



Dossier Moralisation du droit des affaires Morceaux choisis

4 Interprofessionnalité

Professions du droit :
les femmes se font (enfin !) une place

5 Entreprises

PLFSS 2017 :
ce qui change pour les entreprises

PME/ grands groupes :
vers la réconciliation ?

Reporting financier des sociétés :
le Conseil constitutionnel
censure le dispositif

8 Avocats

Union nationale des Carpa
Jean-Christophe Barjon élu président

8 Magistrats

Conférence générale des juges consulaires
de France
Georges Richelme élu à la présidence

39 Fiche pratique

La contribution du droit de l'assurance
à la pérennité de l'entreprise

Actualités Restructuring

Respiration de l'actionariat :
faut-il recourir à la SAS à capital
variable ?

L'éviction de l'associé d'une société en difficulté : une solution morale ?

Gaël Couturier,
Administrateur judiciaire, FHB,
Docteur en droit de l'Université Jean Moulin-Lyon 3

1) Cons. Const., 5 août 2015, n° 2015-715 DC, D. 2015, p. 1693

L'éviction de l'associé d'une société en difficulté est une thématique tout à la fois traditionnelle et d'actualité.

Traditionnelle car depuis la loi du 25 janvier 1985, le droit des entreprises en difficulté contient une disposition permettant d'exclure un associé à la condition qu'il ait également la qualité de dirigeant de la société.

D'actualité puisque la loi Macron du 6 août 2015, qui s'inscrit dans le prolongement de l'ordonnance du 12 mars 2014, a introduit, à l'article L. 631-9-1 C. com., des mécanismes d'une toute autre ampleur en donnant le pouvoir au tribunal d'ordonner une dilution forcée de la participation d'un associé ou la cession forcée des parts ou actions qu'il détient, lorsque celui-ci s'oppose à une modification du capital indispensable au redressement d'une société.

Le législateur a ainsi récemment étendu l'expropriation de l'associé d'une société en difficulté pour cause d'utilité privée introduite en 1985. Portant de toute évidence atteint au droit de propriété, le Conseil constitutionnel n'a pas moins considéré cette disposition conforme aux droits fondamentaux en ce que les mécanismes de dilution et de cession forcée ne portent pas une atteinte manifestement disproportionnée au droit de propriété des associés et actionnaires. On peut rester pantois à la lecture de cette décision du 5 août 2015 (1) qui repose davantage sur des affirmations que sur une démonstration que l'on attend normalement en présence d'une atteinte au droit de propriété. La justification de cette atteinte est en réalité aussi simple que sa finalité est directe. Dans le premier considérant consacré à la constitutionnalité de l'art. L. 631-19-2 C. com., le Conseil constitutionnel observe en effet que « le législateur a entendu encourager la poursuite d'activité des entreprises ». La protection constitutionnelle du droit de propriété est consciemment altérée pour satisfaire une finalité propre au droit des entreprises en difficulté.

Si la question de la conformité de l'art. L. 631-19-2 C. com. aux droits fondamentaux a été posée, celle de savoir si l'éviction d'un associé d'une société en difficulté est une solution morale est inédite.

Cette question retient en soi toute l'attention, *a fortiori* lorsqu'elle émane de jeunes esprits, puisque j'ai compris que l'initiative de ce colloque appartient aux étudiants.

La question en elle-même révèle en effet que la dilution forcée de la participation d'un associé ou la cession forcée des titres de capital qu'il détient est perçue comme anormale, et plus encore comme immorale.

L'interrogation présuppose en effet deux postulats forts :

- l'intangibilité des droits de l'associé d'une société s'impose de toute évidence,
- la préservation des droits de l'associé est morale.

Soyons indulgents, le principe d'intangibilité des droits des associés ayant été martelé à l'université à peu près autant que celui d'égalité des créanciers dans les procédures collectives, celui-ci s'impose désormais naturellement à tous avec la force de l'évidence.

Le principe de préservation des droits des associés souffre peut-être cependant, comme le principe d'égalité des créanciers, d'une appréhension biaisée. Sa portée était-elle réellement générale avant l'introduction en droit des entreprises en difficulté de L. 631-19-2 C. com. ? En d'autres termes, est-il juste de s'étonner de l'instauration de dispositifs d'éviction de l'associé ? S'agit-il réellement d'une révolution ou d'une évolution ? (I).

Conduisant à mettre en cause la morale, l'éviction de l'associé apparaît donc choquante pour tous. Dans une économie libérale, mondialisée, elle met en cause le financement primaire de l'entreprise en France. Un mécanisme permettant d'évincer un associé lorsqu'une société fait face à des difficultés ne peut en effet que décourager les investisseurs. L'initiative économique autant que les investissements en France seraient par conséquent menacés par ce dispositif nouveau. *Cet a priori* ne doit-il pas être dépassé ? L'art. L. 631-19-2 C. com. est-il réellement susceptible de compromettre certains piliers de l'économie de marché ? L'analyse des conditions posées à sa mise en œuvre permet d'y répondre (II).

Quelle que soit l'efficacité et donc l'impact du dispositif de dilution ou de cession forcée, celui-ci met-il en cause la morale ? De prime

abord, il heurte un dispositif de valeurs et meut une charge politique à l'égard d'une certaine conception de l'économie. Arrêter son analyse à ce stade conduirait cependant à se laisser bernier. Une analyse du débat et du contexte sous-jacent à son instauration révèle qu'il n'est pas plus moral qu'immoral (III).

I. La diffusion du mécanisme d'éviction de l'associé d'une société en difficulté

L'éviction de l'associé d'une société, fût-elle en difficulté, est perçue immédiatement comme anormale et même immorale. Cet *a priori* n'est guère surprenant puisqu'on enseigne et on assène classiquement dans les facultés de droit, y compris celle de l'université Lyon III, que le droit de demeurer associé est par excellence le droit « *fondamental* » d'un associé.

On oublie cependant que le droit de demeurer associé a perdu de sa superbe, et ce en présence d'une société en difficulté ou non.

Le droit des sociétés lui apporte de nombreuses exceptions légales (2), parmi lesquelles la procédure de retrait obligatoire dans les sociétés cotées. Elle permet aux actionnaires majoritaires de demander que les titres non présentés par les minoritaires dans le cadre d'une offre ou d'une demande de retrait, leur soient transférés, s'ils ne représentent pas plus de 5 % du capital ou des droits de vote (art. L. 433-4 II. C. mon. fin.).

Le droit des sociétés autorise la stipulation de clauses d'exclusion dans certaines formes de sociétés. Dans la SAS (art. L. 227-16 et ss. C. com.), la société européenne (art. L. 229-12 C. com.), dans les sociétés à capital variable (art. L. 231-6 C. com.), ou encore dans la SEL (art. 21 al. 2 L. 31 décembre 1990).

La jurisprudence a également admis la validité des clauses d'exclusion depuis 1994 (3).

Tout spécialement en présence d'une société en difficulté, elle tolère également l'exclusion d'un associé à l'issue d'un « *coup d'accordéon* », et ce pour satisfaire la même finalité que celle mise en exergue dans la décision du Conseil constitutionnel du 5 août 2015.

Dans le célèbre arrêt Usinor du 17 mai 1994 (4), relevant que l'actif net de la société Usinor était largement inférieur à la moitié du capital social, et que l'assemblée n'avait pas voulu dissoudre la société, la Cour de cassation jugea en effet que « *la cour d'appel a pu déduire que la survie de la société légitimait la réduction de son capital à zéro, sous la condition suspensive d'une augmentation de capital destinée à amener celui-ci au montant légal* ».

Ultérieurement, la Cour de cassation est encore allée plus loin dans son arrêt l'Amy du 18 juin 2002 (5) en confirmant la validité d'un « *coup d'accordéon* » dans lequel, contrairement à l'affaire Usinor, les actionnaires s'étaient vus supprimer leur droit de préférence,

l'augmentation de capital ayant été réservée à un tiers investisseur.

En droit des entreprises en difficulté, l'art. 23 de la loi du 25 janvier 1985, aujourd'hui codifié à l'art. L. 631-19-1 du Code de commerce, a introduit, comme nous l'avons évoqué précédemment, la possibilité d'évincer un associé « *lorsque le redressement de l'entreprise le requiert* ». Le tribunal, sur la demande du ministère public, peut alors subordonner l'adoption du plan au remplacement d'un ou plusieurs dirigeants de l'entreprise, et à cette fin peut ordonner la cession forcée des titres de capital qu'ils détiennent.

La dilution forcée de la participation d'un associé et la cession forcée des parts ou actions qu'il détient introduites par la loi Macron du 6 août 2015 ne constituent donc pas une révolution. Elles s'inscrivent dans une évolution initiée depuis de nombreuses années, pas seulement en droit des entreprises en difficulté mais également en droit des sociétés.

Dans une thèse soutenue à l'université Jean Moulin Lyon 3 en 2011 (6), un auteur proposait déjà un droit de retrait forcé d'un associé non dirigeant dans les sociétés en redressement judiciaire, soit 4 ans avant la loi Macron. Cet auteur était-il devin ? Non mais il avait observé clairement l'évolution en cours du droit des sociétés et du droit des entreprises en difficulté.

Au final, on ne peut pas considérer l'art. L. 631-19-2 C. com. comme anormal au regard de notre droit, même si l'on peut s'en émouvoir en considération de ses dispositions particulièrement énergiques.

Encore faut-il cependant apprécier l'efficacité de ce dispositif, ce qui conduit à en étudier plus précisément les conditions d'application.

II. Un « tigre de papier »

L'art. L. 631-19-2 du Code de commerce prévoit que : « *le tribunal peut, à la demande de l'administrateur judiciaire ou du ministère public et à l'issue d'un délai de trois mois après le jugement d'ouverture, en cas de refus par les assemblées mentionnées au I de l'article L. 631-19 d'adopter la 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* :

1° 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. [...]

2° Ou 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

2) Citons la procédure d'exécution en bourse, qui sanctionne l'actionnaire qui n'a pas libéré les actions qu'il avait souscrites (art. L. 228-27 C. com.). De même, les sociétés qui ont effectué soit des échanges de titres consécutifs à une opération de 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 peuvent, sur simple décision du conseil d'administration, du directoire ou des gérants, 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 selon des modalités fixées par ledit décret (art. L. 228-6, R. 228-11 et R. 228-12 C. com.). Autre exemple, les titres dont les titulaires, malgré le respect des formalités de convocation aux assemblées générales, sont inconnus, peuvent être vendus selon la procédure de l'art. L. 228-6 C. com. (art. L. 228-6-3 et R. 228-13 C. com.). Enfin, lorsqu'un jugement de liquidation judiciaire ou arrêtant un plan de cession totale, une mesure d'interdiction d'exercer une profession commerciale ou une mesure d'incapacité, est devenu définitif à l'égard d'un associé en nom, celui-ci est exclu si la continuation de la société a été prévue par les statuts ou si les autres associés l'ont votée à l'unanimité (art. L. 221-16). Une exclusion similaire est prévue dans les sociétés civiles (art. 1860 C. civ.).

3) Cass. com., 13 décembre 1994, *J.C.P. éd. E.* 1995, I, 447, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain ; *ibid.*, II, 705, note Y. Paclot ; *Bull. Joly Sociétés* 1995, p. 152, § 39, note P. Le Cannu ; Cass. com., 8 novembre 2005, *D.* 2005, jurisp., p. 839, note A. Lienhard ; *J.C.P. éd. E.* 2005, 1046, n° 9, obs. J.-J. Caussain, F. Deboissy et G. Wicker ; Cass. com., 20 mars 2012, *J.C.P. éd. E.* 2012, 1310, p. 33, note R. Mortier.

5) Cass. com., 17 mai 1994, *Bull. civ. IV*, n° 183 ; *Bull. Joly Sociétés* 1994, p. 816, note J.-J. Daigre ; *Rev. Sociétés* 1994, p. 486, note S. Dana-Demaret ; *Defrénois* 1994, art. 35881, p. 1035, n° 3, note H. Hovasse ; *Dr. Sociétés* 1994, com. n° 142, note T. Bonneau ; *R.T.D.Com.* 1996, p. 73, obs. B. Petit et Y. Reinhard ; V. également pour l'arrêt d'appel : CA Versailles, 29 novembre 1990, *J.C.P. éd. E.* 1991, 168, p. 153, note M. Jeantin ; *D.* 1991, p. 133, note Y. Guyon ; *R.J.Com.* 1992, p. 150, note J.-C. May.

5) Cass. com., 18 juin 2002, Société l'Amy, *J.C.P. éd. E.* 2002, 1556, p. 1728, note A. Viandier ; *Bull. Joly Sociétés* 2002, p. 1221, § 259, note S. Sylvestre-Touvin ; *RTD.Com.* 2002, p. 496, obs. J.-P. Chazal et Y. Reinhard ; *Dr. Sociétés* 2003, com. n° 72, note J.-P. Legros.

6) G. Couturier, Droit des sociétés et droit des entreprises en difficulté, *LGDJ*, coll. *Bibl. dr. entre. diff.*, t. 2, juillet 2013, spéc. pp. 324 et ss. et pp.

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 ».

Si la faculté offerte à un tribunal de diluer un associé ou de l'exproprier impressionne, ce n'est qu'au premier abord. Il faut en réalité largement en relativiser l'efficacité au regard du nombre de conditions posées à sa mise en œuvre.

Premièrement, son domaine est cantonné au redressement judiciaire. Pas de dilution forcée ou d'éviction d'un associé en sauvegarde, ce qui est critiqué car des associés récalcitrants peuvent tout autant peser sur l'adoption d'un plan de sauvegarde que sur celle d'un plan de redressement. Attention cependant, à la « passerelle » prévue à l'art. L. 622-10 al. 3. C. com., qui permet au tribunal de convertir la sauvegarde en redressement judiciaire si l'adoption d'un plan de sauvegarde est manifestement impossible et si la clôture de la procédure conduirait, de manière certaine et à bref délai, à la cessation des paiements.

De même, cette disposition ne s'appliquera qu'en présence d'une entreprise employant au moins 150 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. Quand on connaît la sociologie des entreprises en difficulté, cela limite drastiquement les possibilités d'application de cette disposition.

Deuxièmement, il s'agit d'une action attitrée. La demande ne peut être formée que par le ministère public ou l'administrateur judiciaire.

Troisièmement, le redressement de l'entreprise doit être un enjeu national ou local. Le texte indique que « la cessation d'activité [...] est de nature à causer un trouble grave à l'économie nationale ou régionale et au bassin d'emploi ». *A priori*, on peut relier ce critère à celui portant sur le nombre de salariés. La disparition d'une entreprise employant au moins 150 salariés est de nature à causer un trouble dans la région ou le bassin d'emploi dans lequel elle se situe. Le texte est en réalité très vague et donc sujet à discussions. La potentielle disparition d'une SSI employant 150 salariés à Paris va-t-elle causer un trouble grave à la Région Île-de-France, ou au bassin d'emplois parisien ?

Quatrièmement, l'application de l'art. L. 631-19-2 C. com. présuppose la constitution de comités de créanciers puisqu'il renvoie au I de l'art. L. 631-19 I. Or, la constitution des comités de créanciers n'est obligatoire que lorsque l'entreprise emploie 150 salariés au moins ou réalise un chiffre d'affaires d'au moins 20 M€. Le seuil de 150 salariés instauré par R. 626-52 C. com. s'apprécie par société, contrairement à l'effet consolidant du recours à la notion

d'entreprise dominante au sens de l'art. L. 2331-1 C. trav. utilisé par l'art. L. 631-9-1 C. com. Cette difficulté est cependant facilement surmontable puisque l'administrateur judiciaire peut solliciter du juge commissaire la constitution de comités de créanciers en-deçà de ces seuils. En pratique, il faudra là encore que l'administrateur judiciaire ait agi préalablement à cette fin.

Enfin, le tribunal doit préalablement avoir examiné des possibilités de cession totale ou partielle de l'entreprise. Cette condition peut conduire à une application saugrenue de la loi. La présentation de plan de cession est en effet conditionnée, par l'art. L. 631-22 C. com., à la démonstration que les plans proposés apparaissent manifestement insusceptibles de permettre le redressement de l'entreprise, ou au constat qu'aucun plan n'a été présenté. En théorie donc, la présentation d'un plan par la société, très sacrificiant pour les créanciers (10 ans) et dans lequel les associés ne font aucun effort, va paralyser l'application de L. 631-22 C. com., sauf, et il s'agit d'une exception majeure, en présence de comités de créanciers (ce qui sera le cas, cf. *supra*) si un plan concurrent est présenté par les membres des comités. Dans ce dernier cas, le plan soutenu par les associés peut être écarté par les comités.

Il n'en restera pas moins que le tribunal devra examiner des possibilités de cession totale ou partielle, donc des offres de reprise, ce qui imposera à l'administrateur judiciaire d'engager un processus de recherche de repreneurs. Surtout, ces offres devront être élaborées et présentées dans un délai relativement court, puisque la dilution forcée ou la cession ne peut être prononcée que dans les 3 mois du jugement d'ouverture.

Ainsi, potentiellement, il conviendra avec l'expiration de ces 3 mois de démontrer que le projet de plan soutenu par les associés est manifestement insusceptible de permettre le redressement ; susciter, parfaire, analyser, puis rejeter des offres de reprise, alors que le tribunal pourrait être tenté d'en admettre puisqu'elles ont précisément pour effet économique d'exproprier les associés (cf. *supra*) et dans un cadre juridique n'ouvrant pas potentiellement un contentieux complexe contrairement à L. 631-19-2 C. com. ; enfin, soutenir un projet de plan qui « apparaît comme la seule solution sérieuse permettant d'éviter ce trouble et de permettre la poursuite de l'activité » et caractériser l'opposition d'associé majoritaire ou détenant une minorité de blocage. En moins de 3 mois, cela risque d'être une démonstration fort difficile.

Sans en conclure que toutes ces conditions ne peuvent pas être réunies, on peut penser qu'elles seront à tout le moins rarement réunies. L'art. L. 631-19-2 C. com. apparaît ainsi avant tout, comme au demeurant son précurseur l'art. L. 631-19 C. com., essentiellement être un « tigre de papier ».



Peut-on sérieusement le considérer comme une menace à l'initiative économique en ce qu'il découragerait les investissements en France ? Va-t-il réellement contribuer à ébranler un des fondements de l'économie libérale ? Cela nous semble très improbable. Il servira tout court ou sera brandi comme une menace dans une minorité d'affaires, et vraisemblablement essentiellement en matière de restructuration financière.

Quelle que soit l'efficacité et donc l'impact du dispositif de dilution ou de cession forcée, celui-ci met-il en réalité en cause la morale ?

III. Un dispositif amoral

L'éviction de l'associé d'une société en difficulté est-elle une solution morale ?

Si l'on conçoit la morale comme un ensemble de valeurs, y compris d'ordre politique, que chacun choisit, on peut comprendre que la dilution forcée ou la cession forcée des parts ou actions d'un associé heurte certains, à tout le moins suscite la question posée par les étudiants.

En 1985, le pouvoir donné au tribunal d'évincer un actionnaire par ailleurs dirigeant n'était pas neutre. A la suite des nationalisations opérées par la loi du 13 février 1982, l'expropriation d'un associé d'une société porte en elle-même une charge idéologique.

Bien que proposé par un gouvernement socialiste, les mécanismes d'éviction instaurés par la Loi Macron du 6 août 2015 ne sont pas à relier au rapport désuet du capital et du travail. Nous sommes à mille lieux de celui-ci.

Est sous-jacent à cette disposition le rapport de force créanciers/investisseurs, dans le contexte de la restructuration financière d'importantes sociétés en difficulté mettant en cause des financements structurés.

La décision du Conseil constitutionnel du 5 août 2015 en témoigne : « *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 ».

En d'autres termes, l'art. L. 631-19-2 est né du conflit non pas du capital et du travail mais du capital et de la dette. En cela, il n'est pas plus moral qu'immoral mais amoral (7).

Pour la comprendre, il faut se servir d'un classique de la pâtisserie française : le millefeuille. C'est en effet le même principe qui est à l'œuvre dans un financement structuré de type LBO. La dette est répartie en couches, Senior, Second Lien, Mezzanine, puis vient l'Equity.

En cas de défaillance de la société, la valeur de l'entreprise doit être répartie entre les financeurs en respectant les rangs de subordination. En premier, les Senior ; en dernier les actionnaires.

Dans cette approche purement financière, la possibilité pour un actionnaire de préserver sa position dans le cadre d'une procédure collective, spécialement de sauvegarde, apparaît intolérable aux créanciers, et à vrai dire incompréhensible pour des créanciers étrangers.

A la suite de la crise financière de 2008, les financements structurés sont entrés dans le spectre des entreprises en difficulté, initialement dans le cadre de mandat ad hoc puis de conciliation, puis des procédures collectives. Autrement dit, des enjeux financiers parfois considérables sont traités via les dispositions du droit des entreprises en difficulté.

La protection classique de l'associé en cette matière est devenue intolérable aux yeux des créanciers finançant les opérations de LBO en particulier. C'est ainsi qu'un travail de *lobbying* a été initié à l'occasion des dernières réformes qui a abouti notamment à l'article L. 631-19-2 C. com.

En conclusion, l'éviction de l'associé d'une société en difficulté est une solution amoral car derrière elle, ne sont pas en cause des valeurs, mais une seule, la valeur de l'entreprise pour ses créanciers et ses associés.

7) Entendu comme ce qui ignore la morale.

Retrouvez dès maintenant votre Journal en ligne sur

www.jss.fr

Connectez-vous avec votre numéro d'abonné