n° 71.

[944] G. Ripert, *Traité élémentaire de droit commercial*, LGDJ, 1948, 287, n° 732.

C1 - Internal use

redressement judiciaire et la sauvegarde est principalement l'état de cessation des paiements du débiteur constaté dans le premier cas.

155. État de cessation des paiements – La notion de pertes comptables importantes pourrait être rapprochée de celle d'état de cessation des paiements. En effet, lorsque la société est dans l'incapacité de faire face avec son actif disponible à son passif exigible, pouvons-nous conclure que les pertes sont telles que les capitaux propres sont inférieurs à la moitié du capital social ? La notion de cessation des paiements fait référence à celles d'exigibilité et de disponibilité qui n'interfèrent pas dans l'appréciation de la suffisance des capitaux propres. Ainsi, une société qui n'a pas suffisamment de capitaux propres n'est pas forcément en état de cessation des paiements, et vice-versa[945]. La notion d'état de cessation des paiements n'est donc pas pertinente pour déterminer le moment adéquat pour prononcer la contribution aux pertes des associés dans le contexte particulier de la procédure collective. Il faut alors trouver une autre valeur de référence pour l'application de l'éviction des associés. Pour un auteur, « *ce qui compte à vrai dire, ce n'est pas que la société ait ou non cessé ses paiements mais qu'elle ait consommé ses capitaux propres. Tant que ceux-ci demeurent positifs, il n'y a aucune raison d'exclure un associé, peu important que la question se pose en sauvegarde ou en redressement judiciaire*[946] ». Le capital social exigé dans toutes les sociétés dotées de la personnalité morale[947] peut-il constituer un critère additionnel pertinent de l'éviction des associés d'une société en difficulté ?

156. Insuffisance des capitaux propres – Le capital social a vocation à jouer en droit français des sociétés par actions et des SARL[948] un rôle d'étalon du niveau des pertes considérées comme acceptables. À ce titre, il peut être envisagé de poser comme critère de l'éviction des associés en procédure collective l'insuffisance des capitaux propres au regard du capital social. Il est, en effet, cohérent de comparer ces deux notions dans la mesure où le capital social représente la dette de dernier rang de la société envers ses associés tandis que les capitaux propres « *traduisent la richesse de la société. Ils sont ce à quoi les associés pourraient prétendre (passif dit "interne" dû aux associés ès qualité) si la société était dissoute, et ses*

---

[945] En ce sens, T. corr. Lille, 27 févr. 1954, D. 1954. somm. 57, RTD com. 1954.394.
[946] R. Dammann, F.-X Lucas, « Le nouveau dispositif de dilution ou d'éviction de l'associé qui ne finance pas le plan redressement de la société », *Bull. Joly Sociétés*, n° 10, 521.
[947] L'article L. 210-2 prévoit que, quelle que soit la forme sociale, toute société doit indiquer dans les statuts le montant du capital social. Une telle mention doit également apparaître au registre du commerce et des sociétés lors de l'immatriculation de la société (R. 123-53).
[948] SA : L. 225-248 ; SAS : L. 226-1 ; SCA : L. 227-1 ; SARL : L. 223-42.

C1 - Internal use

actifs répartis entre eux, après paiement de tous les créanciers (passif dit "externe")[949] ». Il est généralement considéré que le capital social permet de protéger les créanciers dans la mesure où il permet de sceller la hauteur de la contribution aux pertes des actionnaires[950]. Un auteur considère que « *les actions composant le capital se présentent ainsi comme un ensemble de droits éventuels ayant pour objet la distribution de la valeur de la société à ses actionnaires*[951] ». Cette fonction protectrice permet d'expliquer pourquoi le droit bancaire et financier en a fait un élément obligatoire : l'article L. 511-40 du Code monétaire et financier dispose, en effet, que « *tout établissement de crédit doit justifier à tout moment que son actif excède effectivement d'un montant au moins égal au capital minimum mentionné à l'article L. 511-11 le passif dont il est tenu envers les tiers* ».

Néanmoins, le capital social est fréquemment critiqué dans la mesure où il n'a pas toujours joué avec pertinence son rôle de repère des pertes acceptables. En effet, contrairement au droit bancaire et financier, le droit des sociétés n'exige un capital social minimum que dans des cas devenus rares et pour un montant limité. Ainsi, par la liberté accordée aux associés de fixer le montant du capital social, la référence à ce montant pour apprécier la situation financière de la société peut n'avoir aucun sens. Comparer les capitaux propres de la société par rapport à une référence historique peut être inapproprié notamment si la société a modifié ou recentré son activité primitive ou si, au contraire, elle a développé de nouveaux champs d'intervention. Le risque de mise en jeu de la responsabilité des dirigeants en cas de sous-capitalisation pourrait conduire à modérer cette conclusion. Néanmoins, en l'état de la jurisprudence cette responsabilité semble assez théorique. En effet, si elle a d'abord reconnu la faute de gestion du dirigeant qui démarre une activité avec une structure sous-capitalisée, au motif que « *le capital social originel appara[issait] insuffisant au regard des besoins de financement normaux et prévisibles de la société*[952] », la jurisprudence a par la suite considéré que « *l'insuffisance des apports consentis à une société lors de sa constitution, et imputable aux associés, ne constitue pas une faute de gestion*[953] ». La responsabilité du dirigeant ne sera envisageable que s'il ne

---

[949] R. Mortier, *Opérations sur capital social*, 3e éd., Litec, 2015, nº 8.
[950] Article 1844-6 du Code civil : « *Après paiement des dettes et remboursement du capital social, la partage de l'actif est effectué entre les associés.* » Article L. 237-29 du Code du commerce : « *Le partage des capitaux propres subsistant après remboursement du nominal des actions ou parts sociales est effectué entre les associés dans les mêmes proportions que leur participation au capital*. »
[951] H. Bouthinon-Dumas, *Le droit des sociétés cotées et le marché boursier*, LGDJ, 2007, 48.
[952] Rep. Min. PME, nº 15641, JOAN Q, nº 28, 14 juillet 2003, 5684.
[953] Cass. com., 10 mars 2015, nº 12-15505.

C1 - Internal use

convoque pas une assemblée générale extraordinaire à la suite de l'insuffisance d'actif de la société dont les capitaux propres sont inférieurs à la moitié du capital social[954].

Si ces critiques sont légitimes, il n'en demeure pas moins que le capital social a été conçu pour « *déterminer la mesure des pertes financières que la société peut supporter sans léser les créanciers*[955] ». Il peut donc constituer un repère pertinent pour mesurer le niveau acceptable des pertes lorsque la société risque la liquidation judiciaire. M. Barrillon note que « *la gravité de la perte comptable scelle son caractère définitif, de sorte que la perte comptable devient une perte sociale et justifie que les associés y contribuent*[956] ». Ainsi, la comparaison entre les pertes figées par l'effet de l'ouverture de la procédure collective et le montant des capitaux propres, qui représentent la créance des associés, permet de s'assurer que l'éviction de ceux-ci est prononcée à un moment compatible avec leur qualité de créanciers de dernier rang. Pour un auteur, « *tant que ceux-ci [les capitaux propres] demeurent positifs, il n'y a aucune raison d'exclure un associé, peu important que la question se pose en sauvegarde ou en redressement judiciaire. On ne redira jamais assez que l'exclusion dont il s'agit n'est que la conséquence de l'obligation de contribuer aux pertes qui pèse sur tout associé, en vertu de l'article 1832 du Code civil, associé que l'on évince pour la raison jugée suffisante que son apport a été consommé et qu'il n'en reste rien puisque la société n'a plus de capitaux propres*[957] ».

Les critères d'éligibilité à l'éviction semblent donc communs aux procédures préventives et curatives : l'insuffisance des capitaux propres et la suspension des poursuites. Qu'en est-il pour les associés en devenir, c'est-à-dire les porteurs de valeurs mobilières donnant accès au capital (VMDAC) ?

---

[954] Cass. com., 13 octobre 2015, n° 14-15755.
[955] S. Dana-Demaret, *Le capital social*, th. Paris, Litec, 1989, préf. Y. Reinhard, n° 245 ; S. Sylvestre-Touvin, *Le coup d'accordéon ou les vicissitudes du capital*, th. Paris I, PUAM, 2003, préf. P. Le Cannu, n° 141.
[956] C. Barrillon, *op.cit.*, n° 604.
[957] R. Dammann, F.-X. Lucas, « Le nouveau dispositif de dilution ou d'éviction de l'associé qui ne finance pas le plan de redressement de la société », *Bull. Joly Sociétés*, 1er octobre 2015, n° 10, 521.

C1 - Internal use

B/ La participation aux pertes des porteurs de VMDAC

157. Les porteurs de VMDAC, des associés en devenir – Le porteur d'une VMDAC dispose en premier lieu d'un titre de créance (chirographaire, garanti ou subordonné) qui lui confère le droit d'être consulté comme tout créancier (**1**). Mais il dispose d'un titre complexe pouvant lui conférer de manière certaine[958] ou sur option[959] la qualité d'actionnaire contribuant ainsi aux pertes de la société au titre du contrat de société (**2**). À tel point qu'un auteur considère que l'ordonnance du 24 juin 2004 qui « *crée de nouvelles passerelles entre le droit de créance et la qualité d'actionnaire devrait inciter à réfléchir sur les mythes fondateurs des sociétés anonymes*[960] ».

1. Les droits des porteurs de VMDAC en leur qualité de créanciers

En cas d'ouverture d'une procédure collective, le représentant de la masse des porteurs dispose d'une compétence exclusive pour agir au nom de celle-ci[961] dans la mesure où l'ouverture d'une sauvegarde, d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire ne met pas un terme au fonctionnement et au rôle de l'assemblée générale des porteurs [962]. Ainsi, lorsqu'un plan est élaboré, les porteurs sont consultés à l'instar de tous les autres créanciers mais selon des modalités particulières : soit la consultation s'organise autour de l'assemblée générale de la masse – le représentant de la masse consulté par le mandataire judiciaire étant tenu par le sens du vote de cette assemblée spéciale –, soit une ou plusieurs classes de parties affectées sont réunies[963]. Si les classes de créanciers sont instituées, l'assemblée des obligataires se voit expressément investie du pouvoir de décider d'un abandon de créances[964]. En revanche, en dehors de la constitution de classes de créanciers, l'abandon total ou partiel des créances obligataires sur décision de la majorité de l'assemblée spéciale de la masse est plus difficile au regard des difficultés d'interprétation de l'article L. 228-68 qui précise que les assemblées générales des porteurs d'obligations ne peuvent ni augmenter les charges des obligataires, ni

[958] Obligations remboursables en actions.
[959] Obligations convertibles en actions.
[960] B. Grelon, « Le nouveau droit commun des valeurs mobilières donnant accès au capital », *Rev. Sociétés*, 2004, 579.
[961] Article L. 228-83 du Code de commerce.
[962] Article L. 228-88 du Code de commerce.
[963] Avant l'ordonnance du 15 septembre 2021, il était prévu la réunion d'une assemblée de tous les obligataires, peu important que le contrat d'émission soit soumis à un droit étranger, en application de l'ancien article L. 626-32 du Code de commerce.
[964] Ancien article L. 626-32 du Code de commerce.

C1 - Internal use

établir un traitement inégal entre les obligataires d'une même masse, ni décider d'une conversion des obligations en actions[965].

Le porteur de VMDAC a donc voix au chapitre dans le cadre d'une procédure collective, comme tout obligataire. Mais en raison de la nature particulière de son titre, il dispose d'une protection additionnelle si le projet de plan prévoit des mesures qui peuvent impacter les droits issus des titres de capital dont il jouira à terme ou sur option.

2. Les droits des porteurs de VMDAC en leur qualité d'actionnaires potentiels

Le porteur de VMDAC est un actionnaire en devenir, comme en atteste l'article L. 225-149, alinéa 2, du Code de commerce, aux termes duquel il est prévu que « *l'augmentation de capital est définitivement réalisée du seul fait de l'exercice des droits et, le cas échéant, des versements correspondants* ». Comme le note un auteur, le principe de l'augmentation de capital est acquis et n'est différé que par la survenance d'un évènement[966]. Le porteur de VMDAC a des prérogatives proches de celles de l'actionnaire, comme un droit de communication ou un droit à une protection particulière, faisant de lui un « *quasi-actionnaire*[967] », non en raison de son titre de créance, mais en raison de son titre de capital potentiel ou à terme : « *son titre, par la complexité de son régime, le place dans une situation, du point de vue tant juridique que financier, intermédiaire entre celle des créanciers et des actionnaires*[968]. »

L'arrêt Métrologie International rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 13 juin 1995 a permis d'écarter l'assimilation des porteurs remboursables en actions à des actionnaires[969]. Néanmoins, les porteurs ont droit à terme à des titres de capital, si bien que

---

[965] B. Grelon, « La consultation des créanciers obligataires dans le cadre d'une procédure collective d'insolvabilité », *Rev. Sociétés*, 2008, 25. J.-F. Barbieri, « Associés et obligataires d'une société "faillie" », *Rev. proc. coll.*, 1991, 153, I, A, b. V. P. Reigné, J.-P. Amoros (« Emprunt obligataire et plan de continuation de l'émetteur », *Bulletin Joly Bourse*, n° 01, 1er janv. 2001, 7), pour qui toutes mesures non-interdites par l'article L. 225-68 est susceptible d'être autorisée par l'assemblée des obligataires, comme en atteste l'utilisation de l'adverbe « notamment » à l'article L. 228-65. Sur les difficultés d'interprétations de la notion de « charges des obligataires » Y. Guyon, Droit des affaires, Tome 1, 12ème édition, n°764, p.819.

[966] S. Pelletier, F. Thouënon, « Procédure collective - Procédures collectives et OCA : l'exercice du droit de conversion par l'obligataire défaillant », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n° 42, 20 octobre 2016, 1552.

[967] S. Pelletier, F. Thouënon, *opt. cit*.

[968] B. Grelon, « La consultation des créanciers obligataires dans le cadre d'une procédure collective d'insolvabilité », *Rev. Sociétés*, 2008, 25.

[969] Cass. com., 13 juin 1995 : Bull. civ. IV, n° 181 ; Rev. sociétés 1995.736, note P. Didier ; JCP 1995. II. 22522, note Y. Guyon ; JCP, éd. E, 1995.712, même note ; Bull. Joly 1995.855, note A. Couret ; Bull. Joly Bourse 1995.37, note T. Bonneau ; Quot. jur. 21 sept. 1995, note P.M. ; RD bancaire et bourse 1995.148, obs. M. Germain et M.-A. Frison-Roche

C1 - Internal use

leurs droits futurs doivent être protégés en cas d'opérations impactant les fonds propres de la société[970]. Dans l'affaire Métrologie International précitée, les porteurs d'ORA avaient été réunis pour autoriser à la fois la modification de la date d'échéance des obligations et leur parité de remboursement, deux éléments essentiels du contrat d'émission. Puis la jurisprudence a étendu cette liste à « *toute opération, affectant les fonds propres, susceptible d'entraîner pour la société une perte de substance impliquant une baisse de la valeur des actions*[971] ». La réforme du 24 juin 2004 a uniformisé les règles de protection des titulaires des titres de capital différé.

Désormais, l'article L. 228-98 du Code de commerce liste les opérations interdites à la société émettrice à moins d'y être autorisée par le contrat d'émission ou par la masse des porteurs : (i) modifier sa forme ou son objet, (ii) modifier les règles de répartition de ses bénéfices, (iii) amortir son capital, (iv) créer des actions de préférence et sous réserve de prendre les dispositions nécessaires au maintien des droits des titulaires des VMDAC. Par ailleurs, aux termes de l'article L. 22_-99 du Code de commerce, si la société émettrice augmente son capital par l'émission de nouveaux titres de capital avec droit préférentiel de souscription réservé à ses actionnaires, distribue des réserves, en espèces ou en nature, et des primes d'émission ou modifie la répartition de ses bénéfices par la création d'actions de préférence, elle doit soit permettre l'exercice anticipé du droit de souscription ou de conversion[972], soit réserver ces droits aux porteurs[973], soit ajuster le contrat d'émission pour tenir compte de l'impact de ces opérations[974]. De même, l'article L. 228-65 du Code de commerce prévoit que l'assemblée générale des obligataires doit délibérer sur toutes les propositions de fusion ou de scission de la société dans les cas prévus aux articles L. 236-13 et L. 236-18 du Code de commerce, sauf offre de remboursement aux obligataires émise par la société. Cette dernière pourra surmonter le

---

[970] V. A. Pietrancosta « La protection des titulaires de valeurs mobilières donnant accès au capital après l'ordonnance du 24 juin 2004 », *Rev. de droit bancaire et financier*, sept.-oct. 2004, 373, et *Droit des sociétés*, n° 1, janvier 2005, étude 1, 7. D. Ohl, « Valeurs mobilières », *Répertoire de droit des sociétés*, sept. 2005 (actualisation : juin 2018), n° 21, 185. H. Le Nabasque, A. Pietrancosta, « La réforme des dispositions du code de commerce relatives aux "titres financiers complexes" par l'ordonnance du 31 juillet 2014 », *Bull. Joly*, 2014, 486.

[971] Cass. com., 27 févr. 2001 : JCP, éd. E, 2001.764, note A. Viandier ; Rev. sociétés 2001.361, note J.-Ph. Dom ; Dr. sociétés 2001, n° 87, obs. H. Hovasse ; RJDA 2001, n° 696.

[972] « *Mettre les titulaires de ces droits en mesure de les exercer, si la période prévue au contrat d'émission n'est pas encore ouverte, de telle sorte qu'ils puissent immédiatement participer aux opérations mentionnées au premier alinéa ou en bénéficier.* »

[973] « *Prendre les dispositions qui leur permettront, s'ils viennent à exercer leurs droits ultérieurement, de souscrire à titre irréductible les nouvelles valeurs mobilières émises, ou en obtenir l'attribution à titre gratuit, ou encore recevoir des espèces ou des biens semblables à ceux qui ont été distribués, dans les mêmes quantités ou proportions ainsi qu'aux mêmes conditions, sauf en ce qui concerne la jouissance, que s'ils avaient été, lors de ces opérations, actionnaires.* »

[974] « *Procéder à un ajustement des conditions de souscription, des bases de conversion, des modalités d'échange ou d'attribution initialement prévues de façon à tenir compte de l'incidence des opérations.* »

C1 - Internal use

refus de l'assemblée spéciale. Néanmoins les obligataires conservent leur droit d'opposition à l'opération de fusion ou de scission à faire valoir devant le tribunal de commerce.

158. Application cumulative du droit des sociétés et du droit des procédures collectives – Lorsque la société est en difficulté, il est possible que le projet de plan inclue des mesures qui vont bouleverser les droits futurs des porteurs en leur qualité d'associés : la répartition future des bénéfices, avec par exemple l'émission d'actions de préférence, ou la consistance de leur future participation dans le capital par la fusion avec une société, ou encore une augmentation de capital, voire une réduction de capital motivée par les pertes. Ainsi, en cas de réduction de capital motivée par les pertes, les porteurs sont impactés sans pouvoir bloquer cette décision. En revanche si l'opération constitue un coup d'accordéon, c'est-à-dire une double opération de réduction du capital à zéro suivie d'une augmentation de capital, la Cour de cassation considère qu'il s'agit d'une opération modifiant les conditions de souscription nécessitant l'intervention de l'assemblée des porteurs[975] (voir ci-après). De la même façon, en cas d'augmentation de capital avec maintien du droit préférentiel de souscription, l'autorisation de la masse n'est pas requise en application de l'article L. 228-99 mais les droits des porteurs sont préservés. *A contrario*, en cas d'augmentation du capital avec suppression du droit préférentiel de souscription, la protection des porteurs n'est pas envisageable.

Dans ces hypothèses, il est question de savoir si les porteurs peuvent s'opposer au plan compte tenu des mesures de protection qui leur sont octroyées.

159. De l'assimilation à un actionnaire à l'obligation anticipée de contribuer aux pertes – L'article L. 228-98 en son dernier alinéa dispose qu'en cas de réduction de capital motivée par des pertes, et quelle que soit la modalité retenue pour concrétiser cette réduction, les droits des titulaires de VMDAC sont réduits en conséquence, comme s'ils les avaient exercés à la date à laquelle la réduction de capital est devenue définitive. Il faut noter que l'article L. 228-98 du Code de commerce a été écrit pour une réduction de capital et non une réduction de capital à zéro, qui constitue une opération de nature différente notamment parce qu'elle entraîne l'éviction des actionnaires et des titulaires de valeurs mobilières donnant accès au capital[976]. En effet, l'article précité qui visait avant 2004 les obligations convertibles en actions a été étendu à toutes les VMDAC. Le but était d'éviter de sanctionner deux fois les actionnaires qui auraient

[975] D. Gallois-Cochet, « Autorisation du coup d'accordéon par l'assemblée des porteurs d'ORA », *Droit des sociétés*, n° 11, novembre 2012, comm. 182.
[976] Le Nabasque, *op.cit.*.

C1 - Internal use

perdu à due proportion leurs actions lors de la réduction de capital puis de nouveau lors de la conversion des valeurs mobilières en capital dans l'hypothèse où ces dernières peuvent prétendre au même niveau de détention qu'avant la réduction de capital. Il ne s'agissait donc pas d'acter une éviction des porteurs de ces valeurs en cas de réduction de capital à zéro. Si une telle assimilation entre réduction du capital et réduction du capital à zéro est maintenue, il faudrait *a minima* aller jusqu'au bout de l'assimilation et accorder aux porteurs de valeurs mobilières un droit de regard. Or, il résulte de l'article L. 228-103 du Code de commerce en son alinéa 2 que l'assemblée générale des titulaires de valeurs mobilières composées est appelée « *à autoriser toutes modifications au contrat d'émission et à statuer sur toute décision touchant aux conditions de souscription ou d'attribution de titres de capital déterminées au moment de l'émission* ». La Cour de cassation, le 10 juillet 2002, a considéré dans l'hypothèse d'un coup d'accordéon que « *l'assemblée générale des obligataires aurait dû être préalablement appelée à statuer sur cette opération*[977] », quand bien même la société faisait l'objet d'une sauvegarde[978]. Reste à déterminer ce qu'il faut entendre par « statuer » et si cela confère un droit de véto à l'assemblée spéciale des porteurs appelée à autoriser l'opération sous peine de nullité de celle-ci.

Un auteur considère qu'« *en présence d'une décision "touchant aux conditions de souscription ou d'attribution de titres de capital déterminées au moment de l'émission" il n'appartient pas aux porteurs d'ORA de s'opposer à la décision de la société de réduire puis d'augmenter son capital social mais simplement d'être réunis pour donner un simple avis*[979] ». *A contrario*, un auteur estime que le pouvoir de statuer sur l'opération confère à l'assemblée des porteurs un droit de véto considéré comme exorbitant afin que des « *plans de restructurations vitaux pour l'entreprise ne soient pas injustement entravés par quelques porteurs de valeurs mobilières donnant accès au capital*[980] ». Un auteur note que « *la pression que les obligataires peuvent exercer sur les organes de la procédure collective est potentiellement considérable, car le passif*

---

[977] Souligné par nos soins.
[978] Cass. com., 10 juill. 2012, nº 11-22.898 : JCP G 2012, 1428, nº 6, obs. Ph. Pétel ; JCP E 2012, 1571, note J.-M. Moulin ; Rev. proc. coll. 2013, nº 1, 42, note J.-J. Fraimout ; D. 2012, 1953 ; Bull. Joly Sociétés 2012, 810, § 423, note F.-X. Lucas ; Rev. sociétés 2012, 536, note L.-C. Henry.
[979] J.-M. Moulin, « Le sort des ORA dans le cadre d'une réduction de capital à zéro », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, nº 39, 27 septembre 2012, 1571.
[980] S. Torck, « La timide réforme des valeurs mobilières composées par l'ordonnance du 31 juillet 2014 », *Droit des sociétés*, nº 10, octobre 2014, comm. 150.

C1 - Internal use

qu'ils représentent est souvent très important, et de nature à obérer les chances de redressement de la société émettrice[981] ».

Les articles L. 228-98 et L. 228-99 invitent toutefois à traiter les titulaires de valeurs mobilières donnant accès au capital comme des actionnaires. C'est en cela qu'ils disposent d'un droit de véto, à l'instar des actionnaires, pour statuer sur une opération susceptible de supprimer ou de diminuer leur droit. Ainsi, un traitement similaire à celui accordé aux actionnaires doit être réservé aux titulaires de valeurs mobilières donnant accès au capital. En effet, l'article L. 228-98 traduit une assimilation par anticipation aux actionnaires ordinaires en cas de réduction de capital motivée par les pertes. Il convient donc de traiter les titulaires de VMDAC de la même façon que les associés à chaque fois que le législateur invite à leur assimilation par anticipation. Dès lors, si les associés se voient astreints à contribuer aux pertes en procédure collective, il en sera de même des porteurs de VMDAC. Un auteur note qu'en cas de réduction de capital les porteurs d'ORA sont soumis au risque social : « *Les porteurs d'ORA doivent ici faire face à l'aléa social ultime, leur obligation à contribuer aux dettes dans la limite de leur apport s'opérant, en quelque sorte, par anticipation*[982]. » L'auteur ajoute que « *les porteurs d'ORA ont accepté de courir un risque important en s'exposant à l'aléa social avant même d'avoir endossé pleinement la qualité d'actionnaire de la société*[983] ». La directive du 20 juin 2019 appelle à empêcher toute obstruction « déraisonnable » des détenteurs de capital. Il conviendra d'inclure les porteurs de VMDAC chaque fois que le droit des sociétés invite à le faire en anticipant leur qualité d'associés. En ce sens l'article 37 de l'ordonnance du 15 septembre a consacré la notion de détenteur de capital comprenant « *les membres de l'assemblée générale extraordinaire ou de l'assemblée des associés, des assemblées spéciales mentionnées aux articles L. 225-99 et L. 228-35-6 et des assemblées générales des masses visées à l'article L. 228-103* [984]». Les porteurs de valeurs mobilières donnant accès au capital seront donc consultés à partir du moment où ils sont affectés c'est-à-dire où le projet de plan modifie leurs droits.

---

[981] A. Martin-Serf, « Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires – effets à l'égard des créanciers obligataires et autres prêteurs de capitaux », fasc. 2396, 29 août 2017, date de la dernière mise à jour : 15 mars 2020.
[982] J.-M. Moulin, « Le sort des ORA dans le cadre d'une réduction de capital à zéro », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, nº 39, 27 septembre 2012, 1571.
[983] J.-M. Moulin, précité.
[984] Article L. 626-30 du Code de commerce.

C1 - Internal use

L'associé actuel ou potentiel est donc invité à contribuer aux pertes chaque fois que le passif figé par l'effet de la loi révèle une insuffisance des capitaux propres de la société et que les créanciers sociaux voient leurs voies d'exécution contre le débiteur suspendues. Il reste à déterminer dans mesure la contribution aux pertes des détenteurs de capital actuels ou potentiels peut être prononcée dans le cas particulier de l'ouverture d'une procédure collective.

§2/ Le prononcé de la contribution aux pertes en procédure collective

160. La directive européenne de 2019 envisage plusieurs solutions pour éviter tout blocage déraisonnable de la part des détenteurs du capital : soit la privation du droit de vote si les détenteurs de capital n'ont a priori pas de droit au paiement en cas de liquidation de la société[985] (**A**), soit le vote des détenteurs de capital au sein d'une classe dédiée afin qu'ils soient soumis au fait majoritaire ou qu'ils subissent l'application forcée en cas d'opposition des principaux créanciers, soit enfin le vote en assemblée générale avec par exemple des règles de majorité revues pour éviter une opposition déraisonnable[986] (**B**).

A/ La privation du droit de vote

La première solution envisagée, sur la base des exemples étrangers, est de priver l'associé de son droit extrapatrimonial fondamental, son droit de vote, dès lors qu'il est établi que ses droits patrimoniaux ont perdu toute valeur.

---

[985] Considérant (57) : « *En ne subordonnant pas l'adoption d'un plan de restructuration à l'accord des détenteurs de capital qui, lors de la détermination de la valeur de l'entreprise, ne recevraient aucun paiement ni autre rémunération si le classement normal des priorités de liquidation était appliqué.* »

[986] Considérant (57) : « *Un autre moyen éventuel de veiller à ce que les détenteurs de capital ne s'opposent de manière déraisonnable à l'adoption de plans de restructuration serait de veiller à ce que les mesures de restructuration, qui ont une incidence directe sur les droits des détenteurs de capital et qui doivent être approuvées par une assemblée générale des actionnaires en vertu du droit des sociétés, ne soient pas soumises à des exigences déraisonnables en termes de majorité élevée et de faire en sorte que les détenteurs de capital n'aient aucune compétence en ce qui concerne les mesures de restructuration qui n'ont pas d'incidence directe sur leurs droits*. »

C1 - Internal use

1. Les exemples étrangers ou le droit de la résolution bancaire

161. L'exemple du droit fédéral canadien – En application de la loi sur la faillite et l'insolvabilité et de la loi sur les arrangements, toute entreprise peut présenter des propositions concordataires visant à la réorganisation des réclamations prouvées des créanciers. Les propositions vont être approuvées par les créanciers regroupés en catégorie selon la nature de leurs réclamations – les créanciers non garantis sont par principe regroupés. Pour cela, il faut un vote favorable représentant la majorité en nombre et les deux tiers en valeur des créanciers votants. Les propositions concordataires doivent ensuite être approuvées par le tribunal. À ce titre, tous les créanciers ayant une réclamation relativement aux capitaux propres de la société font partie d'une même catégorie. Afin d'acter la nature hypochirographaire de la créance de l'associé et ainsi établir que les réclamations relatives à des capitaux propres passent après les autres réclamations, cette catégorie de créanciers n'est appelée à voter à aucune assemblée, sauf ordonnance contraire du tribunal. Ainsi, le Canada a passé le pas en consacrant la situation hypochirographaire de l'associé[987], ce qui conduit à le priver de son droit de vote concernant une proposition ou un « plan d'arrangement » du débiteur[988]. Selon un auteur, « *en tant que titres de participation, les intérêts relatifs à de tels capitaux doivent être exposés à tous les risques de l'insolvabilité*[989] ». La notion de « *réclamation relative à des capitaux propres* » a été définie comme toute « *réclamation portant sur un intérêt relatif à des capitaux propres et visant notamment : a) un dividende ou un paiement similaire ; b) un remboursement de capital ; c) tout droit de rachat d'actions au gré de l'actionnaire ou de remboursement anticipé d'actions au gré de l'émetteur ; d) des pertes pécuniaires associées à la propriété, à l'achat ou à la vente*

---

[987] Article 140.1 de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité : « *Le créancier qui a une réclamation découlant de l'annulation de l'achat ou de la vente d'une action ou d'une participation au capital du failli ou portant sur des dommages découlant d'un tel achat ou d'une telle vente n'a pas le droit de réclamer un dividende à cet égard avant que toutes les réclamations des autres créanciers aient été satisfaites.* »

[988] Article 54.1 de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité : « *Malgré les alinéas 54(2)a) et b), les créanciers qui ont des réclamations relatives à des capitaux propres font partie d'une même catégorie de créanciers relativement à ces réclamations, sauf ordonnance contraire du tribunal, et ne peuvent à ce titre voter à aucune assemblée, sauf ordonnance contraire du tribunal.* »

Article 54(2)(a) de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité : « *Tous les créanciers non garantis - autres que ceux dont la réclamation à l'égard du débiteur découle de l'annulation de l'achat ou de la vente d'une action ou d'une participation au capital du débiteur ou porte sur des dommages découlant d'un tel achat ou d'une telle vente -, ainsi que les créanciers garantis dont les réclamations garanties ont fait l'objet de la proposition, ont le droit de voter s'ils ont prouvé leurs réclamations.* »

Article 22(3) de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité : « *Les créanciers dont la réclamation découle de l'annulation de l'achat ou de la vente d'une action ou d'une participation au capital de la compagnie débitrice ou porte sur les dommages découlant d'un tel achat ou d'une telle vente font partie de la même catégorie de créanciers relativement à cette réclamation ne peuvent à ce titre voter aux assemblées qui seront tenues en conformité avec l'article 4 relativement à une transaction ou un arrangement visant la compagnie*. »

[989] https://www.ic.gc.ca/eic/site/bsf-osb.nsf/fra/br01980.html

C1 - Internal use

d'un intérêt relatif à des capitaux propres ou à l'annulation de cet achat ou de cette vente ; e) une contribution ou une indemnité relative à toute réclamation visée à l'un des alinéas a) à d)[990] ».

Le juge a le pouvoir discrétionnaire d'accorder au créancier ayant une réclamation relative à des capitaux propres un droit de vote, encore faut-il prouver qu'il serait en mesure de recouvrer sa créance en cas de remédiation à la faillite[991]. L'associé a également la possibilité, au moment de l'homologation, de contester le plan de restructuration accepté par les créanciers, en démontrant que ledit plan ne tient pas suffisamment compte de ses intérêts et qu'il n'est par conséquent pas juste et équitable. La charge de la preuve est donc inversée puisqu'il revient aux associés de prouver que la société conserve une valeur résiduelle, les associés étant présumés avoir tout perdu dès la constatation du non-désintéressement de la totalité des créanciers. Reste entière la question de la méthode d'évaluation de cette valeur résiduelle. Un auteur note avec pertinence que *« la continuité des opérations propres à la plupart des scénarios de restructuration bénéficiera inévitablement à tous les acteurs impliqués. Ce bénéfice doit-il pour autant ne profiter qu'aux créanciers sous prétexte que dans le scénario alternatif, la faillite de l'entreprise insolvable, l'intérêt des actionnaires serait complètement subordonné au leur*[992] ? »

162. Aux États-Unis – Les créanciers sont également regroupés au sein de classes uniformes et les propositions du plan doivent respecter la règle de *l'Absolute Priority* qui conduit à exclure tout paiement des associés tant que les créanciers n'auront pas été intégralement

---

[990] J.-Y. Simard, « Les réclamations relatives à des capitaux propres dans le cadre de propositions — un coup d'œil sur le nouvel article 54.1 de la loi sur la faillite et l'insolvabilité, restructuration, insolvabilité et droit bancaire », mars 2011, https://www.lavery.ca/DATA/PUBLICATION/1390_fr~v~les-reclamations-relatives-a-des-capitaux-propres-dans-le-cadre-de-propositions-un-coup-doeil-sur-le-nouvel-article-54-1-de-la-loi-sur-la-faillite-et-linsolvabilite.pdf

[991] Re Ste/co !nc., (2006) 17 C.B.R. (5th) 78 para. 16 : "The question then is does the equity presently existing in "S" has true value at the present time independent of the Plan and what the Plan brings to the table? If it does then the interests or the Equity Holder and the other existing shareholders must be considered appropriately in the Plan." para. 18 : "That approach was accurately described in court by counsel as a desperation Hail Mary pass and the willingness of someone, without any of his own chips, in the poker game willing to bet the farm of someone else who does have an economic interest in Stelco."

402 *Ibid.*, para. 37 : "Therefore, 1 conclude that the existing shareholders cannot lay claim to there being any existing equity value. Given that conclusion, it would be inappropriate to justify cutting in these existing shareholders for any piece of the emergent restructured Stelco. If that were to happen, especially given the relative values and the depth of submersion of existing equity. Then it would be unfair, unreasonable and inequitable for the affected creditors."

[992] L. Morin, « Le devoir fiduciaire d'agir dans le meilleur intérêt de la compagnie insolvable : comment concilier les intérêts de l'actionnaire et du créancier ? », Université de Montréal, avril 2007, 157. https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/2641/11806085.PDF?sequence=1&isAllowed=y

C1 - Internal use

désintéressés[993]. En effet, seule une class *impaired* peut se prononcer sur le projet de plan. Pour ne pas être *impaired*, le plan doit (i) laisser intact les « *legal contractual and equitable* », c'est-à-dire les droits légaux, contractuels ou issus de l'équité des créanciers ou associés, ou (ii) réintégrer le calendrier des paiements prévu initialement compte tenu d'une clause d'exigibilité anticipée par exemple, ou (iii) prévoir un paiement en espèce à la date effective du plan d'un montant égal à la valeur de la créance. Le système est donc assez efficace puisque les créanciers dont les créances ne sont pas contestées sont présumés avoir accepté le plan tandis que ceux pour lesquels le plan ne prévoit aucun paiement sont présumés l'avoir rejeté. Cette situation empêche bien souvent les associés de se prononcer sur le sort de l'entreprise. Les associés astreints au silence pourraient donc être évincés si cela est prévu dans le plan adopté par les créanciers[994]. Ce principe a toutefois été atténué dans un arrêt Case où les associés peuvent obtenir leur maintien s'ils concèdent un nouvel apport (*new value exception*)[995]. Cette procédure est à rapprocher de celle existant en droit français en matière de résolution bancaire.

163. Système issu du droit bancaire – Le mécanisme est différent de l'éviction des associés en procédure collective dans la mesure où le dispositif a un caractère exorbitant et discrétionnaire, laissant une large marge d'appréciation à l'Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution (ACPR) à partir du moment où l'établissement ne respecte plus les ratios de fonds propres et est en état de cessation des paiements ou sollicite un soutien financier exceptionnel. L'article 31 de la directive 2014/59/UE prévoit des objectifs propres à la procédure collective relative à un établissement bancaire. À ce titre, elle dispose comme principes généraux d'un plan de résolution que « *les associés de l'établissement soumis à la procédure de résolution sont les premiers à supporter les pertes* ». Un administrateur spécial est nommé et dispose de tous les pouvoirs des associés et de l'organe de direction de l'établissement. Cependant, il ne peut exercer ces pouvoirs que sous le contrôle de l'ACPR. L'administrateur spécial a l'obligation légale de prendre toutes les mesures nécessaires pour favoriser les objectifs de la résolution visés à l'article 31 et mettre en œuvre les mesures de résolution conformément à la décision de l'autorité de résolution. Si nécessaire, en cas d'incompatibilité, cette obligation prime sur toute autre obligation imposée à la direction par les statuts de l'établissement ou le

[993] « The shareholders shall not receive payments unless all secured and insecured creditors have been completely reimbursed. » Les actionnaires ne peuvent recevoir un quelconque paiement à moins que les créanciers privilégiées et chirographaires n'aient été intégralement remboursés (traduction libre).
[994] T. Philippon, A. Salord, "Bail-ins and Bank Resolution in Europe, A Progress Report", International center for monetary and banking studies.
[995] Case v. Los Angeles Lumber Products Co., 308 US. 106 (1939).

C1 - Internal use

droit national. Les mesures en question peuvent inclure une augmentation de capital, un remaniement de la structure de propriété de l'établissement ou une prise de contrôle de celui-ci par des établissements sains sur les plans financier et organisationnel conformément aux instruments de résolution visés au chapitre IV.

Le droit de la résolution bancaire va même plus loin que les procédures fédérales canadienne et américaine puisque, comme le note un auteur, « *le renflouement interne s'analyse en un pouvoir légal qui permet à l'autorité de résolution unilatéralement, sans l'accord préalable du juge, de ses créanciers, de ses associés et du débiteur, de convertir en participations ou de réduire, et ce jusqu'à zéro si nécessaire, le principal des créances détenues par certains créanciers, à l'encontre de l'établissement de crédit défaillant placé en résolution, afin de le recapitaliser ou d'alléger son passif. Il permet aux autorités de résolution notamment de déprécier voire d'annuler d'abord les titres d'associés* ». Il s'agit d'un cas extrême où le risque de liquidation judiciaire doit être évité autant que faire se peut.

Ces procédures, si elles ont le mérite de constituer un angle de réflexion et d'inspiration, doivent être mises en perspective avec la directive du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés.

2. *L'incompatibilité avec la directive du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés*

164. Variation de capital forcée – L'article 68 de la directive relative à certains aspects du droit des sociétés prévoit que toute augmentation de capital doit être décidée par l'assemblée générale. Cet article est interprété strictement par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) qui a considéré que même lorsque la survie de la société est en jeu du fait de son surendettement, il n'est pas possible de décider d'une augmentation de capital par acte administratif. Il pourrait être objecté que la situation ne vise pas forcément une augmentation de capital : bien souvent c'est la réduction de capital qui permettra d'acter la participation aux pertes des actionnaires[996]. Par ailleurs, la décision interviendrait après constatation par le juge de l'engagement de contribuer aux pertes. Il ne s'agit donc pas d'un acte administratif.

[996] Dans la décision CJUE du 12 mai 1998 était visée une opération d'augmentation de capital avec droit préférentiel de souscription des actionnaires suivie d'une réduction de capital puis d'une nouvelle augmentation de capital sans droit préférentiel de souscription sur décision du ministre de l'Économie.

C1 - Internal use

Toutefois, la doctrine s'accorde à considérer que la Cour de justice a consacré dans cet arrêt la souveraineté de l'assemblée pour décider de variations du capital social. La CJUE prévoit, en effet, en des termes généraux, le maintien des pouvoirs des actionnaires tant qu'il n'y a pas eu dessaisissement de ces derniers et des organes normaux de la société. Or, si le surendettement peut conduire à un dessaisissement des organes d'administration, cette situation ne remet pas en cause le socle de protection minimale accordé aux actionnaires. Seules les hypothèses prévues par le législateur européen peuvent remettre en cause la souveraineté de l'assemblée en matière de variation du capital social. Ces exceptions sont exhaustivement listées dans la directive[997], qui ne destitue pas les actionnaires en cas de pertes importantes mais leur impose, au contraire, de se réunir en assemblée générale afin de décider de la dissolution de la société ou de l'adoption de toute autre mesure[998].

Si cette consécration de la compétence exclusive de l'assemblée est circonscrite aux sociétés par actions et aux SARL[999], il peut toutefois être considéré que les dispositions de cette directive sont un véritable obstacle à la possibilité pour le juge de constater la contribution aux pertes des actionnaires en prononçant une réduction de capital. Comme le relève un auteur, seule une réforme pourrait revenir sur cet objectif de protection de l'intérêt des actionnaires même lorsque la survie de la société est en jeu, « *ce qui suppose pour le moins une nouvelle approche de la notion de collectivité d'associés et du rôle qu'elle doit jouer au sein de la société*[1000] ». Cette nouvelle approche est encore plus prégnante en droit français où le conseil d'administration est tenu de prendre en considération les enjeux environnementaux et sociaux[1001]. La souveraineté et la préséance des intérêts actionnariaux tendent à se diluer. À ce titre, la directive du 20 juin 2019 dispose que « *l'efficacité de la procédure d'adoption et de mise en œuvre du plan de restructuration ne devrait pas être mise en péril par le droit des sociétés* ». Cette directive prévoit en conséquence de modifier la directive du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés dans la mesure où les États membres doivent veiller « *à ce que les exigences*

---

[997] Article 19 § 2 et 3, article 40 § 2, article 41 §2, article 43 § 2.
[998] Article 17 §1.
[999] CJUE 30 mai 1991 : Bull Joly 1991, 1143, note B. Saintourens ; Rev. Soc. 1992, 526, note M. Lasserre. Sauf en cas de perturbation grave de l'économie et du système financier d'un État membre qui menace la stabilité financière de l'Union européenne : A. Gaudemet, « La deuxième directive Sociétés à l'épreuve du risque de système », *BJS*, mai 2017, nº 5, 303.
CJUE, 24 mars 1992 : Bull. Joly 1992, 672, note P. Le Cannu ; Rev. Soc. 1993, 111, note S. Dana-Demaret.
CJUE 12 mars 1996 : Bull. Joly 1996, 814, note B. Saintourens.
CJUE 12 mai 1998 : Rev. Soc. 1998, 794, note S. Dana-Demaret.
[1000] CJUE, 24 mars 1992 : Bull. Joly 1992, 672, note S. Dana-Demaret.
[1001] Référence : Article 1835 du Code civil tel que modifié par la loi Pacte de mai 2019.

C1 - Internal use

énoncées par le droit des sociétés ne mettent en péril l'efficacité du processus de restructuration ou [à disposer] d'autres outils, tout aussi efficaces, garantissant que les actionnaires n'empêchent pas déraisonnablement l'adoption ou la mise en œuvre d'un plan de restructuration qui rétablirait la viabilité de l'activité ». Il serait donc possible de supprimer totalement le droit de vote des actionnaires qui ne seraient plus appelés à être consultés en cas de projet de restructuration de la dette ayant un impact sur le capital. Cette option semble toutefois disproportionnée, et peu limitée, car elle concernerait les procédures collectives préventives et curatives, de sorte qu'une censure du Conseil constitutionnel pourrait être anticipée[1002]. D'autant que le droit des sociétés dispose justement des outils pour surmonter l'opposition déraisonnable des associés : la contribution aux pertes. C'est l'alliance des principes généraux du droit des sociétés et du droit des procédures collectives qui pourrait permettre le prononcé d'une éviction juste et équitable des associés. Ainsi, inclure ceux-ci au vote du projet de plan en leur qualité de créanciers de dernier rang permettrait d'assurer une dilution équitable des actionnaires. Il convient cependant de s'assurer de la capacité de passer outre leur refus abusif dans cette hypothèse.

B/ La possibilité de passer outre la désapprobation de l'associé

Si les associés doivent être appelés au vote même dans l'hypothèse d'une procédure collective, les régimes d'exception se multiplient en France ou dans des législations étrangères visant à diluer la souveraineté de l'assemblée générale des associés (**1**), ou à revoir les règles du droit des sociétés (**2**), ce qui conduit là encore à s'interroger sur la compatibilité de ces systèmes avec la directive du 14 juin 2017.

1. La révision du droit des sociétés

166. L'assemblée générale unique des obligataires est l'illustration de la possibilité de sacrifier les principes du droit des sociétés sur l'autel de la simplicité et pour concourir à la réussite de la procédure collective. À ce titre, cette assemblée est dérogatoire au droit commun en ce qu'elle réunissait « *l'ensemble des créanciers titulaires d'obligations émises en France*

[1002] En ce sens : A.-S. Noury, « L'État actionnaire dans les restructurations financières de sociétés cotées », *BJE*, juillet 2018, nº 4, 313.

C1 - Internal use

ou à l'étranger[1003] » sans l'intervention du représentant de la masse, avec pour compétence de décider des conversions de créances en titres de capital et la possibilité d'établir un traitement différencié entre les créanciers obligataires alors que ces décisions ne peuvent être prises par la masse[1004]. À ces exceptions il fallait ajouter celles relatives au fonctionnement des comités de créanciers (calcul du quorum et de la majorité sur la base des votes exprimés[1005] et non des voix dont disposent les obligataires présents ou représentés[1006]). Pour un auteur, ces dérogations s'expliquent par les objectifs différents poursuivis par les deux matières : « *Alors que l'assemblée d'une masse est destinée à dégager une décision conforme à l'intérêt collectif de l'ensemble des créanciers de la société émettrice, l'AGUO contribue à dégager une décision conforme à l'intérêt collectif de l'ensemble des créanciers de la société émettrice puisque celle-ci est soumise à une procédure collective de traitement de son passif*[1007] ». La question est désormais de déterminer si ces exceptions au droit des sociétés peuvent être généralisées.

2. Un plan adopté à la majorité des créanciers

167. Allemagne – Le droit allemand a institué un mécanisme de cession forcée et de dilution des associés (loi dite ESUG « Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen ») dès 2012. Les associés doivent voter sur le projet de plan de restructuration élaboré par le débiteur ou par l'administrateur à la demande des créanciers. Néanmoins, s'ils désapprouvent le projet, ils peuvent se voir imposer le plan à condition qu'une majorité de différentes classes de créanciers l'ait adopté, et sous réserve qu'ils reçoivent un meilleur traitement que celui qui aurait été le leur en cas de liquidation judiciaire. À ce titre, toutes les formalités requises pour la tenue de l'assemblée générale sont réputées respectées à partir du moment où le groupe des créanciers-associés a été réuni et a voté dans le cadre de l'assemblée des créanciers[1008]. Il reste à déterminer si ces mécanismes sont conformes à la seconde directive précitée. Le vote des associés est organisé et est pris en compte dans le cadre de la procédure d'adoption du plan de reprise. Mais l'assemblée générale des associés ne dispose plus de droit

[1003] Article L. 626-32 du Code de commerce.
[1004] Article L. 228-68 du Code de commerce.
[1005] Article L. 626-32 du Code de commerce.
[1006] Article L. 228-65 II du Code de commerce.
[1007] P. Pétel, « Procédures collectives avec comités de créanciers : qui vote à l'assemblée générale unique des obligataires ? », *JCP E*, 2016, nº 1680.
[1008] P. Ehret, « Directive relative aux cadres de restructuration préventifs - Les groupes de créanciers (et assimilés) en droit allemand de l'insolvabilité », *Rev. Proc. Coll.*, nº 3, mai-juin 2019.

C1 - Internal use

de véto, soit parce qu'il est possible de surmonter le refus de l'associé opposant, soit parce que la majorité de tous les créanciers a consenti à l'adoption du plan. Ce système a le mérite d'être *a priori* conforme à l'article 68 de la directive qui prévoit que toute augmentation de capital doit être décidée par l'assemblée générale. Cependant, il faut déterminer s'il ne s'agit pas d'une apparente conformité. En effet, même si les associés sont réunis dans des formes similaires à celles applicables à une assemblée générale, la réunion au sein d'une classe de créanciers ne peut être considérée en tant que telle comme la tenue d'une assemblée générale où la souveraineté des associés est respectée. Les associés ont certes voix au chapitre mais celle-ci est diluée parmi celle d'autres décideurs que sont les créanciers. Au-delà de la forme, la portée de la décision des associés réunis en classe est autrement différente de celle résultant de l'assemblée des associés puisqu'ils sont par ce biais privés du droit de véto que leur confère l'assemblée générale. La dérogation à la directive du 14 juin 2017 prévue par la directive de 2019 concerne également la réunion des associés au sein d'une classe quand bien même ils conservent un droit d'expression sur le projet de plan qui leur est soumis.

168. Le traitement de l'associé comme un créancier de dernier rang – L'option préconisée pour surmonter l'opposition « déraisonnable » des associés serait de solliciter leur avis en leur qualité de créanciers de dernier rang. Par conséquent, ils ne s'exprimeraient pas dans le cadre de l'assemblée générale en leur seule qualité d'associés mais dans le cadre de la consultation des créanciers organisée par le droit des procédures collectives. Cette solution aurait le mérite d'aboutir à un équilibre entre les intérêts en présence : les associés conserveraient un droit de vote tout en perdant leur droit de véto puisque, à l'instar des autres créanciers, ils pourraient être évincés sur décision de la majorité d'entre eux. C'est en ce sens que l'avant-projet d'ordonnance soumis à consultation a opté pour la création d'une classe de détenteurs de capital[1009], confirmé en ce sens par l'ordonnance du 15 septembre 2021[1010].

[1009] http://www.textes.justice.gouv.fr/textes-soumis-a-concertation-10179/restructuration-et-insolvabilite-des-entreprises-33684.html

[1010] Rapport au président de la République : « *Il a été choisi que les détenteurs de capital soient, le cas échéant, intégrés dans les classes en cette qualité, comme le permet l'article 9 de la directive.* » *[…] « La décision est prise par chaque classe à la majorité des deux tiers du montant des créances ou des voix détenues par les membres ayant exprimé un vote. Cette règle de majorité s'applique à toutes les parties affectées, y compris, le cas échéant, aux détenteurs de capital, sans condition de quorum.* ». « *Les détenteurs de capital, s'ils sont parties affectées, votent en assemblées générales (L. 626-30-2 modifié), ce vote valant vote en classes.* »
Article L. 626-30 : *« I.- Sont des parties affectées : 1° Les créanciers dont les droits sont directement affectés par le projet de plan ; 2° Les membres de l'assemblée générale extraordinaire ou de l'assemblée des associés, des assemblées spéciales mentionnées aux articles L. 225-99 et L. 228-35-6 et des assemblées générales des masses visées à l'article L. 228-103, si leur participation au capital du débiteur, les statuts ou leurs droits sont modifiés*

C1 - Internal use

Dans ce chapitre, nous avons donc établi les conditions de réconciliation du droit des sociétés et du droit des procédures collectives. Sur la base de l'engagement initial de l'associé de contribuer aux pertes, il est possible, même dans le cadre d'une procédure collective, de respecter la nature hypochirographaire de la créance de l'associé. En cela, les prérogatives des associés ne peuvent librement s'exprimer que dans la mesure où elles sont compatibles avec l'ordre de priorité des créanciers et ne conduisent pas à leur conférer plus de droits qu'aux créanciers, lesquels disposent, par nature, d'un meilleur rang. De ce constat, il est possible de consacrer un mécanisme légal de prononcé de la contribution aux pertes des associés dans le cadre d'une procédure collective. À partir du moment où la société a des capitaux propres négatifs et où il est constaté que les créanciers ne peuvent pas être intégralement désintéressés, il sera possible, si le plan le requiert, que le tribunal prononce la contribution aux pertes des associés.

Ce raisonnement renouvelé autour de la contribution aux pertes en fonction du montant des capitaux propres et de la constatation du non-désintéressement des créanciers doit conduire à revaloriser le principe de l'ordre de priorité des créanciers en procédure collective. En effet, le rôle des associés doit désormais être compatible avec leur qualité de créanciers de dernier rang, ce qui explique que dès qu'il est constaté des pertes au regard de l'insuffisance des fonds propres et des sacrifices imposés aux créanciers pour éviter la liquidation de la société notamment par une suspension des poursuites, les associés doivent être mis à contribution. Afin de garantir qu'ils ne soient pas indûment sollicités, il importe de s'assurer que l'ordre de priorité entre les créanciers est bien respecté à tous les stades des rangs de priorité, du créancier senior au créancier hypochirographaire qu'est l'associé.

---

par le projet de plan. Pour l'application du présent livre, ils sont nommés "détenteurs de capital". Seules les parties affectées se prononcent sur le projet de plan. »

C1 - Internal use

CHAPITRE 2 :

DES COMITÉS DE CRÉANCIERS AUX CLASSES DE CRÉANCIERS

La hiérarchie des créanciers justifie une participation aux pertes anticipée des associés en raison de leur créance de dernier rang. L'ordre de priorité entre créanciers doit donc être respecté et être un impératif de la procédure collective. Comme le décrit M. le Professeur Lucas, en matière de prêt participatif, « *mieux traiter ce prêteur que les autres créanciers reviendrait, non seulement à violer le principe d'égalité qui gouverne les procédures collectives, mais aussi à ignorer les prévisions du législateur qui a entendu, au contraire, lui réserver un traitement moins favorable*[1011] ». Ainsi, s'interroger sur le sort de l'associé en procédure collective conduit nécessairement à étendre la réflexion aux porteurs de titres super-subordonnés[1012] dont la rémunération dépend généralement des bénéfices réalisés et dont le remboursement intervient lors de la dissolution de la société. Ces porteurs sont payés en dernier rang juste avant les actionnaires. En effet, il n'est pas envisageable qu'un associé disposant d'une créance de dernier rang soit mieux traité qu'un porteur de titres super-subordonnés. Il s'agit dès lors par extension de s'interroger sur la portée du principe de hiérarchie des créanciers sociaux, quelle que soit l'origine de leur créance. Avec la prise en compte des accords de subordination par les organes de la procédure, un auteur note qu'« *il est incohérent d'imposer d'une part des sacrifices de plus en plus grands aux créanciers au fur et à mesure que leurs créances sont subordonnées et donc proches des capitaux propres, mais de n'en imposer aucun à ceux qui détiennent des titres de capital, instruments financiers encore plus subordonnés que la créance la plus subordonnée, et que les économistes considèrent donc comme des "créanciers résiduels*"[1013] ».

169. La possibilité de conclure des accords de subordination – Depuis la loi de sécurité financière n° 2003-706 du 1er août 2003, le législateur français est venu lever toute incertitude concernant la possibilité de stipuler des clauses de subordination. Auparavant, l'article L. 228-97 prévoyait l'impossibilité d'émettre des valeurs mobilières dont le remboursement

---

[1011] CA Besançon, 2e ch., 12 févr. 2002, SA Superior c/Agent judiciaire du Trésor : JurisData n° 2002-173571, note F.-X. Lucas, Revue de Droit bancaire et financier n° 4, juillet 2002, 142.
[1012] À durée indéterminée (les titres subordonnés remboursables à durée déterminée relevant d'un régime distinct plus proche du créancier que de l'actionnaire).
[1013] E. Degenhardt, « La "hiérarchie du bec" toujours renversée en procédure collective ? », *BJE*, nov. 2015, n° 112u2, 432.

C1 - Internal use

interviendrait après remboursement des prêts ou titres participatifs. Un auteur notait que cet article conduisait les compagnies d'assurance et les établissements bancaires voulant équilibrer leur bilan à « *délocaliser leur émission de titres super-subordonnés*[1014] ». D'autant que comme le souligne un autre auteur, l'efficacité des accords de subordination ne fait aucun doute aux États-Unis[1015], en Angleterre ou au Québec[1016]. Les parties sont donc désormais libres de stipuler un ordre de priorité des paiements. Pour M. le Professeur Lucas, les accords de subordination comprennent « *des obligations de ne pas faire (le débiteur s'interdit de payer les créances de rang inférieur tant que celles de rang supérieur n'ont pas été réglées, tandis que les créanciers de rang inférieur s'interdisent de recevoir paiement tant que les créances de rang supérieur ne sont pas payées) mais aussi des obligations de faire, les créanciers de rang inférieur s'engageant à reverser aux créanciers de rang supérieur les sommes qu'ils pourraient recevoir à titre de paiement au mépris de la subordination, c'est-à-dire alors que ces derniers n'ont pas été intégralement désintéressés (clause dite claw back)*[1017] ».

Ce phénomène de catégorisation des droits est renforcé par l'article L. 228-1 du Code de commerce qui prévoit la possibilité d'émettre des « *valeurs mobilières [qui] sont des titres financiers au sens de l'article L. 211-1 du Code monétaire et financier, qui confèrent des droits identiques par catégorie* ». L'article L. 228-97 du même code permet même d'aller plus loin en stipulant un ordre de priorité dans le remboursement des créances au sein même d'une catégorie de titres subordonnés. Cette possibilité de subordonner les créances à d'autres va permettre de mettre en place des financements structurés qui répondent au besoin de financement des entreprises et aux appétences des créanciers face au risque, avec des tranches inférieures très subordonnées qui doivent absorber en premier les pertes, des tranches intermédiaires dites mezzanine et des tranches seniors appelées en dernier lieu à faire face au risque d'insolvabilité. Cela permet également de réaménager l'endettement d'une société, comme ce fut le cas pour l'émission d'Eurotunnel qui a permis de financer le remboursement anticipé en espèces de la totalité des ORA II émises à 140 % de leur valeur nominale.

[1014] M. Galland, « La subordination de dernier rang : régime et finalités des titres super-subordonnés », *Bulletin Joly Sociétés*, 1er oct. 2006, nº 10, 1111.
[1015] Section 510(a) du Code fédéral des faillites aux États-Unis.
[1016] M. Houssin, *La subordination de créance, analyse de la subordination à l'épreuve de la procédure collective*, préf. F.-X. Lucas, LGDJ, Bibliothèque de droit des entreprises en difficultés, tome 15, 2018, 25, nº 15.
[1017] F.-X. Lucas, « La subordination des créances à l'épreuve de la procédure collective », *Rev. Proc. Coll.*, mai-juin 2013, dossier 19.

C1 - Internal use

170. L'intérêt des accords de subordination – Ces accords de subordination vont permettre l'assimilation dans certaines conditions à des fonds propres, ce qui peut être particulièrement intéressant pour les établissements bancaires et financiers dont le niveau de fonds propres est réglementé. L'article 63 de la directive 2006/48/CE précitée du 14 juin 2006 précise que « *les États membres ou les autorités compétentes peuvent inclure dans les fonds propres […] les emprunts subordonnés lorsque existent des accords contraignants aux termes desquels, en cas de faillite ou de liquidation de l'établissement de crédit, ces emprunts occupent un rang inférieur par rapport aux créances de tous les autres créanciers et ne seront remboursés qu'après règlement de toutes les autres dettes en cours à ce moment* ». Le sort de cette créance en cas de liquidation judiciaire est donc essentiel dans la qualification de titres assimilables à des fonds propres. Pour qu'un titre soit assimilé à des fonds propres « tier one », il doit avoir une échéance indéterminée afin d'assurer des réserves en cas de difficultés de liquidités et offrir la possibilité de suspendre le versement des intérêts liés au coupon en cas de réalisation de la condition objectivement déterminée dans le contrat d'émission et notamment pour absorber les pertes de l'émetteur.

171. La nécessité de respecter les accords de subordination en procédure collective – Les accords de subordination ont été stipulés par les parties pour organiser le paiement des créances en cas de défaillance du débiteur. Il est dès lors essentiel qu'ils résistent à la procédure collective afin de conserver leur pertinence. Ces accords sont une condition de la prévisibilité juridique indispensable à un marché du crédit attractif. Ils permettent de gérer le risque encouru en cas de défaillance de la société débitrice et se rapprochent d'un mécanisme de gestion des risques. Ainsi les agences de notation, qui ont standardisé leurs méthodes, analysent la proportion de dette très subordonnée d'une société afin d'apprécier l'adéquation de la dette avec les fonds propres de l'émetteur. L'émission de titres subordonnés permet donc de financer sa croissance externe à moindre coût[1018]. L'émetteur renforce ainsi sa solidité financière en diminuant le coût de financement sans diluer ses associés.

Il peut être paradoxal de s'intéresser au respect de l'ordre de priorité des créanciers alors même que le principe d'intangibilité des conventions est largement bouleversé par la procédure collective. Si l'on peut concevoir que le droit des procédures collectives est dérogatoire au droit commun pour concourir à la réalisation des objectifs légaux, il n'existe aucune raison de ne pas

---

[1018] M. Galland, « La subordination de dernier rang : régime et finalités des titres super-subordonnés », *Bulletin Joly Sociétés*, 1er oct. 2006, nº 10, 1111.

C1 - Internal use

respecter les prévisions des parties et l'économie générale des conventions, puisqu'accorder autant de droits à des créanciers subordonnés qu'à des créanciers seniors conduit à composer avec ces premiers pour trouver un accord, alors même qu'ils ont été rémunérés lorsque la société était *in bonis* pour venir en dernier si celle-ci est en difficulté. La procédure collective n'a donc aucun intérêt à amplifier le poids des créanciers juniors dans la négociation et a au contraire tout intérêt à respecter les prévisions des parties. D'autant que cela concourt à favoriser le crédit en fiabilisant la volonté des parties qui souhaitent s'assurer contre le risque d'une procédure collective. Pour M. Coase[1019], il ne peut y avoir « *d'optimalité économique* » si les droits de propriété ne sont pas clairement définis, ce qui est le cas pour d'autres auteurs s'il y a « *violation systématique de l'ordre de priorité*[1020] ». Ces conventions ont pour but d'être exercées pendant la procédure collective : leur inefficacité pendant cette période les rendrait inutiles. Au-delà de la préservation de la pratique, il s'agit d'assurer un minimum de prévisibilité juridique pour, en amont de la procédure, dynamiser le crédit consenti aux sociétés et, en aval, créer les conditions d'un marché propice au développement des reprises internes de sociétés en difficulté.

Nous avons vu que le mécanisme « d'écrasement » des associés par le prononcé de leur contribution aux pertes repose en grande partie sur les décision prises dans le cadre de la procédure collective. Or en l'état du droit français avant la transposition de la directive de 2019, l'ordre de priorité entre les créanciers n'est pas respecté au regard tant des règles gouvernant la composition des comités de créanciers (**Section I**) que de celles régissant l'élaboration et l'adoption du plan (**Section II**).

SECTION I/ LES COMITÉS DE CRÉANCIERS Á L'AUNE DU RESPECT DE L'ORDRE DE PRIORITÉ

Les comités de créanciers n'étaient, en l'état du droit français avant la transposition de la directive du 20 juin 2019, ouverts qu'à une catégorie particulière de créanciers réunis au regard de leur qualité, indépendamment des caractéristiques de leurs créances (**§1**), ce qui invitait à en revoir les critères d'éligibilité (**§2**).

[1019] R. Coase, "Problem of Social Cost", *Journal of Law and Economics*, 1960, vol. 3, 1-44.
[1020] S. Vermeille, R. Bourgueil, A. Bezert, « L'affaire Belvédère ou les effets contreproductifs du droit français des entreprises en difficulté – Plaidoyer pour une réforme ambitieuse », *RTDT*, nº 3, 2013, 2.

C1 - Internal use

§ 1/ La réunion critiquable des créanciers en fonction de leur qualité

Les règles de répartition qui gouvernaient les comités en écartant la participation d'un grand nombre de créanciers (**A**), alliées à l'application du principe du nominalisme monétaire, conduisaient à un traitement des créanciers qui n'était pas satisfaisant, notamment lorsqu'il a été créé des liens entre eux par des accords de subordination (**B**).

A/ Des comités de créanciers réunis en fonction de leur qualité

En l'état du droit français avant la transposition de la directive de 2019, seuls certains créanciers pouvaient être collectivement consultés, ce qui limitait les hypothèses d'adoption par le fait majoritaire du plan proposé.

173. Réservés aux débiteurs dépassant certains seuils – La loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 a institué un régime de consultation des créanciers par le biais de comités pour des débiteurs d'une certaine taille. Il est évoqué « *l'esprit sélectif* » du législateur puisque l'intervention des comités de créanciers était réservée aux dossiers les plus importants : 150 salariés ou 20 millions de chiffre d'affaires hors taxes ou sur décision du juge-commissaire. Sur la corrélation entre débiteur de taille importante et présence de comités de créanciers, il pouvait être établi que plus la société est importante, plus sa restructuration risque d'être complexe du fait notamment de l'intervention de nombreux créanciers. Toutefois, cette règle était loin d'être absolue. Il pouvait être évoqué également la présence obligatoire de l'administrateur judiciaire dans le cadre de la procédure collective d'une société d'une telle ampleur. Ce qui pouvait laisser présager que la consultation des comités de créanciers supposait l'intervention systématique d'un spécialiste pour organiser ce processus de prise de décision.

Cette consultation en comité a fait entrer dans la procédure collective la loi de la majorité permettant « d'écraser » des créanciers minoritaires récalcitrants. Les comités constituaient donc un levier supplémentaire pour restructurer la dette de la société en permettant d'aller au-delà de l'accord individuel des créanciers qui dominait en la matière. L'intérêt de passer par le

C1 - Internal use

fait majoritaire expliquait la possibilité pour le débiteur ou l'administrateur de solliciter auprès du juge-commissaire leur constitution même en deçà des seuils fixés par décret[1021].

174. Réservés à certains créanciers – Au-delà d'être réservés à certains débiteurs, les comités de créanciers n'étaient pas ouverts à tous les créanciers de la société en difficulté. Le législateur en 2005 a souhaité ne solliciter que certains partenaires de l'entreprise : les fournisseurs et les établissements de crédit. L'idée était alors de permettre la participation de tous les créanciers qui ont un intérêt particulier à la sauvegarde de l'entreprise[1022]. Le législateur n'avait pas pris l'option de réunir les créanciers fournisseurs et les banquiers afin de ne pas « *mêler, dans un comité unique, les intérêts des banques et des fournisseurs, qui n'ont ni les mêmes créances ni les mêmes garanties*[1023] ». Mais la réforme de 2008 a conduit à relativiser ce constat puisque cet élitisme s'est peu à peu assoupli, notamment après l'affaire Eurotunnel qui a conduit le législateur à étendre les hypothèses où le fait majoritaire pouvait l'emporter. Ainsi, l'ordonnance du 18 décembre 2008 a étendu la composition du comité regroupant les établissements de crédit aux « *assimilés* », ce qui pouvait conduire à réunir les associés ayant fait une avance en compte-courant[1024], le dirigeant-caution ayant payé un établissement de crédit sur la base de son recours subrogatoire, les cessionnaires de ce type de créances[1025], etc.[1026] Pour des auteurs, cette ordonnance a sonné le glas du « *club des banquiers*[1027] ». Pareillement, cela ne concernait que les fournisseurs représentant 3 % du total des créances des fournisseurs (contre 5 % avant la réforme de 2008). L'administrateur pouvait inviter d'autres fournisseurs. Mais ces derniers étaient très peu incités à accepter l'invitation. L'ordonnance a surtout consacré la consultation des obligataires dans le cadre d'une assemblée unique, sans considération du droit applicable au contrat d'émission, qui était assimilé dans son principe et son fonctionnement à un comité de créanciers[1028]. La condition de la double majorité fonction

---

[1021] Article L. 626-29 du Code de commerce.
[1022] Ce qui postule l'exclusion des créanciers entièrement satisfaits ou qui n'ont pas vocation à recevoir un paiement au titre de la procédure.
[1023] Rapport de Roux, AN, n° 2095, 336.
[1024] P. Pérochon, « Comité des établissements de crédit : mode d'emploi ! », *BJE*, juill. 2016, n° 113, 229.
[1025] La participation au comité est un accessoire de la créance qui est transmis aux titulaires successifs.
[1026] R. Dammann, G. Podeur, « Les enjeux de la réforme des comités de créanciers », *JCP E*, 2009, 2094, spéc. n° 18, qui notent « *la volonté du législateur de réunir un maximum de créances dans le comité des établissements de crédit, et ce afin de favoriser la restructuration de la dette* ».
[1027] R. Dammann, G. Podeur, « Les enjeux de la réforme des comités de créanciers », *JCP E*, 2009, 2094, spéc. n° 55.
[1028] P.-M. Le Corre, « Porteurs de titres super-subordonnés et élaboration des plans de sauvegarde ou de redressement avec comités », *D.*, 2010, 839, qui relève que le comité des obligataires est un troisième comité des créanciers.

C1 - Internal use

du nombre de créanciers et du montant des créances a été supprimée compte tenu du risque de détournement par le simple fractionnement des créances.

Malgré ces derniers élans de simplification et d'ouverture des comités de créanciers, il restait difficile de comprendre pourquoi seuls les établissements de crédit et assimilés, les obligataires et les fournisseurs importants avaient la possibilité de s'exprimer sur la restructuration envisagée. Pour les créanciers qui ne n'étaient pas membres d'un comité, les propositions devraient obtenir leur accord individuel. Pourtant l'objectif initial du législateur de ne pas mêler des intérêts divergents a volé en éclat lorsque le comité des sociétés de financement et des établissements de crédit a accueilli les « assimilés ». Un auteur note également qu'« *il faut encore ajouter l'extrême hétérogénéité des catégories d'obligations et la difficulté, en pratique, de réunir des obligations de nature très diverses dans une seule assemblée (obligations simples, ORA, OCA, OCEA, OBSA, etc.)*[1029] ». Des créanciers aux intérêts très différents étaient donc réunis au sein d'un même comité, rendant difficile le respect de l'ordre de priorité.

B/ Une composition des comités de créanciers sans rapport avec l'ordre de priorité

L'ordre de priorité des créanciers ne pouvait être respecté au sein de comités de créanciers qui disposaient d'un pouvoir de décision fonction du montant de leur créance, en application du principe du nominalisme monétaire, peu important les caractéristiques de leurs créances (**1**). La loi du 22 octobre 2010 a tempéré ce constat sans apporter toutefois une solution pleinement satisfaisante à cet égard (**2**).

1. *La difficile conciliation du principe de nominalisme et de l'ordre de priorité des créanciers*

Le fonctionnement des comités de créanciers allié à l'application du principe de nominalisme des créances rendait difficile le respect de l'ordre de priorité entre les créanciers.

[1029] N. Morelli, « La structuration des comités de créanciers, quelles réformes possibles ? », *Revue Droit & Affaires*, nº 9, janvier 2011, 6.

C1 - Internal use

a. Application du principe de nominalisme monétaire en procédure collective, émanation du principe d'égalité ?

Les droits de vote des créanciers dans les comités dépendaient du montant nominal de leur créance. Ce principe du nominalisme monétaire est consacré à l'article 1343 du Code civil. Il prévoit que tout débiteur d'une somme d'argent se libère par le versement de son montant nominal. De la même façon, s'agissant des obligations il est prévu à l'article L. 228-67 du Code de commerce que « *le droit de vote attaché aux obligations doit être proportionnel à la quotité du montant de l'emprunt qu'elles représentent* ». Il faut noter, toutefois, que l'absence d'effet de l'inflation ou l'érosion monétaire sur des dettes d'argent ne conduit pas *de facto* à ce que chaque euro de créance donne droit au même nombre de droit de vote en comité. En effet, il était pris en compte le montant de la créance indiqué par le débiteur tel que comptabilisé par le commissaire aux comptes ou à défaut par l'expert-comptable. Ces derniers n'ayant pas qualité pour valoriser les créances, elles étaient admises à leur valeur nominale. Au-delà de ces questions pratiques, ce principe prenait traditionnellement sa source dans le principe général d'égalité des créanciers.

175. Origine du principe d'égalité – Le principe d'égalité des créanciers provient de l'affectation de tous les biens du débiteur à l'ensemble des créanciers, c'est-à-dire le droit de gage général[1030]. Ce droit général sur le patrimoine du débiteur s'explique par l'existence de droits personnels des créanciers à l'égard du débiteur. Ce rapport personnel entre les créanciers et le débiteur est clé ; le débiteur peut prendre autant d'engagements qu'il le souhaite, chaque créancier disposera de droits portant sur la totalité de son patrimoine, et si les biens du débiteur deviennent insuffisants, les créanciers disposeront de droits égaux sur ce patrimoine, quelle que soit la date de naissance de leur créance ou l'origine de celle-ci. Ce n'est que si le créancier s'arroge des sûretés réelles exerçables à l'encontre du patrimoine du débiteur qu'il bénéficiera de droits préférentiels. Ce principe a été développé lorsque la matière était un droit de la faillite orienté vers le paiement des créanciers, avec notamment la procédure du *venditio bonorum* qui permettait au premier syndicat des créanciers de demander le séquestre du patrimoine du débiteur afin de partager les fruits de sa cession[1031]. Il est défini par un auteur comme ceci : « *aucun créancier ne doit être préféré à d'autres, sans cause légitime* » ou plus concrètement « *tous les créanciers, dès lors qu'ils ne bénéficient pas d'un privilège reconnu par la loi, doivent*

[1030] M. Vasseur, *Le principe de l'égalité entre les créanciers chirographaires dans la faillite*, th. Paris, 1947.
[1031] C. Saint-Alary-Houin, *op.cit.*, nº 9 ; R. Szramkiewicz, *Histoire du droit des affaires*, Domat-Montchrestien, 1989, nº 71 ; C. Leguevaques, Gaz. Pal. 29 janv. 2002, nº GP20020129003, 18.

C1 - Internal use

recevoir une répartition du produit dégagé par la procédure, proportionnellement au montant de leurs créances[1032] ». Il trouve son fondement dans l'article 2285 du Code civil[1033] ou à l'article 20 du règlement (CE) nº 1346/2000 qui prévoit qu'« *afin d'assurer un traitement égal des créanciers, le créancier qui a obtenu, dans une procédure d'insolvabilité, un dividende sur sa créance, ne participe aux répartitions ouvertes dans une autre procédure, que lorsque les créanciers de même rang ou de même catégorie ont obtenu, dans cette autre procédure, un dividende équivalent* ». Sans qu'il soit consacré dans les textes[1034], la Haute Juridiction a reconnu le caractère impératif de ce principe[1035], parfois même son caractère fondamental[1036]. Initialement, ce principe conduisait à traiter tous les créanciers chirographaires de la même façon à travers le paiement au marc le franc[1037]. Les créanciers privilégiés ou détenteurs d'une sûreté n'étaient donc pas concernés par ce principe : ils étaient placés dans une situation différente du fait de leur garantie et ne devaient pas être traités comme des créanciers chirographaires.

176. Principe d'égalité et hiérarchie entre les créanciers – Avec la multiplication des privilèges et sûretés accordés[1038], symptomatique du passage d'un droit de la faillite à un droit des entreprises en difficulté, le principe d'égalité est devenu pour certains une coquille vide. À tel point que la Cour de cassation considère que sa violation ne constitue pas un excès de

---

[1032] R. Nemedeu, « Le principe d'égalité des créanciers : vers une double mutation conceptuelle », *RTD com.*, 2008, 241.

[1033] M. Vasseur, *Le principe de l'égalité entre les créanciers chirographaires dans la faillite*, th. Paris, 1947, 4.
Le fondement peut être également trouvé dans l'application des articles 1er et 6 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen qui garantit une égalité devant la loi. Ainsi, il serait possible de déroger à ce principe d'égalité puisque « *le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit* » (Cons. const., 18 janv. 1985, nº 84-183 DC ; Cons. const., 22 juill. 2005, nº 2005-522 DC). Il s'agit également d'une exigence communautaire à travers le principe de non-discrimination qui implique de « *traiter soit de manière différente les situations similaires, soit de manière différente des situations identiques* » (C.J.C.E., 17 juillet 1963, Gouvernement de la République Italienne c/ Commission, aff. 13-63, 355).

[1034] À noter cependant que, suite à l'ordonnance du 12 mars 2014, l'article L. 43-7-1 du Code de commerce fait référence à la « *règle d'égalité des créanciers chirographaires* ».

[1035] Cass. com., 19 avril 1985, nº 83-15.258, Bull. civ. IV, nº 120, 103 ; Cass. com., 4 février 1992, D. 1992, 181 : « *Le principe de l'égalité des créanciers dans la masse qui résulte des articles 41, alinéa 2 et 74 alinéa 1er de la loi du 13 juillet 1967 est à la fois d'ordre public interne et international*. »

[1036] Cass. com., 16 juin 1998, nº 96-15.525 : Bull. civ. IV, nº 193, 160 ; D. 1998, 429, note F. D. ; RTD com. 1998, 918, obs. F. Macorig-Venier.

[1037] Article L. 643-8. Sauf les salariés et les créanciers alimentaires qui sont dispensés de déclarer leurs créances.
M. Ramackers, « Le superprivilège des salaires l'emporte sur la priorité de paiement des créances nées postérieurement au jugement d'ouverture », *D.*, 1993, 530.

[1038] Et l'acceptation d'un paiement en période d'observation par compensation avec une dette connexe : J.-E. Kuntz, V. Nurit, *BJE*, mai 2011, nº JBE-2011-0065, 160.
À noter également la liberté de proposer dans le cadre d'un plan de cession un traitement inégal des créanciers et la liberté pour le tribunal d'apprécier le plan le plus offrant pour la poursuite de l'activité et le maintien de l'emploi ; voir Cass. com. 3 janvier 1995, BJS sept. 1995, nº JBS-1995-254, 733, note J.-M. Calendini.

C1 - Internal use

pouvoir susceptible d'un appel-nullité[1039]. Surtout elle a, le 20 mars 2012, refusé de transmettre des questions prioritaires de constitutionnalité relatives aux délais de paiement et remises dans le cadre d'un plan de redressement, considérant que la règle de l'égalité des créanciers peut être écartée en raison des nécessités des procédures collectives. De manière critiquable, l'action en répétition de l'indu ne serait possible qu'en cas de violation du principe d'égalité et non en cas de violation de l'ordre de priorité[1040], la Cour de cassation ayant déjà jugé que « *[…] le principe de l'égalité des créanciers ne s'applique pas aux créanciers privilégiés. Ce paiement, fait par erreur sur l'ordre des privilèges, n'ouvre pas droit à répétition dès lors que l'accipiens n'avait reçu que ce que lui devait son débiteur*[1041] ». Comme le remarque M. le Professeur Cabrillac, « *le principe de la hiérarchie entre les créanciers ne serait-il pas un principe d'ordre public au même titre que celui de l'égalité entre les chirographaires ? Ne pas l'admettre serait bien contestable*[1042] ». Un auteur ajoute qu'« *il semble alors inconcevable de donner ici la priorité à la règle de l'égalité sur celle de la hiérarchie puisque la répétition, qui serait la conséquence d'une telle solution, ne profiterait en rien à ceux auxquels ce principe égalitaire est applicable […]*[1043] ». Le législateur est donc intervenu pour mettre fin à cette jurisprudence. Depuis l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014, le créancier qui a reçu un paiement en violation de la règle de l'égalité des créanciers chirographaires ou par suite d'une erreur sur l'ordre des privilèges doit restituer les sommes ainsi versées[1044].

Par ailleurs, le champ d'application de ce principe n'est pas clairement défini puisque la jurisprudence se réfère indistinctement tantôt à l'égalité entre les créanciers chirographaires, tantôt à l'égalité entre tous les créanciers, dont notamment les chirographaires[1045]. En réalité, le principe d'égalité a peu à peu muté et conduit désormais à traiter de façon identique des créanciers placés dans une situation similaire[1046]. Ainsi, les créanciers titulaires de créances subordonnées ne peuvent plus prétendre à bénéficier du principe d'égalité à l'égard des

---

[1039] Cass. com., 26 avril 1994, D. 1994, 542, note F. Derrida ; CA Aix-en-Provence, 30 oct. 1997, Société française des grands comptoirs modernesc/ Me T. et autres, LPA 24 févr. 1999, n° PA199903901, 4, note F. Derrida.
[1040] S. Pierre, « Le paiement fait par erreur sur l'ordre des sûretés est-il indu ? », *D.*, 2001, 1527.
[1041] Bull. civ. IV, n° 169, D. 2001, 620, note A. Honorat ; D. 2000, 430, obs. P. Pisoni.
[1042] MM. Cabrillac et Vivant, obs. sous Cass. com., 26 nov. 1985, JCP éd. E 1986, I, n° 15774, n° 19.
[1043] F. Mille, *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n° 24, 10 juin 2004, 879.
[1044] Article L. 643-7-1 du Code de commerce.
[1045] Cass. com., 17 juin 1997, n° 94-14.109 : Bull. civ. IV, n° 192, 168 ; JCP G 1997. IV 1746.
[1046] « *Le principe d'égalité des créanciers est une constante des procédures collectives. Il implique en premier lieu une participation obligatoire de tous les créanciers à la procédure collective et, en second lieu, il fait subir aux créanciers ayant des droits identiques, les mêmes délais de paiement et les mêmes réductions de leurs droits.* » Y. Guyon, *Droit des affaires*, 4e éd., t. 2, *Entreprises en difficulté, Redressement judiciaire, Faillite*, Economica, 1993, 38.

C1 - Internal use

créanciers chirographaires[1047] : ils ne seront en concours sur le reliquat de l'actif selon le principe d'égalité qu'après désintéressement des créanciers chirographaires[1048]. Il convient de noter que le droit positif prend déjà en compte la dichotomie entre créanciers bénéficiaires de sûretés et créanciers chirographaires. L'article L. 621-10 dispose que « *le juge-commissaire désigne un à cinq contrôleurs parmi les créanciers qui lui en font la demande. Lorsqu'il désigne plusieurs contrôleurs, il veille à ce qu'au moins l'un d'entre eux soit choisi parmi les créanciers titulaires de sûretés et qu'un autre soit choisi parmi les créanciers chirographaires* », ce qui montre que le législateur a acté les éventuels conflits d'intérêts entre les créanciers garantis et ceux non garantis. Au sein d'une classe de créanciers – chirographaires ou privilégiés –, un principe d'égalité s'instaure afin de garantir un traitement équitable. Ce principe permet la remise en question du paiement intervenu indûment. Ce principe de hiérarchie des créanciers est essentiel au besoin de prédictibilité et de sécurité propre à un marché du crédit dynamique[1049]. Il permet de donner tout son sens aux sûretés contractées par les créanciers pour mesurer le risque d'insolvabilité. Comme le note un auteur, nous sommes passés de « *l'égalité des créanciers à l'égalité entre créanciers*[1050] ». À ce titre, il est symptomatique de constater que la directive du 20 juin 2019 emploie le terme d'équité et non d'égalité s'agissant de la nécessité de garantir un même traitement pour les créanciers disposant de « *droits sensiblement similaires* ». L'ordonnance du 15 septembre 2021 qui a abrogé les comités de créanciers au profit d'un système de classes de créanciers se réfère désormais au principe d'égalité et de proportionnalité entre les créances et les droits des créanciers que doit nécessairement respecter le plan pour pouvoir être arrêté par le tribunal.

[1047] Cass. com., 17 novembre 1992, n° 90-19.013 : Bull. Civ. IV, n° 361, 257; Rev. proc. coll. 1994, n° 34, 124.
[1048] H. Hovasse, « Titres participatifs », *Répertoire de droit des sociétés*, août 1988 (actualisation : mars 2009), n° 16 ; CA Besançon, 2e ch., 12 févr. 2002, SA Superior c/Agent judiciaire du Trésor : JurisData n° 2002-173571 ; Revue de Droit bancaire et financier n° 4, juillet 2002, 142, note F.-X. Lucas.
[1049] M.-J. Reymond De Gentile, *Le principe de l'égalité entre les créanciers chirographaires et la loi du 13 juillet 1967*, Bibl. dr. com., t. 25, Sirey, 1973, 4.
Pour cet auteur, il faut trouver un équilibre entre l'égalité entre les créanciers et l'octroi de crédit au débiteur qui conduit à bénéficier de sûretés pour éviter d'être soumis à la distribution aléatoire de dividende. La mise en œuvre de l'égalité des créanciers a été renforcée par la loi de 1967 mais il conclut qu'elle est encore perfectible (484).
[1050] M. Houssin, *op. cit.*, n° 590, 441.

C1 - Internal use

b. Conséquences de l'application du principe de nominalisme monétaire dans les comités de créanciers

Dans un système de comité de créanciers, le principe de nominalisme monétaire pose problème dans le contexte particulier où des accords de subordination ont été conclus. En effet, dans ce système, les créances juniors et seniors ont le même poids nominal alors que leur poids économique est différent dans la mesure où la créance junior revêt un risque de non-remboursement plus important par définition qu'une créance senior. Très tôt la doctrine a reconnu que les clauses de subordination ne contrevenaient pas à l'égalité entre les créanciers dans la mesure où ces stipulations n'ont pas pour objet ou pour effet de créer au bénéfice de certains créanciers une situation privilégiée puisqu'il s'agit d'accorder un meilleur paiement[1051]. La subordination concerne, en effet, les créanciers entre eux en instituant une sorte de « *contre-préférence*[1052] ». Un autre auteur est d'accord « *pour admettre que la règle de l'égalité dans la liquidation judiciaire entre tous les créanciers chirographaires n'empêche pas certains d'entre eux d'y renoncer, afin de privilégier en conséquence indirectement un ou plusieurs autres créanciers*[1053] ». En procédure collective, le principe du nominalisme monétaire prévu à l'article 1895 alinéa 1 du Code civil[1054] conduit à reconnaître le poids des créanciers en fonction du montant de leur créance même si cela conduit à des situations ubuesques. M. le Professeur Lucas note, en effet, qu'« *il est paradoxal que des créanciers juniors puissent détenir au sein des comités un pouvoir de décision identique à celui détenu par des créanciers seniors, voire un pouvoir plus important, si leurs créances sont d'un montant plus important. Un tel nivellement peut aboutir à ce que le traitement des créanciers seniors soit décidé par des créanciers juniors faisant fi des accords conclus lorsque la société était* in bonis »[1055]. Le système demeurait imparfait tant que les juniors étaient traités comme les seniors au sein d'un même comité, le junior pesant comme un senior à valeur nominale égale. La représentation des subordonnés pouvait même être surpondérée à cet égard dans la mesure où le taux d'intérêt des créances juniors est en principe plus élevé.

177. Créanciers dont le remboursement est incertain – L'affaire Technicolor a révélé cette incohérence. Dans cette affaire, les juges avaient relevé « *qu'il apparaît peu légitime*

[1051] L. Faugérolas, « La subordination des créances », *JCP E*, nº 42, 17 octobre 1991, 84.
[1052] L. Faugérolas, *op. cit.*, nº 29.
[1053] A. Bougnoux, « Titres subordonnés. – commentaires », *JurisClasseur Sociétés Formulaire*, fasc. P-630, 4 mai 2009.
[1054] « *L'obligation qui résulte d'un prêt en argent n'est toujours que de la somme énoncée au contrat*. »
[1055] F.-X. Lucas, *op. cit.*,

C1 - Internal use

d'attribuer un droit de vote à des créanciers dont les créances n'existent, en réalité, qu'en germe[1056] » puisque des porteurs de titres super-subordonnés (TSS) avaient le pouvoir de s'opposer à l'adoption d'un plan alors même qu'ils n'étaient pas impactés par ses dispositions. L'administrateur judiciaire avait considéré que les porteurs de TSS ne pouvaient voter que pour leur créance d'intérêt réactualisé, ce qui a été remis en cause par la cour d'appel de Versailles et la Cour de cassation. Cette jurisprudence a toutefois conduit le législateur à modifier l'article L. 626-5 du Code de commerce afin de prévoir que « *le mandataire judiciaire n'est pas tenu de consulter les créanciers pour lesquels le projet de plan ne modifie pas les modalités de paiement ou prévoit un paiement intégral en numéraire dès l'arrêté du plan ou dès l'admission de leurs créances*[1057] », puis l'ancien article L. 626-30-2 s'agissant des obligataires (même si à notre sens un texte n'était pas nécessaire)[1058]. Dans ce cadre, les administrateurs judiciaires devaient être informés des accords de subordination et avaient la possibilité de définir la valeur d'une créance qui déterminera le nombre de voix que le créancier sera habilité à faire valoir au sein des comités [1059].

2. Les améliorations de la loi de 2010 et ses incertitudes sur la pondération des votes

178. Exception au principe du nominalisme – Avant la transposition de la directive du 20 juin 2019, l'administrateur soumettait aux créanciers les modalités de calcul de leurs droits de vote en comités[1060]. Aucun critère n'était prévu par les textes. Il devait probablement prendre en compte le montant et la nature de la créance. Ces éléments allaient, en effet, lui permettre de déterminer les modalités de calcul du vote correspondant à la situation particulière de chaque créancier. Ce système était de nature à créer une importante insécurité juridique dans la mesure où les conditions de modulation du droit de vote n'étaient pas déterminées par les textes. Pour un auteur, le fait que l'administrateur doive être informé des conventions de subordination n'impliquait pas le droit de modérer les droits de vote des créanciers parties à ces conventions. Cela lui permettait seulement de prendre en considération les seules créances dont l'exercice

---

[1056] T. com. Nanterre, 17 fév. 2010, nº 2010-0036.
[1057] Loi nº 2010-1249 du 22 octobre 2010 - art. 58 (V).
[1058] J.-J. Fraimout, « Contestation de la décision de l'assemblée des obligataires par les porteurs de titres super-subordonnés (TSS) dans l'affaire Thomson ("Technicolor") », *Rev. proc. coll.*, 2011, comm. 41.
[1059] F. Chassaing, N. Morelli, S. Gorrias, J. Baron, M. Menjucq, « La contractualisation du droit des entreprises en difficulté », *Revue des procédures collectives*, nº 3, mai 2015, entretien 2.
[1060] Le quatrième alinéa de l'article L. 626-30-2 du Code de commerce notamment en affirmant que « *l'administrateur soumet à ce créancier les modalités de calcul des voix correspondant aux créances lui permettant d'exprimer un vote* » (souligné par nos soins).

C1 - Internal use

du droit de vote n'est pas bloqué[1061]. Ainsi, faute de texte et en application du principe de nominalisme monétaire, toute réactualisation de la créance était inapplicable[1062]. Néanmoins, l'administrateur était tenu de soumettre aux intéressés les modalités de calcul des votes correspondant aux créances. Le verbe « soumettre » impliquait un pouvoir de négociation, de discussion. Cette référence à des modalités de calcul des droits de vote supposait nécessairement que l'administrateur n'était pas tenu par le principe du nominalisme, celui-ci ne nécessitant pas d'instaurer un dialogue avec les créanciers pour déterminer leurs droits de vote. Il était donc invité à valoriser les créances pour déterminer les droits de vote des créanciers[1063]. Toutefois, ce pouvoir de modération de l'administrateur judiciaire n'existait que pour la procédure faisant intervenir des comités de créanciers, créant une distorsion dans les mesures mises en place en fonction de la taille de la société, ce qui était peu légitime et peu compréhensible. Enfin, ce pouvoir de modération des droits de vote des créanciers subordonnés était source d'insécurité[1064] et d'arbitraire[1065] faute d'être prévu par les textes, empêchant une application homogène. Il était seulement prévu la possibilité d'agir en référé en cas de désaccord. Or, l'action en référé n'est pas adaptée à ce contentieux technique si bien que les contestations pouvaient être de nature à retarder gravement la procédure[1066].

Les mesures permettant de modérer le non-respect de l'ordre de priorité entre les créanciers se sont révélées insuffisantes et appelaient à revoir en profondeur le fonctionnement des comités de créanciers, dont le vice originel provenait de leur composition élitiste alliée à l'application du principe de nominalisme monétaire.

[1061] M. Houssin, *op. cit.*, n° 499.
[1062] P.-M. Le Corre, *op. cit.*, n° 531-221, 1507.
[1063] Dans le même sens, N. Morelli, « L'amélioration du rôle des créanciers dans le cadre de l'adoption du plan, Le point de vue du praticien », *Rev. proc. coll.*, 2014, dossier 35, spéc. n° 10.
[1064] G. Archibald, « Valorisation de la société et droits de vote au sein des comités des créanciers », *BJE*, n° 3, 232.
[1065] P.-M. Le Corre, *op. cit.*,, 1148.
[1066] R. Dammann, G. Podeur, « Le rééquilibrage des pouvoirs au profit des créanciers résultant de l'ordonnance du 12 mars 2014 », *Dalloz*, 2014, 752.

C1 - Internal use

§2/ Des classes de créanciers réunis selon leur intérêt catégoriel

Si le législateur a fait le choix de créer des comités de créanciers c'est-à-dire de réunir un groupe restreint de personnes disposant d'un pouvoir de décision[1067], il est également possible de réunir tous les créanciers affectés par le plan proposé (**A**), puis de les regrouper selon leurs intérêts catégoriels afin de s'assurer que les différents intérêts en présence sont suffisamment représentés pour aboutir à une solution équilibrée (**B**), passant ainsi d'une logique de comité à celle de classe[1068]. C'est ce choix qui a été fait dans le cadre de la transposition de la directive du 20 juin 2019 consacrant en partie en droit français un système de classes de créanciers affectés.

A/ L'éligibilité des créanciers conditionnée à un intérêt

Pour remédier aux problèmes constatés des comités de créanciers, il est impératif de ne consulter que les créanciers qui ont intérêt à se prononcer sur le projet de plan (**1**). La notion de créanciers intéressés doit alors être définie (**2**).

1. La consultation de tous les créanciers affectés

179. Intérêt légitime à voter – Il pourrait être invoqué une règle de bon sens par laquelle les créanciers non concernés ne sont pas éligibles à voter. Très tôt une partie de la doctrine a plaidé pour la suppression du droit de vote des créanciers qui n'ont pas d'intérêt dans le projet de plan : selon M. le Professeur Le Corre « *pas d'intérêt, pas de vote*[1069] ». En effet, permettre à des créanciers qui ne sont pas impactés par le plan de voter conduit à leur conférer le pouvoir de supprimer les droits des autres sans raison légitime. L'auteur ajoute que « *celui qui vote doit évidemment avoir un intérêt à le faire, sauf à ôter toute légitimité à l'exercice d'un droit qui, d'évidence, cesserait d'être démocratique*[1070] ». Ainsi, pour être amené à voter, il faut que le créancier soit en mesure de concéder des droits. C'est à cette condition qu'il peut voter la

---

[1067] Dictionnaire Larousse : « *Réunion de personnes déléguées par une assemblée, par une autorité, constituant un organe collégial de gestion, de consultation, de décision, etc. ; réunion de particuliers pour l'étude de certaines questions, l'examen d'un projet, d'une idée, etc.* »
[1068] Dictionnaire Larousse : « *Ensemble des personnes qui ont en commun une fonction, un genre de vie, une idéologie, etc.* ».
[1069] P-M. Le Corre, « Porteurs de TSS et élaboration des plans de sauvegarde ou de redressement avec comités », *D. Lettre Omnidroit*, 2010, nº 91, 19.
[1070] P.-M. Le Corre, *op. cit*.,, 843.

C1 - Internal use

suppression des droits des autres. Cette règle visant à ne consulter que les créanciers affectés par le plan connaissait déjà des prémices en droit français. Les créanciers de prêts participatifs n'ont pas à être consultés dans le cadre de l'adoption du plan[1071]. Pour les créanciers bénéficiaires d'une fiducie constituée à titre de garantie par le débiteur, sont seuls pris en compte les montants de leurs créances non assorties d'une telle sûreté[1072].

180. Intérêt catégoriel et consultation individuelle des créanciers – En application des articles L. 621-4 et L. 627-3 du Code de commerce, il revient au mandataire de consulter les créanciers qui ont déclaré leur créance, ce qui a laissé présager le caractère impératif de cette procédure quand bien même les créanciers ne seraient pas impactés par le plan[1073]. Il a fallu attendre la loi du 22 octobre 2010 pour prévoir, à l'article L. 626-5 du Code précité, que le mandataire n'est pas tenu de consulter les créanciers pour lesquels le projet de plan ne modifie pas les modalités de paiement ou prévoit un paiement intégral en numéraire dès l'arrêté du plan ou dès l'admission de leurs créances. Un auteur note qu'il est regrettable que le texte fasse référence au créancier et non à la partie de la créance non impactée par le plan dans la mesure où il est possible qu'un même créancier soit titulaire de plusieurs créances de nature différente. Il en est de même de ceux dont la créance ne peut faire l'objet de remises ou de délais (article L. 626-20 du Code de commerce). Ne sont pas concernés par la consultation individuelle les salariés pour les créances couvertes par le superprivilège des salaires ou dont le montant n'a pas été avancé par l'AGS[1074], ni pour les créanciers bénéficiant du privilège de conciliation[1075]. Pour M. le Professeur Lucas, cette modification semble surabondante : « *N'était-il pas déjà possible de ne pas consulter les créanciers non affectés par le projet de plan dès lors que la consultation des créanciers a pour objet essentiel de recueillir leur accord sur les atteintes à leurs droits qui leur sont proposées*[1076] ? » La cour d'appel de Lyon a ainsi retenu qu'il n'y a pas lieu de consulter les créanciers pour lesquels un paiement en un seul dividende est prévu un

---

[1071] L'article L. 313-16 du Code monétaire et financier dispose désormais qu'« *en cas de procédures de sauvegarde ou de redressement judiciaire par continuation de l'entreprise débitrice, le remboursement des prêts participatifs et le paiement des rémunérations prévues sont suspendus pendant toute la durée de l'exécution des plans de sauvegarde ou de redressement judiciaire* ».

[1072] L. 626-3°-2 al. 4.

[1073] En ce sens, M. Houssin, *La subordination de créance, analyse de la subordination à l'épreuve de la procédure collective*, préf. F.-X. Lucas, LGDJ, Bibliothèque de droit des entreprises en difficultés, tome 15, 2018, 216, n° 274.

[1074] Sauf pour les sommes avancées par l'AGS et qui sont traitées comme des créances antérieures.

[1075] Depuis la clarification de l'ordonnance du 12 mars 2014. En ce sens, Pérochon, *op. cit.*, n° 975. Contra : P.-M. Le Corre, *op. cit.*, n° 512.121.

[1076] F.-X. Lucas, « La subordination des créances à l'épreuve de la procédure collective », *Rev. Proc. Coll.*, mai-juin 2013, dossier 19.

C1 - Internal use

mois après l'adoption du plan[1077]. En dehors des classes de créanciers, il est possible, au-delà de la faculté de faire des propositions différenciées aux créanciers, de ne pas négocier avec certains d'entre eux[1078]. En effet, l'article R. 626-7 I du Code de commerce prévoit que les propositions pour le règlement des dettes doivent être adressées par lettre recommandée à chaque créancier consulté ayant déclaré sa créance, ce qui atteste de la possibilité de ne pas consulter la totalité des créanciers antérieurs. Il serait, en effet, inutile de consulter des créanciers pour lesquels aucune proposition n'est prévue de sorte que seul le rééchelonnement leur sera imposé par le juge. Par ailleurs, le II du même article R. 626-7 prévoit que le mandataire judiciaire adresse aux créanciers consultés l'ensemble des propositions relatives au règlement des dettes, ce qui atteste de la possibilité de formuler des propositions différentes aux créanciers – dans le cas contraire il ne serait pas nécessaire d'instaurer une procédure transparente pour obtenir un consentement éclairé du créancier. Cette analyse est confirmée à la lecture de l'article L. 626-5 du Code de commerce qui dispose que « *les propositions pour le règlement des dettes peuvent porter sur des délais, remises et conversions en titres donnant ou pouvant donner accès au capital* ». Le texte résulte d'un amendement du député Serge Charles destiné à modifier le projet de loi qui prévoyait des « *propositions de règlement du passif* ». Serge Charles indiquait en effet ceci : « *Dès lors qu'il n'y a plus concordat, le règlement des dettes peut être envisagé individuellement. C'est pourquoi je propose que l'on parle de "dette" et non de "passif". Cette rédaction me parait plus conforme à l'esprit du projet de loi. Il convient, en effet, d'évoquer non pas le règlement du passif, c'est-à-dire de la totalité des dettes, mais les propositions pour le règlement des dettes considérées individuellement*[1079]. » Ainsi, la possibilité de propositions différenciées est encouragée par l'utilisation du pluriel et par la référence au règlement des dettes du débiteur. En effet, dans le cadre d'une consultation individuelle le recours au principe d'égalité des créanciers semble superflu puisque la consultation ne pourra aboutir sur un accord opposable au juge – qui ne pourra que réduire les délais et les remises accordés – que si le créancier y consent[1080]. Il pourrait toujours être objecté qu'un créancier pourrait contester une proposition différenciée faite à un autre créancier en la considérant comme plus avantageuse. Dans cette hypothèse, les aspects contractuels de cette

[1077] Lyon, ch. A, 13 mai 2015, RG n° 15/00926 ; Rev. Proc. Coll. 2015, comm. 101, note Lebel.
[1078] N. Ghalimi, « Le traitement différencié des créanciers dans les plans de sauvegarde et de redressement », *LPA*, 19 déc. 2014, n° 253, 4.
[1079] Ass. nat. 3e séance, 6 avr. 1984, 1260.
[1080] Les modalités d'acceptation de la proposition sont aménagées pour plus de célérité et d'efficacité de la procédure collective ; le silence valant acceptation sauf en ce qui concerne la conversion des créances en titres de capital.

C1 - Internal use

procédure de remises négociées pourraient permettre au créancier de faire une contre-proposition. D'où l'importance de la phase préalable de négociation informelle avec les créanciers. L'intervention du juge imposant des délais uniformes pouvant aller jusqu'au rééchelonnement de la créance sur dix ans n'intervient qu'à titre subsidiaire. Même dans cette hypothèse, le juge a la possibilité de prévoir un choix pour les créanciers comportant un paiement dans des délais uniformes plus brefs mais assorti d'une réduction proportionnelle du montant de la créance[1081]. Le traitement égalitaire est donc à relativiser même si l'option sera la même pour tous les créanciers. On pourrait même considérer à l'aune d'une vision plus moderne du principe d'égalité que le traitement unifié des créanciers dans les propositions d'échelonnement de leur créance est contraire au principe d'égalité. Néanmoins, l'ordonnance du 15 septembre 2021 a saisi partiellement l'opportunité de consacrer ce principe pour toutes les procédures. En effet, la notion de parties affectées ne concerne que les procédures faisant appel à des classes de créanciers. La notion d'égalité entre les créanciers, de traitement proportionnel[1082] et la référence aux parties affectées sont absentes des procédures reposant sur la consultation individuelle des créanciers dans lesquelles le juge conserve la faculté de rééchelonner les créances sur une durée maximum de dix ans.

Il s'agit donc d'affirmer un principe général de consultation des seuls créanciers affectés, quelle que soit la taille de la société débitrice (avec ou sans classes de créanciers) et peu important la procédure collective ouverte[1083]. Encore faut-il définir les critères d'éligibilité aux classes de créanciers.

2. Des critères d'éligibilité des créanciers

Si seuls les créanciers affectés sont censés participer à l'adoption du plan de continuation envisagé, il convient de déterminer ce qu'il faut entendre par créancier affecté (**a**) et comment mettre en place ce principe pour ne pas retarder l'adoption d'un plan à cause d'une sophistication excessive des règles d'éligibilité des créanciers (**b**).

[1081] Article L. 626-19 du Code de commerce.
[1082] Article L. 626-32 du Code de commerce.
[1083] La création de classe de créanciers en fonction de la nature de leur créance conduirait à revoir la sauvegarde financière accélérée et la sauvegarde accélérée puisque cette procédure est réservée aux créanciers ayant la qualité de membres du comité des établissements de crédit (R. Dammann, S. Schneider, « La sauvegarde financière accélérée – Analyse et perspective d'avenir », *D.*, 2011, 1429, et M. Houssin, *op. cit.*, n° 319, qui notent que la SFA empêche une catégorisation des créanciers). Il faudrait donc prévoir que la SFA concerne la catégorie des créanciers désignés par le débiteur et l'administrateur judiciaire.

C1 - Internal use

a) Remise en cause des droits ou des intérêts des créanciers

Il existe deux façons de prendre en compte les intérêts des créanciers : de manière objective ou de manière subjective.

180. Directive du 20 juin 2019 – Dès la proposition de directive du 22 novembre 2016 (COM(2016), 773 final[1084]), la Commission européenne s'est prononcée[1085] en faveur d'un traitement différencié des créanciers et a soutenu le principe *d'impaired class* : seuls les créanciers qui ont un intérêt peuvent se prononcer sur un plan de continuation. À ce titre, la directive du 20 juin 2019 prévoit la garantie « *que des droits sensiblement similaires sont traités de manière équitable* ». Le point de référence est donc les droits personnels des créanciers et non leur qualité. La directive complète en précisant que l'impact du plan sur les créanciers se mesure à l'aune de « *leurs droits ainsi que le rang de leurs créances et des intérêts*[1086] ».

i. Les droits des créanciers

Les créanciers affectés seront ceux pour lesquels le plan prévoit un aménagement des éléments substantiels de la créance : le montant, les délais de remboursement, les garanties, le rang. Seuls les créanciers pour lesquels les organes de la procédure ou le débiteur sollicitent des sacrifices en modifiant les modalités essentielles de leur créance pourront être amenés à voter le plan de restructuration.

181. Aux États-Unis, la procédure collective était organisée autour de la notion de classe de créanciers *impaired*, c'est-à-dire présumée avoir refusé le plan lorsqu'il ne (i) laisse pas intact les droits légaux, contractuels ou issus de l'équité des créanciers ou associés, ou (ii) ne réintègre pas le calendrier des paiements prévu initialement, ou (iii) ne prévoit pas un paiement en espèce à la date effective du plan d'un montant égal à la valeur de la créance[1087]. Pour déterminer les

---

[1084] A. Gourio et M. Gillouard, « Proposition de directive relative aux système d'insolvabilité et de restructuration des entreprises », *RDBF*, mars-avril 2017, 1.

[1085] Article 17 de la recommandation de la commission du 12 mars 2014 n° 2014/135 : UE : « *Les créanciers ayant des intérêts divergents devraient être traités en catégories distinctes reflétant ces intérêts. Il conviendrait d'établir une distinction au moins entre les créanciers garantis et non garantis.* »

[1086] Considérant (44).

[1087] U.S.C. § 1124 (traduction libre) : « *Sans préjudice de la section 1123(a)(4) de ce titre, un comité des créanciers est affecté par le plan à moins que, pour chaque créance détenue au sein de ce comité, le plan :*
- ne modifie pas les droits légaux, contractuels ou issus de l'équité que la créance confère au créancier ;

C1 - Internal use

créanciers affectés par le projet de plan, il est également possible de prendre en considération le scénario d'une procédure de liquidation judiciaire. En effet, les créanciers affectés seraient ceux qui percevraient moins en application du projet de plan que dans le cadre d'une liquidation judiciaire. Ils seraient considérés comme n'étant pas affectés par le plan dès lors qu'ils reçoivent des instruments de dette dont la valeur économique est supérieure à la valeur liquidative de leurs titres, c'est-à-dire la somme qu'ils auraient reçue en cas de liquidation judiciaire immédiate de la société. Cela suppose donc de distinguer les créanciers pour lesquels la créance n'a pas commencé à se déprécier des créanciers qui ont déjà tout perdu. Cette distinction permettrait d'écarter les créanciers qui sont suffisamment protégés ou qui n'ont pas à être protégés. Cette logique est celle du **droit espagnol**[1088], dans lequel les créanciers subordonnés sont par principe exclus de toute participation à l'adoption du plan au regard de leur faible probabilité d'être payés en procédure collective, ou **du droit anglais**, qui se réfère au « *test de l'actif du débiteur : les créanciers qui n'ont pas d'intérêt économique dans le débiteur parce que, soit en raison d'une vente résultant du plan ou d'une liquidation, la vente des actifs ne permettra pas de payer la totalité dans la dette senior, n'ont pas besoin d'être consultés et n'ont pas de motif de contester un plan en arguant qu'il affecte injustement leurs intérêts*[1089] ».

Cette référence à la valeur liquidative de la société peut néanmoins être critiquée dans la mesure où l'objectif du plan de restructuration est justement d'éviter la liquidation judiciaire. Un remboursement même partiel de la créance est donc encore plausible à ce stade[1090]. Évincer du vote du plan de restructuration un grand nombre de créanciers sur la base d'un scénario encore très hypothétique de liquidation judiciaire semble disproportionné et peu pertinent. L'appréciation de la valeur liquidative de la société ne devrait pas interférer au stade de la constitution des classes de créanciers sous peine de prendre le risque de retarder excessivement leur constitution alors même que la période d'observation doit être réduite en application de la

---

- *sans préjudice des stipulations contractuelles ou du droit applicable, il autorise le titulaire d'une créance à demander ou à recevoir un paiement anticipé de sa créance après un cas de défaut ;*
- *remédie à un tel défaut lorsqu'il est arrivé avant ou après l'ouverture d'une procédure prévue par ce titre […] ;*
- *rétablit la date d'échéance finale de cette créance telle qu'elle existait avant le défaut ;*
- *indemnise le titulaire de la créance pour le préjudice subi par le créancier au titre de cette inexécution ;*
- *ne modifie pas autrement les droits légaux, contractuels ou issus de l'équité que cette créance confère au créancier.* »

[1088] Décret-loi royal du 25 mai 2015 relatif aux mesures urgentes en matière d'insolvabilité. Cité par M. Houssin, *La subordination de créance, analyse de la subordination à l'épreuve de la procédure collective*, préf. F.-X. Lucas, LGDJ, Bibliothèque de droit des entreprises en difficultés, tome 15, 2018.

[1089] M. Lamy, « La directive "Restructuration et insolvabilité" : le déroulement de la restructuration préventive », *Revue Lamy droit des affaires*, nº 153, novembre 2019..

[1090] M. Houssin, *La subordination de créance, analyse de la subordination à l'épreuve de la procédure collective*, préf. F.-X. Lucas, LGDJ, Bibliothèque de droit des entreprises en difficultés, tome 15, 2018, nº 290, 231.

C1 - Internal use

directive du 20 juin 2019[1091]. Une telle appréciation pourrait conduire à une guerre de valorisation contreproductive à ce stade, les créanciers juniors étant incités à survaloriser l'entreprise et les créanciers seniors à la sous-valoriser[1092]. La directive précitée, en exigeant à l'article 11(1)(b) que le plan soit approuvé « *par une majorité de classes de parties affectées autorisées à voter* », et ce « *à condition qu'au moins une de ces classes soit une classe de créanciers garantis ou ait un rang supérieur à celui de la classe des créanciers chirographaires* », et l'ordonnance du 15 septembre 2021 qui consacre cette solution, simplifient la détermination des créanciers habilitée à voter en intégrant les créanciers garantis, présumant ainsi qu'ils sont « *in money* ».

L'appréciation objective basée sur la nature de la créance et ses modalités semble la plus prévisible et juste. Mais il est également possible de prendre en considération des aspects plus subjectifs relatifs à la relation entretenue entre le débiteur et ses créanciers.

ii. Les intérêts des créanciers

La notion d'intérêt renvoie à des avantages matériels ou moraux du créancier, c'est-à-dire une notion plus subjective que celle de l'affectation des droits des créanciers. En effet, certains partenaires du débiteur peuvent être potentiellement plus affectés par la procédure collective, compte tenu de leur intérêt à maintenir un volant d'affaires avec la société en difficulté pour assurer leur propre viabilité ou pérennité, que par la restructuration de leur droit de créance[1093]. Cette situation laisse entière la question de savoir s'il est possible de prendre en considération des éléments subjectifs tels que décrits ci-dessus.

Certains auteurs considèrent que la notion d'intérêt ne devrait pas être appréciée subjectivement en fonction des motivations personnelles de chaque créancier, car la restructuration deviendrait

---

[1091] Article 6.7 : la durée maximale de la suspension des poursuites est fixée à douze mois.
[1092] L. Stanghellini, R. Mokal, C.G. Paulus, I. Tirado, « Best practices in European restructuring. Contractualised distress resolution in the shadow of the law », CEDAM, 2018, 37, https://www.codire.eu/materials/. M. Houssin, *La subordination de créance, analyse de la subordination à l'épreuve de la procédure collective*, préf. F.-X. Lucas, LGDJ, Bibliothèque de droit des entreprises en difficultés, tome 15, 2018, 25, nº 320.
[1093] A. Martin-Serf, « Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires des entreprises. – Effets à l'égard des créanciers prêteurs de capitaux », *JurisClasseur Sociétés Traité*, fasc. 41-60, 3 septembre 2017, nº 97 : « *Les créanciers bailleurs de fonds n'attendent que le remboursement de leurs créances, alors que les autres créanciers sont souvent des partenaires économiques de la personne morale pour lesquels le plus important est la sauvegarde de leur propre activité, dussent-ils y sacrifier certaines créances pour prix du maintien de courants d'affaires satisfaisants avec l'entreprise en difficulté.* »

C1 - Internal use

alors impraticable[1094] et source de contestation. La prise en compte des intérêts subjectifs pourrait toutefois être mise en exergue pour justifier la constitution d'une classe spécifique et dédiée. Ainsi, le créancier ayant un intérêt subjectif doit être considéré comme affecté par le plan pour pouvoir être consulté. Il en serait ainsi de tout nouvel investisseur ou créancier postérieur garanti qui voudrait réinjecter des fonds sans toutefois consentir de sacrifices dans le cadre du projet de plan. Pour éviter cette situation, il pourrait être envisagé d'intégrer la justification économique légitime du droit américain permettant de consulter tout créancier ayant pris un engagement concret de soutien financier de la société par un apport de trésorerie en cours de procédure ou dans le cadre du plan proposé.

182. Impact positif – La notion d'intérêt peut permettre de prendre en considération l'impact positif d'une procédure collective sur les droits des créanciers. C'est le cas, par exemple, du rééchelonnement d'une créance senior, lequel provoque *ipso facto* celui des créances juniors, qui ne doivent être payées qu'après remboursement intégral du montant nominal de la créance senior. De la même façon, les remises de dettes consenties par les créanciers seniors ont forcément un impact sur les créanciers juniors qui voient leur situation s'améliorer, car ils pourront, en principe, plus rapidement se prévaloir du remboursement de leur créance. S'agissant de la conversion de la créance senior en capital, là encore, les droits des créanciers juniors sont forcément impactés par cette conversion en titre de capital de la créance senior. Par conséquent, bien souvent les créanciers juniors seront amenés à voter ou à être consultés à chaque fois que les créances seniors sont modifiées. Il faut noter à cet égard que le droit américain a adopté une interprétation large de la notion de créance affectée puisque cela concerne les modifications positives comme négatives[1095].

Les règles de répartition des créanciers devraient donc dépendre de la nature et des caractéristiques de la créance – et à titre exceptionnel des efforts supplémentaires qu'ils sont prêts à consentir en apportant des fonds à la société –, afin de s'assurer une composition flexible et objective tout en habilitant le juge, dans la continuité des pratiques actuelles, à s'assurer que leurs intérêts sont suffisamment protégés[1096]. L'ordonnance du 15 septembre 2021 a arbitré, de manière plus originale, en prévoyant que l'administrateur judiciaire est tenu d'établir les critères

---

[1094] M. Houssin, *La subordination de créance, analyse de la subordination à l'épreuve de la procédure collective*, préf. F.-X. Lucas, LGDJ, Bibliothèque de droit des entreprises en difficultés, tome 15, 2018, 25, n° 321.
[1095] M. Houssin, *La subordination de créance, analyse de la subordination à l'épreuve de la procédure collective*, préf. F.-X. Lucas, LGDJ, Bibliothèque de droit des entreprises en difficultés, tome 15, 2018, n° 284, 227.
[1096] Voir Chapitre 3.

C1 - Internal use

de répartition des créanciers dans les classes de parties affectées au vu des créances et droits nés antérieurement à la date du jugement d'ouverture et sur la base de critères objectifs et vérifiables. Il est également prévu que pour les entreprises qui ne remplissent pas les seuils de constitution obligatoire des classes de parties affectées[1097], les détenteurs de capital peuvent apporter une contribution non monétaire à la restructuration, s'ils sont affectés par le projet de plan, en apportant par exemple, leur expérience, leur réputation ou leurs contacts professionnels. Il n'est donc pas question de permettre aux détenteurs de capital d'être réputés affectés par le seul apport d'une contribution non monétaire à l'instar de la justification économique légitime du droit américain qui va au-delà des seuls détenteurs de capital et qui, a contrario, vise à valoriser une contribution monétaire des créanciers.

b) Application

183. Détermination des créanciers concernés – Dans le régime antérieur à la transposition de la Directive, l'administrateur devait se fier aux documents comptables de l'entreprise certifiés par les commissaires aux comptes ou vérifiés par un expert-comptable pour déterminer les créanciers éligibles, dans la mesure où les procédures de vérification des créanciers avaient peu de chance d'être achevées lors de l'élaboration du plan. L'administrateur pouvait donc se référer aux postes « dettes financières » et « dettes d'exploitation » pour les dettes fournisseurs[1098]. Il convenait de noter que la déclaration faite par le débiteur dans le délai de deux mois à compter de la publication au BODACC du JO devait comporter (i) le montant de la créance due au jour du jugement d'ouverture avec indication des sommes à échoir et de la date de leurs échéances et (ii) la nature du privilège ou de la sûreté dont la créance est éventuellement assortie. L'ordonnance du 15 septembre 2021 prévoit que désormais le créancier est tenu de préciser l'assiette de sa sûreté et non plus seulement sa nature. Dans un système de classes de créanciers réunis en fonction de la nature de leur créance et non plus selon leur qualité de créanciers, il est nécessaire de déterminer la quote-part de la créance couverte par une sûreté réelle ; le créancier peut se retrouver à voter dans deux classes de créanciers (garantis et chirographaire) au titre de la même créance. Pour un auteur, cette obligation ne comprenait pas l'état de subordination de la créance par rapport à une autre dans la mesure où les accords de subordination constituent

[1097] Article R. 626-52 du Code de commerce : 250 salariés et 20 millions d'euros de chiffre d'affaires net, ou 40 millions d'euros de chiffre d'affaires net.
[1098] G. Bremond, E. Scholastique, « Réflexions sur la composition des comités de créanciers dans les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaires », *JCP E*, 2006, 1405.

C1 - Internal use

des accessoires de la créance[1099]. Il fallait donc inciter le débiteur à déclarer toutes les dettes à restructurer, toutes les sûretés consenties et les accords de subordination. À défaut, elles devraient être déclarées, sauf fraude, inopposables à la procédure collective. En ce sens, l'ordonnance du 15 septembre 2021 prévoit que les sûretés et les accords de subordination, au même titre que les créances, non déclarées régulièrement dans les délais légaux sont inopposables au débiteur pendant et après l'exécution du plan[1100]. Cette disposition est applicable en sauvegarde comme en redressement judiciaire et bénéficie aux personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté un bien en garantie[1101].

L'objectif est donc de déterminer la liste des créanciers impactés sur la base des déclarations du débiteur, de ses documents comptables et des premières déclarations de créance des créanciers. Le décret du 23 septembre 2021[1102] prévoit que les modalités de répartition en classes et de calcul des voix sont ensuite soumises par l'administrateur à chaque partie affectée, au moins vingt et un jours avant la date du vote par les classes de parties affectées. Il est étonnant que le décret prévoie que l'administrateur soumette ces modalités dans la mesure où il a été considéré, en application du droit en vigueur avant la transposition de la directive, que cette soumission aux créanciers supposait une discussion avec eux. Cette négociation est compréhensible dans un système où il revient à l'administrateur de moduler les droits des créanciers pour faire notamment respecter les accords de subordination. Il est plus étonnant lorsque les créanciers sont réunis selon leur droit et la nature de la créance mettant fin à la modulation de leurs droits mise en place pour voter équitablement au sein de comité de créanciers. Le maintien de ce dispositif ne se comprend que pour éviter d'éventuels recours en cas de différends quant aux modalités de répartition des créanciers dans les classes de créanciers. En effet, la répartition proposée par l'administrateur judiciaire est susceptible de

---

[1099] M. Houssin, *La subordination de créance, analyse de la subordination à l'épreuve de la procédure collective*, préf. F.-X. Lucas, LGDJ, Bibliothèque de droit des entreprises en difficultés, tome 15, 2018.

[1100] Article L. 622-26 du Code de commerce. Cette solution s'applique même pour les bénéficiaires d'une sûreté réelle conventionnelle constituée sur les biens du débiteur en garantie de la dette d'un tiers, quand bien même ils ne sont pas *stricto sensu* les créanciers du débiteur en procédure collective.

[1101] L'ordonnance du 15 septembre 2021 supprime, en effet, le dernier alinéa de l'article L. 631-14 du Code de commerce qui disposait que les garants et coobligés ne peuvent se prévaloir, en procédure de redressement judiciaire, ni de l'inopposabilité des créances non déclarées, ni de l'arrêt du cours des intérêts tel que prévu par l'article L. 622-28 al. 1 du Code de commerce. Le renvoi à l'article L. 622-26 al. 2 du Code de commerce, tel que modifié, par l'ordonnance permet désormais aux garants ou coobligés personnes physiques de se prévaloir de ces dispositions, même après l'exécution du plan.

[1102] Décret n° 2021-1218 du 23 septembre 2021 portant modification du livre VI du Code de commerce.

C1 - Internal use

recours devant le juge-commissaire par requête[1103] dans un délai de dix jours à compter de la notification des modalités de répartition par l'administrateur[1104]. La décision rendue aura l'autorité de la chose jugée. Il s'agit donc d'éviter dans la mesure du possible toute source de contestation à cette étape préliminaire indispensable pour voter le projet de plan. Dans le cas contraire, les sources de contestation sont en principe purgées avant le vote du projet puisque les classes sont appelées à se prononcer sur le projet de plan dans un délai de 20 à 30 jours à compter de la transmission du projet[1105]. À ce titre, la référence à l'article L 626-31 du Code de commerce à la condition pour arrêter le plan approuvé par les classes de créanciers affectés par laquelle il convient de vérifier que « *les parties affectées, partageant une communauté d'intérêt suffisante au sein de la même classe, bénéficient d'une égalité de traitement et sont traitées de manière proportionnelle à leur créance ou à leur droit* », ne doit pas se comprendre comme l'obligation de vérifier, après le vote du plan, la régularité de la composition des classes de créanciers. Les éventuelles contestations sur ce fondement doivent, en effet, être portées avant le vote du plan, sous peine de retarder excessivement la procédure. Selon nous, le législateur se réfère à la « *communauté d'intérêt suffisante au sein d'une même classe* » afin de définir le cadre de référence dans lequel doit se comprendre le principe d'égalité et l'égalité de traitement.

i. Les créanciers présumés non affectés par le plan

184. Les créanciers présumés non affectés – La composition des classes de créanciers est faite compte tenu des créances antérieures admises et de la qualité du créancier. À ce titre, certaines créances peuvent être présumées non affectées par le plan proposé dans la mesure où leur titulaire (i) n'a pas vocation à être sollicité pour contribuer à la pérennité de la société ou (ii) ne peut pas – ou difficilement – concéder une restructuration de ses droits ou encore (iii) ne peut concéder aucun droit, notamment parce qu'ils seront payés à échéance. Également, doivent être considérés comme non affectés les créanciers dont la créance est inopposable à la procédure collective[1106].

[1103] Article L. 661-7, 1° du Code de commerce, article 67 de l'ordonnance, excluant la tierce-opposition et le recours en cassation. Le recours est ouvert à chaque partie affectée, le débiteur, le ministère public, le mandataire judiciaire ou l'administrateur judiciaire.
[1104] Article R. 626-58, I, alinéa 2 du Code de commerce, article 22 du décret.
[1105] Ce délai peut être augmenté ou réduit par le juge-commissaire sur demande du débiteur ou de l'administrateur judiciaire mais ne peut être inférieur à quinze jours.
[1106] En l'absence de déclaration de créance s'agissant des créanciers antérieurs, ou compte tenu de leur caractère irrégulier s'agissant des créanciers postérieurs.

C1 - Internal use

185. Les petits créanciers – Il en est de même pour les petites créances inférieures à 500 euros. En effet, celles-ci sont remboursées sans délais ni remises dans la limite de 5 % du passif. Il est donc possible en théorie que ce type de créance ne soit pas totalement désintéressé et puisse être affecté par les dispositions du plan. Il faut noter que depuis l'ordonnance du 12 mars 2014, il est prévu que si ces créances ne sont pas susceptibles de faire l'objet de remises et de délais, il est possible pour leurs titulaires de les accepter. Il convient dès lors de consulter ces créanciers, sans que le refus ou leur silence puisse conduire le tribunal à leur imposer un rééchelonnement de leur créance. S'il est désormais acquis que les créanciers ne sont consultés que s'ils sont affectés par le plan, leur participation est exclue s'agissant des propositions qui ne peuvent être adoptées sans leur accord exprès. L'ordonnance confirme cette solution pour les créances d'un faible montant. Il en est de même pour les créances salariales.

186. S'agissant des créances des salariés de l'entreprise en difficulté, la directive du 20 juin 2019 prévoit qu'il est possible pour les États membres de les considérer comme une partie non affectée par le plan[1107]. Ce qui sera, en l'état du droit français[1108], le cas en leur qualité de titulaires du superprivilège des salaires[1109]. En effet, il est traditionnellement considéré en droit français que les salariés n'ont pas à subir le risque de l'insolvabilité dans la mesure où le salarié ne « *participe pas aux résultats de l'entreprise* » et que « *la créance salariale revêt un caractère alimentaire au sens large du terme*[1110] ». Il ne semble donc pas nécessaire de constituer une classe de créances détenues par les salariés : ce type de créance n'a pas vocation à être restructurée[1111]. L'article L. 626-20 du Code de commerce prévoit que les créances salariales[1112] ou bénéficiant du privilège de conciliation[1113] ne peuvent faire l'objet de remises ou de délais imposés par le tribunal. Par conséquent, quand bien même les dispositions du plan leur sont opposables, les titulaires de ces créances n'en sont pas parties[1114]. D'autres considèrent

---

[1107] Considérant (61) : « *Les États membres pourraient aussi exclure les créances des travailleurs du champ d'application du cadre de restructuration préventive et organiser leur protection dans le cadre du droit national.* »
[1108] Il ne s'agit pas d'une pratique universelle. Un auteur relève que « *le droit américain accorde un privilège restreint aux salariés. Les créances salariales antérieures à la procédure ne sont prioritaires que dans la limite de 12 850 dollars par salarié. Tout solde est chirographaire et traité comme tel* ». S. Barbé, « La gestion opérationnelle : différences entre procédure française et procédures américaines », *BJE*, juill. 2018, nº 4, 290.
[1109] Considérant (43) : « *La notion de parties affectées ne devrait comprendre que les travailleurs en leur qualité de créanciers. Par conséquent, si un État membre décide d'exempter les créances des travailleurs du cadre de restructuration préventive, les travailleurs ne devraient pas être considérés comme des parties affectées*. »
[1110] O. Buisine, « De quelques propositions relatives à la transposition de la directive Restructurations préventives et à la réforme du droit des sûretés », *Rev. proc. coll.*, juillet-août 2019, nº 4.
[1111] P.-M. Le Corre, « Les comités des créanciers », *Rev. proc. coll.*, 2011, colloque 3, spéc. nº 17.
[1112] Soit les créances garanties par le privilège des articles L. 3253-2 à 4 et L. 7313-8 du Code du travail.
[1113] Au titre de l'article L. 611-11 du Code de commerce.
[1114] P.-M. Le Corre, *op. cit.*, nº 522.141.

C1 - Internal use

que « *s'il était envisagé de constituer une classe de créanciers pour les créances salariales (hors super privilège, payé, là aussi, à l'arrêté du plan) il s'agirait, pour l'immense majorité des cas, des sommes avancées par l'AGS qui se trouvera subrogée dans les droits des salariés et des salariés "plafonnés", c'est-à-dire pour le solde de ceux dont les créances salariales n'ont pas été intégralement avancées*[1115] ». Intégrer les salariés permettrait à ces derniers de faire entendre leur voix dans le processus d'adoption du plan, notamment s'il existe des plans concurrents. Néanmoins, cette participation serait très diluée, car ne seraient prises en compte que les créances salariales qui n'ont pas été appréhendées par le superprivilège des salaires, sauf à remettre en cause ce privilège, à l'instar du droit allemand de l'insolvabilité. Cette suppression relève d'un choix politique qui n'est pas prescrit par la directive et qui serait en rupture par rapport à la culture française des procédures collectives. Le droit français semble se diriger vers une exemption des salariés, l'avant-projet d'ordonnance les considérant comme des créanciers non affectés. L'ordonnance du 15 septembre 2021 le confirme en excluant des classes de créanciers les créances résultant d'un contrat de travail mais également les droits à pension acquis au titre d'un régime de retraite professionnelle.

187. Les créanciers qui peuvent difficilement être affectés par le plan – Les **créanciers publics**[1116] peuvent concéder des remises de créances dans les mêmes conditions que les autres créanciers. Particulièrement, les administrations financières, les organismes de sécurité sociale, Pôle emploi pour le compte de l'organisme gestionnaire du régime d'assurance chômage, les institutions régies par le livre IX du Code de la sécurité sociale et les institutions régies par le livre VII du Code rural et de la pêche maritime sont concernés par le dispositif spécial de remise de dettes. Ainsi, sur saisine d'une commission réunissant les chefs des services financiers et les représentants des organismes et institutions intéressés, il sera possible de concéder dans certaines conditions des remises de dettes afin de « *faciliter la restructuration financière de l'entreprise en difficulté, la poursuite de son activité économique et le maintien de l'emploi*[1117] ». L'examen de la demande est effectué en tenant compte « *(i) des efforts consentis par les créanciers autres que ceux mentionnés à l'article D. 626-9, (ii) des efforts financiers consentis par les actionnaires et les dirigeants, (iii) de la situation financière du débiteur et des*

[1115] https://www.banque-france.fr/sites/default/files/rapport_36_f.pdf
[1116] À noter que la directive du 20 juin 2019 relative aux cadres de restructuration préventive, à la remise de dettes et aux déchéances, et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes, ne prévoit pas d'inclure dans son champ d'application les organismes publics dont les remises de dettes et les rééchelonnements de créances restent régis par le droit national.
[1117] Article D. 626-15 du Code de commerce.

C1 - Internal use

perspectives de son rétablissement pérenne, (iv) du comportement habituel du débiteur vis-à-vis des créanciers mentionnés à l'article D. 626-9, (v) des éventuels autres efforts consentis par ces créanciers portant sur les cessions de rang de privilège ou d'hypothèque ou l'abandon de ces sûretés ou les délais de paiement déjà accordés[1118] ». Le dispositif spécial de remise de dettes a été élaboré pour être en conformité avec la réglementation européenne sur les aides d'État[1119]. En effet, si le créancier public est supposé être assimilé au créancier privé, notamment s'agissant des délais de paiement imposés aveuglément à tous les créanciers, qu'ils soient privés ou publics[1120], cette assimilation comprend beaucoup de limites, à tel point qu'un auteur évoque un principe « *mirage* » bien loin de la réalité[1121]. La procédure décrite ci-dessus comprenant une décision des chefs des services financiers et des représentants des organismes et institutions intéressés à l'unanimité est insusceptible de recours. Cette procédure particulière conduit à exclure le créancier public d'un processus de classes de créanciers où règnent la loi de majorité et la possibilité d'un écrasement interclasses des créanciers. Quand bien même les caractéristiques particulières des créances publiques conduiraient à les isoler dans une classe dédiée, l'impossibilité de leur imposer des remises de dettes dans le cadre d'une procédure commune à tous les créanciers conduit à préserver la procédure telle qu'elle existe en application des articles D. 626-9 à 15 du Code de commerce. En ce sens, la directive a prévu la possibilité pour les États membres que les créanciers institutionnels publics ne puissent se voir imposer une annulation totale ou partielle de leur créance[1122]. L'avant-projet d'ordonnance prévoit de façon originale que la constitution d'une classe de créanciers publics serait facultative, sans plus de précisions. L'ordonnance du 15 septembre 2021 confirme que les créanciers publics privilégiés peuvent être regroupés dans une ou plusieurs classes si la composition du passif de l'entreprise le justifie[1123].

188. Les créanciers n'ayant pas vocation à participer au plan de continuation de la société – Il faut citer, en premier lieu, les titulaires d'une créance postérieure dans la mesure où

[1118] Article précité.
[1119] Lignes directrices concernant les aides d'État au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté autres que les établissements financiers, JOUE n° C 249, 31 juill. 2014, 1-28.
Vade-mecum des aides d'État, direction des affaires juridiques du ministère de l'Économie : fiche 12, 8e éd., 2016.
[1120] Article L. 626-5 du Code de commerce
[1121] M. Laroche, E. Merly, « Créanciers publics - Les créanciers publics face aux plans », *Revue des procédures collectives*, n° 4, juillet 2019, dossier 33.
[1122] Considérant (52).
[1123] Leur privilège permettant d'exclure dans un grand nombre de cas une application forcée interclasse qui requiert le respect de l'ordre de priorité et doit accorder un meilleur traitement aux créanciers publics privilégiés qu'en cas de liquidation judiciaire ou de scénario de continuation alternatif à celui rejeté par les intéressés.

C1 - Internal use

ils n'ont pas à consentir des délais de paiement ou des remises, en application du droit en vigueur. L'article L. 626-30-2 du Code de commerce prévoit que « *ne prennent pas part au vote les créanciers pour lesquels le projet de plan ne prévoit pas de modification des modalités de paiement ou prévoit un paiement intégral en numéraire dès l'arrêté du plan ou dès l'admission de leurs créances* » [1124]. C'est sur ce fondement qu'il est d'ores et déjà possible d'écarter les créanciers payés à échéance pendant la période d'observation, comme c'est le cas s'agissant du crédit-bailleur qui, contrairement au prêt simple de deniers, n'encourt pas le gel des encours, considérés comme un contrat en cours, en application de l'article L. 622-13 du Code de commerce. Il en est de même pour les créanciers bénéficiaires du privilège de « *new money* » de l'article L 611-11 du code de commerce et du privilège dit de « *post money* » institué par l'ordonnance du 15 septembre 2021[1125]. Ce dernier privilège de sauvegarde ou de redressement est reconnu aux personnes qui consentiront un nouvel apport de trésorerie au débiteur (i) pendant la période d'observation en vue d'assurer la poursuite de l'entreprise et sa pérennité pour la durée de la procédure[1126], ou (ii) dans le cadre d'un plan de sauvegarde ou de redressement[1127]. Au sein du classement relatif aux créances postérieures utiles, les créances bénéficiant du privilège de « *post money* » sont payées en second rang, après les créances de salaires dont le montant n'a pas été avancé par l'AGS et avant les créances résultant de prêts et de différés de paiements consentis par les contractants sur autorisation du juge-commissaire. Les créanciers bénéficiant de ce privilège ne peuvent se voir imposer des délais ou remises dans le cadre d'un plan de sauvegarde ou de redressement. Ils peuvent donc être considérés *per se* comme des créanciers non affectés par la procédure collective qui n'ont pas à être appelés à statuer sur le projet de plan proposé.

189. Les titulaires d'une sûreté propriété – L'ordonnance du 15 septembre 2021 pérennise la situation du créancier bénéficiaire d'une fiducie-sûreté qui n'est pas appelé à voter le projet

---

[1124] P.-M. Le Corre, « Porteurs de titres super-subordonnés et élaboration des plans de sauvegarde ou de redressement avec comités », *D.,* 2010, 842 : « *La finalité de la consultation est de permettre au créancier de se positionner sur ces éventuels abandons de créances et délais qu'il entend consentir dans le cadre du plan, et qui conditionneront le montant et le moment des dividendes du plan qu'il percevra. Or, comme la technique des comités des créanciers est alternative par rapport à la consultation individuelle des créanciers préparatoire à l'adoption du plan de sauvegarde, elle a évidemment la même portée. Seuls les créanciers antérieurs sont consultés sur les délais et remises qu'ils entendent consentir au débiteur. Parce que seules ces créances peuvent être intégrées au plan.* »

[1125] Articles L. 622-17 et L. 626-2 du Code de commerce.

[1126] L'apport devra être autorisé par le juge-commissaire dans la limite nécessaire à la poursuite de l'activité pendant la période d'observation et faisant l'objet d'une publicité.

[1127] Le projet de plan devra mentionner les engagements d'effectuer des apports de trésorerie, et le jugement qui arrête ou modifie le plan devra mentionner de manière distincte ces apports qui seront pris pour l'exécution du plan.

C1 - Internal use

de plan, faute d'être affecté par celui-ci dans l'hypothèse où l'assiette du patrimoine fiduciaire couvre l'intégralité du montant de la créance de son bénéficiaire. Il est possible de généraliser cette solution à tous les détenteurs d'une sûreté propriété lorsque le bien objet de celle-ci est sorti du patrimoine du débiteur et n'est plus entre ses mains soit au titre d'une fiducie-sûreté soit au titre d'un droit de rétention non-fictif ou d'une action en revendication fructueuse. Ainsi, en généralisant la situation du créancier bénéficiaire d'une fiducie-sûreté, les créanciers assurés de recevoir le paiement de leur créance à hauteur du montant affecté à leur sûreté ne devraient pas être autorisés à participer au vote. En l'état du droit des sûretés et des procédures collectives, ne sont pas affectés les créanciers bénéficiaires de sûretés-propriété qui permettent d'assurer un paiement à hauteur du bien en garantie malgré la procédure collective. En effet, si le bien grevé d'une sûreté est vendu pendant la période d'observation, la quote-part du prix doit être consignée auprès de la Caisse des Dépôts et Consignations afin de purger la procédure d'ordre pour le cas où il existerait des droits éventuellement concurrents d'autres créanciers. Il en est de même pour les créanciers qui ont fait valoir leur droit de revendication sur un bien grevé d'une sûreté. À ce titre, le Haut Comité Juridique de la Place Financière de Paris (HCJP) note qu'il est important d'éviter les « *atermoiements* » possibles quant à l'issue d'une action en revendication afin de fixer rapidement la composition des classes de créanciers[1128]. D'autant que le droit des procédures collectives en tant que branche du droit d'ordre public prime sur le droit des sûretés[1129]. Le créancier garanti sera alors payé sous réserve du paiement de créanciers sur-privilégiés. Telle n'est pas la situation de tous les créanciers bénéficiaires d'une sûreté réelle. En effet, le créancier gagiste sans dépossession dispose d'un droit de rétention « fictif » qui ne sera opposable que lors d'une liquidation judiciaire ou dans l'hypothèse d'un plan de cession[1130]. Il convient de noter que dans le cadre d'un plan de cession, en application de l'article L. 642-12 du Code de commerce, certains créanciers vont bénéficier du transfert de la charge de la sûreté réelle.

190. Créanciers d'un prêt participatif – Ces prêts ne sont en principe remboursés qu'en cas de liquidation, après désintéressement complet de tous les autres créanciers[1131]. Il importe donc que ces créanciers ne puissent obtenir dans le cadre d'un plan de sauvegarde ou de redressement ce qu'ils n'auraient pu obtenir dans le cadre d'une liquidation judiciaire. Ils n'ont donc pas

---

[1128] https://www.banque-france.fr/sites/default/files/rapport_36_f.pdf
[1129] Cass. com., 22 janv. 2020, nº 18-21647, nº 52 P+B : 2020, Éditions Législatives, note P. Roussel Galle.
[1130] Les articles L. 622-7, I et L. 631-14 prévoyant son inopposabilité lors de la période d'observation et pendant l'exécution d'un plan de continuation de sauvegarde ou de redressement judiciaires.
[1131] Article 26 de la loi nº 78-741 du 13 juillet 1978.

C1 - Internal use

vocation à participer aux classes de créanciers faute de pouvoir concéder quelque droit que ce soit[1132]. De la même façon, s'agissant du porteur de titres super-subordonnés, « *il est concevable d'intégrer dans le calcul prévu à l'alinéa 3 de l'article L. 626-32 du code de commerce, le porteur de TSS au titre de sa créance représentative du nominal, qui ne peut être payée pendant l'exécution du plan de sauvegarde ou de redressement*[1133] ». Seule la subordination partielle pose question, le calendrier de remboursement du créancier étant dans ce cadre bousculé.

191. La problématique des créances éventuelles et contestées – La directive appelle à un traitement adéquat de ces créances[1134]. Elles ont vocation à être intégrées dans les dispositions du plan même si le point est critiqué pour les créances éventuelles[1135]. Lorsqu'une créance est contestée, il revient à l'administrateur judiciaire d'expliquer le cas échéant pourquoi elle n'a pas été prise en compte dans l'élaboration du plan (compte tenu de son caractère très éventuel par exemple) et si la créance est *in fine* avérée, cela pourrait provoquer une modification substantielle du plan et aboutir à sa révision[1136]. Il convient donc de maintenir ce dispositif permettant au mandataire d'admettre ou non la créance selon sa probabilité d'existence et de l'intégrer en conséquence dans le projet de plan en faisant d'elle, le cas échéant, une créance affectée. L'ordonnance du 15 septembre 2021 confirme en ce sens que le projet de plan est construit en prenant en compte « *les créances déclarées admises ou non contestées, ainsi que les créances identifiables, notamment celles [*pour qui*] le délai de déclaration n'est pas expiré* ». Cette solution, déjà reprise par l'ordonnance du 20 mai 2020 pendant la crise sanitaire de la

---

[1132] En ce sens, Besançon, 2e ch., 12 février 2002, RG nº 00 :01722, RD banc. Fin. 2002, nº 142, obs. F.-X. Lucas.
[1133] P.-M. Le Corre, « Porteurs de titres super-subordonnés et élaboration des plans de sauvegarde ou de redressement avec comités », *D.*, 2010, 842.
[1134] Considérant (46) et considérant (64) : « *Les États membres devraient être en mesure de déterminer ce qu'ils entendent par la participation d'un créancier, y compris dans le cas de créanciers inconnus ou de créanciers titulaires de créances à venir. Par exemple, les États membres devraient pouvoir décider de la manière dont il convient de traiter les créanciers qui ont été informés correctement mais qui n'ont pas participé à la procédure.* »
[1135] P.-M. Le Corre, *op. cit.*, nº 663.411.
[1136] Article L. 622-27 : « *S'il y a discussion sur tout ou partie d'une créance autre que celles mentionnées à l'article L. 625-1, le mandataire judiciaire en avise le créancier intéressé en l'invitant à faire connaître ses explications. Le défaut de réponse dans le délai de trente jours interdit toute contestation ultérieure de la proposition du mandataire judiciaire, à moins que la discussion ne porte sur la régularité de la déclaration de créances.* »
Article L. 624-1 : « *Dans le délai fixé par le tribunal, le mandataire judiciaire établit, après avoir sollicité les observations du débiteur, la liste des créances déclarées avec ses propositions d'admission, de rejet ou de renvoi devant la juridiction compétente. Il transmet cette liste au juge-commissaire. Les observations du débiteur sont faites dans un délai fixé par décret en Conseil d'Etat. Le débiteur qui ne formule pas d'observations dans ce délai ne peut émettre aucune contestation ultérieure sur la proposition du mandataire judiciaire*. »
Article L. 626-21 : « *L'inscription d'une créance au plan et l'acceptation par le créancier de délais, remises ou conversions en titres donnant ou pouvant donner accès au capital ne préjugent pas l'admission définitive de la créance au passif. Lorsque le mandataire judiciaire a proposé l'admission d'une créance et que le juge-commissaire n'a été saisi d'aucune contestation sur tout ou partie de cette créance, les versements y afférents sont effectués à titre provisionnel dès que la décision arrêtant le plan est devenue définitive, à condition que cette décision le prévoie.* »

C1 - Internal use

Covid-19, conduit à remettre en cause la solution développée par le Cour de cassation qui avait considéré que le projet de plan devait prendre en compte toutes les créances même contestées[1137].

ii. Les créanciers présumés affectés par le plan

Par principe, il pourrait être admis que tous les créanciers non garantis ainsi que les créanciers garantis dont les réclamations garanties ont fait l'objet d'une proposition ont le droit de voter[1138]. Ils sont, en effet, présumés affectés par le vote du plan proposé.

Il en est ainsi, par exemple, en cas de rééchelonnement d'une créance qui conduit *de facto* un créancier à consentir des sacrifices puisque le report d'exigibilité de sa créance va avoir un impact sur la maturité de celle-ci et peut conduire à augmenter les risques de non-remboursement en fonction de la situation financière de la société à échéance. La conversion d'une créance en capital modifie les modalités de paiement de la créance au sens de l'article L. 626-5 du Code de commerce puisque même si le créancier se voit attribuer des titres de capital d'une valeur équivalente à celle de sa créance, devenir un créancier de dernier rang perturbe évidemment ses prévisions en termes de prise de risque et d'échéance de sa créance. Doit également être considéré comme affecté le créancier subissant une substitution de garantie. Ces mesures de restructuration peuvent concerner les créanciers postérieurs non privilégiés dans la mesure où ils doivent déclarer leur créance, ils pourront être amenés à participer. En cas de subordination partielle, c'est-à-dire lorsque le paiement de la créance dépend en partie de la satisfaction d'un autre créancier, comme cela pourrait être le cas s'agissant du paiement des intérêts de la créance, il est possible, si cette partie non subordonnée fait l'objet de propositions de restructuration, de l'inviter à voter avec les autres créanciers. Les droits de vote du créancier seront calculés en prenant en compte le montant de cette créance non subordonnée.

192. Mécanisme subrogatoire – L'exemple du *crédit default swap* (CDS) – L'administrateur doit être informé de l'existence de conventions « *ayant pour objet le paiement total ou partiel de la créance par un tiers* », c'est-à-dire de la présence de créanciers qui n'ont pas vocation à supporter le poids économique de la défaillance du débiteur. Il convient de noter que les créanciers qui bénéficient d'un CDS par lequel ils reçoivent une somme d'argent en cas de

[1137] Cass. com., 20 mars 2019, nº 17-27.527 : D. 2019. 637, et 1903, obs. F.-X. Lucas ; Rev. sociétés 2019. 426, obs. P. Roussel Galle ; RTD com. 2019. 493, obs. H. Poujade.
[1138] En ce sens, article 54.2 de la loi sur la faillite et l'insolvabilité.

C1 - Internal use

défaut du débiteur ne sont pas intéressés à la survie de celui-ci. Faut-il pour autant les priver du droit de vote ? Pour un auteur, « *il semble nécessaire de supprimer le droit de vote de l'ensemble des créanciers ayant renoncé à leurs recours sur le débiteur (financement sans recours) […] En renonçant à leur droit de gage général, il serait logique de considérer qu'ils ont abandonné leurs droits d'influencer le devenir de ce gage (via un vote en comité)*[1139] ». Toutefois, ces contrats sont généralement basés sur un mécanisme subrogatoire de type assurantiel, de sorte que si le créancier initial (l'assuré) n'a plus d'intérêt à participer aux comités en activant le CDS, l'assureur subrogé dans ses droits aura un intérêt à voter si le plan prévoit un aménagement de la créance assurée. Il reste à déterminer s'il est possible de recourir au mécanisme prévu à l'article 9(3)(c) de la directive Restructuration qui prévoit que « *toute partie liée au débiteur ou à son entreprise qui, au regard du droit national, est en situation de conflit d'intérêts* » pourrait être exclue du vote. Pour déclencher un CDS, il faut d'abord s'assurer que l'ouverture d'une procédure collective constitue un évènement de défaut au sens du contrat. Dans l'attente, le créancier bénéficiaire du CDS doit être présumé intéressé par la procédure, car il ne bénéficie d'aucune garantie dans ce cadre. Le considérant 47 de la directive prévoit que « *les États membres devraient pouvoir établir des règles en ce qui concerne les parties affectées disposant d'un droit de vote qui n'exercent pas ce droit d'une manière correcte* ». Pour un auteur, « *cette référence à la manière "correcte" de voter, pour inquiétante qu'elle soit, devrait permettre d'exclure du vote les créanciers visés actuellement à l'*[anc.] *article L. 626-30-2, al. 4 comme bénéficiant de contrats "ayant pour objet le paiement total ou partiel de la créance par un tiers"*[1140] ». En revanche, si le mécanisme subrogatoire n'a pas encore eu lieu, le garant ne peut, par anticipation, être considéré comme une partie affectée. Il en était ainsi dans l'affaire CGC où les filiales qui avaient garanti des prêts *revolving* et des obligations *high yield* n'ont pas été admises à voter (leur créance a été évaluée à zéro euro par l'administrateur judiciaire) dans la mesure où elles n'avaient pas été appelées en garantie ; elles n'avaient donc pas la qualité de créancier affecté. Il ne serait plus nécessaire de passer par l'artifice de la modulation des droits de vote sur la base de leur valeur actualisée pour prendre en compte leur situation juridique.

193. Les cas des associés – Concernant les associés, il pourrait être considéré que leurs droits ne sont pas affectés par le plan dans la mesure où leur qualité de créanciers de dernier rang

---

[1139] A. Benhamou-Gabriel, *Les financements structurés et le droit des entreprises en difficultés*, th. Paris I, 2017, dir. F.-X. Lucas, *op.cit.*, n° 382, 297.
[1140] V. Rotaru, *op.cit.*, 103.

C1 - Internal use

conduit à les considérer comme étrangers aux mesures de restructuration envisagées. Toutefois, compte tenu du principe de maintien du droit des sociétés et dans la mesure où le plan prévoit des mesures qui relèvent de l'exercice de leurs droits politiques, les associés sont objectivement impactés et intéressés par un plan de reprise interne. Ils peuvent, par exemple, être dilués en cas d'augmentation de capital en application du plan. Il est également envisageable que la société débitrice absorbe une autre société, la conduisant par l'effet de la transmission universelle de patrimoine à reprendre l'intégralité de l'actif et du passif d'un tiers[1141]. Toutes ces décisions ne peuvent être considérées comme sans impact pour les associés. La participation de ceux-ci est donc requise. La directive dispose en ce sens que « *pour garantir que les parties ont leur mot à dire sur l'adoption de plans de restructuration dans une mesure proportionnée à leurs participations dans l'entreprise, la majorité requise devrait se baser sur le montant des créances des créanciers ou des intérêts des détenteurs de capital de toute classe* ». Cette référence à la notion d'intérêt atteste qu'il est possible d'être affecté par un plan de continuation au-delà de la restructuration de la créance. L'ordonnance consacre cette solution en prévoyant que lorsque la participation au capital du débiteur, les statuts ou les droits des associés sont modifiés par le plan les détenteurs de capital[1142] sont appelés à voter au sein d'une classe dédiée ce qui invite à les présumer affectés par le projet de plan à ce titre[1143].

Une consultation élitiste des créanciers pour adopter le plan proposé conduisait à méconnaître systématiquement l'ordre de préférence établi entre eux. En démocratisant le processus de consultation à tous les créanciers affectés, il est permis de penser un système plus respectueux des intérêts en présence, encore faut-il pour cela s'assurer que les créanciers sont réunis dans des classes suffisamment homogènes pour aboutir à la solution escomptée, sans amputer les chances de reprise de la société débitrice.

[1141] Ou dans l'hypothèse de l'absorption de la société débitrice.
[1142] Membres de l'assemblée générale extraordinaire ou de l'assemblée des associés, des assemblées spéciales mentionnées aux articles L. 225-99 et L. 228-35-6 et des assemblées générales des masses visées à l'article L. 228-103 du Code de commerce.
[1143] Article L. 626-30 du Code de commerce.

C1 - Internal use

B/ La constitution de classes de créanciers homogènes

Une fois les créanciers sélectionnés sur la base de leur intérêt à participer au vote, il convient de les séparer en fonction des caractéristiques de leur créance (**1**) pour obtenir une organisation propre à représenter les intérêts en présence (**2**).

1. *Principe de segmentation des créanciers selon leur intérêt*

194. Droit suffisamment similaires – Pour garantir un traitement équitable entre les créanciers, il est possible de les réunir au sein d'une même classe à partir du moment où ils détiennent des droits suffisamment similaires parce qu'ils sont placés dans la même situation juridique. La répartition en classes de créanciers conjuguée au fait majoritaire permet de s'assurer que le poids économique et le poids juridique d'un créancier sont correctement représentés dans le processus décisionnel. Cette technique de répartition des créances affectées en classe est préconisée par la directive du 20 juin 2019 et est mise en place dans d'autres législations étrangères.

195. Autres solutions – Certains pourraient arguer que créer des classes de créanciers homogènes irait à rebours des réformes de simplification, notamment la consécration de la pratique de l'assemblée unique rassemblant tous les créanciers obligataires, quelles que soient les caractéristiques de leur contrat d'émission, par dérogation au droit des sociétés. Toutefois, réunir autant d'intérêts différents au sein d'un même comité, tout en maintenant le principe du nominalisme monétaire, a conduit à attribuer un poids politique en inadéquation avec le poids économique et ainsi à violer les accords de subordination précédemment conclus. Il a également été prôné comme solution, pour répondre à ce problème, le regroupement de l'assemblée générale unique des obligataires et du comité des établissements de crédit et assimilés pour créer un comité de créanciers dits financiers. Cette technique est toutefois insatisfaisante dans la mesure où cela pourrait conduire à diluer les créanciers seniors s'ils disposent d'une créance d'un faible montant peu important leur rang.

196. Les exemples de droit étranger – Le droit allemand invite également à constituer des groupes de créanciers en fonction de leur situation juridique[1144]. Il faut ainsi distinguer : les créanciers « *titulaire[s] d'un droit de règlement séparé* », c'est-à-dire les créanciers qui bénéficient d'un gage, d'un droit de rétention, d'une fiducie, etc. ; les créanciers « *qui ne sont*

[1144] Article 222 du code allemand de l'insolvabilité.

C1 - Internal use

pas de rang inférieur », soit les créanciers chirographaires ; les créanciers « *de différentes catégories de rang parmi les créanciers de rang inférieur* », soit les créanciers subordonnés dont la créance n'est pas réputée éteinte, étant entendu que ces créances sont présumées abandonnées, sauf si le plan en décide autrement ; les « *détenteurs de parts sociales ou les droits sociaux qui font l'objet du plan* ». Les salariés peuvent être amenés à participer à un groupe spécifique s'ils sont concernés par le plan et si leur créance n'est pas insignifiante. Au-delà, il est possible de créer des groupes ayant « *des intérêts économiques communs* » au sein de chaque catégorie juridique. Il faut toutefois veiller à ce que ces créanciers soient traités de façon égale. Ainsi, si au sein d'une catégorie juridique apparaissent des intérêts divergents, il sera possible de les traiter différemment en les plaçant dans des groupes de créanciers différents.

197. Le *scheme of arrangement* de droit anglais prévoit, pour sa part, qu'une société peut « *restructurer ses dettes en créant de manière objective des classes de créanciers homogènes : par exemple les créanciers qui ont des sûretés hypothécaires, les créanciers subordonnés, les porteurs d'obligations* ». L'établissement de ces classes de créanciers se fait sous le contrôle du juge. Il existe une grande liberté dans les possibilités de restructurer la dette : le juge va s'assurer que le plan est équitable et que les droits des créanciers minoritaires sont suffisamment protégés[1145]. Un auteur note qu'en droit anglais les créanciers sont par principe séparés sauf à prouver qu'ils ont des droits suffisamment similaires. Ce système de présomption simple devrait permettre au juge de se concentrer sur le plan plutôt que sur la composition des comités.

198. En droit fédéral américain, la section 1122 permet de créer une classe spécifique dans la mesure où le *claim* ou *l'interest* est substantiellement similaire. Sans autre précision, la doctrine considère que les créances doivent être de même priorité et de même qualité, ce qui justifie de distinguer les créanciers chirographaires des créanciers privilégiés. Mais, en application des textes, il a déjà été admis la prise en compte du contexte économique pour considérer qu'un créancier chirographaire ayant un intérêt particulier à l'égard du débiteur et dans la poursuite de son activité pouvait appartenir à une autre classe que celle des créanciers chirographaires. *A contrario*, il a été considéré par certains que les créanciers bénéficiant d'une couverture du risque crédit peuvent avoir un droit de vote. C'est en analysant les droits des créanciers – et non leur valeur – que les créanciers seniors seront séparés des créanciers juniors ou subordonnés dans la mesure où les accords de subordination conduisent à accorder plus de droits aux

[1145] M. Menjucq, D. Marks, P. Ehret, R. Dammann, J.-L. Vallens, « La compétitivité des principaux droits de l'insolvabilité européens : étude comparée des droits français, allemand et britannique », *Revue des procédures collectives*, n° 5, septembre 2012, entretien 2.

C1 - Internal use

créanciers seniors et à aménager les droits des juniors qui ne peuvent réclamer le paiement de leur créance tant que les créanciers seniors ne sont pas remboursés.

La directive du 20 juin 2019 prévoit que « *la répartition en classes désigne le regroupement des parties affectées aux fins de l'adoption d'un plan de restructuration de façon à refléter leurs droits ainsi que le rang de leurs créances et des intérêts* », ce qui invite à analyser les modalités de détermination des classes de créanciers, afin d'éviter que cette question ne perturbe excessivement le vote du projet de plan.

2. La détermination des catégories de créanciers

199. Sécurité juridique – Instauration de présomptions légales – La directive du 20 juin 2019 prévoit à ce titre que « *les créanciers garantis et non garantis devraient toujours être considérés comme appartenant à des classes distinctes* ». À ce titre, elle distingue les créanciers non garantis « *des classes de créanciers titulaires de créances subordonnées* », laissant préjuger qu'ils ne doivent pas appartenir à la même classe de créanciers. Le HCJP propose pour sa part une détermination *per se* selon les critères suivants : (i) créanciers titulaires de sûretés réelles, (ii) créanciers chirographaires non subordonnés, (iii) créanciers chirographaires subordonnés, (iv) détenteurs de capital, (v) obligataires. Il s'agit de mettre en place des critères suffisamment flexibles pour répondre à toutes les situations tout en garantissant la prévisibilité de la répartition des créances au sein des classes afin de favoriser les conditions d'une négociation entre les parties affectées. À ce titre, il convient de déterminer le plus en amont possible ces règles de répartition. Peuvent ainsi faire partie de la même catégorie les créanciers ayant des droits ou intérêts à ce point semblables, au regard de la nature des créances et obligations et de la nature et du rang de toute garantie qui s'y rattache.

a) <u>Nature des créances et des obligations</u>

Compte tenu de la nature particulière de la créance des associés, il convient, s'ils sont affectés par le plan, de les réunir au sein d'une classe particulière : la classe des détenteurs de capital. Il en est de même s'agissant des obligataires. Depuis l'affaire Eurotunnel, le tribunal de commerce de Paris a validé la réunion de tous les obligataires au sein d'une assemblée unique, bien qu'ils aient relevé de contrats d'émission différents supposant notamment une organisation collective particulière. La constitution de classes de créanciers reviendrait donc à remettre en cause cette

C1 - Internal use

organisation. Il faudrait alors constituer autant de classes d'obligataires qu'il existe de droits distincts aux termes du contrat d'émission avec comme écueil la multiplication des classes et la difficulté de trouver un accord. Il convient, à l'instar du droit français en vigueur, de faire primer le droit des procédures collectives en prévoyant que les modalités de consultation des porteurs s'organisent par classe de créanciers et non selon les termes du contrat d'émission pour éviter la multiplication de ces modalités de consultation. Enfin, il faut permettre la réunion de classes de créanciers selon la nature de la créance obligataire, et non selon les droits des porteurs au titre du contrat d'émission, afin d'envisager, le cas échéant, la réunion au sein d'une même classe de porteurs de valeurs mobilières issues d'émissions différentes. Comme le note un auteur, « *les règles applicables aux délibérations de l'assemblée des obligataires relevant d'un droit étranger, dans le cadre de la procédure d'adoption d'un plan élaboré avec des comités de créanciers, relèvent d'un régime propre qui ne peut être celui du contrat*[1146] ».

200. Segmentation subjective ? – Il est également possible, à l'instar du droit allemand, de créer des sous-catégories de classes de créanciers afin d'obtenir des groupes suffisamment homogènes, étant entendu que les créanciers d'une même classe seront traités de la même façon. Il s'agirait par exemple de la constitution d'une sous-classe de créanciers chirographaires réunissant les fournisseurs ou les apporteurs de fonds propres. En réalité, la création de sous-classes permettra surtout de justifier un traitement particulier de la classe de créanciers. Ce n'est pas parce que deux créances sont chirographaires qu'elles doivent être réunies au sein d'une même classe. En effet, regrouper la créance chirographaire d'un fournisseur, plus enclin à accepter des remises de dettes pour poursuivre les relations commerciales avec le débiteur, avec celle d'un créancier chirographaire établissement de crédit, qui souhaitera en priorité « *réduire ses pertes en mettant définitivement fin à ses rapports avec le débiteur*[1147] », peut être difficile à justifier.

b) Nature et rang de toute garantie et accessoires de la créance

Il convient également de distinguer *a minima* les créanciers garantis et non garantis. Cette règle de répartition des créanciers invite à ventiler une créance partiellement garantie entre les deux

[1146] B. Grelon, « La consultation des créanciers obligataires dans le cadre d'une procédure collective d'insolvabilité », *Rev. Sociétés*, 2008, 25.
[1147] M. Tanger, *La faillite en droit fédéral des États-Unis*, Economica, 2002, préf. J. Larrieu, 384.

C1 - Internal use

classes[1148]. La directive du 20 juin 2019 (42) oriente les États membres en prévoyant que des « *explications supplémentaires soient fournies dans le plan de restructuration, en ce qui concerne par exemple les critères selon lesquels les créanciers ont été regroupés, lesquels critères peuvent être importants dans les cas où une dette n'est que partiellement garantie* », sans qu'il soit nécessaire de requérir l'« *avis d'expert en ce qui concerne la valeur des actifs devant être mentionnée dans le plan de restructuration* ». À ce titre, le HCJP note que la valorisation des sûretés est importante, « *car une créance bénéficiant d'une sûreté qui manifestement ne vaut rien, ou pas grand-chose, ne peut pas être traitée comme une créance efficacement garantie et primer dans son traitement les créanciers chirographaires si elle n'a pas un meilleur rang* ». En réalité, cette question n'a pas vocation à être traitée au stade de la constitution des classes de créanciers ; elle interfère dans le traitement qui leur est réservé dans le projet de plan. Il n'en demeure pas moins que lorsque la valeur du bien grevé de la sûreté ne couvre pas la totalité de la créance, il est nécessaire de ventiler les droits de ce créancier dans différentes classes puisque désormais les critères d'éligibilité des créanciers s'apprécient au regard de leur créance et non de leur personne. Comme le relève un auteur, ce créancier « *disposera alors d'une influence au sein de deux classes pour l'adoption du plan*[1149] ». Cette valorisation risque d'être compliquée et coûteuse à réaliser. Le HCJP note d'ailleurs à ce propos la nécessité de réduire l'asymétrie d'informations en permettant à tous les créanciers de disposer de la méthode d'évaluation de l'actif considéré. Par principe, cette valorisation ne concerne que les biens qui vont être conservés par le débiteur puisque, *a contrario*, le créancier serait considéré comme non affecté (hypothèse d'un transfert du bien dans un patrimoine fiduciaire ou de la cession du bien après consignation du prix à la Caisse des Dépôts et Consignations). Cette valorisation des sûretés aurait donc comme unique finalité la répartition des créances entre les différentes classes de créanciers. Elle n'aurait pas vocation à servir de référentiel dans le traitement des créanciers au titre du plan. Il s'agit donc d'un exercice important qui peut être réalisé en amont de l'adoption du plan, sous l'expertise de l'administrateur judiciaire ou à son défaut du mandataire, et sous le contrôle du juge, afin de purger toute contestation avant le vote du plan au moment de la validation de la composition des classes. Il faut noter que le droit

[1148] L'ordonnance du 15 septembre 2021 prévoit en ce sens à minima deux classes de créanciers (ceux nantis de sûretés et les autres).
[1149] R. Dammann, A. Alle, « Directive "restructuration et insolvabilité" : l'introduction des classes de créanciers en droit français », *D.*, 2019, 2047.

C1 - Internal use

français invite déjà à une ventilation des créances fiduciaires ou sans requérir l'évaluation du patrimoine fiduciaire[1150].

Il reviendra donc au mandataire de répartir la créance partiellement garantie entre la classe des créances garanties et celle des créances chirographaires. Il convient alors de déterminer si les créanciers titulaires de sûretés ou garanties différentes doivent également être séparés.

201. Réforme des sûretés – Pour déterminer si un créancier est garanti ou non, il reviendra aux organes de la procédure de prendre en compte les sûretés dont il bénéficie et de mesurer leur résistance à la procédure collective en application des règles nationales. Le cas échéant, l'instauration de classes de créanciers réunis selon leur intérêt suppose une réforme du droit des sûretés, car la multiplication des privilèges et des sûretés en droit français conduit à rendre l'adoption du plan par les classes de créanciers excessivement difficile[1151]. M. le Professeur Le Corre propose la constitution de trois classes de créanciers : « *les chirographaires, les titulaires de sûretés conférant un droit de préférence et les titulaires de sûretés conférant une situation d'exclusivité*[1152] ». À ce titre, l'ordonnance du 15 septembre 2021 poursuit deux objectifs de simplification du droit des sûretés et d'amélioration de la lisibilité des droits des créanciers titulaires de sûretés en procédure collective[1153]. Néanmoins, le législateur reconnait lui-même que ce texte « *clarifie, sans pouvoir être exhaustif, l'ordre des sûretés en cas de réalisation des actifs du débiteur* »[1154], il n'est pas certain que l'ambition nécessaire à la transposition de la directive soit atteinte.

202. Critères d'éligibilité à une classe de créanciers[1155] – Le débiteur semble être la personne la plus habilitée à proposer le nombre et le type de classes de créanciers à constituer. Il faudra toutefois se prémunir contre une segmentation excessive des créanciers qui pourrait conduire à des comportements opportunistes où une catégorie de créanciers serait surreprésentée. Il faut

---

[1150] Article L. 626-30 : « *Pour l'application des dispositions qui précèdent aux créanciers bénéficiaires d'une fiducie constituée à titre de garantie par le débiteur, sont seules prises en compte, lorsqu'elles existent, celles de leurs créances non assorties d'une telle sûreté.* »

[1151] En ce sens, M. Menjucq, P. Ehret, R. Dammann, J. Baron, « Le droit allemand de l'insolvabilité : un modèle pour la transposition de la directive restructurations préventives en droit français ? », *Revue des procédures collectives*, n° 1, janvier 2020, entretien 1. Les auteurs notent qu'« *une introduction des classes de créanciers en droit français, à droit des sûretés constant, implique que chaque créancier privilégié sera dans une classe distincte, en raison de son rang particulier* ».

[1152] P.-M. Le Corre, « La conciliation homologable, outil pour la directive "Restructurations" ? », *Gaz. Pal.*, 15 oct. 2019, n° 361b6, 41.

[1153] Rapport au président de la République, précité, 1.

[1154] Rapport au président de la République, précité, 4.

[1155] À noter que s'il ne s'agit pas d'un plan de continuation, les créanciers ne sont pas consultés et doivent se répartir selon leur rang le prix de la cession.

C1 - Internal use

également éviter la mise en place d'un système complexe et source de contentieux[1156]. La composition finale des classes de créanciers devrait donc revenir au juge-commissaire qui devrait veiller à ce que les intérêts catégoriels des créanciers ne soient pas surreprésentés, conduisant à multiplier les hypothèses de blocage du plan de continuation et *in fine* diminuer les chances de succès de la procédure collective. Il s'agit d'éviter que le débiteur ne réunisse des créanciers récalcitrants dans une classe de créanciers plus amicaux afin que les premiers soient minoritaires et se voient ainsi imposer des modifications qu'ils n'auraient pas acceptées. La composition des classes de créanciers pourrait donc se révéler opportuniste et comminatoire. À ce titre, il convient d'opter pour l'option 9(5) de la directive afin de prévoir que la répartition des créanciers au sein de chaque classe soit validée en amont de l'approbation du plan[1157].

Le vote à la majorité des créanciers au sein d'une classe partageant des intérêts convergents est un bon garde-fou de la pertinence du plan de restructuration proposé. Mais cela n'est pas infaillible. D'où la nécessité d'apporter des garanties complémentaires dans le processus d'élaboration et d'adoption du plan.

SECTION II/ LA RÉVISION DES PRINCIPES D'ÉLABORATION ET D'ADOPTION DU PLAN

Interroger uniquement les créanciers affectés par le projet de plan, les réunir au sein de classes homogènes permettra une représentation des intérêts en présence afin de s'assurer que le plan voté respecte les équilibres identifiés. Ce n'est qu'en cas de désapprobation qu'il convient de mettre en place des garde-fous afin de pouvoir aller au-delà de l'opposition d'un créancier ou d'une classe de créanciers. À ce titre, la directive a posé deux limites : le respect de l'ordre de priorité entre les créanciers (**§1**) et le respect de la valeur plancher représentant la valeur liquidative de la société débitrice (**§2**). Il s'agit de revoir les principes guidant l'élaboration du plan soumis au vote des classes de créanciers ainsi que les règles relatives à son adoption. La

[1156] Les systèmes anglais et américain qui recourent à la catégorisation des créanciers au sein des comités sont fréquemment critiqués pour leur complexité. J. Payne, *Schemes of Arrangement : Theory, Structure and Operation*, Cambridge University Press, 2014, 6 ; E. Warren et al., *The law of debtors and Creditors Text, Cases and Problems*, 613.
[1157] Voir Titre II, Chapitre 1.

C1 - Internal use

difficulté de la différenciation des propositions faites aux créanciers repose sur l'appréciation des éléments distinctifs à mettre en valeur pour justifier une égalité dite proportionnelle.

§1/ Répartition équitable de l'effort de restructuration par le respect de l'ordre de priorité

Lorsque le débiteur est dans une situation qui nécessite des sacrifices de la part des créanciers pour assurer la viabilité de la société et éviter sa liquidation, un plan va être négocié avec ces derniers. Il faut à cette occasion déterminer des principes généraux et objectifs permettant de s'assurer que les sacrifices qui leur sont demandés sont équitablement répartis entre eux. Or, les créanciers ont en principe déjà géré en amont de la procédure le risque d'insolvabilité en obtenant – ou non – des garanties ou en négociant leur séniorité par rapport aux autres créanciers du débiteur. C'est le propre du droit des sûretés que d'organiser une répartition des deniers du débiteur, particulièrement lorsque le risque d'insolvabilité s'est réalisé. Assurer le respect des conventions conclues par les parties, même à l'occasion d'une procédure collective, semble être la solution la plus équilibrée pour répartir l'effort de restructuration entre les créanciers (**A)**. Ces principes généraux conduiront, par exemple, à remettre en cause la légitimité du vote d'un créancier amenant à bloquer l'adoption d'un plan qui lui offre pourtant un meilleur traitement qu'en cas de liquidation judiciaire tout en respectant sa séniorité ou ses garanties. À ce titre, l'associé, par sa créance de dernier rang, aurait très peu d'occasions de faire obstacle à l'adoption d'un plan. Pour un auteur, « *l'application de ce principe permettrait de concilier le principe de prééminence des créanciers sur les actionnaires conformément à la règle de priorité absolue, tout en permettant de s'assurer que la dilution des actionnaires est équitable*[1158] » **(B)**.

A/ Le nécessaire respect de l'ordre de priorité des créanciers

203. Élaboration du plan et principe d'égalité – En l'état du droit positif avant la transposition de la directive, rien n'obligeait à ce que les propositions soient les mêmes par catégorie de créanciers. Un auteur [1159] estime qu'« *il appartient aux mandataires de justice,*

[1158] A.-S. Noury, « L'État actionnaire dans les restructurations financières de sociétés cotées », *BJE*, juillet 2018, n° 4, 313.
[1159] V. G. Jazottes, « La situation générale des créanciers dans la préparation du plan », *Rev. proc. coll.*, 2015, comm. 38.

C1 - Internal use

administrateur judiciaire et mandataire judiciaire, chacun dans leur rôle respectif, de s'assurer que la personnalisation des propositions d'apurement du passif n'est point discriminatoire et que son seul objectif est d'organiser une pérennité de l'entreprise tout en assurant un remboursement de ses créanciers. Nous passons ainsi de l'ère de l'apurement du passif imposé, à l'ère de l'apurement du passif négocié[1160] ». L'essentiel est donc, sur la base des accords négociés avec les créanciers, grâce au pouvoir comminatoire du juge pouvant imposer des délais de paiement, de concourir à la continuité de l'activité, au maintien de l'emploi et à l'apurement du passif. Le principe d'égalité des créanciers n'a donc pas sa place dans ce processus. Il revenait au juge de vérifier que les accords concourent bien à la poursuite des objectifs de la procédure collective. Il faut noter qu'il devait également, lorsque le plan comprend **des accords de conversion en titres acceptés** par les créanciers dans les conditions prévues au troisième alinéa de l'article L. 626-5 du Code de commerce, vérifier qu'ils ne portent pas atteinte aux intérêts des autres créanciers[1161]. En effet, l'admission de la conversion d'une créance en titre de capital pourrait permettre à un créancier de disposer d'une situation particulière par laquelle il disposerait de droits patrimoniaux et extrapatrimoniaux à l'égard du débiteur.

204. Le respect des accords de subordination : une option – L'ordonnance nº 2014-326 du 12 mars 2014 prévoyait que les créanciers membres d'un comité devaient informer l'administrateur judiciaire de l'existence de conventions de subordination, de conventions de vote ou de conventions ayant pour objet le paiement total ou partiel de leurs créances par un tiers[1162]. Le projet de plan prenait en compte ces accords. Cette disposition semblait revêtir un caractère impératif qui contraignait l'administrateur et le tribunal à prendre en considération les accords de subordination. En revanche, faute d'avoir défini ce concept, nul ne savait avec exactitude ce que recouvrait la notion de « prise en compte » au sens de l'ancien article L. 626-30-2 du Code de commerce. M. le Professeur Lucas estimait « *que le rang de subordination est un des critères de discrimination à prendre en compte pour établir une distinction entre les créanciers mais qu'il ne s'impose pas comme un impératif. Cette règle n'est qu'une directive d'évaluation de l'équité du plan, une recommandation mais pas une injonction*[1163] ». Pour

---

[1160] F. Legrand, « Le traitement différencié des créanciers dans le cadre du plan de sauvegarde et du plan de redressement », *Cahiers de droit de l'entreprise*, nº 4, juillet 2016, dossier 35.
[1161] L. 626-18 du Code de commerce.
[1162] Pour un auteur, le législateur vise les porteurs de credit default swap, les créanciers dans le cadre d'une tititrisation ou bénéficiaires d'une sûreté personnelle, les fournisseurs couverts par un contrat d'assurance-crédit : N. Morelli, « L'amélioration du rôle des créanciers dans le cadre de l'adoption du plan, Le point de vue du praticien », *Rev. proc. coll.*, 2014, dossier 35, spéc. nº 11.
[1163] F.-X. Lucas, « La subordination des créances à l'épreuve de la procédure collective », *Rev. Proc. Coll.*, mai-juin 2013, dossier 19, nº 3, 73.

C1 - Internal use

d'autres auteurs, il s'agissait d'une véritable obligation légale de sorte que le plan qui ne respectait pas les accords de subordination ne pouvait pas être adopté par le tribunal[1164]. En l'état du droit français avant la transposition de la directive, il était prévu que le projet de plan « *prend en compte les accords de subordination* » et « *peut établir* » un traitement différencié entre des créanciers qui se trouvent dans des situations différentes. Comme le note un auteur, « *techniquement, il* [était] *possible de respecter les deux textes sans appliquer la subordination de créance*[1165] ». Il était donc possible de prévoir un traitement plus favorable à un créancier junior qu'à un créancier senior. Il revenait seulement au juge d'apprécier l'équilibre global du plan puisqu'il devait s'assurer de la protection suffisante des intérêts de tous les créanciers – sans autre précision. Pour arriver à cette situation, il fallait donc « *compenser* » la perte infligée aux créanciers seniors avec, par exemple, une revalorisation du taux d'intérêt. Il fallait également s'assurer que l'avantage octroyé aux juniors permettait de préserver la valeur du patrimoine du débiteur. Si la prise en compte des accords de subordination relevait d'une obligation, l'administrateur et le juge disposaient d'une large marge d'appréciation pouvant varier de la simple information au strict respect. Le législateur avait souhaité intégrer les accords de subordination dans la conception du plan tout en laissant le choix aux organes de la procédure de la meilleure option pour atteindre l'objectif de continuation de l'activité, de maintien de l'emploi et d'apurement du passif. Enfin il faut regretter la référence « *aux accords de subordination* » qui semble conduire à une exclusion des mécanismes de subordination légale[1166]. En France, les accords de subordination étaient donc difficilement respectés et relevaient du pouvoir d'appréciation des organes de la procédure[1167]. Or, la certitude *ex ante* que les intérêts du créancier soient protégés efficacement en cas de défaillance du débiteur permet de modérer son risque d'investissement et de baisser le coût du financement pour l'entreprise. L'ordonnance du 15 septembre 2021 revient donc sur cette solution en instituant la sanction de l'inopposabilité des accords de subordination conclus avant l'ouverture de la

[1164] A. Bebeepale et C. Garcia, « Les plans face aux accords de subordination », *LPA*, 2012, nº 146, 4.
[1165] M. Houssin, *op. cit.*, nº 633.
[1166] A. Benhamou-Gabriel, *Les financements structurés et le droit des entreprises en difficultés*, th. Paris I, 2017, dir. F.-X. Lucas.
[1167] À noter que même au stade du désintéressement des créanciers en application du plan de continuation adopté, les rangs de subordination ne sont pas pris en compte, dans la mesure où l'[anc.] article L. 626-30-2 qui impose de prendre en compte les accords de subordination dans le cadre de l'élaboration du plan ne concerne que les plans arrêtés en comité. Par ailleurs, les règles d'uniformité des délais et du « lissage des paiements » à hauteur au moins de 5% des créances admises (L. 626-18) ne permettent pas de respecter les accords de subordination.

C1 - Internal use

procédure qui n'auraient pas été portés à la connaissance des organes de procédure[1168]. Il s'agit d'assurer une représentation des créanciers au sein de classes homogènes, ce qui implique de bien identifier les créanciers subordonnés et de leur consacrer une classe dédiée. Au-delà de ce dispositif, il importe de disposer d'un système plus coercitif dans la prise en compte des accords conclus avec le débiteur et notamment s'agissant des accords de subordination. À ce titre, deux modalités de respect de l'ordre de priorité sont traditionnellement présentées : l'ordre de priorité absolu et l'ordre de priorité relatif.

B/ Les modalités de respect de l'ordre de priorité

Il existe deux façons de protéger l'ordre de priorité instauré entre les créanciers : une application absolue (**1**) ou une application relative dépendant des droits des autres créanciers (**2**). Il s'agit dès lors de replacer la procédure collective dans la définition de M. le Professeur Lucas qui considère que « *la procédure collective pourrait être définie comme la procédure ayant pour objet de hiérarchiser l'accès au gage commun des créanciers en tenant compte des causes de préférence existant entre eux*[1169] ».

Le respect de l'ordre de priorité est conçu par la directive comme un mécanisme alternatif en cas d'opposition de classes de créanciers dans le cadre de l'application forcée du plan[1170]. Il s'agit d'un garde-fou à mettre en place en présence de classes de créanciers dissidentes. Toutefois, si le respect de la règle de la priorité n'a vocation à être analysé qu'en cas d'opposition d'une classe dissidente, la première stratégie à adopter est d'éviter l'opposition d'une classe de créanciers en répartissant l'effort sur tous les créanciers pour assurer un consensus ; cette stratégie peut néanmoins conduire à faire fi de l'ordre de priorité entre les créanciers et ouvrir la voie à des contestations si le consensus espéré n'est pas trouvé[1171]. Le respect de l'ordre de priorité – absolu ou relatif – va donc nécessairement guider les principes

---

[1168] Au plus tard dans un délai de dix jours à compter de la réception de l'avis, par lequel l'administrateur invite chaque partie affectée à lui faire connaître les modalités lui permettant de communiquer par voie électronique : article R. 626-55 al. 4 du Code de commerce.

[1169] F.-X. Lucas, « L'égalité des créanciers face à la procédure collective de leur débiteur : rapport de synthèse », *BJE*, nov. 2019, nº 6, 78.

[1170] Directive du 20 juin 2019 – « *(55) : Dans le cas de l'application forcée interclasse, les États membres devraient veiller à ce que les classes dissidentes de créanciers affectés ne soient pas excessivement lésées par le plan proposé et les États membres devraient prévoir une protection suffisante pour ces classes dissidentes.* »

[1171] La stratégie visant à orchestrer la composition des classes de créanciers afin d'isoler les créanciers identifiés comme dissidents dans une classe de créanciers favorables au plan ayant été écartée par l'intervention en amont du juge comme prévu dans la section I.

C1 - Internal use

d'élaboration du plan proposé aux classes de créanciers afin d'éviter tout risque de contestation et ainsi fiabiliser les négociations avec les créanciers.

1. *Le respect absolu de l'ordre de priorité*

a) Principe

La priorité absolue implique le désintéressement intégral du créancier avant de prévoir le paiement d'une classe antérieure. En application de la directive du 20 juin 2019, « *une classe dissidente pourra solliciter être intégralement désintéressée si une classe de rang inférieur bénéficie des répartitions ou conserve un intéressement dans le cadre du plan de restructuration (la règle de la priorité absolue)* ». Cette disposition permet le respect de l'ordre de priorité mais présente l'inconvénient de la rigidité puisqu'elle suppose le désintéressement intégral des créanciers disposant d'un rang supérieur pour envisager une répartition à l'égard des autres créanciers. Elle n'est donc qu'une option dérogatoire dans la directive. Par ailleurs, l'article 11(2) de la directive prévoit des assouplissements à la règle de priorité absolue en permettant que les créanciers seniors soient « *intégralement désintéressés par des moyens identiques ou équivalents* » avant qu'une classe subordonnée puisse être payée. Il faut noter que la définition des termes de « *désintéressement intégral* » et « *de moyen identique* » est laissée à l'appréciation des législateurs nationaux, ou à défaut de leurs juges, de sorte qu'il est possible d'instituer une flexibilité suffisante pour répondre aux accusations de rigidité dont cette règle fait l'objet.

205. Droit fédéral américain – La règle de la priorité absolue est issue du droit américain de la faillite. Ce principe n'est toutefois pas aussi absolu puisqu'il est possible de prévoir des exceptions en cas d'apport d'argent frais de la part des associés, et si les créanciers seniors y consentent (il s'agit dans la plupart des cas d'éviter par ce biais toute contestation sur la valeur par les créanciers juniors). Le droit français pourrait être interprété comme instituant une *new money* exception en permettant à l'article L. 626-17 du Code de commerce « *en cas de libération immédiate la compensation à concurrence du montant des créances admises et dans la limite de la réduction dont elles sont l'objet dans le plan sous forme de remises ou de délais* ». Cette compensation entre l'apport à une société et la créance admise du créancier peut permettre à celui-ci d'obtenir un paiement de sa créance qu'il n'aurait pas obtenu dans le cadre d'un respect strict de l'ordre de priorité. De la même façon, la cour d'appel de Paris a considéré

C1 - Internal use

qu'un créancier ayant apporté de l'argent frais est en droit d'obtenir un paiement intégral et immédiat de sa créance déclarée[1172].

b) Application concrète

La directive laisse entière la question de la définition de la notion de « *désintéressement intégral* ». À dessein puisque le considérant 55 note que les « *États membres devraient disposer d'une marge d'appréciation en ce qui concerne l'application de la notion* ». Le désintéressement intégral suppose en principe que le créancier conserve le montant en principal et en intérêts de sa créance, les délais de paiement initialement prévus et, le cas échéant, la sûreté consentie par le débiteur. Il faut toutefois noter que les créanciers pour lesquels le projet de plan ne prévoit pas de modification des modalités de paiement ou prévoit un paiement intégral en numéraire dès l'arrêté du plan ou dès l'admission de leurs créances ne sont pas supposés prendre part au vote puisqu'ils ne sont pas affectés par le plan. Le désintéressement intégral suppose dès lors une contrepartie, même minime, sous la forme d'un sacrifice concédé par le créancier pour participer à la procédure.

Il reste à déterminer quels sont les « *moyens identiques ou équivalents* » qui peuvent être octroyés aux créanciers pour obtenir un désintéressement intégral. Il existe trois paramètres sur lesquels l'administrateur judiciaire peut jouer pour répartir l'effort de restructuration : (i) le montant de la créance par la remise de dette, (ii) les délais de remboursement de la créance par le rééchelonnement de celle-ci, (iii) la sûreté du créancier en proposant une substitution de garantie, par exemple, ou une modification du rang de la créance.

S'agissant du premier paramètre, **le montant de la créance**, un créancier ne peut être considéré comme intégralement remboursé si le montant de sa créance diminue. Une possibilité pour faire varier ce paramètre tout en désintéressant le créancier serait d'augmenter le montant de la créance en contrepartie d'un rééchelonnement des délais ou d'une dégradation de la sûreté. Tout dépend de l'ampleur de la variation du montant de la créance et des sacrifices demandés en contrepartie, laissant une marge d'appréciation à l'administrateur. *A contrario*, peut-on considérer qu'une accélération du calendrier de remboursement de la créance ou l'obtention d'une meilleure garantie ou d'une garantie additionnelle permettrait de diminuer le montant de la créance tout en obtenant le désintéressement intégral du créancier ? La question reste entière.

[1172] CA Paris, 11 mai 2016, nº 16/03704, Ludendo : BJE juill. 2016, nº 113q4, 241.

C1 - Internal use

Selon la directive, les États membres sont libres d'apprécier la notion de désintéressement intégral, « *y compris pour ce qui est du calendrier du remboursement, pour autant que le montant en principal de la créance et, dans le cas de créanciers garantis, la valeur de la sûreté soient protégés* ». Le montant de la créance et la valeur de la sûreté semblent donc un domaine protégé, condition *sine qua none* pour désintéresser les créanciers. Néanmoins, la directive ajoute que « *les États membres devraient également être en mesure de choisir les moyens équivalents qui permettraient d'acquitter intégralement la créance initiale* ». Il est donc possible d'envisager une dation en paiement d'un bien d'une valeur équivalente au montant de la créance ou une substitution de garantie.

206. Quid du traitement des créanciers de même rang ? – Il peut être avancé, en application des règles de droit commun et à l'instar du droit de la résolution bancaire, un traitement égal des créanciers de même rang[1173]. Pour un auteur, il est possible de prévoir un paiement pour les juniors à partir du moment où les créanciers seniors reçoivent des garanties satisfaisantes[1174] ; de la même façon, un nouvel apport d'argent frais d'un associé pourrait légitimer, à l'instar de ce qui est prévu au titre du *Chapter 11*, une exception au principe de priorité absolue. Il pourrait également en être ainsi du désintéressement d'un fournisseur stratégique, créancier chirographaire. Un auteur note qu'il est envisageable de prévoir un rééchelonnement des créances hypothécaires sur plusieurs années, tout en acceptant que des créanciers chirographaires consentent une ligne de crédit renouvelable pour une durée de six mois[1175].

207. Le traitement des actionnaires – L'ordre de priorité absolue devrait conduire à ce que les actionnaires soient systématiquement écartés des répartitions et, si un plan de reprise interne est prévu, dilués en cas d'augmentation de capital sans qu'ils puissent valablement s'y opposer[1176]. En effet, la règle de priorité absolue est applicable aux actionnaires qui sont amenés à voter le plan[1177]. Il reste à savoir si les BSA, généralement remis aux actionnaires pour leur permettre de se reluer à des conditions avantageuses en cas de retour à meilleure fortune,

---

[1173] Art. L. 613-50 du Code monétaire et financier.
[1174] R. Dammann, V. Rotaru, « Premières réflexions sur la transposition de la future directive sur les restructurations préventives », *D.*, 2018, 2200.
[1175] R. Dammann, M. Guermonprez, « Pistes de réflexion pour une réforme des procédures collectives », *D.*, 2018, 629.
[1176] Considérant (57) : « *[…] lorsque des détenteurs de capital disposent du droit de vote sur un plan de restructuration, une autorité judiciaire ou administrative devrait être en mesure de valider le plan en appliquant les règles d'application forcée interclasse même si une ou plusieurs classes de détenteurs de capital font dissidence.* »
[1177] Considérant (57) : « *[…] Les États membres qui excluent les détenteurs de capital du vote ne devraient pas être obligés d'appliquer la règle de la priorité absolue dans les relations entre créanciers et détenteurs de capital.* »

C1 - Internal use

constituent un traitement inégal des créanciers si cela ne bénéficie pas à un créancier jouissant d'un meilleur rang. À ce titre, le considérant 56 prévoit que « *les États membres devraient pouvoir déroger à la règle de la priorité absolue, par exemple lorsqu'il est considéré équitable que les détenteurs de capital conservent certains intérêts dans le cadre du plan en dépit du fait qu'une classe de rang supérieur soit obligée d'accepter une réduction de ses créances, ou que des fournisseurs essentiels visés par la disposition relative à la suspension des poursuites individuelles soient payés avant des classes de créanciers de rang supérieur. Les États membres devraient pouvoir choisir lequel des mécanismes de protection susmentionnés ils mettent en place* ». Les BSA, et plus généralement tout mécanisme permettant aux actionnaires de restaurer leur situation pour tout ou partie en cas de retour à meilleure fortune, pourraient constituer ce type de mécanisme de protection cité par la directive. Un auteur note qu'il est « *possible d'attribuer des BSA aux actionnaires afin d'adoucir la brutalité de la contribution aux pertes*[1178] », considérant que « *dans la mesure où l'on conçoit qu'en présence de pertes, les actionnaires n'ont pas de droit propre à demeurer dans la société, il est possible de faire un geste de compassion en les invitant à rester au capital*[1179] ». Un autre auteur relève une pratique officieuse de l'AMF consistant à « *exiger systématiquement, dans les cas de restructurations des sociétés cotées, que les actionnaires se voient attribuer entre 5 % et 10 % de la valeur dégagée par la restructuration*[1180] ». Le raisonnement doit être étendu au porteur de valeurs mobilières donnant à terme accès au capital. En effet, comme le note un auteur, « *la contribution aux pertes, en dépit de la formulation de l'article 1832 du code civil, n'est pas réservée aux seuls associés actuels de la société. Ce principe s'applique également à ceux qui ont vocation à le devenir. […] les porteurs de ces valeurs doivent être traités comme s'ils avaient été, dès l'origine des actionnaires. Leurs droits sont donc, comme ceux des actionnaires, réduits à due concurrence*[1181] ». Dans le cas d'un associé, il lui reviendrait de démontrer qu'il n'a pas à contribuer aux pertes ou à tout le moins pour partie. Si les actionnaires parviennent à convaincre le juge que la valeur actualisée de l'entreprise sur la base d'un scénario de continuation, la dilution ou l'éviction pourrait être modérée par l'attribution de BSA exerçables en cas de réalisation du scénario proposé.

[1178] S. Sylvestre-Touvin, *Le coup d'accordéon ou les vicissitudes du capital*, th. Paris I, PUAM, 2003, préf. P. Le Cannu, nº 467.
[1179] S. Sylvestre-Touvin, précité, nº 472.
[1180] V. Rotaru, « La Directive Restructuration : une lecture à la lumière de l'analyse économique du droit fonctionnelle », 117.
[1181] S. Sylvestre-Touvin, *op.cit.*, nº 508.

C1 - Internal use

2. *Le respect relatif de l'ordre de priorité*

a) Principe

La priorité relative implique que les créanciers de même rang doivent être traités de la même façon. **La directive du 20 juin 2019** dispose que le plan doit prévoir des propositions conformes à la règle de priorité relative (**a**), c'est-à-dire qu'un créancier doit être traité d'une manière au moins aussi favorable que toute autre classe de même rang ou plus favorable qu'une classe de créanciers de rang inférieur, ainsi qu'à la règle de la priorité absolue par laquelle les créanciers d'une classe doivent être désintéressés avant qu'une classe inférieure ne puisse être payée (**b**).

Certains auteurs considèrent que la règle de priorité relative est suffisante et permet de solliciter tous les créanciers de façon égale tout en apportant suffisamment de flexibilité pour trouver un accord satisfaisant pour la majorité des créanciers. Les associés sont par ailleurs plus enclins à conserver un intérêt dans la société dans le cadre de l'approche de la priorité relative[1182]. *A contrario,* pour d'autres auteurs, sans la règle de priorité absolue, il est difficile pour les créanciers d'anticiper l'accord qu'il est possible de passer avec le débiteur compte tenu du grand nombre de configurations possibles. Cette seule règle nuit donc à la prévisibilité du plan de restructuration et peut ainsi conduire à des comportements opportunistes de certains créanciers cherchant le meilleur accord pour leur classe de créanciers sans que l'ordre de priorité soit respecté pour autant.

b) Application concrète

Un traitement plus favorable suppose la mise en place d'une gradation dans les mesures proposées aux créanciers. À titre d'exemple, il peut être admis qu'une remise de dette est moins avantageuse qu'un rééchelonnement ou qu'une substitution de sûreté. Qu'en est-il des autres

---

[1182] L. Stanghellini, R. Mokal, C.G. Paulus, I. Tirado, « Best practices in European restructuring. Contractualised distress resolution in the shadow of the law », CEDAM, 2018, 37, https://www.codire.eu/materials/ : "*This approach is defective. It incentivises dissent from the plan so long as the dissentients expect the plan to receive sufficient support from claimants in other classes*" […] "*The relative priority rule provides a more realistic alternative, ensuring fairness for dissentients by protecting their relative position against all other affected stakeholders but without creating hold-out incentives. The relative priority rule also makes it more feasible for plans to be confirmed that permit equity holders to retain a stake in the debtor or its business, which in turn is likely to incentivise – particularly in the case of MSMEs – greater and more timely use of restructuring proceedings and the option of drawing on equity's debtor-specific knowledge, expertise, and goodwill. The rule also provides a measure of protection against improper 'loan-to- own' strategies by which acquirers of distressed debt seek to acquire a share of debtor's equity greater than the present economic value of their debt claims.*"

C1 - Internal use

situations ? Un rééchelonnement de créance est-il moins avantageux qu'une substitution de sûreté ? Tout dépendra de la situation, ce qui laisse une grande place à l'appréciation du juge et est, *in fine*, source de contestation. Chaque créancier se comparant aux autres trouvera sa situation dégradée en dépit d'un rang préférentiel. Par ailleurs, il n'est pas toujours évident d'apprécier si le traitement est préférable lorsque par exemple le montant nominal de la créance est revu en contrepartie d'un paiement accéléré de la créance.

208. Comparaison entre les rangs des créanciers – En théorie la question est simple puisque le législateur a institué une hiérarchie entre les privilèges et les sûretés[1183]. Toutefois, un auteur note que la tâche des mandataires judiciaires est difficile en raison du grand nombre de privilèges existant en droit des sûretés et de la différence de traitement entre les sûretés selon la nature du plan – plan de continuation ou plan de cession. Comme le relèvent des auteurs, « *les articles L. 622-17 et L. 641-13 établissaient un ordre de paiement sommaire, ne permettant pas à tous les titulaires de sûreté de saisir leur place exacte, et qui différait selon qu'il s'agissait de répartir le prix d'un meuble ou d'un immeuble* »[1184]. Néanmoins, l'ordonnance du 15 septembre 2021 tâche de rendre le travail de comparaison plus lisible en établissant un détail plus précis, sans pour autant prétendre à l'exhaustivité, quant à l'ordre de préférence entre les créances dans la répartition et en supprimant les paiements par distraction[1185].

Pour certains, « *le terme de "catégories" pourrait être plus adéquat que le terme de "classes" afin d'éviter l'idée d'un classement* ». Si le postulat est correct au stade préliminaire de la préparation du plan, l'application de la règle de priorité relative implique une comparaison entre les créanciers qui suppose une certaine hiérarchie. Pour un auteur, la meilleure façon de protéger les intérêts de tous en respectant tant le principe de priorité « suffisante » – et non absolue – que celui du *best interest test* est de surclasser les créanciers juniors sans réduire le remboursement prévu pour les seniors (et non de déclasser les seniors qui se retrouveraient en concurrence avec les créanciers chirographaires)[1186]. L'adhésion des juniors au plan serait trouvée, sans défavoriser les seniors, tout en offrant à ces derniers un traitement plus favorable qu'en cas de liquidation judiciaire. Dans cette hypothèse, l'optimum de Pareto serait respecté[1187]. Encore faut-il que le débiteur ait la capacité financière d'offrir un tel traitement.

[1183] [A AJOUTER]
[1184] N. Borga, J. Théron, « Ordonnance du 15 septembre 2021 réformant le droit des entreprises en difficulté, un tournant ? », *Recueil Dalloz*, 2021, 1773.
[1185] Article L. 643-8 du Code de commerce.
[1186] M. Houssin, *op. cit.*, n° 529.
[1187] M. Houssin, *op. cit.*, n° 636.

C1 - Internal use

En effet, comme le note pertinemment un auteur, « *le plus fort des privilèges ne sert à rien quand le tiroir-caisse est vide et qu'il n'y a plus d'actifs*[1188] ».

Le respect de l'ordre de priorité de manière semi-absolue, en optant pour les exceptions prévues par la directive, semble être le système apportant le plus de prévisibilité dans les négociations entre les parties tout en étant suffisamment souple pour trouver l'accord le plus équilibré afin de répondre aux objectifs de la procédure collective[1189]. L'ordonnance du 15 septembre 2021 a également arbitré en ce sens en consacrant, dans un premier temps, la règle de priorité absolue en cas d'application forcée interclasse à l'article L 626-32 I 3° du code de commerce selon laquelle une classe doit être intégralement désintéressée par des moyens identiques ou équivalents avant qu'une classe de rang inférieur puisse avoir droit à un paiement ou conserver un intéressement. Puis le législateur a habilité le tribunal de manière très large à outrepasser cette règle, sur demande du débiteur ou de l'administrateur judiciaire avec l'accord du débiteur, si cela est nécessaire pour atteindre les objectifs du plan et si le plan ne porte pas une atteinte excessive aux droits ou intérêts des parties affectées. Il est précisé que « *les créances des fournisseurs de biens ou de services du débiteur, les détenteurs de capital et les créances nées de la responsabilité délictuelle du débiteur, notamment, peuvent bénéficier d'un traitement particulier.* ». Si nous sommes convenus de l'intérêt de prévoir des exceptions à l'ordre de priorité absolue, les dérogations qui peuvent être prononcées par le tribunal sont tellement larges qu'elles conduisent à remettre en cause la consécration de l'ordre de priorité comme voulue initialement. Partageant ces considérations, la proposition de loi du 16 novembre 2021 ratifiant l'ordonnance du 15 septembre tend à diminuer le champ d'application des exceptions possibles à l'ordre de priorité absolue en supprimant « la *faveur accordée aux détenteurs de capital au détriment des créanciers »* faute de justification. L'article premier de la proposition de loi permet aux seuls détenteurs de capital d'une PME ne bénéficier du traitement particulier. Si nous partageons les constats de la proposition de loi, la modification de l'ordonnance proposée n'est pas satisfaisante, les exceptions à l'ordre de priorité absolue auraient dû être mieux encadrées, pour des raisons évidentes de sécurité juridique, tant pour les PME que pour les grandes entreprises.

[1188] J. Paillusseau, « Entreprise et société, quels rapports ? Quelle réforme ? », *D.*, 2018, 1395.
[1189] Dans le même sens, https://www.banque-france.fr/sites/default/files/rapport_36_f.pdf

C1 - Internal use

Il reste à définir quel doit être le référentiel pour apprécier le respect de l'ordre de priorité. Nous savons déjà qu'il convient de valoriser les actifs de la société débitrice grevés de sûretés afin de répartir les créanciers dans la classe des créanciers garantis à hauteur de cette valeur et dans la classe des créanciers chirographaires pour l'éventuel reliquat. Il convient alors de déterminer si cette valorisation doit servir d'aiguillon dans l'élaboration du plan à soumettre aux créanciers.

§2/ Le référentiel du respect de l'ordre de priorité

Comparer la situation des créanciers afin de faire respecter l'ordre de priorité entre eux ne suffit pas à s'assurer que l'écrasement des créanciers dissidents est justifié. En instaurant une valeur étalon (**A**), il sera permis de distinguer une opposition légitime d'une obstruction déraisonnable (**B**).

A/ L'étalon de la valeur liquidative et de la valeur d'exploitation

Pour mesurer la pertinence des sacrifices proposés aux créanciers, il importe de leur apporter des informations sur la situation qui aurait été la leur en cas de liquidation judiciaire de la société (**1**) ou en cas de continuation de la société (**2**).

1. La valeur liquidative, une valeur plancher

Les créanciers sont appelés à entériner les sacrifices qu'il leur est demandé de concéder collectivement pour éviter la liquidation judiciaire de la société débitrice. Le fait majoritaire ou l'écrasement de classes de créanciers dissidentes supposent de s'assurer de la légitimité des mesures proposées. La référence à la valeur liquidative de la société est traditionnellement avancée comme étalon de l'équité des mesures proposées. En effet, dans quelle mesure l'opposition d'un créancier peut-elle être considérée comme légitime si le pire scénario – la liquidation judiciaire – est moins intéressant que le plan de restructuration proposé ?

209. Garde-fous de la valeur liquidative – Ainsi, les mesures prises ne doivent pas occasionner des pertes plus importantes qu'en cas de liquidation. Cela implique d'apprécier les conséquences de la liquidation, avant de décider d'une dépréciation de la créance par son rééchelonnement ou par des remises de dettes ou d'une conversion de la créance en titre de capital. Il est, en effet, difficile d'inciter les investisseurs à mesurer l'opportunité de concéder

C1 - Internal use

des sacrifices s'ils n'ont aucune garantie d'être mieux traités qu'en cas de liquidation judiciaire dans la mesure où ils ne disposent que de peu d'informations. Cette méthode rejoint le *best interest test* de droit américain, de droit allemand ou du droit de la résolution bancaire, par lequel la résistance des créanciers est considérée comme illégitime si le plan proposé leur réserve un meilleur sort que celui qui aurait été le leur à l'occasion de la liquidation judiciaire[1190].

210. Sélection des entreprises viables – La comparaison avec l'état liquidatif de la société aurait également l'intérêt de distinguer les sociétés pour lesquelles les efforts demandés aux créanciers sont justifiés des autres. En effet, un auteur note qu'une société ne devrait pas être « *sauvée* » si la valeur de l'entreprise en activité n'est pas supérieure à sa valeur liquidative[1191]. S'il est vrai que certaines sociétés méritent la liquidation judiciaire immédiate, dans une approche de destruction créatrice prônée par Schumpeter, il ne peut être déduit de la seule comparaison entre état liquidatif et valeur de la société la viabilité de celle-ci et son mérite à bénéficier de la procédure collective. Faut-il comme en Allemagne imposer une étape préalable de mesure du sérieux du plan avant de le soumettre aux créanciers ? Cette étape qui ne purge pas les recours ne semble pas indispensable puisqu'il existe différents garde-fous pour se prémunir que la société débitrice n'abuse pas de son droit de solliciter l'ouverture d'une procédure collective : (i) le tribunal doit évaluer si la procédure sollicitée est appropriée – il mesure donc les chances de survie de la société pour écarter la procédure de liquidation judiciaire – ; (ii) le plan soumis aux votes des classes de créanciers doit être suffisamment sérieux pour emporter leur soutien ; (iii) le tribunal au moment de l'arrêté du plan en mesure l'équilibre général[1192]. Même dans le cadre d'une consultation individuelle des créanciers, le plan se doit d'être crédible pour obtenir l'assentiment de ceux-ci. Par ailleurs, le juge ne devrait pas prononcer le rééchelonnement sur dix ans des créances sans perspective de redressement de la société. En effet, il ne s'agit pas de simplement comparer valeur liquidative et valeur d'entreprise puisque la procédure collective, au-delà d'organiser la coordination des différents intérêts des créanciers, permet de restructurer la société financièrement et opérationnellement afin de pouvoir aspirer à un retour à la viabilité ou à la maximisation de la valeur d'entreprise. Se référer uniquement à la valeur de liquidation pourrait conduire à faire fi des intérêts des

---

[1190] R. Dammann, F.-X. Lucas, « Le nouveau dispositif de dilution ou d'éviction de l'associé qui ne finance pas le plan de redressement de la société », *Bull. Joly Sociétés*, 1er octobre 2015, nº 10, 521.
[1191] S. Vermeille, V. Rotaru, « La directive restructuration : un texte sans socle intellectuel cohérent, mais une opportunité unique pour la France », site *Droit & Croissance*.
[1192] Voir Partie II, Titre II, Chapitre 1.

C1 - Internal use

autres parties prenantes lorsqu'ils ne sont pas alignés sur ceux des créanciers, c'est-à-dire, par exemple, à ne pas prendre en considération les destructions d'emploi. Cette position consistant à ne justifier un plan que s'il permet de préserver plus de valeur qu'en cas de liquidation pourrait être contestable, car la valeur d'une entreprise ne peut se limiter à la valeur de ses actifs ; le redressement pourrait avoir un intérêt additionnel à l'aspect purement financier pour les créanciers.

211. Une mesure réservée à l'écrasement des créanciers – Comme la continuation de l'activité peut en effet présenter un intérêt pour les parties prenantes de la société au-delà du seul aspect financier à court terme, la valeur liquidative de la société doit être envisagée comme un garde-fou en cas d'écrasement des créanciers dissidents. C'est en ce sens que la directive du 20 juin 2019 prévoit *in fine* que l'évaluation de l'entreprise selon le référentiel de la liquidation judiciaire n'intervient que lorsque le plan est adopté malgré l'opposition d'un créancier dissident. Au-delà des difficultés d'évaluation de la valeur liquidative, la société n'encourt pas immédiatement la liquidation par définition. La valeur liquidative ne peut donc être qu'un référentiel, un indice d'une opposition opportuniste ou abusive du créancier et devrait être limitée aux hypothèses d'écrasement d'une classe dissidente. *A contrario,* en droit fédéral américain[1193], le juge est tenu de vérifier que le plan adopté par les classes de créanciers respecte le principe du meilleur intérêt pour les créanciers[1194]. La mesure de protection constitue une garantie fondamentale des créanciers minoritaires contre la « *tyrannie de la majorité*[1195] ». Le plan proposé doit respecter le *best interest test* vis-à-vis des créanciers ; chaque créancier doit pouvoir recevoir autant que ce qu'il aurait reçu en cas de liquidation immédiate. Néanmoins, le système américain issu du *Chapter 11* conduit à un important contentieux autour de la valeur de l'entreprise et à une cession jugée trop rapide des actifs de la société au profit des créanciers plus seniors. Il s'agirait donc de s'éloigner du modèle américain en permettant de déroger au *best interest test* sur la base d'un accord majoritaire des créanciers, à l'instar du droit anglais, où la valeur liquidative constitue un élément d'appréciation à la disposition du juge afin de mesurer le caractère équitable du « *scheme of arrangement*[1196] ». Il s'agit de recourir à la valeur liquidative comme détecteur d'une opposition illégitime sans en faire une condition d'adoption

[1193] Section 1129(a)(7)(A)(ii) du code fédéral de la faillite des États-Unis.
[1194] 11 USC § 1129 (a) (7) (A) (i).
[1195] M. Houssin, « Le test du respect des intérêts des créanciers ou "best interest test" », *Revue des procédures collectives*, nº 4, juillet 2018, étude 19.
[1196] Prudential Assurance Co. Ltd v. PRG Powerhouse Ltd [2007], EWHC 1002 (Ch) ; [2007] BCC 500, cité par M. Houssin, « Le test du respect des intérêts des créanciers ou "best interest test" », *Revue des procédures collectives*, nº 4, juillet 2018, étude 19.

C1 - Internal use

du plan. Dès lors, la charge de la preuve n'aurait pas à incomber au débiteur ou plus largement à l'auteur du plan, dans la mesure où cette protection est réservée aux cas de contestation. Il revient dès lors aux créanciers de faire la démonstration que la valeur de l'entreprise excède ses dettes, de sorte que la valeur résiduelle devrait leur revenir. En ce sens, l'ordonnance du 15 septembre 2021 se réfère à la valeur liquidative de la société que dans le cadre de l'application forcée du plan malgré l'opposition des créanciers. Il s'agit donc d'une mesure considérée comme exceptionnelle. Qui plus est, il est fait référence à l'article L 626-32 tant dans le I 2° (critère d'adoption du plan par un minimum de classe pour permettre une application forcée) que dans le I 5° b) (critère relatif à l'application forcée du plan pour la classe des détenteurs de capital) à ce qu' « *on peut raisonnablement supposer* » laissant une marge d'appréciation au juge en mesure de conclure selon les données les plus évidentes portées à sa connaissance. Mais au-delà de la valeur liquidative, il faut également appréhender « *la valeur du débiteur en tant qu'entreprise en activité* », ce qui semble plus délicat encore.

2. La nécessaire prise en compte de la valeur d'exploitation

La satisfaction du meilleur intérêt des créanciers au regard de la valeur liquidative de la société pourrait être insuffisante, car il est possible que certains créanciers, comme un créancier subordonné ou un actionnaire, captent indûment la valeur de continuation de la société. Comme le note un auteur, « *au fond, il s'agit de s'assurer que les parties prenantes ont le droit de partager la plus-value de restructuration selon l'ordre des priorités, et non pas seulement la valeur liquidative […] à partir du moment où avancer la date du transfert du contrôle de l'entreprise procure un bénéfice à l'ensemble des parties prenantes (lié à la réduction de l'excès d'endettement) supérieur au coût supporté par les tiers* ». L'éviction sera jugée efficace selon l'optimum de Pareto ou la théorie de Kaldor-Hicks[1197]. En analysant la situation du débiteur à l'aune de sa seule liquidation judiciaire, il est possible de priver certains créanciers du bénéfice d'un retour à meilleure fortune. C'est pourquoi la directive du 20 juin 2019 invite à se référer à la valeur issue d'un plan alternatif éventuellement construit par une personne habilitée à proposer un plan concurrent de celui du débiteur ou tout simplement par un créancier qui contesterait le plan. Cette référence à une restructuration alternative rend encore plus hypothétiques les projections de valeur qui pourraient être formulées. La valeur de continuation

[1197] V. Rotaru, *op.cit.*, 123.

C1 - Internal use

de la société serait donc construite comme second rempart prémunissant le créancier d'un écrasement de son vote ou de sa classe de façon abusive. Serait-il possible de prendre en considération la valeur liquidative lorsqu'il s'agit de faire plier une minorité au sein d'une classe et la valeur d'entreprise lorsqu'il s'agit de forcer l'adhésion d'une classe entière de créanciers ? Le groupe de travail du HCJP le préconise. Il s'agira de retenir la valeur liquidative de la société en cas de *cramdown* interclasse et de retenir une valeur de continuation en cas de *cramdown* intraclasse[1198]. Une telle distinction semble néanmoins difficilement justifiable et n'est pas prévue par la directive. En tout état de cause il appartient au créancier dissident de prouver la valeur de l'entreprise. Mais en a-t-il les capacités ?

B/ Une mesure réservée à l'écrasement des créanciers dissidents

La référence à la valeur liquidative ou de continuation de la société a donc vocation à servir d'analyse subsidiaire de la légitimité du plan en cas d'opposition des créanciers simple ou caractérisée. Il convient alors de définir comment établir ces valeurs et à quel moment de la procédure.

Établir la valeur liquidative ou de continuation de la société débitrice ne suffit pas, il faut également comparer cette situation avec les mesures proposées dans le cadre du plan pour en déterminer l'opportunité et la pertinence.

212. Méthode d'évaluation – G. Plantin, D. Thesmar et J. Tirole[1199] considèrent que la valeur économique d'une entreprise est la comparaison entre la valeur de ses dettes et sa valeur de liquidation. La valeur de liquidation correspond au produit de la vente de l'entreprise (soit en tant que telle à un repreneur, soit actif par actif) net des coûts associés à la cession. Si elle excède la valeur des dettes et la valeur de l'entreprise alors la liquidation est préférable. En revanche, si la valeur d'entreprise excède la valeur des dettes, il est préférable de renégocier la dette. Pour un auteur, il faut que *« la valeur d'entreprise retenue, déterminée en fonction d'une*

[1198] « *Le groupe de travail quant à lui s'accorde pour dire que la valorisation faite sur la base d'une valeur de continuation de l'entreprise doit s'imposer en cas de cramdown interclasses et la valeur liquidative de l'entreprise, en cas de cramdown intraclasse* », 13. http://www.eifr.eu/document/file/download/1930/avis-defaillance-entreprises-06-f-pdf

[1199] G. Plantin, D. Thesmar, J. Tirole, « Les enjeux économiques du droit des faillites, les notes du conseil d'analyse économique », nº 7, juin 2013.

C1 - Internal use

actualisation des flux de trésorerie, soit inférieure au montant du passif[1200] ». Cette méthode suppose d'organiser une simulation virtuelle de la liquidation de l'entreprise[1201]. Par ailleurs, en cas de conversion des titres de dettes en titres de capital, il faudra nécessairement prendre en compte les prévisions de performance future de la société, ce qui se révèle encore plus hypothétique. Il faut noter que cette comparaison entre la valeur réelle et la valeur liquidative peut être rapide lorsque l'endettement de la société dépasse largement sa valeur réelle[1202]. L'évaluation de l'entreprise guide forcément la procédure collective, du plan de cession au plan de reprise interne. Un auteur pointe toutefois cinq dangers en la matière : « *(i) le calendrier, (ii) l'absence de débat contradictoire, (iii) l'importance relative des questions de valorisation, (iv) l'absence d'information pertinente, et (v) un développement insuffisant du contentieux*[1203] ». L'évaluation est souvent incompatible avec la célérité des procédures collectives, car c'est prendre le risque que chaque partie recoure à son expert pour faire émerger la valorisation qui lui est la plus favorable dans cette matière où il n'existe pas de réponse unique. Il est également difficile pour les créanciers de disposer des informations pertinentes pour établir les projections du modèle d'affaires envisagé.

213. Cession fictive en bloc ou par pièces détachées – Il existe deux méthodes pour liquider une société : soit en un seul bloc, soit par une cession de chaque actif. Pour un auteur, la cession en bloc de l'entreprise est plus intéressante : « *La valeur d'une entreprise vaut normalement plus que la somme des différents éléments la composant, et ce, en raison de l'effet de synergie provoqué par la réunion de ces mêmes éléments* ». Il ajoute que « *si l'entreprise n'est plus capable de générer des profits, les éléments sont évalués et cédés individuellement*[1204] ». En droit américain, la valeur liquidative est déterminée dans le cadre du *best interest of creditors*

[1200] S. Vermeille, A. Bézert, « L'éviction des actionnaires en amont de la cessation des paiements : un impératif pour lutter contre l'excès d'endettement », *Recueil Dalloz*, 12 septembre 2013, nº 30.

[1201] F. Pérochon, « Améliorer les restructurations d'entreprises : approche comparée des droits et meilleurs pratiques en France et en Allemagne », *BJE*, nº 4, 55.

[1202] Cas de CGC avant sa restructuration : Y. Piette (« Les restructurations d'entreprise face aux contraintes du marché », *BJE*, nº 4, 316) indique que « *la valeur d'entreprise du groupe CGC était, d'un strict point de vue économique, très significativement inférieure à la valeur faciale de son endettement net* ». Il ajoute que « *le montant de la conversion de dette en capital (environ 1,8 milliard de dollars) représentait un montant de près de 20 fois supérieur à la capitalisation boursière de CGC, et aurait dû à ce titre imposer une dilution totale des actionnaires existants* ».

[1203] L. Assaya, « Restructuration financière et valorisation : les principaux dangers », *in* « Les restructurations à l'heure de la reprise économique palais du Luxembourg, salle Monnerville », *Revue Droit & Affaires*, nº 9, janvier 2011, 6.

[1204] T. Massart, « Contrat de société », *Répertoire de droit des sociétés*, avril 2006 (actualisation : oct. 2016), nº 66, citant P. de La Chapelle, B. Coupez, *L'évaluation des entreprises*, Economica, 2004 ; E. Tchemini, *Évaluation d'entreprises*, Economica, 2003 ; R. Baker, C. Thibierge et A.-M. Sahla, *Évaluation des entreprises*, éd. Les Échos, 2002.

C1 - Internal use

test. Le juge prend en compte la valeur des actifs à la date d'ouverture de la procédure collective et détermine le prix qui serait obtenu en cas de cession des actifs (soit avec l'unité de production, soit au détail), en retenant la valeur la plus intéressante pour les créanciers. Concernant les sociétés dont la responsabilité des associés est indéfinie, il est également pris en compte leur patrimoine saisissable[1205].

214. La valeur de continuation – Il faudra également calculer la valeur de continuation de la société, c'est-à-dire la valeur actualisée des cash-flows futurs de l'entreprise en cas de continuation de l'activité, qui correspond à l'écart entre ses encaissements et ses décaissements liés à l'exploitation (ventes, salaires, matières premières, etc.) moins l'investissement net et les taxes. Pour évaluer une entreprise, il faut généralement se baser sur la méthode des *discounted cash flows* ou flux de trésorerie futurs qui, contrairement à la méthode de l'actif net comptable, ne se base pas sur ce que possède la société mais sur ce qu'elle va rapporter. Cette méthode va permettre d'actualiser la valeur de l'entreprise. Elle dépend donc du choix de la durée et du taux d'actualisation, en prenant en compte le coût du capital et de l'endettement de la société. Cette méthode est souvent inappropriée pour les entreprises en difficulté dans la mesure où les flux de trésorerie sont souvent négatifs. Des auteurs notent que la difficulté réside « *d'une part, dans une analyse précise des revenus générés par les éléments immatériels qui sous-tendent l'actif incorporel, et d'autre part, sur des hypothèses plus ou moins vraisemblables d'activation démontrées par l'entreprise*[1206] ». Par ailleurs, cette méthode suppose d'extrapoler le plan d'affaires établi par le management pour en déduire les flux futurs. Dans le contexte d'une entreprise en difficulté, qui requiert une certaine célérité, l'expert ne disposera que de peu de temps pour appréhender l'historique de la société et son nouveau plan d'affaires, lequel peut être excessivement optimiste. Nous relèverons que, s'agissant des sociétés cotées dans le cadre d'opération dilutive avec suppression du droit préférentiel de souscription, l'AMF et la pratique de marché conduisent à fournir une expertise indépendante de la restructuration sur la base d'une évaluation multicritère. Ces rapports sont publiés dans le cadre du prospectus et s'adressent aux actionnaires. Il faut noter que dans le dossier CGC, l'expert a réalisé une « *étude de la répartition de la valeur entre les parties prenantes à l'opération […] afin de présenter*

[1205] 11 U.S.C. Section 723(a).
[1206] L. Escaffre, « Comment valoriser les actifs incorporels de l'entreprise en difficulté ? », *IFPPC*, décembre 2017, 20.

C1 - Internal use

l'économie générale de l'opération pour les actionnaires, les porteurs d'obligations seniors et les porteurs d'OCEANE[1207] ».

215. La directive du 20 juin 2019 prévoit à ce titre que les droits des créanciers ou associés ne peuvent être réduits à un « *niveau inférieur à celui auquel ils pourraient raisonnablement s'attendre en cas de liquidation de l'activité du débiteur, que ce soit par distribution des actifs ou par cession de l'entreprise en activité, en fonction des circonstances particulières de chaque débiteur, soit à un niveau inférieur à celui auquel ils pourraient raisonnablement s'attendre dans le cas du meilleur scénario alternatif possible lorsque le plan de restructuration n'est pas validé* ». La référence à ce qui peut raisonnablement être attendu laisse évidemment une marge d'appréciation au juge dans ce cadre. La possibilité de se référer à la valeur de continuation rendra finalement la référence à la valeur liquidative très théorique puisque les créanciers auront tout intérêt à projeter une valeur d'entreprise en activité. Le législateur européen reconnaît expressément que « *la valeur d'exploitation est, d'une manière générale, supérieure à la valeur de liquidation*[1208] » ; ce n'est qu'en cas d'adoption forcée du plan que le juge devra justifier sa méthode de référence pour homologuer celui-ci malgré l'opposition des créanciers minoritaires. Au sens de la directive, la valeur d'exploitation fait référence à un contexte économique particulier car décorrélé de la procédure collective : « *Elle est fondée sur l'hypothèse selon laquelle l'entreprise poursuit ses activités avec le moins de perturbation possible, a la confiance des créanciers financiers, des actionnaires et des clients, continue de générer des revenus et limite l'impact sur les travailleurs*. » En tout état de cause, pour réaliser le test du meilleur intérêt des créanciers, la première étape du raisonnement consiste à se baser sur la valeur liquidative de la société ; ce n'est que lorsqu'un plan a été refusé ou n'a pas été soumis au vote[1209] et lorsqu'un autre projet a été élaboré[1210] que la valeur d'exploitation pourra être retenue. En ce sens, l'ordonnance se réfère à la valeur liquidative, au prix de cession ou à une meilleure solution alternative si le plan n'était pas validé[1211].

216. Bataille d'experts – Pour des auteurs, si la procédure collective doit permettre de régler les conflits de valorisation en cristallisant la valeur économique du débiteur par l'arbitrage du juge, la valeur d'une entreprise diffère « *selon l'auteur de la valorisation et le niveau*

[1207] Rapport du cabinet Ledouble, 9, cité par Y. Piette, *op.cit.*.
[1208] Considérant (49).
[1209] La directive faire référence à un plan qui n'aurait pas été « *validé* ».
[1210] La directive fait référence à un « *scénario possible* ».
[1211] Article L. 626-32 du Code de commerce.

C1 - Internal use

d'information dont il dispose[1212] ». Ces difficultés expliquent que dans le **cadre du droit des résolutions bancaires**, l'article L. 613-55-1-II du Code monétaire et financier permet aux autorités de résolution « *d'exclure du champ d'application des mesures de dépréciation et de conversion, certains engagements en raison notamment de la complexité de leur valorisation dans un délai raisonnable (ce serait le cas d'un titre structuré par exemple) ou du risque de contagion sur les marchés financiers, ce qui aurait pour effet de faire supporter les pertes plus largement par les créances non exclues appartenant au même rang*[1213] ». Le HCJP note à ce propos que « *l'obligation d'évaluation contenue au (b) du 1 de l'article 8 impliquerait une modification du droit français, si cette évaluation devait s'entendre comme impliquant une véritable expertise de la valeur de l'entreprise, alors que le droit français prévoit seulement que le juge est saisi par une requête du débiteur exposant sa situation économique, financière, sociale et patrimoniale, ses besoins de financement et, le cas échéant, les moyens d'y faire face et qu'en cas d'ouverture d'une procédure de SFA ou de SA seuls quelques éléments chiffrés sont fournis par un formulaire rempli par l'entreprise. Cette obligation serait coûteuse et pourrait également être la source d'une perte de temps. Il serait en conséquence opportun d'assouplir la règle, qui n'a de sens qu'en cas de désaccord, en anticipation des recours des créanciers minoritaires*[1214] ».

217. Le rôle du mandataire judiciaire – L'intérêt de la valeur liquidative est qu'elle peut être déterminée par le mandataire judiciaire, ce qui permet de se reposer sur un professionnel expert de l'évaluation de l'actif et du passif des sociétés en difficulté, sans qu'il faille nommer des experts additionnels. En effet, le mandataire judiciaire semble tout désigné pour déterminer la valeur de l'entreprise au regard de sa mission (représenter les intérêts des créanciers), de son intervention systématique dans les procédures (contrairement à l'administrateur judiciaire) et surtout de son expertise dans la cession et la liquidation de débiteurs en difficulté. La directive du 20 juin 2019 prévoit la possibilité de faire intervenir un expert dans des délais dérogatoires au droit commun afin de retarder au minimum l'adoption du plan. Il est prévu que cette intervention ne conduise pas à retourner la charge de la preuve si bien qu'il semblerait que ce soit le contestataire du plan qui fasse la démonstration d'un problème au regard de la valeur de

---

[1212] A. Pietrancosta, S. Vermeille, « Le droit des procédures collectives à l'épreuve de l'analyse économique du droit, perspectives d'avenir ? » *RTDF*, nº 1, 2010, 9.
[1213] A. Cheikh, T. Sami, « Modification de la hiérarchie des créanciers des établissements de crédit et création d'une nouvelle catégorie de titres de créance : enjeux pour les banques, intérêt pour les déposants », *Revue de Droit bancaire et financier*, nº 1, janvier 2018, dossier 3.
[1214] Haut Comité Juridique de la Place Financière de Paris (HCJP), Rapport relatif à la directive restructuration et insolvabilité, 7 juill. 2017, http://www.eifr.eu/document/file/download/1930/avis-defaillance-entreprises-06-f-pdf

C1 - Internal use

la société. À ce titre, il conviendrait d'opter pour la possibilité ouverte à l'article 5(2) de prévoir la désignation systématique des praticiens des restructurations. Le mandataire judiciaire intervenant comme arbitre des conflits d'évaluation entre les créanciers seniors et juniors, il serait alors tenu dans un premier temps de réaliser une valorisation juste, prudente et réaliste de l'actif et du passif du débiteur. À ce titre, il faudra surmonter la difficulté liée au fait que la vérification des créances et la préparation du plan répondent à deux calendriers différents, si bien que le plan peut être adopté avant l'achèvement des vérifications de créances, ce qui explique que le mandataire judiciaire poursuive cette mission après l'adoption du plan[1215]. D'où l'importance de se fier à l'inventaire des biens du débiteur et à la liste de ses créanciers qu'il aura établis. En cas de dépréciation de créances ou de conversion en titres de capital, il reviendra au mandataire d'en justifier l'ampleur au regard de la valeur liquidative de la société. Puis il s'agira de préciser la répartition de cette valeur entre les créanciers en différentes catégories conformément à leurs rangs de priorité aux termes du droit applicable en matière d'insolvabilité et d'évaluer le traitement que chaque catégorie d'associés et de créanciers aurait été susceptible de recevoir si la société avait été liquidée.

218. Comparaison avec un scénario liquidatif ou alternatif – La valeur liquidative semble la plus facile à déterminer, la procédure ayant pour but de figer le passif social. Elle pourrait permettre de fixer une valeur plancher pour apprécier si les intérêts de tous les créanciers sont suffisamment protégés ; ils ne pourraient percevoir un traitement dégradé au titre du projet de plan. Toute la difficulté résidera dans l'appréciation de cette situation dégradée : le remboursement d'une créance d'un montant supérieur à ce qui aurait été perçu en liquidation judiciaire mais échelonné sur dix ans équivaut-il à un traitement préférentiel ? La limite de la valeur liquidative pourrait être le mandat donné au juge dans le cadre de l'appréciation de la défense des intérêts de tous les créanciers lors de l'adoption du plan de continuation (au titre de l'article L. 626-31 du Code de commerce). La comparaison avec la valeur de continuation suppose qu'un plan alternatif soit élaboré au-delà de la projection de la valeur en cas de cession de la société. Il reviendra au mandataire d'établir une telle valeur selon le plan qui lui sera soumis. En cas de contestation, il appartiendra au juge de nommer un expert qui, à l'instar de l'expertise au titre de l'article 1843-4 du Code civil, aurait la charge de donner une valeur qui ne pourra être remise en cause qu'en cas d'erreur grossière afin de limiter les batailles d'experts

[1215] P. Pétel, « Procédures collectives avec comités de créanciers : qui vote à l'assemblée générale unique des obligataires ? », *JCP E*, 2016, nº 1680.

C1 - Internal use

retardant excessivement l'adoption du plan. L'avant-projet d'ordonnance n'a toutefois pas pris cette direction en prévoyant qu'« *en cas de contestation portant sur la valeur de l'entreprise ou de sa créance retenue dans le cadre du projet de plan, la partie affectée fournit, à ses frais, une nouvelle évaluation. Le débiteur et les autres parties affectées peuvent également présenter d'autres évaluations*[1216] ». Il est donc possible de s'enliser dans une bataille d'experts qui, si elle a le mérite du contradictoire, peut nuire à l'objectif essentiel de célérité de la procédure. In fine, l'ordonnance du 15 septembre 2021 prévoit qu'une partie affectée qui a voté contre le plan peut demander auprès du tribunal la vérification du respect du test du meilleur intérêt des créanciers. Il reviendra alors à cette partie affectée de saisir le tribunal par requête afin qu'il détermine la valeur de l'entreprise du débiteur, au besoin en ordonnant une expertise, et au terme d'une procédure contradictoire après convocation de l'ensemble des parties à l'audience et le comité social et économique et après avoir recueilli l'avis du ministère public [1217]. Le jugement est susceptible de recours devant la cour d'appel dans un délai de dix jours. Ce recours peut être exercé par chaque partie, le débiteur, l'administrateur, le mandataire judiciaire ou le ministère public[1218]. La cour d'appel statue alors au fond dans les quatre mois[1219]. Faute de définition des notions valeur liquidative et de valeur d'entreprise en activité dans l'ordonnance, alors qu'il s'agit de notions clés de la réforme, les évaluations seront certainement source de contentieux et de confrontation d'experts.

Si la procédure collective doit avoir comme objectif vis-à-vis des créanciers de maximiser la valeur de l'entreprise en faveur de l'ensemble des créanciers, il faut éviter toute tactique d'extorsion d'une catégorie de créanciers au détriment des autres et de la société en difficulté. Or, pour éviter ce genre de dévoiement de la procédure, il est cohérent et dans l'intérêt du débiteur de préserver l'ordre de priorité instauré *ex ante*, lorsque la société était *in bonis*, afin d'établir une procédure de distribution équitable du reste à payer. Un traitement égalitaire des créanciers sera mieux assuré si le marqueur est placé au niveau de la créance et non à raison de la personne du créancier, passant d'une logique de comité à celle de classe de créanciers. Il s'agit, en effet, de promouvoir un traitement égal des créances relevant de la même catégorie.

[1216] http://www.textes.justice.gouv.fr/textes-soumis-a-concertation-10179/restructuration-et-insolvabilite-des-entreprises-33684.html
[1217] Article R. 626-64 du Code de commerce.
[1218] Article précité.
[1219] Article R. 661-6 du Code de commerce.

C1 - Internal use

Un plan qui respecte l'ordre de priorité des créanciers suppose que seuls les créanciers affectés puissent avoir voix au chapitre et qu'ils soient réunis au sein de classes homogènes afin de s'assurer que le plan respecte l'équilibre instauré entre les différents créanciers. Les modifications imposées à une classe de créanciers doivent être de même nature pour assurer l'effectivité du principe d'égalité mais aussi le respect de l'intérêt collectif de cette classe de créanciers. Enfin, il faudra respecter une valeur plancher de l'acceptabilité du plan : la valeur liquidative ou de cession de la société ou, le cas échéant, d'un plan alternatif.

Repenser le rôle de l'associé au regard de sa créance de dernier rang a permis de réconcilier le droit des procédures collectives et le droit des sociétés, qui ont vocation à cohabiter. L'engagement de l'associé de contribuer aux pertes à l'origine de sa créance de dernier rang permet, en effet, de le déposséder de son droit de véto diagnostiqué comme la source des contradictions observées entre les deux matières[1220]. Désormais, il conviendra de composer avec un associé qui ne pourra plus utiliser ses droits extrapatrimoniaux pour maintenir ses droits patrimoniaux hypochirographaires. L'associé sera, à l'instar de tous les autres créanciers, tenu de concéder des sacrifices. Néanmoins, pour l'équité de la procédure, surtout si l'associé a vocation à participer aux pertes dans le cadre d'une procédure préventive en dehors d'un état d'insolvabilité avéré, il importe de s'assurer que la répartition des efforts demandés aux créanciers et aux associés respecte l'ordre de priorité instauré lorsque la société était *in bonis*. Cette mise à l'honneur de l'ordre de priorité passe par une révision profonde des règles de conception et d'arrêté du plan actant ces sacrifices. Les créanciers doivent être invités à voter le plan s'ils sont affectés par les mesures proposées et non au regard de leur qualité. Cette démocratisation de la procédure implique de regrouper les créanciers au sein de classes homogènes afin que le fait majoritaire s'applique en fonction des intérêts de classes et non au regard du seul montant de la créance. Puis il s'agira de leur proposer des mesures respectueuses de l'ordre de priorité avec comme seuil d'acceptabilité un traitement plus favorable qu'en cas de liquidation judiciaire ou dans le cadre d'un plan alternatif, s'il existe.

Ces nouveaux principes conduisent à révolutionner la matière pour laquelle, même en redressement judiciaire, la notion d'ordre de priorité dans la répartition des sacrifices était accessoire. De la même façon, inclure l'associé en sa qualité de créancier de dernier rang au

[1220] Voir Partie I.

C1 - Internal use

titre de son engagement de contribuer aux pertes est totalement novateur. Il s'agira à ce titre d'un nouvel acteur de la procédure dépossédé de son droit de véto et auquel les principes généraux précédemment exposés devront s'appliquer. Ce renouveau implique de mesurer plus en détail les modalités d'éviction des associés.

C1 - Internal use

TITRE II :
LES MÉCANISMES DE SORTIE DES ASSOCIÉS

Restaurer l'ordre de priorité et appliquer l'engagement de contribuer aux pertes des associés lors d'une procédure collective doit constituer la nouvelle clé de voûte du système de répartition du coût de restructuration de la société en difficulté. La consécration de ces principes conduit à rebâtir le système (**Chapitre 1**) et à en détailler les modalités pratiques (**Chapitre 2**).

C1 - Internal use

CHAPITRE 1 :

LES PRINCIPES COMMUNS

219. La directive du 20 juin 2019 engage les États à la création de classes de créanciers dans le cadre d'une procédure préventive lorsque la société n'est pas encore insolvable. Toutefois, comme le note un auteur s'agissant du champ d'application de la directive, « *on ne peut pas envisager avoir un régime des comités de créanciers en redressement et un régime de classe de créanciers en sauvegarde*[1221] ». La directive ne concerne, en effet, que les procédures préventives, mais il serait incohérent que celles-ci accordent un traitement plus sévère à l'associé qu'une procédure curative à proprement parler. En opportunité, des auteurs ont déjà souligné l'importance de revenir sur le droit de véto des associés même dans le cadre de procédures de sauvegarde et ses dérivés[1222]. En ce sens, l'ordonnance du 15 septembre 2021 a aligné les procédures préventives et curatives en remplaçant les comités par des classes de créanciers. Néanmoins, la notion de contribution aux pertes est totalement absente de cette réforme. Il importe donc d'établir les critères d'éviction des associés, particulièrement dans le cadre d'une procédure préventive (**Section I**), afin de pouvoir prononcer l'éviction sur la base de leur engagement de contribuer aux pertes (**Section II**).

SECTION I/ LES CRITÈRES D'ÉVICTION DES ASSOCIÉS

L'éviction des associés d'une société en difficulté repose sur l'engagement premier de ceux-ci à contribuer aux pertes. Cette obligation se manifeste en cas de risque de liquidation, ce qui conduit à s'interroger sur la nature des difficultés qui justifient d'actionner de manière précoce cet engagement (**§1**). La contribution des associés s'explique également par la nature hypochirographaire de leur créance. Ainsi, dans le cadre d'une procédure soucieuse de l'ordre de priorité entre les créanciers, les associés devraient être sollicités dès que les créanciers

---

[1221] L. Spizzichino, S. Gorrias, H. Bourbouloux, M. Menjucq, « Les perspectives d'évolution du rôle des créanciers en droit des entreprises en difficulté », *Revue proc. coll.*, n° 3, mai-juin 2019, 2.

[1222] R. Dammann, F.-X. Lucas, « Le nouveau dispositif de dilution ou d'éviction de l'associé qui ne finance pas le plan redressement de la société », *Bull. Joly Sociétés*, n° 10, 521 : « *On peut être d'avis qu'il aurait été parfaitement concevable d'imposer une dilution ou une cession forcée dans le cadre d'une procédure de sauvegarde ou d'une sauvegarde financière accélérée (SFA) et ce dans le but de renforcer l'efficacité des négociations avec les anciens actionnaires dont il se serait agi de réduire le* "*pouvoir de nuisance*". »

C1 - Internal use

consentent des sacrifices, ce qui intervient en cas de suspension des poursuites par le non-respect des stipulations contractuelles (**§2**).

§1/ La nature des difficultés du débiteur

L'état de cessation des paiements est traditionnellement présenté comme le critère distinctif des procédures collectives entre elles. Mais cette notion est en perte de vitesse, ce qui invite à renouveler la réflexion autour des critères d'admission d'un débiteur en difficulté pour bénéficier d'une procédure préventive (**A**). Par ailleurs, il est avancé un particularisme des PME, dans lesquelles l'associé tiendrait un rôle plus important que dans les sociétés de taille importante, au soutien d'une restriction à son éviction. Mais cela ne résiste pas à la critique (**B**).

A/ L'état de cessation des paiements

L'état de cessation des paiements est porté comme le critère distinctif des procédures curatives (redressement et liquidation judiciaires) et des procédures préventives (sauvegarde principalement). Il s'agit, en effet, de discriminer les procédures qui nécessitent une intervention plus énergique des organes de la procédure pour remédier aux difficultés face à la défaillance du débiteur dans l'exécution de ses engagements. L'état de cessation des paiements est donc un marqueur d'insolvabilité sans être un indicateur de la viabilité de la société débitrice et de son mérite à être « sauvée ». Ainsi, il s'agit d'inciter les sociétés à solliciter l'intervention de tiers le plus en amont possible du défaut de paiement. Néanmoins, au fur et à mesure de ses interventions, le législateur a de plus en plus brouillé les frontières entre les procédures, si bien qu'un débiteur peut solliciter l'ouverture d'une procédure préventive tout en étant en état de cessation des paiements. La viabilité de la société et ses perspectives de redressement sont des notions peu utilisées en droit français. La directive du 20 juin 2019 invite à mettre en place des tests de viabilité ou de solvabilité.

1. Entre solvabilité et viabilité

220. Objectifs des procédures – L'intérêt de distinguer procédure curative et procédure préventive est d'inciter le débiteur à intervenir le plus en amont possible pour remédier aux difficultés de nature à remettre en cause les engagements de la société vis-à-vis de ses créanciers

C1 - Internal use

ou, pire, sa viabilité. Il importe donc de réserver les mesures les plus énergiques aux procédures curatives afin de créer une certaine répulsion à leur égard – il s'agit notamment des mesures touchant le dirigeant : remplacement, contrôle de sa rémunération, cession forcée ou au contraire inaliénabilité de ses titres – et, en parallèle, d'instituer des incitations à se placer sous une procédure préventive – bénéfice des dispositions du plan pour les personnes physiques garants, cautions ou coobligés, par exemple. Il s'agit également d'éviter de tenter une restructuration d'une entreprise qui doit, au contraire, être liquidée de la manière la plus efficiente possible pour éviter toute destruction de valeur additionnelle. En revanche, il convient de ne pas être trop libéral dans l'admission de l'ouverture d'une procédure préventive afin de ne pas revenir indûment sur la force obligatoire des contrats, au détriment des créanciers.

Il importe donc de trouver des critères discriminants des procédures liquidatives, curatives et préventives. Ces critères reposent généralement sur les notions de solvabilité et de viabilité. En droit français, il revient au juge de prononcer la liquidation judiciaire de la société lorsqu'elle n'est ni solvable, ni viable se comprenant comme « *en cessation des paiements et dont le redressement est manifestement impossible* [1223]». Si la société est insolvable tout en étant viable, c'est-à-dire « *en cessation des paiements depuis plus de 45 jours et dont le redressement n'est pas manifestement impossible* », elle doit être placée en redressement judiciaire[1224]. Enfin, si la société risque d'être insolvable, c'est-à-dire qu'elle éprouve des difficultés qu'elle n'est pas en mesure de surmonter seule, elle peut bénéficier d'une procédure préventive. Ainsi, la viabilité de la société n'est pas appréciée par le juge tant que la société n'est pas en état de cessation des paiements. Au stade préventif, il s'agit d'une notion étrangère ; seule importe la solvabilité de la société. Elle est définie, au sens du règlement 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, par la Cour de justice des Communautés européennes comme « *une procédure fondée sur l'état de cessation des paiements, l'insolvabilité du débiteur ou l'ébranlement du crédit du débiteur, impliquant une intervention de l'autorité judiciaire et aboutissant à une liquidation forcée et collective des biens*[1225] ». La directive du 20 juin 2019 ne se réfère pas à la notion d'état de cessation des paiements pour distinguer les procédures préventives des procédures curatives. Les États membres sont invités à permettre l'accès à des procédures de

---

[1223] Article L. 640-1 : « *Il est institué une procédure de liquidation judiciaire ouverte à tout débiteur mentionné à l'article L. 640-2 en cessation des paiements et dont le redressement est manifestement impossible.* »

[1224] Article L. 631-4 - Modifié par l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 - art. 49 : « *L'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire doit être demandée par le débiteur au plus tard dans les quarante-cinq jours qui suivent la cessation des paiements s'il n'a pas, dans ce délai, demandé l'ouverture d'une procédure de conciliation.* »

[1225] CJCE, 22 févr. 1979 : Rev. sociétés 1980, 526, note Bismuth ; RCDI 1979, 657, note Lemontey.

C1 - Internal use

restructuration préventive « *lorsqu'il existe une probabilité d'insolvabilité* », en vue de prévenir l'insolvabilité et d'assurer la viabilité, sans préjudice d'autres solutions visant à éviter l'insolvabilité, et de protéger ainsi les emplois et de maintenir l'activité économique[1226]. La directive appréhende également l'hypothèse « *d'une menace réelle et grave pour la capacité actuelle ou future du débiteur de payer ses dettes à échéance* » de nature non financière (avec pour exemple la perte d'un contrat « *d'une importance capitale*[1227] »). En droit français, l'insolvabilité est identifiée par l'état de cessation des paiements. Cette notion n'existe qu'en droit français, même si un auteur note une certaine convergence entre pays européens qui font généralement référence à « *l'existence d'une incapacité durable de l'entreprise à faire face à ses engagements*[1228] ».

221. La notion de la cessation des paiements – La notion de cessation des paiements a été définie par la loi de 1985 comme étant « *l'impossibilité de faire face au passif exigible avec l'actif disponible*[1229] ». L'état de cessation des paiements doit être distingué de l'insuffisance d'actif[1230] qui est la confirmation de l'insolvabilité du débiteur[1231]. À ce titre, la cessation des paiements ne correspond pas exactement à l'insolvabilité. En effet, une société peut être insolvable sans pour autant être en état de cessation des paiements compte tenu des moratoires ou réserves de crédit dont elle bénéficie[1232]. À l'inverse, une société en état de cessation des paiements n'est pas forcément insolvable compte tenu de son actif indisponible.

222. Un critère d'éligibilité en perte de vitesse – La notion d'état de cessation des paiements est critiquée par son absence de corrélation avec les notions comptables d'actif et de passif[1233],

---

[1226] Article 4 - Conditions d'accès aux cadres de restructuration préventive.
[1227] Considérant (28).
[1228] « *Par exemple du droit allemand qui requiert l'impossibilité de faire face à ses dettes et exige en outre pour les entreprises un critère de surendettement ; le droit belge, lui, pose deux conditions distinctes : l'arrêt des paiements des créanciers et l'ébranlement du crédit (mais cette dernière condition pourrait être abandonnée par la future loi sur les faillites) ; l'Espagne, le Portugal et l'Italie s'en tiennent à une notion économique d'insolvabilité, caractérisée par une incapacité d'honorer ses dettes, tandis que le droit anglo-saxon déduit l'état de faillite de l'impossibilité de payer les dettes échues ("test commercial") et de la comparaison de l'actif et du passif ("test de l'actif").* » J.-L. Vallens, « Des procédures collectives en Europe », *LPA*, 12 janv. 1994, nº 5.
[1229] Article 3.
[1230] Cass. com., 5 avr. 2016, nº 14-13843. Cass. com., 24 mai 2018, nº 17-10117, ECLI:FR:CCASS:2018:CO00439, F–D : « *Dès lors que la société dispose de capitaux propres suffisants il y a lieu d'exclure l'existence d'une insuffisance d'actif.* »
[1231] T. Montéran, *Gaz. Pal.*, 28 juin 2016, nº 269p4, 70.
[1232] A. Jacquemont, *JCl. Procédures collectives*, fasc. 2155, nº 39.
[1233] À dessein puisque lors de l'adoption de la loi du 25 janvier 1985, un amendement visant à définir l'actif disponible comme un actif réalisable en un mois a été rejeté au motif qu'il ne fallait pas enfermer la notion d'état de cessation des paiements dans une définition purement comptable : interv. min. Just., LOAN CR 16 oct. 1984, 4691.

C1 - Internal use

nécessitant dès lors de se reposer sur les interprétations jurisprudentielles d'actif disponible[1234] et de passif exigible[1235]. Aucun seuil légal n'est institué pour apprécier la gravité de ce problème de trésorerie[1236]. Le débiteur devra alors apporter « *l'état des créances et des dettes accompagné d'un échéancier ainsi que la liste des principaux créanciers ; l'état actif et passif des sûretés ainsi que celui des engagements hors bilan ; les comptes annuels, le tableau de financement ainsi que la situation de l'actif réalisable et disponible, valeurs d'exploitation exclues, et du passif exigible des trois derniers exercices*[1237] ». Le créancier peut solliciter l'ouverture d'une procédure collective mais il faudra prouver, au-delà de sa créance liquide, certaine et exigible, l'état de cessation des paiements du débiteur[1238]. Cette charge de la preuve peut expliquer le peu de demandes émanant des créanciers.

L'état de cessation des paiements est un indicateur de tension de trésorerie au moment où le juge statue ; cela révèle le simple défaut de paiement d'un créancier sans qu'il soit nécessaire de prouver le caractère significatif de la créance considérée[1239]. L'état de cessation des paiements peut donc se révéler être un indicateur de difficultés sans que cette notion puisse être totalement pertinente s'agissant de la détermination du moment où l'associé peut être amené à contribuer aux pertes. Comme le note un auteur, « *un débiteur possédant d'importants actifs immobilisés peut en réalité se trouver en état de cessation des paiements*[1240] ». Seule va interférer la notion de durée en distinguant l'état de cessation des paiements avéré ou non car dépassant 45 jours. Cette notion en perte de vitesse est confirmée par l'intervention du législateur qui a ouvert des procédures préventives à des débiteurs en état de cessation des paiements, reconnaissant la difficulté pour les intéressés de déterminer exactement à quel moment ils remplissent les conditions de cette notion très juridique et afin de dynamiser ces

---

[1234] Il en est ainsi par exemple du prix de vente d'un immeuble placé sous séquestre chez un notaire « *disponible à court terme au profit des créanciers* », Cass. com., 5 déc. 2018, nº 17-20065.
[1235] Excluant le passif incertain ou contesté : Cass. com., 16 janv. 2019, nº 17-18450.
[1236] R. Feydel, « La cessation des paiements, une complexité à combattre par la loi », *Petites Affiches*, nº 259-260, 6.
[1237] Article R. 611-22, al. 1er, 2°, 3° et 4° du Code de commerce.
[1238] Cass. com., 23 sept. 2020, nº 18-26143 : « *La charge de prouver que le débiteur est dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible incombe au créancier qui demande l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire à son égard* », note K. Lafaurie, « Charge de la preuve de l'état de cessation des paiements », *LEDEN*, nov. 2020, nº 10, 2.
[1239] La proposition de loi ratifiant, modifiant et complétant l'ordonnance nº 2021-1193 du 15 septembre 2021 portant modification du livre VI du Code de commerce, du 16 novembre 2021, relève également que « *l'article 2 vise à remédier à l'obsolescence du critère de la cessation des paiements en tant qu'indice fiable de l'insolvabilité d'une entreprise, due notamment à l'augmentation massive au cours des dernières décennies de l'endettement des entreprises rapporté à leurs fonds propres* », 8.
[1240] A. Fabre, « Le débiteur en état de cessation de paiement : les choses se compliquent », *JA*, 2005, nº 316, 16.

C1 - Internal use

procédures[1241]. L'ordonnance du 18 décembre 2008 a ainsi supprimé, s'agissant des conditions d'ouverture de la sauvegarde, la preuve que les difficultés du débiteur sont « *de nature à le conduire à la cessation des paiements* ». Cette condition posée par la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 visait à s'assurer que la procédure n'était pas détournée afin d'imposer aux créanciers une négociation indue de la dette[1242]. Par ailleurs, même en état de cessation des paiements un débiteur peut solliciter une procédure de conciliation judiciaire[1243] ou de sauvegarde accélérée[1244]. Dans le même sens, pendant la crise sanitaire de la COVID-19 le législateur a simplifié plus encore les procédures préventives en permettant l'ouverture d'une procédure de conciliation même en cas d'état de cessation des paiements excédant 45 jours. Peu à peu la notion a été recentrée sur son rôle de détection de la période dite suspecte ou de nature à établir la défaillance du dirigeant dans la prise en charge des difficultés de la société. À tel point que pour M. Téboul, « *la référence systématique à un état de cessation des paiements qui a une valeur punitive devrait donc être déconnectée de la prévention*[1245] ». En ce sens, la proposition de loi ratifiant l'ordonnance du 15 septembre 2021 suggère de recourir à la notion d'insolvabilité, en lieu et place de l'état de cessation des paiements, qui se définirait comme « *une probabilité très élevée que le débiteur ne puisse, à court terme, faire face au passif exigible avec son actif disponible. Elle est appréciée au vu de l'ensemble des informations disponibles sur la situation économique et financière du débiteur* ». Cette définition conduit néanmoins à introduire de nouvelles notions « probabilité très élevée » , « court terme » qu'il conviendra de définir pour éviter les critiques d'imprévisibilité pour les débiteurs dont font l'objet la notion d'état de cessation de paiement. Par ailleurs, les notions de passif exigible et d'actif disponible précédemment critiquées sont toujours le fondement de l'analyse de l'insolvabilité du débiteur.

223. Test de viabilité – Au-delà du critère d'insolvabilité, la directive semble se référer à la viabilité de l'entreprise. En effet, des plans de restructuration ne devraient pas être adoptés « *s'ils n'offrent pas de perspective raisonnable d'éviter l'insolvabilité du débiteur ou de*

[1241] O. Buisine, « Prévention des difficultés des entreprises : évolutions et prospective », *Rev. proc. coll.*, n° 4, juillet-août 2018, 3.
[1242] Interv. Viladies, JOAN CR, 2e séance du 3 mars 2005, 1640 & 1641.
[1243] Article L. 620-1 du Code de commerce s'agissant de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde.
[1244] À noter toutefois que l'absence d'état de cessation des paiements depuis plus de 45 jours n'est pas exigée par l'article L. 611-3 du Code de commerce mais résulte d'une pratique alignée sur les conditions de la procédure de conciliation (article L. 611-4). R. Feydel, *LPA*, 26 déc. 2019, n° 149s5, 6.
[1245] G. Téboul, « De nouvelles pistes de réforme du droit des entreprises en difficultés - réflexions, évolutions et nouveautés jurisprudentielles », *LPA*, 23 janv. 2020, n° 150r4, 6.

C1 - Internal use

garantir la viabilité de l'entreprise[1246] ». Ainsi, l'incapacité de payer ses dettes exigibles semble toujours un critère de l'insolvabilité du débiteur – sans être pour autant un critère pertinent de viabilité économique. En application de l'article 4 de la directive, « *les États membres peuvent maintenir ou introduire un test de viabilité dans le cadre du droit national, à condition que ce test ait pour objet d'exclure les débiteurs qui n'ont pas de perspective de viabilité et qu'il puisse être réalisé sans porter préjudice aux actifs des débiteurs* ». Pour un auteur, ce test n'est intéressant que s'il permet de distinguer les débiteurs qui ont des perspectives de viabilité[1247]. Comment établir un test qui permet d'identifier les débiteurs qui n'ont pas de perspective de viabilité ? Ce test de viabilité semble devoir reposer sur les registres comptables du débiteur, même si une défaillance dans leur élaboration ne devrait pas entraîner l'inéligibilité du débiteur à toute procédure préventive. La revue de la viabilité du débiteur repose actuellement sur le juge qui peut convertir la procédure en liquidation judiciaire, en plan de cession ou s'opposer à l'adoption du plan en considérant qu'il n'est pas pérenne. L'intervention du juge est balisée par une situation où le débiteur est manifestement non viable[1248]. Par conséquent, il ne s'agit pas en tant que tel d'un test de viabilité puisque l'analyse de la viabilité repose sur une situation patente de rupture dans la continuité de l'activité.

Les notions de solvabilité et de viabilité sont en réalité des critères d'exclusion des procédures préventives. À ce titre, il convient pour remplir l'objectif de prévention des difficultés d'admettre de façon très libérale ces critères d'exclusion : l'insolvabilité et l'absence de viabilité ne devraient être une source de rejet de la demande d'ouverture de la procédure préventive que si la première est avérée au-delà de 45 jours et si la seconde est manifeste. Il reste à déterminer les critères d'admission des procédures préventives. À ce propos, un auteur note qu'« *il conviendrait de faciliter le recours à une prévention avec un critère, sans doute plus libéral, comme celui d'une difficulté avérée. Au lieu d'un critère négatif qui serait l'absence d'une cessation des paiements, la mesure de la situation de difficulté serait laissée à l'appréciation du juge*[1249] ».

[1246] Considérant (50).
[1247] S. Vermeille, V. Rotaru, « La directive restructuration : un texte sans socle intellectuel cohérent, mais une opportunité unique pour la France », site *Droit & Croissance*.
[1248] Article L. 631-22 : « *À la demande de l'administrateur, le tribunal peut ordonner la cession totale ou partielle de l'entreprise si le ou les plans proposés apparaissent manifestement insusceptibles de permettre le redressement de l'entreprise ou en l'absence de tels plans* » (souligné par nos soins).
[1249] G. Téboul, « Actualité du droit des entreprises en difficulté : la réforme engagée par la nouvelle directive européenne », *Gaz. Pal.*, 2019, 30, 21.

C1 - Internal use

2. Le maintien du droit des entreprises en difficulté

224. Le droit des entreprises en difficulté – Dans l'arsenal de la prévention des difficultés, l'article L. 611-6 du Code de commerce prévoit que « *le président du tribunal est saisi par une requête du débiteur exposant sa situation économique, financière, sociale et patrimoniale, ses besoins de financement ainsi que, le cas échéant, les moyens d'y faire face* », ce qui atteste que l'origine des difficultés peut être multiple. Celles-ci peuvent être soit de nature à remettre en cause la viabilité de la société – en ce sens l'article L. 611-2 du Code de commerce prévoit que les dirigeants peuvent être convoqués par le président du tribunal de commerce « *lorsqu'il résulte de tout acte, document ou procédure qu'une société commerciale […] connaît des difficultés de nature à compromettre la continuité de l'exploitation* ». Il peut également s'agir de difficultés de nature à entraîner la cessation des paiements. L'article L. 611-4 du Code de commerce précise en ce sens qu'une procédure de conciliation peut être ouverte lorsque le débiteur éprouve « *une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible*[1250] ». L'accord trouvé à l'issue de cette procédure ne pourra être homologué que s'il est de nature à mettre fin aux difficultés et à l'état de cessation des paiements[1251]. Contrairement à la directive du 20 juin 2019 qui se réfère à une « *probabilité d'insolvabilité* », le droit français exige des difficultés avérées pour ouvrir une procédure de sauvegarde. Paradoxalement, en conciliation, les difficultés du débiteur peuvent être « seulement » prévisibles alors qu'il est potentiellement dans une situation financière plus grave car en cessation des paiements depuis moins de 45 jours. Un auteur note que « *le caractère très large du critère d'ouverture de la sauvegarde a été voulu, pour assurer le pragmatisme nécessaire*[1252] ». La Cour de cassation a même estimé que les motifs du débiteur importent peu : « *Hors le cas de fraude, l'ouverture de la procédure de sauvegarde ne peut être refusée au débiteur, au motif qu'il chercherait à échapper à ses obligations contractuelles, dès lors qu'il justifie, par ailleurs, de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter et qui sont de nature à le conduire à la cessation des*

[1250] Article L. 611-4 : « *Une procédure de conciliation dont peuvent bénéficier les débiteurs qui éprouvent une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible, et ne se trouvent pas en cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours.* »

[1251] Article L. 611-8 : « *I. – Le président du tribunal, sur la requête conjointe des parties, constate leur accord et donne à celui-ci force exécutoire. Il statue au vu d'une déclaration certifiée du débiteur attestant qu'il ne se trouvait pas en cessation des paiements lors de la conclusion de l'accord, ou que ce dernier y met fin.* »
Article L. 611-7 : « *Le conciliateur a pour mission de favoriser la conclusion entre le débiteur et ses principaux créanciers ainsi que, le cas échéant, ses cocontractants habituels, d'un accord amiable destiné à mettre fin aux difficultés de l'entreprise.* »

[1252] P.-M. Le Corre, *op. cit.*, n° 223.211.

C1 - Internal use

paiements[1253] ». La notion de difficultés est utilisée par la directive, avec une attention privilégiée sur les difficultés financières[1254]. La prise en compte des difficultés non financières est rattachée à la « *probabilité d'insolvabilité* », car elle est conditionnée à ce qu'il existe « *une menace réelle et grave pour la capacité actuelle ou future d'un débiteur de payer ses dettes à l'échéance*[1255] ». Il est donc possible de conserver une notion large s'agissant des difficultés en maintenant un droit des entreprises en difficulté.

225. Application à l'associé – La notion de difficultés, si elle a le mérite du pragmatisme et de la souplesse pour offrir un cadre dynamique de prévention de celles-ci, est assez éloignée du risque de liquidation qui justifie la mise à contribution des associés au titre de leur engagement à contribuer aux pertes. En effet, le critère d'ouverture d'une procédure préventive est important pour ne pas solliciter excessivement les créanciers en remettant en cause la force obligatoire des contrats mais également pour ne pas projeter trop hâtivement l'associé dans un scénario liquidatif encore très hypothétique. Pour un auteur[1256], le critère ne doit pas être la sauvegarde ou le redressement judiciaires de la société mais son état de solvabilité : si la valeur de l'entreprise basée sur une actualisation de ses flux de trésorerie futurs est inférieure à la dette de la société, l'éviction des actionnaires est encourue. Cette notion de solvabilité différente de l'état de cessation des paiements conduit à rendre possible une éviction en sauvegarde.

L'ordonnance du 15 septembre 2021 a adopté une solution plus originale puisqu'une application forcée de la classe des détenteurs de capital ne sera possible que si (i) le débiteur n'est pas une PME[1257], (ii) on peut raisonnablement supposer que les détenteurs de capital n'auraient eu le droit à aucun paiement ou à ne conserver aucun intéressement si l'ordre de priorité des créanciers pour la répartition des actifs en liquidation judiciaire ou du prix de cession de l'entreprise avaient été appliqué après détermination de la valeur du débiteur en tant

---

[1253] Cass. com., 8 mars 2011, nº 10-13.988 : D. 2011. PAN 2069, obs. F.-X. Lucas ; Rev. Sociétés 2011. 404, note B. Grelon.

[1254] Considérant (22) : « *Plus un débiteur pourra détecter rapidement ses difficultés financières et prendre des mesures appropriées, plus la probabilité d'éviter une insolvabilité imminente sera grande ou, en cas d'activité dont la viabilité est compromise de manière permanente, plus la procédure de liquidation sera ordonnée et efficace*. »

[1255] Considérant (28) : « *Les États membres devraient pouvoir étendre le champ d'application des cadres de restructuration préventive prévus par la présente directive à des situations dans lesquelles les débiteurs rencontrent des difficultés non financières, à condition que ces difficultés engendrent une menace réelle et grave pour la capacité actuelle ou future d'un débiteur de payer ses dettes à l'échéance*. »

[1256] https://droitetcroissance.fr/wp-content/uploads/2013/01/ODA.pdf

[1257] 150 salariés ou 20 millions de chiffre d'affaires net ; lorsque le débiteur est une société qui détient ou contrôle une autre société au sens des articles L. 233-1 et L. 2333-3 du Code de commerce, ces seuils sont appréciés au niveau de l'ensemble des sociétés concernées.

C1 - Internal use

qu'entreprise en activité[1258], (iii) en cas d'augmentation de capital par apport en numéraire prévue dans le projet de plan, les actions émises sont offertes par préférence aux actionnaires proportionnellement à la partie du capital représentée par leurs actions, (iv) le plan ne prévoit pas la cession de toute ou parties des droits de la ou des classes de détenteurs de capital qui n'ont pas approuvé le plan[1259]. Néanmoins, l'ajout de ces conditions semblent difficilement compréhensible, car elles sont soit superfétatoires, s'agissant par exemple de l'absence d'intéressement résiduel des détenteurs de capital puisque cette condition issue du test du meilleur intérêt des créanciers aurait eu vocation à s'appliquer dans le cadre d'une application forcée interclasse, soit sont excessivement restrictives comme celles s'agissant de l'impossibilité de passer outre le refus de la classe des détenteurs de capital d'un débiteur PME.

Par ailleurs, nous avons vu que la détermination de la valeur de la société pouvait être un exercice particulièrement (i) périlleux lorsque la société est en difficulté, (ii) long car cela suppose un débat contradictoire incompatible avec l'asymétrie d'information qui règne en la matière, et (iii) coûteux, car reposant *in fine* sur l'intervention d'experts. C'est pourquoi s'agissant des associés il est proposé de poser une présomption simple d'importance des difficultés justifiant leur éviction lorsque les fonds propres sont inférieurs au capital social de la société[1260]. Il reviendra alors aux associés de prouver soit la suffisance de la valeur liquidative de la société, soit l'existence d'une valeur résiduelle en cas d'adoption d'un plan alternatif. Cette présomption simple permettrait de concilier le mécanisme d'éviction des associés avec la jurisprudence de la Cour de cassation qui a déjà considéré que l'insuffisance des fonds propres ne suffit parfois pas à légitimer une opération de coup d'accordéon emportant éviction des associés[1261] dans la mesure où « *les bénéfices de l'exercice en cours auraient permis d'apurer les pertes* », obligeant la société à prendre en compte les perspectives de redressement dans l'appréciation de sa situation comptable et financière[1262]. Au stade de la prévention, l'éviction des associés devrait donc dépendre, au-delà des difficultés avérées de la société, de l'insuffisance des fonds propres par rapport au capital. Alors qu'au stade curatif du redressement judiciaire, l'état de cessation des paiements devrait permettre la mise à

[1258] Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance nº 2021-1193 du 15 septembre 2021 portant modification du livre VI du Code de commerce.
[1259] Ce qui semble exclure la possibilité de prononcer en redressement judiciaire la cession forcée des titres du dirigeant.
[1260] Voir Partie II, Titre I, Chapitre 1.
[1261] Cass. com., 7 mai 2019, nº 17-18785.
[1262] P.-L. Périn, « Coup d'accordéon : plaidoyer pour une analyse financière objective », *BJS*, sept. 2019, nº 119z1, 29.

C1 - Internal use

contribution des associés, créanciers de dernier rang, compte tenu de la défaillance avérée de la société à remplir ses obligations vis-à-vis de ses créanciers.

Dès lors, si *« la situation de la société débitrice doit être appréciée en elle-même, sans que soient prises en compte les capacités financières du groupe auquel elle appartient*[1263] », et si l'ouverture d'une sauvegarde sollicitée ne peut être refusée au motif que l'activité de la société peut se poursuivre quelle que soit la composition de l'actionnariat, comme cela a été jugé dans l'affaire Cœur Défense[1264], l'actionnaire majoritaire pourrait dans cette hypothèse être pénalisé par une éventuelle instrumentalisation de la procédure collective. En effet, en cas de reprise interne, à l'instar de tous les créanciers, il pourrait subir une dilution de sa participation pour contribuer au maintien de l'activité, de l'emploi et à l'apurement du passif de la société. Avec l'instauration d'un mécanisme de prononcé de leur contribution aux pertes pouvant aboutir à leur éviction, les associés prendraient le risque de perdre le contrôle de la société lorsqu'une procédure collective même préventive est sollicitée. D'où la question de l'accord du débiteur comme condition de l'écrasement d'une classe de créanciers proposé par la directive et consacré largement par l'ordonnance du 15 septembre 2021.

B/ La nature de la société débitrice

La directive du 20 juin 2019 invite à prévoir des exceptions pour les débiteurs en fonction de leur taille. Ainsi, les petites et moyennes entreprises pourraient être exemptées de constituer des classes de créanciers, au motif que le système serait trop sophistiqué pour ce type de débiteur[1265] (**1**) et surtout invite à conditionner l'écrasement d'une classe de créanciers à l'accord préalable du débiteur (**2**).

[1263] Cass. com., 26 juin 2007, n° 06-20.820, Schlumberger, P IV, n° 177 ; D. 2007. AJ 1864, obs. Lienhard. La cessation des paiements est un état objectif, les motifs du débiteur n'ont pas à interférer dans cette prise en compte mathématique de l'état du passif et de l'actif (T. Favario, « Dissimulation de l'état de cessation des paiements par un financement anormal : les précisions de la Cour de cassation », *BJE*, juill. 2013, n° 110c1, note ss Cass. com., 19 févr. 2013, n° 12-12165, F–D). Seule la fraude pourra permettre de sanctionner un état de cessation des paiements provoqué par une société mère qui a délibérément cessé de soutenir sa filiale (R. Bonhomme, C. Neau-Ledu, « État de cessation des paiements : indifférence du motif », *BJE*, sept. 2012, n° JBE-2012-0172, 279, note ss Cass. com., 3 juill. 2012, n° 11-18026 (n° PB), Sodimédical).

[1264] De sorte que pour un auteur, « *la Cour de cassation admet que la sauvegarde puisse avoir pour finalité de protéger non l'entreprise, mais les actionnaires de la société débitrice » :* P.-M. Le Corre, *op. cit.*, n° 223. 310.

[1265] En ce sens, F.-X. Lucas, R. Dammann, « Faut-il déjà réformer la réforme du 12 mars 2014? », *Bulletin Joly Entreprise En Difficulté*, mai 2014, n° 3, 143.

C1 - Internal use

1. PME et constitution de classes de créanciers

226. Particularité des débiteurs PME – Il est envisagé de créer un régime d'exception pour les débiteurs PME, considérant que bien souvent ils ne disposent pas des ressources nécessaires (connaissances juridiques, conseils) pour bénéficier d'un cadre de restructuration où les intérêts catégoriels des créanciers sont représentés au sein de classes. Cette organisation sophistiquée suppose l'intervention d'experts jugés coûteux pour des PME, d'autant que la taille de celles-ci peut conduire à exclure l'intervention systématique d'un administrateur judiciaire en mesure d'orchestrer la négociation de la dette et la consultation des créanciers[1266]. Plus concrètement, la mise en place de classes de créanciers est jugée difficile faute d'informations comptables systématiquement fiables, car certifiées par des commissaires aux comptes. Un auteur note que la constitution de classes de créanciers et le recours à certains concepts nécessitant de valoriser la société supposent une « *fiabilité de l'information comptable* » qui est, en principe, acquise dans les grandes sociétés dépassant les seuils des PME[1267]. Si ces arguments peuvent se révéler pertinents pour certaines PME, il est compliqué de créer un régime d'exception sur cette base, car ces éléments peuvent se révéler inopérants selon la définition retenue de la PME.

227. Définition plurielle de la PME – Créer un système d'exemption des PME est problématique lorsqu'il n'existe pas de définition unifiée de la PME. La directive du 20 juin 2019 laisse le choix aux États membres de déterminer les seuils applicables pour définir les PME et ne reprend pas les seuils utilisés pour distinguer les procédures avec et sans comités de créanciers de droit français. Elle recommande toutefois de se référer à la définition proposée par la directive 2013/34/UE du Parlement européen et du Conseil qui définit les moyennes entreprises de la façon suivante : « *Une moyenne entreprise est une entreprise qui n'est pas une micro-entreprise ou une petite entreprise et qui, à la date de clôture du bilan, ne dépasse pas les limites chiffrées d'au moins deux des trois critères suivants : a) total du bilan : 20 000 000 EUR ; b) chiffre d'affaires net : 40 000 000 EUR ; c) nombre moyen de salariés au cours de l'exercice : 250* ». Il est également possible de se reposer sur la définition posée par la

---

[1266] Considérant (58) : « *Les détenteurs de capital de PME qui ne sont pas de simples investisseurs, mais les propriétaires de l'entreprise et qui contribuent à cette dernière d'une autre manière, par exemple à travers leur expertise en matière de gestion, pourraient ne pas être incités à restructurer dans de telles conditions. Pour cette raison, l'application forcée interclasse devrait rester facultatif pour les débiteurs qui sont des PME.* »
Considérant (45) : « *Les États membres devraient être en mesure de prévoir que les débiteurs qui sont des PME peuvent, du fait de leur structure de capital relativement simple, être exemptés de l'obligation de répartir les parties affectées en classes distinctes.* »

[1267] M.-H. Monsèrié-Bon, « Le principe d'égalité au regard du droit européen de l'insolvabilité », *BJE*, nov. 2019, nº 117h9, 73.

C1 - Internal use

recommandation de la Commission du 6 mai 2003, qui définit la catégorie des micro, petites et moyennes entreprises (PME) comme étant constituée des entreprises qui occupent « *moins de 250 personnes et dont le chiffre d'affaires annuel n'excède pas 50 millions d'euros ou dont le total du bilan annuel n'excède pas 43 millions d'euros* ». En droit français, les procédures qui ne font pas appel à un accord majoritaire des créanciers, c'est-à-dire sans constitution de comités de créanciers[1268], concernaient les sociétés qui ne dépassaient pas un des deux seuils suivants : 150 salariés et 20 millions d'euros de chiffre d'affaires[1269]. Pour le HCJP, il est préférable de privilégier le critère du bilan en l'érigeant en critère principal, car le chiffre d'affaires ou le nombre de salariés, traditionnellement retenus, peuvent ne pas être pertinents pour des sociétés holding sans salariés et très endettées[1270].

Compte tenu de ces définitions très diverses des PME, il est compliqué de justifier une exemption à leur profit sous prétexte qu'elles ne seront pas accompagnées de professionnels compétents pour aider à la constitution de classes de créanciers. En effet, le seuil à franchir pour la nomination obligatoire d'un commissaire aux comptes[1271] est généralement bien en deçà des définitions précitées d'une PME, de sorte que certaines PME ont des commissaires aux comptes et disposent d'une information comptable certifiée permettant de contrôler la régularité et la sincérité des inventaires et des bilans et, par la certification des comptes annuels, la régularité et la sincérité de ceux-ci[1272]. De la même façon, l'intervention d'un administrateur judiciaire est requise si l'entreprise dépasse 20 salariés ou 3 000 000 € de chiffre d'affaires. Certaines PME seront donc accompagnées dans la restructuration de leur dette par un professionnel qualifié. Par ailleurs, le concours d'un mandataire judiciaire sera systématiquement requis. Le débiteur PME sera donc loin d'être esseulé dans la négociation de sa dette. À ce titre, les seuils prévus par l'ordonnance du 15 septembre 2021 pour la constitution des classes de créanciers affectés sont particulièrement élevés : 250 salariés et 20 millions d'euros de chiffre d'affaires net ; ou 40 millions d'euros de chiffre d'affaires net[1273]. Sont également éligibles aux classes de créanciers les « *sociétés qui détiennent ou contrôlent une autre société, au sens des articles L. 233-1 et L. 233-3, dès lors que l'ensemble des sociétés concernées atteignent* [ces] *seuils* »[1274].

[1268] À noter que les incompatibilités de seuils peuvent être surmontés sur demande de l'administrateur judiciaire qui peut solliciter en amont la constitution des comités même si le débiteur est sous les seuils.
[1269] Article R. 626-52 du Code de commerce.
[1270] https://www.banque-france.fr/sites/default/files/rapport_36_f.pdf
[1271] Obligatoire si dépassement de deux des trois seuils suivants : 4 000 000 € de total bilan, 8 000 000 € de chiffre d'affaires HT, 50 salariés.
[1272] M. Aime, *Le commissaire aux comptes et l'état de cessation des paiements*, th. Paris II, 1989.
[1273] Article R. 626-52 du Code de commerce.
[1274] Article L. 626-29 du Code de commerce.

C1 - Internal use

En optant des seuils aussi élevés, il faut comprendre que l'objectif n'est pas d'exclure les sociétés qui ne sont pas accompagnées de professionnels mais au contraire de restreindre la portée de la réforme pour éviter de perturber les professionnels de la procédure collective[1275].

228. La constitution de classes de créanciers jugée inutile – Réunir les créanciers au sein de classes aux caractéristiques homogènes est également jugé disproportionné pour les PME. En effet, ces sociétés n'ont bien souvent pas le besoin de segmenter la consultation de leurs créanciers en fonction de leur ordre de préférence, disposant d'une structure de passif assez simple ou n'ayant que peu recours au financement structuré[1276]. Plus concrètement, la mise en place de classes de créanciers est jugée difficile faute d'intérêt pour les créanciers, généralement peu impliqués dans la restructuration de la dette des PME[1277]. Là encore ces arguments dépendent de la définition de la PME retenue. S'il est vrai que les PME font généralement appel au crédit bancaire pour se financer, ce constat est à relativiser avec le durcissement des règles prudentielles pour les établissements bancaires et la baisse des rendements sur les instruments de dettes classiques qui poussent les investisseurs à diversifier leurs risques. Ainsi, les PME ont principalement recours aux « *instruments classiques de la dette [qui] comprennent des instruments tels que les prêts bancaires, les découverts bancaires, les lignes de crédit et l'utilisation de cartes de crédit*[1278] ». Elles sollicitent également d'autres types d'emprunts[1279], ou des instruments hybrides comme des obligations convertibles, avec bons de souscription ou des financements mezzanine. Les PME sont également concernées par le développement du capital-investissement ou du capital-risque, c'est-à-dire un financement en fonds propres.

Au-delà de l'impossibilité de systématiser une structure du passif pour les PME, il convient d'observer que si la société a une dette facilement restructurable, alors la constitution de classes de créanciers sera d'autant plus aisée et ne devrait pas poser de difficulté, même sans

---

[1275] Rapport au président de la République, 2 : « *Plus généralement, la transposition n'a pas conduit à une remise en cause de l'organisation du livre VI du code de commerce, ce qui facilitera l'appropriation de la réforme par les praticiens.* »

[1276] Considérant (58) : « *Les détenteurs de capital de PME qui ne sont pas de simples investisseurs, mais les propriétaires de l'entreprise et qui contribuent à cette dernière d'une autre manière, par exemple à travers leur expertise en matière de gestion, pourraient ne pas être incités à restructurer dans de telles conditions. Pour cette raison, l'application forcée interclasse devrait rester facultatif pour les débiteurs qui sont des PME.* »
Considérant (45) : « *Les États membres devraient être en mesure de prévoir que les débiteurs qui sont des PME peuvent, du fait de leur structure de capital relativement simple, être exemptés de l'obligation de répartir les parties affectées en classes distinctes.* »

[1277] L. Stanghellini, R. Mokal, C.G. Paulus, I. Tirado, « Best practices in European restructuring. Contractualised distress resolution in the shadow of the law », CEDAM, 2018, 37, https://www.codire.eu/materials/: Policy recommendation #8.1.

[1278] https://www.oecd.org/fr/cfe/pme/Nvelles-approches-PME-synth%C3%A8se.pdf

[1279] Comme le prêt participatif .

C1 - Internal use

l'intervention d'un administrateur judiciaire sur la base d'une information comptable certifiée. En revanche, si la société a beaucoup de créanciers avec différents ordres de préférence, il convient de ne pas la priver de la constitution de classes de créanciers qui permettra d'obtenir plus facilement un accord grâce à la segmentation du vote. En opportunité, comme « *les PME représentent 99 % du tissu entrepreneurial de l'Union européenne*[1280] », la constitution de classes de créanciers présente peu d'intérêt si cela concerne seulement 1 % des procédures collectives en Europe.

229. Pour un droit des entreprises en difficulté unifié – La directive permet aux PME d'être exemptées des règles relatives à la répartition des créanciers en classes ou, à défaut, de prévoir des règles dérogatoires leur permettant de ne convoquer qu'une seule classe de créanciers. Dans ce dernier cas, il s'agirait d'une procédure de consultation distincte de celles existant jusqu'alors en droit français : il ne s'agit pas d'une consultation individuelle, car il semble possible de recourir au fait majoritaire ; il ne s'agit pas non plus d'une consultation des comités de créanciers, lesquels n'ont pas vocation à être répartis selon leur qualité d'établissements de crédit, de fournisseurs importants ou d'obligataires. Ce principe démocratique de réunion de tous les créanciers prendrait la forme d'une assemblée des créanciers affectés par le plan. Le HCJP a, pour sa part, recommandé d'opter pour la souplesse offerte aux PME en posant le principe d'une assemblée unique de créanciers compétents pour adopter le plan. La seule exception concernerait l'hypothèse d'une modification du capital social en application du plan. Dans ce cas, il conviendrait de réunir une classe de créanciers détenteurs de capitaux afin de concilier les impératifs de la protection du droit de propriété des associés, assurée constitutionnellement, et « *l'exigence d'efficacité promue par la directive* ». La question de savoir ce qu'il advient en cas d'opposition de l'assemblée des créanciers reste entière. La directive traite cette question de la façon suivante : « *Dans les cas où les PME ont décidé de recourir à une seule classe autorisée à voter et lorsque cette classe vote contre le plan, les débiteurs devraient pouvoir présenter un autre plan, conformément aux principes généraux de la présente directive*[1281]. » Les principes généraux de la directive ne sont cependant pas définis. Il faut toutefois comprendre qu'en cas de réunion d'une assemblée unique des créanciers, l'application forcée interclasse est exclue : le plan est adopté par la majorité des créanciers. Si cela conduit à limiter la probabilité d'adoption du plan, la réunion d'une assemblée unique des

[1280] G. Téboul, « Actualité du droit des entreprises en difficulté : la réforme engagée par la nouvelle directive européenne », *Gaz. Pal.*, 2019, 30, 21.
[1281] Considérant (45).

C1 - Internal use

créanciers permet d'être exempté du test du meilleur intérêt des créanciers et du respect de l'ordre de priorité qui, s'ils sont des principes directeurs de la directive, n'interviennent qu'en cas d'application forcée interclasse. Or ce sont ces exercices de comparaison qui sont les plus délicats.

La simplification envisagée pour les PME permet de réunir les créanciers simplement au sein d'une assemblée unique, et cela sans préjudice excessif pour ceux-ci dans la mesure où les PME sont présumées avoir peu recours à des mécanismes de financement structuré. Il reste à prévoir la possibilité pour le débiteur PME de solliciter la réunion de classes de créanciers lorsque cela est jugé pertinent, c'est-à-dire lorsqu'il existe différents types de rang de créance. L'assemblée unique des créanciers devrait donc être le principe et la réunion de classes de créanciers l'exception. Il faut néanmoins noter que si les associés ont un intérêt à voter un projet de plan qui affecte leurs droits, il conviendra de les réunir au sein d'une classe spécifique. En effet, il convient de ne pas discriminer les PME au prétexte de leur taille dans la mesure où l'engagement des associés de participer aux pertes existe dans toutes les sociétés, petites ou grandes. Néanmoins, les droits des associés sont tellement particuliers, car hypochirographaires, qu'il n'est pas envisageable de permettre leur participation au même niveau que les autres créanciers. C'est à ce titre que l'ordre de priorité sera présumé respecté. Le défaut d'accord de l'assemblée unique des créanciers conduirait à la proposition d'un nouveau plan par le débiteur ou, à défaut, à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité si les conditions sont réunies. En revanche, l'opposition de la classe des associés pourra conduire à une application forcée si les conditions du prononcé de l'obligation de contribuer aux pertes sont respectées.

À cet égard, le *statu quo* proposé par l'ordonnance du 15 septembre 2021 n'est pas satisfaisant. En effet, il est proposé une exemption pour les PME sans pour autant opter pour la constitution d'une assemblée unique ; la consultation individuelle des créanciers resterait donc le principe pour la très grande majorité des débiteurs[1282]. D'autant que le législateur a choisi les seuils élevés d'attribution de compétence des tribunaux de commerce spécialisés : les seuils alternatifs de 250 salariés et 20 millions d'euros de chiffres d'affaires net ou de 40 millions de chiffre d'affaires net [1283]. Les classes de créanciers ne s'appliquent pas par principe aux PME, car les comités de créanciers ont été remplacés par des classes créanciers sans réflexion globale sur les

[1282] Si la définition de la PME reprend les seuils requis pour réunir les comités de créanciers.
[1283] Article R. 626-63 du Code de commerce.

C1 - Internal use

modalités d'adoption du plan dans les autres cas. En effet, seule la sauvegarde accélérée peut permettre d'appréhender la dette d'un débiteur PME. La seule exception est la constitution de classe de créanciers avec l'accord des débiteurs PME et sur autorisation du juge-commissaire. Mais en tout état de cause, l'application forcée de la classe de détenteurs de capital sera rendue impossible en sauvegarde lorsque le débiteur est une PME, ce qui limite considérablement les chances de succès d'un plan de reprise interne qui repose toujours, dans la grande majorité des cas, sur l'accord des associés. Cette situation laisse entière la question du rôle du débiteur dans l'écrasement de la classe des créanciers dans le cadre d'une procédure préventive.

2. PME et accord préalable du débiteur en cas d'écrasement d'une classe de créanciers

230. Un écrasement des créanciers avec l'accord du débiteur – La directive invite à réserver l'écrasement d'une classe de créanciers « *sur proposition d'un débiteur ou avec l'accord de celui-ci*[1284] ». Il s'agit, en effet, de ne pas dissuader le débiteur de se placer sous le joug d'une procédure préventive où l'insolvabilité n'est pas encore avérée. Le débiteur a ainsi l'assurance de rester maître de la situation. Il est toutefois étonnant d'anticiper sa crainte face à l'écrasement des créanciers dissidents. Cette situation est normalement à son avantage, car, sauf conflit d'intérêts, cela va permettre d'obtenir un accord aménageant la dette sociale qu'il n'aurait pas obtenu sans ce cadre procédural. L'écrasement d'un tiers dissident est donc en principe favorable au débiteur. L'éventuel frein pour ce dernier sera en réalité le risque d'éviction des associés en cas de reprise interne. Cela suppose que le plan qui est proposé aux classes de créanciers n'a pas été conçu avec le débiteur ; c'est dans cette hypothèse que forcer la main des associés en leur imposant une reprise provoquant leur éviction partielle ou totale supposerait l'accord du débiteur.

231. La question d'un traitement d'exception pour les PME – La directive prévoit, par ailleurs, qu'il est possible de réserver l'obligation d'obtenir l'accord préalable du débiteur pour prononcer l'application forcée interclasse du plan aux hypothèses où le débiteur serait une PME[1285]. Cette exception renforce l'idée selon laquelle l'accord préalable du débiteur est exigé pour éviter une éviction des associés sur décision des créanciers, le lien entre le débiteur et ses associés étant jugé plus imbriqué lorsque la société est une PME. La directive note, en effet,

---

[1284] Considérant (53) de la Directive du 20 juin 2019.
[1285] Article 11 – Application forcée interclasse de la Directive du 20 juin 2019.

C1 - Internal use

qu'une PME présente la particularité d'avoir des associés qui ne sont pas que des investisseurs mais sont également propriétaires de la société, particulièrement impliqués en apportant, par exemple, leur compétence en matière de gestion. Cette acception est toutefois contestable : quelle que soit la taille de la société, l'associé peut entretenir un lien particulier avec celle-ci qui va au-delà d'un lien personnel d'obligation. Les droits extrapatrimoniaux des associés existent dans toutes les sociétés, petites ou grandes. Introduire une condition supplémentaire pour prononcer la contribution aux pertes d'un associé selon la taille de la société semble contre-intuitif. La solution doit donc être commune à tous les débiteurs, quelle que soit leur taille.

232. Définition d'un débiteur – Il reste à déterminer ce qu'il faut entendre par la notion de débiteur dans l'hypothèse où il s'agit d'une personne morale. La directive prévoit en effet, que « *les États membres devraient pouvoir décider si, aux fins de l'adoption ou de la validation d'un plan de restructuration, le débiteur doit être considéré comme étant le conseil d'administration de la personne morale ou une majorité donnée d'actionnaires ou de détenteurs de capital*[1286] ». L'application forcée interclasse pourrait n'intervenir sous contrôle du juge qu'avec l'accord du débiteur, lequel peut être soit le conseil d'administration s'il existe, soit la majorité des associés. Néanmoins, faire reposer le mécanisme d'éviction des associés sur une décision de l'assemblée des associés reviendrait à annihiler l'intérêt du dispositif. Il est évident que si le plan n'est pas adopté par la classe des associés, alors l'assemblée générale des associés ne donnera pas son accord pour une application forcée interclasse. Conditionner l'application forcée du plan à l'accord de la classe dissidente revient à octroyer aux associés un nouveau droit de blocage du plan. Dans le cadre des négociations, il est important de permettre la possibilité d'une application forcée afin que celle-ci ait un effet comminatoire sur toutes les parties affectées. D'autant que l'article 19 de la directive prévoit que les dirigeants ont l'obligation, lorsqu'il existe une probabilité d'insolvabilité, de tenir compte « *a) [d]es intérêts des créanciers, des détenteurs de capital et des autres parties prenantes ; b) de la nécessité de prendre des mesures pour éviter l'insolvabilité ; et c) de la nécessité d'éviter tout comportement intentionnel ou toute négligence grave menaçant la viabilité de l'entreprise* ». Le débiteur doit donc se comprendre comme le représentant légal afin qu'il puisse décider d'une application forcée interclasse en fonction de l'intérêt de la société, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux[1287] et non le seul intérêt des associés. La directive se réfère au

[1286] Considérant (53).
[1287] Article 1835 du Code civil.

C1 - Internal use

conseil d'administration. Il est néanmoins nécessaire d'interpréter largement l'intention du législateur européen qui a voulu viser les organes dirigeants et ainsi désigner dans les sociétés sans conseil d'administration une décision du représentant légal. C'est en ce sens que l'ordonnance du 15 septembre 2021 prévoit qu'il faut entendre par le débiteur son représentant légal[1288].

233. Le distinguo entre procédure préventive et procédure curative – Si cette éviction peut être problématique dans le cadre d'une procédure préventive, il convient d'écarter la condition de l'accord préalable du débiteur en cas de procédure curative, c'est-à-dire en redressement judiciaire. En effet, la défaillance du débiteur légitime qu'il perde le contrôle du sort de l'entreprise. En revanche, dans le cadre d'une procédure préventive tout dépendra de la personne à l'origine du plan proposé au vote. Si le débiteur a le monopole de proposition d'un plan lorsque la société n'est pas insolvable, alors son accord préalable n'est pas nécessaire. En revanche, si les créanciers ont la possibilité de proposer un plan, il convient d'accorder au débiteur un droit de regard pour lui permettre de conserver le contrôle de la société, le basculement n'étant possible que si celle-ci est défaillante dans l'exécution de ses engagements. Pour certains auteurs, les mesures de « *cram-down des actionnaires* » ne devraient être possibles qu'avec l'accord du débiteur afin d'éviter une éviction trop rapide des actionnaires au stade préventif et compte tenu de la difficulté de déterminer la valeur des droits sociaux des associés au regard de la valeur liquidative. Ils notent qu'« *on déplace ainsi le curseur sur la direction de la société, qui engage sa responsabilité en ne prenant pas, le cas échéant, les mesures qui s'imposent dans l'intérêt social de l'entreprise*[1289] ».

L'ordonnance du 15 septembre 2021 prévoit qu'en procédure de sauvegarde l'accord du débiteur est toujours requis pour mettre en œuvre l'application forcée. Comme le note un auteur, « *cette mansuétude à géométrie variable sera un frein à l'efficacité du dispositif* »[1290]. D'autant que cette application très restreinte de l'application forcée du plan malgré le vote de la ou des classes de détenteurs de capital ne s'accompagne pas d'un droit d'initiative du plan plus large pour les créanciers qui n'ont pas la possibilité de présenter un plan concurrent à celui proposé par le débiteur. Il en va autrement dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire.

[1288] Rapport au président de la République, *op cit.*, 7.
[1289] R. Dammann, M. Guermonprez, « Pistes de réflexion pour une réforme des procédures collectives », *D.*, 2018, 629.
[1290] N. Borga, J. Théron, « Ordonnance du 15 septembre 2021 réformant le droit des entreprises en difficulté, un tournant ? », *Recueil Dalloz*, 2021, 1773.

C1 - Internal use

Par le nombre d'exceptions à la réforme qu'elle est tenue de transposer, l'ordonnance du 15 septembre 2021 est symptomatique d'un manque de fil conducteur : en l'absence de recours à la notion de contribution aux pertes, le régime proposé devient opportuniste et in fine très exceptionnel. A contrario, en se reposant sur la notion de contribution aux pertes, les exceptions accordées aux PME ne se comprennent pas, car il s'agit d'une notion universelle à l'origine de toutes les sociétés peu importe leur taille. Il convient dès lors de faire dépendre l'éviction des associés de la nature des difficultés d'une société. En effet, recourir à la notion de contribution aux pertes suppose que la société connaisse des difficultés de nature à provoquer son insolvabilité et ait des capitaux propres inférieurs au capital social. Néanmoins, cela ne suffit pas puisqu'il faut également acter des sacrifices concédés par les créanciers pour justifier la mise à contribution des associés en leur qualité de créanciers de dernier rang.

§2/ La nature des sacrifices demandés aux créanciers

Dès l'ouverture d'une procédure dite collective (**A**), les créanciers doivent concéder des sacrifices en raison du principe de suspension des poursuites inhérent au jugement d'ouverture (**B**).

A/ L'ouverture d'une procédure collective et la suspension des poursuites

235. Intérêt de l'ouverture d'une procédure collective – Dès le jugement d'ouverture, les créances nées antérieurement font l'objet d'une suspension des poursuites et des paiements[1291]. Le débiteur peut ainsi éviter son insolvabilité ou stabiliser la situation le temps de trouver une solution pour remédier aux difficultés qui ont justifié l'ouverture d'une procédure collective. Cela permet également de commencer à faire peser le poids de la restructuration sur les créanciers qui voient les modalités de remboursement de la dette perturbées par ces interdictions. Dans ce cadre, des mesures d'éviction des associés devraient être possibles si le débiteur bénéficie d'une suspension des paiements pour assurer les négociations avec ses créanciers. Par principe, ces derniers ont dû lui accorder des facilités de paiement, et les associés devront dès lors être également mis à contribution en raison de leur dernier rang sur l'échelle

[1291] Même s'il faut noter une multiplication des dérogations à la prohibition de paiement des créances antérieures, dont celles consacrées par l'ordonnance du 15 septembre 2021 pour payer le transporteur exerçant une action au titre de l'article L. 132-8 du Code de commerce ou pour les créances antérieures dues aux producteurs agricoles.

C1 - Internal use

de la priorité de paiement. Ainsi, si le débiteur demande la suspension des paiements pour assurer la continuité de son exploitation, il prend le risque d'une éviction de ses associés. C'est à ce prix que nous pourrons obtenir un régime équilibré où la suspension des poursuites n'est pas sollicitée sans contrepartie, conduisant à augmenter l'influence des créanciers.

236. La suspension des poursuites, une mesure graduelle – L'intervention du juge et la perte de pouvoir du débiteur sur sa gestion seront donc proportionnelles aux sacrifices demandés aux créanciers pendant la période d'observation. Plus les créanciers devront aller au-delà de leur devoir de négocier de bonne foi avec le débiteur pour trouver une solution de restructuration, plus celui-ci sera contraint dans ses choix de gestion sous la tutelle croissante du juge. La consultation de la Direction des affaires civiles et du Sceau de juillet 2019 invitait les participants à s'interroger sur le degré de gravité de la situation de l'entreprise permettant de justifier le recours aux mesures prévues par la directive du 20 juin 2019, à savoir l'éviction d'une classe de créanciers et celle des associés[1292], renvoyant implicitement au test d'insolvabilité. Or, il peut être très délicat d'apprécier un seuil de gravité d'un problème non financier (rotation importante des équipes, par exemple). Si la suspension des poursuites repose, au stade de la procédure de prévention, sur la demande du débiteur, cette mesure dépendra *ipso facto* de la gravité de la situation de celui-ci sans qu'il soit nécessaire de définir des seuils. Plus le débiteur sera proche de l'insolvabilité et plus il aura intérêt à solliciter la suspension des poursuites et à étendre le champ de l'interdiction pour éviter l'ouverture d'une procédure curative entraînant son dessaisissement. Ce système peut permettre d'inciter les débiteurs à anticiper le règlement de leurs difficultés, car plus ils interviendront tôt, plus ils auront de latitude pour éviter de solliciter la suspension des poursuites. *A contrario*, il pourrait être reproché au dirigeant du débiteur de ne pas avoir demandé la suspension des poursuites, entraînant par là une aggravation des difficultés, ce qui est constitutif d'une faute de gestion.

237. La compatibilité avec la directive – Ce dispositif semble compatible avec l'article 3 de la directive du 20 juin 2019 qui dispose que « *les États membres peuvent prévoir que la suspension des poursuites individuelles est générale, de façon à concerner tous les créanciers, ou peut être limitée, auquel cas elle ne concerne qu'un ou plusieurs créanciers individuels ou catégories de créanciers*[1293] ». La suspension devrait être demandée par le débiteur et pourrait être semi-collective ; elle ne concernerait alors que les créanciers à impliquer dans la

[1292] Question 1.1.3.1.
[1293] Article 6 - Suspension des poursuites individuelles.

C1 - Internal use

négociation. Le débiteur serait préservé du risque d'éviction si la suspension des poursuites n'est pas demandée, car le traitement des difficultés aurait été pris très en amont. Le rejet de la suspension des poursuites est appréhendé par la directive comme une mesure visant à sanctionner le débiteur. La suspension des poursuites est, en effet, écartée si (i) des progrès significatifs ont été accomplis dans les négociations relatives au plan ; (ii) le maintien de la suspension des poursuites ne porte pas une atteinte excessive aux intérêts de parties concernées ; (iii) la probabilité qu'un plan soit adopté est forte. En revanche, en cas de redressement judiciaire, la suspension des poursuites sera de droit. Il s'agira de mettre tout en œuvre pour limiter l'aggravation des difficultés en figeant autant que possible l'état d'insolvabilité du débiteur pour espérer trouver un accord de continuation.

238. Suspension des poursuites – Modalités – La suspension des poursuites de nature à justifier l'éviction des associés sur la base de leur créance de dernier rang doit se comprendre comme l'arrêt des poursuites[1294] et l'interdiction du paiement des dettes antérieures[1295]. L'arrêt des intérêts est également une des modalités de contribution des créanciers[1296]. En revanche, l'interdiction de prendre une sûreté réelle après le jugement d'ouverture n'a pas pour objectif de solliciter les créanciers aux fins de poursuite de l'activité mais vise à assurer l'égalité entre les créanciers et à éviter la course à la meilleure sûreté en cette période de crise pour le débiteur et donc de mise en péril de leurs créances[1297]. De la même façon, la poursuite des contrats en cours n'a pas pour objet de faire contribuer les créanciers à l'effort de restructuration mais vise à faire perdurer l'activité le temps de trouver un accord avec eux. L'ordonnance du 15 septembre 2021 a néanmoins adopté une position différente en se limitant à remplacer les comités par des classes de créanciers sans rechercher à corréler l'application du fait majoritaire

---

[1294] Article L. 622-21 : « *I.-Le jugement d'ouverture interrompt ou interdit toute action en justice de la part de tous les créanciers dont la créance n'est pas mentionnée au I de l'article L. 622-17 et tendant : 1° À la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent ; 2° À la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent. II.-Il arrête ou interdit également toute procédure d'exécution de la part de ces créanciers tant sur les meubles que sur les immeubles ainsi que toute procédure de distribution n'ayant pas produit un effet attributif avant le jugement d'ouverture. III.-Les délais impartis à peine de déchéance ou de résolution des droits sont en conséquence interrompus*. »

[1295] Article L. 622-7 : « *I.-Le jugement ouvrant la procédure emporte, de plein droit, interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture*. »

[1296] Article L. 622-28 : « *Le jugement d'ouverture arrête le cours des intérêts légaux et conventionnels, ainsi que de tous intérêts de retard et majorations, à moins qu'il ne s'agisse des intérêts résultant de contrats de prêt conclus pour une durée égale ou supérieure à un an ou de contrats assortis d'un paiement différé d'un an ou plus*. »

[1297] Article L. 622-30 : « *Les hypothèques, gages, nantissements et privilèges ne peuvent plus être inscrits postérieurement au jugement d'ouverture. Il en va de même des actes et des décisions judiciaires translatifs ou constitutifs de droits réels, à moins que ces actes n'aient acquis date certaine ou que ces décisions ne soient devenues exécutoires avant le jugement d'ouverture*. »

C1 - Internal use

réunis au sein de classe homogène à partir du moment où ils sont affectés, à la suspension des poursuites.

Cette absence de révision d'ensemble n'a également pas eu lieu s'agissant des autres procédures préventives, lesquelles sont multiples dans l'arsenal préventif français, avec le mandat ad hoc, la conciliation judiciaire, la sauvegarde, la sauvegarde accélérée.

B/ Une demande d'interdiction du paiement des dettes antérieures

Transposer la directive dans notre système juridique suppose de trouver le véhicule idoine au sein du panel des procédures préventives françaises. Il existait plusieurs options de transposition : soit conserver les procédures préventives françaises en vigueur en ajoutant une nouvelle procédure conforme à la directive, soit amender une des procédures préventives pour la rendre compatible avec la directive, soit réunir toutes les procédures préventives en une seule procédure tout en prévoyant la possibilité de moduler les effets de cette procédure selon la gravité de la situation de la société débitrice.

L'article 7, point 6, de la directive prévoit en effet que « *les États membres veillent à ce que rien n'empêche le débiteur de payer, dans le cadre de son activité ordinaire, les créances des créanciers non concernés* ». Il est donc possible d'envisager plus largement des procédures semi-collectives. Ou comme le note un auteur « *cet article permet d'imaginer un large assouplissement de la sauvegarde financière accélérée, voire l'instauration d'une sauvegarde financière, sans conciliation obligatoire en amont*[1298] ». Un auteur note d'ailleurs que les procédures de conciliation et de mandat ad hoc sont *a priori* exclues du champ d'application de la directive dans la mesure où elles « *tendent à la conclusion d'un simple accord contractuel, et non à l'adoption d'un plan à une majorité n'excédant pas 75 %*[1299] ». Pour M. le Professeur Menjucq néanmoins, le caractère amiable d'une procédure ne l'exclut pas *de facto* du champ d'application de la directive, car « l*e caractère amiable qui suppose la confidentialité est un élément de distinction avec les procédures d'insolvabilité régies par le règlement 2015/848 qui*

[1298] F. Abitbol, « La transposition de la directive sur les restructurations préventives : transformer notre droit sans renier nos principes ? », *Revue des procédures collectives*, nº 3, mai 2019, dossier 15.
[1299] E. Degenhardt, « Le droit français est-il conforme à la proposition de directive européenne du 22 novembre 2016 visant à harmoniser le droit des procédures collectives ? », *Bulletin Joly Entreprises en difficulté*, nº 02, 153.

C1 - Internal use

exige qu'elles soient publiques à l'ouverture[1300] ». Pour le HCJP, le mandat ad hoc n'est pas concerné par la directive, car « *il ne s'agit […] pas d'une procédure au sens de la Directive mais d'une simple mesure d'accompagnement du débiteur qui doit conserver toute sa flexibilité*[1301] ».

239. Maintien des multiples procédures existantes[1302] – Sur cette base, la variété des procédures préventives permet au débiteur de choisir la procédure la plus propice pour répondre à ses difficultés. Ainsi, s'il souhaite seulement obtenir un accord avec ses principaux créanciers sans que sa situation nécessite une suspension du paiement des dettes antérieures au jugement d'ouverture, il peut solliciter l'ouverture d'un mandat ad hoc ou d'une conciliation judiciaire, sans prendre le risque d'une éviction de ses associés. *A contrario*, s'il est nécessaire de suspendre les paiements pour multiplier les chances de remédiation des difficultés, le débiteur pourra demander soit une sauvegarde, soit une sauvegarde accélérée, selon qu'il a besoin du caractère collectif ou non de la prohibition du paiement des dettes antérieures. Il encourt dans cette hypothèse une éviction de ses associés si le plan de restructuration de la dette le prévoit.

Un auteur envisageait néanmoins de transposer la directive en réformant la procédure de conciliation et en fusionnant les procédures de sauvegarde et de redressement[1303]. D'autres recommandaient de réserver les dispositions de la directive à la procédure de sauvegarde accélérée et de préserver la procédure de sauvegarde sur la base de l'article 4(1) de la directive qui « *impose seulement que les États membres disposent au moins d'une procédure de restructuration. Elle n'impose pas que, lorsque plusieurs procédures préventives existent déjà, elle soit appliquée à toutes les procédures*[1304] ». Ils sont en cela suivis par l'ordonnance visant à transposer la directive[1305].

Le HCJP a recommandé, pour sa part, de réserver la constitution de classes aux procédures de restructuration financière[1306], avant de reconnaître la difficulté de déterminer des critères

---

[1300] M. Menjucq, « Le champ d'application de la directive sur les restructurations préventives au regard du règlement Insolvabilité 848/2015 », *Rev. proc. coll.*, mai-juin 2019, n° 3. Pour cet auteur, « *le champ d'application est large et, notamment, intègre toutes les procédures préventives du droit français que sont le mandat ad hoc, la conciliation, la sauvegarde et ses variantes accélérée et financière accélérée.* »

[1301] https://publications.banque-france.fr/sites/default/files/rapport_09_f.pdf, 3.

[1302] En ce sens, G. Téboul, « La réforme en cours du droit des entreprises en difficultés : souplesse ou rigidité ? », *Petites Affiches*, n° 060, 7.

[1303] P.-M. Le Corre, « La conciliation homologable, outil pour la directive "Restructurations" ? », *Gaz. Pal.*, 15 oct. 2019, n° 361b6, 41.

[1304] https://www.banque-france.fr/sites/default/files/rapport_36_f.pdf

[1305] Et son avant-projet : http://www.textes.justice.gouv.fr/textes-soumis-a-concertation-10179/restructuration-et-insolvabilite-des-entreprises-33684.html

[1306] https://publications.banque-france.fr/sites/default/files/rapport_09_f.pdf, 9.

C1 - Internal use

objectifs pour distinguer les procédures entre elles. On comprend que l'objectif de la directive vise à sortir les prêts non productifs des banques et *in fine* à créer les conditions d'un marché de la dette secondaire. La directive pourrait donc être limitée aux procédures de restructuration de la dette, et non de restructuration opérationnelle. Mais au-delà des critères de détermination de la restructuration purement financière, le changement de contrôle d'une société qui passerait entre les mains de ses créanciers entraîne bien souvent des changements opérationnels, soit immédiatement, soit dans un second temps. Que faire alors de ces procédures hybrides ? Exclure la procédure de sauvegarde serait par ailleurs dommage dans la mesure où, comme le note France Stratégie dans son rapport de 2020, « l*es entreprises sont plus de 62 % à obtenir un plan de restructuration de leur dette en sauvegarde, contre 27 % seulement pour celles en redressement judiciaire*[1307] ».

240. Fusion des procédures préventives – Pour la lisibilité et l'accessibilité du droit français, tout en conservant sa sophistication, il peut être envisagé de réunir toutes les procédures préventives en une seule dans laquelle le débiteur pourrait solliciter une suspension ou non des paiements, une négociation collective ou non de la dette. En effet, avant la transposition de la directive, il existait en droit français trois types de sauvegarde : celle de droit commun, celle de sauvegarde accélérée et, enfin, celle de sauvegarde financière accélérée. Dans les trois cas, il s'agissait de prévenir les difficultés en amont de l'état de cessation des paiements. La sauvegarde financière accélérée était initialement réservée aux débiteurs répondant à deux des trois conditions suivantes : au moins 150 salariés ou réalisant un chiffre d'affaires supérieur à 20 millions d'euros ou dont le total de bilan est supérieur à 25 millions d'euros. Puis l'ordonnance du 12 mars 2014 est venue aligner les conditions d'éligibilité de la sauvegarde financière accélérée sur celles de la sauvegarde accélérée, soit deux des trois conditions suivantes : 20 salariés, 3 millions d'euros de chiffre d'affaires et 1,5 million d'euros de total du bilan. Cet alignement des procédures de sauvegarde augurait leur prochaine fusion. D'autant que la sauvegarde financière accélérée présentait l'intérêt d'être opposable aux seuls créanciers dits financiers, c'est-à-dire les établissements de crédit et, le cas échéant, les créanciers obligataires. Or, s'il est possible en application de la directive de ne consulter que les créanciers affectés par le projet de plan, il était tout à fait possible de concevoir un plan où seuls les créanciers financiers sont affectés, de sorte que la différence entre sauvegarde accélérée et

[1307] Cité par J. Cittadini, « Retour sur la directive européenne sur la restructuration et l'insolvabilité et ses implications en droit français par la loi Pacte », *Option Finance*, 16 mars 2020, 1550, 40-42.

C1 - Internal use

sauvegarde financière accélérée s'estompait considérablement. L'article 3 de l'ordonnance du 20 mai 2020, en rendant inapplicable les conditions de seuils pour bénéficier d'une procédure de sauvegarde accélérée à partir du moment où le débiteur « *justifie avoir élaboré un projet de plan tendant à assurer la pérennité de l'entreprise* » susceptible de recueillir de la part des créanciers « *un soutien suffisamment large pour rendre vraisemblable son adoption* », recentrait pendant la période de crise sanitaire l'éligibilité de la procédure aux conditions essentielles[1308]. Par ailleurs, ce même article 3 gommait des différences demeurant avec la procédure de sauvegarde dans la mesure où, dans l'hypothèse où un plan ne pourrait être adopté dans le cadre d'une des deux procédures de sauvegarde accélérée, il était acquis la possibilité de convertir cette procédure en redressement ou en liquidation judiciaire selon les conditions d'ouverture respectives de ces procédures. Certains auteurs ont alors pronostiqué la pérennisation de ces mesures issues de la crise sanitaire en droit positif[1309], ce qui se réalisa avec l'ordonnance du 15 septembre 2021.

Il est dès lors préconisé au titre de la présente thèse de fusionner les trois procédures de sauvegarde – au-delà des deux procédures de sauvegarde accélérée (normale et financière). Il reviendrait alors au débiteur de solliciter à la carte, au sein de la procédure de sauvegarde, son caractère collectif ou semi-collectif. Il s'agirait, dans le cadre de cette procédure, de convaincre les créanciers de la nécessité de suspendre leurs poursuites sans en faire une règle de prohibition automatique. Tout en conservant la procédure de conciliation, exempte de mesures contraignantes à l'égard de tous les créanciers[1310]. La possibilité pour le juge de suspendre l'exigibilité de la créance dans la limite de la durée de la mission du conciliateur à l'égard du créancier qui n'a pas accepté la demande de faire partie de l'accord de conciliation, issue de l'ordonnance du 15 septembre 2021, ne remet pas en cause l'exclusion de la conciliation des procédures collectives, dans la mesure où cela reste une mesure ponctuelle, nominative et temporaire[1311].

[1308] L'avant-projet d'ordonnance a prévu de maintenir cette disposition en supprimant les seuils d'éligibilité à la procédure de sauvegarde accélérée.

[1309] B. Saintourens, « Sauvegarde accélérée et pandémie "Covid-19" : neutralisation temporaire des conditions de seuils financiers », *Revue des procédures collectives*, n° 4, juillet 2020, comm. 92.

[1310] La possibilité pour le juge de suspendre l'exigibilité de la créance dans la limite de la durée de la mission du conciliateur à l'égard du créancier qui n'a pas accepté la demande de faire partie de l'accord de conciliation, issue de l'ordonnance du 15 septembre 2021, ne remet pas en cause l'exclusion de la conciliation des procédures collectives, dans la mesure où cela reste une mesure ponctuelle, nominative et temporaire.

[1311] Article L. 611-7 du Code de commerce. Un auteur note que désormais le débiteur en conciliation a un choix stratégique : « *soit attendre une initiative du créancier et solliciter un réaménagement d'une créance échue jusqu'à*

C1 - Internal use

La conciliation pourrait alors demeurer au besoin l'antichambre de la nouvelle procédure de sauvegarde semi-collective permettant de conserver la pratique des plans *prepackaged* qui semblent conformes à la réduction de la période d'observation dictée par la directive du 20 juin 2019. Cela permettrait également de préserver le caractère confidentiel de la procédure de conciliation[1312].

L'ordonnance du 15 septembre 2021 n'a toutefois pas consacré cette solution. En effet, sous prétexte de la lisibilité du droit, le législateur s'est contenté d'un toilettage pour transposer la directive sans remettre en cause les autres procédures via la procédure de la sauvegarde accélérée. La seule révision d'ensemble concerne la fusion de la sauvegarde accélérée avec la procédure de sauvegarde financière accélérée, comme nous le proposons, dans la mesure où dans un système où les seules parties affectées participent au vote du plan, il n'est pas nécessaire de réserver légalement une procédure à une catégorie de créanciers seule concernée par le plan. Ce manque d'ambition est évidemment dommageable, car elle nuit à la lisibilité du droit et crée un système où l'ordre de priorité entre les créanciers n'est respecté que lorsque le débiteur est une grande société ou lorsqu'il a anticipé ses difficultés en préparant un projet de plan en conciliation[1313]. Cette situation marginalise une réforme pourtant rendue nécessaire.

Reste à établir s'il faut réserver les classes aux restructurations internes, c'est-à-dire lorsque la société est maintenue et que la reprise repose sur les efforts des créanciers, *a contrario* d'un plan de restructuration externe reposant sur un plan de cession ? Cette question invite à repenser le rôle des créanciers et du juge dans la restructuration de la société et leurs pouvoirs respectifs en la matière, notamment lorsqu'il s'agit d'arbitrer entre des plans différents.

SECTION II/ LES MODALITÉS DU PRONONCÉ DE L'ÉVICTION DES ASSOCIÉS

---

deux ans ; soit prendre les devants pour faire repousser l'exigibilité d'une créance non échue, pour une durée limitée à celle de la mission du conciliateur ». N. Borga, J. Théron, « Ordonnance du 15 septembre 2021 réformant le droit des entreprises en difficulté, un tournant ? », *Recueil Dalloz*, 2021, 1773.

[1312] À noter que cette confidentialité est dénoncée par certains, considérant notamment dans le cadre de cession dite pré-packed un processus sous-optimum faute d'appel d'offre (L. 642-2 du Code de commerce). M. Chernet, L. Jouve, M. Menjucq, M. Boche-Robinet, C. Thevenot, « L'élaboration des plans », Revue des procédures collectives, nº 1, janvier-février 2019.

[1313] Des auteurs commentant l'ordonnance relèvent que « *la transposition de la directive du 20 juin 2019 ne conduit pas à une transformation brutale et radicale du droit français. Les seuils présidant à la réunion des classes de créanciers sont particulièrement élevés et la nouvelle procédure de sauvegarde accélérée ne concernera qu'un nombre limité d'affaires* ». N. Borga, J. Théron, « Ordonnance du 15 septembre 2021 réformant le droit des entreprises en difficulté, un tournant ? », *Recueil Dalloz*, 2021, 1773.

C1 - Internal use

L'éviction des associés va dépendre de l'adoption du plan de reprise interne qui repose entre les mains des créanciers (**§1**) et du juge (**§2**).

§1/ Le rôle des créanciers dans l'éviction des associés

Les mesures de restructuration, à l'origine des chances de succès de la procédure, dépendent des créanciers et des sacrifices qu'ils vont consentir, de gré ou de force. Il est donc logique que les créanciers disposent de pouvoirs de proposition d'un plan (**A**) et de pouvoirs décisionnels dans le cadre de son adoption (**B**).

A/ De l'initiative de la procédure à l'élaboration du plan

Repenser le rôle des créanciers dans les procédures préventive et curative invite à revoir les règles d'ouverture de ces procédures et de proposition d'un plan (**1**) pour établir les limites du pouvoir d'initiative des créanciers (**2**).

1. Le droit de demander l'ouverture d'une procédure préventive ou curative

Lorsque la société est en état de cessation des paiements, le créancier pourra requérir l'ouverture d'un redressement judiciaire ; la difficulté sera pour lui de prouver la cessation des paiements – le refus de paiement ayant été jugé en soi insuffisant pour prouver l'état de cessation des paiements[1314]. S'agissant des procédures préventives, le droit français laisse l'initiative de la procédure au débiteur. L'article L. 620-1 du Code de commerce prévoit, en effet, qu'il est institué une procédure de sauvegarde ouverte sur demande d'un débiteur. Lorsque la société n'est pas encore insolvable, il sera difficile pour le créancier de démontrer que le débiteur connaît des difficultés qu'il ne peut surmonter seul. Au-delà de ces difficultés probatoires, il importe d'inciter et non de contraindre le débiteur à prévenir ses difficultés.

Dans le même sens, la directive envisage d'élargir le pouvoir d'initiative de la procédure aux créanciers et aux représentants du personnel avec l'accord du débiteur ou à tout le moins de « *limiter l'obligation d'obtenir l'accord du débiteur aux cas où les débiteurs sont des*

[1314] Cass. com., 29 mai 2001, nº 98-16.201, NP, RJDA 2001/11, nº 1125.

C1 - Internal use

PME[1315] ». Il ne s'agit pas d'offrir aux créanciers des moyens de déstabilisation du débiteur par des recours conduisant à exposer publiquement des difficultés. Il convient au contraire d'inciter le débiteur à se placer sous les auspices d'une procédure préventive et de se reposer sur le régime de responsabilité des dirigeants en cas de sous-estimation des difficultés rencontrées conduisant à une insuffisance d'actif. À ce titre, le droit en vigueur semble équilibré.

2. Le droit de proposer un plan de remédiation des difficultés

En l'état du droit français en vigueur avant la transposition de la directive, il convenait de distinguer le plan de sauvegarde du plan de redressement dans la mesure où, dans le premier cas, il revenait au débiteur de décider si ces propositions étaient soumises aux comités de créanciers, alors que dans le second le plan des créanciers était proposé aux comités de créanciers[1316]. Ceux-ci se prononçaient sur chacune des propositions faites. En cas d'adoption du plan par les créanciers, il devait être présenté aux représentants des salariés, au mandataire judiciaire et aux contrôleurs, à la Direccte ainsi qu'au ministère public[1317]. Il fallait toutefois relativiser la portée de cette innovation[1318] puisque la possibilité de présenter un plan concurrent ne concernait que les procédures de redressement judiciaire pour lesquelles des comités de créanciers étaient institués. Par ailleurs, puisque le plan n'était soumis à l'assemblée des obligataires qu'après adoption par les comités de créanciers, les obligataires n'étaient pas invités à proposer un plan alternatif, ce qui était regrettable. Il faut noter qu'à l'époque le législateur ne cherchait pas à permettre l'éviction des associés par un « putsch » des créanciers rendu possible par la faculté de proposer un plan concurrent, dans la mesure où en 2014, il avait préservé le droit de véto des associés (dont le refus ne pouvait être surmonté)[1319]. Cette initiative était de nature à lutter contre l'inertie du management du débiteur ou son instinct de conservation. Mais elle pouvait être considérée comme propice à des stratégies opportunistes et spéculatives des créanciers. C'est pourquoi il revenait au juge d'adopter *in fine* le projet de

[1315] Article 4 et considérant (8).
[1316] Article L. 631-19, I du Code du commerce, mod. par ord., art. 54.
[1317] Article L. 626-8 (inchangé) (article L. 626-30-3 du Code de commerce créé par ord., art. 44).
[1318] Auparavant il appartenait à l'administrateur judiciaire, avec le concours du débiteur, de décider de soumettre ces propositions.
[1319] N. Morelli, « L'amélioration du rôle des créanciers dans le cadre de l'adoption du plan, Le point de vue du praticien », *Rev. proc. coll.*, 2014, dossier 35, spéc. nº 6.

C1 - Internal use

plan, ce qui constituait un garde-fou pertinent pour modérer les risques et opportunités précédemment évoqués[1320].

241. Problématique – Du fait de la généralisation de l'éviction des associés, les créanciers ont la possibilité de faire un « coup d'État » en proposant un plan adopté à la majorité des classes ou en forçant son adoption par l'écrasement de la classe des associés. Un auteur pose une question légitime : « *Peut-on instaurer une prérogative au profit du créancier qui souhaite prendre le contrôle de la personne morale en difficulté en lui conférant le droit de déposséder l'action de l'associé, et d'imposer un plan de continuation qui évincerait les dirigeants et/ou les associés*[1321] ? » Un autre auteur ajoute que « *s'il s'agit d'imposer au débiteur qui garde une capacité de redressement, une règle concoctée par des créanciers dont l'intérêt est souvent divergent de celui de l'entreprise, cette règle ne peut être acceptée. À l'évidence, les créanciers ont un objectif de recouvrement rapide et d'appropriation d'actifs et le fait de leur laisser imposer des conditions de paiement fixées à leur guise n'apparaît pas une bonne idée. Que penser d'un débiteur qui dirige son entreprise pour mettre en œuvre un plan qu'il n'aura pas proposé*[1322] ». La conclusion repose sur le préjugé selon lequel les créanciers ont nécessairement une vision court-termiste qui ne correspond pas forcément à l'intérêt social du débiteur. S'il faut assurément étendre ce pouvoir de proposition aux créanciers obligataires, la question est de savoir s'il faut l'étendre à toutes les procédures faisant intervenir des classes de créanciers, y compris les procédures préventives.

La directive confirme la possibilité pour les créanciers et l'administrateur judiciaire de proposer un plan de restructuration[1323], étendant ainsi cette prérogative à tous les types de procédures. Il s'agit d'instaurer une compétitivité saine entre les plans afin que les créanciers disposent d'un choix plus varié. Par ailleurs, dans le cadre d'un écrasement d'une classe de créanciers, la restructuration doit être mise en perspective avec la liquidation judiciaire ou un plan alternatif, ce qui implique de laisser la voie à des solutions issues de tiers. Pour que cette mesure soit concrète pour les créanciers, il faudra leur accorder un accès aux informations concernant la société afin qu'ils puissent, en connaissance de cause, proposer des mesures pertinentes pour l'entreprise. L'avant-projet d'ordonnance visant la transposition de la directive prévoyait, pour

---

[1320] Voir §2 A/ du présent chapitre.
[1321] G. Téboul, « La dépossession des actionnaires comme mode de traitement des difficultés d'une entreprise », *JCPE*, 2009, 26.
[1322] G. Téboul, « Le renforcement du rôle des créanciers dans le cadre de la nouvelle réforme du droit des entreprises en difficulté (2e partie) », *Petites Affiches*, 31 janvier 2014, no 23, 7.
[1323] Article 9(1).

C1 - Internal use

sa part, un droit de proposition ouvert aux créanciers affectés membres d'une classe de créanciers. Ainsi, même dans le cadre d'une procédure préventive les créanciers auraient pu proposer leur plan et l'adopter par préférence à celui initié par le débiteur. Néanmoins, l'ordonnance du 15 septembre 2021 n'a pas consacré cette proposition puisque le débiteur conserve son monopole dans l'initiative du plan dans le cadre d'une sauvegarde.

Pour notre part, nous considérons qu'il est compliqué d'envisager, dans le cadre d'une procédure préventive où le débiteur se soumet spontanément à la procédure et conserve ses pouvoirs de gestion, qu'un plan soit adopté sans son accord. Il faut donc conserver l'attractivité de cette procédure et multiplier les cas de discrimination positive, c'est-à-dire incitative de la procédure. À ce titre, nous rejoignons un auteur lorsqu'il alerte sur la nécessité de « *conserver l'initiative et le goût de la prévention* » pour le débiteur afin qu'il ait « *conscience qu'il peut sauver son entreprise et rechercher un dialogue équilibré avec ses créanciers*[1324] ». En ce sens, le HCJP note que « *si on permet aux créanciers de présenter un plan, et qu'on empêche les actionnaires d'y faire obstacle, cela aura un effet massivement dissuasif de la SA/SFA nouvelle version. Or c'est une procédure volontaire*[1325] ». Il convient donc en procédure préventive de permettre aux créanciers d'exprimer leurs propositions de plan qui ne seront soumises au vote des classes de créanciers qu'avec l'accord du débiteur, à l'instar du droit en vigueur. Un auteur note que l'équipe dirigeante en place avant le jugement d'ouverture rencontrera des difficultés à mettre en œuvre un plan qui n'est pas le sien[1326].

L'accord du débiteur doit néanmoins se comprendre comme l'accord du représentant légal du débiteur lorsque ce dernier est une personne morale afin de mettre l'accent sur le risque d'action en responsabilité contre le dirigeant qui doit faire primer l'intérêt de l'entreprise[1327]. En tout état de cause, si le plan du débiteur ne convainc pas, il ne sera pas adopté par les classes de créanciers. Le débiteur pourra néanmoins décider de procéder à une application forcée interclasse si les conditions sont réunies. À défaut, il prend le risque qu'une conversion de la procédure soit demandée par les créanciers. Or, si la société est en état de cessation des paiements, on ne peut plus considérer que le sort de l'entreprise dépend exclusivement des

---

[1324] G. Téboul, « La dépossession des actionnaires comme mode de traitement des difficultés d'une entreprise », *JCPE*, 2009, 26.
[1325] HCJP, *op.cit.* , p. 29.
[1326] F. Gentin, V. Leloup-Thomas, F. Pérochon, P. Roussel Galle, Table ronde « Des outils de restructuration des entreprises en difficulté adaptés à toutes les situations ? », *Bulletin Joly Entreprises en difficulté*, nº 06, 391.
[1327] En ce sens : R. Dammann, « La fin annoncée de la protection de l'actionnaire en sauvegarde », *BJS*, octobre 2019, nº 120, 1.

C1 - Internal use

dirigeants et des associés. La société est déjà sous la tutelle du juge, ce qui limite leur souveraineté. Des sacrifices vont être demandés aux parties prenantes de la société, notamment les salariés et les créanciers. Dès lors, il est légitime de considérer que les créanciers, qui vont perdre une partie de leurs droits, aient la possibilité d'influer sur le plan. Il s'agit non pas de conférer un droit de déposséder l'associé, mais de priver celui-ci de son droit de s'opposer au redressement de la société ou de négocier son maintien.

Il convient dès lors de conserver le droit en vigueur qui a trouvé un équilibre entre procédure préventive et procédure curative : l'initiative de la procédure et du plan reste entre les mains du débiteur qui prend le risque, s'il ne parvient pas à convaincre, de provoquer l'ouverture d'un redressement judiciaire marquant la fin de son monopole dans l'initiative des propositions de restructuration, dans la mesure où les créanciers ont désormais un vrai pouvoir de décision concernant l'adoption du plan. L'ordonnance du 15 septembre 2021 transposant la directive n'a pas fait le choix de cet équilibre et a ipso facto exclu la possibilité pour les créanciers de proposer un plan concurrent de celui du débiteur en sauvegarde pour continuer à transposer a minima où les comités sont supplantés par des classes de créanciers, sans réflexion générale de l'équilibre et la cohérence des procédures collectives françaises. Il en est de même s'agissant des conditions d'adoption du plan. La proposition de loi du 16 novembre 2021 ratifiant cette ordonnance vise à remédier à cette situation en proposant d'ouvrir la faculté de proposer un plan concurrent de celui du débiteur aux parties affectées dès lors que la période d'observation de la procédure de sauvegarde a été prolongée au-delà de sa durée initiale. Il s'agit d'empêcher « *l'usage purement dilatoire et opportuniste* » de la procédure de sauvegarde qui a pu être constatée en responsabilisant le débiteur qui souhaite faire perdurer la procédure[1328]. La place des créanciers dans la procédure collective est également repensée particulièrement lorsqu'il s'agit de décider de l'adoption du plan proposé.

[1328] Proposition de loi du 16 novembre 2021 ratifiant, modifiant et complétant l'ordonnance nº 2021-1193 du 15 septembre 2021 portant modification du livre VI du Code de commerce, 6.

C1 - Internal use

B/ Les conditions d'adoption du plan

Le pouvoir décisionnel des créanciers était, en application du droit français avant la transposition de la directive, très relatif puisque leur opposition pouvait se révéler sans conséquence sur l'adoption du plan. Cette situation explique que le droit français est généralement perçu comme pro-débiteur. La directive du 20 juin 2019 invite à revoir cette situation en consacrant le rôle décisionnel des créanciers (**1**), dont les modalités restent à définir (**2**).

1. Le pouvoir décisionnel des créanciers

242. Le pouvoir des créanciers à l'aune du droit français avant la transposition de la directive – La consultation des créanciers était, sous l'empire du droit français avant la transposition de la directive, une étape préalable et obligatoire à l'adoption d'un plan de continuation, sous peine de nullité. Il était toutefois permis d'obtenir un accord à la majorité des créanciers si la taille de la société justifiait la constitution de comités de créanciers. À défaut d'accord de ces comités, la consultation individuelle des créanciers redevenait le principe. Si cette procédure semblait respectueuse des droits des créanciers puisque leur accord individuel était requis pour entériner la proposition qui leur était faite, la situation était à relativiser lorsqu'il est envisagé leur refus. Dans cette hypothèse, un auteur note que « *si les créanciers consultés répondent négativement à la consultation, le tribunal tient de la loi le pouvoir de leur imposer certains sacrifices*[1329] », soit le rééchelonnement de leur créance sur une période de dix ans maximum. À ce titre, le terme de « consultation » utilisé par le législateur est symptomatique de la place accordée aux créanciers[1330] : ils sont sollicités pour donner un avis simplement consultatif en cas d'opposition.

243. Transposition de la directive - La directive du 20 juin 2019 implique un changement de paradigme en octroyant aux créanciers un véritable pouvoir décisionnel puisque l'intervention du juge serait réduite au traitement des contestations. Il n'est, en effet, plus envisageable dans un système compatible avec l'ordre de priorité d'imposer uniformément aux créanciers un rééchelonnement de leur créance sans considération de leur ordre de priorité. À ce titre un auteur cite en contre-exemple l'affaire Cœur Défense où « *plus de 90 % des créanciers avaient rejeté*

[1329] P.-M. Le Corre, *op. cit.*
[1330] Sous-section 3 : De la consultation des créanciers (articles R. 626-7 à R. 626-8).

C1 - Internal use

le plan de restructuration soumis par le débiteur. Malgré l'opposition quasi unanime des créanciers, le tribunal de commerce de Paris a arrêté le plan du débiteur, aucun plan n'ayant pu être voté dans le cadre du comité des créanciers financiers[1331] ». Il est dès lors nécessaire de prévoir des mécanismes permettant de s'assurer qu'aucun groupe de créanciers ne dispose d'un pouvoir de véto – en dehors de sa puissance économique. D'où l'importance de constituer des classes de créanciers respectueuses de l'ordre de priorité.

Il convient toutefois de nuancer ce constat puisque l'ordonnance du 15 septembre 2021 a adopté des solutions différentes selon la procédure considérée. Dans le cadre des procédures hors classes de créanciers affectés, le tribunal dispose toujours du pouvoir de rééchelonner la durée de la créance des créanciers récalcitrants[1332], peu important l'ordre de priorité entre les créances. En cas d'échec d'adoption d'un plan de sauvegarde par les classes de parties affectées (ou d'échec de son application forcée interclasse) aucune disposition ne renvoie à la procédure de consultation individuelle des créanciers en procédure de sauvegarde. Seule la conversion de la procédure de sauvegarde en procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, selon le cas, sera possible. En revanche, en cas d'échec d'adoption d'un plan de redressement ou de son application forcée interclasse, l'article L 631-19 du code de commerce prévoit que les dispositions relatives aux classes de parties affectées ne sont plus applicables et un nouveau plan doit être élaboré dans les conditions de droit commun par une consultation individuelle des créanciers. Par conséquent, dans cette hypothèse, le tribunal recouvre la possibilité d'imposer des délais uniformes de paiement à tous les créanciers ayant refusé les propositions individuelles dans la limite de dix ans, laissant les associés hors de la restructuration de la société et faisant fi de l'ordre de priorité instauré entre les créanciers.

Le rôle des créanciers sera revalorisé en leur permettant, en sauvegarde avec constitution de classes de créanciers, de disposer du dernier mot[1333]. Cette situation conduit à renouveler la réflexion autour d'un éventuel abus du droit de vote des créanciers.

244. Finalité du vote – L'abus dans l'usage du droit de vote ne se comprend que s'il est attendu des créanciers qu'ils défendent, au-delà de leur intérêt particulier, leur intérêt collectif. Or, un auteur note que s'agissant de l'assemblée unique des obligataires, « *alors que l'assemblée d'une*

[1331] R. Dammann, M. Guermonprez, « Pistes de réflexion pour une réforme des procédures collectives », *D.*, 2018, 629.
[1332] Rapport au président de la République, précité.
[1333] R. Dammann, « Nouvelle sauvegarde accélérée fusionnée : une procédure à la carte ? », *Recueil Dalloz*, 2021, 293.

C1 - Internal use

masse est destinée à dégager une solution conforme à l'intérêt commun des créanciers de cette masse (C. com., art. L. 228-46), l'AGUO contribue à dégager une décision conforme à l'intérêt collectif de l'ensemble des créanciers de la société émettrice puisque celle-ci est soumise à une procédure collective de traitement de son passif. De cette spécificité de l'AGUO, on peut déduire que l'application d'une règle tirée du droit commun des assemblées de masse ne peut se justifier que par un raisonnement analogique. Or l'analogie n'est pas permise quand il s'agit d'étendre une règle d'exception[1334] ». Un auteur ajoute que « *le droit de vote dans les assemblées d'associés est une prérogative finalisée, qui doit s'exercer sans négliger l'intérêt social ; au contraire, le vote au sein des comités de créanciers ou de l'AGUO peut s'exercer de manière égoïste, car le créancier n'y défend que son intérêt personnel, le respect de l'intérêt général étant l'affaire du tribunal*[1335] ». Il en va de même des créanciers réunis au sein des classes de créanciers, qui sont chargées de représenter leur intérêt catégoriel. L'abus est en fait balisé par le test du meilleur intérêt des créanciers, à même de révéler un comportement opportuniste dans la mesure où le sens du vote serait décorrélé de leur intérêt économique.

Si les créanciers peuvent, sur la base du fait majoritaire, décider du sort du plan proposé, il importe de déterminer des règles de majorité et de quorum.

2. Les règles de majorité et de quorum

245. Adoption à la majorité, le principe – Pour être arrêté, un plan doit, en principe, être adopté par la majorité des créanciers autorisés à voter, c'est-à-dire les créanciers affectés par le plan. La majorité des créanciers peut s'entendre comme la majorité au sein de toutes les classes de créanciers ou la majorité au sein de la majorité des classes de créanciers. En effet, la directive prévoit que les États membres ne peuvent exiger que toutes les classes de créanciers donnent leur accord pour adopter un plan de restructuration[1336]. Elle n'empêche pas de prévoir une règle de double majorité : majorité au sein de la classe de créanciers et majorité entre les classes de créanciers. La seule limite est la règle de majorité à 75 %. La pratique dans les droits étrangers

---

[1334] P. Pétel, « Procédures collectives avec comités de créanciers : qui vote à l'assemblée générale unique des obligataires ? », *JCP E*, 2016, n° 1680.
[1335] P. Pétel, « Procédures collectives avec comités de créanciers : qui vote à l'assemblée générale unique des obligataires ? », *JCP E*, 2016, n° 1680. V. également en ce sens, M. Douaoui-Chamseddine, « Le droit de vote des créanciers à l'épreuve de l'abus de majorité », *in Mél. P. Bloch*, Bruylant, 31, spéc. 34.
[1336] Considérant (52).

C1 - Internal use

consiste à ne pas imposer d'accord unanime des classes de créanciers[1337]. L'Angleterre faisait office d'exception avec le *scheme of arrangement* qui ne sera effectif que si toutes les classes des créanciers (regroupés selon leurs intérêts) l'ont voté[1338]. Mais le Corporate Insolvency and Governance Act 2020 (CIGA 2020) a introduit la possibilité d'un *cross-class cram down* dans le cadre d'un *Restructuring Plan*[1339].

La contrepartie de la multiplication des classes de créanciers[1340] doit être l'assouplissement des règles de majorité. À défaut, comme le notait à l'époque le député Xavier Roux, s'agissant de la constitution d'assemblée d'obligataires par type d'emprunt obligataire, cela « *aurait obligé leur consultation séparée, avec une exigence de validation par chaque catégorie d'obligataires à la clé. Inutile de dire qu'en pareilles circonstances, les perspectives d'adoption du plan de sauvegarde d'Eurotunnel eurent été […] bien plus minces, voire inexistantes*[1341] ». Maintenir la règle d'accord unanime des classes de créanciers peut conduire à des situations de blocage non souhaitées[1342]. Au-delà de l'attractivité du droit français, requérir un accord unanime des classes de créanciers pourrait multiplier les hypothèses d'application forcée interclasse qui suppose l'intervention du juge pour vérifier que le meilleur intérêt des créanciers est respecté, retardant *de facto* l'adoption du plan et susceptible de multiplier les sources de contentieux. Ainsi, pour contribuer au succès du plan, sans causer de préjudice excessif pour les créanciers, il convient de requérir son adoption par la majorité des créanciers au sein de chaque classe de créanciers. Dans ce sens, l'ordonnance du 15 septembre 2021 en supposant une décision majoritaire dans chaque classe de créanciers permet d'aboutir à un équilibre entre la nécessaire protection des intérêts des créanciers et l'impératif de la bonne fin de la procédure.

246. Seuil de majorité – Sous l'empire du droit français avant la transposition de la directive, le vote devait être adopté par chaque comité à la majorité qualifiée des deux tiers du montant

---

1337 https://www.dlapiper.com/en/uk/insights/publications/2020/10/restructuring-global-insight/restructuring-plan/

1338 Il est donc possible d'écraser la minorité au sein d'une classe de créanciers mais il n'est pas permis d'écraser une classe opposante.

1339 901G:Sanction for compromise or arrangement where one or more classes dissent https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2020/12/schedule/9/enacted

1340 Même s'il semble possible de ne constituer qu'une classe de créanciers.

1341 X. de Roux, Rapport sur la mise en application de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, 2007, Rapp. AN, n° 3651.

1342 C'est pourquoi The Corporate Insolvency and Governance Act 2020 (CIGA 2020) a introduit la possibilité d'un « Cross class cram down ».

C1 - Internal use

des créances[1343]. Depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, il n'est plus requis une décision prise à la double majorité du montant des créances et du nombre de créanciers. En effet, s'agissant de cette dernière règle de majorité, un risque de démultiplication des créances avait été soulevé conduisant à son éviction[1344]. L'article 9.6. de la directive prévoit une majorité calculée sur le montant des créances ou intérêts. Ce n'est que sur option des États membres qu'il sera possible d'ajouter une majorité en nombre de parties affectées[1345]. Ainsi, même si la simplification des règles de majorité avait été critiquée par certains[1346], il convient de conserver un calcul unique de la majorité reposant sur le montant de la créance dans un système recentré sur la nature de la créance et non sur la personne du créancier[1347]. De la même façon, rien ne conduit à modifier la règle de la majorité des deux tiers constituant une majorité renforcée dans les limites du seuil de 75 % posé par la directive. L'ordonnance du 15 septembre 2021 invite à une prise de décision à la majorité des deux tiers du montant des créanciers ou des voix détenues par les membres ayant exprimé un vote[1348]. Cette majorité en montant de la créance ou en nombre de voix invite à s'interroger sur la personne compétente pour déterminer le choix entre ces deux modalités de calcul de la majorité et surtout sur quel fondement. L'administrateur semble tout désigné. Néanmoins, cette incertitude ne semble ni nécessaire ni justifiée.

247. Modalités de calcul – Si c'est le montant des créances qui sert de base de calcul à la majorité requise pour adopter un plan, il convient de déterminer quelle valeur l'administrateur doit retenir. Sous l'empire du droit avant la transposition de la directive, l'ancien article R. 626-58 du Code de commerce disposait que, huit jours avant la date du vote, l'administrateur arrêtait le montant, calculé toutes taxes comprises, des créances détenues par les membres du comité appelés à se prononcer. À la même date, il dressait la liste des créances qui n'ouvraient pas droit à participer au vote. Cette liste était portée à la connaissance des créanciers présents ou

---

[1343] Article R. 626-58 du Code de commerce : « *Le montant des créances pris en compte pour déterminer la majorité des deux tiers prévue au troisième alinéa de l'article L. 626-30, calculé hors taxes, est arrêté par l'administrateur au vu des indications certifiées du débiteur ou des comptes établis par l'expert-comptable, au plus tard huit jours avant la date du vote.* »

[1344] Rapport au président de la République sur l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008, JO 19 déc. 2008, Titre I, chap. II-4, art. 66.

[1345] Un plan de restructuration est adopté par les parties affectées à la condition qu'une majorité calculée sur le montant de leurs créances ou intérêts soit obtenue dans chaque classe. Les États membres peuvent en outre exiger qu'une majorité du nombre des parties affectées soit obtenue dans chaque classe.

[1346] G. Téboul, « La nouvelle réforme du droit des entreprises en difficulté : le projet d'ordonnance », *Gaz. Pal.*, 6-8 avril 2008, 2.

[1347] Voir Partie II, Chapitre 2, Section 1.

[1348] Rapport au président de la République, précité. L'article L. 626-30-1 du Code de commerce fait lui référence au deux-tiers des voix détenues par les membres ayant exprimé un vote, sans préciser la méthode de calcul des voix.

C1 - Internal use

représentés le jour du vote. Au plus tard huit jours avant cette date, l'administrateur soumettait au créancier concerné les modalités de calcul retenues ; en cas de désaccord exprimé au plus tard quarante-huit heures avant la date du vote, l'administrateur pouvait saisir le président du tribunal. Dans le cadre d'un système reposant sur des classes de créanciers, l'administrateur ne devrait plus être en mesure de moduler les droits de vote des créanciers pour prendre en compte, par exemple, les accords de subordination[1349]. En effet, le poids économique d'un créancier est désormais représenté au sein d'une classe de créanciers dont les créances présentent des caractéristiques uniformes. « *Le royaume de l'arbitraire*[1350] » n'a donc plus lieu d'être, l'administrateur pouvant se reposer sur le montant de la créance indiqué par le débiteur et certifié par son commissaire aux comptes ou à défaut son expert-comptable. En ce sens, le HCJP préconise ceci : « *En ce qui concerne le calcul des droits de vote, il semble que la pratique actuelle pourrait être clarifiée et seule la valeur faciale de la créance devrait être retenue. Ce choix s'impose d'autant plus que le "best interest test" sert de modérateur pour tenir compte de la valeur et permet de déterminer si le créancier est encore "dans la monnaie"*[1351]. » Prendre la valeur réelle de la créance comme en droit anglais du *Restructuring Plan* a le mérite de ne faire voter que les créanciers qui conservent un intérêt économique avéré dans la procédure. Mais cette réévaluation des créances peut conduire à complexifier excessivement la procédure et aboutir à des sources de contestations retardant l'adoption du plan. Il faut, pour plus de simplicité et d'efficacité, que le montant des créances appelées à voter le plan se détermine au regard de la valeur nominale ou faciale, quelles que soient les modalités de remboursement ou les espérances de remboursement qui influent sur la valeur vénale des créances[1352].

248. Des créances estimées – La détermination des droits de vote se base sur la liste établie par le débiteur avec l'intervention d'un tiers certificateur et non sur les déclarations de créances[1353]. Il convient également de ne réunir que les créanciers dont la créance est affectée par les dispositions du projet de plan. En ce sens, la procédure formelle des déclarations de créances paraît superfétatoire, car elle ne va pas permettre de déterminer les droits de vote des créanciers. Elle pourrait servir à déterminer le passif de la société pour formuler les propositions de restructuration les plus pertinentes. Par ailleurs, la Cour de cassation exige que l'ensemble du

---

[1349] Voir Partie II, Chapitre 2, Section 1.
[1350] P.-M. Le Corre *op. cit.*, 513.422
[1351] HCJP, *op. cit.*, p. 26.
[1352] L'avant-projet d'ordonnance propose de maintenir le droit en vigueur : « *La répartition des créanciers en classes est effectuée en fonction du nominal des créances.* »
[1353] Article R. 626-56 du Code de commerce.

C1 - Internal use

passif déclaré soit pris en compte dans l'élaboration du plan[1354]. Néanmoins, le délai pour déclarer les créances risque de ne pas être achevé[1355] lorsque l'administrateur va élaborer le bilan économique et social à l'origine du projet de plan ; ces déclarations peuvent se révéler en décalage par rapport au passif réel de la société puisque cela comprend la liste des créances au jour du jugement d'ouverture et non huit jours avant le vote. Par ailleurs, ces déclarations de créance ne préjugent pas des éventuelles cessions de créances réalisées en aval ni de la détermination du montant réel des créances précédemment contestées. Il convient donc de déterminer une liste des créanciers affectés invités à voter le projet de plan. En l'absence d'invitation, les dispositions du plan seraient inopposables au créancier, permettant à l'administrateur judiciaire de se baser sur les seules indications certifiées du débiteur. Seule la fraude de ce dernier serait de nature à remettre en cause cette solution. Un auteur propose « *d'inscrire dans le plan le montant maximal des engagements que le débiteur accepte d'honorer, ce montant dépassant alors le montant du passif traité dans le plan. Au-delà, il serait nécessaire de passer par la procédure de modification substantielle du plan*[1356] ».

Il faut toutefois décorréler la procédure de détermination des droits de vote de la composition des classes de créanciers de la procédure de déclaration de créances, dans la mesure où il est possible de déclarer sa créance après l'adoption du plan surtout dans le cadre d'une période d'observation raccourcie comme le requiert la directive. La procédure de déclaration de créances devrait être simplifiée au maximum. Au-delà de la possibilité de réaliser ces formalités par voie électronique, il convient de soutenir la consécration des mesures d'exception mises en place pendant la crise de la COVID-19, par lesquelles « *le dépôt de la liste au greffe du tribunal vaut déclaration au nom des parties affectées si celles-ci n'adressent pas la déclaration de leurs créances dans les conditions prévues aux articles L. 622-24 à L. 622-26*[1357] ». Il s'agit également de consacrer la « *prise en compte du passif comptable plutôt que du passif déclaré : lorsque les engagements pour le règlement du passif peuvent être établis sur la base d'une attestation de l'expert-comptable ou du commissaire aux comptes, ils portent sur les créances déclarées admises ou non contestées, ainsi que sur les créances identifiables, notamment celles*

[1354] Cass. com., 20 mars 2019, n° 17-27527 : JCP E 2019, 1242, note S. Zinty ; Act. proc. coll. 2019, n° 7, alerte 90, note P. Cagnoli.
[1355] Particulièrement dans le cadre du raccourcissement des délais de la période d'observation requis par la Directive.
[1356] B. Amizet, S. Vigreux, M.-H. Monsèrié-Bon, M. Laroche, « Les plans », *Bulletin Joly Entreprises en difficulté*, 1er janvier 2021, n° 01, 67.
[1357] Avant-projet d'ordonnance.

C1 - Internal use

dont le délai de déclaration n'est pas expiré[1358] ». En ce sens, le décret du 23 septembre 2021 prévoit de maintenir la règle de détermination des droits de vote sur la base de la liste établie par le débiteur et certifiée par le commissaire aux comptes ou à défaut l'expert-comptable, tout en introduisant la sanction de l'inopposabilité de tout accord de subordination qui n'aurait pas été porté à la connaissance de l'administrateur judiciaire au plus tard dans un délai de dix jours à compter de la réception de l'avis, par lequel l'administrateur judiciaire invite chaque partie affectée à lui faire connaître les modalités lui permettant de communiquer par voie électronique[1359]. Par ailleurs, il est prévu qu'« *en présence d'une clause d'indexation du taux d'intérêt, le montant des intérêts restant à échoir au jour du jugement d'ouverture de la procédure est calculé au taux applicable à la date de ce jugement. Les créances en monnaie étrangère sont converties en euros selon le cours du change à la date du même jugement*[1360] ».

Le droit d'une partie affectée de voter dans une classe constitue un accessoire de la créance née avant le jugement d'ouverture. Il se transmet de plein droit à ses titulaires successifs, nonobstant toute clause contraire[1361]. Il convient de porter à la connaissance de l'administrateur par lettre recommandée avec accusé de réception le transfert de la créance. Le cédant perd alors la qualité de créancier affectée. Le titulaire de la créance transférée ne pourra être admis à voter qu'à compter de l'information de l'administrateur. Il revient à l'administrateur de soumettre à chaque partie affectée les modalités de répartition en classes et de calcul des voix au moins vingt et un jour avant la date du vote[1362]. C'est à cette occasion que l'administrateur va préciser « *les critères objectifs retenus pour déterminer la composition des classes de créanciers affectées*[1363]». C'est pourquoi le délai de huit jours avant la date du vote a été repoussé à vingt et un afin d'être en mesure de pouvoir purger avant le vote toute contestation sur le calcul des voix et la répartition dans les classes de créanciers. En effet, le juge-commissaire peut être saisi par requête dans un délai de dix jours à compter de cette notification par l'administrateur par chaque partie affectée, le débiteur, l'administrateur, le mandataire judiciaire et le ministère public[1364]. Il sera tenu, en principe, de statuer dans un délai de dix jours. Il est toutefois possible d'interjeter appel dans un délai de cinq jours. La cour d'appel disposera alors à son tour de quinze jours pour statuer. Ces dispositions sont également applicables aux classes de détenteurs

[1358] Avant-projet d'ordonnance : L. 626-10 modifié.
[1359] Article R. 626-55 alinéa 4 du Code de commerce.
[1360] Article R. 626-58 III du Code de commerce, article 22 du décret du 23 septembre 2021.
[1361] Article L. 626-30-1 du Code de commerce, article 37 de l'ordonnance du 15 septembre 2021.
[1362] Article L. 626-30 du Code de commerce, article 37 de l'ordonnance du 15 septembre 2021.
[1363] Article R. 626-58 I du Code de commerce, article 22 du décret du 23 septembre 2021.
[1364] Article R. 626-58-1 du Code de commerce, article 22 du décret du 23 septembre 2021.

C1 - Internal use

de capital puisque la liste des créances établie par l'administrateur est complétée par des « *informations relatives aux modalités de participation au capital du débiteur, aux statuts et aux droits des détenteurs de capital. Ces informations sont accompagnées de tout document ou pièce justificative utile* »[1365].

249. Droit de vote au sein de la classe des associés – S'agissant de la classe des associés, comment déterminer le montant de leur intérêt : faut-il retenir la valeur nominale de leurs droits sociaux ou la valeur réelle ? La première notion a le mérite de la simplicité mais elle peut être complètement décorrélée de la réalité et conduire, par exemple, à diluer excessivement l'importance du vote de cette classe de créanciers dans le vote du plan. En réalité, cette remarque ne vaut que pour une assemblée de créanciers dans le cadre d'une PME où les créanciers siègent aux côtés des associés, si l'option de l'assemblée unique et d'une classe de détenteur de capital est retenue[1366]. Dans le cas de classes de créanciers, le vote est segmenté, le poids économique des créanciers sera comparé avec les droits des créanciers au sein d'une même classe. Ainsi les associés ne sont pas spécifiquement dilués par la prise en compte de la valeur nominale de leurs droits sociaux dans la mesure où cette valeur est également retenue pour les autres créanciers et est un gage d'égalité entre les associés. En droit allemand de l'insolvabilité est seulement prise en compte la valeur nominale des parts sociales et des actions[1367]. Pour un auteur, « *en droit civil, le montant de la créance est la somme fournie au débiteur que celui-ci est juridiquement tenu de payer au terme de la relation personnelle (le droit personnel du créancier) qui le lie au créancier. Ce montant ne dépend pas des conditions ou des modalités de son remboursement*[1368] ». Ainsi, pour lui, « *pour les actions, la référence au "montant" s'entend de la valeur nominale de l'action, telle qu'elle résulte de l'acte d'émission* ». De la même façon, il convient d'adopter les mêmes règles de détermination des droits de vote que lors d'une assemblée générale – même s'il y a décorrélation entre son droit de vote et sa participation au capital de la société. À l'instar du HCJP qui propose « *pour assurer une certaine neutralité, […] de tenir compte des aménagements du droit de vote en assemblée générale lors du vote dans la ou les classes de détenteurs de capital* », nous pensons qu'il

[1365] Article R. 626-56 du Code de commerce, article 22 du décret du 23 septembre 2021.
[1366] Ce qui n'est pas le cas du droit français ; voir le rapport au président de la République, précité.
[1367] P. Ehret, « Directive relative aux cadres de restructuration préventifs - Les groupes de créanciers (et assimilés) en droit allemand de l'insolvabilité », *Rev. proc. coll.*, nº 3, mai-juin 2019, dossier 18.
[1368] B. Grelon, « L'affaire Thomson : la loi à l'épreuve de la finance », note sous Tribunal de commerce de Nanterre du 17 février 2010, Sté FHB c/ Sté Technicolor, *Revue des sociétés*, 2010, 244.

C1 - Internal use

convient de respecter l'équilibre trouvé entre les associés dans l'exercice de leur politique[1369]. L'ordonnance du 15 septembre 2021 a également arbitré en ce sens[1370].

250. Quorum – La directive invite à s'interroger sur un quorum minimum pour s'assurer de la protection adéquate des créanciers affectés qui ne participent pas au vote. Le HCJP note, à ce propos, que les créanciers des PME ont tendance à se désintéresser de la procédure. Il craint ainsi leur abstention massive et préconise donc l'instauration d'un quorum de 40 % du montant des créanciers allié à un vote à la majorité des 2/3 du montant des créances réunies au sein d'une assemblée unique pour adopter le plan. Ce n'est qu'en cas d'échec pour réunir cette majorité renforcée qu'il pourra être envisagé un second vote à une majorité simple. Afin d'inciter les créanciers à utiliser leur droit de vote, il convient de conserver la règle selon laquelle le calcul de la majorité se réfère aux créances détenues par les créanciers ayant voté – et non aux créances détenues par les créanciers affectés membres d'une classe de créanciers – sans quorum à réunir[1371] et sans qu'il soit nécessaire de distinguer le sort des débiteurs PME des autres. L'ordonnance du 15 septembre 2021 prévoit, dans le même sens, une absence de quorum et une majorité calculée au regard des créanciers votants.

Le pouvoir décisionnel des créanciers invite à revoir le rôle du juge et des éventuelles voies de recours. Il s'agit d'un pouvoir de validation et non de décision. Le juge est présenté comme un garde-fou ; son intervention ne doit toutefois pas empêcher une adoption rapide du plan.

§2/ L'arrêté du plan actant l'éviction des associés

Le double écueil à éviter est le suivant : ouvrir trop largement les voies de recours contre la décision d'adoption ou de refus du plan, ce qui risque d'entraver excessivement l'issue d'une procédure réputée destructrice de valeur si elle s'inscrit dans la durée, ou trop les restreindre, ce qui ne permet pas de préserver pour chaque justiciable le bénéfice d'un droit effectif de recourir au juge[1372]. Il faut donc arbitrer entre la nécessaire rapidité de la procédure collective

---

[1369] Dans le même sens, L. Stanghellini, R. Mokal, C.G. Paulus, I. Tirado, « Best practices in European restructuring. Contractualised distress resolution in the shadow of the law », CEDAM, 2018, 37, https://www.codire.eu/materials/: Policy recommendation #2.11.

[1370] Voir rapport au président de la République, précité.

[1371] Article L. 626-32, al. 3 du Code de commerce.

[1372] En ce sens, PE et Cons. UE, dir. (UE) 2019/1023, art. 4, § 6 : « *Les États membres peuvent mettre en place des dispositions limitant l'intervention d'une autorité judiciaire ou administrative dans le cadre de restructuration préventive lorsque cette intervention est nécessaire et proportionnée, tout en garantissant la sauvegarde des droits de toute partie affectée et des parties prenantes intéressées.* »

C1 - Internal use

alliée à sa sécurité et le respect des principes du procès équitable, dont notamment le droit d'accès au juge (**A**) et à des voies de recours (**B**)[1373].

A/ Le rôle du juge

Le rôle du juge dépendra de l'issue du vote des classes de créanciers : un rôle de validation si le plan a été adopté (**1**), un rôle de garde-fou si le plan a été refusé (**2**).

1. Validation du plan adopté

251. Appréciation globale de la viabilité du plan – Au-delà de son rôle lors de l'ouverture de la procédure consistant à vérifier que les difficultés du débiteur sont suffisamment sérieuses pour justifier cette ouverture, le juge est appelé à apprécier la viabilité du plan, même dans l'hypothèse de son adoption par les créanciers. En effet, l'article L. 626-1 du Code de commerce dispose que le tribunal arrête un plan « *lorsqu'il existe une possibilité sérieuse pour l'entreprise d'être sauvegardée* ». Dans le même sens, la directive prévoit à l'article 10.3. que « *les États membres veillent à ce que les autorités judiciaires ou administratives puissent refuser de valider un plan de restructuration si ce dernier n'offrait pas une perspective raisonnable d'éviter l'insolvabilité du débiteur ou de garantir la viabilité de l'entreprise* ». Le pouvoir décisionnel des créanciers peut donc être modéré s'il existe un doute sérieux sur la solvabilité ou la viabilité de la société à l'issue du plan. Cette prérogative a fait l'objet de critiques de la part de certains auteurs qui ont contesté la compétence des tribunaux de commerce pour apprécier la viabilité d'une société[1374], sur la base du constat que l'office du juge en droit américain est très différent de celui du juge français dans la mesure où il n'a qu'un rôle de contrôle de la régularité économique : il ne se prononce pas sur la viabilité des mesures économiques à mettre en place. Néanmoins, en l'absence de test de viabilité mis en place en amont de la procédure pour sélectionner les débiteurs méritant l'ouverture d'une procédure collective, il importe de conserver cette boucle de sécurité pour s'assurer que les sacrifices demandés aux créanciers et aux associés sont justifiés. Il pourrait être objecté que si le plan

[1373] L.-C. Henry, De l'influence du droit européen sur le droit des entreprises en difficulté…, BJE Septembre 2017, n°5, p. 314.
[1374] S. Vermeille, V. Rotaru, « La directive restructuration : un texte sans socle intellectuel cohérent, mais une opportunité unique pour la France », site *Droit & Croissance*.

C1 - Internal use

n'assurait pas la viabilité de la société, il n'aurait pas été adopté par les créanciers. En ce sens, le plan est présumé permettre la viabilité de la société. Le juge n'interviendrait que lors d'une absence de viabilité ou d'une insolvabilité manifeste au regard, par exemple, de l'insuffisance des fonds propres apportés au regard de la dette. Cette analyse ne serait pas nécessaire si le plan fait l'objet d'une application forcée interclasse puisque le juge devra veiller à ce que le sort des créanciers est meilleur en application du plan qu'en cas de liquidation judiciaire, ce qui revient à admettre, le cas échéant, la viabilité de l'activité de l'entreprise. La directive prévoit néanmoins que « *les États membres ne devraient toutefois pas être tenus de veiller à ce que cette évaluation soit faite d'office*[1375] ». L'équilibre pourrait donc être trouvé en excluant cette évaluation lorsque le plan a été adopté par les classes de créanciers tout en maintenant une appréciation globale de la viabilité de la société en cas de doute manifeste. Il revient au juge de procéder à cet examen dans le cadre de l'arrêté du plan adopté par les classes de créanciers. Il ne s'agirait donc pas d'ouvrir une voie de contestation additionnelle aux personnes habilitées à faire appel de la décision arrêtant le plan de sauvegarde[1376] : le débiteur, l'administrateur, le mandataire judiciaire, les contrôleurs ainsi que les représentants du comité économique et social ou, à défaut, des délégués du personnel[1377]. L'ordonnance du 15 septembre 2021 a arbitré en ce sens : « le *tribunal peut refuser d'arrêter le plan qui ne garantit pas la viabilité de l'entreprise ou n'offre pas de perspective raisonnable d'éviter la cessation des paiements du débiteur*[1378]. Il s'agit donc d'une faculté ouverte au tribunal lors de l'arrêté du plan, qu'il ait été approuvé par toutes les classes de créanciers ou dans le cadre d'une application forcée interclasse[1379].

252. Arbitrage entre des plans concurrents – Il faudra également vérifier que le juge est l'autorité pertinente pour arbitrer les conflits entre associés, dirigeants et créanciers lorsque des plans concurrents sont proposés. Cette concurrence entre les projets de plan n'existe en principe que dans le cadre d'une procédure curative, puisque la procédure préventive accordera au débiteur un monopole dans le droit d'initiative du plan. Dans le cadre d'une procédure de

---

[1375] Considérant (50).
[1376] Article L. 661-1 du Code de commerce, étant entendu que le débiteur ne pourra former appel de cette décision que s'il lui est imposé des charges non souscrites.
[1377] Article L. 626-9 : « *Après avoir entendu ou dûment appelé le débiteur, l'administrateur, le mandataire judiciaire, les contrôleurs ainsi que les représentants du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel, le tribunal statue au vu des documents prévus à l'article L. 626-8, après avoir recueilli l'avis du ministère public. Lorsque la procédure est ouverte au bénéfice d'un débiteur qui emploie un nombre de salariés ou qui justifie d'un chiffre d'affaires hors taxes supérieurs à des seuils fixés par décret en Conseil d' État, les débats doivent avoir lieu en présence du ministère public.* »
[1378] Article L. 626-53 du Code de commerce, article 37 de l'ordonnance.
[1379] Articles L. 626-31 et L. 626-32 du Code de commerce.

C1 - Internal use

redressement judiciaire avec institution de classes de créanciers, tous les projets sont soumis au vote. Le plan adoptant le plus de suffrages est alors adopté. Il revient alors aux créanciers d'arbitrer entre les différents plans proposés. Il faut toutefois s'assurer que les intérêts des parties prenantes autres que les créanciers sont suffisamment protégés. En ce sens, la directive appelle à l'intervention du juge dans deux hypothèses : en cas de nouveau financement ou de suppression de 25 % de la main-d'œuvre. Il faut, dans ce dernier cas, s'assurer de la prise en compte des intérêts des salariés dans le cadre d'un plan reposant exclusivement sur la décision des créanciers[1380]. D'autant plus si le choix a été fait de ne pas instituer une classe de créanciers salariés[1381]. Par ailleurs, si une reprise interne repose majoritairement sur les sacrifices que les créanciers sont prêts à faire pour restructurer la dette afin de lui permettre de revenir à des niveaux acceptables, un plan de cession fait intervenir un tiers prêt à reprendre pour tout ou partie l'activité de la société. Cette distinction entre plan interne et plan externe pourrait conduire à un traitement différent, la reprise interne reposant sur les créanciers et le plan de cession sur la décision du juge. Il en est ainsi en Allemagne où « *les classes de créanciers ne se prononcent que sur le plan de sauvegarde de droit allemand et non pas sur le plan de cession. En effet, le repreneur est choisi par le professionnel de l'insolvabilité sous le contrôle de l'assemblée générale ou du comité des créanciers selon le cas*[1382] ». Le juge déciderait du plan de cession après avoir auditionné les parties prenantes, le mandataire judiciaire représentant l'intérêt collectif des créanciers. Il faut noter néanmoins que la directive définit la restructuration comme « *une action sur la structure de l'actif et du passif du débiteur en ce compris le capital social ainsi que la vente d'actifs ou d'activités afin de permettre la poursuite totale ou partielle de l'activité de l'entreprise*[1383] » ce qui semble inclure un plan de cession. Par ailleurs, il peut être délicat de distinguer reprise interne et plan de cession dans la mesure où le plan peut être considéré comme hybride, mixant des cessions d'actifs et la restructuration de la dette avec maintien de la personne morale débitrice. Ainsi, à partir du moment où un plan de cession est projeté, soit sur décision du débiteur en procédure préventive[1384], soit sur décision de l'administrateur ou du mandataire judiciaire en procédure curative, les classes de créanciers

[1380] En ce sens, T. Montéran, « Privilégier le créancier ou l'emploi ? », *Gazette du Palais*, n° 02, 47.
[1381] Au-delà de la représentation de l'AGS non couvert par le superprivilège des salaires au sein d'une classe ou parmi la classe des créanciers chirographaires.
[1382] M. Menjucq, P. Ehret, R. Dammann, J. Baron, « Le droit allemand de l'insolvabilité : un modèle pour la transposition de la directive restructurations préventives en droit français ? », *Revue des procédures collectives*, n° 1, janvier 2020, entretien 1.
[1383] Art 2.2.
[1384] Le plan de cession est exclu des procédures préventives, sous réserve de l'accord du débiteur, et est réservé aux procédures de redressement et de liquidation judiciaires.

C1 - Internal use

devraient être appelées à statuer sur ce projet de plan s'il est en concurrence avec un plan de reprise interne. Ce n'est toutefois pas l'orientation prise par l'ordonnance du 15 septembre 2021 qui a conservé la distinction entre plan de sauvegarde ou de redressement[1385] et le plan de cession décidé par le tribunal[1386].

253. Équilibre global des intérêts en présence – La directive du 20 juin 2019 donne des indications sur l'office du juge dans le cadre de l'arrêté du plan. Il est prévu que « *la validation d'un plan de restructuration par une autorité judiciaire ou administrative est nécessaire pour garantir que la réduction des droits des créanciers ou des intérêts des détenteurs de capital est proportionnée aux avantages de la restructuration et qu'ils ont accès à un recours effectif*[1387] ». Cette mission se rapproche de celle prévue par le droit français dans lequel le tribunal a l'obligation de s'assurer que les intérêts de tous les créanciers sont suffisamment protégés[1388]. Pour un auteur, « *dans cette appréciation, le tribunal ne pouvait oublier que son examen l'obligeait à mettre en balance les différents intérêts en présence, tout en respectant l'objectif premier de la sauvegarde qui est "destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif" (art. L. 620-1 c. com.)*[1389] ». Dans l'arrêt Thomson, la Cour de cassation relevait que « *les propositions formulées dans le projet de plan […] étaient cohérentes avec les intérêts des créanciers en présence, leur caractère ou non subordonné, et stratégique ou non pour l'entreprise et qu'elles correspondaient à des efforts équilibrés des créanciers en fonction de la nature de leurs créances*[1390] ». Le juge est donc le garant de l'équilibre de la restructuration, ce qui implique de comparer les avantages de la poursuite de l'activité et de l'emploi avec les efforts demandés aux créanciers affectés. Un auteur note toutefois que « *comme le montre le recours des porteurs d'obligations convertibles dans l'affaire CGG, la formulation selon laquelle "le tribunal s'assure que les intérêts de tous les créanciers sont suffisamment protégés" est trop vague et source de contentieux*[1391] ». Néanmoins, contrairement au droit

---

[1385] Articles L. 626-1 à L 626-34 du Code de commerce.
[1386] Articles L. 641 à L. 642-17 du Code de commerce.
[1387] Considérant (48).
[1388] Article L. 626-31 du Code de commerce
[1389] P.-M. Le Corre, « Porteurs de titres super-subordonnés et élaboration des plans de sauvegarde ou de redressement avec comités », *D.*, 2010, 839.
[1390] Cass. com., 21 février 2012, n° 11-11693 : note C. Saint Alary-Houin, Dr. et patr., septembre 2012, n° 217, 101 ; note B. Grelon, Rev. Sociétés, juin 2012, n° 7, 450 ; N. Borga, BJS, mai 2012, n° 5, 426 ; T. Bonneau, JCP. E, avril 2012, n° 14, 22 ; P. Pétel, JCP. E, avril 2012, n° 14, 17 ; R. Dammann et G. Podeur, BJE, mars 2012, n° 2, 78.
[1391] R. Dammann, M. Guermonprez, « Pistes de réflexion pour une réforme des procédures collectives », *D.*, 2018, 629.

C1 - Internal use

français en vigueur avant la transposition de la directive, le respect des accords de subordination ne repose plus sur le mandat légal donné au juge d'arbitrer entre les intérêts de tous les créanciers[1392]. En effet, si les rangs des créanciers ne sont pas respectés au titre du plan adopté, un créancier lésé aura toujours la possibilité de contester celui-ci au titre d'un manquement au respect de l'ordre de priorité entre les créanciers[1393]. Par ailleurs, si le juge vérifie le plan à l'aune du test du meilleur intérêt pour les créanciers, il devrait être dispensé de vérifier que l'intérêt des créanciers affectés est bien respecté.

Il faut donc comprendre que l'adoption par les classes de créanciers ne suffit pas à rendre le plan définitif, le juge doit pouvoir vérifier l'équilibre global des accords trouvés, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une valorisation de la société débitrice et de sa valeur liquidative au titre du test du meilleur intérêt pour les créanciers[1394]. Le juge resterait compétent pour mesurer la dilution imposée aux associés puisqu'il est tenu d'intervenir afin de s'assurer que « *tout nouveau financement est nécessaire pour mettre en œuvre le plan de restructuration et ne porte pas une atteinte excessive aux intérêts des créanciers* »[1395]. L'office du tribunal est évidemment différent lorsque le plan n'a pas emporté l'approbation de toutes les classes de créanciers affectés.

2. Éventuelle application forcée interclasse

254. Origine de l'intervention du juge – Le juge est appelé à intervenir impérativement lorsque l'éviction des associés ou des créanciers résulte du fait majoritaire des classes de créanciers. Il devra alors vérifier le respect des garde-fous prévus par la directive : le respect du meilleur intérêt des créanciers et l'ordre de priorité. Pour un auteur, cette intervention se justifie

---

[1392] En ce sens, M. Douaoui-Chamseddine, « Question soulevée par un plan de sauvegarde écartant un accord de subordination : quel recours pour les seniors en cas d'atteinte à la propriété ? », *RDBF*, nº 2, mars 2012, étude 8.
[1393] Un plan approuvé par toutes les classes de créanciers doit, en effet, pour être arrêté par le tribunal, respecter le principe d'égalité entre les créanciers qui doivent également être traités de manière proportionnelle à leur créance ou à leur droit (article L. 626-31 du Code de commerce). Dans le cadre d'une application forcée interclasse, il conviendra de s'assurer que les créanciers de la classe ayant voté contre le plan soient intégralement désintéressés par des moyens identiques ou équivalents, lorsqu'une classe de rang inférieur a droit à un paiement ou conserve un intéressement dans le cadre du plan (article L. 626-32 du Code de commerce).
[1394] L. 626-31 : « *Il s'assure que les intérêts de tous les créanciers sont suffisamment protégés et, s'il y a lieu, que l'approbation de l'assemblée ou des assemblées mentionnées à l'article L. 626-3 a été obtenue dans les conditions prévues audit article. Sa décision rend applicables à tous leurs membres les propositions acceptées par les comités.* »
[1395] Article L. 626-31 5° du Code de commerce.

C1 - Internal use

également par l'atteinte au droit de propriété induite par l'application forcée du plan[1396]. En effet, s'agissant des créanciers, les sacrifices décidés dans le cadre d'une application forcée interclasse vont conduire à revoir les modalités de remboursement de leurs créances protégées par le droit de propriété[1397].

S'agissant du sort des associés, le HCJP considère que l'intervention du juge est impérative lorsqu'il est question de leur éviction : « *Il y a un risque de non-conformité à la Constitution et à la jurisprudence de la CEDH, d'un dispositif qui écarterait le contrôle du juge alors qu'il pourrait se concrétiser par une expropriation. Le regroupement des détenteurs de capital en classe permettrait d'échapper à ce dilemme, car l'application de l'article 11 c'est-à-dire d'une application forcée interclasse ne constitue pas une expropriation au sens propre.* » Mais cette conclusion est paradoxale, car les auteurs de cette recommandation constatent eux-mêmes que l'application forcée interclasse ne constitue pas un cas d'expropriation. En effet, contrairement aux créanciers, les associés ont accepté de prendre le risque de n'être jamais remboursés de leur créance. L'application forcée interclasse ne constitue donc pas une atteinte au droit de propriété des associés mais représente la manifestation de leur engagement de contribuer aux pertes[1398]. Or, la directive prévoit que « *les États membres devraient être en mesure de prévoir que d'autres conditions de validation peuvent être examinées d'office. Les États membres devraient pouvoir ajouter d'autres conditions à remplir pour valider un plan de restructuration, par exemple afin de s'assurer que les détenteurs de capital sont adéquatement protégés*[1399] ». Il est donc possible d'encadrer l'intervention du juge afin d'assurer aux détenteurs de capital une protection adéquate. Le juge devrait ainsi veiller à ce que l'éviction des associés repose sur la réalisation de leur engagement de contribuer aux pertes : la constatation de l'insuffisance des fonds propres, la suspension collective ou semi-collective des poursuites.

255. L'hypothèse d'une opposition des créanciers en l'absence d'application forcée interclasse – Si le plan rejeté par les créanciers ne respecte pas les conditions d'une application forcée interclasse, il est nécessaire de déterminer si le juge peut continuer d'imposer aux créanciers récalcitrants un rééchelonnement de leur créance sur une période de 8 à 10 ans

[1396] F. Abitbol, « La transposition de la directive sur les restructurations préventives : transformer notre droit sans renier nos principes ? », *Revue des procédures collectives*, nº 3, mai 2019, dossier 15.
[1397] Voir Partie II, Titre I, Chapitre 1.
[1398] Voir Partie I, Titre II, Chapitre 1, Section 1, §2.
[1399] Article 4 (50).

C1 - Internal use

maximum[1400]. Cette solution permettrait de conférer un effet comminatoire fort à la procédure et d'inciter les créanciers à accepter le plan qui leur est proposé. S'il peut être imposé que le rééchelonnement offre un meilleur traitement qu'en cas de liquidation judiciaire, cette solution conduit à violer systématiquement l'ordre de priorité entre les créanciers par un traitement unique faisant fi des situations différentes de ces derniers. Pour certains, cette mesure du rééchelonnement automatique des créances, à défaut d'accord trouvé avec les créanciers, peut conduire à des comportements opportunistes de la part du débiteur, qui conserve dans le cadre d'une procédure préventive le monopole de l'initiative du plan. Cette situation peut également inciter le juge à « sauver coûte que coûte la société », sans considération de sa viabilité, en faisant peser le poids de la restructuration sur les seuls créanciers. Les associés sont en effet épargnés par cette mesure qui conduit à les maintenir au capital de la société sans contribuer aux pertes malgré leur rang hypochirographaire. Un auteur note que « *la France est le seul pays de l'OCDE autorisant le juge à pouvoir faire approuver un plan de continuation de l'entreprise, affectant les droits des créanciers titulaires de sûreté […] sans que le consentement d'une partie au moins des créanciers ne soit nécessaire [–] la loi prévoit ainsi que le juge peut discrétionnairement rééchelonner les créances des titulaires de sûretés jusqu'à 10 ans, sans contrepartie financière [–] [et] sans que les créanciers titulaires de sûretés ne puissent être moins bien traités que dans un scénario liquidatif*[1401] ». La directive ne prévoit pas expressément les conséquences en cas de rejet du plan proposé[1402]. Néanmoins, elle semble, s'agissant des procédures préventives, jeter la suspicion sur les rééchelonnements de longue durée en exposant que « *les injonctions de déchéance de longue durée qui accompagnent souvent une procédure menant à une remise de dette entravent la liberté d'accéder à une activité entrepreneuriale indépendante et de l'exercer*[1403] ». Pour des auteurs, imposer le plan proposé par le débiteur, malgré le désaccord des classes de créanciers, est contraire à la directive qui prône « *l'autonomie de la volonté des créanciers, c'est-à-dire que les créanciers décident*

[1400] Article L. 626-18 : « *Dans les autres cas, le tribunal impose des délais uniformes de paiement, sous réserve du cinquième alinéa du présent article. Le premier paiement ne peut intervenir au-delà d'un délai d'un an. Le montant de chacune des annuités prévues par le plan, à compter de la troisième, ne peut être inférieur à 5 % de chacune des créances admises, sauf dans le cas d'une exploitation agricole. […] Le crédit preneur peut, à l'échéance, lever l'option d'achat avant l'expiration des délais prévus au présent article. Il doit alors payer l'intégralité des sommes dues dans la limite de la réduction dont elles font l'objet dans le plan sous forme de remises.* »

[1401] S. Vermeille, B. Fremaux, Note a/s de l'avant-projet de loi sur la réforme du droit des sûretés, site *Droit & Croissance*, 2 : https://droitetcroissance.fr/wp-content/uploads/2015/01/28-11-Note-sur-lavant-projet-de-la-reforme-des-suretes.pdf

[1402] En ce sens, M. Lamy, « La directive "Restructuration et insolvabilité" : Ouverture de la restructuration préventive », *Revue Lamy droit des affaires*, nº 152, octobre 2019.

[1403] Considérant (5).

C1 - Internal use

et le tribunal ne peut plus aller contre une majorité d'entre eux[1404] ». *A contrario*, un autre auteur milite pour l'intervention du juge en cas d'échec pour trouver un accord avec les créanciers afin d'éviter des liquidations judiciaires. Le juge pourrait imposer des délais de paiement en veillant au respect des intérêts de toutes les parties. Le silence de la directive permettrait ainsi le maintien du droit en vigueur. Toutefois, cela ne règle pas le sort des associés qui peuvent échapper aux mesures de restructurations avec des sacrifices réservés aux créanciers. Il faudrait que le juge puisse prononcer la conversion forcée des créances en titres de capital. Cette mesure semble toutefois excessive : une modification du capital sur décision de justice malgré l'opposition des associés et des créanciers. Le pouvoir du juge serait exorbitant à plus d'un titre. Par ailleurs, pour certains, le juge ne semble pas avoir les compétences requises pour apprécier la juste dépréciation des titres[1405]. Son immixtion serait trop forte, l'absence de contradictoire ne serait pas acceptable.

256. Le risque d'ouverture d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire – L'effet comminatoire recherché peut être trouvé en prescrivant l'ouverture d'une procédure de restructuration curative plus coercitive ou, le cas échéant, une procédure de liquidation judiciaire, à défaut d'accord avec les créanciers dans l'hypothèse où les conditions d'une application forcée interclasse ne sont pas respectées. Cette sanction aurait la particularité d'être dissuasive à l'égard de toutes les parties. Il ne s'agirait plus d'une mesure à l'attention unique des créanciers. Cela pourrait contraindre le débiteur à proposer un plan susceptible d'être accepté par les créanciers, afin d'éviter de prendre le risque qu'une procédure plus contraignante soit ouverte. Ainsi, si un plan n'offre pas un meilleur traitement qu'en cas de liquidation judiciaire alors il faut craindre que cette procédure soit la plus appropriée. L'ordonnance du 15 septembre a supprimé la compétence du juge pour rééchelonner les créances en cas d'échec de la consultation des classes de créanciers dans le cadre d'un plan de sauvegarde[1406]. Elle a néanmoins conservé cette mesure pour les procédures sans classes de créanciers et en cas d'échec dans l'adoption du plan de redressement par les classes de

---

[1404] M. Menjucq, P. Ehret, R. Dammann, J. Baron, « Le droit allemand de l'insolvabilité : un modèle pour la transposition de la directive restructurations préventives en droit français ? », *Revue des procédures collectives*, n° 1, janvier 2020, entretien 1. Également, C. Tiret, « Directive relative aux cadres de restructuration préventifs - Retour sur les débats intervenus autour de la directive Insolvablité au sein des institutions européennes », *Revue des procédures collectives*, n° 3, mai 2019, dossier 16 : « *Au-delà de sa lettre, l'esprit de la directive semble néanmoins plaider en faveur d'une disparition en droit français de la consultation individuelle des créanciers en cas d'échec de l'adoption du plan.* »

[1405] S. Vermeille, *op.cit.*.

[1406] Rapport au président de la République, 8 : « *lorsque le tribunal peut imposer des délais uniformes de paiement en sauvegarde, cela reste possible en dehors des classes de parties affectées.* »

C1 - Internal use

créanciers ou dans la cadre de son application forcée interclasse, contribuant là encore à l'illisibilité du droit des procédures collectives françaises reposant sur deux logiques diamétralement opposées. Cette solution est critiquée par la proposition de loi du 16 novembre 2021 dont l'objet est de modifier et de ratifier l'ordonnance du 15 septembre 2021. Il est noté qu'« *il est paradoxal d'imposer un nouveau cadre procédural visant à accroître l'efficacité économique des procédures de restructuration, tout en prévoyant que ce cadre puisse être contourné, puisqu'il reste possible de revenir aux règles antérieures en cas d'échec* »[1407]. Il semble que le législateur ait voulu éviter l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire en cas d'échec du plan de redressement. Il s'agit en l'absence de consensus entre les parties affectées et l'absence de respect des conditions de l'application forcée interclasse dont le non-respect du test du meilleur intérêt d'un argument d'opportunité qui nuit effectivement à l'intelligibilité des procédures. Une différence entre la procédure de sauvegarde et la procédure de redressement ne se justifie pas sur ce point et il convient d'écarter le pouvoir du tribunal d'imposer de manière uniforme un rééchelonnement des créances qui, par définition, viole le principe de priorité entre les parties affectées.

257. Conditions d'une application forcée interclasse – Le juge peut arrêter le plan proposé aux classes de créanciers malgré leur opposition dans certains cas particuliers. Il convient tout d'abord de vérifier le soutien minimum accordé au projet de plan par les classes de créanciers affectés constituées. En effet, par principe, une application forcée ne sera envisageable que si une majorité de classes de parties affectées, dont a minima une classe de créanciers titulaires de sûretés réelles ou, à tout le moins, qui a un rang supérieur à la classe des créanciers chirographaires a approuvé le plan. À défaut, d'approbation majoritaire il convient que le projet de plan soit au minimum approuvé par une classe de parties affectées « *autre qu'une classe de détenteurs de capital ou toute autre classe dont on peut raisonnablement supposer, après détermination de la valeur du débiteur en tant qu'entreprise en activité, qu'elle n'aurait droit à aucun paiement, si l'ordre de priorité des créanciers pour la répartition des actifs en liquidation judiciaire ou du prix de cession de l'entreprise en application de l'article L. 642-1, était appliqué* ». Ainsi, par définition, une application forcée est possible dans le cas d'une approbation par une seule classe de créanciers « *in the money* » c'est-à-dire qu'elle conserve un intérêt à la procédure. Le juge devra également vérifier le respect de l'ordre de priorité absolue : « *les créances des créanciers affectés d'une classe qui a voté contre le plan sont intégralement*

[1407] Proposition de loi du 16 novembre 2021 précitée, 8.

C1 - Internal use

désintéressées par des moyens identiques ou équivalents lorsqu'une classe de rang inférieur a droit à un paiement ou conserve un intéressement dans le cadre du plan »[1408] et « *aucune classe de parties affectées ne peut, dans le cadre du plan, recevoir ou conserver plus que le montant total de ses créances ou intérêts* ».[1409] Il en ressort un régime équilibré où le tribunal peut aller au-delà de l'opposition des créanciers dans l'hypothèse où il est présumé que leur opposition n'est pas légitime puisque le plan respecte l'ordre de priorité fixé lorsque la société était in bonis et le plan propose une situation qui n'aggrave pas la situation en cas de cession, liquidation ou toute autre situation issue d'un projet alternatif[1410]. Néanmoins, le législateur a cru devoir offrir une protection supplémentaire dans le cadre d'une procédure de sauvegarde et en cas d'application forcée auprès de la classe des détenteurs de capital.

258. Une application forcée conditionnée à l'accord du débiteur ou/et réservée aux grandes entreprises – Le tribunal ne sera habilité à surmonter l'opposition d'une classe de créanciers que dans l'hypothèse, en sauvegarde normale ou accélérée, d'une demande du débiteur ou avec l'accord du débiteur lorsque la demande provient de l'administrateur judiciaire[1411]. Le législateur a souhaité offrir des garanties au débiteur qui se place volontairement sous la tutelle du tribunal pour remédier de manière préventive à ses difficultés. Il s'agit également de multiplier les distinctions avec la procédure de redressement judiciaire pour inciter le débiteur à prévenir les difficultés. Le législateur a, par ailleurs, précisé que le débiteur doit se comprendre comme le représentant légal et non la majorité des détenteurs de capital comme le permettait la directive. Néanmoins, comme le note la proposition de loi du 16 novembre 2021 visant à ratifier et à modifier l'ordonnance du 15 septembre 2021 « *l'ordonnance a prévu que seul le débiteur ou l'administrateur judiciaire avec l'accord de celui-ci a la faculté de demander au tribunal de mettre en œuvre le mécanisme d'application forcée interclasse – ce qui revient à accorder aux détenteurs de capital, par l'intermédiaire des dirigeants, le pouvoir d'empêcher l'adoption d'un plan qui porterait atteinte à leurs intérêts* ». Il est donc proposé de revenir sur cette disposition qui n'existe pas dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire. Or, pour la proposition de loi précitée, réserver un droit

[1408] Article L. 626-32 3° du Code de commerce.
[1409] Article L. 626-32 4° du Code de commerce.
[1410] Les conditions de l'article L. 626-31 2° à 7° étant applicables en cas d'application forcée interclasses.
[1411] En procédure de redressement judiciaire, chaque partie affectée peut solliciter une application forcée interclasse du projet de plan : article L. 631-19 du Code de commerce.

C1 - Internal use

de blocage sur la base d'une absence d'état de cessation des paiements depuis plus de 45 jours n'est pas pertinent[1412].

Par ailleurs, les hypothèses d'application forcée auprès de la classe de détenteurs de capital sont très réduites dans la mesure où aucune application forcée ne pourra concerner la classe des détenteurs de capital d'une PME. Cette condition particulière qui n'existe pas pour les autres classes de créanciers affectés n'est pas compréhensible. Les détenteurs de capital sont invités à s'exprimer au sein d'une classe qui leur est dédiée, et non dans le cadre de l'assemblée générale, car le législateur les appelle à statuer en qualité de créanciers, au titre de leur créance particulière de dernier rang. S'il est déjà difficilement compréhensible que la constitution de classes de créanciers soit, par principe, réservée aux débiteurs qui ne sont pas des PME, il est encore plus surprenant que, lorsque par extraordinaire une PME a cherché à bénéficier de ce dispositif d'accord majoritaire, elle n'en bénéficie pas de toutes les caractéristiques en permettant aux détenteurs de capital de conserver leur droit de véto. En effet, dans toutes les sociétés, petites ou grandes, les associés se sont engagés à contribuer aux pertes. Or, seul cet engagement justifie que les associés soient des créanciers de dernier rang mis à contribution dans le cadre d'une procédure collective où les autres créanciers disposant, par définition, d'un meilleur rang consentent de gré ou de force à des sacrifices. Il est donc critiquable d'imposer un effectif minimum de 150 salariés ou un chiffre d'affaires net de 20 millions d'euros pour prononcer une éviction des associés au terme d'une procédure équilibrée, permettant d'offrir des perspectives raisonnables d'éviter la cessation des paiements ou garantir la viabilité de l'entreprise, où les parties sont suffisamment protégées notamment dans le cadre du respect de l'ordre de priorité et du test du meilleur intérêt des créanciers.

Le pouvoir en matière d'adoption du plan n'appartient pas totalement aux créanciers puisque le juge dispose du pouvoir de rejeter le plan. Le juge est donc présenté comme un garde-fou d'un régime où les créanciers sont parties, ce qui invite à revoir les voies de recours qui leur sont ouvertes.

[1412] Proposition de loi précitée, 6.

C1 - Internal use

B/ Les voies de recours

Les voies de recours contre le plan sont, par définition, attitrées et réservées afin de concourir à la bonne fin de la procédure (**1**). Il faut néanmoins envisager l'hypothèse de l'accueil d'un recours contre l'adoption du plan, pour en déterminer les conséquences (**2**).

1. Les motifs des voies de recours

259. Voies de recours contre l'adoption du plan, un droit limité des créanciers en application du droit en vigueur avant la transposition de la directive – Il est nécessaire de concilier l'impératif de célérité de la procédure et le droit fondamental d'ester en justice et d'avoir accès au juge[1413]. Cet équilibre expliquait que la décision arrêtant le plan de sauvegarde ou de redressement ne pouvait être contestée que par le débiteur[1414], l'administrateur judiciaire, le mandataire judiciaire, le comité social et économique ou à défaut les représentants du personnel[1415]. Les créanciers n'avaient pas le droit d'interjeter appel du jugement arrêtant le plan[1416]. Ils n'avaient pas de droit d'appel propre dans la mesure où leur intérêt collectif est représenté par le mandataire judiciaire qui dispose du droit d'agir. C'est pourquoi la question de la compatibilité de cette restriction avec le droit à un recours effectif et le principe d'égalité devant la justice a été jugée non sérieuse par la Cour de cassation[1417]. Les créanciers ne pouvaient former une contestation qu'à l'encontre de la décision du comité ou de l'assemblée des obligataires dont ils étaient membres et, sur le fond, cela ne concernait que la méconnaissance des dispositions des anciens articles L. 626-30 à L. 626-32 du Code de commerce, c'est-à-dire les modalités de composition des comités, de calcul des droits de vote, de la majorité au sein des comités et de l'assemblée des obligataires[1418]. Il n'était donc pas admis que le créancier conteste l'appréciation par le tribunal de la prise en compte des différents intérêts en présence, comme l'invitait à le faire l'ancien article L. 626-31 du Code de commerce. C'est en ce sens que la Cour de cassation le 26 février 2020 a jugé irrecevable le recours des porteurs d'obligations convertibles contre l'adoption du plan de CGG considérant que le

[1413] J.-L. Vallens, « Le droit des procédures collectives est-il conforme au principe de proportionnalité ? », *Revue des procédures collectives*, n° 3, mai 2020, étude 18.
[1414] Si des contraintes additionnelles lui sont imposées par rapport à la période d'observation : P.-M. Le Corre, *op. cit.*, n° 515.311.
[1415] Article L. 661-1 I 6° du Code de commerce.
[1416] Et encore moins du jugement rejetant l'adoption du plan.
[1417] Cass. com., 10 juill. 2012, n° 12-40.050, NP.
[1418] Article L. 626-34-1 du Code de commerce.

C1 - Internal use

traitement qui leur était réservé était défavorable par rapport à celui prévu pour les porteurs d'obligations à haut rendement de droit new-yorkais majoritaire[1419]. Cette décision a été motivée par la célérité des procédures[1420]. À défaut de comités de créanciers ou en dehors des cas prévus par la loi, le créancier pourra agir au titre du droit commun de la tierce opposition contre la décision d'adoption du plan[1421], s'il démontre une fraude ou fait état d'un droit propre[1422]. Il a également la possibilité de former une tierce opposition en nullité en cas d'excès de pouvoir. Une fois les délais expirés, il est considéré que l'adoption du plan de continuation par le juge purge les vices dont pourrait être empreint le plan de sorte qu'il n'est plus possible de le contester[1423]. Les créanciers sont appréhendés comme des tiers à la procédure ; ils sont des dommages collatéraux et non une partie en tant que telle. La généralisation de la constitution de classes de créanciers et le rôle conféré à celles-ci invite à revoir les voies de recours qui leur sont conférées. Il faudrait, en effet, distinguer entre l'intérêt collectif et les motifs propres des créanciers un troisième cas : la défense de l'intérêt de classe. Le HCJP recommande en ce sens de revoir les voies de recours ouvertes aux créanciers, considérant que « *les intérêts propres à leur classe sont distincts de leur intérêt propre individuel tel que compris par la jurisprudence de manière restrictive (combinaison de L. 661-3 et 583 du code de procédure civile pour mettre en œuvre la tierce opposition ouverte aux créanciers) […] Le maintien de la tierce opposition comme voie de recours […] pour dépasser la rectitude de l'article 583 du code de procédure*

[1419] Cass. com., 26 févr. 2020, nº 18-19737, PB, note N. Borga, « Épilogue de l'affaire CGG : portée limitée du recours offert aux membres de l'AUO », *LEDEN*, avril 2020, nº 113g0, 5.
Cass. com., 26 févr. 2020, nº 18-19.737, FS-P+B, SAS Delta alternative management c/ D. : JurisData nº 2020-002473 : « *Selon l'article L. 626-34-1 du code de commerce, le tribunal statue dans un même jugement sur les contestations relatives à l'application des articles L. 626-30 à L. 626-32 et sur l'arrêté ou la modification du plan, et les créanciers ne peuvent former une contestation que contre la décision du comité ou de l'assemblée dont ils sont membres. Il en résulte qu'un créancier titulaire d'obligations, membre de l'AUO, ne peut contester que l'adoption du projet de plan par cette assemblée et seulement lorsque les dispositions relatives à la constitution de cette assemblée, sa convocation, et les conditions de sa délibération telles que prévues par l'article L. 626-32 ne lui semblent pas avoir été correctement appliquées*. »
[1420] J.-P. Legros, *Droit des sociétés*, nº 5, mai 2020, comm. 70note.
[1421] Pour une illustration des autres voies de recours : Cass. crim., 8 juill. 2020, nº 18-83.532. Cass. crim., 8 juill. 2020, nº 18-83.536 (JurisData nº 2020-010287, note R. Salomon ; Droit des sociétés nº 10, octobre 2020, comm. 124) : « *Il résulte de ces textes que si l'article L. 654-17 du code de commerce n'interdit pas aux créanciers et actionnaires de se constituer partie civile par voie d'intervention dans le cadre d'une information judiciaire ouverte du chef de banqueroute, c'est à la condition qu'ils invoquent un préjudice distinct du montant de leur créance déclarée dans la procédure collective ouverte contre leur débiteur et résultant directement de l'infraction.* »
[1422] Article 583 du Code de procédure civile. À ce titre, Cass. com., 31 mars 2021, nº 19-14839 : « *Le plan de redressement adopté par l'arrêt du 30 novembre 2017 portait atteinte à sa qualité d'associée et à son droit préférentiel de souscription, de sorte qu'elle invoquait un moyen qui lui était propre, peu important que chacun des autres associés ait disposé d'un droit préférentiel de souscription* », note F.-X. Lucas, « Recours de l'actionnaire éliminé par un coup d'accordéon à l'occasion d'un plan de redressement », *BJS*, nº 07-08, 40.
[1423] P.-M. Le Corre, « Les irrégularités affectant la composition et le vote des comités des créanciers », *D.*, 2007, 822.

C1 - Internal use

civile (fraude, moyen propre) qui ne permet pas de qualifier l'atteinte aux intérêts d'une classe de créanciers[1424] ».

Il importe donc de distinguer les contestations à porter **en amont de l'arrêté du plan** s'agissant de la composition des classes de créanciers, du calcul des droits de vote et de la majorité[1425]. Elles doivent être portées avant l'adoption du plan et dans le délai de forclusion pour ne pas retarder excessivement cette adoption[1426]. Pour la célérité de la procédure, il convient également de les porter devant le juge-commissaire et non devant le tribunal. Cette compétence peut s'expliquer par la fin du pouvoir de modération du droit de vote de l'administrateur qui justifiait un débat au fond devant le tribunal. Dans le cadre d'une procédure où seules les créances affectées sont appelées à voter et où il est pris en compte leur valeur nominale pour déterminer les droits de vote des créanciers, la compétence du juge-commissaire semble plus appropriée. Comme le note un auteur, le juge-commissaire a la « charge *de vérifier la régularité et le déroulement rapide de la procédure*[1427] ». À ce titre, il lui reviendrait la compétence de trancher les éventuelles contestations en amont du vote. Pour un auteur, il s'agirait de confier cette mission « *au juge-commissaire statuant en dernier ressort, dans un souci de raccourcir la procédure*[1428] ». Dans le même sens, les membres du groupe de travail du HCJP « *ont proposé de purger les aspects liés à la contestation du montant de la créance pour les besoins de la constitution des classes le plus tôt possible. […]. Le recours serait porté devant le juge-commissaire et devrait intervenir dans un délai de 10 jours (délai préfix)*[1429] ». L'avant-projet d'ordonnance puis l'ordonnance du 15 septembre 2021 ont également tranché pour une compétence du juge-commissaire[1430]. Avant la transposition de la directive, il fallait saisir le tribunal en référé[1431]. M. le Professeur Pétel avait critiqué cette disposition dans la mesure où la forme des référés permet seulement d'obtenir une solution provisoire qui n'exclut pas la

---

[1424] HCJP, *op. cit.*, p. 31.
[1425] M.-H. Monsèrié-Bon, L. Caroline Henry, O. Buisine,La participation renforcée des créanciers dans les procédures, Bulletin Joly Entreprises en difficulté, mars 2022, n°02, p. 70.
[1426] Voir en ce sens : L. Spizzichino, S. Gorrias, H. Bourbouloux, M. Menjucq, « Les perspectives d'évolution du rôle des créanciers en droit des entreprises en difficulté », *Revue proc. coll.*, nº 3, mai-juin 2019, 3.
[1427] P.-M. Le Corre, *op. cit.*, nº 513.420.
[1428] R. Dammann, A. Alle, « Directive "restructuration et insolvabilité" : l'introduction des classes de créanciers en droit français », *D.*, 2019, 2047.
[1429] HCJP, *op. cit.*, p . 27.
[1430] http://www.textes.justice.gouv.fr/textes-soumis-a-concertation-10179/restructuration-et-insolvabilite-des-entreprises-33684.html
[1431] R. Dammann et G. Podeur, « Le rééquilibrage des pouvoirs au profit des créanciers résultant de l'ordonnance du 12 mars 2014 », *Dalloz*, 2014, 754.

C1 - Internal use

possibilité d'une contestation sur le fond[1432]. En revenant sur la compétence du tribunal pour statuer sur ce type de contestation, il est possible de prévoir un débat au fond tout en encadrant les délais pour éviter de bloquer l'adoption d'un plan par d'éventuelles mesures dilatoires. C'est en ce sens que l'ordonnance consacre la voie de la requête et recule la date de référence pour apprécier la qualité de créancier de huit jours à vingt et un jours avant le vote afin d'inclure les éventuels délais de contestation. Le créancier dispose de dix jours suivant la notification de ses droits de vote et de sa répartition au sein d'une des classes de créanciers pour former une contestation par requête devant le juge-commissaire. Le débiteur, l'administrateur et l'auteur de la contestation sont convoqués par tout moyen par le greffe sans délai. Enfin, le juge-commissaire dispose en principe d'un délai de dix jours pour statuer. De la même façon les personnes habilitées peuvent interjeter appel de cette décision dans les cinq jours de sa notification[1433]. La cour d'appel rendra sa décision dans un délai de quinze jours. L'appel est soumis à la procédure à jour fixe.

Dans le cadre de cet appel et d'un éventuel pourvoi en cassation non suspensif, il convient de maintenir l'application de la théorie du droit de vote utile. Dans l'affaire Thomson-Technicolor, la Cour de cassation s'est attachée à vérifier que le poids réel des porteurs de titres super-subordonnés n'était pas de nature à leur conférer une minorité de blocage leur permettant d'avoir une incidence sur l'adoption du plan[1434]. Comme le note un auteur[1435], aucun texte ne prévoit la sanction de la nullité de la délibération d'un comité de créanciers lorsqu'elle a été adoptée en méconnaissance du principe de proportionnalité, dans la mesure où les règles de droit commun des sociétés n'ont pas vocation à s'appliquer. *A fortiori*, aucun texte ne prévoit la possibilité d'écarter la nullité si la méconnaissance des règles régissant la composition des comités est sans impact sur les résultats des votes. Il faut noter que la Cour de cassation se range derrière « *le pouvoir souverain d'appréciation* » de la cour d'appel.

260. La contestation de la décision de rejet du plan par le tribunal doit rester entre les mains du débiteur, de l'administrateur, du mandataire judiciaire, du ministère public et du comité social et économique ou, à défaut, des représentants du personnel[1436]. Cette décision est réputée

---

[1432] P. Pétel, « L'amélioration du rôle des créanciers dans le cadre de l'adoption du plan. Le point de vue de l'universitaire », *Rev. proc. coll.*, 2014, dossier 34, spéc. nº 68.
[1433] Article R. 626-58-1 du Code de commerce, article 22 du décret du 23 septembre 2021.
[1434] B. Grelon, « Technicolor : fin du film », *Rev. Sociétés*, 2012, 450.
[1435] T. Bonneau, « Sort des porteurs de titres super-subordonnés en cas de procédure de sauvegarde », *JCP E*, 2012, 1228.
[1436] Article L. 661-1 I 6 du Code de commerce.

C1 - Internal use

être peu dommageable pour les créanciers ; à défaut, le mandataire judiciaire pourra représenter l'intérêt collectif des créanciers.

261. Si le plan n'est pas adopté par les classes de créanciers mais fait l'objet d'une application forcée interclasse, il importe d'ouvrir une voie de recours aux créanciers afin qu'ils puissent représenter les intérêts particuliers de leur classe s'ils estiment que leur meilleur intérêt n'est pas respecté ou que l'ordre de priorité est violé par le plan adopté par le juge. Enfin, il convient de conserver la voie de la tierce opposition si un créancier est la victime d'une fraude ou dispose d'un préjudice propre. En tout état de cause, les contestations doivent être encadrées dans des délais de forclusion. À ce titre, le délai de dix jours à compter du vote du comité ou de l'assemblée générale des obligataires prévu, par le droit en vigueur avant la transposition de la directive peut être conservé. L'ordonnance a statué en ce sens en ouvrant une voie de recours aux parties affectées[1437] par requête dans le délai de dix jours à compter du vote. La décision du tribunal sera susceptible d'appel dans un délai de dix jours également[1438]. Enfin, la célérité indispensable de la procédure conduit à ce que les voies de recours soient non suspensives, ce qui invite à s'interroger sur les conséquences d'une contestation du plan accueillie[1439].

2. Les conséquences d'une voie de recours accueillie

Par définition, les contestations qui ont pour objet la composition des classes de créanciers ou le calcul des droits de vote et de la majorité auront été purgées avant l'arrêté du plan. En revanche, le jugement arrêtant le plan par simple homologation ou par application forcée interclasse peut faire l'objet de contestations. Si la cour accueille ces griefs, il importe de déterminer les conséquences d'une telle décision sur le plan et la marge de manœuvre accordée au juge pour amender le plan.

262. L'amendement du plan – La première solution en cas de plan contesté est son abandon pouvant conduire à l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire, le redressement étant manifestement impossible, ou en cas de plan de sauvegarde à l'ouverture d'un redressement judiciaire. Pour éviter cette situation, il est envisagé de conférer au juge le pouvoir d'amender

---

[1437] Article L. 626-33 du Code de commerce, article 37 de l'ordonnance du 15 septembre 2021.
[1438] Article R. 626-64 du Code de commerce, article 22 du décret du 23 septembre 2021.
[1439] En ce sens, la directive du 20 juin 2019 prévoit que « *pour garantir l'efficacité du plan, réduire l'incertitude et éviter les retards injustifiables, les recours ne devraient, en principe, pas avoir d'effet suspensif et ne devraient dès lors pas empêcher la mise en œuvre d'un plan de restructuration. Les États membres devraient pouvoir déterminer les motifs de recours et les restreindre.* »

C1 - Internal use

le plan afin, par exemple, de faire respecter l'ordre de priorité instauré entre les créanciers. En l'état du droit en vigueur, il est prévu à l'article L. 626-31, alinéa 1er, du Code de commerce que « *le tribunal arrête le plan conformément au projet adopté* ». Sur cette base, le juge ne dispose pas de l'habilitation légale lui permettant de modifier le plan ; il devra rétracter le plan. La directive du 20 juin 2019 prévoit pour sa part que « *dans les cas où un recours est accueilli, les autorités judiciaires ou administratives devraient pouvoir envisager, comme solution alternative à l'abandon du plan, la modification du plan, lorsque les États membres prévoient cette possibilité, ainsi que la confirmation du plan sans modification. Toute modification du plan devrait pouvoir être proposée ou votée par les parties, de leur propre initiative ou à la demande de l'autorité judiciaire* ». Pour un auteur, « *il est primordial que le tribunal n'examine pas le bien-fondé du plan et ne p[uisse] ni le modifier ni le compléter*[1440] ». Un équilibre peut être trouvé entre immixtion trop forte du juge et efficacité de la procédure, en permettant au juge de soumettre la modification du plan litigieux au vote des classes de créanciers afin d'éviter l'ouverture d'une nouvelle procédure.

Néanmoins cette solution ne règle pas la question d'une rétractation d'un plan qui a reçu un commencement d'exécution. En l'état du droit positif français, un auteur relève qu' « *il est extrêmement délicat, voire impossible de « défaire le plan »*[1441] . La directive envisage également cette question en invitant les États membres à « *prévoir que, lorsqu'un plan est validé conformément au premier alinéa, point b), une indemnisation est accordée à toute partie qui a subi des pertes financières et dont le recours a été accueilli*[1442] ». Il en est ainsi en droit allemand où le juge a la possibilité d'écarter le recours en contestation du plan si le préjudice subi par un créancier peut être indemnisé par le fonds de sauvegarde constitué à cette fin. Mais la constitution d'un tel fonds suppose que la société dispose des moyens de le constituer. Il faut également veiller à ce que cela n'incite pas les créanciers à multiplier les recours hors procédure dans la perspective de percevoir les fruits de ce fonds. En ce sens, pour l'IFPPC[1443], « *cette innovation n'est pas souhaitable, car elle ouvrirait la voie à une instrumentalisation de la Justice et à une forme de "chantage" de la part de certains créanciers*[1444] ». Il faudrait toutefois

---

[1440] R. Dammann, « Les recours contre l'organisation et les décisions des comités et assemblées de créanciers en France », *BJE*, 1er juillet 2018, no 4, 300.
[1441] M. Douaoui-Chamseddine, « Financement structuré - Question soulevée par un plan de sauvegarde écartant un accord de subordination : quel recours pour les seniors en cas d'atteinte à la propriété ? », *Revue des procédures collectives*, no 1, janvier 2012, étude 5.
[1442] Article 16 de la Directive.
[1443] Institut Français des Praticiens des Procédures Collectives.
[1444] https://www.ifppc.fr/ressources/documents/2/870ab91-1752-IFPPC-Consultation-directiv.pdf

C1 - Internal use

réserver cette indemnisation aux hypothèses où la rétractation du plan contesté est impossible, comme dans le cadre d'une conversion de créance en capital[1445] ou d'une fusion-absorption de la société débitrice, afin d'indemniser le créancier lésé ou sa classe tout en maintenant une sécurité juridique indispensable à la suite de l'exécution du plan pendant la procédure d'appel.

3263. Conclusion du chapitre – Pour apprécier les conditions d'éviction d'un associé, il conviendra d'apprécier la situation financière de la société sans recourir à des tests de viabilité ou de solvabilité compte tenu de la difficulté de définir des seuils pertinents. L'associé risque l'éviction dès le stade préventif, même si la société n'est pas en état de cessation des paiements, à partir du moment où elle connaît des difficultés de nature à conduire à l'ouverture d'une procédure collective marquant la suspension des poursuites et le paiement des dettes antérieures. Un aménagement de la procédure pourrait être envisagé pour les sociétés PME dans la mesure où les créanciers seraient réunis au sein d'une assemblée unique pour éviter les atermoiements éventuels en cas d'application forcée interclasse du plan. En revanche, rien ne justifie de réserver l'accord de la société débitrice pour l'application forcée interclasse aux PME.

Il en ressort que le panorama des procédures collectives françaises serait profondément bousculé. À ce titre, nous recommandons la fusion des procédures de sauvegarde accélérée normale et financière avec la sauvegarde de droit commun afin de disposer d'une procédure préventive unique, tout en conservant la sophistication du système français, en permettant aux sociétés débitrices de solliciter le caractère semi-collectif de la procédure lorsqu'elle est consécutive à une procédure de conciliation. Au-delà du nombre de procédures collectives disponibles, ces nouveaux principes directeurs conduisent à revaloriser le rôle du créancier qui dispose d'un pouvoir décisionnel si sa créance est affectée dans la mesure du fait majoritaire et d'un pouvoir d'initiative du plan si le débiteur y consent dans le cadre d'une procédure préventive. Cela invite également à s'interroger sur le rôle du juge dont la mission dépend de l'adoption du plan ou non par les créanciers : de l'arrêté après examen de la viabilité manifeste du plan, au pouvoir de prononcer l'application forcée interclasse si le plan est écarté par la majorité des classes de créanciers.

[1445] L. Spizzichino, S. Gorrias, H. Bourbouloux, M. Menjucq, « Les perspectives d'évolution du rôle des créanciers en droit des entreprises en difficulté », *Revue proc. coll.*, n° 3, mai-juin 2019, 3.

C1 - Internal use

CHAPITRE 2 :

LES MODALITES D'ÉVICTION OU D'EXCLUSION

Si l'éviction des associés d'une société en redressement judiciaire repose sur leur engagement de contribuer aux pertes, alors la mise en œuvre de ce principe collectif doit atteindre tous les associés de la même façon. Ils ont, en effet, accepté d'affecter leur apport à l'aventure sociale en mutualisant le risque social matérialisé par l'engagement de contribuer aux pertes **(Section I)**. *A contrario*, un mécanisme de cession forcée repose sur la volonté de sanctionner l'associé qui se serait opposé à un plan. À l'image de la cession forcée des titres du dirigeant, cette sanction viserait à éliminer l'obstacle identifié à la reprise interne de la société. Dans ces conditions, la sortie de l'actionnaire n'est pas une éviction mais une exclusion qui suppose que l'atteinte au droit de propriété repose sur un motif d'intérêt général et apporte à l'associé concerné certaines garanties **(Section II)**. Pour établir une ligne de démarcation entre ces deux hypothèses, il convient de déterminer jusqu'à quel point les classes de créanciers peuvent contrevenir à la souveraineté des associés dans l'utilisation de leurs prérogatives sociales et dans quelle mesure les associés peuvent résister à ces mesures.

SECTION I/ LE CHAMP D'APPLICATION DE L'ÉVICTION DES ASSOCIÉS

Lorsque la contribution aux pertes est prononcée par le tribunal dans le cadre d'une procédure collective, les conséquences possibles de cette décision sont multiples. Dans le cadre d'une approche stricte, il serait possible de prononcer la dilution forcée de l'associé (**§1**) alors que dans une approche plus maximaliste il pourrait être envisagé d'aller jusqu'à la révision forcée des statuts (**§2**).

§1/ Les modifications du capital social

Avant d'exposer les modalités pratiques du prononcé de l'éviction des associés (**B**), il convient de déterminer quel type de décision sociale peut être réputé pris sur décision majoritaire des classes de créanciers ou dans le cadre d'une application forcée interclasse du plan (**A**).

C1 - Internal use

A/ Les modifications du capital social et la contribution aux pertes

Les décisions relatives à la variation du capital peuvent être la traduction la plus évidente de la contribution aux pertes[1446] (**1**). Le cas échéant, il convient de mesurer dans quelle mesure une décision de la classe des associés peut être assimilée à une décision d'assemblée générale (**2**).

Les augmentations de capital sont favorisées en procédure collective puisque l'article L.626-17 du code de commerce permet d'octroyer des délais de souscription excédant ceux du droit commun et de libérer le capital par voie de compensation de créances.

1. La détermination des modalités de réduction du capital social

264. Réduction de capital – Le domaine de prédilection de la contribution aux pertes concerne les décisions de réduction du capital social qui permettent d'acter la réduction à due proportion de la créance de remboursement de l'apport de l'associé. Ces décisions matérialisent la contribution aux pertes des associés[1447]. Un auteur note, en effet, que « *la réduction de capital est un moyen de reconstitution des capitaux propres dans la mesure où, par cette opération, les associés abandonnent une partie des droits qu'ils avaient dans la société, lesquels droits représentent une créance éventuelle sur la société*[1448] ». En matière d'opération de coup d'accordéon, la jurisprudence et la doctrine considèrent qu'il n'y a pas d'atteinte à l'intérêt commun des associés : « *La réduction de capital affecte tous les associés dans les mêmes proportions et puisque l'intérêt commun est l'aptitude de tous à bénéficier de l'enrichissement collectif de la société, il suppose l'obligation de tous à supporter l'appauvrissement collectif, que signe la réduction du capital à zéro. On pourrait également dire que cette opération, conforme à l'intérêt social, car elle est commandée par la survie de la société, n'est pas*

[1446] À ce titre, l'article L. 626-3 prévoit une application forcée pour les besoins du plan en cas de modification du capital ou des statuts.
[1447] Un auteur parle d'« *une officialisation de sa contribution aux pertes, obligation propre au droit des sociétés* », considérant que l'opération a une nature *sui generis* qui ne peut être réduite à une obligation d'abandon de créance dans la mesure où cette dernière opération implique en principe un enrichissement pour la société et un appauvrissement pour l'actionnaire. Or, la réduction de capital traduit une opération comptable neutre sur le plan des capitaux propres qui représentent la richesse de la société. Par ailleurs, vis-à-vis de l'actionnaire la réduction de la valeur nominale n'a pas d'incidence directe sur la valeur vénale des actions. R. Mortier, *op. cit.*, nº 1203. *A contrario*, voir S. Sylvestre-Touvin, *Le coup d'accordéon ou les vicissitudes du capital*, th. Paris I, PUAM, 2003, préf. P. Le Cannu, 37.
[1448] S. Sylvestre-Touvin, précité, nº 148.

C1 - Internal use

contraire à l'intérêt commun des associés, puisqu'elle est fondée sur l'assomption commune des pertes[1449]. »

Il reste à déterminer à quel niveau le capital social doit être réduit et qui a la charge de proposer le montant de cette réduction et sa forme – réduction du nominal ou du nombre de titres. Il doit s'agir d'un processus négocié partant des personnes habilitées à proposer un plan, à soumettre au vote des créanciers sous la tutelle du juge chargé d'homologuer le plan après avoir vérifié que les intérêts des créanciers étaient suffisamment protégés. Un auteur note une pratique de place consistant à ne pas diluer les actionnaires à un niveau de participation inférieur à 10 % du capital social[1450]. Néanmoins, ce type de seuil psychologique à respecter en tout état de cause n'a pas sa place dans ce processus négocié.

265. Comment arbitrer entre les différents plans proposés par les protagonistes ? – Prenons l'exemple de la société Bourbon endettée à hauteur de 2,7 milliards d'euros, spécialisée dans la maintenance et la réparation des installations en mer et employant 8 400 personnes. Cette société subit les difficultés du secteur pétrolier depuis la chute du cours du brut en 2014. Pour restructurer sa dette, son conseil d'administration a dû arbitrer entre deux propositions : celle de l'actionnaire majoritaire prêt à réinjecter « *80 millions sous forme de dette et 164 millions sous forme de prêt permettant de désintéresser les créanciers qui le souhaiteraient* » et celle des principaux créanciers qui souhaitent effacer la dette à hauteur de 1,4 milliard d'euros en échange d'une prise de contrôle de la société à hauteur de 93 % du capital, « *ce qui signifie que les actionnaires actuels ne détiendraient plus que le solde de 7 %*[1451] », tout en réinjectant 120 millions d'euros de liquidité. Le groupe affirme que les compagnies pétrolières ont repris leurs investissements mais qu'il faudra encore attendre que le marché absorbe « *la surcapacité de navires et que le secteur dégage des marges de manœuvres financières pour pouvoir réarmer des navires plus modernes*[1452] ». Dans l'attente de la reprise du secteur, la société avait déjà essayé de gagner du temps en 2017 en restructurant sa dette grâce à la conclusion d'un accord avec ses principaux créanciers visant à rééchelonner les échéances de remboursement de 910 millions de dettes.

[1449] A. Viandier, note sous Cass. Com., 10 oct. 2000, JCP E, 2001, 88.
[1450] Y. Piette (« Les restructurations d'entreprise face aux contraintes du marché », *BJE*, n° 4, 316) cite les exemples de Solocal (11% détenus par les actionnaires post-opération, Latécoère 13%, Belvédère 13%, Pages jaunes 10,9%, Technicolor 15%, Eurotunnel 13%) même s'il note que dans l'affaire CGC la participation des actionnaires serait portée à 3,2% du capital post-opération.
[1451] V. Collen, « Bourbon demande du temps à ses créanciers », *Les Échos*, 20 juin 2019.
[1452] « Bourbon espère boucler sa restructuration financière d'ici l'été », *Le Revenu*, 14 mars 2019.

C1 - Internal use

Si la société faisait l'objet d'une procédure collective, il reviendrait aux classes de créanciers d'adopter la proposition qui aurait leur préférence, sous le contrôle du juge chargé de vérifier que leurs intérêts sont suffisamment protégés. En l'état du droit, la proposition de l'actionnaire majoritaire devrait être adoptée, les créanciers anticipant une opposition des actionnaires concernant la dilution massive de leur participation. En revanche, s'il était possible d'évincer les actionnaires sur la base de leur engagement de contribuer aux pertes, la proposition des créanciers pourrait espérer être adoptée. Pourtant, une dilution à hauteur de 93 % est-elle acceptable ? La solution pourrait consister à proposer aux actionnaires de s'exprimer sur le plan : il serait alors possible de surmonter leur refus si la majorité des deux tiers des classes s'est prononcée en faveur du plan et s'ils ne sont pas moins bien traités qu'en cas de procédure de liquidation judiciaire de la société. Le projet de gouvernance est également une donnée qui doit être prise en compte. Lors de la réunion d'analyse financière à l'occasion de la publication des résultats 2018 de la société Bourbon, un investisseur s'inquiétait en ces termes : « *Bourbon s'est développé historiquement sur un projet industriel […] en tant que manager, vous avez un œil là-dessus. Comment se fera le pilotage si l'on part sur cette solution ? Est-ce que le management changera ? Ce serait possible si les banques prennent le pouvoir en totalité. Cela voudrait donc dire que ce serait aussi sur la vision industrielle. En effet, on peut imaginer qu'il n'y aura plus de projet entrepreneurial parce que la vocation des banques, qui auront plutôt intérêt à avoir une stratégie beaucoup plus financière*. » Il faut noter que ce point est une préoccupation commune à tout projet de reprise interne. Rien ne prouve que les créanciers deviendraient de mauvais associés guidés par l'unique dessein de récupérer le montant de leur investissement, provoquant ainsi une stratégie industrielle court-termiste. En l'occurrence, au 31 décembre 2018, la société accusait un endettement de 2,77 milliards d'euros contre 201 millions d'euros de capitaux propres. Il s'agirait donc de se baser sur les procédures négociées actuellement exercées sous le contrôle de l'administrateur judiciaire et du tribunal afin de convaincre les parties prenantes d'adopter le plan le plus pertinent pour la pérennité des intérêts de l'entreprise. Il faut noter que le plan de restructuration proposé par les créanciers n'a pas été accepté par la société, qui a sollicité l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire. Certains ont considéré que « *Jacques de Chateauvieux a préféré "saborder" la tête de son principal actif, plombé par 2,7 milliards d'euros de dette, plutôt que d'en donner les clés aux banques – notamment les grandes institutions de la place, dont BNP Paribas, Société*

C1 - Internal use

Générale, Crédit Mutuel et Natixis[1453] ». La seule offre émane en effet de la Société phocéenne de participation (SPP), détenue par un groupe de banques françaises (dont BNP Paribas, Natixis, Le Crédit Lyonnais ou encore la Caisse Régionale de Crédit Agricole Mutuel Alpes Provence) et fédérant les créanciers représentant 75 % de la dette du groupe[1454]. La SPP propose d'acquérir la totalité des actifs de Bourbon Corporation et de convertir en capital environ 1,4 milliard d'euros de dettes et 300 millions d'euros en obligations, a précisé Bourbon dans un communiqué. « *La décision du tribunal, si elle était favorable à l'offre de la SPP, conduirait à la liquidation de la société cotée Bourbon Corporation et à une perte totale pour les actionnaires et les porteurs d'obligations* », déclare Jacques de Chateauvieux dans le communiqué[1455].

265. Qu'en est-il de l'augmentation de capital ? – L'augmentation de capital n'est pas à proprement parler une décision sociale qui va acter la contribution aux pertes des associés. Elle vient au contraire acter un nouvel apport au profit de la société et diluer consécutivement l'effort de contribution aux pertes qui pourrait être demandé aux associés déjà présents en contrepartie de la dilution de leur droit.

Toutefois, elle est souvent consécutive ou à tout le moins contemporaine d'une réduction de capital. L'augmentation de capital est souvent conçue comme une condition suspensive de la réduction de capital dans les opérations de coup d'accordéon. De la même façon, le législateur permet aux associés de réduire le capital en dessous des minimas légaux à partir du moment où ils s'engagent à l'augmenter par la suite. Peut-on dès lors considérer qu'il suffirait, pour étendre le champ d'application de la contribution aux pertes, de prévoir une réduction de capital sous condition suspensive d'une augmentation pour qu'il soit possible de passer outre le vote des associés dans une telle hypothèse ? En effet, il semble vain de réduire le capital sans pouvoir restructurer la dette, par une conversion de titres de créance en titres de capital par exemple. Il faut également envisager les autres modalités possibles d'augmentation de capital par voie d'apport partiel d'actif ou de fusion-absorption avec une autre société. Nous pourrions même imaginer une réduction de capital social à zéro avec blocage par la suite de l'augmentation de capital subséquente. La loi Macron vise toutes les décisions de variation du capital social pour éviter ce genre de situation. L'augmentation de capital contemporaine d'une réduction de

[1453] https://www.lesechos.fr/industrie-services/energie-environnement/le-parapetrolier-bourbon-se-placeen-redressement-judiciaire-1040668
[1454] https://www.lefigaro.fr/flash-eco/decision-le-23-decembre-sur-la-reprise-du-groupe-bourbon-20191210
[1455] https://www.bourbonoffshore.com/fr/procedure-de-redressement-judiciaire-de-bourbon-corporation

C1 - Internal use

capital peut donc constituer un ensemble indivisible concourant à la restructuration de la société. En ce sens, la cour d'appel de Paris a considéré le 27 mars 2014 qu'une opération de coup d'accordéon constituait « *une opération unique, aucun segment de l'opération […] ne pouvant être réalisé sans que les autres le soient aussi* », de sorte que lors du vote de l'augmentation de capital litigieuse, les actionnaires avaient encore cette qualité conduisant à la violation du pacte d'actionnaires par la suppression des droits préférentiels de souscription. Encore faut-il que l'associé n'ait pas souscrit à l'augmentation de capital, ce qui invite à s'interroger sur le sort des droits préférentiels de souscription.

2. La décision de la classe des associés vaut décision en assemblée générale

Les obligations d'information à l'attention des associés visent à leur permettre de prendre une décision sociale éclairée. La réunion de classe de détenteurs de capital en lieu et place de la tenue de l'assemblée générale vient acter la situation particulière dans laquelle la société est placée. Néanmoins, il convient de maintenir les informations dont bénéficient les associés dans le cadre de leur prise de décision, particulièrement si la société est admise sur un marché réglementé[1456]. Ce principe d'assimilation est acté par l'ordonnance du 15 septembre 2021 qui prévoit que lorsque le plan modifie leur participation au capital du débiteur, les statuts ou leurs droits les détenteurs de capital doivent être réunis au sein d'une ou plusieurs classes dans les mêmes conditions afférentes à la tenue des assemblées générales ou des assemblées spéciales, nonobstant les dispositions relatives aux classes de parties affectées. La décision du tribunal d'arrêter le plan, malgré l'opposition d'une ou plusieurs classes de détenteurs de capital, dans les conditions de l'article L 626-32 du Code de commerce, vaut approbation des modifications de la participation au capital ou des droits des détenteurs de capital ou des statuts prévues par le plan. En cas de besoin, le tribunal peut désigner un mandataire de justice chargé de passer les actes nécessaires à la réalisation des modifications[1457].

266. Société cotée – La procédure collective n'affecte pas l'obligation d'informer le public par l'établissement d'un prospectus en cas d'offre des titres au public ou d'admission sur un marché

[1456] Cass. com., 20 septembre 2017, nº 15-29-098 : « *Une société cotée qui projette de payer une partie de ses dettes existantes par une augmentation de capital manque à l'obligation d'information du public en établissant un prospectus indiquant que les fonds levés doivent servir à financer en partie la nouvelle saison d'achat*. » En l'espèce, un million d'euros sur les 6,6 millions levés était dédié au remboursement d'une avance et entre 100 000 et 200 000 euros au remboursement des dettes fournisseurs.
[1457] Article L. 626-32 6° du Code de commerce.

C1 - Internal use

réglementé[1458]. En revanche, elle peut être une cause de dispense d'une offre publique obligatoire en cas de dépassement de seuils. Ainsi, l'article 243-9 2° pose trois conditions : (i) une situation avérée de difficulté financière (notion différente de l'état de cessation des paiements qui peut donc jouer en sauvegarde et en procédure de conciliation) ; (ii) la souscription d'une augmentation de capital – selon l'AMF, cela peut comprendre également l'émission de valeur mobilière complexe[1459] ; (iii) l'approbation de l'assemblée générale des associés, ce qui exclut l'utilisation d'une délégation de compétence du conseil d'administration. Une reprise interne peut être synonyme de radiation de la cote après réalisation d'une offre publique de retrait suivie d'une procédure de retrait obligatoire, de la sortie des titres du marché boursier[1460].

Néanmoins, il convient de considérer que les obligations d'informations requises pour l'assemblée générale est applicable à la classe d'associés pour assurer une continuité d'information. L'application cumulative du droit des sociétés et du droit des procédures collective a vocation à perdurer. Il en va ainsi en droit Allemand où il est prescrit que *« lorsque les parts sociales ou les droits sociaux détenus par les associés de l'entreprise débitrice font l'objet du plan, les décisions de ces associés et toutes autres déclarations de volonté des intervenants figurant dans le plan d'insolvabilité sont réputées intervenues dans les formes prescrites. Par ailleurs, les convocations, publicités et autres mesures prescrites par le droit des sociétés et destinées à préparer les décisions des détenteurs de parts sociales, sont réputées intervenues dans la forme prescrite. C'est l'administrateur de l'insolvabilité qui est habilité à procéder aux inscriptions requises au registre du commerce et des sociétés auprès du tribunal compétent*[1461] ». Toute action en responsabilité pour surévaluation de créance est exclue dès l'homologation du plan[1462].

[1458] G. Burgala, N. Morelli, « Le debt for equity swap », *JCP G*, nº 41, 11 octobre 2010, 1016.
[1459] AMF déc. nº 206C2209, 7 déc. 2006, Infogrammes – AMF, déc. nº 202C0076, 15 janvier 2002.
[1460] A. Manson, G. Burgala, « Aspects de droit boursier des restructurations », *Cahiers de droit de l'entreprise*, nº 4, juillet 2011, dossier 22.
[1461] Article 254a de l'InsO., cité par P. Ehret, « Directive relative aux cadres de restructuration préventifs - Les groupes de créanciers (et assimilés) en droit allemand de l'insolvabilité », *Rev. proc. coll.*, nº 3, mai-juin 2019, dossier 18.
http://schubrapp.com/show_InsO_Paragraph_direct.php?lang=fr&chapter_id=6&head_id=15&id=268#home
[1462] Article 254 de l'InsO., cité par P. Ehret, « Directive relative aux cadres de restructuration préventifs - Les groupes de créanciers (et assimilés) en droit allemand de l'insolvabilité », *Rev. proc. coll.*, nº 3, mai-juin 2019, dossier 18.
http://schubrapp.com/show_Paragraph_direct.php?id=267#home

C1 - Internal use

B/ Les modalités pratiques des variations du capital social

Afin de pérenniser l'engagement du nouvel investisseur, il est possible de recourir à différentes techniques d'augmentation de capital. D'une part, la société peut organiser la souscription du nouvel investisseur dans le cadre d'un *Private Investment in Public Equity* (PIPE) ; l'investisseur pourra alors négocier – hors marché si la société est admise sur un marché réglementé – un prix de souscription en contrepartie d'un accord relatif à la stratégie actionnariale de l'associé et des intentions de celui-ci en termes de gouvernance. Cette technique a été utilisée dans le cadre de la restructuration de Technicolor où le fonds d'investissement Vector Capital est devenu le premier actionnaire de cette société aux termes d'un accord où le fonds s'engageait à soutenir « *la stratégie de la société telle qu'approuvée par le conseil et mise en œuvre par son équipe dirigeante* » et confirmant le « *caractère stable de son investissement*[1463] ». Il est également possible d'autre part de prévoir une augmentation de capital réservée par la création de *loyalty shares*, soit des valeurs mobilières donnant le droit d'acheter une quantité de nouvelles actions prédéterminée au terme d'une période de loyauté. Ces mécanismes de L-Shares ou PIPE peuvent être particulièrement intéressants lorsque la société est en difficulté. Il est, en effet, délicat pour une équipe dirigeante de redresser une société sans un actionnariat fidèle qui soutient le projet entrepreneurial. Cet élément peut d'ailleurs être un critère d'appréciation pour le tribunal lorsqu'il doit juger de la pertinence du plan dans la perspective de son adoption, et plus particulièrement dans le contexte de projets de plan concurrents.

267. L'émission de valeurs mobilières donnant accès au capital pourrait avoir un intérêt pour le créancier qui détiendrait à son bilan des instruments de dette (permettant de demeurer créancier pendant une période probatoire de test de la robustesse du plan de continuation et sans être pénalisé par les contraintes réglementaires de détention de fonds propres) et pour la société qui pourrait traiter sa dette en quasi-fonds propres. L'émission de VMC permet de disposer d'une certaine liberté dans le contrat d'émission notamment en prévoyant par exemple la possibilité d'un remboursement anticipé en cas de changement significatif au sein de l'émetteur (changement de contrôle, cession d'activités stratégiques, etc.). Pour les associés cela permettra également de limiter leur dilution.

[1463] Visa AMF n° 12-335, 12 juillet 2012.

C1 - Internal use

Il est également possible de négocier avec les associés un mécanisme dit de *Waterfall* par lequel ceux-ci s'engagent à céder ensemble leurs actions, permettant de répartir le produit de cession non pas entre eux mais en fonction du rang de priorité des porteurs[1464]. Il est également envisageable que l'apport de fonds propres se fasse par le biais d'un *Leveraged buy-out* (LBO), lequel suppose la création d'une société holding qui va réaliser l'apport attendu par le biais d'un prêt afin de permettre un effet de levier optimum pour les créanciers. Le tribunal aura alors tendance à vérifier que la politique entreprise, notamment celle relative à la distribution de dividendes, est compatible avec le redressement de la société et ne met pas à nouveau son équilibre financier en jeu. Il est possible d'imaginer que l'augmentation de capital se fasse par le biais d'une **fusion-absorption** d'une société par la société débitrice[1465]. L'augmentation de capital viendrait en rémunération de l'apport. L'entrée de nouveaux actionnaires se ferait par ce biais et concernerait les actionnaires de la société absorbée.

L'augmentation peut donc être en numéraire, ce qui invite à s'interroger sur la possibilité de supprimer contre la volonté des actionnaires leurs droits préférentiels de souscription (**1**), ou en nature, notamment dans le cadre d'une conversion des titres de créance en titres de capital (**2**).

1. Apport en numéraire et droit préférentiel de souscription

Il existe un droit fondamental pour un associé de demeurer dans la société et d'être préféré en cas d'augmentation de capital. Selon M. le Professeur Hovasse, les droits préférentiels de souscription sont *« la seule prérogative qui rattache l'associé à la société et qui lui ouvre la possibilité d'en demeurer membre*[1466] ». Ce droit de priorité accordé à tous les associés en cas d'augmentation de capital par apport en numéraire est un droit d'ordre public[1467], qui leur permet de contrer, modérer ou monnayer leur dilution. Ces droits préférentiels de souscription permettent également de compenser l'accès aux réserves du nouvel associé, qui n'a pas contribué à les constituer[1468].

[1464] Mécanisme décrit par J.-L. Mercier et F. Kopf, « Les devoirs de l'actionnaire dans les entreprises en difficultés – Le devoir de favoriser le redressement de l'entreprise : les mécanismes conventionnels », *Gaz. du Palais*, 6 juin 2016, n° hors-série, 49.
[1465] CA Douai, 15 juill. 2005, Holder, n° 02-102.
[1466] H. Hovasse, note sous Cass. com., 17 mai 1994, 1036.
[1467] R. Mortier, *Opérations sur capital social*, Litec, 2010, n° 294, 161.
[1468] M. Michineau, *op. cit.* http://lext.so/S_EA050.

C1 - Internal use

268. Droits préférentiels de souscription – Si l'actionnaire peut perdre une partie de sa souveraineté s'agissant de la compétence de décider d'une réduction de capital motivée par les pertes, dans quelle mesure peut-il perdre également son droit préférentiel de souscription dans le cas où cette opération est suivie d'une augmentation de capital par apport en numéraire ? En effet, les articles 68, 72 et 73 de la directive sur le droit des sociétés constituent un socle commun de protection[1469]. Or, la suppression des droits préférentiels de souscription ne peut valablement être justifiée pour faciliter le redressement de la société. L'article 29 de la directive du 13 décembre 1976 ne prévoit pas une telle justification, de sorte que la CJUE condamne les augmentations de capital réalisées dans ces conditions[1470]. Le régime d'exception proposé doit être restreint au strict nécessaire et reposer sur l'obligation de chaque actionnaire de participer aux pertes. La seule exception concerne « *une situation de perturbation grave de l'économie et du système financier d'un État membre qui menace la stabilité financière de l'Union* »[1471]. » Dans ces arrêts était en cause l'ordre de public de direction (la stabilité financière dans un contexte de risque systémique pour l'économie réelle) qui doit prendre le pas sur l'ordre public de protection[1472]. M. le Professeur Gaudemet note également que « *la situation inverse pouvait sembler la plus naturelle a priori, une aubaine eût été accordée aux associés de la société holding qui eussent vu les actions de la banque réévaluées par la recapitalisation de l'État irlandais, sans participer à l'effort collectif de recapitalisation de la banque. Pour l'éviter, il convenait que ceux-ci fussent dilués d'autorité par une mesure de recapitalisation imposée au niveau de la société holding et contribuassent ainsi à l'effort collectif de restructuration*[1473] ».

La CJUE estime dans les autres cas que « *l'article 25 de la deuxième directive s'oppose à une réglementation nationale qui prévoit que le capital d'une société anonyme bancaire se trouvant, en raison de son endettement, dans une situation exceptionnelle peut être augmenté*

[1469] Directive nº 77/97/CEE du Conseil, 13 décembre 1976 : JOCE L 26-1 31 janvier 1997 refondue par la directive nº 2012/30/UE du PE et du Cons. 25 octobre 2012 : JOUE L 315/74, 14 nov. 2012, remplacée par la directive (UE) 2017/1132 du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects du droit des sociétés.
[1470] CJCE, 24 mars 1992, Vasko SA c/ OAE, Bull. Joly Sociétés 1992, 673, § 220, note P. Le Cannu.
[1471] CJUE, 8 nov. 2016, nº C-14/15, Gérard Dowling et a. c/ Minister for finance ; RDBF, nº 6, nov. 2016, comm. 233, F. Boucard : « *L'article 8§1 ainsi que les articles 25 et 29, de la deuxième directive ne s'opposent pas à une mesure, telle que l'ordonnance d'injonction en cause au principal, adoptée dans une situation de perturbation grave de l'économie et du système financier d'un État membre qui menace la stabilité financière de l'Union et ayant pour effet d'augmenter le capital d'une société anonyme, sans l'accord de l'assemblée générale, en émettant de nouvelles actions pour un montant inférieur à leur valeur nominale et sans droit de souscription préférentiel des associés existants* », §54. Rapport CJUE 19 juillet 2016, nº C-526/14, Tadej Kotnik et a. c/ Drzavni zbor Republike Slovenije, §91 : « *Bien qu'il y ait un intérêt général clair à garantir à travers l'Union une protection forte et cohérente des associés et des créanciers, cet intérêt ne peut être considéré comme primant en toutes circonstances sur l'intérêt général consistant à garantir la stabilité du système financier*. »
[1472] Analyse de A. Gaudemet, note CJUE 8 novembre 2016, nº C-41/15, Bull. Joly Sociétés, mai 2017, 306.
[1473] A. Gaudemet, note CJUE 8 novembre 2016, nº C-41/15, Bull. Joly Sociétés, mai 2017, 307.

C1 - Internal use

par voie administrative et sans délibération de l'assemblée générale[1474] ». Par ailleurs, la directive du 13 décembre 1976 prévoit que toute augmentation de capital en numéraire dans une SA doit prévoir des droits préférentiels de souscription sauf exceptions qui ne comprennent pas l'existence d'une procédure collective. La CJCE a condamné la Grèce qui avait prévu un régime de suppression des droits préférentiels de souscription en cas de procédure collective[1475].

Il faut noter que cette conclusion peut être relativisée dans la mesure où la directive du 20 juin 2019 appelle désormais une modification de la directive de 2017 afin d'admettre « *des dérogations au droit des sociétés […] lorsque le plan de restructuration prévoit l'émission de nouvelles actions qui pourraient être offertes en priorité aux créanciers à titre d'échange de créances contre des participations, ou prévoit la réduction du montant du capital souscrit en cas de transfert de parties de l'entreprise* ». Par ailleurs, dans l'arrêt L'Amy, la Cour de cassation avait déjà reconnu que l'opération de coup d'accordéon avec privation des droits préférentiels de souscription est licite dans la mesure où elle se justifie par l'impératif de sauvegarde de la société. La CJUE a validé le mécanisme de *cramdown* de droit allemand au titre de l'article 1129b du Bankruptcy Code dans la mesure où son paragraphe 245 prévoyait que les associés ne peuvent recevoir un traitement moins favorable qu'en liquidation judiciaire.

Toutefois, nous partageons la remarque d'un auteur qui considère que « *si l'actionnaire ne propose pas de solution, il ne faut pas qu'il puisse empêcher la restructuration mais s'il en propose une, il est normal qu'il puisse avoir la priorité pour financer l'entreprise*[1476] ». Ainsi, dans le cas d'actionnaires prêts à réinjecter de l'argent dans la société en difficulté, rien ne justifie qu'ils perdent *de facto* leur droit préférentiel de souscription. Pour un auteur[1477], il faudrait revoir les dispositions de l'article L. 225-134 du Code de commerce afin de revenir sur le seuil minimum de souscription de 75 % ainsi que la doctrine de l'AMF qui requiert une garantie pour « *l'émetteur qui présente une déclaration sur le fonds de roulement assortie de réserves*[1478] ». En effet, comme le relève Madame Cérati-Gauthier, « *aucune disposition de la loi du 25 janvier 1985 n'est venue supprimer le droit préférentiel de souscription des associés.*

[1474] CJCE, 12 mars 1996, nº C-441/93, Panagis Pafitis e.a. c/ Trapeza Kentrikis Ellados E.A. : BJS oct. 1996, nº 285, 814, note B. Saintourens.
[1475] CJCE, 24 mars 1992, Vasko SA c/ OAE : Bull. Joly Sociétés 1992, 673, §220, note P. Le Cannu ; Rev. Sociétés 1992, 111, note S. Dana-Demaret.
[1476] L. Spizzichino, S. Gorrias, H. Bourbouloux, M. Menjucq, « Les perspectives d'évolution du rôle des créanciers en droit des entreprises en difficulté », *Revue proc. coll.*, nº 3, mai-juin 2019, 5.
[1477] A.-S. Noury, « L' État actionnaire dans les restructurations financières de sociétés cotées », *BJE*, juillet 2018, nº 4, 313.
[1478] Position AMF nº 2007-11.

C1 - Internal use

C'est à nouveau le droit des sociétés qui doit primer, à défaut de dispositions contraires. L'entrée du tiers est donc bien subordonnée à la renonciation des associés à leur droit préférentiel de souscription (ou individuellement ou collectivement) »[1479]. Il convient de noter que le maintien des droits préférentiels de souscription est expressément prévu par la loi Macron de 2015 – sûrement en contrepartie de l'atteinte au droit de propriété[1480]. Par ailleurs, il pourrait être envisagé de prendre en compte les efforts entrepris par l'associé. Comme le note un auteur, « *l'actionnaire de mauvaise foi serait celui qui, alors qu'il en a les moyens, refuse de remettre des fonds dans la société en difficultés, comptant tranquillement profiter, à la manière d'un passager clandestin, des efforts des autres, à savoir les créanciers. Il est alors normal d'imposer l'exclusion d'un tel actionnaire. L'actionnaire de bonne foi serait, à l'inverse, celui qui a accompagné la société sur le long terme, y compris au plus fort de ses difficultés, réinjectant des capitaux à la mesure de ses moyens, jusqu'à son propre essoufflement*[1481] ». M. le Professeur Le Nabasque évoque, pour sa part, le principe de « *financer ou se retirer, par dilution ou exclusion, selon la logique – probablement plus préventive que répressive – qui inspire désormais l'article L. 631-19-2 du code de commerce*[1482] ».

L'ordonnance du 15 septembre 2021 est arrivée à la même conclusion en considérant qu'aucune application forcée d'un plan n'offrant pas par préférence aux actionnaires la souscription à l'augmentation de capital en numéraire ne peut être prononcée par le juge[1483]. Toutefois, la proposition de loi ratifiant cette ordonnance tend à remettre en cause ce statu quo en supprimant la condition selon laquelle les actions souscrites dans le cadre d'un apport en numéraire doivent être offertes par préférence aux actionnaires, la considérant comme « *excessive* » et allant « *au-delà de ce que requiert la protection du droit de propriété des actionnaires* ». Comme le tribunal doit, dans le cadre d'une application forcée interclasse, déjà vérifier que la valeur économique de l'entreprise est inférieure au montant total de ses dettes, il n'est pas légitime d'accorder un traitement préférentiel aux actionnaires au détriment des créanciers : « *cela revient à spolier les créanciers, dont les droits, pourtant, ne méritent pas moins d'être protégés* »[1484]. S'il est vrai que la suppression facilitée de droits préférentiels de souscription

[1479] A. Cérati-Gauthier, *op. cit.*
[1480] I. Parachkévova, « L'augmentation de capital forcée dans la loi Macron », *Bull. Joly Sociétés*, 1er octobre 2015, nº 10, 529.
[1481] C. Galokho, « La libre circulation des capitaux et la convergence des droits matériels de la faillite », *Rev. proc. coll.*, nº 3, mai-juin 2019.
[1482] H. Le Nabasque, « Les devoirs de l'actionnaire », *Gazette du Palais*, nº hors-série, 6 juin 2016, 8.
[1483] Article L. 626-32 6° du Code de commerce.
[1484] Proposition de loi précitée, 7.

C1 - Internal use

des actionnaires peut multiplier les probabilités de redressement de la société débitrice, cela ne suffit pas pour justifier d'écarter les droits primordiaux de l'associé. La dilution forcée ne devrait être prononcée que dans le cadre de l'obligation de chaque associé de participer aux pertes. La dilution proposée dans le cadre d'un plan matérialise la réalisation de cet engagement. En revanche, les droits préférentiels de souscription sont étrangers à l'engagement des associés de contribuer aux pertes. Il s'agit d'une priorité matérialisant le droit conféré aux associés de maintenir leur participation en augmentant, s'ils le souhaitent, leur investissement dans la société et donc leur engagement de contribuer aux pertes.

Les actionnaires ont donc vocation à conserver leurs droits préférentiels de souscription : ils peuvent donc participer à la souscription de capital pour éviter d'être dilués. Ainsi, il serait possible de prévoir une augmentation de capital par apport en numéraire réservée à une catégorie de personnes dans le cadre du plan soit par le vote préalable de l'assemblée générale des actionnaires, soit par le vote de la classe des détenteurs de capital. Un auteur note que les associés « *pourront de la sorte, non seulement retrouver leur droit de vote lors des assemblées ultérieures mais conserver en outre un pouvoir de nuisance*[1485] ». Encore faut-il que l'augmentation de capital considérée soit réalisée dans le cadre d'un apport en numéraire.

2/ Apport en nature et conversion forcée des titres de créance en titres de capital

269. Opportunité économique – La conversion de créance en actions permet de prendre le contrôle d'une société débitrice par la dette. Mais cela suppose que le repreneur soit animé par la mise en place d'une nouvelle stratégie opérationnelle. Pour les auteurs[1486], si les créanciers sont classés en fonction de leur rang, tout en laissant le choix du sort de l'entreprise aux investisseurs pivots, cela favorisera l'émergence d'un marché des créances douteuses, très actif aux États-Unis. Pour un auteur, « *les résultats opérationnels des sociétés qui émergent d'un chapter 11 sont meilleurs si un investisseur spécialisé dans le retournement d'entreprise a pu prendre le contrôle de la société*[1487] ». Les créances seront donc plus liquides, permettant aux

[1485] I. Parachkévova, « L'augmentation de capital forcée dans la loi Macron », *Bull. Joly Sociétés*, 1er octobre 2015, no 10, 529.
[1486] G. Plantin, D. Thesmar, J. Tirole, « Les enjeux économiques du droit des faillites, les notes du conseil d'analyse économique », no 7, juin 2013, 10.
[1487] Cité par S. Vermeille, A. Bézert, « L'éviction des actionnaires en amont de la cessation des paiements : un impératif pour lutter contre l'excès d'endettement », *Recueil Dalloz*, 12 septembre 2013, no 30 ; E. S. Hotchkiss et R. Mooradian, « Vulture Investors and the Market for Control of Distressed Firms », *Journal of Financial Economics*, 1997, 43 :401.

C1 - Internal use

prêteurs d'être moins frileux en offrant de meilleures conditions de refinancement. La technique de conversion peut être d'autant plus pertinente que la distinction entre titre de capital et titre de créance est de plus en plus ténue[1488]. Pour Fourcault et Denez, cette technique impose néanmoins de revoir le rôle de l'établissement bancaire, passant du rôle de prêteur à celui d'investisseur en capital acceptant par là même l'existence d'un affectio societatis[1489]. Il faut noter que les banques créancières ne seront pas toujours juridiquement disposées à prendre des participations non bancaires compte tenu du traitement comptable et prudentiel de la conversion en actions au regard de la réglementation sur les fonds propres. *A contrario*, elles sont donc incitées à minimiser leur exposition aux risques, notamment par la liquidation judiciaire de la société. L'existence d'un marché secondaire de la dette plus dynamique leur permettrait de se défaire du risque – sans consentir de nouvelles provisions. Elles seraient alors remplacées par des créanciers plus enclins à la restructuration de la société.

270. Problématique de la conversion des titres de créance – Cette conversion forcée sur décision des classes de créanciers à la majorité semble néanmoins contraire au droit fondamental de libre association. Par ailleurs, une telle conversion est exclue lorsque les titres de capital concernent une société à responsabilité illimitée, car la limite des pouvoirs de restructuration de la créance est le montant total de celle-ci. La conversion en titre de capital d'une société à responsabilité illimitée aurait pour effet d'aller au-delà de cette limite. Pour un auteur, il faut prendre en compte les risques de déstabilisation de la gouvernance et la perte de stabilité du capital dans le cas d'une conversion de créance en titre de capital. Mais pour autant, il est possible de prévoir des engagements de la part du créancier (comme un engagement de conservation). C'est pour cela qu'il est difficilement envisageable de prévoir une conversion forcée des titres du créancier ; la décision doit lui revenir afin qu'il inscrive son action dans la survie de la valeur d'entreprise de la société ; il doit pouvoir croire à sa viabilité et miser sur sa pérennité. C'est en ce sens que le code allemand de l'insolvabilité écarte toute hypothèse de conversion forcée des créanciers en associés. S'il est possible de forcer un associé à quitter la société et à perdre cette qualité, il n'est pas possible d'imposer à un créancier la conversion de sa créance en titre de capital dans la mesure où le consentement au contrat de société et l'affectio societatis doivent être exprès. En cas de dilution ou de cession partielle, la cohabitation avec

[1488] F.-X. Lucas, « Les actionnaires ont-ils tous la qualité d'associé ? – Brefs propos discursifs autour du thème de l'associé et de l'investisseur », *RDBF*, n° 4, juillet 2002, étude 100035.
[1489] Fourcault, Denez, « La conversion de créance en capital dans la loi de sauvegarde », *Journal des sociétés*, sept. 2009, 26.

C1 - Internal use

les anciens associés pourrait se révéler tendue. Toutefois, un auteur note que la conversion volontaire conduirait à octroyer une sorte de droit de véto aux créanciers puisque la reprise interne ne pourrait avoir lieu sans leur consentement : « *La possibilité d'une telle conversion forcée permet de sauvegarder une plus-value de restructuration qui pourrait être détruite en cas de refus irraisonnable de certaines classes de créanciers de recevoir un paiement alternatif*[1490]. » Il est certain qu'autoriser la conversion forcée permettrait de multiplier les hypothèses de plan de reprise possibles. Toutefois, peut-on considérer ces plans comme pérennes ? Le rôle d'un associé va au-delà de celui de créancier de dernier ressort. Il peut, particulièrement dans les PME et les sociétés de personnes, prendre un rôle actif dans la société, ce qui semble incompatible avec une conversion forcée. Un auteur considère que la dilution forcée ou la cession forcée va conduire à multiplier le nombre d'associés bailleurs de fonds, d'autant que ceux-ci pourraient en sus disposer du contrôle de la société. Il évoque alors « *un associé bailleur de contrôle* » et s'interroge sur les compétences et sur les responsabilités de celui-ci[1491].

Il convient de noter que l'avant-projet d'ordonnance portant transposition de la directive prévoyait la possibilité de soumettre aux classes de créanciers une conversion des titres de créance en titres de capital dans les sociétés où la responsabilité des associés est limitée à leur apport, ce qui conduirait à maintenir la possibilité d'une conversion forcée d'un créancier sur décision de la majorité des autres créanciers[1492]. Cette situation pourrait être décidée sur décision majoritaire des deux tiers des créanciers des comités de créanciers. En cas d'opposition du créancier minoritaire obligé de convertir sa créance en capital par compensation, le tribunal de commerce d'Évry a prévu la possibilité de désigner un mandataire ad hoc chargé de souscrire au capital au nom et pour le compte des créanciers[1493]. M. le Professeur Lucas a pour sa part appelé à un jugement valant ordre de souscription[1494].

[1490] S. Vermeille, V. Rotaru, « La directive restructuration : un texte sans socle intellectuel cohérent, mais une opportunité unique pour la France », site *Droit & Croissance*.
[1491] I. Parachkévova, « L'augmentation de capital forcée dans la loi Macron », *Bull. Joly Sociétés*, 1er octobre 2015, nº 10, 529.
[1492]: « *Chaque projet peut notamment prévoir des délais de paiement, des remises et, lorsque le débiteur est une société par actions dont tous les actionnaires ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports, des conversions de créances en titres donnant ou pouvant donner accès au capital.* » http://www.textes.justice.gouv.fr/textes-soumis-a-concertation-10179/restructuration-et-insolvabilite-des-entreprises-33684.html,p.26 .
[1493] Trib. de Commerce d'Évry, 6 avril 2009, cité par R. Mortier, *op. cit.*, 326, nº 502.
[1494] F.-X. Lucas, « Le plan de sauvegarde apprêté ou le prepackaged plan à la française », *CDE*, sept-oct. 2009, nº 5, 35.

C1 - Internal use

S'agissant de la deuxième question, il faut noter que dans la mesure où le débiteur conserve le monopole de l'initiative du plan, il ne proposera pas un changement de contrôle de la société sans avoir un projet crédible proposé par un créancier et accepté par l'équipe dirigeante et l'actionnaire majoritaire, dans l'intérêt de la société. Toutefois, la procédure ne serait pas applicable aux sociétés à responsabilité illimitée sans l'accord exprès des créanciers (pas de conversion forcée) dans la mesure où cela conduirait à « *augmenter les engagements des créanciers*[1495] ».

271. Qu'en est-il de la différence avec l'apport par compensation de créance ? – Pour un auteur, il existe deux techniques de *lender led* : « *L'apport d'une créance est un apport en nature qui doit être distingué de l'autre modalité de conversion d'une créance en titres de capital, consistant à libérer un apport en numéraire par voie de compensation avec une créance*[1496]. » Il a été soutenu par Thaller qu'il n'était pas possible d'augmenter le capital par compensation avec une créance sociale lorsque l'actif net est négatif[1497]. Le risque est un capital social fictif. Toutefois la majorité de la doctrine considère que l'augmentation de capital est possible, quelle que soit la situation financière de la société[1498]. La chambre commerciale de la Cour de cassation a en effet considéré, dans le cas d'une société dont les pertes excédaient le montant du capital social après imputation des réserves, que « *rien ne s'oppose à ce que la valeur des parts sociales souscrites soit réglée par compensation avec la créance du souscripteur sur la société, puisqu'aussi bien rien ne s'opposerait en cas de versement en espèces, à ce que la société règle aussitôt avec les fonds reçus du souscripteur le passif dont elle est tenue*[1499] ».

Une simple conversion de créances en titres de capital est comptablement neutre pour la société : son actif net et son passif demeurent inchangés. Il s'agit seulement de renforcer ses fonds propres par un jeu d'écriture comptable et de modifier l'ordre de préférence des créanciers. La société demeure toutefois soulagée des frais financiers liés à sa dette, les intérêts étant en principe intégrés dans la conversion en titres de capital[1500]. En outre, l'article L. 228-

---

[1495] M. Menjucq, D. Marks, P. Ehret, R. Dammann, J.-L. Vallens, « La compétitivité des principaux droits de l'insolvabilité européens : étude comparée des droits français, allemand et britannique », *Revue des procédures collectives*, nº 5, septembre 2012, entretien 2.
[1496] F.-X. Lucas, *op. cit.*, *BJE*, sept. 2013, nº 110k2.
[1497] E. Thaller, « De l'augmentation du capital par transformation en actions soit du passif, soit des réserves de la société », *Ann. Dr. com.*, 1907, 191.
[1498] E. du Pontavice, note ss Cass. com., 7 févr. 1972, Rev. Sociétés 1973, 297.
[1499] Cass. com., 7 févr. 1972, Rev. Sociétés 1973, 297, note E. du Pontavice.
[1500] Créance en principal et en intérêt.

C1 - Internal use

106 du Code de commerce prévoit que « *lorsqu'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire est ouverte à l'égard d'une société émettrice de valeurs mobilières donnant accès au capital dans les conditions de l'article L. 228-91, le délai prévu pour l'exercice du droit à attribution d'une quote-part de capital social est ouvert dès le jugement arrêtant le plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire, au gré de chaque titulaire, et dans les conditions prévues par ce plan* ». M. le Professeur Mortier relève que « *ce texte a pour effet de précipiter la capitalisation de la société en difficulté, dans le but légitime d'accroître ses chances de survie. La créance obligataire est ainsi compensée avant terme avec leur dette de libération du capital social*[1501] ».

Comme les personnes qui souscrivent à l'augmentation de capital peuvent bénéficier de la compensation avec le montant des créances déclarées et admises dans la limite des réductions décidées dans le cadre du plan, et que les associés déjà en place bénéficient d'un droit préférentiel de souscription, cela postule que l'apport aurait la qualité d'un apport en numéraire.

Par ailleurs, il faut noter l'incertitude quant à la **qualification d'apport en numéraire** ou d'apport en nature supposant l'intervention d'un commissaire aux apports en cas de conversion de créances en titres de capital[1502].

272. Nature des créances – L'article L. 225-128 du Code de commerce prévoit que les titres de capital peuvent être libérés par apport en numéraire y compris par compensation avec des créances liquides et exigibles. En revanche, l'article L. 627-11 du Code de commerce ne précise pas une condition d'exigibilité de la créance. Peut-on dire que cet article prévoit une exception à l'exigibilité des créances ? Pour un auteur, la question demeure dans la mesure où les commissaires aux comptes restent attachés à vérifier l'exigibilité de la créance. L'auteur nuance toutefois en précisant que bien souvent le plan va prévoir l'exigibilité immédiate des créances

---

[1501] R. Mortier, *Opérations sur capital social*, Litec, 2010, 163, n° 240.

[1502] A. Cérati-Gauthier , *op. cit*. considère pour sa part qu'il s'agit d'un apport en numéraire (n° 455). Même opinion chez : F. Terré, « Remarques sur l'augmentation de capital par incorporation de créances », *in Dix ans de conférences d'agrégation, Études de droit commercial offertes à Joseph Hamel*, Dalloz, 1961, 195 ; A. Martin-Serf, « Effets à l'égard de la personne morale », *J-CI. - Sociétés, redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, fasc. 41-45, 1997, n° 139 ; S. Dana-Demaret, *Le capital social*, th. Lyon III, 1988, n° 234 (à condition que la créance soit liquide, exigible et certaine) ; B. Maubru, « La perte du capital social des sociétés à risque limité », *Defrénois*, 1983, 1185.
À l'opposé M. Jeantin et P. Le Cannu, *Droit commercial, instruments de paiement et de crédit, entreprises en difficultés*, Précis Dalloz, 5e éd., 1999, n° 721.
CA Versailles, 25 oct. 1990 : Bull. Joly 1991, 76, note Jeantin ; D. 1992, som., 180, obs. A. Honorat. Cass. com., 3 févr. 1976, Defrénois 1976, 1473, note M. Vion.

C1 - Internal use

dont la conversion est envisagée. Il convient de vérifier si le juge peut le faire[1503]. Un autre auteur considère que l'article L. 626-17 dispense de l'exigibilité des créances rééchelonnées, mais il note qu'« *il est paradoxal d'éteindre immédiatement des créances qu'on a pris soin d'assortir de délais de paiement*[1504] ».

273. Montant de la créance – Il sera pris en compte le montant de la créance réduite en application du plan. En revanche, lorsque la créance fait l'objet de délais de paiement, faut-il procéder à une actualisation de son montant ? Pour certains auteurs, le principe du nominalisme conduit à répondre par la négative à cette question[1505]. Pour d'autres, seule une valeur actualisée pourrait servir de base à une compensation[1506]. L'article R. 225-134 prévoit qu'« *en cas de libération d'actions par compensation de créances sur la société, ces créances font l'objet d'un arrêté de compte établi par le conseil d'administration ou le directoire et certifié exact par le commissaire aux comptes* » à la date de libération, c'est-à-dire la date de souscription[1507]. Aux termes de l'article L. 225-146, il faut également qu'un notaire ou le commissaire aux comptes établisse un certificat visant à constater la libération des actions par compensation de créances liquides et exigibles. Un auteur relève néanmoins la nécessité de procéder « *à un calcul d'actualisation des créances pour tenir compte des délais auxquels elles auraient été soumises si elles n'avaient pas été converties*[1508] ». « *Une telle réduction en vue de tenir compte du fait que le créancier qui procède à la compensation reçoit un paiement immédiat s'impose pour éviter que ce créancier ne reçoive un paiement préférentiel. On sait en effet que lorsque le plan offre à un créancier la possibilité d'être payé "dans des délais uniformes plus brefs", c'est nécessairement au prix "d'une réduction proportionnelle du montant de la créance". Voilà pourquoi, comme le commande l'article L. 626-17 du Code de commerce, lorsqu'il est prévu qu'un créancier souscrira à une augmentation de capital de la société débitrice et compensera sa dette d'apport en numéraire avec sa créance inscrite au plan, cette dernière doit subir un abattement pour tenir compte du fait qu'elle est réglée immédiatement par l'effet de la*

[1503] A. Manson, G. Burgala, « Aspects de droit boursier des restructurations », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 4, juillet 2011, dossier 22.
[1504] R. Mortier, *op. cit.*, 320, n° 500.
[1505] P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, D. Actions, éd. 2020, n° 511-22 ; *Jurisclasseur Procédures Collectives*, fascicule 2610, n° 95.
[1506] F. Pérochon et R. Bonhomme, *Entreprises en difficulté*, 10e éd., LGDJ, 2014, n° 258 ; R. Mortier, *op. cit.*, 324, n° 501.
[1507] L. 225-144 al.1er.
[1508] R. Dammann, G. Podeur, « La conversion de créance en capital dans les entreprises en difficultés », *Bull. Joly Sociétés*, 2009, §229, 1132.

C1 - Internal use

compensation qui s'opère, le créancier solvens n'ayant plus à subir les délais du plan[1509]. » Il faut noter que l'apport en nature semble moins attractif du fait de l'intervention d'un commissaire aux apports dont l'évaluation dépendra de l'appréciation qu'il fait de la valeur de la société débitrice et parce que l'associé apporteur ne peut pas prendre part au vote[1510]. Il convient toutefois de noter qu'il n'est plus nécessaire de procéder à une signification au titre de l'article 1324 du Code civil : une simple notification du débiteur suffit (en cas de procédure collective, dans le cas d'une conversion de dette en capital, le débiteur sera bien souvent plus qu'informé !).

274. Libération de l'apport – Il faut noter que les augmentations de capital décidées dans le cadre du plan bénéficient de délais de souscription pouvant excéder ceux du droit des sociétés. L'article L. 626-17 du Code de commerce, qui énonce la possibilité de libérer une augmentation de capital par incorporation de créances, dispose qu'une telle compensation ne peut s'opérer qu'à concurrence du « *montant des créances admises et dans la limite de la réduction dont elles sont l'objet dans le plan sous forme de remises ou de délais* ». L'article L. 225-128 du Code de commerce dispose pour sa part que « *[les titres de capital] sont libérés […] par apport en numéraire y compris par compensation avec des créances liquides et exigibles sur la société […]* ». Pour un auteur, la lecture combinée de ces deux textes conduit à exclure les augmentations de capital à terme, par exemple l'émission de valeurs mobilières donnant accès à terme au capital. La compensation est réservée aux augmentations de capital par souscription en numéraire immédiatement libérée.

275. Moment de l'augmentation de capital – En dehors des classes de parties affectées, les associés devront décider des opérations sur le capital avant l'adoption du plan. Pour un auteur, « *il y a incontestablement un risque d'éviction de l'associé et un moyen supplémentaire de surmonter l'opposition de ceux qui tenteraient de tenir en échec une solution de redressement prenant la forme d'une reprise interne*[1511] ». Mais qu'en est-il des augmentations de capital décidées avant l'adoption du plan ? Pour un auteur, l'absence de référence aux modalités de libération du capital pourrait permettre de conclure à l'exclusion de ce privilège[1512]. L'article L. 626-17 du Code de commerce prévoit certes la possibilité de libérer une augmentation de

---

[1509] F.-X. Lucas, *op. cit.*, *BJE*, sept. 2013, n° 110k2.
[1510] Cass. com., art. L. 225-10, al. 2.
[1511] F.-X. Lucas, « Les actionnaires face à leurs responsabilités ? Quelles responsabilités ? » (1re partie), *Revue des procédures collectives*, n° 34, juillet 2014, dossier n° 36.
[1512] MP Dumont-Lefrand, « Les plans : quelle place pour les actionnaires ? », *Rev. proc. coll.*, n° 2, mars 2014, dossier n° 20.

C1 - Internal use

capital par compensation à concurrence du « *montant des créances admises* ». Un auteur note que « *la libération des titres par voie de compensation implique donc l'achèvement du processus d'admission des créances*[1513] ».

Par conséquent, l'augmentation de capital et la réduction de capital doivent être considérées comme un ensemble indissociable contribuant à la même finalité économique. En est-il de même des autres modifications statutaires qui relèvent du pouvoir souverain de l'assemblée générale ?

§2/ Les autres décisions sociales

Les modifications statutaires étrangères à la modification du capital social ne semblent pas découler du prononcé de la contribution aux pertes des associés (**A**). Il s'ensuit que, le cas échéant, la révision forcée des statuts relève d'un pouvoir de sanction à l'encontre de l'associé opposant (**B**). Certains considèrent que la cession forcée des titres peut être imposée aux actionnaires sur décision des autres classes de créanciers[1514]. Mais quel serait l'intérêt pour le débiteur, extérieur à cette cession, qui ne verrait pas sa situation financière améliorée par cette mesure exorbitante ?

A/ Les autres décisions sociales et la contribution aux pertes

276. Les autres modifications statutaires – Le plan de reprise interne envisagé peut nécessiter de remanier les statuts sur d'autres points que la modification du capital. Même si le législateur s'est attaché aux modifications du capital, le plan peut sans doute aller plus loin et proposer, par exemple, d'adapter l'objet social si un changement d'activité est prévu. Il est également possible que les limitations statutaires qui sont opposables aux organes de la procédure conduisent à ce que les dispositions du plan doivent être autorisées préalablement par l'assemblée générale. La contribution aux pertes est alors une notion extérieure à cette modification statutaire ; aucun texte ne saurait justifier l'intervention du juge pour revoir, malgré l'opposition des associés, les statuts de la société. À ce propos, un auteur souligne que

---

[1513] G. Burgala, N. Morelli, « Le debt for equity swap », *JCP G*, nº 41, 11 octobre 2010, 1016.
[1514]. http://www.eifr.eu/document/file/download/1930/avis-defaillance-entreprises-06-f-pdf, p. 16.

C1 - Internal use

« *le fait, pour un créancier, de ne pas avoir été payé par son débiteur ne doit pas conduire à lui donner tous les droits, comme le fait, pour un actionnaire, de ne plus être dans la monnaie ne prive pas nécessairement son avis de toute pertinence* ». Toutefois, l'ordonnance du 15 septembre 2021 va plus loin en permettant au plan dont l'application peut être forcée, malgré l'opposition de la classe des détenteurs de capital, de prévoir au-delà des modifications du capital, une révision forcée des statuts. En effet, les classes de détenteurs de capital sont appelées à voter un plan modifiant le pacte social[1515]. Par ailleurs, le législateur a prévu, qu'en cas d'application forcée, la décision du tribunal vaut approbation des modifications statutaires. Il est également loisible au tribunal de désigner un mandataire de justice pour passer les actes nécessaires à la réalisation de cette modification au besoin[1516].

S'il ne fait pas de doute que le législateur a voulu étendre la capacité de forcer les modifications statutaires, il convient néanmoins d'exclure les clauses statutaires qui conduisent à une augmentation des engagements des associés. En effet, ces stipulations ne peuvent être adoptées sur décision du juge même si elles favorisent le redressement de la société : elles requièrent une décision favorable de l'intéressé. Il en serait ainsi de la transformation d'une société à responsabilité limitée en société à responsabilité illimitée. Cela reviendrait à augmenter les engagements des associés sans leur accord. La possibilité de passer outre le refus des associés, dans certaines conditions, repose sur leur engagement initial de contribuer aux pertes, ce qui exclut l'hypothèse d'augmentation forcée de cet engagement ou l'obligation forcée aux pertes sociales propre à certaines formes sociales.

277. Les autres décisions sociales ne modifiant pas les statuts – Qu'en est-il des autres décisions sociales, comme le droit de révoquer le dirigeant ? Certains ont préconisé d'étendre la compétence des classes de créanciers pour acter un changement de gouvernance, comme la modification de la composition du conseil d'administration ou la nomination d'une nouvelle équipe dirigeante[1517]. Néanmoins, le droit des sociétés a vocation à pleinement s'appliquer. L'empiétement dans ce cas ne serait justifié que dans la mesure où la décision sociale conduit à remettre en question la qualité de créanciers hypochirographaires des associés. Or, si un

---

[1515] Article L. 626-30 2° du Code de commerce.
[1516] Article L. 626-32 6° du Code de commerce.
[1517] L. Stanghellini, R. Mokal, C.G. Paulus, I. Tirado, « Best practices in European restructuring. Contractualised distress resolution in the shadow of the law » (CEDAM, 2018), 37, https://www.codire.eu/materials/: Policy recommendation #7.1. "*Policy Recommendation #7.1 – Provisions on changes in board composition The law should permit restructuring plans to include provisions committing the company to carry out, as part of the plan implementation, a change in the composition of the board of directors and/or the senior management team."*

C1 - Internal use

investisseur dans le cadre d'une reprise interne souhaite renouveler les organes de gouvernance, il devra obtenir l'accord de l'assemblée générale pour y parvenir. Certes, l'application du droit des sociétés conduit à ralentir la revue opérationnelle de la société, sans que cet argument soit suffisant pour justifier à lui seul une dérogation aux droits extrapatrimoniaux des associés.

Les décisions sociales qui ne modifient pas les statuts ne semblent pas de nature à bloquer l'adoption d'un plan – cela constitue seulement un frein potentiel dans sa mise en exécution. En revanche, certaines modifications statutaires inhérentes par exemple à une opération de fusion ou de scission peuvent être indispensables à l'adoption du plan de reprise interne envisagé. Cette nouvelle situation de blocage du plan proposé conduit à envisager d'autres mesures incitatives ou coercitives[1518].

B/ Dilution forcée versus cession forcée

Le mécanisme de contribution aux pertes est partagé par tous les associés ; la mutualisation des pertes est à l'origine du contrat de société et explique la prohibition des clauses léonines, puisque la soustraction d'un associé à ses obligations conduit mécaniquement à l'accroissement de l'engagement de ses coassociés. Le mécanisme de cession forcée des titres de l'associé disposant d'une majorité ou d'une minorité de blocage et s'opposant à un plan de reprise interne s'assimile donc à une sanction étrangère à la notion de contribution aux pertes. Il ne s'agit donc pas de se servir de la cession forcée comme d'un mécanisme de restructuration de la dette par laquelle il est acté l'ordre de priorité des créanciers. Il s'agit dans cette hypothèse de surmonter l'obstacle posé par un associé opposant disposant, malgré l'ordre de priorité des créanciers, d'un droit de véto.

Il pourrait donc être envisagé de conserver le mécanisme de cession forcée prévue par la loi Macron pour contraindre l'associé opposant à adopter les modifications statutaires, autres que

[1518] Art. 65.13 de la LFI, Norme de pratique professionnelle n° 09-4 de l'ACPIR.
Droit fédéral canadien – Afin de rendre cette procédure efficace, le juge dispose de tout pouvoir pour ordonner la modification des statuts. « Si les statuts de l'entreprise ou ses règlements interdisent la vente d'actifs sans l'approbation des actionnaires, la LFI dispose que, dans le contexte d'une vente d'actifs autorisée par le tribunal dans des procédures découlant de la section I de la partie III de la LFI, ce dernier peut ordonner la vente malgré cette restriction, sans qu'il soit nécessaire d'obtenir l'approbation des actionnaires. Cette solution peut être très utile si les actionnaires n'ont plus aucun intérêt économique parce que la valeur des actifs ne suffit pas à couvrir la totalité de l'endettement et que, de la sorte, rien ne les pousse à approuver la vente des actifs ».

C1 - Internal use

celles relatives à la variation du capital social, dans la mesure où elles sont indispensables au plan de reprise interne. C'est à ce prix que la procédure pourrait demeurer efficace. Comme le note un auteur, « *il est parfois nécessaire de mettre en situation adverse un agent pour l'inciter à s'engager*[1519] ». Cette remarque, qui s'applique d'ores et déjà aux créanciers dans le cadre des sacrifices qu'ils sont amenés à consentir, pourrait désormais s'exprimer pleinement pour la situation de l'actionnaire qui conserverait voix au chapitre pour les décisions d'application du plan de reprise interne au-delà des décisions subséquentes à l'exécution de son engagement de contribuer aux pertes. En tout état de cause, une modification statutaire emportant une augmentation des engagements de l'associé ne devrait pas être contrainte. Ces mesures de rétorsion aux fins de sanctionner l'associé qui ne soutiendrait pas le plan de restructuration proposé devraient être réservées aux procédures curatives. En effet, il est difficile d'œuvrer pour l'attractivité des procédures préventives si l'associé peut être sanctionné et exclu de la société, indépendamment des mécanismes de contribution aux pertes. En ce sens, il convient de noter que l'ordonnance du 15 septembre 2021 n'a pas abrogé le dispositif institué par la loi du 6 août 2015 permettant la cession forcée des titres de l'associé opposant et disposant de la majorité ou d'une minorité de blocage. Cela est d'autant plus pertinent que les hypothèses où l'assemblée générale n'a pas à se prononcer sur les propositions du plan de reprise interne, au profit d'une classe de détenteurs de capital, sont très rares. Le blocage par les associés d'un plan de reprise interne n'est donc pas théorique malgré la réforme prise pour transposer la directive du 20 juin 2019. Le législateur est même allé plus loin dans la coordination entre les deux dispositifs puisqu'aucune cession forcée des titres des détenteurs de capital ne peut être prononcée dans le cadre de l'application forcée du plan. Ce mécanisme d'exclusion repose donc exclusivement sur le dispositif institué par la loi du 6 août 2015[1520].

Chaque associé aura l'occasion de s'exprimer sur les mesures envisagées par le plan en application du droit des sociétés, mais s'agissant des modifications du capital, nous considérons qu'il devrait être possible de surmonter l'éventuelle opposition des associés sur décision de la majorité des créanciers. Ce n'est que dans l'hypothèse où l'associé s'oppose à des mesures étrangères à son engagement de contribuer aux pertes qu'il devrait être possible de sanctionner

[1519] A. Rebérioux, « Les fondements microéconomiques de la valeur actionnariale. Une revue critique de littérature », *Rev. Économique*, 2005, nº 1, 51, spéc. 62.
[1520] Article L. 626-32 du Code de commerce.

C1 - Internal use

cette décision en nommant un mandataire ad hoc ou en prononçant la cession forcée de ses droits sociaux.

SECTION II/ L'EXCLUSION DES ASSOCIÉS

La mise en cause de l'associé qui contreviendrait par son vote à une mesure indispensable à la mise en œuvre du plan adopté, en dehors de l'hypothèse de la mise en œuvre de son engagement de contribuer aux pertes, est déjà appréhendée par la réglementation. En effet, la loi du 6 août 2015 a prévu la nomination d'un mandataire ad hoc ou la cession forcée des droits sociaux de l'associé opposant. Un auteur considère qu'« *il est au demeurant possible de proposer à ceux que le mot d'exclusion choquerait l'expression de dissolution partielle qui correspond parfaitement à l'esprit de cette mesure. Toutes les fois que les juges ont à choisir entre la perspective d'une dissolution pure et simple, rendue souvent inévitable par la mésentente entre associés, et cette dissolution partielle que constitue le rachat des droits sociaux dans le respect des intérêts moraux et matériels de chacun, ils s'honorent en préférant la solution constructive, celle qui fait prévaloir l'avenir des entreprises sur les querelles intestines et les ambitions égoïstes*[1521] ». Il convient de déterminer à quel moment l'associé commet une faute dans l'exercice de son droit de vote justifiant son exclusion (**§1**) et quelles garanties procédurales lui accorder pour assurer la compatibilité de cette mesure avec son droit de propriété (**§2**).

§1/ Les conditions de l'exclusion des associés

Le fait générateur de l'exclusion des associés est l'exercice inapproprié de leur droit de vote (**A**). La loi du 6 août 2015 a également ajouté une condition tenant à la preuve d'un trouble grave pour l'économie ou le bassin de l'emploi (**B**).

A/ La faute de l'associé : une opposition ou une abstention fautive

L'article 238 de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 a réservé les mesures de cession forcée ou de nomination d'un mandataire ad hoc aux opposants disposant d'une majorité ou d'une

[1521] J.-C. Bousquet, « La préservation de l'intérêt social l'emporte sur les prérogatives individuelles des associés », *D.*, 1992, 337.

C1 - Internal use

minorité de blocage. Cette situation conduit à s'interroger sur ce qu'il faut entendre par opposition dans l'hypothèse particulière d'une abstention (**1**) et sur la légitimité du dispositif qui se concentre sur une catégorie d'actionnaires, notamment dans l'hypothèse particulière d'une société au capital dispersé (**2**).

1. L'associé majoritaire ou disposant d'une minorité de blocage

Contrairement à une mesure frappant tous les associés au titre de leur participation aux pertes, l'exclusion ne vise que les associés qui sont en mesure de faire obstacle à l'adoption d'une mesure essentielle du plan de restructuration. Cela voudrait dire qu'un associé minoritaire, même mal intentionné, n'encourt aucune sanction dans la mesure où son vote n'emporte pas à lui seul de conséquence sur l'adoption de la décision sociale attendue pour appliquer le plan. Il s'agit, en effet, de ne sanctionner que les actionnaires disposant d'un pouvoir d'influence sur les décisions sociales. Il est possible de considérer que le législateur a voulu restreindre cette mesure attentatoire au droit de propriété aux seuls actionnaires disposant d'un pouvoir d'influence. Il s'agit de prévoir qu'un actionnaire détenant un pouvoir d'influence sur la prise de décision peut commettre une faute en n'exerçant pas ses prérogatives sociales dans un sens conforme à l'intérêt social[1522]. Cette situation n'est pas de nature à rompre l'égalité entre les associés, considérée comme un principe cardinal du droit des sociétés, dans la mesure où les associés sont objectivement placés dans des situations différentes. En effet, la généralisation du principe majoritaire conduit à conférer un pouvoir décisionnel propre aux associés disposant d'un pouvoir d'influence significatif par la détention de la majorité des droits de vote ou d'une minorité de blocage. Un auteur considère que « *la loi de la majorité, à laquelle est soumise l'assemblée générale des actionnaires, signifie que la volonté exprimée par le plus grand nombre devient la loi de l'ensemble des membres du groupe*[1523] ». Ainsi, si la prise de décision résulte de la volonté des majoritaires ou peut être bloquée par la volonté des minoritaires, il revient à ces derniers de répondre de l'absence de prise de décisions indispensables à l'exécution du plan de reprise interne.

[1522] Un auteur considère que « *la position de l'associé prépondérant confère des prérogatives et pouvoirs particuliers dans la société qui devraient être contrebalancés par une responsabilité et des obligations spécifiques* ». O. Maraud, *Les associés dans le droit des entreprises en difficulté*, préf. L. Sautonie-Laguionie, LGDJ, 359, nº 341.

[1523] A. Constantin, *Les rapports de pouvoir entre actionnaires dans les sociétés anonymes*, th. Paris I, 1998, dir. J. Ghestin, nº 30.

C1 - Internal use

278. Identification de l'associé majoritaire ou disposant d'une minorité de blocage – Pour un auteur commentant la loi de 2015, « *ne courent le risque d'être exclus que les associés s'étant opposés à l'opération et détenant une majorité de droit de vote ou une minorité de blocage*[1524] ». Toutefois, à la lecture de l'article L. 631-19-2 il est possible de distinguer deux hypothèses. En effet, cet article prévoit au 1° qu'il est possible de « *désigner un mandataire chargé de convoquer l'assemblée compétente et de voter l'augmentation de capital en lieu et place des associés ou actionnaires ayant refusé la modification de capital, à hauteur du montant prévu par le plan* ». Il prévoit également alternativement la possibilité d'« *ordonner, au profit des personnes qui se sont engagées à exécuter le projet de plan, la cession de tout ou partie de la participation détenue dans le capital par les associés ou actionnaires ayant refusé la modification de capital et qui détiennent, directement ou indirectement, une fraction du capital leur conférant une majorité des droits de vote ou une minorité de blocage dans les assemblées générales de cette société ou qui disposent seuls de la majorité des droits de vote dans cette société en application d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires, non contraire à l'intérêt de la société* ». Ainsi, s'agissant de la dilution forcée par la nomination d'un mandataire ad hoc chargé de voter l'augmentation de capital nécessaire au plan, tous les associés ou actionnaires sont éligibles, sans que cette mesure soit réservée aux majoritaires ou à ceux disposant d'une minorité de blocage : la seule condition repose sur l'opposition des associés. En revanche, s'agissant de la mesure de cession forcée des titres sociaux, ce dispositif est réservé aux seuls associés majoritaires ou disposant d'une minorité de blocage. Pourquoi une telle distinction ? Le fait générateur des deux dispositifs est le même : l'opposition des associés à une « *modification du capital prévue par le projet de plan de redressement en faveur d'une ou de plusieurs personnes qui se sont engagées à exécuter celui-ci* ».[1525] On comprend que la cession forcée vise à poursuivre deux objectifs : sanctionner l'associé opposant et permettre à ceux qui s'y sont engagés au titre du plan de prendre une participation dans le capital de la société en difficulté malgré l'opposition des associés. C'est pourquoi la cession forcée vise toute ou partie des titres de capital des associés opposants, étant entendu s'agissant de la participation des associés minoritaires que celle-ci peut se révéler insuffisante pour exécuter les engagements pris dans le cadre du plan. Un cumul des dispositifs de cession forcée et de dilution forcée est donc envisageable pour exécuter les dispositions du plan.

[1524] N. Pelletier, « L'éviction de l'associé dans le cadre du plan de redressement », *LEDEN*, oct. 2015, n° EDED-415137-41509, 4.
[1525] Article L. 631-19-2 du Code de commerce.

C1 - Internal use

S'agissant de la cession forcée, seuls sont visés les associés disposant d'une majorité des droits de vote. Il faut ainsi comprendre que l'article L. 233-1 du Code de commerce est inapplicable à ce dispositif, car il vise la détention d'une majorité en capital. Cela est d'autant plus pertinent que la multiplication des cas de désynchronisation des droits de vote et des droits en capital conduit à exclure une majorité en capital pour sanctionner un associé fautif dans la prise de décision sociale. Par ailleurs, le texte ne se réfère pas à la détention de la moitié des droits de vote ou du capital, mais vise une majorité des droits de vote, de sorte qu'il semble nécessaire d'adopter une approche *in concreto* de la majorité des droits de vote. La détention de la moitié du capital permet de présumer que l'associé détient la majorité des droits de vote. Mais la notion de majorité peut également s'entendre de manière relative au regard des pouvoirs que détiennent les autres associés. Comme le note un auteur, « *il est possible de constater* "*un pouvoir politiquement majoritaire mais mathématiquement minoritaire"*[1526] ». S'il est question d'apprécier *in concreto* la détention de droits majoritaires, il peut être plus pertinent de se référer à la notion de contrôle au sens de l'article L. 233-3 du Code de commerce. Ce texte appelle, en effet, à une appréciation « *réaliste du pouvoir sociétaire*[1527] ». En effet, la partie relative au contrôle « de droit » qui repose sur la détention directe ou indirecte d'une fraction du capital confère la moitié des droits de vote. Cela est d'autant plus pertinent que le contrôle de droit peut résulter d'un accord conclu avec d'autres associés et qui n'est pas contraire à l'intérêt social. Cette situation est également prévue par l'article L. 631-19-2 qui vise que « *les associés ou actionnaires ayant refusé la modification de capital et qui disposent seuls de la majorité des droits de vote dans cette société en application d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires, non contraire à l'intérêt de la société* ». La rédaction de cet article est malheureuse, elle vise toutefois la participation des associés qui disposent d'une majorité des droits de vote en application d'un pacte d'actionnaires. Ne sont donc pas visés les actionnaires disposant d'une minorité de blocage au titre d'un pacte d'actionnaires, ni les actionnaires majoritaires en capital. Par ailleurs, cette situation ne prend donc pas en compte une éventuelle coalition – dissimulée – entre associés minoritaires. Il faudra, en effet, être en mesure de prouver l'existence d'un pacte d'actionnaires non contraire à l'intérêt social.

[1526] A. Constantin, précité, nº 45.
[1527] M.-P. Blin-Franchomme, *op.cit.*, nº 713.

C1 - Internal use

279. Qu'en est-il des associés dont les parts sociales ou actions sont indivises ou démembrées ? – Comme pour une réduction du capital social à zéro, ce sont les parts sociales qui sont impactées et non l'associé. Cette conclusion est toutefois hâtive pour les actions démembrées, particulièrement dans le cadre d'une cession forcée des titres sociaux. *A priori* dans le cadre d'un démembrement de propriété des titres sociaux, seul celui qui a voté encourt l'exclusion. Cela dépend donc de la rédaction des statuts et de la répartition du droit de vote entre nu-propriétaire et usufruitier.

Enfin, un auteur s'interroge dans les termes suivants : « *Que se passe-t-il si lors du vote auquel le mandataire participe d'autres associés que ceux qui lors du premier vote refusèrent les mesures proposées ne les approuvent plus*[1528] ? » Cette situation n'est susceptible de poser un problème que lorsque l'actionnaire disposant d'une minorité de blocage est supplanté par le mandataire ad hoc. Le cas échéant, il faudra de nouveau prendre des dispositions pour sanctionner l'associé qui dispose concrètement d'une majorité ou d'une minorité de blocage. Cette situation se révèle néanmoins très théorique.

280. Modifications suggérées du dispositif en vigueur – L'article L. 631-19-2 ne vise que l'hypothèse d'une opposition à une modification du capital social prévue par le projet de plan. Nous avons vu que ce type de décision a vocation à être appréhendé par l'obligation de chaque associé à contribuer aux pertes. Les mesures d'exclusion discutées ici doivent donc viser d'autres délibérations sociales : toute résolution indispensable à l'exécution du plan décidée par les classes de créanciers ou au titre d'une application forcée interclasse, en dehors d'une modification du capital. Il convient donc de modifier le champ d'application de cet article. Par ailleurs, la distinction opérée dans le champ d'application *personae* entre les associés opposants en cas de dilution forcée et les associés opposants disposant d'une majorité ou d'une minorité de blocage en cas de cession forcée ne s'explique pas dans ce cadre spécifique. Enfin, il conviendrait de se référer à la notion de contrôle au titre de l'article L. 233-3 du Code de commerce pour déterminer l'associé majoritaire. Il importe, en effet, de déterminer facilement à partir d'une notion éprouvée en droit des sociétés l'associé susceptible d'être éligible à une exclusion en cas de désapprobation d'une délibération prévue dans le plan. Comme le note un auteur, « *la définition du contrôle de l'article L. 233-3 du code de commerce a pour atout d'être solidement établie en droit des sociétés, mais également en droit des entreprises en difficulté,*

[1528] E. Degenhardt, « La "hiérarchie du bec" toujours renversée en procédure collective ? », *BJE*, nov. 2015, n° 112u2, 432.

C1 - Internal use

matière dans laquelle elle semble avoir les préférences du législateur qui n'a pas hésité à s'y référer de manière explicite ou implicite[1529] ».

2. L'expression de l'opposition des associés

La dilution forcée ou la cession forcée reste subordonnée à une opposition des associés. Cette situation conduit à sanctionner un associé dans l'exercice de son droit de vote. Nous avons vu que le législateur et la jurisprudence ont développé des cas de responsabilité de l'associé dans l'exercice de son droit de vote, sans que cette action en responsabilité soit une réponse pertinente en cas de blocage d'une décision essentielle pour la mise en œuvre du plan. Les mesures d'exclusion se révèlent être un moyen particulièrement efficace au soutien du plan. Elles conduisent à obliger, dans le contexte particulier d'une société en difficulté, l'associé à utiliser son droit de vote conformément à l'intérêt social. Le soutien des mesures prévues au plan est présumé conforme à l'intérêt social pour éviter la liquidation judiciaire. Ces mesures peuvent toutefois questionner au regard d'une analyse anthropomorphique de la personnalité morale de la société qui suppose que l'associé ne peut être reconnu responsable d'une décision sociale, car seule la société l'est. Néanmoins, comme le note un auteur, « *la volonté sociale exprimée dans une délibération traduit la volonté de ses auteurs, donc la volonté des associés l'ayant adoptée. Raison pour laquelle leur responsabilité civile est susceptible d'être engagée sur le fondement de l'article 1240 du Code civil si cette décision procède d'une faute personnelle ayant causé un préjudice aux autres associés ou aux tiers*[1530] ».

281. Qu'en est-il des associés qui se sont abstenus ? – Il reste à déterminer si les actionnaires concernés par les mesures d'exclusion sont ceux qui se sont expressément exprimés contre la délibération litigieuse ou s'il faut étendre le dispositif aux actionnaires abstentionnistes. En effet, un auteur s'interroge dans les termes suivants : « *Cette procédure suppose-t-elle un vote "négatif" des associés ? Peut-elle être mise en vigueur lorsque l'assemblée n'a pas pu se tenir faute de quorum ? L'associé qui refuse de participer à l'assemblée est-il un opposant*[1531] ? » Lors de l'entrée en vigueur de la loi du 6 août 2015, les articles L. 225-96 et L. 225-98 du Code de commerce se référaient, pour le décompte des voix, aux actionnaires présents ou représentés,

[1529] O. Maraud, précité, nº 377.
[1530] M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *op.cit.*, nº 525.
[1531] J.-P. Legros, « Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires. – Sort de la personne morale », 8 mars 2015, fasc. 2390, nº 55.

C1 - Internal use

conduisant à ce qu'une abstention, un vote blanc ou nul soit assimilé à un vote négatif[1532]. Un actionnaire majoritaire ou disposant d'une minorité de blocage pouvait donc s'opposer à l'adoption d'une délibération litigieuse par son abstention ou son vote considéré comme blanc ou nul. Depuis le 10 juillet 2019, la loi dite de simplification, de clarification et d'actualisation du Code de commerce[1533] est venue bouleverser la méthodologie de calcul des taux d'approbation aux assemblées générales des sociétés anonymes. En effet, les abstentions ne sont plus comptabilisées comme des votes négatifs et sont extraites du calcul. Désormais l'abstention est neutralisée du vote, de sorte qu'il est difficile de considérer ce comportement comme fautif : même s'il ne concourt pas à l'adoption d'une délibération utile au plan de la restructuration de la société, il ne l'entrave plus. Il est aujourd'hui acquis que l'associé peut commettre une faute dans l'exercice de son droit de vote susceptible d'être sanctionnée au titre d'un détournement de pouvoir, lorsqu'il est prouvé qu'il a utilisé son droit de vote à des fins personnelles et non dans l'intérêt social.

Un associé peut donc commettre une faute lorsqu'il s'oppose à une décision nécessaire à l'exécution du plan alors qu'il dispose d'un pouvoir d'influence sur la prise de décision sociale. La loi Macron est toutefois allée plus loin dans la délimitation du champ d'application de ces mesures d'exclusion, en réservant ce dispositif aux associés d'une société en difficulté pouvant causer un trouble grave pour l'économie ou le bassin de l'emploi.

B/ Un trouble grave pour l'économie ou le bassin de l'emploi

La loi du 6 août 2015 pose des conditions additionnelles à la mise en œuvre des mesures d'exclusion de la société en difficulté dont la principale est le grave trouble pour l'économie ou le bassin de l'emploi. Il s'agit de mesurer si ces conditions sont adaptées à l'exclusion d'un associé qui s'opposerait à des mesures indispensables au plan de reprise interne au-delà des décisions relatives à la variation du capital.

[1532] J.-F. Hamelin, « Abstentions, votes blancs ou nuls et calcul de la majorité », *Droit des sociétés*, n° 10, octobre 2019, comm. 171.
[1533] Article 21.

C1 - Internal use

1. Le régime issu de la loi Macron

282. Une mesure réservée au redressement judiciaire – Pour encourir une mesure d'exclusion, il existe un prérequis : l'existence d'un plan de reprise interne, qui est un mode de continuation de la société possible dès la conciliation, la sauvegarde et le redressement judiciaires. En revanche, lorsque la société est en liquidation judiciaire, le plan de reprise interne, qui n'est pas conçu comme un mode de liquidation de la société, empêche de concevoir une cession forcée. En effet, un auteur avait déjà conclu qu'il « *importe que la dissolution du groupement ne soit pas définitivement acquise ; en second lieu, il est nécessaire que la mise à l'écart de l'associé fasse disparaître tout risque de dissolution de la société*[1534] ». Il reste à déterminer si les mesures d'exclusion de l'associé sont envisageables dans le cadre d'une procédure préventive de restructuration des difficultés. À l'instar du dispositif prévu par la loi Macron, il est possible de considérer que la cession forcée ou la dilution forcée est exclue en sauvegarde, mesure volontaire par excellence. Cette exclusion est d'ailleurs propice à dynamiser et rendre plus attractive pour le dirigeant cette procédure préventive, en l'absence de cessation des paiements. Il serait, en effet, difficilement justifié d'exclure un associé alors que la société n'est pas en état de cessation des paiements. Ainsi, l'opposition des associés ne sera considérée comme déraisonnable que si elle aboutit à prendre le risque de convertir la procédure en liquidation. D'ailleurs, selon un auteur, le risque de conversion de la sauvegarde en redressement peut constituer une épée de Damoclès suffisamment persuasive pour faire coopérer les associés au succès du plan de sauvegarde[1535]. Ces mesures sont donc réservées au redressement judiciaire et à un projet de plan de continuation.

283. Trouble grave à l'économie nationale ou régionale et au bassin d'emploi – L'article L. 631-19-2 du Code de commerce requiert la démonstration que la cessation d'activité de la société débitrice est de nature à causer un trouble grave à l'économie nationale ou régionale et au bassin d'emploi. Comme nous l'avons vu, l'exclusion d'un associé constitue une atteinte au droit de propriété de celui-ci – contrairement au prononcé de l'engagement à contribuer aux pertes. Pour justifier une telle atteinte, il est donc requis la démonstration que cette mesure est justifiée et proportionnée compte tenu du but d'intérêt général qu'il s'agit de protéger. À ce titre, le législateur a requis la démonstration d'un trouble grave à l'économie nationale ou régionale et au bassin de l'emploi. Cette condition a été présentée comme une mise en balance

---

[1534] J.-P. Storck, « La continuation d'une société par l'élimination d'un associé », *Rev. Sociétés*, 1982, 241.
[1535] R. Dammann, F.-X. Lucas, « Le nouveau dispositif de dilution ou d'éviction de l'associé qui ne finance pas le plan redressement de la société », *BJS*, 1er octobre 2015, nº 521.

C1 - Internal use

de l'atteinte au droit de propriété de l'associé avec celle visant le droit de propriété du créancier[1536]. Il est donc question de légitimer l'atteinte au droit des associés et des créanciers en faisant référence, en filigrane, aux intérêts des salariés (« trouble au bassin de l'emploi ») et aux autres parties prenantes (« économie nationale ou régionale »). Nous comprenons qu'il s'agit de démontrer l'atteinte à un intérêt général allant au-delà de la société en difficulté. Néanmoins, comme le note un auteur[1537], le Conseil constitutionnel avait déjà reconnu qu'éviter « *l'aggravation irrémédiable de la situation de l'entreprise* » constituait un but d'intérêt général[1538]. Il n'était donc pas nécessaire de faire référence à un trouble macro-économique. En effet, non seulement ces notions ne sont pas définies mais elles ne sont aussi pas indispensables puisque le Conseil constitutionnel a confirmé une analyse de l'intérêt général à un niveau micro-économique, c'est-à-dire à l'échelle de la société en difficulté.

284. Une solution subsidiaire en l'absence de plan de cession – La loi du 8 août 2015 ajoute une condition de subsidiarité par laquelle il doit être démontré que le plan de reprise interne constitue « *la seule solution permettant d'éviter ce trouble et permett[ant] la poursuite de l'activité, après examen des possibilités de cession totale ou partielle de l'entreprise* ». Cette condition tenant à l'absence de solution alternative est toutefois contestable : une offre de cession avec un prix faible et une reprise du personnel peu ambitieuse peut constituer une solution moins-disante. Cette hiérarchie implicite entre plan de cession et plan de reprise interne n'est pas justifiée. En effet, il est étonnant que l'éviction forcée soit conditionnée à l'absence de plan de cession possible alors que ce plan est souvent jugé pénalisant pour les salariés, les créanciers et les associés[1539]. Un plan de cession est donc de nature à causer un trouble grave à l'économie et au bassin de l'emploi. Par ailleurs, cette condition tenant à vérifier qu'aucun plan de cession n'est possible est incompatible avec la condition de délai conduisant à prononcer l'éviction des associés dans un délai de trois mois suivant le jugement d'ouverture[1540]. Cette

---

[1536] S. Vermeille, V. Rotaru, « La directive restructuration : un texte sans socle intellectuel cohérent, mais une opportunité unique pour la France », site *Droit & Croissance*.

[1537] E. Gicquel, M. Roussille, « Le nouveau droit des entreprises en difficultés à l'épreuve du droit constitutionnel », *in* « Le nouveau droit des entreprises en difficultés, Actes de colloque », *Gaz. Pal.*, 31 déc. 2014 au 3 janv. 2015, nº 365 à 3, 32, spéc. 35.

[1538] Cons. const., nº 2012-286 QPC7 décembre 2012.

[1539] Un auteur parle d'expropriation économique des associés : G. Couturier, *op.cit.*.

[1540] En application de l'article L. 631-22 du Code de commerce, « *les juges du fond ne peuvent examiner les offres de reprise dans le cadre d'un plan de cession qu'après avoir rejeté le plan de redressement* ». Par ailleurs, l'augmentation de capital forcée doit intervenir dans un délai de trois mois, ce qui permettrait aux associés de proposer un plan alternatif.

C1 - Internal use

condition tenant à l'absence de plan de cession est donc injustifiée et rend improbable l'éviction des associés, devenue un « *tigre de papier*[1541] ».

285. Un dispositif réservé aux grandes sociétés – Il faut comprendre que pour éviter la censure du Conseil constitutionnel, le législateur de 2015 a tenté d'offrir le maximum de garanties afin d'assurer que les mesures prévues dans le plan sont indispensables à sa mise en œuvre et *in fine* à la pérennité de la société. Néanmoins, si l'on considère que le comportement de l'associé récalcitrant est abusif et justifie son éviction totale ou partielle, il est peu compréhensible que cette sanction soit réservée à certaines sociétés, en raison de leur taille. Faut-il considérer que le trouble grave à l'économie qui légitime, pour le Conseil constitutionnel, l'atteinte au droit de propriété de l'associé ne se comprend que dans des sociétés employant plus de 150 salariés ? Dans les sociétés dont l'effectif est moindre, il ne pourrait y avoir de trouble grave à l'économie. Cette acception est contestable. À défaut, cela veut dire que l'atteinte à l'emploi issue d'une opposition illégitime de l'associé est justifiable en deçà de 150 salariés, au-delà l'opposition illégitime peut être sanctionnée. Ce seuil est peu compréhensible.

2. Proposition de réforme

Les conditions posées par la loi du 8 août 2015 semblent superfétatoires. *A contrario*, les mesures indispensables pour rendre le prononcé de l'exclusion effectif n'ont pas été prévues. En effet, s'il est prévu que les clauses d'agrément sont réputées non écrites, les cas d'agrément légaux demeurent, ainsi que les clauses de préemption, de pacte de préférence, de promesse d'achat ou cession de titres[1542]. Or, les clauses contrevenant à la libre disposition des titres sont susceptibles de bloquer l'opération, c'est pourquoi l'avant-projet d'ordonnance visant la transposition de la directive du 20 juin 2019 propose pertinemment la neutralisation des clauses d'agrément et de « *toutes les autres clauses limitant la libre disposition des actions*[1543] ».

[1541] R. Dammann, F.-X. Lucas, « Le nouveau dispositif de dilution ou d'éviction de l'associé qui ne finance pas le plan de redressement de la société », *Bull. Joly Sociétés*, 1er octobre 2015, nº 10, 521.
Voir Cass. com., 4 nov. 2014, nº 13-21712 : D. 2014, 2294 ; Act. Proc. Coll. 2014, comm. nº 337. obs. J. Vallansan ; Leden déc. 2014, 2, nº 172, obs. E. Mouial-Bassilana.

[1542] A. Diesbecq, « La cession interne : un mode original de transmission de l'entreprise en difficulté », *Gaz. Pal.*, 21-22 janvier 2009, 3.

[1543] http://www.textes.justice.gouv.fr/textes-soumis-a-concertation-10179/restructuration-et-insolvabilite-des-entreprises-33684.html

C1 - Internal use

Le dispositif tel qu'il est prévu par la loi du 8 août 2015 est extrêmement complexe, ce qui rend peu probable sa mise en œuvre et cela sans justification économique pertinente. L'exclusion d'un associé devrait être possible lorsqu'une mesure, autre que la variation du capital, est indispensable à la mise en œuvre du plan, de sorte que l'opposition de l'associé sera considérée comme fautive, car conduisant à résilier le plan, ce qui est de nature à remettre en cause la pérennité de la société en difficulté.

Encore faut-il que les garanties de procédures prévues soient de nature à assurer la constitutionnalité de la mesure.

§2/ Le prononcé de l'exclusion des associés

L'exclusion d'un associé ne devrait être possible qu'en cas de juste et préalable indemnisation et dans la mesure où il est permis aux autres associés de se retirer (**A**). Par ailleurs, l'associé concerné devrait également pouvoir être entendu et disposer des voies de recours appropriées (**B**).

A/ Indemnisation et droit de retrait

L'associé exclu doit être indemnisé, ce qui implique de déterminer les modalités de paiement du prix de cession. Si les mesures d'exclusion concernent un associé majoritaire, les autres associés devraient être en mesure de demander leur retrait.

1. Indemnisation de l'associé sanctionné en question

L'exclusion de l'associé, en dehors de sa contribution aux pertes, dans le cadre d'une décision fautive constitue une atteinte au droit de propriété. À ce titre, il convient de l'indemniser de la perte de sa propriété avec une juste et préalable compensation en application de l'article 545 du Code civil.

286. Moment de la perte de la qualité d'associé – L'article 1860 dispose qu'à moins que les associés ne décident unanimement une dissolution, « *s'il y a déconfiture, faillite personnelle, liquidation de biens ou règlement judiciaire atteignant l'un des associés, […], il est procédé,*

C1 - Internal use

[…] au remboursement des droits sociaux de l'intéressé, lequel perdra alors la qualité d'associé ». La troisième chambre civile estime que l'associé ne perd sa qualité qu'au moment du remboursement de ses droits. La chambre commerciale a considéré qu'il en allait de même en cas de retrait d'un associé[1544]. Toutefois, cette solution n'est pas sans poser problème puisque la société conserve un associé qui a perdu tout affectio societatis mais qui reste tenu aux pertes. Pour un auteur, cette solution, par son caractère général, vaut également pour traiter du moment de l'exclusion d'un associé[1545]. Elle pourrait se comprendre dans la mesure où l'exclusion est une atteinte au droit de propriété. Si la doctrine est majoritairement critique à l'égard de cette solution, aucune autre date ne fait consensus : est-ce la date de décision de la cession forcée, celle du transfert de la propriété ou celle de l'annulation des actions ? La solution la plus conforme à la notion de cession forcée semble de faire coïncider la perte de la qualité d'associé avec la date de transfert de propriété, c'est-à-dire dès l'accord sur la chose et le prix. L'accord sur la chose proviendra de la décision du tribunal. L'accord sur le prix sera obtenu bien souvent grâce à l'intervention d'un expert. En matière de cession forcée des droits sociaux d'un dirigeant-associé, il a déjà été jugé qu'en l'absence de disposition expresse le paiement du prix fixé à dire d'expert doit intervenir sans délai ou à défaut avec intérêt à compter du jour du transfert[1546]. Il faut noter que pour la cession forcée des titres du dirigeant-associé, Madame Cérati-Gauthier considère que « *le dirigeant cédant bénéficiera alors d'une créance personnelle qu'il n'aura pas à déclarer puisqu'il ne s'agit pas d'une dette dont est tenue la personne morale débitrice. Par conséquent, son remboursement ne sera pas subordonné à la condition d'apurement du passif*[1547] ». De la même façon, l'associé n'aura pas à déclarer cette créance et ne sera pas soumis au principe d'interdiction des paiements dans la mesure où cette cession intervient nécessairement après l'adoption du plan, c'est-à-dire hors période d'observation, dans le cas d'un rachat par la société de ses propres actions. *A contrario,* on pourrait considérer qu'il s'agit d'une créance postérieure utile à la procédure puisqu'indispensable à l'adoption du plan de continuation et à la clôture de la période d'observation.

[1544] L. Godon, « Exercice par un associé de son droit de retrait : date d'évaluation des parts sociales et date de la perte de la qualité d'associé », *Rev. Sociétés*, 2001, 343.
[1545] M. Laroche, « Perte de la qualité d'associé : quelle date retenir ? », *D.*, 2009, 1772.
[1546] Cass. com., 1er juill. 1997 : JCP E 1998, nº 1-2, 29, obs. Ph. Pétel ; Rev. proc. coll. 1998, comm. 265, obs. B. Soinne ; D. 1997, inf. rap., 177 ; D. Affaires 1997, 934.
[1547] Cérati-Gauthier, *op. cit.*, nº 421.

C1 - Internal use

287. Date d'appréciation – La question sera de savoir à quelle date il faut apprécier la valeur des actions. On sait qu'en matière de cession forcée des droits sociaux d'un dirigeant-associé, la jurisprudence refuse une estimation au jour du jugement d'ouverture : l'évaluation interviendra le jour de la cession forcée. Comme le note un auteur, plus l'estimation est proche de l'adoption du plan, plus la valeur des titres sera importante en principe[1548]. Il faut également établir à quel moment l'évaluation doit être faite : prendre en compte la valeur actuelle de la société conduirait à omettre les chances de reprise économique, objet du plan de continuation, et pour lesquelles la liquidation judiciaire a été écartée. *A contrario*, prendre en compte la valeur future de la société conduit à s'exposer à des estimations hasardeuses et sources de contestations. Dans un arrêt *Re Bluebrook Ltd*[1549], les juges anglais ont écarté la possibilité de prendre en compte la valeur future de la société et se sont attachés à sa valeur liquidative pour mesurer les droits des créanciers subordonnés[1550]. La valeur future et prévisionnelle semble trop aléatoire et inadaptée à une mesure de sanction, car elle pourrait favoriser des comportements opportunistes. La valeur liquidative semble la plus adaptée.

288. Évaluation des titres – Il faut noter qu'en matière de cession forcée des droits sociaux d'un dirigeant, il a déjà été jugé que l'intervention de l'expert prévu à l'article L. 631-19-1 du Code de commerce est d'ordre public et s'impose même si la valeur présumée des droits sociaux est dérisoire[1551]. Néanmoins l'article L. 631-19-1 ne fait pas référence à l'intervention d'un expert agissant au titre de l'article L. 1843-4 du Code civil, ce dont s'étonnent des auteurs[1552]. Pour M. le Professeur Lucas, l'absence de référence à l'article L. 1843-4 du Code civil est volontaire dans la mesure où elle permet de « *s'émanciper d'une éventuelle méthode d'évaluation des droits sociaux prévue pour le cas où la société est in bonis*[1553] ». En effet, la Cour de cassation a défié la justice contractuelle en considérant que les dispositions des parties en matière d'évaluation des titres sociaux n'étaient pas opposables au tiers évaluateur dans le cadre de son office, la valeur des parties n'étant pas forcément la juste valeur. La Haute

---

[1548] J. Paillusseau et al., *op. cit.*, nº 991.
[1549] Re Bluebrook Ltd [2009°] EWHC (Ch).
[1550] Cité par M. Houssin, *La subordination de créance, analyse de la subordination à l'épreuve de la procédure collective*, préf. F.-X. Lucas, LGDJ, Bibliothèque de droit des entreprises en difficultés, tome 15, 2018, 233, nº 291.
[1551] CA Grenoble, 16 juin 1988 : RJ com. 1990, 228, note Ch.-H. Gallet, cité par A. Cérati-Gauthier. Cons. const., 7 oct. 2015, nº 2015-486 QPC, JCP E 2015, 1562, note A. Cérati-Gauthier.
[1552] R. Dammann, F.-X. Lucas, « Le nouveau dispositif de dilution ou d'éviction de l'associé qui ne finance pas le plan de redressement de la société », *Bull. Joly Sociétés*, 1er octobre 2015, nº 10, 521.
[1553] A. Gaudemet, M.-H. Monsèrié-Bon, « Reprise interne d'une société en difficulté », *Revue des procédures collectives*, nº 6, novembre 2015, dossier 56.

C1 - Internal use

Juridiction a cherché à réguler le prix de sortie de l'associé au nom du principe d'égalité entre les associés : « *Chaque associé doit être traité comme les autres lorsqu'il s'agit de fixer la valeur de ses droits nés de sa participation aux bénéfices, profits et pertes*. » La Cour de cassation a voulu ainsi s'assurer que la sortie forcée d'un associé ne soit pas l'occasion d'un profit illégitime. La loi est désormais revenue sur cette jurisprudence et les méthodes de détermination du prix fixées entre les parties s'imposent à l'expert même dans le cadre d'une cession forcée de titres sociaux. Dans le cadre de la cession forcée des titres d'un dirigeant, le prix est fixé par un expert faute d'accord amiable.

2. Droit de retrait des autres associés en question

289. Droit de retrait – Les autres associés peuvent choisir de ne pas demeurer dans la société avec le tiers investisseur imposé par le tribunal et ont la possibilité de demander le rachat de leurs titres par ce tiers. Un auteur note que cette procédure *« s'apparente aux clauses de sortie conjointe (drag along) permettant à l'associé minoritaire de sortir en même temps que le majoritaire de façon à ne pas demeurer prisonnier de la société, avec un nouvel associé qu'il n'a pas choisi puisque c'est le tribunal qui lui impose*[1554] ». Qu'en est-il de la mise en œuvre ? La possibilité est-elle prévue dès le plan ? Dans le cas contraire, s'agit-il d'une modification substantielle du plan nécessitant l'accord du tribunal ou d'un élément connexe extérieur au plan ? Pour mettre en œuvre ce droit de retrait, il faut tout de même un repreneur prêt à prendre le contrôle de la société en difficulté. Racheter les titres d'un associé minoritaire récalcitrant ne conduit pas *ipso facto* à être obligé de prendre le contrôle de la société. Le droit de retrait devrait être limité à une cession forcée d'une participation majoritaire. Par ailleurs, les autres associés risquent de ne pas être intéressés par leur retrait au moment de l'adoption du plan – surtout si l'on retient une valeur liquidative des titres –, dans la mesure où ils ne pourront bénéficier des avantages du plan et ainsi espérer un retour à meilleure fortune. Il devrait en être de même lorsque la société est cotée dans le cadre d'une offre publique de retrait. Il faut toutefois s'assurer auparavant que les garanties procédurales ont été accordées à l'associé exclu.

[1554] R. Dammann, F.-X. Lucas, « Le nouveau dispositif de dilution ou d'éviction de l'associé qui ne finance pas le plan de redressement de la société », *Bull. Joly Sociétés*, 1er octobre 2015, no 10, 521.

C1 - Internal use

B/ Garanties procédurales

Il importe de déterminer qui peut demander l'exclusion des associés et dans quelles conditions (**1**) et quelles sont les voies de recours possibles dans cette occurrence (**2**).

1. Demande attitrée

290. Personnes habilitées – Un auteur[1555] s'interroge sur les personnes habilitées à demander la mise en œuvre de cette procédure. Plusieurs hypothèses sont envisageables : l'administrateur, le tribunal se saisissant d'office ou une mesure réservée au ministère public. S'agissant de la cession forcée des actions du dirigeant, cette mesure ne peut être demandée que par le procureur de la République. Depuis la réforme du 26 juillet 2005, l'administrateur et le tribunal se saisissant d'office ne peuvent plus demander la cession forcée des actions du dirigeant[1556]. Par conséquent, le dirigeant ou la société ne peuvent demander une telle mesure[1557]. La Cour de cassation a rappelé que la demande du ministère public devait être réalisée dans les mêmes conditions que la requête tendant au remplacement du dirigeant (article R. 631-34-1)[1558]. Le tribunal doit convoquer le dirigeant quinze jours au moins avant l'audience en joignant la requête écrite et motivée du ministère public. Le tribunal pourra statuer après avoir entendu l'intéressé, l'administrateur, le représentant du comité d'entreprise ou les délégués du personnel à défaut. Pour un auteur, cette extension des garanties procédurales relatives au remplacement du dirigeant à la cession forcée de ses actions se justifie pleinement au regard des principes constitutionnels en jeu : le droit de propriété et la liberté d'entreprendre[1559]. Il convient de noter que pour la cession forcée des actions du dirigeant, les procureurs avaient tendance à ne pas demander cette mesure malgré la demande des administrateurs judiciaires : « *Il est dommage qu'il y ait ce filtre du procureur, car bien souvent le procureur ne veut pas trop s'en mêler. Il considère que ce sont des combats d'intérêts privés.[…]*[1560] »

[1555] J.-P. Legros, « Le droit des sociétés en difficulté après la loi Macron », *Dr. Sociétés*, nov. 2015, 9, étude nº 17.
[1556] A. Cérati-Gauthier, « La cession forcée des titres des dirigeants sociaux », *LPA*, 1-2 janvier 2004, 4.
[1557] Cass. com., 4 févr. 2003, RJDA 2003, nº 745.
[1558] Cass. com., 22 mai 2013, nº 12-15.305 : obs. A. Cérati-Gauthier, JCPE nº 25, 20 juin 2013, 22 ; note T. Favario, BJE juill. 2013, nº 110b3.
[1559] Cass. com., 22 mai 2013, nº 12-15305, PB, note T. Favario, BJE juill. 2013, nº 110b3.
[1560] E. Hess, M. Menjucq, J.-L. Grevet, T. Bellot, A. Taste, « La confrontation du droit des entreprises en difficulté et du droit des sociétés : qui sont les principaux bénéficiaires : les associés, les dirigeants ou les investisseurs ? », *Revue des procédures collectives*, nº 5, septembre 2010, entretien 3.

C1 - Internal use

Si la société est admise sur un marché réglementé ou un système de négociation multilatérale, l'AMF doit être consultée selon la loi Macron et « *les articles L. 433-1 et suivants du Code monétaire et financier reçoivent application*[1561] ». L'AMF jouerait un rôle dans le cadre de l'offre de retrait visant à s'assurer l'égalité des associés et la transparence des marchés.

Pour Monsieur Couturier, la demande doit forcément émaner du ministère public représentant l'intérêt général (qui va permettre de justifier le « retrait forcé » de l'associé) et du mandataire judiciaire chargé de représenter l'intérêt commun des créanciers. De la même façon, cet auteur envisage l'audition de l'associé par le tribunal et la possibilité de former appel de la décision que celui-ci prendra[1562].

2. Voies de recours

L'article L. 661-1 du Code de commerce autorise l'appel et le pourvoi en cassation des décisions statuant sur la désignation d'un mandataire chargé de voter l'augmentation de capital ou la cession des droits sociaux des associés récalcitrants. Il faut noter que seul l'appel du ministère public est suspensif (article L. 661-1, II). En principe, l'appel contre les jugements statuant sur le plan de sauvegarde ou de redressement est fermé aux candidats repreneurs non retenus et aux associés du débiteur. En effet, après de longues années de résistance[1563], la Cour de cassation a ouvert l'appel aux dirigeants en considérant que la cession forcée de leurs titres constituait une mesure accessoire au plan de continuation : il s'agit « *d'une disposition détachable du plan arrêté*[1564] ». La Haute Juridiction a considéré que l'appel pouvait concerner le principe de la cession forcée ou ses modalités[1565]. Ainsi, sur la base du traitement des dirigeants-actionnaires dont la cession forcée des actions a été prononcée, nous pouvons considérer que les associés faisant l'objet d'une exclusion sur décision du tribunal dans le cadre de l'adoption du plan de continuation disposeraient des voies de recours usuelles contre cette décision.

[1561] J.-P. Legros, « Le droit des sociétés en difficulté après la loi Macron », *Dr. Sociétés*, nov. 2015, 9, étude n° 17.
[1562] G. Couturier, *op. cit.*, n° 585.
[1563] Après avoir refusé l'appel au motif que les recours étaient attitrés à des personnes autres que le dirigeant (Rennes, 24 juin 1998, Droit des sociétés 2000, n° 5, note Chaput), la Cour de cassation avait limité le recours aux modalités de la cession forcée.
[1564] Cass. com., 1er juillet 1997, D 1999, 117 ; J.C.P. 1997 IV. 1885 et 19998 I. 111, n° 2, obs. Ph. Pétel.
[1565] Cass. com., 26 juin 2001 : Act. Proc. Coll. 2001, n° 186 ; JCP 2001 IV 2573 et éd. 2001, 1505 ; BRDA 15/16/2001, 4 ; Bull. Joly 2002 244.

C1 - Internal use

La délimitation du champ de l'éviction de l'associé aux variations du capital social invite à réfléchir à un régime d'exclusion de l'associé dans le cas où d'autres décisions sociales pourraient contrevenir à l'adoption d'un plan de reprise interne. Le dispositif instauré par la loi du 6 août 2015 semble adapté, d'autant que l'ordonnance du 15 septembre 2021 en a maintenu le principe malgré la consécration de classes de détenteurs de capital. Il est donc possible de prononcer l'éviction des associés d'une société en difficulté sur la base des décisions des classes de parties affectées - ou dans le cadre d'une application forcée interclasse - et une exclusion d'un associé par la cession forcée de ses titres sociaux dans le cadre de la loi du 6 août 2015. Néanmoins, pour assurer une parfaite complémentarité des deux régimes, il convient d'adapter le régime d'exclusion des associés d'une société en difficulté.

C1 - Internal use

CONCLUSION

La figure de l'associé ne peut se réduire à l'exercice de droits de créance compte tenu de l'existence de droits extrapatrimoniaux lui conférant un rôle unique dans la société. Lorsque la société est *in bonis*, l'exercice des droits patrimoniaux et l'exercice des droits extrapatrimoniaux sont intimement liés et constituent un tout indissociable. En revanche, lorsqu'elle est en difficulté et sollicite des exceptions à la force obligatoire des contrats sous l'autorité du juge, les droits patrimoniaux *stricto sensu* des associés sont aménagés à l'instar de ceux de tous les créanciers sociaux (**Première Partie, Titre 1, Chapitre 1**). Les droits extrapatrimoniaux sont maintenus en vertu de l'application cumulative du droit des sociétés et du droit des procédures collectives. Cette situation conduit à conférer à l'associé un droit de blocage d'un plan de reprise interne. La mainmise sur la société, pleinement légitime lorsqu'elle est *in bonis*, est contestable lorsqu'elle est en difficulté dans la mesure où l'associé dispose d'une créance de dernier rang. Si le droit des procédures collectives est conçu comme un outil de rationalisation des efforts de restructuration de la société entre les différentes parties prenantes, il convient de s'assurer que l'exercice des droits extrapatrimoniaux des associés ne conduit pas à annihiler la nature hypochirographaire de leur créance sur laquelle est fondé le contrat de société (**Première Partie, Titre 1, Chapitre 2**).

La préservation des droits extrapatrimoniaux de l'associé a été justifiée par l'existence de droits fondamentaux rendant impossible leur aménagement. Néanmoins, si l'on considère que les droits d'un associé peuvent être révisés dans la mesure de la compatibilité avec la nature hypochirographaire de sa créance sur la base de son engagement à contribuer aux pertes, alors ces obstacles issus du droit des sociétés sont inopérants (**Première Partie, Titre 2, Chapitre 1**).

Par ailleurs, sur la base de l'application cumulative du droit des sociétés et du droit des entreprises en difficulté, il pourrait être soutenu que les garde-fous issus du droit des sociétés permettraient d'inciter l'associé à utiliser ses prérogatives extrapatrimoniales dans un sens compatible avec ses engagements de créancier de dernier rang. Or, nous avons vu que la théorie de l'abus de droit est inopérante dans le cas étudié. De la même façon, une action en responsabilité pour un mésusage des prérogatives sociales est exceptionnelle et inappropriée dans un contexte de procédure collective (**Première Partie, Titre 2, Chapitre 2**).

C1 - Internal use

Néanmoins, la solution peut trouver sa source dans les données du problème. C'est parce que le droit des sociétés continue à s'appliquer que l'associé est en décalage avec ses engagements issus du contrat de société : la contribution aux pertes. Il convient dès lors de profiter du maintien du droit des sociétés, même dans le contexte d'ouverture d'une procédure collective, pour opposer aux associés leur obligation de contribuer aux pertes. De cet engagement, l'associé tire sa qualité de créancier de dernier rang. Il convient donc de s'assurer que l'engagement de contribuer aux pertes peut être actionné dans le cadre particulier d'une procédure collective. À ce titre, il est préconisé de consacrer une hypothèse légale de contribution aux pertes lorsqu'une société débitrice sollicite une suspension des poursuites et des paiements des dettes antérieures et dans la mesure où ses fonds propres sont inférieurs au capital social. Dans cette hypothèse, l'associé, qui s'est engagé à perdre sa créance d'apport si les pertes sont d'un niveau tel que les créanciers ne seront pas intégralement désintéressés, doit contribuer aux pertes (**Deuxième Partie, Titre 1, Chapitre 1**).

Cette analyse renouvelée du rôle de l'associé dans la procédure collective implique pour être pertinente que les principes de hiérarchie des créanciers soient pleinement consacrés. Or, dans le cadre des comités de créanciers, l'ordre de priorité entre les créanciers n'était pas respecté. À l'unisson avec la directive du 20 juin 2019, il est soutenu une réforme du droit des procédures collectives propre à assurer que tous les créanciers affectés votent les mesures de restructuration de la dette qui leur sont proposées, réunis au sein de classes de créanciers partageant les mêmes caractéristiques, peu important la taille de la société débitrice. Il reste à s'assurer que les aménagements de la dette respectent l'ordre de priorité instauré entre les créanciers selon un référentiel estimé à partir de la valeur liquidative de la société ou, le cas échéant, de la valeur d'un plan alternatif (**Deuxième Partie, Titre 1, Chapitre 2**).

Ces principes constituent une révolution du droit des procédures collectives. Il a donc fallu revisiter les principes communs, de l'ouverture d'une procédure à l'adoption du plan, pour appréhender dans le détail les modalités d'éviction d'un associé. La directive a, à ce titre, posé les jalons d'une future réforme à géométrie variable compte tenu du nombre d'options ouvertes aux États membres, rendant *de facto* très disparates les tentatives d'harmonisation en Europe du droit de la prévention des difficultés. Néanmoins, si la notion pivot demeure la contribution aux pertes, les principes directeurs supposent de vérifier l'état financier de la société pour engager les associés dans une procédure d'éviction (**Deuxième Partie, Titre 2, Chapitre 1**).

Cependant le champ d'application de l'éviction des associés est nécessairement réduit aux décisions relatives à l'engagement de contribuer aux pertes, ce qui ouvre la porte à d'autres

C1 - Internal use

décisions sociales susceptibles de bloquer l'adoption d'un plan de reprise interne. À cet égard, les mécanismes de sanction mis en place par le législateur français pourraient utilement permettre de surmonter ce droit de véto, s'il apparait illégitime. Encore faut-il que ce dispositif soit réformé pour appréhender ces nouvelles situations et surtout que les conditions de son application soient allégées afin de le rendre plausible et suffisamment comminatoire (**Deuxième Partie, Titre 2, Chapitre 2**).

C1 - Internal use

ANNEXE – TABLEAU RECAPITULATIF DES PROCÉDURES COLLECTIVES ET SEMI-COLLECTIVES FRANÇAISES

	SAUVEGARDE [i]		SAUVEGARDE ACCÉLÉRÉE	REDRESSEMENT JUDICIAIRE[ii]	
	PME[iii]	**Autres sociétés**		**PME[3]**	**Autres societés**
Nature des difficultés	La société débitrice qui, sans être en cessation des paiements, justifie de difficultés qu'elle n'est pas en mesure de surmonter[iv].		La société débitrice engagée dans une procédure de conciliation justifie avoir élaboré un projet de plan tendant à assurer la pérennité de l'entreprise, susceptible de recueillir, de la part des parties affectées, un soutien suffisamment large pour rendre vraisemblable son adoption dans le délai de 4 mois[v]. L'état de cessation des paiements de la société n'excède pas 45 jours.	La société débitrice est en état de cessation des paiements depuis plus de 45 jours et son redressement n'est pas manifestement impossible[vi].	
Durée de la procédure	Durée maximale de 12 mois : six mois qui peut être renouvelée une fois, pour une durée maximale de six mois, par décision spécialement motivée à la demande de l'administrateur, du débiteur ou du ministère public[vii].		Durée maximale de 4 mois : un délai de deux mois à compter du jugement d'ouverture. A la demande du débiteur et de l'administrateur judiciaire, le tribunal peut proroger ce délai sans que la durée totale de la procédure ne puisse excéder quatre mois[viii].	Durée maximale de 18 mois : six mois qui peut être renouvelée une fois, pour une durée maximale de six mois, par décision spécialement motivée à la demande de l'administrateur, du débiteur ou du ministère public[ix]. Cette durée peut être exceptionnellement prolongée à la demande du procureur de la République par décision spécialement motivée du tribunal pour une durée maximale de six mois[x].	
Initiative de la procédure	Sur demande de la société débitrice[xi].			Sur demande de la société débitrice[xii], le ministère public[xiii], sur assignation d'un créancier[xiv], le tribunal en cas d'échec de la procédure de conciliation ou de sauvegarde.	
Initiative du plan	La société débitrice représentée par son dirigeant, avec, le cas échéant, le concours de	La société débitrice représentée par son dirigeant, avec, le cas échéant, le concours de l'administrateur.		La société débitrice représentée par son dirigeant, avec, le cas échéant, le concours de l'administrateur et toutes parties affectées[xvi].	

C1 - Internal use

	SAUVEGARDE [i]		SAUVEGARDE ACCÉLÉRÉE	REDRESSEMENT JUDICIAIRE[ii]	
	PME[iii]	**Autres sociétés**		**PME[3]**	**Autres sociétés**
	l'administrateur. Les détenteurs de capital du débiteur, s'ils sont affectés par le projet de plan, peuvent apporter une contribution non monétaire à la restructuration, notamment en mettant à profit leur expérience, leur réputation ou leurs contacts professionnels [xv].				
Mode de consultation des créanciers	Consultation individuelle des créanciers. A la demande du débiteur, le juge-commissaire peut autoriser de constituer des classes de parties affectées[xvii].	Constitution de classes de parties affectées.	Constitution de classes de parties affectées[xviii].	Consultation individuelle des créanciers. A la demande du débiteur, le juge-commissaire peut autoriser de constituer des classes de parties affectées[xix].	Constitution de classes de parties affectées[xx].
Modification du capital social, des statuts	Sur décision de l'assemblée générale extraordinaire ou l'assemblée des associés ainsi que, lorsque leur approbation est nécessaire, les assemblées spéciales mentionnées aux articles L. 225-99 et L. 228-35-6 ou les assemblées générales des masses visées à l'article L. 228-103.	Dans le cadre d'un accord des classes de parties affectées ou d'une application forcée interclasse.	Dans le cadre d'un accord des classes de parties affectées, ou d'une application forcée interclasse.	Sur décision de l'assemblée générale extraordinaire ou l'assemblée des associés ainsi que, lorsque leur approbation est nécessaire, les assemblées spéciales mentionnées aux articles L. 225-99 et L. 228-35-6 ou les assemblées générales des masses visées à l'article L. 228-103.	Dans le cadre d'un accord des classes de parties affectées ou d'une application forcée interclasse.

C1 - Internal use

	SAUVEGARDE [i]		SAUVEGARDE ACCÉLÉRÉE	REDRESSEMENT JUDICIAIRE[ii]	
	PME[iii]	**Autres sociétés**		**PME[3]**	**Autres societés**
	Sauf si le débiteur a sollicité auprès du Juge commissaire qui y a consenti la constitution de classes de parties affectées. Néanmoins, dans cette hypothèse, l'application forcée du plan à la classe des détenteurs de capital n'est pas possible			Sauf si le débiteur a sollicité auprès du Juge commissaire qui y a consenti la constitution de classes de parties affectées. Néanmoins, dans cette hypothèse, L'application forcée du plan à la classe des détenteurs de capital n'est pas possible	
Possibilité d'application forcée interclasse	Sur demande du débiteur ou de l'administrateur judiciaire avec l'accord du débiteur sauf pour les classes de détenteurs de capital[xxi].	Sur demande du débiteur ou de l'administrateur judiciaire avec l'accord du débiteur[xxii].		Sur demande du débiteur, de l'administrateur judiciaire avec l'accord du débiteur ou d'une partie affectée[xxiii], sauf pour les classes de détenteurs de capital	Sur demande du débiteur, de l'administrateur judiciaire avec l'accord du débiteur ou d'une partie affectée[xxiv].
Sort du projet de plan en cas d'échec	Echec de la consultation individuelle des créanciers : rééchelonnement des créances pour la durée du plan[xxv].	Refus des classes de parties affectées ou impossible application forcée interclasse : conversion de la procédure en redressement ou liquidation judiciaire, selon le cas.		Echec de la consultation individuelle des créanciers : rééchelonnement des créances pour la durée du plan	Refus des classes de parties affectées : recours à la consultation individuelle des créanciers et, en cas d'échec de cette procédure, rééchelonnement des créances pour la durée du plan.

[i] Il est proposé dans la présente thèse de réunir les procédures de sauvegarde et de sauvegarde accélérée ; le caractère collectif ou semi-collectif désirée sera prononcée en fonction de la demande du débiteur et s'il a préparé le caractère semi-collectif de la procédure au travers d'une procédure de conciliation préalable.

C1 - Internal use

[ii] Il n’est pas fait état de la procédure de liquidation judiciaire qui est une procédure qui ne vise pas la réorganisation de la socié associés est très réduite.
[iii] Pour les sociétés de 250 salariés et 20 millions d'euros de chiffre d'affaires net ; ou 40 millions d'euros de chiffre d'affaires net . Sont également éligibles aux classes de créanciers les « *sociétés qui détiennent ou contrôlent une autre société, au sens des articles L. 233-1 et L. 233-3, dès lors que l'ensemble des sociétés concernées atteignent [ces] seuils* » Article L. 626-29 du Code de commerce.
[iv] Article L. 620-1 du Code de commerce.
[v] Article L. 628-1 du Code de Commerce.
[vi] Article L. 631-4 du Code de Commerce : « *L'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire doit être demandée par le débiteur au plus tard dans les quarante-cinq jours qui suivent la cessation des paiements s'il n'a pas, dans ce délai, demandé l'ouverture d'une procédure de conciliation* ».
[vii] Article L. 621-3 du Code de commerce – s’'il s'agit d'une exploitation agricole, le tribunal peut proroger la durée de la période d'observation en fonction de l'année culturale en cours et des usages spécifiques aux productions de l'exploitation.
[viii] Article L 628-8 du Code de commerce.
[ix] Article L. 621-3 du Code de commerce – *s’'il s'agit d'une exploitation agricole, le tribunal peut proroger la durée de la période d'observation en fonction de l'année culturale en cours et des usages spécifiques aux productions de l'exploitation*.
[x] Article L. 631-7 du Code de commerce.
[xi] Lecture conjuguée des articles L. 620-1 et L. 620-2 du Code de commerce.
[xii] Article L. 631-4 du Code de Commerce.
[xiii] Article L. 631-3-1 du Code de Commerce.
[xiv] Article L. 631-5 du Code de Commerce.
[xv] Article L. 626-30-2 du Code de commerce.
[xvi] Article L. 631-19 du Code de commerce : « *Toute partie affectée peut soumettre un projet de plan qui fera l'objet d'un rapport de l'administrateur et sera soumis, ainsi que celui proposé par le débiteur, au vote des classes* ».
[xvii] Article L. 626-29 du Code de commerce.
[xviii] Article L. 628-4 du Code de Commerce.
[xix] Article L. 626-29 du Code de commerce.
[xx] Article L. 631-1 du Code de commerce.
[xxi] Article L. 626-32 du Code de commerce.
[xxii] Article L 626-32 du Code de commerce.
[xxiii] Article L. 631-19 du Code de commerce.
[xxiv] Article L. 631-19 du Code de commerce.
[xxv] Article L. 626-18 du Code de commerce.

C1 - Internal use

BIBLIOGRAPHIE

I. TRAITÉS, MANUELS, COLLOQUES PUBLIÉS ET OUVRAGES GÉNÉRAUX

AUBRY (C.), RAU (C.)
Cours de droit civil français, 7e éd., t. 2, *Les biens*, par P. Esmein, Éd. Librairies techniques, 1961.

BERR (C.)
L'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales, Sirey, 1961.

BOUTHINON-DUMAS (H.)
Le droit des sociétés cotées et le marché boursier, LGDJ, 2007.

CABRILLAC (M.), **MOULY (C.)**, **CABRILLAC (S.)** et **PÉTEL (Ph.)**
Droit des sûretés, 10ème éd., LexisNexis, 2015.

CAPITANT (H.)
Introduction à l'étude du droit civil, 4ème éd., Éd. A. Pedone, Paris, 1922.

CAPITANT (H.), **TERRÉ (F.)** et **LEQUETTE (Y.)**
Les grands arrêts de la jurisprudence civile, 12ème éd., t. 2, *Obligations, contrats spéciaux, sûretés*, Dalloz, 2008. 494.

CARBONNIER (J.)
Les obligations, 22ème éd., t. IV, P.U.F., coll. Thémis, 2000, n° 50.
Droit civil, vol. 2, *Les biens, Les obligations*, P.U.F., Coll. Quadrige, 2004.

CHANTEPIE (G.), LATINA (M.)
La réforme du droit des obligations. Commentaires théoriques et pratique dans l'ordre du Code civil, Dalloz, 2016.

CHARTIER (Y.)
Droit des affaires, 3ème éd., t. 2, *Sociétés commerciales*, P.U.F., coll. Thémis, 1992.

CHENEDE (F.)
Le nouveau droit des obligations et des contrats, Dalloz, Hors Collection, novembre 2016.

COLLART-DUTILLEUL (F.) et **DELEBECQUE (Ph.)**
Les contrats civils et commerciaux, 10ème éd., Dalloz, coll. Précis, 2015.

COPPER-ROYER (E.)
Traité des sociétés anonymes, 4ème éd., Sirey, Paris, 1931.

COPPER-ROYER (E.) et *alii*
Traité des sociétés anonymes, t. II, Sirey, Paris, 1939.
CORNU (G.) (dir.)
Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, PUF, 14ème éd., 2022.

C1 - Internal use

COQUELET (M.-L.)
Entreprises en difficulté, Instruments de paiement et de crédit, 6ème éd., Dalloz, Coll. Hypercours, 2017.

COURET (A.) (dir.)
Les conflits d'intérêts : une question majeure pour le droit des affaires du XXIème siècle, 30ème colloque de Deauville, *RJC* 2006, Hors-série.

COURET (A.) et LE NABASQUE (H.) (dir.)
Quel avenir pour le capital social ?, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2004.

CHARVÉRIAT (A.), COURET (A.), **MERCADAL (B.), ZABALA (B.)**
Mémento Sociétés commerciales, Éd. Francis Lefebvre, 2022.

COURET (A.), LE NABASQUE (H.), COQUELET (M.-L.), GRANIER (Th.), PORACCHIA (D.), RAYNOUARD (A.), REYGROBELLET (A.) et **ROBINE (D.)**
Droit financier, 3ème éd., Dalloz, coll. Précis, 2019.

COZIAN (M.), **DEBOISSY (Fl.) VIANDIER (A.),**
Droit des sociétés, 34e éd., LexisNexis, 2021.

DEBARD (T.), GUINCHARD (S.)
Lexique des termes juridiques, 26e éd., Dalloz, 2015.

DEMOGUE (R.)
Traité des obligations en général, t. I, Éd. Rousseau et Cie, Paris, 1923 495.

DIDIER (P.)
Droit commercial, t. 2, *L'entreprise en société, Les groupes de sociétés*, 3ème éd., P.U.F., 1999.

DONDERO (B.)
Droit des sociétés, 7ème éd., Dalloz, coll. Hypercours, 2021.

DROSS (W.)
Droit des biens, 2ème éd., L.G.D.J., 2014.

ESCARRA (J.), ESCARRA (E.), RAULT (J.)
Traité théorique et pratique de droit commercial, Les sociétés commerciales, t. 1, Sirey, 1950.

FAVOREU (L.), PHILIP (L.), avec la collaboration de GAÏA (P.), **GHEVONTIAN (R.)**, **MÉLIN-SOUCRAMANIEN (F.), ROUX (A.)**
Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, 17e éd., Dalloz, 2013.

GAILLARD (E.)
Le pouvoir en droit privé, 1985, Economica.
GALLOIS-COCHET (D.), LE GUIDEC (R.)
Entrée en société et qualité d'associé, Defrénois, 2015.

GHESTIN (J.) et **DESCHÉ (B.)**
Traité des contrats, La vente, L.G.D.J., 1990.

C1 - Internal use

GOBERT (M.)
Essai sur le rôle de l'obligation naturelle, préf. J. Flour, Sirey, 1957.

GUYON (Y.)
Traité des contrats, Les sociétés. Aménagements statutaires et conventions entre associés, 5e éd., LGDJ, 2002.
Droit des affaires, 4e éd., t. 2, *Entreprises en difficulté, Redressement judiciaire, Faillite*, Economica, 1993.
Droit des affaires, 12e éd., t. 1, *Droit commercial général et sociétés*, Economica, 2003.

HAMEL (J.)
Droit civil approfondi, Recherches sur la théorie juridique de la monnaie, Éd. Les cours de droit, Paris, 1940-1941.

HAMEL (J.) et **LAGARDE (G.)**
Traité de droit commercial, t. I, Dalloz, Paris, 1954.

HAMEL (J.), LAGARDE (G.) et **JAUFFRET (A.)**
Droit commercial, 2ème éd., t. I, *Sociétés, groupements d'intérêt économique, entreprises publiques*, Dalloz, Paris, 1980.

HÉMARD (J.), **TERRÉ (F.), MABILAT (P.)**
Sociétés commerciales, t. I, Dalloz, 1972, préf. J. Foyer.
Sociétés commerciales, t. II, Dalloz, 1974.
Sociétés commerciales, t. III, Dalloz, 1978.

HOUPIN (C.), BOSVIEUX (H.)
Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations, 7e éd., t. I et t. II, Sirey, 1935.
Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations, 7e éd., Supplément, Sirey, 1937.

JACQUEMONT (A.), BORGA (N.), MASTRULLO (T.)
Droit des entreprises en difficulté, 11e éd., LexisNexis, 2019.

JEANTIN (M.)
Droit des sociétés, 3ème éd., Montchrestien, 1994.
Droit des affaires. 1. Droit commercial général et sociétés, Economica, 5ème éd., 1988.
Droit des affaires. Tome 2. Entreprises en difficultés, redressement judiciaire, faillite, Economica, 5ème éd., 1989.

JEANTIN (M.), LE CANNU (P.)
Droit commercial, instruments de paiement et de crédit, entreprises en difficultés, Précis Dalloz, 5e éd., 1999.

JOSSERAND (L.)
De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits, coll. Bibliothèque Dalloz, 2006.

LARROUMET (Ch.)

C1 - Internal use

Les biens, Droits réels principaux, 5ème éd., Economica, 2006.

LE CANNU (P.)
Droit des sociétés, Montchrestien, 2003.

LE CANNU (P.), DONDERO (B.)
Droit des sociétés, 6ème éd., L.G.D.J., 2018.

LE CANNU (P.), ROBINE (D.)
Droit des entreprises en difficulté, Dalloz, 2020.

LE CANNU (P.), LUCHEUX (J.-M.), PITRON (M.), SENECHAL (M.)
Entreprises en difficulté, GLN-Joly, 1995.

LE CORRE (P.-M.)
Droit et pratique des procédures collectives, Dalloz Action, 2020.

LYON-CAEN (Ch.) et **RENAULT (L.)**
Traité de droit commercial, 2ème éd., t. II, Éd. F. Pichon, 1892.
Manuel de droit commercial, 8ème éd., L.G.D.J., Paris, 1906.
Traité de droit commercial, 5ème éd., t. II, L.G.D.J., Paris, 1926.

MACKAAY (E.), ROUSSEAU (S.)
Analyse économique du droit, Dalloz, Méthodes du droit, 2e éd., 2008.

MAGNIER (V.), (dir.)
Les conflits d'intérêts dans le monde des affaires, un Janus à combattre ?, P.U.F., colloque Ceprisca, 2006.

MALAURIE (Ph.) et **AYNÈS (L.)**
Les biens, 6ème éd., L.G.D.J., 2015.

MALAURIE (Ph.), **AYNÈS (L.)** et **GAUTIER (P.-Y.)**
Les contrats spéciaux, 7ème éd., L.G.D.J., 2014.

MALAURIE (Ph.), **AYNÈS (L.)** et **STOFFEL-MUNCK (Ph.)**
Droit des obligations, 7ème éd., L.G.D.J., 2015.

MERCADAL (B.) et **JANIN (Ph.)**
Mémento pratique Sociétés commerciales, Éd. Juridiques Lefebvre, 1977, préf. R. Rodière.
MERLE (Ph.), FAUCHON (A.) (collab.)
Droit commercial. Les sociétés commerciales, 25e éd., Dalloz, Coll. Précis, 2021.

MESTRE (J.) et **VELARDOCCHIO (D.) (dir.)**
Lamy Sociétés commerciales, Éd. Wolters Kluwer, 2021.

MOULIN (J.-M.) (dir.)
Les mutations du droit de vote dans les sociétés anonymes, colloque 13 oct. 2011, org. IRJS, Université Cergy-Pontoise, AFTI, CMS Bureau Francis Lefebvre, Lextenso éditions, Journ. des sociétés, *RTDF* 2011, n° 4.

C1 - Internal use

MORTIER (R.)
Opérations sur capital social, Litec, 2015.

NAVARRO (J.-L.)
Droit des sociétés. Le juge et l'associé, préf. D. Gibirila, Hachette, 2010.

PEROCHON (F.), BONHOMME (R.)
Entreprises en difficulté, 10e éd., LGDJ, 2014.

PLANIOL (M.)
Traité élémentaire de droit civil français, 9e éd., t. II, 1923.

PLANIOL (M.), RIPERT (G.)
Traité pratique de droit civil français, 2e éd., t. 9, *Contrats civils*, deuxième partie, LGDJ, 1954.

RIPERT (G.)
Traité élémentaire de droit commercial, LGDJ, 1948, et 3e éd., 1954.
La règle morale dans les obligations civiles, 4e éd., 1949, no 193.
Aspects juridiques du capitalisme moderne, LGDJ, 1946.

RIPERT (G.), **BOULANGER (J.)**
Traité de droit civil, d'après le Traité de Planiol, 2e éd., t. IV, LGDJ, 1959.

RIPERT (G.), ROBLOT (R.), GERMAIN (M.), MAGNIER (V.)
Traité de droit des affaires, 21e éd., t. 2, *Les sociétés commerciales*, par M. Germain et V. Magnier, LGDJ, 2014.

RODIÈRE (R.)
Groupements commerciaux, 8ème éd., Dalloz, Paris, 1972. 498.

SCHMIDT (D.) (dir.)
Actionnaires et dirigeants – Où se situera demain le pouvoir dans les sociétés cotées, colloque J.-Cl., 13 mai 1996, *Cah. Dr. entr*. 1996, suppl. n° 4.

SÉRIAUX (A.)
Droit des obligations, 2ème éd., P.U.F., 1998.

SOINNE (B.), MENJUCQ (M.), SAINTOURENS (B.)
Traité des procédures collectives, LexisNexis, 3e éd. 2021.

STARCK (B.), par ROLAND (H.) et **BOYER (L.)**
Les obligations, 6ème éd., t. 2, Litec, 1998.

TERRÉ (F.), **SIMLER (Ph.)** et **LEQUETTE (Y.)**
Droit civil, les obligations, 11ème éd., Dalloz, coll. Précis, 2013.

TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.)
Droit civil, Les biens, 9e éd., Dalloz, coll. Précis, 2014.
Droit civil, Les régimes matrimoniaux, 7ème éd., Dalloz, coll. Précis, 2015.

C1 - Internal use

THALLER (E.), PERCEROU (J.)
Traité élémentaire de droit commercial, 8e éd., Éd. A. Rousseau, 1931.

THALLER (E.) et **PIC (P.)**
Traité général théorique et pratique de droit commercial, Sociétés commerciales, t. I, Éd. A. Rousseau, Paris, 1907.

VIDAL (D.)
Droit des sociétés, 7ème éd., L.G.D.J., 2010.

VIANDIER (A.)
La notion d'associé, th. Paris II, LGDJ, 1978, préf. F. Terré.
OPA-OPE, 5e éd., Éd. Francis Lefebvre, 2019.

ZÉNATI-CASTAING (F.) et **REVET (Th.)**
Les biens, 3ème éd., P.U.F., Coll. Droit fondamental, 2008. 499.

SZRAMKIEWICZ (R.)
Histoire du droit des affaires, Domat-Montchrestien, 1989.

II. THÈSES, MONOGRAPHIES ET OUVRAGES SPÉCIAUX

AIME (M.)
Le commissaire aux comptes et l'état de cessation des paiements, th. Paris II, 1989.

ALLAIN (T.)
Les actions de préférence dans les groupes de sociétés, th. Rennes, P.U.A.M., 2014, préf. A. Constantin.

AMER-YAHIA (A.)
Le régime juridique des dividendes, th. Paris I, Éd. L'Harmattan, 2010, préf. A. Couret.

AYNÈS (L.)
L'obligation de loyauté, Archive de philosophie du droit 2000, 197, no 44.

ARCHAMBAULT (A.-L.)
La nature juridique des valeurs mobilières, th. Paris I, 1998.

ARNAUD (S.)
L'usufruit des valeurs mobilières, variations sur les notions de propriété et d'associé, th. Univ. Nice-Sophia Antipolis, 2002, dir. M. Grimaldi.

AUDIT (P.-E.)
La « naissance » des créances, Dalloz, Nouvelles Bibliothèques, volume 141, avril 2015, no 570.

BAKER (R.), THIBIERGE (C.), SAHLA (A.-M.)
Évaluation des entreprises, éd. Les Échos, 2002.

C1 - Internal use

BAILLOD (R.)
L'apport en industrie, déclin ou renouveau, th. Toulouse, 1980, dir. P. Spiteri.

BARBIER (F.)
Nature juridique de l'usufruit, th. Lyon, 1987, dir. D. Landraud.

BARBIER (H.)
La liberté de prendre des risques, th. Aix-Marseille, P.U.A.M., 2011, préf. J. Mestre.

BARRILLON, (C.)
Le critère de la qualité d'associé : étude en droit français des sociétés, Thèse de doctorat, Université Paris Nanterre, 2016.

BEROLATTI (G.)
Régime juridique des conventions sur le droit de vote, th. Paris II, 1975. 500.

BLAISE (H.)
L'apport en société, th. Rennes, Sirey, 1955.

BOUVERESSE (J.)
Les conflits d'intérêts en droit des sociétés, th. Univ. Strasbourg III, 2006, dir. J.-P. Storck.

BOURCART (G.)
De l'organisation et des pouvoirs en assemblées générales dans les sociétés par actions notamment au point de vue des modifications à apporter aux statuts, th. Paris, LG.D.J., 1905.

BOURSAN (G.-G.)
Droit romain du contrat de société. Droit français de l'administration des sociétés anonymes, th., Paris, Éd. Larose et Forcel, 1883.

BRANCHUT (J.)
Les abus de minorité dans les sociétés anonymes, th. Paris II, 1974, dir. J. Foyer.

BUCHBERGER (M.)
Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé, th. Paris II, Éd. Panthéon Assas, 2011, préf. M. Germain.

CAFFIN-MOI (M.)
Cession de droits sociaux et droit des contrats, th. Paris II, Economica, 2009, préf. D. Bureau.

CAILLAUD (B.)
L'exclusion d'un associé, Sirey, 1966.

CALENDINI (J.-M.)
Le régime juridique des sociétés commerciales en règlement judiciaire ou en liquidation de bien – recherche sur l'interaction du droit des procédures collectives, th. Paris, 1983.

CAMERLYNCK (G.)
De l'intuitus personae dans la société anonyme, th., Paris, 1929.

C1 - Internal use

CANIVET (G.), **FRISON-ROCHE (M.-A.), KLEIN (M.) (dir.)**
Mesurer l'efficacité économique du droit, LGDJ, 2005.

CAUSSE (H.)
Les titres négociables, Contribution à une théorie du contrat négociable, th. Montpellier, Litec, 1993, préf. B. Teyssié. 501.

CERATI-GAUTHIER (A.)
La société en procédure collective et son associé, entre indépendance et influence, PUAM, 2002.

CHAMPETIER DE RIBES-JUSTEAU (A.-L.)
Les abus de majorité, de minorité et d'égalité : étude comparative des droits français et nord-américain des sociétés, Dalloz, 2010.

COCHET (auj. **GALLOIS-COCHET) (D.)**
Le droit au bénéfice des associés, th. Paris II, 2002.

CONSTANTIN (A.)
Les rapports de pouvoir entre actionnaires dans les sociétés anonymes, th. Paris I, 1998, dir. J. Ghestin.

COQUELET (M.-L.)
La transmission universelle de patrimoine en droit des sociétés, th. Dactyl, Paris X, 1994, dir. M. Jeantin.

COUPET (C.)
L'attribution du droit de vote dans les sociétés, th. Paris II, LGDJ, 2015, préf. H. Synvet.

COURET (A.) et **LE NABASQUE (H.)**
Valeurs mobilières – Augmentations de capital, Nouveau régime, ordonnances des 25 mars et 24 juin 2004, Éd. Francis Lefebvre, 2004.

COUTURIER (G.)
Droit des sociétés et droit des entreprises en difficulté, préf. J.-P. Haehl, t. 2, LGDJ, coll. Bibl. dr. entre. diff., 2013.

CUISINIER (V.)
L'*affectio societatis*, th. Univ. de Bourgogne, L.G.D.J., 2008, préf. A. Martin-Serf.

CYRILLE (C.)
La vocation aux bénéfices et la contribution aux pertes de l'associé, th. Bordeaux IV, 2009, dir. Fl. Deboissy.

DE LA CHAPELLE (P.), COUPEZ (B.)
L'évaluation des entreprises, Economica, 2004.

DANA-DEMARET (S.)
Le capital social, th. Paris, Litec, 1989, préf. Y. Reinhard.

DAVID (R.)

C1 - Internal use

La protection des minorités dans les sociétés par actions, th. Paris, 1928.

DERRIDA, GODE, SORTAIS, avec la collaboration d'Honorat,
Redressement et liquidation judiciaires des entreprises : Dalloz, 3ed. 1991.

DONDERO (B.)
Les groupements dépourvus de personnalité juridique en droit privé, th. Paris X, P.U.A.M., 2006, préf. H. Le Nabasque, t. I et t. II.

DU GARREAU DE LA MÉCHENIE (J.)
Les droits propres de l'actionnaire, th. Poitiers, Éd. Les Presses modernes, 1937.

EMERICH (Y.)
La propriété des créances : approche comparative, th. Lyon, L.G.D.J., 2008, préf. F. Zénati-Castaing.

ESKINAZI (D.)
La qualité d'associé, th. Cergy-Pontoise, 2005, dir. A.-S. Barthez.

FAIDIDE (R.)
L'immixtion dans la gestion des sociétés commerciales, th. Paris II, 1973.

FORGUES (F.)
L'actionnaire indirect, th. Paris I, 2002, dir. P. Le Cannu.

BENHAMOU-GABRIEL (A.)
Les financements structurés et le droit des entreprises en difficultés, th. Paris I, 2017, dir. F.-X. Lucas.

GASTAUD (J.-P.)
Personnalité morale et droit subjectif, essai sur l'influence du principe de personnalité morale sur la nature et le contenu des droits des membres des groupements personnifiés, préf. J.-P. Sortais, LGDJ, 1977.

GEORGES (E)
Essai d'une généralisation du droit de retrait dans les sociétés anonymes, LGDJ, 1999.
GODON (L.)
Les obligations des associés, th. Paris I, Economica, 1999, préf. Y. Guyon.

GOURBEIX (R.)
La pratique des augmentations de capital en numéraire, Dalloz, 1963.

GRANOTIER (J.)
Le transfert de propriété des valeurs mobilières, th. Paris II, Economica, 2010, préf. D. Cohen.

GROSCLAUDE (L.)
Le renouvellement des sanctions en droit des sociétés, th. Paris 1, 1992.

GUYON (Y.)
Entreprises en difficultés – Redressement judiciaire – Faillite, Economica, 5e éd., 1995.

C1 - Internal use

HOUSSIN (M.)
La subordination de créance, analyse de la subordination à l'épreuve de la procédure collective, préf. F.-X. Lucas, LGDJ, Bibliothèque de droit des entreprises en difficultés, tome 15, 2018.

JOBERT (L.)
L'engagement des associés au-delà de leurs apports, th. Paris II, 2002, dir. Th. Bonneau.

KADDOUCH (R.)
Le droit de vote de l'associé, th. Aix-Marseille, A.N.R.T., 2001, préf. J. Mestre.

LASSALAS (C.)
L'inscription en compte des valeurs : la notion de propriété scripturale, LGDJ, 1997, préf. J. Stoufflet.

LAURENT (J.)
La propriété des droits, th. Paris I, L.G.D.J., 2012, préf. Th. Revet.

LECHNER (H.)
Des droits propres des actionnaires, th. Nancy, 1932.

LEDOUX (P.)
Le droit de vote des actionnaires, th. Paris II, L.G.D.J., 2002, préf. Ph. Merle.

LUCAS (F.-X.)
Les transferts temporaires de valeurs mobilières, Pour une fiducie de valeurs mobilières, th., LGDJ, 1997, préf. L. Lorvellec.

MALASSIGNE (V.)
Les titres représentatifs, Nouvelle bibliothèque de Thèse, Dalloz, 2016, préf. A. Ghozi.

MARAUD (O.)
Les associés dans le droit des entreprises en difficulté, préf. L. Sautonie-Laguionie, LGDJ, tome 22.

MAY (J.-Cl.)
La valeur nominale des actions de sociétés, th. Paris II, 1980, dir. J. Hémard.

MEYSSAN (M.)
Les droits des actionnaires et des autres porteurs de titres dans les sociétés anonymes, étude de droit comparé, th. Bordeaux, Éd. Cujas, 1962, préf. J. B. de la Gressaye.

MORTIER (R.)
Le rachat par la société de ses droits sociaux, th. Paris I, Dalloz, 2003, préf. J.-J. Daigre.

PAILLUSSEAU (J.)
La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise, Sirey, Paris, 1967.

PASQUIER (I.)

C1 - Internal use

Les raisons de l'abandon du concept de capital social, gage des créanciers dans le droit américain des sociétés anonymes, Thèse Paris I, dir. A. Tunc, 1990.

PAYNE (J.)
Schemes of Arrangement : Theory, Structure and Operation, Cambridge University Press, 2014.

PIETRANCOSTA (A.)
Le droit des sociétés sous l'effet des impératifs financiers et boursiers, éd. Transactive, 2000.

PELLETIER (N.)
La responsabilité au sein des groupes de sociétés en cas de procédure collective, LGDJ, 2013, n° 504.

RABREAU (A.)
L'usufruit des droits sociaux, th. Poitiers, Litec, 2006, préf. J.-Cl. Hallouin.

REGNAUT-MOUTIER (C.)
« La notion d'apport en jouissance », Bibliothèque de droit privé, L.G.D.J, 1994.

REYGROBELLET (A.)
La notion de valeur mobilière, th. Paris II, 1995, dir. B. Oppetit.

REYMOND DE GENTILE (M.-J.)
Le principe de l'égalité entre les créanciers chirographaires et la loi du 13 juillet 1967, Bibl. dr. com., t. 25, Sirey, 1973.

SAUGET (I.)
Le droit de retrait de l'associé, th. Paris X, ANRT, 1991, dir. Cl. Lucas de Leyssac.

SAINT-ALARY-HOUIN (C.)
Droit des entreprises en difficulté, Montchrestien, 2006.

SCHMIDT (D.)
Les droits de la minorité dans la société anonyme, th. Strasbourg, Sirey, 1970, préf. J.-M. Bischoff.
Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, Éd. Joly, 2004.

SENECHAL (M.)
L'effet réel de la procédure collective. Essai sur la saisie collective du gage commun des créanciers, th. Toulouse 1, préf. M.-H. Monsérié-Bon, Litec, 2002.

SYLVESTRE-TOUVIN (S.)
Le coup d'accordéon ou les vicissitudes du capital, th. Paris I, P.U.A.M., 2003, préf. P. Le Cannu.

TADROS (A.)
La jouissance des titres sociaux d'autrui, th. Paris I, Dalloz, 2013, préf. Th. Revet.

C1 - Internal use

TANGER, (M.)
La faillite en droit fédéral des États-Unis, Economica, 2002, préf. J. Larrieu.

TCHEMINI (E.)
Évaluation d'entreprises, Economica, 2003.

TRÉBULLE (F. G.)
L'émission de valeurs mobilières dans les sociétés par actions en droit français, th. Paris I, Economica, 2002, préf. Y. Guyon.

TRUONG (T.)
La responsabilité des associés des sociétés commerciales, sous la direction du Professeur Germain, th. Paris II, 2017.

URBAIN-PARLÉANI (I.)
Les comptes courants d'associés, th. Paris I, L.G.D.J., 1986, préf. Ch. Gavalda**.**

VALLANSAN,
Redressement et liquidation judiciaires, Litec 1996.

VASSEUR (M.)
Le principe de l'égalité entre les créanciers chirographaires dans la faillite, th., Paris, 1947.

VIANDIER (A.)
Recherches sur la notion d'associé en droit français des sociétés, Paris II, 1976.

ZATTARA-GROS (A.-F.)
La dimension constitutionnelle et européenne du droit de propriété, th., LGDJ, 2001, préf. R. Cabrillac.

III. ARTICLES, CHRONIQUES ET FASCICULES, CHAPITRES DANS DES OUVRAGES

ABITBOL (F.)
« La transposition de la directive sur les restructurations préventives : transformer notre droit sans renier nos principes ? », *Revue des procédures collectives*, n° 3, mai 2019, dossier 15.

D'ALES (T.), TERDJMAN (L.)
« L'écran sociétaire, rempart face à la mise en cause d'une société mère du fait de sa filiale », *JCP Entreprise et Affaires*, n° 47, 20 novembre 2014, 1584.

ALLEGAERT (V.)
« De la propriété des valeurs mobilières », *BJS*, mars 2005, 340.

AMIZET (B.), VIGREUX (S.), MONSERIE-BON (M.-H.), LAROCHE (M.)
« Les plans », *Bulletin Joly Entreprises en difficulté*, 1er janvier 2021, n° 01, 67.

ANDRIEU (T.)

C1 - Internal use

« La future transposition de la directive européenne sur l'insolvabilité », *Revue des Proc. Coll*. N° 3, mai-juin 2019.
« Propos introductifs », *BJE* sept. 2019, n°5, P.50

ANKRI (N.)
« Le vote des créanciers obligataires high yield dans la procédure de sauvegarde de la société CGC », *BJE*, n°4, p. 309.

ASSAYA (L.)
« Restructuration financière et valorisation : les principaux dangers », *in «* Les restructurations à l'heure de la reprise économique palais du Luxembourg, salle Monnerville », *Revue Droit & Affaires*, n° 9, janvier 2011, 6.

ATIAS (Ch.)
« Une propriété sans objet (propriété, vocation et contrat) », *D*. 2007, p. 2415.

ARCHIBALD (G.)
« Valorisation de la société et droits de vote au sein des comités des créanciers », *BJE*, n° 3, 232.

ARTZ (J.-F.)
« Action », *Répertoire Dalloz*, juin 2002, n° 196.

AUCKENTHALER (F.)
« Le droit aux dividendes des actions nouvelles », *JCP E*, n° 22, 29 Mai 1997, 957.

BARBE (S.)
« La gestion opérationnelle : différences entre procédure française et procédures américaines », *BJE*, juill. 2018, n° 4, 290.

BARBIERI (J.-F.)
« Associés et obligataires d'une société « faillie » », *Petites Affiches*, 1992, 26.
« L'incidence des procédures collectives sur la situation des associés », *Petites Affiches*, 1986, 19.
« Responsabilité de la personne morale ou responsabilité de ses dirigeants – la responsabilité personnelle à la dérive », *in Mélanges en l'honneur d'Yves Guyon, Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, 53, n° 20.
« Articulation de l'intangibilité des engagements des associés avec leur devoir de contribuer aux pertes sociales », *Rev. Sociétés*, 2005, 176.

BEBEEPALE (A.), GARCIA (C.)
« Les plans face aux accords de subordination », *LPA*, 2012, n° 146, 4.

BECQUE-ICKOWICZ (S.)
« Sources des obligations – Obligations naturelles », fasc. 20.

BERMOND DE VAULX (J.-M.)
« L'exclusion d'un associé », *Dr. sociétés* 1996, chron. 14.

BESNARD-GOUDET (R.)

C1 - Internal use

« Théorie des apports. Notion d'apport en société », J.-Cl. Sociétés Traité, fasc. 10-10, 2015, n° 77.

BEZARD,
« Le droit français des sociétés face aux défis de la mondialisation », rev. Sociétés 2000, p. 55.

BISSARA (Ph.)
« L'inadaptation du droit française des sociétés aux besoins de l'entreprise et els aléas des solutions, *Revue des sociétés*, 1990, 553.
« L'intérêt social », *Revue des sociétés*, 1999, 5.

BISSARA, P., P. DIDIER, AND P. MISSEREY,
"Egalité entre actionnaires : mythe ou réalité », *JCP E*, 5 (1994), 18.

BLANCK DAP (M.)
« L'usufruitier de droits sociaux peut-il être considéré comme un associé ? », *Option finance*, 2 mai 2011, n° 1123, p. 23.

BLANLUET (G.)
« La réduction du capital : hallali sur le droit de partage ? », *JCP E*, 2006, 2692.

BOFFA (R.), DUHAMEL (J.-C.)
« La distinction associé/créancier à l'épreuve du risque. Analyse juridique appliquée au *private equity* », Université Lille 2, 25 juillet 2013.

BOIZARD (M.)
« L'abus de minorité », *Rev. sociétés* 1988, p. 365.
« La réduction du capital à zéro », *Rev. sociétés* 1999, p. 735.

BOMPOINT (D.)
« Actionnaire, Peu à peu, le citoyen évince l'actionnaire », *JCP G* 2015, 1305.

BONHOMME (R.), NEAU-LEDU (C.)
« État de cessation des paiements : indifférence du motif », *BJE*, sept. 2012, n^{o} JBE-2012-0172, 279.

BONNEAU (T.)
« Sort des porteurs de titres super-subordonnés en cas de procédure de sauvegarde », *JCP E*, 2012, 1228.
« Le mécanisme dit du cross-class cram-down », Revue des procédures collectives, 01/03/2020 N°2, page(s) 28-32.

BOUÈRE (J.-P.) et **DE VAUPLANE (H.)**
« Réflexions sur les conséquences apportées par la dématérialisation sur la portée de l'inscription en compte et la nature juridique de la relation entre le teneur de compte et son client », *BJS* 1997, p. 617. 515.

BORGA (N.)
« Titres super subordonnés et plan de sauvegarde, *Bull. Joly Société* 2010, p. 604 § 125.
« Épilogue de l'affaire CGG : portée limitée du recours offert aux membres de l'AUO »,

C1 - Internal use

LEDEN, avril 2020, n° 113g0, 5.

BORGA (N.), **THERON (J.)**
« Ordonnance du 15 septembre 2021 réformant le droit des entreprises en difficulté, un tournant ? », *Recueil Dalloz*, 2021, 1773.

BOUGNOUX (A.)
« Titres subordonnés. – commentaires », *JurisClasseur Sociétés Formulaire*, fasc. P-630, 4 mai 2009.

BOURBOULOUX (H.)
« L'éviction des actionnaires d'une société en redressement judiciaire » : *BJE* 2016, p. 287.
« L'actionnaire et les situations de difficultés financières », *Revue Droit & Affaires* n° 17, Novembre 2020, 15

BOURBOULOUX (H.) FORT (C.)
L'éviction Des Actionnaires D'une Société En Redressement Judiciaire », *Bulletin Joly Entreprises En Difficulté*, 4 (2016), 287.

BOURBOULOUX (H.), PEROCHON (F.)
« La procédure de sauvegarde et ses variantes » : Rev. Proc. Coll. 2014, dossier 30, p. 50 spéc. N°25.

BOUSQUET (J.-C.)
« La préservation de l'intérêt social l'emporte sur les prérogatives individuelles des associés », *D.*, 1992, 337.

BOUT (R.)
« Obligation naturelle », *Répertoire civil*, janvier 2008 (actualisation : nov. 2017).

BOUTEVILLE (L.-G.)
« Rapport fait au tribunat par le tribun Bouteville au nom de la section de législation, sur la loi relative au contrat de société, séance du 14 ventôse an XII », *in Recueil complet des discours prononcés lors de la présentation du Code civil par les divers orateurs du Conseil d'État et du Tribunat*, t. 1, *Discours*, Firmin Didot Frères, 1838, 651.

BURGALA (G.), MORELLI (N.)
« Le debt for equity swap », *JCP G*, n° 41, 11 octobre 2010, 1016.

BREMOND (G.), SCHOLASTIQUE (E.)
« Réflexions sur la composition des comités de créanciers dans les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaires », *JCP E*, 2006, 1405.

BRES (A.)
« L'obligation de non-concurrence de plein droit de l'associé », *RTD com.*, 2011, 463.

BROCARD, E.,
« La cession de droits sociaux et l'entreprise en difficulté », *Revue des sociétés*, 2015, 218.

BRUNET (A.), GERMAIN (M.)

C1 - Internal use

« L'information des associés et du comité d'entreprise dans les sociétés anonymes depuis les lois du 28 octobre 1982, du 1er mars 1984 et du 25 janvier 1985 », *Revue des sociétés*, 1985.

BUISINE (O.)
« Prévention des difficultés des entreprises : évolutions et prospective », *Rev. proc. coll*., nº 4, juillet-août 2018, 3.
« De quelques propositions relatives à la transposition de la directive Restructurations préventives et à la réforme du droit des sûretés », *Rev. proc. coll*., juillet-août 2019, nº 4.

BUISINE (O.), ROUSSEAU (V.)
« L'efficacité des procédures de restructuration, d'insolvabilité et de seconde chance : commentaire du titre IV de la directive Restructurations préventives », *Rev. Proc. Coll*., n° 2, Mars 2020, étude 10.

BUTSCH (J. L)
« Le rôle des autorités de tutelle », *in* « La défaillance d'une banque », *RJ. Com*., numéro spécial, novembre 1996, 34.

CABRILLAC (M.)
« Les ambiguïtés de l'égalité entre les créanciers », Mélange Breton-Derrida, D., 1991, p. 33.

CAFFIN-MOI (M.)
« Pour un cantonnement de l'exigence de contribution aux pertes », *in Mél. Ph. Merle*, Dalloz, décembre 2012, 101.
« Une nouvelle application de la faute détachable : celle de l'associé », *LEDC*, avril 2014, nº EDCO-114065-11404, 7.

CAGNOLI (P.)
« Cadres de restructuration préventive et insolvabilité (définitions), Lettre d'actualité des Procédures collectives civiles et commerciales n°14, Septembre 2019, alerte 193.

CAMENSULI-FEUILLARD (L.)
« Liquidation et partage des sociétés », *Études Joly Sociétés*, actualisation 16 mai 2018.

CARCREFF (P.)
« Sur la confusion de la notion d'obligation aux dettes sociales avec celle de contribution aux pertes », *Gaz. Pal*., 1976, 1, 145.

CASTAGNE (S.)
« Abécédaire des lois NRE, initiative économique et sécurité financière : aspects de droit des sociétés », *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière* n° 50, 10 Décembre 2004, 1598.

CAUSSE (H.)
« Valeurs mobilières : un concept positif », LPA 21 oct. 1994, n° 126.

CAYROL (N.)
« La preuve par la comptabilité de l'affectation des bénéfices d'une société », *RTD civ*., 2017, 913.

CAZE (N.)

C1 - Internal use

« Exclusion et retrait forcé dans les sociétés d'exercice libéral », *Dr. Sociétés*, 12 (2016).

CHABERT (P.-Y.)
« Les augmentations de capital après l'ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 portant réforme des valeurs mobilières émises par les sociétés commerciales », *BJS* 2004, p. 1023.

CHABERT (P.-Y.), ELINEAU (R.)
Dispositions relatives à certaines valeurs mobilières, *Rev. sociétés* 2014. 638

CHAPUT (Y.)
« L'inégalité des débiteurs face aux procédures collectives », Études offertes au Professeur Emérentienne de Lagrange, LGDJ, Éd. 1978, p. 117.

CHAMBERT (M.) et **TRICOU (J.)**
« Le prêt de titres dans le cadre de la nouvelle loi sur l'épargne », *Rev. Banque* 1988, p. 732.

CHAMPAUD (C.)
« Les méthodes de groupement de sociétés », *RTD Com.*, 1967, 1020, n° 18.

CHAMPETIER DE RIBES-JUSTEAU (A.-L.)
« Abus de majorité et distribution forcée des bénéfices », *Rev. Sociétés*, 2012, 622.

CHARTIER (Y.)
« L'évolution de l'engagement des associés », *Rev. sociétés* 1980, p. 1.
« Responsabilité d'une société mère qui laisse croire qu'elle participe étroitement aux activités de sa filiale », *D. 1992*. 27.

CHASSAING (F.), MORELLI (N.), GORRIAS (S.), BARON (J.), MENJUCQ (M.)
« La contractualisation du droit des entreprises en difficulté », *Revue des procédures collectives*, n° 3, mai 2015, entretien 2.

CHAZAL (J.-P.)
« L'usufruitier et l'associé », *BJS* 2000, p. 679, n° 158.
« La propriété : dogme ou instrument politique ? Ou comment la doctrine s'interdit de penser le réel », *RTD civ*. 2014, p. 763.

CHEIKH (A.), SAMI (T.)
« Modification de la hiérarchie des créanciers des établissements de crédit et création d'une nouvelle catégorie de titres de créance : enjeux pour les banques, intérêt pour les déposants », *Revue de Droit bancaire et financier*, n° 1, janvier 2018, dossier 3.

CHERNET (M.), JOUVE (L.), MENJUCQ (M.), BOCHE-ROBINET (M.), THEVENOT (C.)
« L'élaboration des plans », *Revue des procédures collectives*, n° 1, janvier-février 2019.

CERATI-GAUTHIER (A.)
« L'associé dans la loi de sauvegarde des entreprises », *Revue des sociétés*, 2006, 305.
« Augmentation de capital », *Joly Sociétés*, 2012.
« La cession forcée des titres des dirigeants sociaux », *LPA*, 1-2 janvier 2004, 4.
« Cession forcée des titres des dirigeants », JCP éd. E, 2013, 1357.

C1 - Internal use

« Loi Macron. Les mécanismes de dilution forcée et de cession forcée ne sont pas contraires à la Constitution », *JCP E*, n° 40, 1er octobre 2015, 1461.
« La promotion de la reprise interne dans l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014, *JCP E*, 2014, ét. 1435.

CITTADINI (J.)
« Retour sur la directive européenne sur la restructuration et l'insolvabilité et ses implications en droit français par la loi Pacte », *Option Finance*, 16 mars 2020, 1550, 40-42.

COASE (R.)
"Problem of Social Cost", *Journal of Law and Economics*, 1960, vol. 3, 1-44.

COHEN (D.)
« La validité du "coup d'accordéon" (à propos d'une jurisprudence récente) », *D.*, 2003, 410.

COLLEN (V.)
« Bourbon demande du temps à ses créanciers », *Les Échos*, 20 juin 2019.

COQUELET (M.-L.)
« Risques, Responsabilité Des Associés D'un Procédure Collective », *Revue de Procédure Collective*, 6 (2006).
« Risques, responsabilités des associés d'une société en procédure collective », *in* dossier « Loi de sauvegarde des entreprises, Risques et responsabilités en droit des procédures collectives – Actes du colloque de Caen du 15 octobre 2010 », *Rev. proc. coll.*, 2010, dossier 6.

COQUELET (M.-L.), BUCHBERGER (M.)
« Réduction du capital social », fasc. 159-10, n° 1.

CONSTANTIN (A.)
« La tyrannie des faibles, De l'abus de minorité en droit des sociétés », *in Aspects actuels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, 222.
« Recherche notion d'associé, désespérément ! » *Droit des sociétés* n° 3, Mars 2016, dossier 2

COURET (A.)
« Expérience confrontée d'évaluation économique des droits de la faillite », *in Mesurer l'efficacité économique du droit*, G. Canivet, M.-A. Frison-Roche et M. Klein (dir.), LGDJ, 2005, 40.
« La constitutionnalité de l'article 1843-4 du code civil », *D.* 2011, p. 1390.
« Les solutions de la Cour de cassation concernant l'article 1843-4 sont-elles véritablement prévisibles ? », *D.* 2013, p. 342.
« Article 1843-4 du code civil et clauses d'évaluation de droits sociaux : de nouvelles perspectives ? », *D.* 2013, p. 147.
« Le transfert temporaire du droit de vote : retour sur une question taboue », *BJS* 2015, p. 153.
« L'assemblée générale extraordinaire : une assemblée à risques », *D.*, 2010, 2947.
« Les devoirs de l'actionnaire et le droit des sociétés », *Gazette du Palais*, n° hors-série, 6 juin 2016, 22.
« L'apport en société entre permanence et précarité », *Bulletin Joly Sociétés*, n° thématique, 1er déc. 2009, 1199.
« Les nouveaux titres représentatifs de fonds propres », Bulletin Joly Sociétés - n°5 - page 559, 01/05/1986

C1 - Internal use

COURET (A.) et **DONDERO (B.)**
« L'État qui emprunte des actions est-il réellement actionnaire ? - T. com. Paris 19 juin 2015 », *JCP E* 2015, 529.

COURET (A.), **OLIVIER (G.)** et **PEILLON (B.)**
« Augmentations de capital par apports en nature : sur quelques interrogations récurrentes », *BJS* 2009, p. 708. 518.

COUTURIER (G.)
« L'éviction de l'associé d'une société en difficulté : une solution morale? », *Journal des sociétés*, n° 148, janvier 2017, 26.

COUTURIER (G.) et SENECHAL (M.)
« Créanciers antérieurs: l'égalité a-t-elle vécu ? », BJE, 2012, n° 5, p. 328.

COZIAN (M.)
« Du nu-propriétaire ou de l'usufruitier, qui a la qualité d'associé ? », *JCP E*, 1994, 374.
« L'usufruitier de droits sociaux a-t-il ou non la qualité d'associé ? », *JCP E*, 2003, 946.

CREDOT,
« Le devoir d'un actionnaire d'un établissement de crédit », in Mélanges AEBDF II, Banque éditeur, 1999, p. 147.

CROZE (C.)
« Les innovations envisagées par les avocats en droit des entreprises en difficulté », *Revue des procédures collectives* n° 4, Juillet 2020, dossier 10.

DAIGRE (J.-J.)
« De l'inapplicabilité de la responsabilité civile de droit commun aux dirigeants d'une société en redressement ou en liquidation judiciaire », *Rev. Sociétés*, 1988, 199.
« Une évolution jurisprudentielle bienvenue, le non-cumul de l'action en comblement de passif et des actions en responsabilités de droit commun », *Bull. Joly*, 1995, 953.
« Le droit de vote est-il encore un attribut essentiel de l'associé ? », *JCP E*, 1996, 575.
« La perte de la qualité d'actionnaire », *in* « Qu'est-ce qu'un actionnaire ? », *Rev. Sociétés*, 1999, 535.
« L'aménagement du droit de vote », *RD bancaire et fin.*, 2004, 364.
« De l'exclusion d'un associé en réponse à une demande de dissolution », *Bulletin Joly Sociétés*, 1er juillet 1996, n° 7-8, 576.

DALION (A.) et TADROS (A.)
« La catégorisation des actionnaires, un pas de plus ou un pas de trop ? Libre propos sur les perspectives d'évolution du droit des sociétés », *BJB* 2009, p. 406, § 57.

DALSACE,
« L'augmentation de capital par compensation de créance », Gaz. Palais, 1964, 2, p. 65.

DAMMANN (R.)
« Restructuration SAUR : La Conversion de Créances En Capital Dans Le Cadre D'un Plan Lender Led », *Bulletin Joly Sociétés*, Novembre (2013), 697.

C1 - Internal use

« Les recours contre l'organisation et les décisions des comités et assemblées de créanciers en France », *BJE*, 1er juillet 2018, no 4, 300.
« L'introduction des classes de créanciers dans l'optique d'une harmonisation franco-allemande des procédures d'insolvabilité », in *Mélanges Claude Witz* (LexisNexis 2018), 920.
« La fin annoncée de la protection de l'actionnaire en sauvegarde », *BJS*, octobre 2019, no 120, 1.
« Nouvelle sauvegarde accélérée fusionnée : une procédure à la carte ? », *Recueil Dalloz*, 2021, 293.

DAMMANN (R.), ALLE (A.)
« Directive "restructuration et insolvabilité" : l'introduction des classes de créanciers en droit français », *D.*, 2019, 2047.

DAMMANN, (R.), BOCHE-ROBINET (M.)
Transposition du projet de directive sur l'harmonisation des procédures de restructuration préventive en Europe, *D.* 2017. 1264

DAMMANN (R.), LEBRETON (G.)
« Restructuration SAUR : la conversion de créance en capital dans le cadre d'un plan de lender lend » BJS 2013, n°11 p. 697.

DAMMANN (R.), LUCAS (F.-X.)
« Le nouveau dispositif de dilution ou d'éviction de l'associé qui ne finance pas le plan de redressement de la société », *BJS*, 1er octobre 2015, no 10, 521.

DAMMANN (R.), CHRISTOPH PAULUS (C.)
« La loi PACTE : une convergence franco-allemande en marche forcée », *D.* 2018. 248
« Le debt-to-equity-swap dans le cadre des procédures collectives en Allemagne et en France : état des lieux et perspectives », *LPA* 2018, n° 65.

DAMMANN (R.), GUERMONPREZ (M.)
« Pour une réforme du droit des sûretés en adéquation avec le droit des entreprises en difficulté », *D.* 2018. 1160
« Pistes de réflexion pour une réforme des procédures collectives », *D.*, 2018, 629.

DAMMANN (R.), PODEUR (G.)
« Les enjeux de la réforme des comités de créanciers », *JCP E*, 2009, 2094.
« La conversion de créance en capital dans les entreprises en difficultés », *Bull. Joly Sociétés*, 2009, §229, 1132.
« Loi Macron la prise de contrôle d'une société par ses créanciers », BJE janv. 2015, p. 1, n° 1116.
« Le rééquilibrage des pouvoirs au profit des créanciers résultant de l'ordonnance du 12 mars 2014 », *Dalloz*, 2014, 752.

DAMMANN (R.) ROBINET (M.)
« La sauvegarde, un outil pour protéger les associés du débiteur, BJS déc. 2009, p. 116, n° 227.

DAMMANN (R.), MALAVIELLE (K.)
« Le vaccin contre l'instrumentalisation de la procédure de sauvegarde dans les financements structurés », Recueil Dalloz 2021 p.532

C1 - Internal use

DAMMANN (R.), ROTARU (V.)
« Premières réflexions sur la transposition de la future directive sur les restructurations préventives », *D.*, 2018, 2195.

DAMMANN (R.), SCHNEIDER (S.)
« La sauvegarde financière accélérée – Analyse et perspective d'avenir », *D.*, 2011, 1429.

DAMY (G.)
« La remise en cause de la notion classique d'associé : vers une atteinte aux fondements du droit des sociétés », *LPA* 26 juill. 2007, n° 149, p. 3.

DANET (D.)
« La nature de la firme et la théorie des options : quel fondement juridique ? », *Revue Française de Gestion*, vol. 7, n° 3, 1992, 100.

DARIOSECQ (S), METAIS (N.)
« Les clauses d'exclusion, solution à la mésentente entre associés », *BJS*, sept. 1998, n° JBS-1998-286, 908.

DAUDIER DE CASSINI (J.-D.)
La Loi de sauvegarde à l'épreuve du droit des sociétés », Bull. Joly soc. 2009, n° 12, p. 1123.

DE CALIGNON (G.)
« La sauvegarde plus efficace que le redressement judiciaire », *Les Échos*, 6 février 2020.

DECUGIS (H.)
« L'abus de droit dans les sociétés par actions », *Journ. Sociétés*, 1925, 481.

DEGENHARDT (E.)
« Le droit français est-il conforme à la proposition de directive européenne du 22 novembre 2016 visant à harmoniser le droit des procédures collectives ? », *Bulletin Joly Entreprises en difficulté*, n° 02, 153.
« La "hiérarchie du bec" toujours renversée en procédure collective ? », *BJE*, nov. 2015, n° 112u2, 432.

DELEBECQUE (Ph.)
« Nantissement et saisie », *Rev. Sociétés*, 1999, 599, n° 1.

DERRIDA (F.)
« Procès de l'article 180 de la loi du 25 janvier 1985 », *Petites Affiches*, 9 juill. 2001, 6 et *D.*, 2001, chron. 1377.

DERRUPPÉ (J.)
« La nécessaire distinction de la qualité d'associé et des droits sociaux », *JCP N* 1984, I, p. 251.
« Un associé méconnu : l'usufruitier de parts ou actions », *LPA* 13 juill. 1994, n° 83, p. 15.
« De l'ineptie de refuser à l'usufruitier la qualité d'associé », *Defrénois* 1997, n° 5, p. 290.
« Les avatars de l'associé unique », *in Mél. G. Daublon*, Defrénois, 2001, p. 99.

DE LANNOY (P.)

C1 - Internal use

« La conversion des créances en capital : un oubli de la loi de sauvegarde ? », *LPA* 17 févr. 2006

DELENEUVILLE (J.M.)
« L'entreprise et la loi du 25 janvier 1985 », *Rev. Proc.coll*. p 445.

DE WATRIGANT (C.)
« Instrument financier et valeur mobilière », *Petites affiches* - n°84 - page 6, 28/04/2010.

DIDIER (P.)
« Les biens négociables », *in Aspects actuels du droit des affaires, mélanges en l'honneur d'Yves Guyon*, Dalloz, 2003, 339.

DIESBECQ, A.,
« La cession interne : un mode original de transmission de l'entreprise en difficulté », *Gaz. Pal.*, 21-22 janvier 2009, 3.
« La cession de l'entreprise en difficulté par la reprise du capital », *Journ. Sociétés*. Déc. 2008, P. 34.

DOM (J.-PH.)
« Situation des associés », *J-CI. Commercial, Redressement et Liquidation Judiciaires*, fasc. 2375, 1997.
« La protection des titulaires de bons de souscription d'actions admises sur un marché réglementé », *Rev. Sociétés*, 2001, 361.

DONDERO (B.)
« La faute séparable des prérogatives de l'associé : une solution claire mais des difficultés en perspective », *JCPE*, 2014, 13.
« L'abus de majorité négatif, tentative de come-back... », *Gaz. Pal.*, 19 nov. 2013, n° 155d5.
« Le mandataire judiciaire, homme (ou femme) libre ! », *Gazette du Palais*, 8 juillet 2014.
« La responsabilité des associés d'une SARL en raison des fautes commises lors de la révocation du gérant », *Rev. Sociétés*, 2001, 818.

DOUAOUI-CHAMSEDDINE (M.)
« Question soulevée par un plan de sauvegarde écartant un accord de subordination : quel recours pour les seniors en cas d'atteinte à la propriété ? », *RDBF*, n° 2, mars 2012, étude 8.
« Le tribunal qui arrête un plan de sauvegarde écartant la subordination peut-il condamner les juniors à verser des dommages-intérêts aux seniors ? », *Rev. Proc. Coll*. n° 5, Septembre 2012, étude 34.
« Financement structuré - Question soulevée par un plan de sauvegarde écartant un accord de subordination : quel recours pour les seniors en cas d'atteinte à la propriété ? », *Revue des procédures collectives*, n° 1, janvier 2012, étude 5.
« Le droit de vote des créanciers à l'épreuve de l'abus de majorité », *in Mél. P. Bloch*, Bruylant, 31.

DUBOIS (P.)
« Du comité à la classe de créanciers : modalités de vote et de décision des créanciers seniors en France et aux Etats-Unis », *BJE*, n°4, p. 296.

DUMEZ (Ph.) et **RIVAT (A.-L.)**

C1 - Internal use

« Introduire une clause de variabilité du capital dans les statuts d'une société : oui mais attention… », *Actes prat.* déc. 2015, p. 27.

DUMONT-LEFRAND (M.-P.)
« Les plans : quelle place pour les actionnaires ? », *Rev. proc. coll*., n° 2, mars 2014, dossier n° 20.

DURAND-LEPINE (G.)
« L'exclusion des associés dans les sociétés non cotées », *LPA*, 24 juillet 1995, n° 88, 8.
« L'abus de minorité et le jugement valant acte », *Rev. Sociétés*, 1993, 827.

DRIF, V. A., 'MONIER : PAI Fait de Nouvelles Concessions', *Les Echos*, 2009.

DRIF, V.A., 'Les Banques Prennent Seules Les Commandes de Monier', *Les Echos*, 2009.

DROSS (W.)
« Que l'article 544 du code civil nous dit-il de la propriété », *RTD civ*. 2015, p. 27.

EHRET (P.)
« Directive relative aux cadres de restructuration préventifs - Les groupes de créanciers (et assimilés) en droit allemand de l'insolvabilité », *Rev. Proc. Coll.*, n° 3, mai-juin 2019.

ENGEL (P.)
« Associé et créancier : l'apporteur en jouissance dans les sociétés de capitaux », *JCP E* 1998, p. 2056 et s. 521.

ENGERT (A.)
Life without legal capital : Lessons from American law

ESCAFFRE (L.)
« Comment valoriser les actifs incorporels de l'entreprise en difficulté ? », *IFPPC*, décembre 2017, 20.

FABRE (A.)
« Le débiteur en état de cessation de paiement : les choses se compliquent », *JA*, 2005, n° 316, 16.

FABRIES-LECEA, (E.)
« L'acquisition préférentielle, un atout dans la restructuration de l'entreprise en difficulté » *Revue des procédures collectives* n°3, Mai 2011, étude 14.

FAGES (B.)
« Consécration de la faute séparable de l'associé », *BJS*, juin 2014, n° 111z5, 382.

FARGES (J.-P.)
« Complexité dans l'organisation et la constitution des comités de créanciers : le cas d'école de la sauvegarde de CGC », *BJE*, n°4, p. 293.

FARGES (J.-P.), FLEURY (B.), ROBE (J.-P.) ET PEUGNET (C.)
« Éclairage : l'européanisation » du droit des procédures collectives : une harmonisation ratée

C1 - Internal use

? », *Mayday*, 2 avr. 2019

FARHI (S.)
« La conversion de créance en titres de capital lors d'une procédure collective », *Rev. Proc. Coll.*, n°1 (2019) : 1 ;

FASQUELLE (D.)
« L'heure de la maturité pour le droit européen de l'insolvabilité ? », *Revue des procédures collectives*, nº 3, mai 2019, dossier 10.

FAUGÉROLAS (L.)
« La subordination des créances », *JCP E*, nº 42, 17 octobre 1991, 84.

FAVARIO (T.)
« De l'attractivité du droit des entreprises en difficulté », *Revue des procédures collectives*, nº 4, juillet 2009, étude 18.
« L'intérêt social, reflet d'une éthique libérale », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 2, mars 2013, dossier 11.
« Consécration de la "faute séparable" de la qualité d'associé », *D.*, 2014. 764.
« L'associé, financier de la société en difficulté », *Rev. proc. coll.*, 2017, ét. 17.
« Regards civilistes sur le contrat de société », *Rev. Sociétés*, 2008, 53.
« Variations sur le devoir de loyauté de l'associé et du gérant de SARL », *D.*, 2012, 134.
« Dissimulation de l'état de cessation des paiements par un financement anormal : les précisions de la Cour de cassation », *BJE*, juill. 2013, nº110c1.
« Dirigeant social : un devoir de loyauté décidément conquérant », *D.*, 2013, 288.

FERRY, C., S. RIZO-SANCHEZ, C. GERSCHEL, AND K. KHAU CASTELLE,
"Validité, portée et efficacité des clauses d'inaliénabilité statutaires et extra-statutaires portant sur des actions », *Actes Pratiques et Ingénierie Sociétaire*, 115 (2011).

FEYDEL (R.)
« La cessation des paiements, une complexité à combattre par la loi », *Petites Affiches*, nº 259-260, 6.

FOURCAULT, DENEZ
« La conversion de créance en capital dans la loi de sauvegarde », *Journal des sociétés*, sept. 2009, 26.

FRAIMOUT (J.-J.)
« Contestation de la décision de l'assemblée des obligataires par les porteurs de titres super-subordonnés (TSS) dans l'affaire Thomson ("Technicolor") », *Rev. proc. coll.*, 2011, comm. 41.
« Des plans plus attractifs pour les créanciers ? », *Revue des procédures collectives*, nº 2, mars 2014, dossier 19.

FRISON-ROCHE (M.-A.)
« L'acculturation du squeeze out en droit français », *Petites Affiches*, 143 (1995), 13.
« L'hypothèse d'un droit général de retrait des minoritaires », *Cah. Dr. Entr.*, 1996, 9.
« L'invitation de l'article 52 de la loi bancaire », *RDBB*, nº 55, mai/juin 1996, 86, nº 17.

C1 - Internal use

FROHELICH (Ph.), SENECHAL (M.)
« De la réalisation de l'actif », *LPA*, n° spécial 9 févr. 2006, n° 29.

GAUDEMET (A.)
« La deuxième directive Sociétés à l'épreuve du risque de système », *BJS*, mai 2017, n° 5, 303.

GAUDEMET (A.), MONSERIE-BON (M.-H.)
« Reprise interne d'une société en difficulté », *Revue des procédures collectives*, n° 6, novembre 2015, dossier 56.

GALLAND (M.)
« La subordination de dernier rang : régime et finalités des titres super-subordonnés », *Bull. Joly Sociétés*, 1er oct. 2006, 111, § 234.

GALLOIS-COCHET (D.)
« Associé », *Joly Sociétés*, 2015, 539.
« L'obscure clarté du régime de l'exclusion statutaire », *Droit des sociétés*, n° 12, déc. 2014, étude 23, n° 3.
« Résultat - Détermination et affectation », *Études Joly Sociétés*, http://lext.so/S_ER050.
« Brèves observations sur la distribution des dividendes dans les sociétés civiles », *Droit des sociétés*, n° 2, février 2016, étude 2.
« Autorisation du coup d'accordéon par l'assemblée des porteurs d'ORA », *Droit des sociétés*, n° 11, novembre 2012, comm. 182.

GALOKHO (C.)
« La libre circulation des capitaux et la convergence des droits matériels de la faillite », *Rev. proc. coll.*, n° 3, mai-juin 2019.

GASTAUD (J.-P.)
« Le sort de la société à l'occasion des procédures collectives », Journée d'études organisée par le CRAJEFDP, Nice Sophia-Antipolis, 19 mai 2001, *LPA*, n° 7, 9 janvier 2002, 68, n° 65.

GENESTOUX (A.)
« Le devoir des associés face à l'équilibre des pouvoirs dans les procédures collectives, *Revue des procédures collectives*, n° 5, novembre 3015, alerte 17.

GENICON (T.)
« L'obligation naturelle vers un fabuleux destin... ou une mort certaine ? », *RDC*, 2013, n° RDCO2013-1-006, 43

GENINET (M.)
« Les quasi-apports en société », *Revue des sociétés*, 1987, 30.

GENTIN (F.), LELOUP-THOMAS (V.), PEROCHON (F), ROUSSEL GALLE (P.)
Table ronde « Des outils de restructuration des entreprises en difficulté adaptés à toutes les situations ? », *Bulletin Joly Entreprises en difficulté*, n° 06, 391.

GERMAIN (M.)
« L'autocontrôle », *Dr. sociétés* sept. 1985, p. 4.
« Le transfert du droit de vote », *Journ. des agréés*, n° spéc., nov. 1990, n° 11, p. 135.

C1 - Internal use

« La renonciation aux droits propres des associés : illustrations », *in Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, PUF, J.-Cl., 1999, 401.
« Le droit de vote », *Dr. sociétés* juill. 2014, dossier n° 2.

GERMAIN (M.), FRISON-ROCHE (M-A.)
« Droit des opérations sur capital. Le rachat d'actions et les grands principes du droit des sociétés », *RD bancaire et bourse*, 1999, 32.

GHALIMI (N.)
« Le traitement différencié des créanciers dans les plans de sauvegarde et de redressement », *LPA*, 19 déc. 2014, n° 253, 5.

GICQUEL (E.), ROUSSILLE (M.)
« Le nouveau droit des entreprises en difficultés à l'épreuve du droit constitutionnel », *in* « Le nouveau droit des entreprises en difficultés, Actes de colloque », *Gaz. Pal.*, 31 déc. 2014 au 3 janv. 2015, n° 365 à 3, 32.

GILLET (J.-Cl.-M.)
« Discours prononcé au corps législatif par le tribun Gillet, orateur du tribunat, sur le titre IX, livre III du Code civil, séance du 17 ventôse an XII », *in Recueil complet des discours prononcés lors de la présentation du Code civil par les divers orateurs du Conseil d'État et du Tribunat*, t. 1, *Discours*, Firmin Didot Frères, 1838, 656.

GODON (L.)
« Devoir de loyauté du dirigeant social envers les associés : et maintenant la question de la preuve de la déloyauté », *Rev. Sociétés*, 2007, 519.
« Exercice par un associé de son droit de retrait : date d'évaluation des parts sociales et date de la perte de la qualité d'associé », *Rev. Sociétés*, 2001, 343.
« Affirmation de la faute personnelle de l'associé, distincte de la faute de l'organe social dont il est membre. Précisions quant au critère de la faute personnelle et quant au fondement juridique de la condamnation », *Rev. Sociétés*, 2006, 526.

GOFFAUX-CALLEBAUT (G.)
« Part de fondateur », *Répertoire Dalloz*, janvier 2016, n° 17.

GOLSHANI (S.), LORIC (A.)
« Le poids des actionnaires minoritaires », *BJE* juillet 2018, n°4, p. 322.

GOURIO (A.), GILLOUARD (M.)
« Proposition de directive relative aux système d'insolvabilité et de restructuration des entreprises », *RDBF*, mars-avril 2017, 1.

GRANIER, (T.), JAMET (V.)
« Fonds propres et titres d'emprunts. Titres participatifs et titres subordonnés » Joly Etudes Bourse, 19/08/2019

GRELON (B.)
« Technicolor : fin du film », *Rev. Sociétés*, 2012, 450.
« Le nouveau droit commun des valeurs mobilières donnant accès au capital », *Rev. Sociétés*, 2004, 579.

C1 - Internal use

« La consultation des créanciers obligataires dans le cadre d'une procédure collective d'insolvabilité », *Rev. Sociétés*, 2008, 25.
« L'affaire Thomson : la loi à l'épreuve de la finance », note sous Tribunal de commerce de Nanterre du 17 février 2010, Sté FHB c/ Sté Technicolor, *Revue des sociétés*, 2010, 244.

GUTMANN (D.)
« L'associé, investisseur ou entrepreneur ? Réflexions fiscales sur le statut de l'associé de société », *in Mél. P. Le Cannu*, Dalloz, L.G.D.J., IRJS, Thomson Reuters, 2014, p. 315.

GUYON (Y.)
« Les clauses d'agrément s'appliquent même lorsque les actions sont cédées à l'occasion d'une procédure collective », *JCP G* n° 27, 5 juillet 1995, II 22460.

HAMELIN (J.-F.)
« L'abus de minorité ne permet pas de faire abstraction du minoritaire », *LEDC*, févr. 2018, n° 111g6, 7.
« Abstentions, votes blancs ou nuls et calcul de la majorité », *Droit des sociétés*, n° 10, octobre 2019, comm. 171.

HENROT (J.)
« Financement LBO et entreprises en difficulté », *RD bancaire et fin.* 2008, dossier 20.

HENRY (L.-C.)
« De l'influence du droit européen sur le droit des entreprises en difficulté… », *BJE*, septembre 2017, n° 5, 314.

HERVE, SYNVET, FERRAND PIERRE-NICOLAS,
« L'accueil en France des schemes of arrangement de droit anglais », *Revue de Procédure Collective*, 2014.

HESS (E.), MENJUCQ (M.), GREVET (J.-L), BELLOT (T.), TASTE (A.)
« La confrontation du droit des entreprises en difficulté et du droit des sociétés : qui sont les principaux bénéficiaires : les associés, les dirigeants ou les investisseurs ? », *Revue des procédures collectives*, n° 5, septembre 2010, entretien 3.

HOANG (P.)
« La sanction de l'inexécution du contrat-organisation », *in Mélanges P. Didier, études de droit privé*, Economica, 2008, 205.

HOTCHKISS (E. S.), MOORADIAN (R.)
« Vulture Investors and the Market for Control of Distressed Firms », *Journal of Financial Economics*, 1997, 43 :401.

HOUSSIN (M.)
« Le test du respect des intérêts des créanciers ou "best interest test" », *Revue des procédures collectives*, n° 4, juillet 2018, étude 19.
« Déclarer les créances éventuelles : oui, mais lesquelles ? », *BJE*, janv. 2020, n° 1, 19.

HOVASSE (H.)
« Le droit de veto », *Droit des sociétés*, n° 7, juillet 2014, dossier 5.

C1 - Internal use

« La diversification des valeurs mobilières émises par les sociétés », *Droit des sociétés*, n° 12, décembre 2000, comm. 181.
« Titres participatifs », *Répertoire de droit des sociétés*, août 1988 (actualisation : mars 2009), n° 16.

JACQUEMONT (A.)
JCl. Procédures collectives, fasc. 2155, n° 39.

JAZOTTES (V. G.)
« La situation générale des créanciers dans la préparation du plan », *Rev. proc. coll.*, 2015, comm. 38.

JOBERT (L.)
« La notion d'augmentation des engagements des associés », *BJS*, mai 2004, n° 124, 627.
« Le remboursement du compte courant d'associé à l'épreuve de la théorie de l'abus de droit », *Dr. Sociétés*, nov./déc. 2005, 3.

JONATHAN MACEY, LUCA ENRIQUES
Creditors Versus Capital Formation: The Case Against the European Legal Capital Rules

JONATHAN RICKFORD
Report of the Interdisciplinary Group on Capital Maintenance, mai 2003

JEANTIN (M.)
« La réforme du droit des sociétés par la loi du 4 janvier 1978 », *D.* 1978, 173.
« Les conventions de vote » *in* « La stabilité du pouvoir et du capital dans les sociétés par actions », *RJC*, nov. 1990, n° spéc., 124.
« La transmission universelle du patrimoine d'une société », *in Mél. J. Derruppé*, Litec, 1991, 287.
« Conventions de portage et droit des sociétés », *RD bancaire et fin.* 1991, 125.
« Le prêt de titres », *Rev. sociétés* 1992, p. 465.
« Observations sur la notion de catégories d'actions », *D.* 1995, 88.
« Droits des obligations et droit des sociétés », *in Mél. L. Boyer*, Éd. Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1996, 317.
« Le droit financier des biens », *in Mél. M. Jeantin*, Dalloz, 1999, 3.
« La preuve de la perte de leur investissement et la nécessité d'une conversion de créance en capital pour sauver l'entreprise devrait être apportée par les créanciers. ».
« La continuation de l'entreprise », numéro spécial, *RJ com*, 1986, 37.
« Le rôle du juge en droit des sociétés », *in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de R. Perrot*, Dalloz, 1996, 161.

KENGNE (G.)
« Le rôle du juge en matière de droit de vote », *Petites Affiches*, 12 juin 2000.

KDHIR (M.)
« Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie : mythe ou réalité ? », *D.*, 1994, 30.

KENDERIAN (F.)
« La contribution aux pertes sociales », *Rev. Sociétés*, 2002, 617.

C1 - Internal use

KESSLER (G.), POSOCCO (L.)
« L'associé investisseur », Droit des sociétés n° 3, Mars 2016, dossier 5.

KOURALEVA (P.)
« L'usufruit, démembrement du droit de propriété ? », *LPA*, 19 juin 2009, n° PA200912202, 6.

LAFAURIE (K.)
« Contrainte des créanciers dans le régime de crise de la conciliation : présent et avenir », *Bull. Joly Entreprises en difficulté* - n°04 - page 72.
« Charge de la preuve de l'état de cessation des paiements », LEDEN, nov. 2020, n° 10, 2.

LAHNANE (N.)
« L'inflexion nécessaire du principe d'intangibilité du contrat : étude comparée entre droit des sociétés et droit commun des contrats », *AJ contrat*, 2017, 475.

LAMY (M.)
« La directive "Restructuration et insolvabilité" : ouverture de la restructuration préventive », *Revue Lamy droit des affaires*, n° 152, octobre 2019.

LANGLAIS (J.-P.), GHESQUIÈRES (L.)
« Le droit de vote, droit fondamental de l'associé ? », *LPA*, 14 déc. 2007, 4.

LARDEUX (G.)
« Qu'est-ce que la propriété ? Réponse de la jurisprudence récente éclairée par l'histoire », *RTD civ*. 2013, p. 741.

LAROCHE (M.)
« Perte de la qualité d'associé : quelle date retenir ? », *D.*, 2009, 1772.
« Les classes de créanciers : promesses et risques », *Lettre d'actualité des Procédures collectives civiles et commerciales* n° 14, Septembre 2019, repère 190.
« L'implication des associés », *Bulletin Joly Entreprises en difficulté*, 31 mars 2022, n°02, p. 66.

LAROCHE (M.), MERLY (E.)
« Créanciers publics - Les créanciers publics face aux plans », *Revue des procédures collectives*, n° 4, juillet 2019, dossier 33.

LEBEL (Ch.)
« Le droit de retrait de l'associé », *in Mélanges le Professeur Raymond Guidec*, LexisNexis, 2014, 747, n° 2.

LE CANNU (P.)
« Abus de minorité et refus réitéré de voter une augmentation de capital », *BJS*, sept. 1990, n° JBS-1990-221, 755.
« L'état d'actionnaire à l'épreuve du droit des sociétés. L'acquisition de la qualité d'actionnaire », *in* « Qu'est-ce qu'un actionnaire ? », *Rev. sociétés* 1999, 519.
« Les rides du capital social », *in Quel avenir pour le capital social ?*, Dalloz, 2004, coll. Thèmes et commentaires, dir. A. Couret et H. Le Nabasque, p. 3
« Tout associé a le droit de participer aux décisions collectives », *in Mél. Ph. Merle*, Dalloz, 2012, 443.

C1 - Internal use

« La loi du 10 juin 1994 sur les entreprises en difficultés : aspects droits des sociétés » : Bull. Joly 1994, 748, n° 11.
« L'abus de minorité », *Bull. Joly*, 1986, 429.
« Monsieur de Saint-Janvier ou le dépouillement de l'article 1832 du Code civil », *Bull. Joly Sociétés*, 1er septembre 2012, nº 09, 672.
« Les sociétés et les groupes de sociétés pendant la période d'observation », *Petites Affiches*, 9 janvier 2002, 48.
« La souveraineté des actionnaires en matière d'augmentation de capital », *BJS* juin 1992, n° JBS-1992-220, p. 672
« L'ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 et les valeurs mobilières composées : bref aperçu », *RTD com*. 2004. 761

LE CORRE (P.-M.)
« La poursuite des associés de sociétés sous procédure collective par les créanciers », *JCP E*, 10 (2016).
« La loi Macron et le droit des entreprises en difficulté, *Gaz. Pal*. 20 octobre 2015, n° 244, p. 7.
« Porteurs de titres super-subordonnés et élaboration des plans de sauvegarde ou de redressement avec comités », *D.*, 2010, 839.
« Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises », *D.*, 2005, chron. 2297, nº 62.
« Les irrégularités affectant la composition et le vote des comités des créanciers », *D.*, 2007, 822.
« Les comités des créanciers », *Rev. proc. coll.*, 2011, colloque 3.
« La conciliation homologable, outil pour la directive "Restructurations" ? », *Gaz. Pal*., 15 oct. 2019, nº 361b6, 41.

LE DIASCORN (H.)
« L'associé qui s'abstient de voter lors de l'assemblée générale extraordinaire décidant de la transformation d'une SARL en SA commet-il un abus de minorité ? », *D.*, 1993, 279.

LEDAN (J.)
« Nouveau regard sur la notion d'associé », *Dr. sociétés* nov. 2010, étude n° 17.

LE GUERNEVE (L.), MORELLI (N.)
« Les nouveaux enjeux des comités de créanciers », *Cahiers de droit de l'entreprise* n° 4, Juillet 2011, dossier 21.

LEGRAND (F.)
« Le traitement différencié des créanciers dans le cadre du plan de sauvegarde et du plan de redressement », *Cahiers de droit de l'entreprise*, nº 4, juillet 2016, dossier 35.

LEGRAND (M.-N.), LUBY (M.)
« Le dessaisissement de l'associé (Droit des procédures collectives ? Droit des sociétés ? », *in Mél. P. Le Cannu*, Dalloz, L.G.D.J., IRJS, Thomson Reuters, 2014, p. 705.

LEGROS (J.-P.)
« Le droit des sociétés en difficulté après la loi Macron », *Dr. Sociétés*, nov. 2015, 9, étude nº 17.
« Le droit de vote dans les sociétés en difficulté », *Revue Droit Des Sociétés*, juillet 2014, 23.
« Le droit des entreprises en difficulté après l'ordonnance du 12 mars 2014 », *Droit des*

C1 - Internal use

sociétés, juin 2014, 17.
« Le traitement des difficultés après l'ordonnance du 12 mars 2014 » Dr. Sociétés 2014, étude 11.
« Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires – Sort des associés », fasc. 2394, nº 17.
« Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires – Sort de la personne morale », 8 mars 2015, fasc. 2390, nº 55.
« Le droit des entreprises en difficulté après la loi de modernisation de la justice du XXIe siècle », *Droit des sociétés*, nº 3, mars 2017, étude 3.

LEGUEVAQUES (C.)
« L'égalité des créanciers dans les procédures collectives : flux et reflux », GP., 2002, n° 218, 2.

LE NABASQUE (H.)
« Agrément de cessions d'actions et exclusion d'associés », *RJDA*, 3/95, 200, nº 30.
« La notion d'engagements nouveaux en droit des sociétés », *Dr. sociétés, Actes pratiques*, déc. 1997, 36.
« Les actions sont des droits de créance négociables », *in Aspects actuels du droit des affaires, Mél. Y. Guyon*, Dalloz, 2003, 671.
« La fin de la connexion apports/capital ? » *in Quel avenir pour le capital social ?*, contributions issues du Colloque tenu le 28 octobre 2003, Dalloz, 2004, coll. Thèmes et commentaires, dir. A. Couret et H. Le Nabasque, p. 103.
« Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés », *RTD Com*, 1999, 273.
« Rôle et place des mécanismes fondamentaux du droit civil en droit des affaires », *RTD com.*, 1999, 273.
« L'adaptation du droit des procédures collectives à la situation des établissements financiers », *RDBB*, septembre et octobre 1999, nº 75, 149.
« Le sort des porteurs de valeurs mobilières donnant accès au capital face à une réduction de capital à zéro ou Du coup d'accordéon au coup de Trafalgar » : *in Les défis actuels du droit financier*, éd. Joly 2010, 129.
« Les devoirs de l'actionnaire », *Gazette du Palais*, nº hors-série, 6 juin 2016, 9.

LE NABASQUE (H.), PIETRANCOSTA (A.)
« La réforme des dispositions du code de commerce relatives aux "titres financiers complexes" par l'ordonnance du 31 juillet 2014 », *Bull. Joly*, 2014, 486.

LEPARGNEUR (J.)
« L'exclusion d'un associé », *Journ. Soc.*, 1928, 257.

LEPELTIER (D.)
« Rôle de l'inscription en compte d'une cession d'actions nominatives », *Bulletin Joly Sociétés* 1994, 93.

LEPOUTRE (E.)
« Les sanctions des abus de minorité et de majorité dans les sociétés commerciales », *Dr. et patrimoine*, déc. 1995, nº 21, 73.

LIENHARD (A.)
« Contrôleurs », *Répertoire Dalloz*, chapitre 33, nº 33-23

C1 - Internal use

« Compensation de plein droit avant le jugement d'ouverture entre la créance de libération du capital social et la créance d'avance en compte courant », *D.*, 2002, 485.

LOISEAU (G.)
« De l'obligation naturelle à l'obligation civile : l'entremise de l'engagement par volonté unilatérale », *D.*, 2005, 1393.

LUCAS (F.-X.)
« Promesses d'achat de droits sociaux à prix garanti et prohibition des clauses léonines. À la recherche de la cohérence perdue », *JCP E* 2000, n° 5, p. 171.
« Retour sur la notion de valeur mobilière », *BJS*, 2000, 765, § 185.
« Les actionnaires ont-ils tous la qualité d'associé ? – Brefs propos discursifs autour du thème de l'associé et de l'investisseur », *RDBF*, n° 4, juillet 2002, étude 100035.
« La société dite créée de fait » *in Mél. Y. Guyon*, Dalloz, 2003.
« Du contrat de société au contrat d'investissement », *RD banc. fin*. mars-avr. 2005, p. 50.
« La loi de sauvegarde, article par article [1re partie] », *LPA*, 8 février 2006, 82, ss. Art. L. 626-16.
« Situation des associés d'une société civile soumise à une liquidation judiciaire », *Dr. sociétés* 2006, étude n° 10.
« Le plan de sauvegarde apprêté ou le prepackaged plan à la française », *CDE*, sept-oct. 2009, n° 5, 35.
« L'exécution forcée des conventions de vote », *BJS* 2011, p. 625.
« Être ou ne pas être associé », *BJS* 2011, p. 941.
« La situation de l'associé en cas de procédure collective », *BJED* 2012, p. 416, § 210.
« Les actionnaires face à leurs responsabilités ? Quelles responsabilités ? (1re partie) », *Rev. proc. coll.*, n° 34, juill. 2014, dossier n° 36.
« Théorie des bénéfices et des pertes – Bénéfices, économies, pertes », *J.-Cl. Sociétés Traité*, fasc. 15-10, 2012.
« La subordination des créances à l'épreuve de la procédure collective », *Rev. Proc. Coll.*, mai-juin 2013, dossier 19.
« Les filiales en difficulté », *Petites Affiches*, 4 mai 2001, 66.
« Les associés et la procédure collective », *Petites Affiches*, 9 janvier 2002, 10.
« Les associés en procédures collectives », P.AP. du 9 janvier 2002, in Le droit des sociétés à l'épeure des procédures collectives, numéro spécial, P. 7.
« Les devoirs de l'actionnaire d'une société en difficulté, les dispositifs légaux », *Gaz. du Palais*, 6 juin 2016, n° hors-série, 51.
« La réparation du préjudice cause par un abus de minorité en droit des sociétés », *LPA*, 12 sept. 1997, n° 110, 6.
« Le traitement des difficultés de l'entreprise à l'épreuve des droits de l'actionnaire : propriété économique et propriété juridique, qui doit financer la restructuration ? » : *Bull. Joly Entreprises en difficulté*, 2013/5, p. 332
« Consécration du principe selon lequel les modifications statutaires n'augmentant pas les engagements des associés ne requièrent pas l'unanimité », *Bull. Joly Sociétés*, juin 2017, 385.
« La conversion de créances en actions à l'occasion d'un plan de sauvegarde ou de redressement » in. *Mél. En l'honneur du Pr H. Hovasse* (LexisNexis 2016), 152.
« L'égalité des créanciers face à la procédure collective de leur débiteur : rapport de synthèse », *BJE*, nov. 2019, n° 6, 78.
« Vers un statut de l'associé de société en difficulté », *BJS* mars 2020, n° 120q9, p. 1
« Recours de l'actionnaire éliminé par un coup d'accordéon à l'occasion d'un plan de redressement », *BJS*, n° 07-08, 40.

C1 - Internal use

« Les plans de sauvegarde et de redressement adoptés par les classes de parties affectées », *Bulletin Joly Entreprises en difficulté*, janvier 2022, n°01, p. 45.

LUCAS (F.-X.), PORRACHIA (D.)
« L'expropriation de l'associé qui ne finance pas la restructuration de la société en redressement judiciaire », in. *Etudes à la mémoire de P. Neau-Leduc, Le juriste dans la cité* (Lgdj, 2018)

LUCAS (F.-X.), DAMMANN (R.)
« Faut-il déjà réformer la réforme du 12 mars 2014? », *Bulletin Joly Entreprise En Difficulté*, mai 2014, n° 3, 143.

LUCAS (F.-X.), PETOT-FONTAINE (M.)
« Théorie des bénéfices et des pertes – Bénéfices, économies, pertes », *J.-Cl. Sociétés Traités*, fasc. 15-10, 2008, n° 15.

LUCAS (F.-X.), LETREGUILLY (H.), GERMAIN (M.), ET MARTINEAU-BOURGNINAUD (V.)
« Gouvernance et Dirigeance : L'art de Diriger Une Entreprise », *Petites Affiches*, 10, 6.

MERCIER (J.-L.), KOPF (F.)
« Les devoirs de l'actionnaire dans les entreprises en difficultés – Le devoir de favoriser le redressement de l'entreprise : les mécanismes conventionnels », *Gaz. du Palais*, 6 juin 2016, n° hors-série, 49.

PAILLUSSEAU (J.)
« La mutation de la notion de société et l'intérêt social », *Revue des sociétés*, 2020, 523.
« Entreprise et société, quels rapports ? Quelle réforme ? », *D.*, 2018, 1395.

PANZANI (L.)
« L'impact de la proposition de directive en Italie : regard d'un pays voisin », *Rev. Proc. Coll.*, n° 3, mai-juin 2019.
« Qu'est-ce qu'une entreprise en difficulté ? », RF compt. 1976. 379 s. ; RJ com 1976.
« Entreprise et société. Quels rapports ? Quelle réforme ? », D. 2018. 1395, n° 25 s

PELLETIER (S.), THOUËNON (F)
« Procédure collective - Procédures collectives et OCA : l'exercice du droit de conversion par l'obligataire défaillant », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n° 42, 20 octobre 2016, 1552.

PERIN (P.-L.)
« Coup d'accordéon : plaidoyer pour une analyse financière objective », *BJS*, sept. 2019, n° 119z1, 29.

PEROCHON (F.)
« Améliorer les restructurations d'entreprises : approche comparée des droits et meilleurs pratiques en France et en Allemagne », *BJE*, n° 4, 55.
« Comité des établissements de crédit : mode d'emploi ! », *BJE*, juill. 2016, n° 113, 229.
« Réflexions sur la constitution des comités de créanciers », *BJE* nov. 2017, n° 115h1, p. 447

PEROCHON (F), ROUSSEL GALLE (Ph.)

C1 - Internal use

« Controverse amicale sur la non-reprise des poursuites après clôture de la liquidation judiciaire pour extinction du passif », *in Mél. Tricot*, Dalloz-LexisNexis, 2011, 560

NICOLAS (E.)
« la notion de faute séparable des fonctions des dirigeants sociaux à la lumière de la jurisprudence récente », *D.* 2013, 535.

MACORIG-VENIER (F.)
« Les créanciers et leurs garanties », *Rev. Proc. Coll.* n°6, Novembre 2015, dossier 53.

MANSON (A.), BURGALA (G.)
« Aspects de droit boursier des restructurations », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 4, juillet 2011, dossier 22.

MARIANI-RIELA (M.-C.)
« L'associé en difficulté » *Droit des sociétés* n° 3, Mars 2016, dossier 7

MARINI, P.,
« Le droit de retrait des actionnaires minoritaires dans les sociétés non cotées », *Petites Affiches*, 1998, 27.

MARQUET (J.-Y.), BRIQUET (J.-M.)
« L'actionnaire d'une société non cotée en redressement ou liquidation judiciaire », *Gaz. Pal.*, 26-27 mai 2004, n° spécial, 43.

MARTIN (D.)
« L'exclusion d'un actionnaire », *RJ com.* 1990, p. 94. 529.
« Valeurs mobilières : défense d'une théorie », D. 2001, p. 1228.

MARTIN (D. R.)
« De la nature corporelle des valeurs mobilières (et autres droits scripturaux) », *D.*, 1996, 47.
« De l'inscription en compte d'actifs scripturaux », *D.*, 1998, 16.
« La théorie de la scripturalisation », *D.*, 2005, 1702, n° 11.

MARTIN-SERF (A.)
« Effets à l'égard de la personne morale », *J-CI. - Sociétés, redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, fasc. 41-45, 1997.
« Effet à l'égard des membres de la personne morale », *J-CI. Sociétés, redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, fasc. 41-48, 1997.
« Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires – effets à l'égard des créanciers obligataires et autres prêteurs de capitaux », fasc. 2396, 29 août 2017, date de la dernière mise à jour : 15 mars 2020.
« Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires des entreprises. – Effets à l'égard des créanciers prêteurs de capitaux », *JurisClasseur Sociétés Traité*, fasc. 41-60, 3 septembre 2017.

MASSART (T.)
« Contrat de société », *Répertoire de droit des sociétés*, avril 2006 (actualisation : oct. 2016).

MATTOUT (J.-P.)
« L'expérience du banquier dans les restructurations négociées », in « Le contrat au secours de

C1 - Internal use

l'entreprise », *RJ com*., numéro spécial, 1er nov. 1999, 153.

MAUBRU (B.)
« La perte du capital social des sociétés à risque limité », *Defrénois*, 1983, 1185.

MAY (J.-Cl.)
« Clause de contribution aux pertes », *Rev. Sociétés*, 2003, 691.

MAZEAUD (V.)
« Droit réel, propriété et créance dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RTD civ.*, 2014, 29.

MC CLEAN (A.), ASSANT (O.)
« La subordination de créances face aux procédures collectives », Opérations financières 2006, n° 39, p. 4.

MENJUCQ (M.)
« Le champ d'application de la directive sur les restructurations préventives au regard du règlement Insolvabilité 848/2015 », *Rev. proc. coll.*, mai-juin 2019, nº 3.

MENJUCQ (M.), MARKS (D.) EHRET (P.), DAMMANN (R.), VALLENS (J.-L.)
« La compétitivité des principaux droits de l'insolvabilité européens : étude comparée des droits français, allemand et britannique », *Revue des procédures collectives*, nº 5, septembre 2012, entretien 2.

MENJUCQ (M.), EHRET (P.), DAMMANN (R), BARON (J.)
« Le droit allemand de l'insolvabilité : un modèle pour la transposition de la directive restructurations préventives en droit français ? », *Revue des procédures collectives*, nº 1, janvier 2020, entretien 1.

MERLE (Ph.)
« Définition et sanction de l'abus de minorité », *Rev. Sociétés*, 1993, 400.
« Colloque Droit et Commerce, L'abus de minorité », *Rev. jurispr. com.*, nov. 1991, 81.
« L'abus de minorité », *in* « La loi de la majorité », *RJ com.*, nº spéc. 1991.

MESTRE (J.)
« Le Conseil constitutionnel, la liberté d'entreprendre et la propriété », *D.*, 1984, 1.
« Réflexions sur les pouvoirs du juge dans la vie des sociétés », *RJ com.*, 1985, 81-92.
« Les devoirs de l'actionnaire – Rapport de synthèse », *Gaz. du palais*, nº hors-série, 6 juin 2016, 85.
« L'engagement unilatéral a tiré le gros lot », *RTD civ*., 1996, 397.

MICHA GOUDET (R.)
« Nature juridique des dividendes », *JCP E*, nº 3, 15 janvier 1998, 68.

MOKAL (R.), STANGHELLINI (L.), PAULUS (C.G.), TIRADO (I.)
« Best practices in European restructuring. Contractualised distress resolution in the shadow of the law », CEDAM, 2018, 37, https://www.codire.eu/materials/

MOLIERAC (D)

C1 - Internal use

« De l'abus de droit dans les sociétés », *Rev. Soc.*, 1937, 75.

MONSERIE-BON (M.-H.)
« Le principe d'égalité au regard du droit européen de l'insolvabilité », *BJE*, nov. 2019, n° 117h9, 73.
« Les risques d'ouverture d'une procédure collective pour les associés et dirigeants », *in Droit des sociétés et procédures collectives*, L'Harmattan, 2018, 124.
« Entreprise en difficulté : période d'observation », *Répertoire de droit commercial*, oct. 2014 (actualisation : mai 2018), n° 35.

MONSERIE-BON (M.-H.), CAROLINE HENRY (L.), BUISINE (O.)
« La participation renforcée des créanciers dans les procédures », *Bulletin Joly Entreprises en difficulté*, mars 2022, n°02, p. 70.

MONTERAN (T.)
« Privilégier le créancier ou l'emploi ? » *Gazette du Palais*, n° 02, 47.

MORELLI (N.)
« L'amélioration du rôle des créanciers dans le cadre de l'adoption du plan, Le point de vue du praticien », *Rev. proc. coll.*, 2014, dossier 35.
« La structuration des comités de créanciers, quelles réformes possibles ? », *Revue Droit & Affaires*, n° 9, janvier 2011, 6.

MORIN (L.)
« Le devoir fiduciaire d'agir dans le meilleur intérêt de la compagnie insolvable: comment concilier les intérêts de l'actionnaire et du créancier ? », Université de Montréal, avril 2007, 157.

MORTIER (R.)
« Clause d'exclusion d'un associé : unanimité ou nullités en cascade », *Bulletin Joly Sociétés*, 2015, 359.
« Ne pas confondre exclusion et éviction de l'associé », note Sous Cass. com., 29 septembre 2015, n° 14-17343, F-D, Icard C/ Société Socotec France : JurisData n° 2015-021771', *Droit des sociétés*, n° 3, mars 2016, comm. 43.
« La sous-dotation d'une société par ses associés engagerait-elle leur responsabilité ? », *Droit des sociétés*, n° 10, novembre 2015, comm. 163.
« Réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés par actions : rachat d'actions et actions rachetables », *Rev. sociétés*, 2004, 639.

MOULIN (J.-M.)
« L'éviction statutaire d'un actionnaire ne saurait être confondue avec une procédure d'exclusion », *Gaz. Palais*, 24 mai 2016, 63.
« Le sort des ORA dans le cadre d'une réduction de capital à zéro », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n° 39, 27 septembre 2012, 1571.

NEMEDEU (R.)
« Le principe d'égalité des créanciers : vers une double mutation conceptuelle », *RTD com.*, 2008, 241.

NOURY (A.-S.)

C1 - Internal use

« L'État actionnaire dans les restructurations financières de sociétés cotées », *BJE*, juillet 2018, n° 4, 313.

OHL (D.)
« Valeurs mobilières », *Répertoire de droit des sociétés*, sept. 2005 (actualisation : juin 2018).

OLLU (G.)
« La promotion du financement des entreprises en difficulté par la création des privilèges de post money », *LEDEN* juin 2020, n° 113k3, p. 3

OPPETIT (B.)
« La prise de contrôle d'une société au moyen d'une cession d'action », *JCP E*, 1970, I, n° 2361.

PAGNUCCO (J.-C.)
« Les associés et le plan de cession », *Revue des procédures collectives* n° 3, mai 2015, dossier 43.

PARACHKEVOVA (I.)
« L'associé Responsable », *Bull. Joly Sociétés*, 4 (2015), 165.
« L'augmentation de capital forcée dans la loi Macron », *Bull. Joly Sociétés*, 1er octobre 2015, n° 10, 529.
« Responsabilité pour insuffisance d'actif : La création d'une société sous-capitalisée n'est pas une faute de gestion », *Bulletin Joly Sociétés*, mai 2015, 246.

PARTOUCHE (N.)
« Les créanciers actionnaires : risques et opportunités », *BJE* juillet 2018, n°4, p. 319.

PASCUAL (I.)
« La prise en considération de la personne physique dans le droit des sociétés », *RTD com.*, 1998, 273.

PIETRANCOSTA (A.)
« Promesses d'achat de droits sociaux et clauses "léonines" : critique d'une sollicitation excessive et hasardeuse de l'article 1844-1 du Code civil », *RLDA*, 1/2006, n° 45, 67.
« Capital zéro ou zéro capital », in Quel avenir pour le capital social ?, Dalloz 2004, p. 134.
« La protection des titulaires de valeurs mobilières donnant accès au capital après l'ordonnance du 24 juin 2004 », *Rev. de droit bancaire et financier*, sept.-oct. 2004, 373, et *Droit des sociétés*, n° 1, janvier 2005, étude 1, 7.

PIETRANCOSTA (A.), VERMEILLE (S.)
« Le droit des procédures collectives à l'épreuve de l'analyse économique du droit, perspectives d'avenir ? » *RTDF*, n° 1, 2010.

PELLETIER (N.)
« L'aléa social, l'associé, la société et la procédure collective », in Les aléas sociaux : *Actes prat. ing. sociétaire* n° 132, 2013, p. 36.
« L'éviction de l'associé dans le cadre du plan de redressement », *LEDEN*, oct. 2015, n° EDED-415137-41509, 4.

PELLETIER (S.), VERROUST-VALLIOT (C.)

C1 - Internal use

« Comités de créanciers : la loi de la majorité peut-elle vraiment imposer des conversions forcées de créances aux minoritaires ? », *Rev. Proc. Coll*., 2017, étude n° 10.

PETEL (P.)
« Entreprises en difficulté : encore une réforme ! », *JCP E*, 1er mai 2014, 1223.
« L'amélioration du rôle des créanciers dans le cadre de l'adoption du plan. Le point de vue de l'universitaire », *Rev. proc. coll.*, 2014, dossier 34.
« La reprise interne », *in Droit des sociétés et procédures collectives*, L'Harmattan, 2018, 132.
« Procédures collectives avec comités de créanciers : qui vote à l'assemblée générale unique des obligataires ? », *JCP E*, 2016, no 1680.

PERES (A.), SCHLUMBERGER (H.)
« La réforme du droit des faillites a-t-elle manqué d'ambition ? », *RTDF*, no 2, 2014, 37.

PERES (A.), LOGET (J.)
« Technicolor : Une restructuration riche d'enseignements » *: Bull. Joly Sociétés,* janv. 2011, n° 1, p. 64.

PHILIPPON (T.), SALORD (A.)
« Bail-Ins and Bank Resolution in Europe, A Progress Report », *International Center for Monetary and Banking Studies.*

PIERRE (S.)
« Le paiement fait par erreur sur l'ordre des sûretés est-il indu ? », *D.*, 2001, 1527.

PIETTE (Y.)
« Les restructurations d'entreprise face aux contraintes du marché », *BJE,* no 4, 316.

PINIOT (Ch.)
« Non-cumul des actions du droit des sociétés et du droit des procédures collectives », *RJDA*, 1995, chron. 639.

PLANTIN (G .), THESMAR (D.), TIROLE (J.)
« Les enjeux économiques du droit des faillites, les notes du conseil d'analyse économique », no 7, juin 2013.

PORACCHIA, (D.)
« L'action en comblement de l'insuffisance d'actif ne peut sanctionner que les fautes commises par le dirigeant de la personne morale en cette qualité », Note Cass. Com. 10 Mars 2015, N° 12-15.505', *Revue Des Sociétés.*, 2015, 469.

POCHET (C.)
« Traitement légal de la défaillance et gouvernance : une comparaison internationale », *Revue internationale de droit économie.*

PRIEUR (C.-E.)
« Structuration de l'intervention de l'investisseur en fonds propres ou quasi fonds propres au capital d'une société en difficulté » *: Journ. Sociétés*, n° 81, nov. 2010, p. 20 s

RAJBHANDARI (A.)

C1 - Internal use

« L'éviction des actionnaires bientôt possible », *Option finance,* 2 février 2015.

RAMACKERS (M.)
« Le superprivilège des salaires l'emporte sur la priorité de paiement des créances nées postérieurement au jugement d'ouverture », *D.*, 1993, 530.

REBERIOUX (A.)
« Les fondements microéconomiques de la valeur actionnariale. Une revue critique de littérature », *Rev. Économique*, 2005, n° 1, 51, spéc. 56.

REIGNE (P.), AMOROS (J.-P.)
« Emprunt obligataire et plan de continuation de l'émetteur », *Bulletin Joly Bourse*, n° 01, 1er janv. 2001, 7.

REGNAUT-MOUTIER (C.)
« Vers la reconnaissance de la qualité d'associé à l'usufruitier de droits sociaux », *Bull. Joly*, 1994, 1155.

REVIAL (T.)
« Les associés face à leurs responsabilités. Quelles responsabilités ? », *Revue des procédures collectives*, n° 4, juillet 2014, dossier 37.

REVET (Th.)
« La consécration de la propriété des créances par le Conseil constitutionnel », *RTD civ*. 2010, p. 584.

REY (P.)
« Mesurer l'efficacité économique du droit des entreprises en difficultés », *in Mesurer l'efficacité économique du droit*, G. Canivet, M.-A. Frison-Roche et M. Klein (dir.), LGDJ, 2005, 58.

REYGROBELLET (A.)
« Le droit de propriété du titulaire d'instruments financiers dématérialisés », *RTD com*., 1999, 305.
« Essai sur le concept juridique d'endettement des entreprises », *RTD com.*, 2001, 315.
« Comment le propriétaire dépossédé d'actions nominatives peut-il combattre la présomption de propriété découlant de l'inscription sur le registre des mouvements au nom d'un tiers ? », *D*., 2003, 1225.
« Le crédit-bail portant sur les parts sociales d'une société civile immobilière », *Rev. Sociétés*, 2010, 419.

RIPERT (G.)
« Abus ou relativité des droits : À propos de l'ouvrage de Monsieur Josserand », *Rev. Crit. De Legisl. et de jurisp.*, 1929, 33.

RIZZO (F.)
« Le principe d'intangibilité des engagements des associés », *RTD com*., 2000, 27.

ROBINE (D.)

C1 - Internal use

« L'article L. 650-1 du code de commerce : un “cadeau” empoisonné ? », *D.*, 2006, chron., 69, n° 11.
« Contestation du plan par les obligataires membres de l'AUO : le rôle limité de l'article L. 626-34-1 du Code de commerce », *Lettre d'actualité des Procédures collectives civiles et commerciales* n° 9, Mai 2020, repère 115

ROETS (D.)
« Les droits discrétionnaires : une catégorie juridique en voie de disparition ? », *D.* 1997. 92.

ROUAST (A.)
« L’évolution du droit de propriété », *in Travaux de l’association H. Capitant*, t. 1, Dalloz, 1945, 45.

ROUS (J.)
« La contribution aux pertes est-elle un élément de la formation du contrat de société ? », *Quot. Jur*. 1958, n° 28, p. 2.

ROUSSEL GALLE (Ph.)
« Associés, dirigeants et plan de continuation dans la société en difficulté, *Bulletin Joly Sociétés*, décembre 2009, n°12, p. 1109.
« L’introuvable droit des sociétés en difficulté », *in Mélanges P. Merle*, Dalloz, 2012.

ROUSSILLE (M.)
« Le gérant de SARL est tenu d'un devoir de loyauté lui interdisant de faire concurrence à la société. Mais tel n'est pas le cas de l'associé », *Droit des sociétés*, n° 2, février 2012, comm. 24.
« Le droit de vote de l’associé, droit fondamental ? », *Dr. Sociétés*, juill. 2014, dossier n° 3.

ROTARU (V.)
« La Directive Restructuration : une lecture à la lumière de l’analyse économique du droit fonctionnelle », 117.

SAINTOURENS (B.)
« L'augmentation du capital social de l'entreprise en difficulté au regard des dispositions de la deuxième directive CEE du 13 décembre 1976 », *BJS* déc. 1991, n° JBS-1991-400, p. 1143.
« L'associé d'une société dissoute n'est pas un créancier susceptible d'exercer l'action oblique », *Revue des sociétés*, 2003, 291.
« La liberté de se retirer d’une société », *in Études à la mémoire de Ch. Lapoyade-Deschamps*, 2003, 315.
« Les associés et le plan de continuation », *Rev. proc. coll*., 2015, dossier 42, 80.
« Sauvegarde accélérée et pandémie “Covid-19” : neutralisation temporaire des conditions de seuils financiers », *Revue des procédures collectives*, n° 4, juillet 2020, comm. 92.
« Opposition à la fusion et exception à l’interdiction des voies d’exécution dans la procédure collective de la société absorbante », *Act. proc. coll.*, 2020, repère 250.

SAINTOURENS (B.), EMY (P.)
« Nouvelle étape de « simplification » du droit des sociétés par la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 », *Revue des sociétés*, 2012, 335.

SAUTONIE-LAGUIONIE (L.)
« La directive sur la restructuration et l’insolvabilité est adoptée ! » JCP E Juillet 2019, n°493.

C1 - Internal use

SIMONT (L.)
« Réflexions sur l'abus de minorité », *Mél. Jan Ronse*, Éd. Story Scientia, Bruxelles 1986, p. 320.

SOINNE (B.)
« Problématique du plan de cession de l'entreprise », *RJ. com.*, 1989-4.
« La responsabilité des dirigeants d'une personne morale en cas de redressement ou de liquidation judiciaire : une évolution jurisprudentielle préoccupante », *Petites Affiches*, 2 août 1995, n° 92, 10.

SPIZZICHINO (L.), GORRIAS (S.), BOURBOULOUX (H.), MENJUCQ (M.)
« Les perspectives d'évolution du rôle des créanciers en droit des entreprises en difficulté », *Revue des procédures collectives*, n° 3, mai-juin 2019.

STORCK (J.-P.)
« La continuation d'une société par l'élimination d'un associé », *Rev. Sociétés*, 1982, 236.

STORCK (M.)
« Réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés commerciales », *RTD com*. 2004, p. 558.

STOUFFLET (J.)
Les financements par cession de créances futures étude en droit français, *Revue de Droit bancaire et financier* n° 1, Janvier 2003, dossier 100010.

SUDRE (F.)
« La protection du droit de propriété par la Cour européenne des droits de l'homme », *D.*, 1988, 71.

SYLVESTRE (S.)
« Un coup d'accordéon conforme à l'intérêt social peut réduire à néant les droits conférés par un pacte d'actionnaires », *Rev. Sociétés*, 2015, 668.

SIMARD (J.-Y.)
« Les réclamations relatives à des capitaux propres dans le cadre de propositions — un coup d'œil sur le nouvel article 54.1 de la loi sur la faillite et l'insolvabilité, restructuration, insolvabilité et droit bancaire », mars 2011,

SYNVET (H.)
« La propriété des valeurs mobilières en droit français », *in 20 ans de dématérialisation des titres en France – Bilan et perspectives nationales et internationales*, *Rev. Banque* 2005, dir. H. De Vauplane, p. 37.

RAKOTOVAHINY (M.)
« La liberté d'un associé de se retirer de la société : une liberté en demi-teinte », *Revue des sociétés*, juin 2017, 338.

REINHARD (Y.),
« Les sanctions de l'abus de minorité », *RTD com.*, 1993, 673.
« L'achat par une société de ses propres actions », *RTD com.*, 1999, 140.

C1 - Internal use

REINHARD (Y.), DAMMANN (R.), ET PODEUR (G.)
« Le rééquilibrage des pouvoirs au profit des créanciers résultant de l'ordonnance du 12 mars 2014 », *D.*, 2014, 752.

RODRIGUEZ (K.)
« Association, modifications statutaires en assemblée et silence des statuts sur la majorité requise : quel domaine pour l'unanimité ? », *Rev. Sociétés*, 2018, 43.

ROSENBERG, V. H.,
"The Vulture Investors 16-19', *John Wiley & Sons, Inc. 2000.*

ROSSI, P.,
« Disposition de La Loi Macron Concernant Les Livres VI et VIII Du Code de Commerce Obstination Ou Obsession', *Revue Des Procédures Collectives*, 5.

SABATHIER (S.), CAVIGLIOLI (C.)
« La cession dans les différentes procédures : prepack, redressement et liquidation judiciaires », *Revue des procédures collectives*, n° 6, novembre 2015, dossier 55.

SAKONI, V. A.,
"Continental Europe - Distressed Groups Put New Law to the Test", *Financial Times*, 2009.

SALORD (A.), DE VAUPLANE (H.)
« Le pouvoir de bail-in correspond-il à une expropriation ? », *Revue Banque*, n° 765.

SAVATIER (R.)
« Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui, 3ème série, Approfondissement d'un droit renouvelé », *Dalloz, Paris*, 1959, p. 192, n° 516.

SCHODERMEIER (M.-D.)
« Le redressement ou la liquidation judiciaire de la société émettrice ou de l'actionnaire », *Rev. Sociétés* 1999, p. 725.

SORTAIS (J.-P.)
« Abus de majorité, minorité, égalité », *Répertoire de droit des sociétés*, septembre 2017.

SYNVET, H., AND P.-N. FERRAND,
"L'accueil en France des schemes of arrangement de droit Anglais », *Rev. Proc. Coll.*, 1 (2014), 11.

TAORMINA (G.)
« Réflexions sur l'aggravation des engagements des associés », *Rev. Sociétés*, 2002, 267.

THALLER (E.)
« A propos des actions de jouissance », *Journal des sociétés*, 1906.
« De l'augmentation du capital par transformation en actions soit du passif, soit des réserves de la société », *Ann. Dr. com.*, 1907, 191.

C1 - Internal use

THERON (J.)
« Une procédure au service de l'anticipation : feu « la sauvegarde accélérée », vive la « sauvegarde anticipée » ! », *Bulletin Joly Entreprises en difficulté*, mars 2022, n°02, p. 52.

TEBOUL (G.)
« La nouvelle réforme du droit des entreprises en difficulté : le projet d'ordonnance », *Gaz. Pal.*, 6-8 avril 2008, 2.
« La dépossession des actionnaires comme mode de traitement des difficultés d'une entreprise », *JCPE*, 2009, 26.
« La réforme du père noël : la prévention et la sauvegarde », *Gaz. Pal.*, 2009, 6.
« Le renforcement du rôle des créanciers dans le cadre de la nouvelle réforme du droit des entreprises en difficulté (2e partie) », *Petites Affiches*, 31 janvier 2014, 6.
« Le volet « entreprises en difficulté » du projet de loi Macron », *Gaz. Pal*. 12 mars 2015, p. 4, n° 216j9.
« Actualité du droit des entreprises en difficulté : la réforme engagée par la nouvelle directive européenne », *Gaz. Pal.*, 2019, 30, 21.
« De nouvelles pistes de réforme du droit des entreprises en difficultés - réflexions, évolutions et nouveautés jurisprudentielles », *LPA*, 23 janv. 2020, no 150r4.
« La réforme en cours du droit des entreprises en difficultés : souplesse ou rigidité ? », *Petites Affiches*, no 060, 7.
« De quelques nouveautés en droit des entreprises en difficultés », *Les Petites Affiches*, juin 2020, 109, page(s) 9-14
« La confidentialité de la prévention : absolue ou à géométrie variable ? », *Gaz. Pal*. 3 mars 2020, n° 367n4, p. 15

THEIMER (A.)
« Les clauses d'agrément », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, no 44-45, 3 novembre 2005, 1587.

THEVENOT (C.)
« Premiers regards sur la directive relative aux cadres de restructuration préventifs et à la seconde chance - . - Propos introductifs », *Revue des procédures collectives* n° 3, Mai 2019, dossier 10

TERRÉ (F.)
« Remarques sur l'augmentation de capital par incorporation des créances », *in Dix ans de conférences d'agrégation, Études de droit commercial offertes à Joseph Hamel*, Dalloz, 1961, 195.

THOMAS (V.)
« La reconstitution des capitaux propres de la société en sauvegarde ou en redressement judiciaire », *in Droit des sociétés et procédures collectives*, L'Harmattan, 2018, no 29, 115.

TIRET (C.)
« Directive relative aux cadres de restructuration préventifs - Retour sur les débats intervenus autour de la directive Insolvabilité au sein des institutions européennes », *Revue des procédures collectives*, no 3, mai 2019, dossier 16.

TORCK (S.)
« La timide réforme des valeurs mobilières composées par l'ordonnance du 31 juillet 2014 »,

C1 - Internal use

Droit des sociétés, n° 10, octobre 2014, comm. 150.

TRICOT (D.)
« Abus de droits dans les sociétés », *RTD com*., 1994, 617.

TUAILLON (C.)
« L'abus en droit des sociétés, vague concept ou vaste concept de protection ? », *Petites Affiches*, 10 mars 2004, n° 50, 4.

VALLENS (J.-L.)
« Des procédures collectives en Europe », *LPA*, 12 janv. 1994, n° 5.
« L'harmonisation progressive des droits nationaux et les enjeux de la prise en compte des groupes », *BJE* juill. 2018, n° 116a7, p. 325.
« Les classes de créanciers, approche de droit comparé », *Revue des procédures collectives*, n° 3, Mai 2019, dossier 17
« Le droit des procédures collectives est-il conforme au principe de proportionnalité ? », *Revue des procédures collectives*, n° 3, mai 2020, étude 18.

VELARDOCCHIO (D.)
« Dividendes », *Répertoire de droit des sociétés*, août 1996 (actualisation : avr. 2018), n° 40.

VERMEILLE (S.)
« Peut-on prêter pour posséder (“loan to own”) en droit français?’, *JCP E*, 28–29 (2009), 21.
« Les effets pervers du dispositif du projet de loi « Macron » relatif à l’éviction des actionnaires en plan de continuation : les limites d’une réforme incrémentale du droit des faillites », RTDF, n° 1, 2015.
« Un chapter 11 bancaire ? Revue de droit bancaire, janvier 2003, n°755-756.
« Les effets pervers de la règle absolue de confidentialité applicable durant les procédures de prévention des difficultés Plaidoyer à l’attention du législateur et des tribunaux en faveur de plus de transparence », RTDF – Décembre 2018

VERMEILLE (S.), BEZERT (A.)
« L’éviction des actionnaires en amont de la cessation des paiements : un impératif pour lutter contre l’excès d’endettement », *Recueil Dalloz*, 12 septembre 2013, n° 30.

VERMEILLE (S.), BOURGUEIL (R.), BEZERT (A.)
« L’affaire Belvédère ou les effets contreproductifs du droit français des entreprises en difficulté – plaidoyer pour une réforme ambitieuse », *RTDT*, 3, 2013, 2.

VERMEILLE (S.), BARDASI (S.)
« L’intérêt de l’analyse économique du droit dans le traitement du surendettement des sociétés sous LBO », *RTDF*, n° 3, 2014, 96.

VERMEILLE (S.), FOUREL (E.)
« La directive européenne insolvabilité, une opportunité pour la France de se focaliser sur le long terme », site Droit & Croissance.

VERMEILLE (S.), FRANÇOIS (T.),
« Le “Feuilleton Technicolor” : et si rien n’était vraiment réglé ? », *JCP E*, 2012, 1582.

C1 - Internal use

VERMEILLE (S.), FREMAUX (B.)
« Note sur l'état d'avancement des discussions sur le projet de directive européenne » site droit & Croissance.
« Note a/s de l'avant-projet de loi sur la réforme du droit des sûretés », site *Droit & Croissance,* 2.

VERMEILLE (S.), MARTINEZ (J.), PAPON (F. A.)
« La constitutionnalité du projet de loi "Macron" et l'éviction des actionnaires : la révolution n'a pas lieu », *Revue Banque.*

VERMEILLE (S.), ROQUETTE (J.),
« Coup d'accordéon, spoliation et pouvoir de nuisance – Sortons de l'impasse en réconciliation » droit et économie, Revue Option Droit & Affaires, n° 153, 23 janv. 2013, p 11-12.

VERMEILLE (S.), ROTARU (V.)
« La directive restructuration : un texte sans socle intellectuel cohérent, mais une opportunité unique pour la France », site *Droit & Croissance*.

VERNAC (S.)
« Les droits des salariés et la liberté d'entreprendre de l'associé », *Constitutions*, 2015, 573.

VIANDIER (A.)
« Le retrait obligatoire », *RJDA* 1994. 783.
« Conditions vexatoires et contraires à l'intérêt social de la décision de révocation du gérant engageant la responsabilité personnelle des associés », *JCP E*, n° 23, 7 juin 2001, 953.

VICENTE (S.)
« Quelles responsabilités pour les dirigeants et les associés ? », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 2, mars 2013, dossier 12.

VIDAL, DOMINIQUE,
« Le juge peut-il exclure un associé sans disposition expresse? », *Dr. Soc.*, 1998, 3.

VINCKEL (F.)
« Le droit au remboursement du compte courant d'associé, à l'aune du droit des entreprises en difficultés », *Dr. Sociétés*, 2011, étude 3.

VOGEL (L.)
« Loyauté et droit des affaires : l'impossible mariage ? », *in Mélanges Ph. Merle*, Dalloz, 2012, n° 4, 746.

WARREN (E.) ET AL.
The law of debtors and Creditors Text, Cases and Problems, 613.

C1 - Internal use

TABLE DES MATIÈRES

PRINCIPALES ABREVIATIONS 4

INTRODUCTION 8

PREMIÈRE PARTIE : LE SORT DES ASSOCIÉS D'UNE SOCIÉTÉ EN DIFFICULTÉ A L'ÉPREUVE DU DROIT DES PROCÉDURES COLLECTIVES 29

TITRE I : DE LA COMPATIBILITÉ DU MAINTIEN DES DROITS DES ASSOCIÉS AVEC LEUR QUALITÉ DE CRÉANCIERS DE DERNIER RANG 31

CHAPITRE 1 : L'AMÉNAGEMENT DES DROITS PATRIMONIAUX DES ASSOCIÉS EN RÉPONSE AU DROIT DES PROCÉDURES COLLECTIVES 34

Section 1/ L'associé, un créancier de dernier rang en vertu du droit des sociétés 34
§1/ L'associé, titulaire d'une créance en application du droit des sociétés 34
A/ L'origine du droit de créance : le partage des bénéfices 35
B/ La diversité des droits de créance de l'associé 36
1/ En cours de vie sociale 37
2/ Lors de la dissolution 39
§2/ L'associé, titulaire d'une créance éventuelle de dernier rang 41
A/ Lors de la dissolution de la société 42
B/ En cours de vie sociale 43

Section 2/ L'associé un créancier de dernier rang soumis à la procédure collective 48
§1/ La soumission des droits patrimoniaux de l'associé à la procédure collective 48
A/ L'application de la discipline collective à l'associé 48
1/ Les prérogatives de l'associé, assimilables à celles des autres créanciers sociaux
2/ Un créancier particulier par sa créance éventuelle et de dernier rang 52
B/ La déclaration de créance de l'associé 55
§2/ L'aménagement des droits patrimoniaux de l'associé 62
A/ Le sort de la dette de libération de l'apport en procédure collective 62
B/ L'inéligibilité des créances issues de titres de capital au privilège de new et de post money 68

CHAPITRE 2 : LE MAINTIEN DES DROITS EXTRAPATRIMONIAUX DES ASSOCIÉS EN CONTRADICTION AVEC LEUR QUALITÉ DE CRÉANCIER DE DERNIER RANG 71

Section I/ Le maintien critiquable des droits extrapatrimoniaux de l'associé d'une société en difficulté 72
§1/ Le principe d'intangibilité des droits extrapatrimoniaux 73
A/ Le maintien de la souveraineté de l'assemblée générale des associés en cas de reprise interne par voie d'augmentation de capital 73
B/ Le maintien du droit de demeurer associé et l'hypothèse de la cession forcée 79
§2/ Le maintien des droits extrapatrimoniaux, un obstacle au plan de continuation 83
A/ L'absence d'aménagement des droits extrapatrimoniaux en faveur du plan de continuation 83
B/ Le pouvoir de négociation ou de blocage des associés 86
1. Le pouvoir de négociation des associés 86
2. Le pouvoir de blocage des associés 90

C1 - Internal use

Section 2/ La compatibilité problématique du maintien des droits extrapatrimoniaux de l'associé avec sa qualité de créancier de dernier rang 91
§1/ L'aménagement des prérogatives extrapatrimoniales présentant des implications patrimoniales 92
A/ Les décisions sociales susceptibles d'augmenter le passif social 92
B/ Des prérogatives concurrentes des pouvoirs des organes de la procédure 95
1. Le droit d'ester en justice 95
a. La représentation de la société 96
b. La représentation des intérêts propres de l'associé 97
2. Les droits extrapatrimoniaux exercés à l'égard du dirigeant 99
§2/ L'aménagement perfectible des droits extrapatrimoniaux de l'associé 102
A/ L'aménagement des droits extrapatrimoniaux issu de l'ordonnance du 12 mars 2014 et de la loi du 6 août 2015 102
1. Des conditions générales inapplicables 103
2. La dilution ou la cession forcée des associés récalcitrants 104
a. Modification des règles de vote 105
b. La nomination d'un mandataire ad hoc 106
B/ L'aménagement des droits extrapatrimoniaux issu de l'ordonnance du 15 septembre 2021 110
1. Des classes de détenteurs de capital réservées 111
2. Une éviction des détenteurs de capital exceptionnelle 112

TITRE II :DES OBSTACLES À L'ÉVICTION DES ASSOCIÉS ISSUS DU DROIT DES SOCIÉTÉS 118

CHAPITRE 1 : LES DROITS FONDAMENTAUX DES ASSOCIÉS, OBSTACLES APPARENTS A LEUR ÉVICTION 119

Section 1/ l'éviction de l'associé à l'épreuve de son droit de propriété 119
§1/ Le droit de propriété de l'associé, un droit discuté mais consacré 120
A/ Consécration légale et jurisprudentielle du droit de propriété de l'associé sur ses titres sociaux 121
1. La consécration légale et jurisprudentielle du droit de propriété de l'associé121
2. L'origine du droit de propriété de l'associé 123
B/ Le droit de propriété de l'associé, un droit discuté 127
§2/ Le droit de propriété, un obstacle apparent à l'éviction de l'associé 133
A/ Justification de la privation du droit de propriété 135
B/ Proportionnalité de l'atteinte au droit de propriété 138

Section 2 : L'éviction à l'épreuve du droit au maintien au sein du pacte social 142
§1/ Le droit de demeurer associé 142
A/ Le principe 142
1. Fondement contractuel 143
2. L'exclusion judiciaire écartée 145
B/ Le droit de demeurer associé, un obstacle apparent à l'éviction de l'associé 148
1/ La distinction entre exclusion, éviction et retrait 148
2. L'engagement de l'associé 151
§2/ L'intangibilité des engagements 152
A/ Le principe 153
1. Augmentation des engagements stricto sensu 153
2. La question de la réduction des droits 154

C1 - Internal use

B/ L'intangibilité des engagements, un obstacle apparent à l'éviction de l'associé155
1. Augmentation des engagements stricto sensu 156
2. La question de la réduction des droits 157

CHAPITRE 2 : LES INSUFFISANCES DES GARDE-FOUS DU DROIT DES SOCIÉTÉS 160

Section 1/ L'abus du droit de vote 162
§1/ Les éléments constitutifs 163
A/ L'obstruction à une décision essentielle au redressement de la société 164
1. L'exercice du droit de vote contraire à l'intérêt général de la société 164
a) Le droit de vote, un droit susceptible d'abus 164
b) Le droit de vote des associés majoritaires ou minoritaires, un droit-fonction
2. Le blocage d'une décision essentielle pour la société 167
a. L'intérêt social d'une société en difficulté 168
b. Le plan de continuation, une opération essentielle pour la société 171
B/ L'obstruction motivée par la poursuite d'intérêts égoïstes 174
1. Les intérêts égoïstes des associés majoritaires 175
2. Les intérêts égoïstes des associés minoritaires 176
§2/ L'abus du droit de vote, un garde-fou inopérant 177
A/ La question du vote forcé 177
1. En matière d'abus de minorité 177
2. En matière d'abus de majorité 180
B/ Une action en responsabilité insuffisante pour réparer le préjudice résultant de l'échec du plan 182
1. Le problème de l'imputabilité de la faute 182
2. Une indemnisation insuffisante 183

Section 2/ La responsabilité personnelle de l'associé dans l'exercice de ses prérogatives sociales 185

§1/ Le domaine de la responsabilité personnelle de l'associé, la levée exceptionnelle du voile social de la société 189
A/ Les manifestations de la faute personnelle de l'associé dans l'exercice de ses prérogatives sociales 190
1. La faute personnelle de l'associé à l'égard du dirigeant 190
2. Les autres hypothèses de faute personnelle de l'associé 193
B/ Le principe de liberté dans l'exercice de prérogatives extérieures à la société 198
1. L'associé concurrent de la société 198
2. L'associé créancier de la société 199
§2/ Les conditions de la mise en jeu de la responsabilité de l'associé 201
A/ Les fondements de la mise en jeu de la responsabilité de l'associé 202
1. Le droit commun 202
La promesse d'exécution d'un devoir de conscience envers autrui 202
L'intérêt commun et la bonne foi contractuelle 207
2. Le droit des sociétés 208
a) L'obligation de loyauté de l'associé dans l'exercice de ses prérogatives sociales 208
La faute détachable des prérogatives de l'associé 212
B/ La reconnaissance difficile de la faute personnelle de l'associé 214
1. La responsabilité de l'associé dans les rapports sociaux 214

C1 - Internal use

2. La responsabilité de l'associé dans les rapports avec les tiers 215

DEUXIEME PARTIE : LA CONTRIBUTION AUX PERTES, OUTIL DE RÉCONCILIATION DU DROIT DES SOCIÉTÉS ET DES PROCÉDURES COLLECTIVES 219

TITRE I : LA CONTRIBUTION AUX PERTES À L'ORIGINE DE L'ÉVICTION DE L'ASSOCIÉ 220

CHAPITRE 1 : LA CONTRIBUTION AUX PERTES, UNE NOTION PIVOT 221

Section I : La contribution aux pertes á l'origine de la qualité de créancier de dernier rang de l'associé 222

§1/ La contribution aux pertes, élément essentiel du contrat de société 223

A/ La contribution aux pertes et l'assomption du risque de perte de la créance de remboursement de l'apport 223

1. La notion de contribution aux pertes 223
2. Les mesures de protection de l'engagement de contribuer aux pertes 227

B/ Les modalités de contribution aux pertes 229

1. La perte de la valeur nominale des titres 229
2. La question de la dégradation de la valeur réelle des titres 231

§2/ Le moment de la contribution aux pertes 234

A/ La dissolution, moment de prédilection de la contribution aux pertes 235

B/ La contribution aux pertes en cours de vie sociale 237

Section II/ Une contribution aux pertes propre á l'hypothèse d'une procédure collective

§1/ Le risque de liquidation et la préservation de la qualité de créancier de dernier rang de l'associé 241

A/ Le risque de liquidation et la suspension des poursuites 241

B/ La participation aux pertes des porteurs de VMDAC 247

1. Les droits des porteurs de VMDAC en leur qualité de créanciers 247
2. Les droits des porteurs de VMDAC en leur qualité d'actionnaires potentiels 248

§2/ Le prononcé de la contribution aux pertes en procédure collective 253

A/ La privation du droit de vote 253

1. Les exemples étrangers ou le droit de la résolution bancaire 254
2. L'incompatibilité avec la directive du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés 257

B/ La possibilité de passer outre la désapprobation de l'associé 259

1. La révision du droit des sociétés 259
2. Un plan adopté à la majorité des créanciers 260

CHAPITRE 2 : DES COMITÉS DE CRÉANCIERS AUX CLASSES DE CRÉANCIERS

Section I/ Les comités de créanciers á l'aune du respect de l'ordre de priorité 266

§ 1/ La réunion critiquable des créanciers en fonction de leur qualité 267

A/ Des comités de créanciers réunis en fonction de leur qualité 267

B/ Une composition des comités de créanciers sans rapport avec l'ordre de priorité 269

1. La difficile conciliation du principe de nominalisme et de l'ordre de priorité des créanciers 269

a. Application du principe de nominalisme monétaire en procédure collective, émanation du principe d'égalité ? 270

C1 - Internal use

b. Conséquences de l'application du principe de nominalisme monétaire dans les comités de créanciers 274
2. Les améliorations de la loi de 2010 et ses incertitudes sur la pondération des votes 275
§2/ Des classes de créanciers réunis selon leur intérêt catégoriel 277
A/ L'éligibilité des créanciers conditionnée à un intérêt 277
1. La consultation de tous les créanciers affectés 277
2. Des critères d'éligibilité des créanciers 280
B/ La constitution de classes de créanciers homogènes 297
1. Principe de segmentation des créanciers selon leur intérêt 297
2. La détermination des catégories de créanciers 299

Section II/ La révision des principes d'élaboration et d'adoption du plan 303
§1/ Répartition équitable de l'effort de restructuration par le respect de l'ordre de priorité 304
A/ Le nécessaire respect de l'ordre de priorité des créanciers 304
B/ Les modalités de respect de l'ordre de priorité 307
1. Le respect absolu de l'ordre de priorité 308
a) Principe 308
b) Application concrète 309
2. Le respect relatif de l'ordre de priorité 312
a) Principe 312
b) Application concrète 312
§2/ Le référentiel du respect de l'ordre de priorité 315
A/ L'étalon de la valeur liquidative et de la valeur d'exploitation 315
1. La valeur liquidative, une valeur plancher 315
2. La nécessaire prise en compte de la valeur d'exploitation 318
B/ Une mesure réservée à l'écrasement des créanciers dissidents 319

TITRE II : LES MÉCANISMES DE SORTIE DES ASSOCIÉS 328

CHAPITRE 1 : LES PRINCIPES COMMUNS 329

Section I/ Les critères d'éviction des associés 329
§1/ La nature des difficultés du débiteur 330
A/ L'état de cessation des paiements 330
1. Entre solvabilité et viabilité 330
2. Le maintien du droit des entreprises en difficulté 336
B/ La nature de la société débitrice 339
1. PME et constitution de classes de créanciers 340
2. PME et accord préalable du débiteur en cas d'écrasement d'une classe de créanciers 345
§2/ La nature des sacrifices demandés aux créanciers 348
A/ L'ouverture d'une procédure collective et la suspension des poursuites 348
B/ Une demande d'interdiction du paiement des dettes antérieures 351

Section II/ Les modalités du prononcé de l'éviction des associés 355
§1/ Le rôle des créanciers dans l'éviction des associés 356
A/ De l'initiative de la procédure à l'élaboration du plan 356
1. Le droit de demander l'ouverture d'une procédure préventive ou curative 356
2. Le droit de proposer un plan de remédiation des difficultés 357
B/ Les conditions d'adoption du plan 361
1. Le pouvoir décisionnel des créanciers 361

C1 - Internal use

2. Les règles de majorité et de quorum 363
§2/ L'arrêté du plan actant l'éviction des associés 370
A/ Le rôle du juge 371
1. Validation du plan adopté 371
2. Éventuelle application forcée interclasse 375
B/ Les voies de recours 382
1. Les motifs des voies de recours 382
2. Les conséquences d'une voie de recours accueillie 386

CHAPITRE 2 : LES MODALITES D'ÉVICTION OU D'EXCLUSION 389

Section I/ Le champ d'application de l'éviction des associés 389
§1/ Les modifications du capital social 389
A/ Les modifications du capital social et la contribution aux pertes 390
1. La détermination des modalités de réduction du capital social 390
2. La décision de la classe des associés vaut décision en assemblée générale 394
B/ Les modalités pratiques des variations du capital social 396
1. Apport en numéraire et droit préférentiel de souscription 397
2/ Apport en nature et conversion forcée des titres de créance en titres de capital 401
§2/ Les autres décisions sociales 408
A/ Les autres décisions sociales et la contribution aux pertes 408
B/ Dilution forcée versus cession forcée 410

Section II/ L'exclusion des associés 412
§1/ Les conditions de l'exclusion des associés 412
A/ La faute de l'associé : une opposition ou une abstention fautive 412
1. L'associé majoritaire ou disposant d'une minorité de blocage 413
2. L'expression de l'opposition des associés 417
B/ Un trouble grave pour l'économie ou le bassin de l'emploi 418
1. Le régime issu de la loi Macron 419
2. Proposition de réforme 421
§2/ Le prononcé de l'exclusion des associés 422
A/ Indemnisation et droit de retrait 422
1. Indemnisation de l'associé sanctionné en question 422
2. Droit de retrait des autres associés en question 425
B/ Garanties procédurales 426
1. Demande attitrée 426
2. Voies de recours 427

CONCLUSION 429

ANNEXE – TABLEAU RECAPITULATIF DES PROCÉDURES COLLECTIVES ET SEMI-COLLECTIVES FRANÇAISES 432

BIBLIOGRAPHIE 436

C1 - Internal use